

Универзитет у Нишу
Правни факултет

**ЗБОРНИК РАДОВА СТУДЕНАТА
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА ПРАВА**

Ниш, 2016

**ЗБОРНИК РАДОВА
СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА ПРАВА**

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Војислав Ђурђић

Проф. др Мирослав Лазић

Преводи

Гордана Игњатовић

Технички уредник

Ненад Милошевић

Штампа

„Медивест“ Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-215-8

Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 18000 Ниш,
Трг Краља Александра 11, Тел: 018/500-221, <http://www.prafak.ni.ac.rs>

САДРЖАЈ

Mr Исидора Ацин, ОБЈЕКТИВНА ОДГОВОРНОСТИ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА ПРОИЗВОД СА НЕДОСТАТКОМ.....	1
Mr Анета Атанасовска, СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ИЗМЕЂУ УГОВОРА О ЗАЈАМУ, УГОВОРА О КРЕДИТУ И УГОВОРА О ПОТРОШАЧКОМ КРЕДИТУ У РИМСКОМ И САВРЕМЕНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ.....	11
Mr Зоранчо Василков, САРАДЊА У ОБЛАСТИ УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА И ПРАВОСУЂА У ЕЗ/ЕУ ОД РИМА ДО МАСТРИХТА.....	27
Драгана Вујовић, МАКСИМАЛНА ХИПОТЕКА	47
Mr Сузана Димић, МОДЕЛИРАЊЕ ПОРЕЗА НА ДОХОДАК У САВРЕМЕНИМ ПОРЕСКИМ СИСТЕМИМА.....	63
Dr Жарко Димитријевић, ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА О ПРОДАЈИ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ: DE FACTO ИЛИ DE IURE ОБАВЕЗА СНАБДЕВАЧА	77
Марија Драгићевић, ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ, ОСОБИНЕ И ВРСТЕ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ КАО ПРЕДМЕТА ЕМИСИЈЕ	89
Дуња Дубајић, НОРМАТИВНИ ОКВИР ИМЕНОВАЊА И ПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ДИРЕКТОРА АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА.....	107
Анита Илић, ЧЕДОМОРСТВО	131
Аника Јаковљевић, КОНТРОЛА УПРАВЕ ОД СТРАНЕ ГРАЂАНА	143
Александар Јанић, РЕСТИТУЦИЈА КРОЗ ЗАКОНСКУ РЕГУЛАТИВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	159

Љубица Јанић

ПРАВО ДЕТЕТА НА СЛОБОДНО ИЗРАЖАВАЊЕ МИШЉЕЊА У
ПОСТУПКУ ЗА ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА177

Јелена Јанковић,

КРИЗА ЕФИКАСНОСТИ И МОДЕЛ РЕФОРМЕ СИСТЕМА ОСИГУРАЊА
ЗА СЛУЧАЈ НЕЗАПОСЛЕНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....193

Владица Маричић,

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПРОПИСА КАО САВРЕМЕНА
ТЕНДЕНЦИЈА У РАЗВОЈУ И ПРИМЕНИ ПРАВА..... 209

Мартин Матијашевић,

Др Жељко Лазић,

ПОЈАМ И ОДЛИКЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ
УСТАВНОГ УРЕЂЕЊА И БЕЗБЕДНОСТИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 225

Марија Милојевић,

НАЧЕЛО ОПОРТУНИТЕТА У ПОСТУПКУ ПРЕМА
МАЛОЛЕТНИЦИМА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ241

Коста Д. Митровић,

ЛЕГИТИМНОСТ, ЛЕГАЛНОСТ И ПРАВНА ДРЖАВА149

Тијана Митровић,

ОБЛИЦИ УГОВОРНЕ КАЗНЕ.....257

Невена Петровић,

НЕКЕ ОДРЕДНИЦЕ ПОЛОЖАЈА СТРАНКЕ У УПРАВНОМ СПОРУ 293

Анкица Спиридонов,

ПЕНОЛОШКИ ЗНАЧАЈ ПРИМЕНЕ ЕЛЕКТРОНСКОГ НАДЗОРА
ОСУЂЕНИХ ЛИЦА.....315

Милица Станковић,

УБИСТВО ЧЛАНА ПОРОДИЦЕ..... 335

Милица Тодоровић,

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И АЛТЕРНАТИВНЕ МЕРЕ ЗА
МАЛОЛЕТНЕ ПРЕСТУПНИКЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....347

ОБЈЕКТИВНА ОДГОВОРНОСТИ ПРОИЗВОЂАЧА ЗА ПРОИЗВОДА СА НЕДОСТАТКОМ

Апстракт: У раду се разматра објективна одговорност произвођача за штете од производа са недостатком. Она се јавља као посебан правни проблем у оквиру грађанско правне одговорности за проузроковану штету. Добила је на значају када су на тржишту почели све више да се појављују производи са недостатком који су били узрок тешких телесних повреда потрошача и озбиљно угрозили њихово здравље. Америчко обичајно право је развило доктрину под називом „објективна одговорност произвођача за недостатке производа“ која је у многоме повећала сигурност потрошача. У државама Европске уније најважнији правни документ комунитарног права за усклађивање прописа држава чланица о објективној одговорности произвођача за штете од производа са недостатком је директива Савета Европских заједница 85/374/ЕЕЗ од 25. јула 1985. године.

Кључне речи: објективна одговорност, произвођач, производи са недостатком, потрошач.

1. Увод

Одговорност произвођача за производе са недостатком актуелизирана је средином XIX века када су амерички судови дошли до закључка да продавци имају обавезу да надокнаде потрошачу штету коју је претрпео куповином и коришћењем производа са недостатком. Продавци су, према овим схватањима били одговорни према трећим лицима за пропусте у производњи или продаји роба. Дакле, она се може дефинисати као одговорност за штете проузроковане испоруком производа са недостатком који је довео до угрожавања живота и здравља људи, оштећења или уништавања имовине корисника производа, или других лица која нису директно корисници производа.

Право о одговорности произвођача за производ са недостатком узима „недостатке производа“ као услов за одговорност. После увођења овог права оштећени треба само да констатује недостатак у/на производу као основ за подношење захтева за накнаду штете. То значи да се користи институт „одговорност без принципа кривице“ (објективна одговорност). Произвођач је одговоран за штете ако је оштећење настало као резултат неисправности производа, без обзира да ли је било његове намере или пропуста. Он је, према томе обавезан да на тржиште пласира безбедне производе. Као одговорне странке се сматрају:

1. Произвођач,
2. Увозник (трговина на велико, трговина на мало и други посредници),
3. Свако лице које је ставило своје име, и обележја на производу са назнаком „произвођач“ или „увозник“, или
4. Свако лице које ставља своје име на производ на погрешан начин као „произвођач“ или „увозник“, сматраће се произвођачем.

Неисправан производ не значи само недостатак квалитета производа, него и недостатак сигурности (безбедности) који може проузроковати нежељена дејства по живот, здравље или штете на имовини. У праву се израз „неисправан“ дефинише као недостатак сигурности коју би производ нормално требао имати, узимајући у обзир „природу производа“, нормално сагледиви начин употребе производа, „време“ када је произвођач испоручио производ, и друге околности које се тичу производа.

Значење „природа производа“ обухвата његово обележје и карактеристике, укључујући чиниоце, као што су: представљање (упутства, упозорења и сл.), делотворност и корисност производа (упоређујући га са његовом опасношћу), трошкови у односу на његов учинак (стандард сигурности производа у истом рангу цена), вероватноћа појаве нежељеног дејства производа и предвидиви нормални период употребе.

Право одговорности произвођача за производ предвиђа ослобађања од одговорности за штету од производа са недостатком ако он докаже да се постојање недостатка није могло открити у тренутку када је производ пуштен у промет, позивањем на тзв. развојни ризик (development risks). У овом случају произвођач неће бити одговоран за штете, ако он или други учесници у ланцу дистрибуције производа докажу да је постојање научног и техничког знања у време када је произвођач испоручио производ било такво да није било у стању да открије постојање недостатка у производу.

Рок за подношење захтева за накнаду штете је следећи: а) субјективни рок - три године, од када је оштећено лице или легални правни представник био свестан штете и одговорне стране за штету, и б) објективни рок - десет година од времена када је произвођач (и други учесници у ланцу дистрибуције) испоручио производ.

Одговорност за производ садржи бројне законске текстове и судску праксу која се примењује на сваког појединца који производи или продаје производ. Предузетници који састављају или производе производе су одговорни да обезбеде да су они безбедни (сигурни) и да не носе никакав ризик за потрошаче. Они су одговорни за било какве штете или оштећења које њихов производ може да проузрокује. Могу се, на пример, поставити питања: Ако је некој особи стан изгорео због неисправног електричног кабла, од кога ће добити накнаду штете. Да ли по правилима уговорне одговорности или по правилима вануговорне одговорности. Или, да ли потрошач може заштиту остварити по правилима одговорности за материјалне недостатке или по правилима за опасну ствар. Решења у пракси су разнолика и врло често незадовољавајућа за имовинске интересе оштећеног. У савременом начину производње производе се велике серије производа за масовну потрошњу што отвара могућност да изврстан број производа дође на тржиште неисправан. У многим продајним местима се купују производи из целог света - тржиште је глобализовано. Све је мање случајева где произвођач директно продаје свој производ потрошачу. Производи од произвођача до потрошача најчешће пролазе кроз одређене дистрибутивне ланце (канале).

Илустративан је и други пример: путници настрадају током вожње у аутомобилу, иако они немају закључен уговор са продавцем о купопродаји аутомобила, али су оштећени због неисправности аутомобила. Проблем се у пракси настоји решити путем примене правила вануговорне одговорности, где је предвиђена субјективна одговорност - одговорност код које је кривица претпоставка одговорности. Произвођачи настоје да докажу да нису криви за штету и последице изазване у саобраћају због неисправности аутомобила јер су испоштовали прописе техничког карактера у производњи - примењујући стандарде, односно техничка упутства у производњи, осигуравајући на тај начин одређену количину или одређену меру сигурности - контролом производа у свим фазама производње пре него што производ изађе на тржиште (Ацин, 2011. стр. 12.). Савремени стандарди воде рачуна о пожељном нивоу сигурности и о исплативости производње. Контрола испуњености стандарда у производњи се најчешће врши на узорку: контролише се у производном процесу сваки десети, двадесети, стоти или хиљадити производ и

проверава да ли је његов квалитет на стандардном нивоу. Могуће је да се овим системом контроле неће открити да је девети, деветнаести, деведесетдевети или деветстотинадеведесетдевети производ испоручен на тржиште неисправан, и да ће неки потрошач бити оштећен због тога. У оваквим случајевима произвођач може доказивати да се придржавао свих законом и другим правним актима предвиђеним системима контроле квалитета и контроле квантитета, и да је поступао у производњи са пажњом доброг привредника, односно да није крив за штету.

2. Објективна одговорност произвођача за производе са недостатком

Одговорност за штете од производа са недостатком појавила се као посебан правни проблем у оквиру грађанско правне одговорности за проузроковану штету.

Класични правни принципи који су примењивани у време мануфактурне (занатске) производње нису могли да удовоље изазову индустријске масовне производње. Масовна индустријска производња (имајући у виду и економске последице економије обима¹), отворила је веће могућности присуства ствари са недостатком. У таквим условима, класична правила грађанске одговорности нису могла да послуже као успешна заштита потрошача и имовине грађана од штетних последица ствари са недостатком.

Суочавање са појавом штете од ствари са недостатком јавила се прво у најразвијенијим земљама западне Европе и Сједињеним Америчким Државама. Према неким подацима из осамдесетих година XX века, само у Сједињеним Америчким Државама је годишње око 20 милиона потрошача претрпело штету од производа са недостатком, а од тога је око 110.000 трајно оболело и око 30.000 је умрло (Петровић, 2004, стр. 15).

1 Економија обима се односи на ситуацију у којој су у датим и непроменљивим скупом факторских цена јединични трошкови производње нижи у фабрици са већом производњом (годишњом) него и фабрици са мањом производњом. На пример, јединични трошкови су шест одсто нижи у погону чији је капацитет 200 хиљада тона годишње у односу на погон чији је капацитет 100 хиљада тона годишње, а 11 одсто нижи за капацитет од 300 хиљада тона. Најважнији фактор нижих јединичних трошкова производње везује се за чињеницу да повећање капацитета не захтева по константној стопи и повећање броја запослених радника нити изискује пропорционално повећање почетне инвестиције. Економске последице економије обима веома су важне и сасвим очигледне: погони већег капацитета имаће предност: трошкови/профит, у односу на оне мање, који ће морати да се специјализују уколико желе да опстану на тржишту (види: Економска и пословна енциклопедија I, А-М, Савремена администрација, Београд, 1994. стр. 288;).

У Сједињеним Америчким Државама се 1963. године, по први пут установио правни основ надокнађивања штете које су проузроковане неисправношћу производа, тзв. одговорност за неисправан производ, којим се уводи систем објективне (вануговорне) одговорности за надокнаду настале штете. На овај начин се повећала сигурност потрошача у остваривању права накнаде штете од неисправних производа на тржишту. Имајући у виду да ће произвођач одговорати за штету која је резултат недостатка производа, без обзира да ли је крив или није, успешан начин да умањи или искључи своју изложеност тој одговорности јесте да износи на тржиште производе без недостатака и да повећа безбедност производа.

У Сједињеним Америчким Државама је у почетним фазама примене режима објективне одговорности било могуће расподелити ризике и накнаде штета између произвођача производа са недостатком и осигуравајућих компанија, јер је постојао систем осигурања лица од штета проузроковане неком ствари са недостатком. Произвођач који је објективно одговоран за штету, уколико настоји да умањи ризик те одговорности, закључује са неком осигуравајућом компанијом полису осигурања од одговорности за производ. У систему објективне одговорности за неисправан производ, произвођачи у Сједињеним Америчким Државама су настојали да посредним путем осигурају потрошаче од штета које би биле резултат неисправног производа. Трошкови премија су урачунавани у цену производа. Веома се развио сектор осигурања - произвођачи су осигурани од ризика настанка штете и издатака за накнаду штете потрошачима, а потрошачи су сигурни да ће им бити надокнађене штете. Оно што се овим системом хтелo постићи јесте смањење трошкова судског остваривања накнаде штете јер је доказивање кривице произвођача на суду претпоставило пролажење кроз све фазе производње производа: од контроле произвођачевих дневника рада, до контроле свих његових техничких нацрта и друге документације, што је све заједно представљало изузетно дуготрајан процес а и финансијски је велики издатак (Ацин, 2011. стр. 13.).

Модел објективне одговорности уз посредно осигурање накнаде од штета, почео се примењивати у скоро свим ситуацијама: од непосредног произвођача финалног производа, преко произвођача сировина и саставних делова, увозника и тзв. квази произвођача, тј. лица која су се својим именом или заштитним знаком представљала као произвођачи, па све до продавца. Овај систем осигурања предвиђао је у почетку надокнађивање само неимовинске штете које су последица телесне повреде тела или здравља потрошача, а у неким случајевима се примењивао и као казнене накнаде штете (енгл. *punitive damages*)².

² Казнене накнаде штете служе интересима државе да се казни понашање које није у складу са правом и да се застрашивањем спречи његово понављање.

Систем посредног осигурања накнаде од штета због неисправног производа довео је до урушавања, односно краха, осигурања као делатности. Долази до кризе осигурања и до пропасти великог броја осигуравајућих друштава, великог броја произвођача, до повећања премије осигурања, па чак и до одбијања многих осигуравајућих друштава да осигурају произвођаче од одговорности за штете од неисправних производа, обзиром да су захтеви за накнадом штета вишеструко порасли.

У двадесетом веку америчко обичајно право је развило доктрину о одговорности произвођача за производе са недостатком под називом "објективна одговорност произвођача за недостатке производа" (strict liability for defective products). По овој доктрини, произвођач и продавац производа са недостатком, одговарају за телесне повреде или штете на имовини коју је проузроковао производ са недостатком због грешке у производњи или дизајну производа или пропуста оптуженог да упозори потенцијалног корисника или потрошача о својственим ризицима производа.

Савремени концепт одговорности произвођача за производе са недостатком значи одговорност произвођача и продаваца у ланцу продаје трећим лицима са којима немају уговорену накнаду штете за телесно оштећење лица или штете на имовини, (укључујући и продату имовину), проузроковано производом који су произвели или дистрибуирали.

У већини законодавстава где се примењује обичајно право, одговорност произвођача или продаваца производа са недостатком који проузрокује штету лицима и имовини, тужиоци се позивају на уговорно право (на гаранције). У традиционалном грађанском праву, приступ овим питањима је путем уговора, преко примењене гаранције продавца против прикривених кварова на продатом производу.

Објективна одговорност је значајно трансформисала природу одговорности произвођача за производ са недостацима због тога што је то елиминисало питање кривице као основе за одговорност. Објективна одговорност произвођача захтева да оштећени установи да је производ са недостатком проузроковао штету. Разлози за неисправност су неважни. Производ је сам по себи, а не оптужени, под истрагом.

На бази објективне одговорности, произвођач је одговоран што је допустио да се неисправан производ дистрибуира на тржиште. Увођење неисправног производа на тржиште доводи сваког учесника у ланцу произвођачевог дистрибутивног канала одговорним за неисправан производ.

За испуњење захтева за примену објективне одговорности произвођача за недостатке производа, неопходно је постојање четири услова:

1. Производ мора бити са грешком,
2. Грешка мора пружити производу стварну опасност,
3. Производ са грешком мора проузроковати штете или повреде, и
4. Производ са грешком мора бити испоручен повређеној особи у истом стању у којем је напустио производњу и био коришћен на разуман и предвидив начин.

Објективна одговорност произвођача за недостатке производа постоји и у случају пропуста произвођача и других посредника у ланцу промета да корисницима односно потрошачима, пруже исцрпна обавештења о реалним ризицима својственим њиховим производима и да дају одговарајуће упутство како се употребљава њихов производ.

Недостаци производа се не могу открити у свим случајевима пре стављања производа на тржиште. Поучан је случај са недостатком садржаним у леку Талидомид (Thalidomide) фармацеутске компаније Grunenthal GmbH, Stolberg из Западне Немачке који је стављен у промет 1. октобра 1957. године, а преписивао се трудницама као лек против мучнине. Након краћег времена у употреби (1957-1961.), установљено је да проузрокује значајне телесне деформације код деце чије су мајке користиле тај лек за време трудноће, нарочито ако су узимале првих 25 до 50 дана трудноће. Лек је повучен са тржишта 1961. године. Катастрофа са леком је захватила скоро целу Европу и неке ваневропске земље. Лек је пласиран у 50 земаља под различитим именима. У Немачкој је коришћен назив Contergon таблете. Око 15.000 фетуса је оштећено, неких 12.000 деце у 46 земаља је рођено са тешким телесним деформацијама, од којих је око 8.000 преживело прве године живота, а неки су и данас живи али са тешким телесним последицама. Случај је доспео до суда у Ахену (Aachen) 18. јануара 1968. године. У априлу 1970. године, компанија Grunenthal је вансудским поравнањем пристала да плати у старатељски фонд (trust fund) износ од 100 милиона немачких марака (DEM) за помоћ 2.866 познатих жртава Талидомид лека у Немачкој (Ацин, 2011. стр. 14.)

Поучан је и случај уљане репице colza oil које је изазвало смрт око 600 лица и довело до озбиљних обољења око 25.000 лица³.

Пажњу је изазвала и појава Кројцфелт Јацобове болести, за коју се сматрало да ју је проузроковала „болест лудих крава,“ (BSE), која је однела прву жртву

³ Епидемија је названа “Синдром тровања уљем“ које се догодило коришћењем уља од уљане репице а које је било увезено за индустријску употребу, али је незаконито измењена природна структура додавањем 2% анилина и коришћено за људску употребу (извор: <http://www.sciencedirect.com/science>).

у Италији а највише је погодила Велику Британију, где је забележено преко стотину смртних случајева. Касније се ова болест пренела и на друге земље (Француска, Канада, и др.)⁴

3. Објективна одговорност произвођача за штете од производа са недостатком у Европској унији

Објективна одговорност произвођача за штете од производа са недостатком регулисана је Директивом о уједначавању закона, уредби и административних одредби држава чланица Европске уније којом се регулише одговорност произвођача за производе са недостатком (Directive 85/374/ЕЕС). Она је донета са циљем изједначавања, усклађивања (хармонизације) и стандардизације различитих националних прописа држава чланица Европске уније.

Директивом 85/374 се позивају државе чланице Уније да у своје законодавство уведу принцип објективне одговорности произвођача за недостатке производа који проузрокују телесну повреду лица или штету на имовини. Терет доказа је на оштећеној страни. Она треба да докаже постојање недостатка у производу, штету и узрочну везу између штете и производа са недостатком. Произвођач се ослобађа одговорности када докаже постојање извесних ослобађајућих чињеница у његову корист.

Позивање на „развојни ризик“ (development risk defence), како је наведено у члану 7. Директиве 85/374 постоји ако произвођач докаже да је стање научно-технолошког развоја у време када је производ био под његовом контролом, односно у време стављања у промет, било такво да није било могуће открити постојање недостатка на производу. Као пример наводи се случај који се догодио у Немачкој у 1980-тим годинама са леком „Immu-no“. Компанија која је годинама производила овај веома познат и успешан лек за заштиту хемофиличара, увезла је крв из Сједињених Америчких Држава. Крв се користила као сировина за производњу лека. Обављени су сви тада познати и расположиви тестови и сви су били негативни. Нажалост, увезена крв је била заражена непознатим, у то време, вирусом HIV који изазива AIDS⁵. Вирус је откривен тек неколико година касније. Половина од 4.500 хемофиличара у Немачкој се разболело и умрло. Имајући

4 BSE је популаран назив „болести лудих крава“ која је смртоносна, неуродегенеративна болест говеда, која се шири инфекцијом на начин који је изненадио биологе који су је открили крајем двадесетог века. BSE је изазвала велику пажњу јер је извесно да се може пренети на људе и сматра се узрочником варијанте Крајцфелд Јакобове (Creutzfeld Jacob) болести која уништава људски мозак.

5 HIV = Human Immuno Deficiency Virus; AIDS = Acquired Immune Deficiency Syndrom

у виду да Немачки Фармацеутски Акт из 1976. године (Faigrieve, 2005. стр. 155-156.) предвиђа објективну одговорност произвођача, укључујући и овакав случај. Жртве су добиле накнаду, изузев оних за бол и патњу. Вансудским поравнањем оне су добиле 9.4 милиона тадашњих немачких марака надокнаде за ову нематеријалну штету (Taschnner, 2005. стр. 164.).

Произвођачки лобији, међутим, упорно захтевају да се у законодавствима земаља чланица Европске уније унесе одредба о „ослобађању произвођача од одговорности за штете од производа са недостатком“ позивајући се на члан 7(е) Директиве 85/374, на тзв. „развојни ризик“. У противном, може доћи до успоравања иновација и спремности стављања у промет нових производа (нарочито фармацеутских производа) што би свакако успорило примену нових научно-технолошких проналаза у процесу производње.

4. Закључак

Одговорност произвођача за штете од производа са недостатком је осетљиво питање. Право о одговорности произвођача полази од недостатка производа као услов за утврђивање одговорности. Неисправан производ не значи само недостатак у квалитету производа него и недостатак безбедности који може проузроковати нежељена дејства по живот, здравље или штете на имовини.

Модел објективне одговорности је значајно трансформисао природу одговорности произвођача или продаваца за штете од производа са недостатком.

У државама Европске уније најважнији правни документ комунитарног права за усклађивање прописа држава чланица о одговорности произвођача за штете од производа са недостатком је Директива Савета Европских заједница 85/374/ЕЕЗ од 25. Јула 1985. године.

Литература

Ацин, И. (2011.) *Одговорност произвођача за производе с недостатком и заштита потрошача*, Задужбина Андрејевић, Београд.

Петровић, Б. (2004.) *Одговорност за штету од ствари са недостатком*, докторска дисертација, Правни факултет, Нови Сад, 2004.

Taschnner, H.C. (2005.) *Product Liability: Basic Problems in Comparative Law Perspective*. Cambridge University Press, Cambridge.

Fairgrieve, D. (2005.) *Product Liability in Comparative Perspective*, Cambridge University Press, Cambridge.

Council of European Communities (1985.) *Council Directive of 25. July on Approximation of the Laws, Regulations and Administrative Provisions of the Member States Concerning Liability for Defective Product (85/374/EEC)*, Brussels.

Isidora Acin, M.A.
DDOR Novi Sad

Produser Strict Liability for Defective Products

Summary

This paper evaluates produser strict liability for defective products. It resembles a particular problem within the framework of civil law liability for caused damage. As market is being overwhelmed with defective products which cause harm its significans comes in focus even more. American common law developed a theoretical doctrin under the name of „strict liability for defective products“. It substantially increased consumers security. As far as the European Union is concerned, the most important legal document of Community law for harmonization of the laws and regulations of the Member States concerning the strict liability for defective products is Directive 85/374/EEC.

Keywords: *strict liability, produser, defective products, consumer.*

СЛИЧНОСТИ И РАЗЛИКЕ ИЗМЕЃУ УГОВОРА О ЗАЈАМУ, УГОВОРА О КРЕДИТУ И УГОВОРА О ПОТРОШАЧКОМ КРЕДИТУ У РИМСКОМ И САВРЕМЕНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ МАКЕДОНИЈЕ

Апстракт: Аутор, полазећи од анализе уговора о зајаму и уговора о кредиту који се појављују у Римском праву, приказује колико је јака повезаност између ових уговора, тада и сада, који се примењују у свакодневном правном животу, а део су савременог правног система и савременог права. Посебна пажња посветиће се уговору о зајму и уговору о кредиту у Римском праву како би се размотрили исти у савременом праву. У том правцу, моћно наслеђе Римског права осећа се и данас. Темељи који су постављени код ових уговора, иако делом промењени пратећи историјски развој друштва, ипак остају чврсти. Тако, здраво постављен темељ представља савршену основу за правни систем да изгради здраво тржиште и здраву конкуренцију, где ће потрошачи бити заштићени ризика приликом закључења сумњивих уговора који би за њих представљали, у крајњој линији, лични банкрот. У овом раду Аутор ће још једном указати и потврдити чињеницу да уређеност ових уговора своје дубоке корене црпи из Римског права.

Кључне речи: Уговор, зајам, кредит, развој, право.

1. Увод

Римска држава била је велика и трајала је дуго, а самим тим била је високо развијена и трговина. Велики градови били су центри трговинске размене. Захваљујући високо развијеној трговини у великим трговачким градовима, појавила се потреба да се међусобни односи уреде, самим тим разни видови уговора су се формирали и развијали према потребама које

1 a.atanasovska@yahoo.com

је захтевало тржиште односно развој трговине. Развој облигација у последња два века Римске Републике у корен је променио римске облигације: од скромног доприноса правним нормама, развио се цео систем са далекосежним дометом који осећамо и данас.

У том правцу од посебног интереса за овај рад има једна врста уговора у римском праву, а то су уговори или контракти који улазе у групу реалних уговора (*re contractus*). У централном делу овог рада биће размотрени и уговор о зајму, уговор о кредиту, као и уговор о потрошачком кредиту у Римском и савременом праву. Циљ овог рада је доказивање великог утицаја Римског права у креирању савременог права, па самим тим, у конкретном случају, утицај римског зајма на савремени уговор о зајму, његове карактеристике, елементи, камате, права и обавезе уговорених страна.

У овом уводном делу рада потврдиће се и неки постојећи потврђени ставови који се односе на контракте у Римском праву. Римљани нису развили генералну теорију о уговорима. Сваки уговор у Римском праву је имао посебан начин настанка и специфичан *rationes d'être*. Ово значи да је постојао јак разлог да један уговор буде препознат и признат као правно обавезујући и, надаље, да буде препознат за конкретно време и место. Порекло римских уговора има фундаментално значење за схватање уговора, као и разлози њиховог постојања у тадашњем римском правном животу (Ватсон, 1984:1). За контракте једно је сигурно: Уговор је сагласност две воље, применљив на основу закона и заштићен посебном тужбом (Бакленд, 1921:409). Тако дефинисан уговор је важио и за поткласично и за Јустинијаново право. Реч *contractus* у римском правном речнику је релативно новијег датума: први пут се ова реч употребљава као *contrahere* и то у преторовом едикту. У току класичног периода ова реч је означавала свако дозвољено дејство из кога се ствара облигациони однос. Тако, још тада, многи правници су давали веће значење вољи странке при закључењу уговора, а не форми закључења која је имала мањи значај. Значи, да настане један контракт потребна је сагласност воље, самим тим једна страна да изврши понуду а друга страна да прихвати ту понуду у целости. Прихватањем понуде у целости сматра се да је постигнута сагласност воља и да је постигнут договор (Stojčević, 1975: 237-238).

У односу на настанак уговора професор Станојевић наводи да прво настаје вербални контракт, а потом литерални, па реални да би се на крају појавили консезуални уговори (Станојевић, 2001: 279). Са друге стране В.В. Бакленд у делу Читанка за римско право – од Августа до Јустинијана, наводи један једноставан систем који каже да најстарији уговори у Римском праву су формални уговори – ова група спаја и вербалне и литералне (Римљани су у

почетку давали предност и значење самој форми уговора), затим реални, а на крају се јављају консезуални уговори (Бакленд, 1921:409). Међутим и један и други аутор и те како поштују поделу дату односно постављену од стране Гаја. Гај уговоре дели на четири групе, и то: реални (за њихово закључење неопходна је предаја ствари), вербални (за њихово закључење су неопходне *verbis* – односно казивање свечаних речи), литерални (за њихово закључење је потребна писана форма) и последња група уговора су консезуални уговори (за чије закључење је довољна само једноставна сагласност воља). У сваком случају ову поделу прихвата и Јустинијан у свом делу Институције (Бакленд, 1921:430).

Аутор се прикључује подели, класификацији коју је поставио професор Обрад Станојевић, зато што је по аутору начин сачињавања, форма (усмена или писана) је битна и значајна зоставштина римског права. Са друге стране, ова подела, на својствен начин остаје присутна и у савременим правним системима и зато аутор не види потребу да вербалне и литералне уговоре и поред тога што имају специфичне форме они буду унесени у једну исту групу која је означена као формални уговори.

За овај рад од посебне важности је група – реалних уговора, будући да се у овој групи између осталих уговора налази се и зајам (*mutuum*).

2. MUTUUM у Римском и савременом праву

2.1 Уговор о зајму у Римском праву

Историјски развој

У уводу је речено да уговор о зајму припада групи реалних контраката. Историјски, припада групи најстаријих уговора (*strict iuris*) у Римском праву. Са уговором о зајму се сусрећемо још у Закону 12 таблица и у њему се прописује висина каматне стопе и садржи неколико одредби којима се регулише зајам. У то време, зајам се састављао у форми *nexum-a*, *sponsio-a*, *expensilatio-a* и обавезно је садржао наплату интереса и право на тужбу, самим тим дужник је био доведен у истина тешку ситуацију као последица оваквог уговора. Овај зајам првобитно звао се *foenus*.

У сваком случају зајам је био познат и употребљаван између пријатеља, суседа и чланова *gens-a*. Овакав зајам је оно што препознајемо као *mutuum*, а базира се на поверовању: пријатељском, суседском и у крајњем случају грађанском. Овај зајам био је *bona fides* и у себи је садржао моралну обавезу и није постојало право на тужбу нити право на интерес.

Mutuum је једноставан облик зајма будући да је начин његовог закључења веома једноставан, потребна је само проста предаја ствари без ичијег присуства и без употребе свечаних речи или неке посебне форме. Сам развој и раст Рима као државе условио је да се овај добар обичај и пракса почну злоупотребљавати, самим тим као последица тога почели су се тражити начини заштите. У исто време, сам развој робно-новчаних односа је створио потребу да се пронађе форма којом ће зајам бити склопљен између пословних људи. Што се тиче саме заштите зајма пронађен је начин да се то сматра неправним богаћењем, чија последица је био actio per condicionem. Будући да mutuum није био признаван за правни посао, сматрало се да дужник оно што је добио из њега је стекао без правног основа, па према томе треба да врати зајам повериоцу. Тако, поверилац може да употреби само legis actio per condicionem и помоћу пресуде присили дужника, а са тим и стави у положај дужника из стипулације и експенсилације, и да га тиме обавезе да плаћа интерес. Помоћу condicio, значи, могао је да се врати само онај износ новца за који се дужник „обогатио“ (Stojčević, 1975: 249-253).

Значи у доба Рима, mutuum је био реалан, једностран и строг договор који је настајао простом предајом ствари, без надохнаде, којим је једна страна давала у својину другој страни извесну количину заменљивих ствари, а та друга страна се обавезала да у одређеном року врати исту количину исту врсте ствари.

Карактеристике mutuum-a

Mutuum је реалан уговор, значи обавеза зајма настаје када се преда заменљива ствар у сопственост дужника, са намером да се установи обавеза дужника да врати исту количину исте врсте заменљиве ствари. Представља строг договор, stricti iuris, будући да ступа на место старог формалистичког nexum-a. Реч је о једностраном обавезујућем уговору (contractus unilateralis), будући да настаје једна обавеза – дужника да врати исту количину исте заменљиве ствари. И на крају, mutuum је бесплатан уговор будући да се базира на пријатељској услузи.

Елементи mutuum-a

Да настане зајам у римском праву били су потребни следећи услови:

1. *Предавање ствари* – Ствар које се предаје је требало да буде заменљива. Та заменљива ствар се предавала у сопственост дужника. То даље значи, да као зајмодавац се појављује само сопственик те заменљиве ствари која треба да буде дата у сопственост дужника чиме би се створио контракт односно дужничко-поверилачки однос. Давање ствари од стране

лица које није власник односно сопственик ствари на ствара *mutuum*. *Mutuum* није постојао и када је ствар дата у просто држање (*detentio*) – тада настаје или *commodatum*, *depositum* или *locatio conductionis*. У почетку, када се предавала ствар, тражило се и присуство сведока и непосредност приликом предавања ствари, а касније то је могло да се учини и преко посредника. У сваком случају, битно је да постоји сагласност да ће дужник вратити преузета дуговања у истој количини и врсти коју је и преузео.

2. *Предмет mutuum-a* - Предмет могу бити само *res quae podere, numero surare consistent*. Најчешће, ствар која се предавала у *mutuum* је жито, новац или разни плодови. Да би настао облигациони однос, није довољно само да се новац преда, а дужник да прими, већ је било потербно да новац буде дат са намером да се успостави облигациони однос (Пухан, Поленк-Акимоска, 2008:264-266).

3. *Стране (subjekti)* у *mutuum*-у могла су да буду сва лица која су у том моменту имала пословну способност према тадашњим важећим правилима.

4. *Mutuum* је у принципу био *бесплатан*, а камата је могла да се договори само у посебним ситуацијама (Stojčević, 1975: 249-253).

Права и обавезе уговорних страна

Уговорне стране дакле у овом случају могла су бити сва лица која су имала пословну способност. Међутим, после једне сенатске одлуке, која се односила само на новчане зајмове, за давање ових зајмова лицима *alieni iuris* била је потербна дозвола *paterfamilias-a*. Тако, у односу на обавезе, код овог уговора постојала је само једна обавеза – дужника да врати дуг, односно да врати исту количину исте ствари коју је добио на име зајма. Са друге стране се ствара само једно право – право повериоца да тражи исплату дуга. Из свега овога произилази да је овај уговор једнострано обавезујући, закључен слободном вољом двеју страна.

Што се тиче заштите повериоца и његових потраживања, на располагању је имао *conditio create pecuniae* ако је потраживање односно предмет зајма био новац. Поверилац је преко ове заштите имао право да тражи само ону количину новца коју је дано на зајам. Ако је реч о некој другој ствари која је предмет зајма, заштита је била гарантована преко *condictio condictio certae rei*. Тужба повериоца би била одбијена у целости уколико би повећао потраживање или ако потражује нешто што није дуг у датом случају, као и у случају да тражи враћање зајма пре његове доспелости односно пре истека рока у коме је дужан да ствар врати повериоцу (Stojčević, 1975: 249-253).

Каматна стопа

Иако је *mutuum* у суштини био бесплатан, интерес (камата) током целог историског развоја Рима наплаћивао се и био је доста висок.

Камата има свој одговарајући термин и у латинском и у грчком језику. На латинском камата је *usurae* и значила је „добитак од зајма“. Касније у средњег века камата више није означавала надохнаду за позајмљене ствари, већ је означавала зеленаштво као кривично дело. Уместо *usurae*, за добитак од зајма се почиње користити друга латинска реч – интерес, чије је значење надохнада штете. Објашњење за овакве промене долази одатле што је камата од зајма у канонској доктрини и владарским наредбама била забрањена, па су зајмодавци надохаду за зајам представљали као надохнаду штете. И када је напуштена схолистичка аверзија према каматама, када постаје легитимна по праву и по моралу, остаје еуфимистички назив – интерес. У Македонији, пак, реч камата потиче од грчке речи *kamatos* и не означава надохнаду за зајам већ значи напор, муку, труд (у класичној Грчкој), а такође значи и зараду, добитак (у новијој Грчкој). Ако се узму у обзир проблеми који произилазе приликом наплате надохнаде, онда може да се разуме зашто првобитно значење речи мука, труд, невоља, почиње да се употребљава као замена за реч интерес. То што је реч камата у македонском језику узета из грчког језика, може се објаснити или великим уделом који су грчки зеленаши и трговци имали у кредитним трансакцијама на овим просторима или оним општим околностима уз чију помоћ је латинска реч камата распрострањена низ европске језике. У народу за камату се још употребљава и реч добит или фајда, што нема право значење за камату. Ни македонски језик ни литература нису прихватили ова два термина (Blagojevic, Krulj, 1983: 960-962).

Римско право које представља темељ, још увек је актуелно и користи се, свакако са изменама и у оквиру садашњих правила, пратећи развој и прилагођавајући се свим променама које је друштво захтевало. Камата је била плаћана уколико је била договорена у првом реду као стипулација (*stipulatio*)². У Јустинијановим Дигестима за камату се веровало да су то плодови као и то да се не дешавају по природи нечега, већ се стичу на основу неког права. Тако, камата (*usurae, foenus*) је била договорана поводом најразличитијих облигационих односа и битно је повећавала висину примарних обавеза дужника. Повећавање примарне престације дужнику путем уговарања камате је било поприлично распрострањено. У старом Риму камате су могле да буду одређене као паушални износ или као проценат од главнице. У класичном римском праву камата се убрајала

² Стипулација у римском праву је вербални уговор који је настајао свеченим питањем повериоца и свечаним, сагласним и непосредним одговором дужника.

у *fructis civile* (цивилне плодове)³ и била је израчуната процентуално или као аликвотни део главнице код обавезе чије престације су биле изражене у готовом новцу или у одређеној количини заменљивих ствари. Висина камате није била ограничавана све до Закона 12 таблица. Као каматна стопа у том закону били су дозвољени *usurae unciare* или двојни износ главнице у току једне године. Многи закони су забрањивали камату или су утврђивали каматни максимум. Јустинијан је одредио редовну камату у износу од 6%, за поморски зајам 12%, за трговачки зајам 8%, а код зајма који су давале *illustres personae* износила је 4%. Јустинијан је такође забранио анатоицизам, као и даље прибирање камате уколико је плаћени каматни износ прелазио висину главнице (Пухан, Поленак-Аќимоска, 2008:232-233).

2.2. Зајам у савременом праву Републике Македоније

Зајам у Републици Македонији регулисан је у оквиру Закон о облигационим односима (Сл. Гласник 18-2001). Њему су посвећени чланови од 545 до 553.

Зајам спада у групу најважнијих уговора у облигационом праву. И у најпримитивнијим правним системима зајам је заузимао истакнуто место, а јачањем и развојем робно-новчаних односа, упоређено са улогом коју има кредит, расте и његов значај. Данас у друштву кредит има такоређи исту улогу, ако не и већу него готовина. Од зајма, протеком времена, издвајају се и други уговори, прво уговор о кредиту, а потом и одређене банкарске трансакције (Blagojević, Krulj, 1983:1417).

Зајам је уговор којим зајмодавац се обавезује да преда зајмопримцу одређени износ новца или одређену количину друге заменљиве ствари, а зајмопримац се обавезује да за извесно време врати исти износ новца односно исту количину предмета, исте врсте и истог квалитета.⁴

Овако дефинисан уговор о зајаму, не можемо а да не закључимо, да и те како темељ савременог зајма лежи у римском праву.

Овај уговор настаје када се постигне сагласност око елемената уговора, па је зато и консезуалан (у римском је реалан, но ипак сагласност воље чини да дође до закључења уговора). У сваком случају овај уговор је добротин, но често се дешава да је овај уговор теретни уговор. Двострано обавезујући уговор од ког произилазе права и обавезе за обе стране (што није био случај у римском праву). Циљ овог уговора у савременом праву је јасно видљив

³ Плодови који нису производ главне ствари сами по себе, већ су плод неког правног односа (зајам, закуп).

⁴ Закон о облигационим односима (Сл. Гласник 18-2001) члан 545.ст.1.

па је зато и каузалан, а најчешће стране бирају да га закључе у писаној форми када се ради о новачаном зајму. Иначе за њега није предвиђена посебна форма, али ако се закључује са банком или другом финансијском институцијом (уговор о кредиту) тада, по сили закона, закључује се у писаној форми (Галев, Дабовић-Анастасовска, 2008:486).

У суштини зајам је кредитна операција, што са економског аспекта значи, да се мења располагање тим добром уз обећање да ће да се у неко будуће време пренети моћ располагања даваоцу. Правна последица зајма је та да се пренеси сопственост са зајмодавца на зајмопримца (исто као и у римском праву), са тим да зајмопримац се обавезује да врати исту количину, исте ствари и у истом квалитету. Обавеза враћања зајма ништи последицу која је изазвана узимањем зајма и тиме се сопственост над датом ствари враћа зајмодавцу, тако да у суштини, остаје то што су записали и дефинисали римски правници: предавање ствари у сопственост на одређено време, са обавезом враћања у одређеном року и то ствари исте количине и квалитета. Обавеза враћања зајма ништи последицу која је изазвана преношењем сопствености над датом ствари. Са друге стране камата пак представља надохнаду за коришћење готовине – износ новца узетог на зајам (Blagojevic, Krulj, 1983:1425).

Отуда, елементи уговора о зајму су предавање ствари (темељ који је постављен још у римском праву) и плаћање камате. Ствар која се предаје је одређени износ новца или одређена количина других заменљивих и потрошних ствари. Те ствари су дефинисане путем одређене врсте и квалитета. Камата, која се најчешће плаћа за зајам, је разлика која се јавља између количине новца и ствари које су узете на зајам и оних ствари које треба да се врате. Камата је у ствари цена која се плаћа за зајам (Галев, Дабовић-Анастасовска, 2008:486).

Садржина уговора је уствари састваљена од права и обавеза које имају уговорне стране. Зајмодавац је дужан да преда одређену ствар на одређено време, а ако рок није одређен, тада зајмопримац има да га потражи да се одреди рок. Зајмодавац може да одбије да преда ствари или новац ако се покаже да материјалне прилике зајмопримца су такве да је неизвесно да ли ће бити у могућности да врати зајам, под условом да приликом закључења уговора није знао за то, односно ако је до погоршања материјалне ситуације зајмопримца дошло након закључења уговора. Обавеза остаје ако зајмопримац или неко други да у његово име довољно обезбеђење или гаранцију да ће зајам бити враћен.⁵

5 Закон о облигационим односима (Сл. Гласник 18-2001) чл. 545-533.

Што се тиче права и обавезе уговорних страна у члану 547, став 1 Закона о облигационим односима, регулисане су обавезе зајмодавца. Тако, у Републици Македонији зајмодавац је дужан да преда одређене предмете у договорено време, а у случају да рок није одређен, тада би зајмопримац требало да га затражи. Обавезе зајмопримаца су регулисане чланом 550, став 1 истог закона, који гласи: Зајмопримац је дужан да врати у договореном року исту количину ствари, исте врсте и квалитета.

Камата је регулисана чланом 546. За потребе овог рада неопходне су и одредбе у ставу 1 и 3 овог члана. Тако, зајмопримац може да се обавезе да поред главнице дужи и камату (став 1). А као преовладујућа каматна стопа се сматра каматна стопа која се примењује на међубанкарском финансијском тржишту или каматна стопа међународног банкарског тржишта на дан доспевања новачане обавезе у домаћој валути (став 3).

На крају прегледа, зајма као института у савременом праву Републике Македоније, аутор сматра да је потребно, накратко, да се подвуку и нагласе основе које поставља римско право. Аутор за најбитније сматра:

1. *Дефиниција* је иста као и у римском праву, коју су дали још римски правници.

2. *Карактеристике* – изјављена воља је основа за закључење уговора, током развоја модерног људског друштва је добио и консезуалне карактеристике, и двострано је обавезујући што није случај у римском праву.

3. *Стране (субјекти) или странке* – они који имају пословну способност, што је апсолутно исто као и у римском праву.

4. *Предаја ствари* је постојала још у римском праву, а присутна је и у данашњем савременом праву.

5. *Камата* је заосташтина римског генијалног ума, међутим она је модификована и прилагођена савременим тржиштима и потреби коју намеће исто то тржишта.

Уједној реченици: Корени овог уговора су постављени још у римском праву. Развојем робно-новчаних односа доживљава промене, али у суштини, може да се каже, да је од тада па до данас суштина остала иста. Све ово што је речено говори о величини и значају које римско право има за модерно друштво, а темеље које је римско право поставило и данас стоје и дају смернице у даљем развоју, пратећи притом сваку промену у развоју модерног друштва.

3. Уговор о кредиту у савременом и римском праву

3.1. Уговор о кредиту у римском праву

Неки облици кредита увек су имали и имаће место у друштву, без обзира у ком ступњу развоја то друштво било и увек ће бити везани за робно-новчане односе. Неки од најстаријих записа о кредиту датирају још из Месопотамије. На почетку је био кредит у роби: роба се давале на коришћење на одређени временски период, уз обавезу да исту врати и плати надокнаду за њено коришћење у виду камате. Значи, кредит се узимао у роби и враћао се у роби са надокнадом за њено коришћење, надокнада је такође била изражена одређеном количином робе. Банке које су давале кредите постојале су још у Вавилону, старој Грчкој, као и у Римском царству (Јовановски, Неновски, 2006:13).

У односу на кредит у римском праву не појављује се конкретан уговор. Почетна форма или уговор у којем се до одређене мере види дужничко-поверилачки однос јесу *pexum* и *stipulation*. У сваком случају, кредит је био познат још у римском добу.

У римском праву, *pexum* је био формалистички уговор који је служио за заснивање простих кредитних односа. Код *pexum*-а поверилац је одобравао робни или новчани кредит дужнику, верујући да ће они у одређеном року извршити исту или неку другу престацију. Престација дужника није морала да буде еквивалентна престацији повериоца. Приликом изговарања свечаних речи код *pexum*-а дужник је могао да се обавезе да ће платити и нешто више него што је примио од повериоца. Гледајући чињеницу да је у Риму било развијено лихварство, договарање надокнаде код *pexum*-а било је такоређи редовно, а договорена надокнада обично је била веома висока. Поред тога, *pexum* је био онерозан уговор за дужника, и спадао је у групу једностраних уговора. На основу свега тога, поверилац је добијао само права а дужник само обавезе. Основно право поверилаца било је да тражи од дужника исплату обавезе коју је преузео, као и исплату договорене надокнаде. Дужник који није на време и у целости исплатио обавезу, био је изложен разним мерама, као што је на пример била персонална егзекуција; падање у дужничко ропство заједно са својом породицом – дужничко ропство код повериоца. Поверилац је био у могућности да таквог роба прода, да га убије или да га задржи као роба у сопственој кући (Пухан, Поленак-Аќимоска, 2008:258) .

Код *stipulatio*-а, у одређеном смислу, у почетку његовог развоја називао се кредит. У почетку, пре него да се догоди промена код *stipulatio*-а у класичном и посткласичном римском праву, служио је за сачињавање

обавеза које су биле одређене у одређеној количини новца. Али то је било на самом почетку његовог развитка, а касније постаје поступак којим се закључују најразноврснији правни послови (Stojčević, 1975:241).

Тако, аутор сматра да су основе уговора о кредиту постављене још у римском праву и поред тога што кредит као такав корене вуче још од ранијег периода (Месопотамија, Вавилон, стара Грчка..). Међутим, маестрални римски умови тога времена поставили су темеље таквог уговора који се и дан данас и те како користи у скоро изворном облику у савременим правним системима.

3.2. Уговор о кредиту у савременом праву Републици Македонији

И овај уговор, исто као претходни, уређен је Законом о Облигационим односима. Чланови који се тичу овог уговора су 1104-1107.

Како време пролази, и како је друштво наставило да се развија, самим тим јављала се и потреба за кредитима. Развијенији облици кредита јављају се у условима робно-новчане размене у којима је кредит почео да представља битни извор банкарских прихода. Новац је због своје функције постао предмет трговине и фактор који је власнику могао да донесе приход. Најранији кредити које познајемо су: трговачки (занатски) кредити, залагање ствари и позајмљивање новца. Трговачки кредити дати од трговца или трговинског агента односно путника, појављују се у XVII и XVIII веку, када је економска свакодневница диктирала да продавци имају добра и услуге за продају, а потрошачи притом нису имали довољно средстава да прибаве одређена добра или услуге. Отуда, кредит се на почетку користио да задовољи потрошачке потребе које је економска свакодневница диктирала, за куповину потрошних добара или услуга. За коришћење кредита интерес су имали и повериоци и дужници. Повериоци су имали интерес односно циљ да продају робу и да самим тим повећају обим продаје, чиме би се омогућила поновна производња. Дужници, пак, били су заинтересовани за кредит како би подмирили своје потребе за одређеном робом или услугом. Они су се опредељивали за куповину одређених добара на кредит из два разлога: а) нередовни приходи, б) одржавање егзистенције (Howells, Weatherill, 2005: 299) .

Данас, у савременом праву уговор о кредиту регулисан је законом о облигационим односима. Тако је и у Републици Македонији. Уговором о кредиту, банка се обавезује да кориснику кредита омогући односно стави на располагање одређена новчана средства, на одређено или неодређено време, за неку намену или без утврђене намене, а корисник се обавезује да та средства врати у времену и на начин који је регулисан уговором. У

самом уговору о кредиту мора да се утврди износ и услови под којима се кредит даје, коришћење и враћање кредита. Спорно је то да ли уговор о кредиту може да се изрази и у некој другој вредности а не само у новчаној јединици. Робни кредит се тумачи као неутрални облик кредита код кога је неутрални облик увек изражен у одређеном новчаном износу. Сагласно закону, уговор о кредиту треба да буде сачињен у писаној форми, што је услов за његову пуноважност.⁶⁵ Као карактеристике овог уговора, кратко, могу се набројати: именованост (препознат је у Закону о облигационим односима и постоје чланови који се односе на исти), двострано је обавезујући (садржи права и обавезе за обе уговорне стране), будући да је циљ уговора јасно видљив у самом уговору, то овај уговор чини да буде каузалан; такође овај уговор је и теретан, а преписује му се и консекуалност као карактеристика будући да се закључује сагласношћу воља двеју страна. Као битни елементи овог уговора поменути су и: износ кредита, његово коришћење, као и начин његовог враћања (Blagojevic, Krulj, 1983: 2158-2164).

Отуда, аутор долази до закључка да и ако је основа постављена у римском праву, ипак поребе робно-новчаног промета су наметнуле велику потребу да се мења и прилагођава условима и времену у којем се користи. Ипак, давање кредита и његова временска исплата су постављени још у римском праву и остају до данас у свим савременим правним системима, тако и у правном систему Републике Македоније.

4. Уговор о потрошачком кредиту у римском и савременом праву

4.1. Уговор о потрошачком кредиту у римском праву

Дефинитивно овај уговор је производ новијег датума. Наиме, потребу за потрошњом наметнула је нова игра на тржишту, а са тим и потербу за новим уговором који је намењен потрошачима као конзументима производа широке потрошње. Ипак, ова анализа не сме да противуречи да зајам и кредит кроз историју, као и њихови темељи у римском праву, доводе до стварања овог уговора, који задовољава вољу потрошача као последње алке у кругу потражња – производња – потрошња. Не сме да се негира и чињеница да са појавом конзумеризма (друштвено кретање које има за циљ да представи интересе потрошача) седамдесетих година прошлог века, повећава и свесност индивидуе за своја права као потрошача.

6 Закон о облигационим односима (Службен гласник Р.М 18/2001) чл. 1104-1107.

4.2. Уговор о потрошачком кредиту у савременом праву Републике Македоније

За разлику од претходна два уговора који су уређени Законом о облигационим односима, следећи директиве добијене од Европске Уније, Македонија је овом уговору посветила посебан закон. Македонско законодавство прави велики корак напред посебно у делу који се тиче заштите потрошача. У моменту, у Републици Македонији актуелан је Закон о заштити потрошача при уговору о потрошачком кредиту из 2011-те године (следбеник закона из 2007 године) и њиме је целосно уређен уговор о потрошачком кредиту (Атанасовска, 2015:14).

Као последњи уговор за анализу у овом раду је уговор о потрошачком кредиту. За овај уговор најбитније је да се наведе да је двострано обавезујући уговор, што значи да облигациони однос настаје између тачно утврђених страна; кредитор одобрава или обећава да ће одобрити потрошачу кредит у форми зајма, дозвољено прекорачење, одложено плаћање на производима и услугама, финансијски лизинг и друге сличне финансијске услуге, осим уговора за пружање услуга на континуираном основу или за снабдевање производима исте врсте код којих се плаћање врши на рате у току периода давања услуга или снабдевања производима.⁷ Уговор о потрошачком кредиту је именован уговор будући да га сам закон признаје и препознаје (у Републици Македонији то је Закон о заштити потрошача и Закон о заштити потрошача при уговору о потрошачком кредиту). Овај уговор је теретан, будући да потрошач осим враћања главнице дужи и камату. Циљ је јасно видљив у самом уговору, а то су новачана средства, па зато овај уговор је и каузалан. Реалан је будући да се за овај уговор вежу два услова: постизање сагласности договорених страна и предаја предмета (што је јасно видљиви остатак римског зајма). Сагласно закону уговор се саставља у писаној форми, а будући да се подаци потрошача и износ тражене суме кредита уносе у унапред одређена празна места у уговору, може се рећи да овај уговор улази у гурпу формалних уговора. У пословној пракси, уговори о потрошачком кредиту се састављају унапред, имајући ово у виду, уговор припада групи типских уговора где потрошач мора унапред да буде информисан за промену трошкова и камата (Галев, Дабовиќ-Анастасовска, 2008: 402-416).

Отуда, аутор може да каже да овако презентирани уговор о потрошачком кредиту, имајући у виду закон који се односи на њега (Закон о облигационим односима као *lex generalis* и Закон о заштити потрошача као и

⁷ Закон о заштити потрошача при уговору о кредиту (Службен Гласник Р.М. 51/2011) чл. 2.

Закон о заштити портрошача при уговору о кредиту као *lex specialis*) да у корак прати кретање и потребе потрошача, и на тај начин инплементира директиве Европске Уније које постају део свакодневне правне литературе савременог права Републике Македоније.

5. Закључак

Овако разрађена анализа од стране аутора указује да код ових уговора једна ствар је јасна: маестрални римски ум и осећај за правду и правну уређеност у редовним животним токовима, оставља савршену класификацију уговора која је и данас у употреби у савременом праву. Аутор сматра да зајам је тај који је претрпео најмање промена, а остали уговори (кредит и портрошачки кредит) су се мењали са потребама које је стварало савремено робно-новчано тржиште. У овом раду аутор је показао и указао на још једну чињеницу и то да римско право представља увод у савремено грађанско право. Римско право креира правне институте, особено облигационе, и утицало је на решења која и данас користимо у савременим правним системима. То може да се види код анализе *mutuum*-а и његовог истријског развоја, преко елемената, карактеристика које има, преко размотрених права и обавеза уговорних страна, завршавајући са каматом односно са каматном стопом. По размишљању аутора *mutuum* је договор (институт) који је претрпео најмање промена кроз историјски развој човечанства. Римски правници успевају да кратко и јасно дају основна начела за институте који су били предмет анализе овог рада, који су богато наследство за данашњицу. Све ово дугује се великом угледу који је имала правна наука у римском друштву. Аутор је мишљења да је овај рад постигао свој циљ: доказао је велики утицај римског права у креирању савременог права које се може применити у савременим правним системима.

Литература

Аврамовић, С. (2000). Општа правна историја - стари и средњи век. Београд

Антић, О. (2007). Облигационо право. Београд, 2007

Атанасовска, А. (2015). На што треба да внимаваме при склучување на договори за потрошувачки кредит. Стручно списание Правник 279-280 (12-16). Скопје.

Бабић, И., Петровић З. (2004). Облигационо право - посебни део. Београд.

Бабић, И. (2006). Уговори грађанског права. Београд.

- Blagojević, B., Krulj, V. (1983). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, I knjiga*. Beograd.
- Blagojević, B., Krulj, V. (1983). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, II knjiga*. Beograd.
- Bujuklić, Ž. (2013). *Rimsko privatno pravo*. Beograd.
- Buckland, W.W. (1921). *A text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*. Cambridge: Universitu Press
- Дабовиќ-Анастасовска, Ј. (2001). *Договорите во „новото облигационо право на Република Македонија“, Деловно право, бр, 3/4*. Скопје.
- Галев, Г., Дабовиќ- Анастасовска, Ј. (2008). *Облигационо право*. Скопје.
- Horvat, M. (1980). *Rimsko pravo*. Zagreb.
- Horvat, M.(2007). *Rimsko pravo*. Zagreb.
- Јовановски, П., Неновски, Т. (2013). *Кредитна полтика*. Скопје.
- Perović, S., Stojanović, D. (redaktori) (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga prva*. Gornji Milanovac-Kragujevac.
- Perović, S., Stojanović, D. (redaktori). (1980). *Komentar Zakona o obligacionim odnosima, knjiga druga*,Gornji Milanovac-Kragujevac,
- Пухан, И., Поленак- Аќимоска, М. (2008). *Римско право, Скопје, 2008*.
- Shulz, F. (1951). *Classical Roman Law*. Oxford.
- Станојевић, О (2001). *Римско право*. Београд.
- Станојевић, О (2003). *Римско право*. Београд
- Стојчевић, Д. (1975). *Римско приватно право*. Београд: Савремена администрација.
- Stojčević, D. (1960). *Rimsko obligaciono pravo*. Beograd.
- Stojčević, D. (1983). *Rimsko privatno pravo*. Beograd.
- Taylor, L.R. (1949) *Party politics in the Age of Caesar*. Berekly.
- Howells, G. G.,Weatherill, S. (2005). *Consumer protection law*.
- Watson, A. (1984). *Contract of mandate in Roman law*. Oxford.
- Закон о облигационим односима (Сл. Гласник 18-2001).
- Закон о заштити портрочача при уговору о кредиту (Службен Гласник Р.М. 51/2011).

Aneta Atanasovska, M.Sci.
Attorney at Law, Skopje, Macedonia

SIMILARITIES AND DIFFERENCES BETWEEN LOAN AGREEMENT, CREDIT AGREEMENT AND CONSUMER CREDIT CONTRACT IN THE ROMAN LAW AND CONTEMPORARY LAW OF THE REPUBLIC OF MACEDONIA

Summary

The author, starting from the analysis of the loan agreements and credit that appear in Roman law, will show a strong association between these contracts, then and now, that apply in everyday legal life, and part of the modern legal systems and contemporary law. Special attention will be paid to the loan agreement and credit agreement in Roman law as to ragledale same in contemporary, modern law. In this regard, the powerful legacy of Roman law feels today. Bases on these agreements, although altered because of the needs of development, still remain solid. Thus, a healthy foundation is the perfect foundation for legal systems to create a healthy market and healthy competition where consumers will be protected from the risk of concluding a suspicious contracts and, ultimately, personal bankruptcy. In this article the author once again point and confirmed the fact that the regulation of these contracts its deep roots draws from Roman law.

Keywords: *contract, loan, credit, development, law.*

САРАДЊА У ОБЛАСТИ УНУТРАШЊИХ ПОСЛОВА И ПРАВОСУЂА У ЕЗ/ЕУ ОД РИМА ДО МАСТРИХТА

Апстракт: Сарадња у области унутрашњих послова и правосуђа (касније полицијска и правосудна сарадња у ЕУ) своје корене има у развоју политичке сарадње као надградње економских интеграција држава чланица ЕЗ/ЕУ. Суочавање са безбедносним претњама, а посебно потреба за заједничким супротстављањем тероризму и организованом криминалу почетком 70-их година XX века, била је кохезиони фактор и означава почетак успостављања сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа. Од настанка до уношења у правни поредак Уније ова сарадња је прошла „пут“ од прихватања уверења о неопходности сарадње, преко формирања ванинституционалних форума за сарадњу до њеног формалног укључивања у области од заједничког интереса у Уговор из Мастрихта.

Кључне речи: унутрашњи послови и правосуђе, тероризам, организовани криминал, Треви, Европол.

1. Увод

Настанак сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа био је део политичке агенде шефова држава и влада држава чланица ЕЗ/ЕУ који је требало да омогући адекватнији одговор држава чланица на тада нове безбедносне изазове, ризике и претње. Тероризам, организовани криминал и трговина дрогом су добијали све јачи међународни предзнак и више нису представљали претње које државе чланице могу сузбити ослањајући се искључиво на сопствене безбедносне структуре и искључиво сопственим ресурсима. Заједничко деловање држава чланица на почетку ванинституционалног оквира ЕЗ/ЕУ а касније унутар правног поретка Уније, уз активно учешће институција ЕУ, је допринело да ова

1 vasilkovzoranco@yahoo.com

врста сарадње буде саставни део Области слободе, безбедности и правде. Заштита основних слобода грађана, њихова безбедност и функционисање владавине права постају један од главних циљева ЕУ након реформи оснивачких уговора спроведених усвајањем Амстердамског и посебно Лисабонског уговора.

За разумевање ове области која је данас најдинамичнија, мултидисциплинарна и комплексна категорија у праву ЕУ, веома је корисно вратити се на почетак и сагледати историјски контекст у којем је сарадња у области унутрашњих послова и правосуђа настала, посебно зато што суверенитет држава и потреба за унапређењем сарадње која би довела до преношења дела суверених права на наднационалне институције и данас представљају ограничавајући фактор даљег развоја Области слободе, безбедности и правде.

2. Уговор из Рима и сарадња у области унутрашњих послова и правосуђа

Уговором о формирању ЕЕЗ из 1957. године (даље: УЕЕЗ), интеграција шест европских држава регулисана Уговором о оснивању Европске заједнице за угаљ у челик², добија нову физиономију ширењем економске сарадње и на остале привредне гране. Основна идеја УЕЕЗ је економски просперитет и побољшање животног стандарда грађана стварањем заједничког тржишта које ће бити мотор развоја привреда и економија држава чланица ЕЕЗ.³

Основ за успостављање сарадње у области унутрашњих послова налази се у одредбама УЕЕЗ које се односе на формирање заједничког тржишта у периоду од дванаест година, из којих произлазе гаранције за слободу кретања лица, робе, услуге и капитала.⁴ Тиме се одредбе о стварању и функционисању заједничког тржишта и царинске уније директно повезују са укидањем националних ограничења и стварањем услова за уживање ове четири слободе.

УЕЕЗ у трећем делу који се односи на политике заједнице, у глави I, регулише слободу промета робе и формирање царинске уније, а у глави III слободу кретања лица, услуга и капитала. За слободу кретања радне

2 Француска, Немачка, Италија и земље Бенелукса су 1951. године Париским уговором основале Европску заједницу за угаљ и челик да би након шест година Римским уговором биле основане још две заједнице, и то Европска економска заједница и Европска заједница за атомску енергију.

3 Лопандић, Д., и Јањевић, М., „Уговор о ЕУ од Рима до Мاستрихта“, Београд, 1995.

4 Члан 7. Уговора о ЕЕЗ

снаге Уговор је предвидео укидање сваке дискриминације за раднике између држава чланица по основу држављанства у погледу запошљавања, награђивања и осталих услова рада.⁵

Чланом 53. УЕЕЗ намеће се обавеза чланицама да не уводе нова ограничења у погледу права настањивања на својој територији за држављане других држава чланица, остављајући могућност да Уговором и споразумима буду предвиђене неке врсте ограничења. Као изузеци за ограничавање слободе кретања спомињу се разлози јавног поретка, безбедности и здравља, што представља „прапочетак“ који ће касније довести до успостављања сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа у оквиру политичке сарадње држава чланица.

Слободе кретања лица, робе, капитала и услуга стога представљају суштински елемент економске интеграције и означавају почетак и подстицај миграционих токова између држава чланица. Више од две деценије након стварања ЕЕЗ, слобода кретања робе и лица остају претежно уговорне одредбе без могућности потпуне имплементације. Укидање царина је довело до увођења различитих такси на увезену робу ради заштите домаћег тржишта које остају широко заступљене иако је направљен значајан напредак у практичној примени слободе кретања робе између држава чланица ЕЕЗ. Право на слободу кретања одређених категорија лица, пре свега радника и студената, је такође унапређено, али се тај прогрес не односи на све грађане (свих професионалних профила) и не води ка потпуном укидању контроле лица приликом преласка граница држава чланица.⁶

Римски уговор практично није регулисао питања преласка граница, миграције и визне политике. Остваривање слободе кретања легалних миграната значајно ограничава способност држава чланица да контролишу сопствене границе и та врста ограничена моћи постаје саставни елемент данашње Европе. Границе су типичан пример стратегијског, геополитичког концепта који у себи укључује територијалну и политичку компоненту суверене власти сваке државе. УЕЕЗ додаје и социјално-економски значај којим се мења геополитички концепт граница, пре свега у односу на људску природу и потребу за мењањем сталног пребивалишта у потрази за бољим условима живота и рада.

Утисак је да аутори Уговора и државе оснивачи ЕЕЗ у почетку нису имали потпуну представу о могућим злоупотребама права на слободу кретања и преливању криминалних активности, нарочито тероризма и трговине

5 Члан 48. тачка 2. Уговора о ЕЕЗ

6 Mitsilegas V., Monar J., and Rees W., „The European Union and Internal Security – Guardian of the People?“, London, 2003, p. 27.

дрогом, који постају све присутнији крајем шездесетих година 20. века. Испоставиће се да су криминалне структуре право на слободу кретања препознале као добар „параван“, тј. завесу за подстицај и „извоз“ илегалних послова на територији држава чланица ЕЕЗ, као и могућност за извршиоце кривичних дела да преласком из једне у другу државу чланицу покушају да избегну суочавање са правдом.

3. Треви група – ванинституционални облик сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа у ЕЗ/ЕУ

Касне 60-е и ране 70-е године прошлог века су период значајних економских, социјалних и политичких превирања у свету. Код европске политичке елите се појачава забринутост због утицаја међузависности на ширење насиља и преношење криминалних активности уз истовремено суочавање са првим облицима глобалних изазова, ризика и претњи од којих се као најзначајнији издвајају међународни тероризам и организовани криминал. Почетна манифестација међународног тероризма јавља се у облику отмица ваздухоплова, киднаповања дипломата, заузимања дипломатских представништава, убистава, ширења панике и страха од стране терористичких група ради постизања политичких циљева.⁷ Убиство израелских олимпијца на Олимпијским играма у Минхену 1972. године био је терористички чин који је указао на неспремност, рањивост, конфузију и неадекватан приступ националних структура безбедности у решавању безбедносних претњи. Постало је јасно да успостављање и унапређење међународне сарадње на пољу безбедности мора бити императив, а предузимање хитних акција од стране држава, УН и других регионалних организација неминовност.

Стварање неформалних група састављених од министара унутрашњих послова и високих полицијских званичника држава чланица ЕЕЗ је био први одговор и покушај за унапређење заједничког деловања у изналажењу практичних безбедносних решења ради супротстављања тероризму. У периоду од 1975. године, сарадња у области унутрашњих послова између држава чланица ЕЕЗ почиње да поприма своје прве организоване облике под „кишобраном“ међувладине сарадње.⁸ На Самиту Европског савета у Риму 1975. године, донесена је одлука о формирању *ad hoc* тела за сарадњу у области унутрашњих послова и правосуђа између држава чланица ЕЕЗ под називом Треви група.

7 Више види: Димитријевић В., „Тероризам“, Београд, (1982), стр 187.

8 Coolsaet, R., „EU counterterrorism strategy: value added or chimera?“, International Affairs 86: 4, (2010), p. 857.

Иницијатори успостављања безбедносне сарадње у оквиру постојећег међувладиног форума који је носио назив Европска политичка сарадња, били су представници Немачке и Велике Британије.⁹

Треви група почиње са радом на састанку у Луксембургу 1976. године, када је формирано пет радних група. Ове радне групе су припремале извештаје за високе званичнике Треви групе који су презентовали шестомесечне и годишње извештаје на састанцима Треви - министара унутрашњих послова ЕЕЗ. У раду Треви групе значајно место је имала Треви тројка састављена од три висока званичника ЕЕЗ, и то од: председавајућег, претходног председавајућег и следећег председавајућег. То је била једина формална веза између овог тела и органа ЕЕЗ. Задатак тројке је био да на основу извештаја радних група асистирају и извештавају председавајућег ЕЕЗ по питањима безбедносне сарадње од заједничког интереса за државе чланице.

Након операционализације и успостављања сарадње у оквиру радних група, одређени број држава које нису биле чланице ЕЕЗ добиле су статус посматрача у оквиру Треви групе. Те државе нису формално учествовале у њеном раду, али су након сваког састанка од Треви тројке добијале информације о новим безбедносним изазовима, ризицима и претњама које могу да угрозе њихову унутрашњу безбедност. У ову групу држава, названу „пријатељи Треви групе“ спадале су: Шведска, Аустрија, Норвешка, Швајцарска, Финска, Мароко, Канада и САД. Још две државе су биле извештаване о безбедносним аспектима сарадње, и то: Шпанија је извештавала Аргентину, а Немачка Мађарску.¹⁰

Пет радних група које су формиране након састанка министара унутрашњих послова земаља чланица ЕЕЗ на састанку у Луксембургу 1976. године су имале различит делокруг рада и покривале различите области криминалитета.

Треви 1 или Радна група 1 је била задужена за супротстављање тероризму и једина је имала неку врсту аналитичко-оперативне улоге, за разлику од осталих група које су имале улогу координатора. Главни задаци групе Треви 1 су били израда заједничких, анализа о спољним и унутрашњим терористичким претњама, прикупљање информација стратегијског и тактичког значаја за супротстављање терористичким групама које делују на међународном нивоу и давање препорука о модалитетима сарадње и

9 Occhipinti, J., „The politics of EU police cooperation: toward a European FBI“, London, (2003), p.31.

10 Bynian T., „Trevi, Europol and the European state“, Statewatching the new Europe, 1993, www.statewatch.org/news/handbook-trevi.pdf, приступ 10.11.2013.

заједничког деловања безбедносних структура држава чланица. На другом састанку министара унутрашњих послова ЕЕЗ у оквиру Треви групе у Лондону 1977. године, улога Треви 1 је проширена на припрему извештаја о искуствима у сузбијању терористичких аката и на унапређење размене информација по питању међународног тероризма у случајевима када је терористичким претњама угрожено више држава чланица. Након тога, на предлог Треви 1 је дошло до успостављања националних контакт тачака за размену информација о међународним терористичким претњама и пуштање у рад заједничког заштићеног факс система за пренос информација између полицијских снага дванаест држава ЕЕЗ. Централна јединица система се налазила у Европској секцији официра за везу у *Metropolitan Police* у Великој Британији.

Треви 2 или Радна група 2 је била задужена за унапређење полицијске сарадње и размену информација ради одржавања јавног реда и супротстављања хулиганизму на фудбалским утакмицама, опремање полиције, посебно за то време новом информационом технологијом, унапређење полицијске обуке укључујући и едукацију за коришћење страних језичких одредаба и термина у оквиру полицијског посла. Такође је посебан акценат у раду Треви 2 био дат на примену нових форензичких метода и техника у истрагама, укључујући предлоге за формирање центра за информације о дрогама, експлозивима, отисцима прстију и идентификационим документима, као и других питања међусобне техничке сарадње од значаја за унапређење полицијске професије.

На препоруку ове радне групе, био је успостављен стални координатор за размену информација између држава чланица ЕЗ у односу на међународно кретање хулигана на фудбалским мечевима.¹¹ Такође, ТРЕВИ 2 је радила на контроли безбедности саобраћаја на путевима и усаглашавању правног основа за пресретање комуникација.

Треви 3 или Радна група 3. При оснивању радне групе Треви 3, основна идеја је била њено ангажовање на изради и доношењу безбедносних процедура за потребе цивилног ваздухопловства. Радна група 3 није почела са радом све до 1985. године, када је њена улога редефинисана и стављена јој је у надлежност координација безбедносне сарадње у области међународног организованог криминала. Посебно је била укључена у активности које су се односиле на трговину дрогом. На предлог ове групе је била формирана мрежа официра за везу у области кријумчарења дрога у државама ЕЗ и ван њих, и то у САД, Индији, Финској, Канади, Норвешкој и Шведској. Треви 3 је била задужена за откривање и размену информација

11 Стојановић С, Маравић Д., „Слобода, безбедност, правда“, Београд, 2011, стр. 29.

о оружаним пљачкама, украденим возилима, заштити сведока, илегалној употреби платних картица, заштити културног наслеђа и организацији семинара за борбу против организованог криминала.

Треви 4 или Радна група 4 је имала задатак да обезбеди сигурност и безбедност нуклеарних инсталација и нуклеарног транспорта.

Треви 5 или Радна група 5 је имала задатак усаглашавања мера и активности у ванредним ситуацијама (природне катастрофе, против-пожарна заштита и гашење пожара широких размера).

Од оригиналних пет група, само су Треви 1 и 2 биле активне. Треви 3 је почела са радом након што је добила нову улогу 1985. године, док Треви 4 и 5 никада нису профункционисале.

Ад хос радна група Европол је формирана у августу 1991. године, на предлог министара унутрашњих послова у оквиру Треви групе. Радна група је била састављена од 50 чланова под вођством високог полицијског службеника Велике Британије. Њен основни задатак је био формирање Европске полицијске канцеларије (Европол), доношење плана развоја ове агенције, утврђивање делокруга рада и припрема Конвенције о формирању Европола у складу са новим правним основом из Уговора о ЕУ из Мастрихта.

Најзначајна документа објављена у вези са радом Треви групе су:

- „Палма документ“ усвојен у Мадриду јуна 1989. године¹²,
- Декларација министара Треви групе усвојена у Паризу децембра 1989. године,¹³
- Акциони план донесен у Даблину 1990. године¹⁴ и

Извештај координатора о напретку у спровођењу „Палма документа“.¹⁵

12 „The Palma Document” Free Movement of Persons. A Report to the European Council by the Coordinators’ Group (Madrid, June 1989) in Key texts on justice and home affairs, 1976-1993, p. 12 <http://www.statewatch.org/semDOC/assets/files/keytexts/ktch1.pdf>, приступ 09.12.2013.

13 Declaration of Ministers of the Trevi Group, (Paris, December 1989) in Key texts on justice and home affairs, 1976-1993, p 35 <http://www.statewatch.org/semDOC/assets/files/keytexts/ktch2.pdf>, приступ 09.12.2013.

14 Programme of Action relating to the reinforcement of police co-operation and of the endeavours to combat terrorism or other forms of organized crime (Dublin, Jun 1990)) in Key texts on justice and home affairs, 1976-1993, p. 37 <http://www.statewatch.org/semDOC/assets/files/keytexts/ktch2.pdf>, приступ 09.12.2013.

15 Report to the European Council in Edinburgh from the Coordinators’ Group on Free Movement of Persons (Edinburgh, December 1992) in Key texts on justice and home affairs,

Главна карактеристика ових докумената, без обзира на садржинско понављање и преклапање, је истицање неопходности сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа, као основа за стварање заједничке политике ЕЗ по питањима унутрашње безбедности.

Министри Треви групе су 1991. године у оквиру Самита у Мастрихту поднели извештај Европском савету под називом „Развој Европола“, чиме је званично Европол представљен као наследник Европске обавештајне јединице за борбу против дрога, што је институционално потврђено чланом К.1 Уговора о ЕУ из Мастрихта.

Критике на рад Треви групе су биле константне и интензивне од самог њеног оснивања.

Имајући у виду да Европска комисија није била укључена у рад Треви групе и да Европски парламент није чак ни обавештаван о њеном раду све до 1991. године, за Треви групу је владало мишљење да се ради о „тајном“ телу међувладине сарадње, са нејасном структуром, спорном надлежношћу и, у складу са тим, не баш најјасније утврђеном одговорношћу. Европски парламент је често критиковао рад Треви групе због нетранспарентности и неспремности министара унутрашњих послова држава чланица (који су се састајали на министарском нивоу у оквиру Треви групе) да одговарају на парламентарна питања у вези унутрашње безбедности током заседања Европског парламента.¹⁶

Државе чланице су на Треви групу гледеле као на форум за размену података и информација ради унапређења сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа, без икаквог уплива органа ЕЗ, посебно Комисије и Парламента. Деманти о недостатку демократске контроле и неучешћу институција ЕЗ у раду Треви групе најсликовитије је објаснио тадашњи министар унутрашњих послова Велике Британије: „Треви је форум који окупља министре унутрашњих послова ЕЕЗ ради давања политичког импулса и утицаја на полицијске службе држава чланица за унапређење полицијске сарадње. Треви није извршно тело. Стога, одговорност је на министрима унутрашњих послова искључиво према њиховим владама и није потребно да се размишља о одговорности овог тела према било којој институцији у оквиру ЕЕЗ. Државни званичници подносе извештај министру унутрашњих послова који о томе извештава владу. Национални парламенти могу а и не морају бити информисани, у зависности од

1976-1993, p. 17 <http://www.statewatch.org/sem/doc/assets/files/keytexts/ktch1.pdf>, приступ 09.12.2013.

16 Occhipinti, J. (2003), op.cit. p.43

парламентарне праксе државе и национални парламенти немају моћ одлучивања и промене одлука у односу на одлуке владе.“¹⁷

Препреке и негативни фактори развоја полицијске и правосудне сарадње

Остваривање унутрашње безбедности је једна од основних друштвених вредности коју свака држава мора да обезбеди у оквиру легитимитета и суверенитета националне државе. Унапређење сарадње и интеграција у области унутрашњих послова и правосуђа између држава чланица ЕУ представља задирање у унутрашњу безбедност и суверенитет држава. Још од 17. века главне европске теорије друштвеног уређења се заснивају на претпоставци о држави као носиоцу суверенитета и врховног ауторитета за обезбеђивање – дистрибуцију безбедности становништву, штитећи га како од спољашњих тако и од унутрашњих претњи по друштвене вредности. Држава је дужна да гарантује мир и безбедност уз сагласност, пристанак народа на обавезу да се повинује држави.¹⁸ То значи да се заштита безбедности појединца појављује као суштина легитимитета државе и уопште њеног деловања. Слични аргументи се могу наћи код најистакнутијих филозофа, правника и теоретичара друштвеног уређења из доба просветитељства који посебан значај дају очувању живота, слободе и имовине сваког грађанина¹⁹ и обезбеђивању безбедности појединца и имовине као основног разлога за постојање друштвеног уговора између грађана и државе.²⁰

Само кратак преглед устава модерних држава је довољан да се стекне утисак да су ове политичке теорије државе и друштва и данас у одређеном и измењеном облику саставни део највиших правних и политичких аката држава. Тако важећи уставни акти држава чланица ЕУ дефинишу уставну обавезу државе да обезбеди безбедност, владавину права и заштиту људских права и основних слобода грађана и становника кроз функционисање институција правне државе на принципима легитимитета и легалитета државе.

Шире објашњење у погледу стварања безбедносног амбијента за грађане и развоја друштва у целини заштићеног од унутрашњих и спољних ризика и претњи, лежи у теорији суверенитета држава. Тиме долазимо до главних препрека које стоје „високо“ испред међународне сарадње и повезивања у области унутрашњих послова и правосуђа.

17 Yunian T., op.cit. p.5

18 Хобс, Т., „Левијатан“, Београд, 2011, стр. 150.

19 Лок, Џ., „Две расправе о влади“, Београд, 2002, стр. 278, пара. 87.

20 Жан-Жак, Р., „Друштвени уговор“, Београд, 2011, стр. 49.

Прва препрека представља схватање **начела суверене власти држава**. У основи концепта суверенитета државе се налази идеја да унутар политичке заједнице постоји крајња и апсолутна власт. Сувереност такође претпоставља ограниченост простора у коме се државна власт простире, а изван тог простора се налазе друге друштвене заједнице које су организоване и функционишу на истим принципима постојања врховне и неограничене власти.²¹ Национална безбедност, спољни послови и монетарна политика су питања јавне власти традиционално везане за надлежност суверене државе. Национална безбедност уређена на принципима легалитета, легитимитета и поштовању људских права, као и спољни послови и одбрана, уткани су у суштину, срж суверенитета сваке демократске државе и манифестација су способности државе да остварује своје функције на унутрашњем и спољашњем плану. Сувереност се у класичном облику огледа у врховној власти државе при доношењу правних правила, тачније законодавном уређењу државе и наметању поштовања правних норми средствима односно монополном државне принуде.

Сарадња у области унутрашњих послова или касније полицијске и правосудне сарадње у оквиру европске области слободе безбедности и правде, упућује на трансформацију државног суверенитета, трансформацију која се односи на специфичну територију која је шира од националне (државне) и специфичну популацију тј. становништво које је веће од оног које је настањено у оквиру граница националне државе.²²

Другу препреку у успостављању сарадње у овој области представљају **разлике између правних система Европе**, посебно континенталног (са нагласком на писаном праву) и англосаксонског права (са знаком на прецедентном праву), које су допринеле развоју различите европске правне културе, традиције и праксе.

Континентална правна традиција заснива се на претпоставци да само писано право може обезбедити адекватне гаранције за примену правних правила. То писано право обезбеђује неопходне основе за праведно друштвено уређење и обликовала га је држава у име народа. Судови морају да примењују право стриктно се придржавајући слова закона, са ограниченом дискрецијом интерпретације и стварања права само у случајевима када долази до попуњавања постојећих правних празнина у писаном праву.

21 Кнежевић-Предић, В., „Оглед о суверености: Сувереност и Европска унија“, Београд, 2001, стр. 13-15.

22 Bigo, D., „EU Police Cooperation: National Sovereignty Framed by European Security?“ in Guild, E., and Geyer, E., (eds.), „Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union“, 2008, p.106.

Супротно, у англосаксонској правној традицији право није оно што доноси законодавна власт државе, већ оно што суд сматра да право треба да буде. Свака судска одлука тумачи значење права у датом случају, било следећи и примењујући претходну судску одлуку (прецедент) или стварајући нову судску одлуку-праксу, која ако не буде одбијена од вишег суда, постаје прецедент сама по себи.²³

Разлике између англосаксонског и континенталног права су посебно изражене у области кривичног права, где већина правних система заснованих на континенталном праву примењује инквизиторски систем, док се у англосаксонском правном систему примењује адверсарни (акузаторски) систем.

У земљама које прихватају адверсарни систем, судски поступак покрећу у првом реду приватна лица (жртва или њени сродници), док је државним органима тј. полицији поверен задатак да истражују кривична дела. Судске поступке могу започети јавни тужиоци, који углавном уживају дискрецију при одлучивању хоће ли или неће покренути поступак (као на пример у Енглеској, Велсу и Шкотској), дакле могу бирати случајеве за које сматрају да су вредни разматрања пред судом. Када поступак покреће тужилац, приватна лица не играју никакву улогу у поступку, осим што се могу појавити као сведоци. Претресом обично председава судиј, док ослобађујућу или осуђујућу пресуду доноси порота састављена од људи насумично одабраних међу становништвом.

У инквизиторском систему истрагу може покренути полиција, жртва која пријављује кривично дело полицији и тужилац када располаже сазнањима да је почињено кривично дело. Заснива се на начелима писмености и формалне (законске) оцене доказа, као и на одсуству јавности у највећем делу поступка.²⁴ Ако тужилац након истраге сматра да постоје довољни основи за кривично гоњење, обавезан је да подигне оптужницу, тачније не постоји дискреционо право о покретању поступка као што је случај у адверсарном систему. Поступак се води пред судијама професионалцима (један, три или пет, у зависности од степена) који суде у већинама у зависности од тежине кривичних дела. На пример, у Француској у случајевима суђења за тешка кривична дела судска већа су састављена од три судије професионалца и девет судија поротника изабраних извлачењем. У инквизиторском систему не постоји институт који одговара институту пороте у адверсарном систему.

23 Mitsilegas, V., Monar, J., and Rees, W., *op. cit.*, p. 11.

24 Шукулић, М., „Кривично процесно право“, Београд, 2012, стр. 7.

Посебно је значајно нагласити да ниједан од ових система није примењен у свом чистом облику, јер неке земље често у свој систем уграђују поједине елементе из другог модела, тако да се у већини случајева примењује адверсарни систем са примесам инквизиторског система или инквизиторски систем са елементима адверсарног система.²⁵

Трећа значајна препрека се налази у наглашеним разликама у структурама за спровођење закона то јест полицијским снагама европских држава. Главне разлике између држава чланица се огледају у различитој форми и организацији полиција са аспекта централизованости. У неким земљама, као што је нпр. Француска, Аустрија, Данска, Ирска, Грчка и Португал, полиција је веома централизована са постојањем јединствених националних полицијских снага којима управља надлежно министарство (министарство правде у Данској и Ирској и министарство унутрашњих послова у Француској, Аустрији и Грчкој). У другим земљама полицијске снаге су прилично децентрализоване, као на пример у Великој Британији, где постоје 52 окружне или градске полицијске управе којима руководе начелници полицијских управа (*Chief Constables*) и локалне полицијске власти. Управљање локалним снагама надгледа Министарство унутрашњих послова (*Home Office*), у оквиру кога постоје централизоване службе које пружају подршку локалним полицијским снагама за одређене врсте полицијских послова. Значајан степен децентрализованости полицијских снага постоји и у Немачкој. Федерална криминалистичка полиција (*Bundeskriminalmat*) и Федерална гранична полиција (*Bundesgrenzschutz*) су две федералне полицијске службе, али свака држава у оквиру немачке федерације има своје сопствене полицијске снаге које су под контролом републичких министара унутрашњих послова.

Генерална слика европских полиција се даље компликује због постојања бројних истих или различитих надлежности полицијских снага. У Француској су, на пример, Национална полиција (*Police nationale*) и Национална жандармерија (*Gendarmerie nationale*) задужене за кривичне истраге и одржавање јавног реда. Осим тога, постоје и специјализоване јединице за истраге и процесуирање, обавештајна јединица, јединица за спречавање јавних немира и јединица за граничну контролу.²⁶

У разлике полицијских система у Европи је укључен и функционални приступ који постоји у односу на одређена битна питања као што су: стратегија у односу на сузбијање и контролу дрога која се разликује у Француској и Немачкој са једне и Холандији са друге стране (либералније

25 Касезе, А., „Међународно кривично право“, Београд, 2005, стр. 442.

26 Mitsilegas, V., Monar, J., and Rees, W., op.cit. p.14.

законодавство у односу на поседовање и уживање дрога у односу на остале државе у Европи), ношење ватреног оружја које је ограничено за полицијске снаге у Великој Британији и учешће у кривичном поступку које је обавезно за полицијске снаге Немачке, али не и за полицијске снаге Велике Британије и Холандије²⁷.

5. Уговор из Мастрихта и институционално утемељење полицијске и правосудне сарадње

Почетком 90-их година у оквиру ЕЗ почиње да се јавља незадовољство славим напретком у сарадњи у области унутрашњих послова и правосуђа. Као главни разлози за спор напредак су истакнути преширок оквир за сарадњу, постојање великог броја међувладиних тела (од 1986. до 1991. формирано је око 20 различитих група и тела), недовољна организованост и слаба повезаност између ових група. Незадовољство је посебно изразила Немачка која је била изложена спољном притиску имиграната из источне Европе и Блиског истока. Немачка влада је одиграла одлучујућу улогу на Међувладиној конференцији 1991. године, захтевајући повећање нивоа ефикасности сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа у тренутку успостављања јединственог тржишта, како би биле смањене претње по унутрашњу безбедност држава чланица након укидања унутрашњих граница. Током Конференције, сукобљени су аргументи две супротстављене групе држава. Групу која је захтевала укључивање и делимичну комунитаризацију ширег опсега питања из области унутрашње безбедности су чиниле Немачка, Белгија, Италија, Холандија и Шпанија са једне стране и Велика Британија и Данска са друге стране, које су браниле став о ограниченој сарадњи у области унутрашњих послова и правосуђа која треба да буде укључена у Уговор о ЕУ. Резултат ових преговора је уобличен у Наслову 6 Уговора о ЕУ из Мастрихта²⁸ који носи назив „Одредбе о сарадњи у области правосуђа и унутрашњих послова“ или тзв. трећи стуб ЕУ. Иако успостављен на принципима међувладине сарадње са ограниченим надлежностима институција ЕУ и недовољно изграђеним правним инструментима, формирање трећег стуба у то време представља нови квалитет јер се безбедносна сарадња држава чланица по први пут формално укључује у уговорни оквир функционисања будуће Уније. То је наглашено самим истицањем да је развијање блиске сарадње у

27 Hobbing, P., „Uniforms without Uniformity: A Critical Look at European Standards in Policing“, in Guild, E., Florian, G., Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union, 2008.

28 Treaty on European Union OJ C 191, 29.07.1992. Ступио на снагу 1. новембра 1993. године.

области правосуђа и унутрашњих послова један од шест главних циљева дефинисаних Уговором о ЕУ.²⁹

Тако је, ради остваривања циљева Уније, посебно слободе кретања лица, утврђено девет питања од заједничког интереса у области правосуђа и унутрашњих послова, и то: политика давања азила, питања преласка спољних граница и контроле прелажења лица, политика уселавања и политика према држављанима трећих држава, борба против трговине дрогом и међународног кријумчарења, правосудна сарадња у грађанским стварима, правосудна сарадња у кривичним стварима, царинска сарадња, полицијска сарадња у циљу превентивног деловања у борби против тероризма, недозвољене трговине дрогом и других тешких облика међународног криминала разменом информација унутар Европске полицијске канцеларије (ЕВРОПОЛ).³⁰

Специфичности трећег стуба су посебно биле изражене у односу на три елемента: надлежности институција ЕУ, правне акте и начин доношења одлука.

Институције ЕУ су имале веома ограничену улогу у областима сарадње дефинисаним у оквиру трећег стуба, а посебно наднационалне институције као што су Комисија и Суд правде.

Савет ЕУ је у члану К.3 означен као главни орган одлучивања, тачније институција у оквиру које се државе чланице међусобно обавештавају, консултују и координирају акције по питањима сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа. Савет (министара унутрашњих послова и правосуђа) ЕУ као главни орган одлучивања у оквиру трећег стуба доноси одлуке на основу консензуса – једногласности у одлучивању. Квалификована већина је предвиђена за усвајање мера за примену већ усвојених заједничких акција, док се мере за примену усвојених конвенција доносе двотрећинском већином приликом гласања у оквиру Савета, уколико није другачије предвиђено конвенцијом.

Европска комисија Уговором добија одређена, претежно ограничена овлашћења у области унутрашњих послова и правосуђа, што је било довољно да неки теоретичари протумаче улогу Комисије као увођење на мала врата индиректне комунитаризације и елемената наднационалности у овај облик сарадње.³¹ За разлику од првог стуба, где је Комисија искључиво

29 Наслов 1, члан Б, тачка 4, Уговора о ЕУ.

30 Члан К.1. Уговора о ЕУ.

31 Чавошки, А., Рељановић, М., „Правосуђе и унутрашњи послови у Европској унији“, Београд, 2009, стр. 25.

чиви носилац наднационалне власти, главни предлагач политика и носилац легислативних овлашћења, у трећем стубу Комисија дели право иницијативе у областима наведеним под тачкама 1. до 6. члана К.1. Иницијатива Комисије у областима правосудне сарадње у кривичним стварима, царинске сарадње и полицијске сарадње је била искључена, а предлагање мера и доношење правних инструмената који уређују ову област су имале искључиво државе чланице у оквиру Савета ЕУ³².

Улога Европског парламента је била лимитирана на право да буде информисан о раду Савета министара, Председништво може консултовати Парламент о активностима у трећем стубу и постоји право Парламента на постављање питања и давање препоруке за рад у овој области³³. Тиме је настављена пракса „демократског дефицита“ у раду Савета приликом решавања питања из унутрашње безбедности, успостављена још у време формирања и деловања Треви групе.

Европски суд правде је имао огроман значај за успостављање и функционисање комунитарног права и био чувар и бастион вредности Европске заједнице кроз доношење пресуда, саветодавних мишљења, решавање спорова и тумачење комунитарних норми. Надлежност Европског суда правде у области унутрашњих послова и правосуђа је значајно ограничена Уговором, осим у случајевима усвајања конвенција у оквиру трећег стуба ради тумачења одредаба и решавања спорова у вези са њиховом применом, и то када је надлежност Суда за решавање ових питања предвиђена самом конвенцијом³⁴.

Правни инструменти који су стајали на располагању Савету за успостављање и унапређење сарадње у области правосуђа и унутрашњих послова су конвенције, заједнички ставови и заједничке акције. Они се потпуно разликују од легислативних инструмената који регулишу сарадњу у оквиру првог стуба, како по начину доношења тако и по правној снази и обавезности самих аката.

Савет усваја „заједничке ставове и подстиче све облике сарадње у одговарајућој форми и према процедури која је корисна за реализацију циљева Уније“. Предвиђено је и усвајање заједничких ставова који изражавају заједничку позицију и став држава чланица ЕУ у оквиру међународних организација и на међународним конференцијама.³⁵

32 Члан К.3 тачка 2 Уговора о ЕУ.

33 Члан К.6 Уговора о ЕУ.

34 Члан К.3 (2)(ц) Уговора о ЕУ.

35 Члан К.5 садржи назив „common position“ за разлику од формулације „joint position“ из члана К.3(а) Уговора о ЕУ, што имплицира да се ради о два различита

Заједничке акције се усвајају када циљеви Уније могу да буду боље остварени вођењем заједничке акције него изоловано вођењем акције неке државе чланице.³⁶ И за заједничке ставове и заједничке акције је важно напоменути да их предлаже Савет, а да их усвајају државе чланице гласањем у оквиру Савета на бази консензуса (једногласности), док се мере за спровођење заједничких акција усвајају квалификованом већином.

Након ступања на снагу Уговора из Мастрихта, често се постављало питање правног дејства ових инструмената. Тринаест држава чланица је подржало тумачење правне службе Савета ЕУ по коме су заједничке акције правно обавезне, а степен обавезности за државе чланице зависи од садржине, правне формулације и циља сваке заједничке акције, док су две државе чланице (Велика Британија и Португал) заступале став да заједничке акције нису аутоматски правно обавезне и питање правне обавезности зависи од самог слова одредаба садржаних у заједничким акцијама.³⁷ У пракси, у највећем броју заједничких акција су коришћени језички термини који имплицирају обавезност норми, али не и у сваком делу садржине то јест одредаба заједничке акције. Још је мање јасно правно дејство заједничких ставова, посебно ако се има у виду заједнички став који садржи дефиницију избеглица, где стоји да „не обавезује правосудне власти и не утиче на одлуке судских власти држава чланица“.³⁸ Савет ЕУ је такође изразио своје мишљење да би заједнички ставови које државе чланице заузимају и усвајају у оквиру међународних организација могли бити правно обавезни.

Главни правно обавезујући инструмент садржан у одредбама Уговора о ЕУ у овој области су биле конвенције које у потпуности одсликавају карактер међувладине сарадње у Унији, пре свега код усвајања конвенција на принципима међународног јавног права. Не доводећи у питање члан 220. Уговора о оснивању Европске заједнице, Савет може да припрема нацрте конвенција и препоручи усвајање истих у складу са уставним одредбама држава чланица.³⁹ Уколико није другачије предвиђено конвенцијом, мере за њену примену се усвајају двотрећинском већином уговорних страна.

У периоду од 1993. до 1999. године који се може означити као мастрихтска ера, усвојено је 10 конвенција из области трећег стуба, 5 протокола о надлежности Суда правде и још 4 протокола из ове области. Усвојено

правна инструмента.

36 Члан К.3 тачка 2. под а) и б).

37 Расправљано на састанку К.4 Комитета 07.04.1995, Council doc 6684/95, 04.05.1995.

38 Заједнички став о дефиницији избеглица, (1996) OJ L 63/2.

39 Члан К.3 (ц) Уговора о ЕУ.

је 39 заједничких акција и 2 заједничка става.⁴⁰ Савет ЕУ је у највећем броју случајева приликом усвајања конвенција давао мишљења (извештаје са објашњењима) о тумачењу конвенција која нису имала обавезујући карактер.

Суштински, одредбе о успостављању сарадње у области правосуђа и унутрашњих послова остају веома слабог правног дејства не само због начина одлучивања и недостатка било какве комунитаризације, већ и због нејасног циља те сарадње. Нејасна подела надлежности између стубова, као и у оквиру самих стубова, карактерише правни систем ЕУ успостављен Уговором из Мастрихта.⁴¹ Уговор није успео да дефинише да ли је циљ сарадње у области правосуђа и унутрашњих послова обезбеђивање и охрабривање правне иницијативе или пак развијање конкретне оперативне сарадње.⁴²

Утемељење Области слободе, безбедности и правде усвајањем Уговора из Амстердама, реконфигурација трећег стуба, пребацивање одређених области у први (комунитарни) стуб и промена назива трећег стуба у „Полицијска и правосудна сарадња“ омогућили су даље унапређење сарадње, довели до усвајања преко 1000 правних аката, стратегија, акционих планова и докумената и коначно спајање првог и трећег стуба доношењем Лисабонског уговора.

6. Закључак

Од самог почетка успостављања сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа додирнута је есенција сувернитета сваке државе, где су преговори за успостављање сарадње увек дуги, мукотрпни и веома спори у складу са принципима међународног права, реципроцитета и међусобног поверења. Све израженије безбедносне претње и неопходност заједничког деловања против тероризма, организованог криминала и других тешких кривичних дела, условили су постепено укључивање безбедносних структура и правосуђа у политичку агенду развоја ЕУ која данас има потпуно нову димензију. Ограничавање и уско везивање сарадње само за одређена кривична дела били су карактеристика настанка сарадње у области унутрашњих послова и правосуђа. Сам прелазак из неформалне сарадње у оквиру Треви група и на скуповима министара унутрашњих

40 Peers, S., „EU Justice and Home Affairs Law“, Oxford UK, 2011, p. 11.

41 Anderson, M., and Apar, J., „Striking a Balance Between Freedom, Security and Justice in An Enlarged EU“, Brussel, 2002, p.54.

42 Den Boer, M., „Timing the Third Pillar: Improving the Management of Justice and Home Affairs Cooperation in the EU“, Maastricht, 1998.

послова и правосуђа у сарадњу у оквиру правног поретка Уније за то време представља значајан искорак који је трасирао пут унапређењу сарадње која данас представља саставни део правог правног поретка Уније, који више не познаје разлике између комунитарне и међувладине сарадње. Међутим, може се слободно рећи да суверенитет, разлике у правним системима и безбедносним структурама држава чланица и данас успоравају унапређење међусобне сарадње, формулисање заједничких политика за спречавање безбедносних претњи, оперативно деловање полиција и правосуђа и ефикасно функционисање инструмената кривичноправне сарадње.

Литература

1. Anderson, M., and Aпар, J., „Striking a Balance Between Freedom, Security and Justice in An Enlarged EU“, Centre for European Policy Studies, Brussel, (2002).
2. Bynian T., „Trevi, Europol and the European state“, Statewatching the new Europe, (1993), www.statewatch.org/news/handbook-trevi.pdf. приступ 10.11.2013.
3. Bigo, D., „EU Police Cooperation: National Sovereignty Framed by European Security?“ in Guild, E., and Geyer, E., editors (2008), „Security versus Justice? Police and Judicial Cooperation in the European Union“, Ashgate Publishing Ltd, Aldershot, (2008).
4. Димитријевић, В., „Тероризам“, Радничка штампа, Београд, (1982).
5. Den Boer, M., „Timing the Third Pillar: Improving the Management of Justice and Home Affairs Cooperation in the EU“, Maastricht, IEAP ,(1998),
6. Лопандић, Д., и Јањевић, М., „Уговор о ЕУ од Рима до Мастрихта“, Међународна политика, Београд, (1995).
7. Лок, Џ., „Две расправе о влади“, Утопија – Београд, (2002).
8. Mitsilegas V., Monar J., and Rees W., „The European Union and Internal Security – Gaurdian of the People?“, Palgrave Macmillan, London (2003).
9. Occhipinti, J., „The politics of EU police cooperation: toward a European FBI“, Lynne Rienner Publishers, Inc., London, (2003) .
10. Peers, S., „EU Justice and Home Affairs Law“, Oxford University Press, Oxford UK, (2011).
11. Стојановић С, Маравић Д., „Слобода, безбедност, правда“, Европски покрет у Србији, Београд, (2011).

12. Coolsaet, R., „EU counterterrorism strategy: value added or chimera?“, *International Affairs* 86: 4, (2010).
13. Treaty on European Union OJ C 191, 29.07.1992. Ступио на снагу 1.Новембра 1993. године.
14. Хобс, Т., „Левијатан“, Правни факултет Универзитета у Београду, (2011).
15. Кнежевић–Предић, В., „Оглед о суверености: Сувереност и Европска унија“, Институт за политичке студије, Београд, (2001).
16. Касезе, А., „Међународно кривично право“, Београдски центар за људска права, Београд, (2005).
17. Чавошки, А., Рељановић, М., „Правосуђе и унутрашњи послови у Европској унији“, Правни факултет Унион и Службени гласник, Београд, (2009).
18. Жан-Жак, Р., „Друштвени уговор“, Филип Вишњић, Београд, (2011).
19. Шкулић, М., „Кривично процесно право, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, (2012).

Zoranco Vasilkov, MA

Phd Candidate, Law Faculty, University of Nis

**COOPERATION IN THE AREA OF HOME AFFAIRS AND
JUSTICE FROM ROME TO MAASTRICHT**

Summary

Cooperation in the area of home affairs and justice (afterwards police and judicial cooperation in EU) finds its roots in developing political cooperation as an upgrading of economic integration of the EC/EU member states. Facing security threats and also the need for fighting terrorism and organized crime jointly at the beginning of 1970's was a cohesion factor and marked the beginnings of establishing cooperation in the area of home affairs and justice. From the beginnings until its incorporation into the Union law order it was necessary to pass along the „road“ from accepting conviction on necessity of cooperation, establishing non-institutional cooperation forums, overcoming constraints for the development and finally its formal inclusion into the EU Treaty as an area of mutual interest. Thereby a basis for further development of this area has been established and after passing Amsterdam Treaty the area has changed its name into “Police and Judicial Cooperation in Criminal Matters” and has got a completely new institutional-normative framework. As a part of the Area of freedom security and justice today, it has lost an intergovernmental cooperation character after passing Lisbon Treaty and has become a part of the EU law that connects communitarian law and law order established within the Third pillar into a unique law entity.

Key words: *home affairs and justice, terrorism, organized crime, Trevi, Europol.*

МАКСИМАЛНА ХИПОТЕКА

Апстракт: *Максимална хипотека је настала из потребе, пре свега кредитне привреде, да се обезбеде на одговарајући начин правни односи у оквиру којих постоје потраживања која нису у тренутку заснивања хипотеке у потпуности одређена висином, као ни моментом настанка. Конститутивни елемент ове хипотеке није неизвесност самог потраживања, већ неизвесност садржине потраживања због којег ће се тражити намирење. У складу са таквом сврхом, у регистар (земљишну књигу) уписује се највиши износ до којег хипотека обезбеђује потраживања која настају из основног правног односа. Предмет рада представља анализа института максималне хипотеке у домаћем и упоредном праву. Компаративном анализом карактеристика овог стварног права аутор истражује сличности и разлике максималне хипотеке у односу на сродне врсте права, нарочито у односу на класичну хипотеку (хипотеку на одређени износ).*

Кључне речи: *заложно право, хипотека, акцесорност, хипотекарно тржиште.*

1. Увод

Акцесорност заложних права произилази из схватања да залога има једну сврху – сврху обезбеђења потраживања. Нема дилеме да је то њена најважнија, традиционална улога. Међутим, савремени правни системи који се базирају на тржишној привреди постављају пред заложно право још једну улогу – додатно активирање вредности имовине. Ова улога захтева бржи и једноставнији промет заложног права, што превазилази могућности концепта акцесорности хипотеке, заснованог на зависности хипотеке од потраживања које обезбеђује. Већина европских правних поредака који познају само акцесорну хипотеку, признају законске облике хипотеке са ублаженом акцесорношћу, или друга одступања од

1 draganaps@yahoo.com

акцесорности у оквиру класичне хипотеке. Један од таквих примера је Аустрија и институт максималне хипотеке, одакле се даље проширио на већину земаља у нашем региону.

Максимална хипотека је настала из потребе, пре свега кредитне привреде, да се обезбеде на одговарајући начин правни односи у оквиру којих постоје потраживања која нису у тренутку заснивања хипотеке у потпуности одређена висином, као ни моментом настанка. Конститутивни елемент ове хипотеке није неизвесност самог потраживања, већ неизвесност садржине потраживања због којег ће се тражити намирење (Глинтић, 2011: 417). У складу са таквом сврхом, у регистар (земљишну књигу) уписује се највиши износ до којег хипотека обезбеђује потраживања која настају из основног правног односа.

2. Појам максималне хипотеке

Максимална хипотека разликује се од хипотеке на одређени износ по неколико битних особина. Њена основна карактеристика јесте придржавање одређења потраживања. Док остале хипотеке могу да служе само за обезбеђење једног, тачно одређеног потраживања, код максималне хипотеке потраживање које се обезбеђује може бити касније одређено. Одређење потраживања може бити објективно према утврђеним критеријумима из уговора о установљавању хипотеке, или може бити придржано за повериоца или неко треће лице. Максимална хипотека може да обезбеди круг потраживања и то различитих и варирајућих, а да притом није потребно да се врши било каква замена потраживања. Поједини аутори из ових разлога чак сугеришу да би адекватнији назив био променљива или глобална хипотека (Глинтић et al. 2011: 416).

Најчешћи случај примене максималне хипотеке је обезбеђење оквирних уговора о кредиту или контокорентних кредита код којих се, поједностављено речено, банка обавезује дужнику да стави на располагање један или више кредита до одређеног износа, при чему није унапред утврђено да ли ће и у ком обиму дозвољени оквир бити заиста и исцрпљен (Kurzbaue, 1999:12-13). У правној литератури се овај појавни облик максималне хипотеке назива кредитна хипотека. Кредитна хипотека се уписује у земљишне књиге за обезбеђење целог потраживања које је банка одобрила сопственику непокретности у виду кредита, иако сви износи одобреног кредита још нису искоришћени (Станковић, Орлић, 1999: 245). Неки аутори разликују и кауциону хипотеку, која постоји у случају када се у земљишне књиге уписује заложно право за потраживање које може, али не мора настати.²

² У домаћој и упоредној правној литератури уочљиво је термилошко колебање у погледу назива максимална хипотека, хипотека на највиши износ, кредитна хипотека,

Институт максималне хипотеке изричито познаје велики број правних система континентално-европског правног круга. Предвиђена је у праву Немачке, Швајцарске и Аустрије. Од транзицијских земаља ова хипотека постоји у Словенији, Хрватској, Босни и Херцеговини, Чешкој, Словачкој, Пољској и Мађарској, а од земаља изван континенталног права познају је и Норвешка и НР Кина.

Максимална хипотека има много већи значај у оним правним системима који не познају неакцесорна заложна права на некретнинама. Тако, на пример, у Немачкој овај облик хипотеке потиснут је обезбеђујућим земљишним дугом као неакцесорним обликом обезбеђења. За разлику од Немачке, аустријско право не познаје неакцесорна средства обезбеђења потраживања на некретнинама, те ова хипотека обавља оне функције које у Немачкој врши обезбеђујући земљишни дуг.

Међутим, има и аутора који су става да је постојање максималне хипотеке тешко објаснити управо уколико правни поредак не познаје земљишни дуг или власничку неакцесорну хипотеку. Наиме, максимална хипотека одређује само један оквир у којем се у стално променљивом односу смењују хипотека (за део настале тражбине) и власнички земљишни дуг (за разлику између уписане максималне висине хипотеке и стварно насталог потраживања) (Повлакић, 2005: 218-219).

За наше право је од највећег значаја посматрање аустријског модела максималне хипотеке (Höchstbetragshypothek или Maximal- одн. Sicherungshypothek), с обзиром да је целокупно наше хипотекарно право развијено под тим утицајем. Решења аустријског права углавном су прихваћена и у Словенији и Хрватској. Аустријско право се у области хипотекарног права сматра врло традиционалним и конзервативним, нарочито у поређењу са немачким правом. Оно не познаје неакцесорна средства обезбеђења потраживања на некретнинама, већ предвиђа изузетке од акцесорности, међу којима је најзначајнији институт максималне хипотеке. Максимална хипотека је у Аустрији регулисана у члану 14 ст. 2 Општег закона о земљишним књигама, према којем се за потраживања која могу произаћи из одобреног кредита, из пословодства, из јемства или из накнаде штете, налаже само уписивање максималног износа. У исправи која служи као основ за њен упис мора бити наведен највиши износ потраживања који она обезбеђује. Такође, ова хипотека може служити за обезбеђење и условних

или кауциона хипотека. Већина их користи као синониме, међутим има и оних који инсистирају на стриктном разликовању као подврста максималне хипотеке. Хрватски законодавац користи назив кредитна или кауциона хипотека као синониме, црногорски их садржајно разликује. В. опширније М. Повлакић, Земљишни дуг у успоредном праву, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, вол. 26, бр. 1/05, стр. 218-219.

и будућих потраживања уколико је могућа њихова индивидуализација у тренутку уписа у јавни регистар (морају бити одређени поверилац и дужник и правни основ). Ова хипотека може послужити за обезбеђење већег броја потраживања, за разлику од обичне хипотеке која служи обезбеђењу само једног потраживања. Како је њен упис независан од висине конкретног потраживања (наравно у границама највишег износа), то није могуће стицање исте на основу поуздања у јавни регистар (тзв. *gutgläubiger Erwerb*). Дугогодишња примена допринела је да овај институт буде најшире заступљен облик хипотеке у аустријској пракси.

У немачком праву максимална хипотека је регулисана у параграфу 1190 Немачког грађанског законика (BGB), по којем непокретност на којој је установљена хипотека одговара само до висине највишег износа, који се мора уписати у земљишну књигу. Како се може видети из наведене законске одредбе хипотека са највишим износом немачког права се разликује од оне у аустријском праву јер се у немачком праву не тражи постојање основног правног односа из кога проистичу обезбеђена потраживања већ је довољно уписати само највиши износ до кога оптерећена непокретност одговара. Ова хипотека у немачком праву се донекле приближава земљишном дугу, али је за разлику од њега акцесорна, јер њено постојање зависи од постојања потраживања. Са друге стране, разликује се од обичне хипотеке по томе што потраживање не мора да буде одређено и као такво уписано у регистру, већ је довољно уписати највиши износ до кога оптерећена непокретност одговара.

Још једна специфичност немачког правног система у односу на аустријски јесте да је већ у првој години од увођења овог института у Немачки грађански законик преовладао став о дозвољености употребе тзв. скривене максималне хипотеке. То је врста хипотеке која је уписана у регистар као фиксна хипотека, а поверилац и дужник уговарају да уписани износ буде максимални износ, а не стварни износ обезбеђеног потраживања, тако да поверилац не мора да доказује тренутни износ обезбеђеног потраживања, већ дужник мора да доказује да је дуг мањи од уписаног.

3. Домашај начела акцесорности и начела специјалности код максималне хипотеке

У принципу, основна начела хипотекарног права важе и за максималну хипотеку. Ипак, начело акцесорности и начело специјалности имају у погледу максималне хипотеке другачије дејство у односу на класичну хипотеку.

Акцесорност као једнострана зависност заложног права од потраживања које обезбеђује сматра се основним начелом заложног права. Начело акцесорности захтева да буде одређено потраживање које се обезбеђује, а заједно са начелом специјалности подразумева да то одређење буде учињено на начин којим се прецизно утврђује његова висина.

Питање акцесорности је у директној вези са прометношћу заложног права. У немачком праву, према степену зависности хипотеке од потраживања, разликују се осигуравајућа (Sicherungshypothek) и прометна хипотека (Verkehrshypothek). Прва је строго везана за потраживање, не може се стећи на основу поверења у јавне регистре, нити преносити самостално без потраживања, а власник непокретности може истицати приговоре који има лични дужник. За разлику од ње, прометна хипотека се под одређеним условима може самостално преносити, те савесно треће лице стиче хипотеку онако како је уписана у регистру и њој се не могу истицати приговори из основног правног односа. Полазећи од оваквог критеријума поделе, максимална хипотека је подврста осигуравајуће хипотеке, јер обезбеђује потраживања до највишег уписаног износа само у оном обиму у којем су та потраживања заиста и настала. У том смислу, максимална хипотека се у немачкој и аустријској доктрини сматра више акцесорном у односу на класичну хипотеку, која је прометног типа.³

Максимална хипотека је с једне стране строго акцесорна, јер је везана за потраживање које обезбеђује, али с друге стране она представља како одступање од начела акцесорности у настанку (служи за обезбеђење условних и будућих потраживања), тако и одступање од начела акцесорности у обиму (износ хипотеке је иницијално по правилу већи од износа обезбеђеног потраживања), као и од акцесорности у престанку (гашењем појединог обезбеђеног потраживања не престаје истовремено и хипотека). За разлику од класичне хипотеке, код које потраживање и хипотека могу искључиво заједно прећи на друго лице, везаност максималне хипотеке за оквирни однос омогућава да појединачна потраживања буду пренета без истовременог преноса хипотеке, Такође, флексибилна акцесорност се огледа и у могућности замене потраживања, као и других модерних техника кредитног финансирања (нпр. репрограмирање кредита). Ипак, ублажавање акцесорности код максималне хипотеке иде до границе непромењености власника хипотековане некретнине и повериоца, остајући у оквирима овог начела.

3 Наше право познаје само обезбеђујућу хипотеку.

4. Развој максималне хипотеке у нашем праву

Хипотека је у српском праву акцесорно право. Систем акцесорности хипотеке српско право је преузело, преко аустријског права, из римског права, за разлику од германског, где хипотека није морала бити везана за личну или главну обавезу, већ се могла засновати и независно од те личне обавезе.

Институт максималне хипотеке није непознат нашем правном поретку. Овај институт је био предвиђен још Законом о земљишним књигама из 1930. године, који је представљао рецепцију аустријског земљишнокњижног права. Члан 14 став 2 аустријског Општег закона о земљишним књигама, као и Закона о земљишним књигама Краљевине Југославије на идентичан начин одређују појам максималне хипотеке, односно могућност уписа највишег износа „који кредит или одговорност сме достићи“.

Домаћа правна литература из овог периода није детаљно анализирао овај институт, већ је углавном преузимала владајуће ставове аустријског права. Може се издвојити мишљење др Лазара Марковића, који се залаже за омогућавање ове хипотеке у Србији, али скреће пажњу на одредбе тадашње Уредбе о интабулацији из 1854. године (параграф V), према којој се тражи да писмена исправа о дугу мора увек да садржи и тачне податке о износу потраживања. Професор Марковић истиче да ако би се дословно тумачио овај законски пропис, неодређене тражбине уопште не би могле да буду обезбеђене хипотеком. Мишљења је да овакав закључак није оправдан, јер уколико се допушта обезбеђење условних потраживања путем хипотеке, допуштен је и упис хипотеке ради обезбеђења потраживања, које постоји, али чији је износ неодређен. Тумачење законске одредбе треба да иде у правцу да се параграф V односи на упис хипотеке, тако да се уопште не може уписати потраживање са неодређеном сумом, већ хипотека за обезбеђивање једног неодређеног потраживања до извесне суме (Марковић, 1911:107-108).

У периоду после Другог светског рата, за време социјалистичког режима, заложно право, па тиме и максимална хипотека, губе практични значај, као и интерес правне науке⁴. Предратни земљишнокњижни прописи су

4 Ово због тога што је код постојања друштвене својине залагање друштвеног власништва другом правном субјекту који је такође у друштвеном власништву било готово без смисла. Хипотека логично није могла доћи до изражаја у условима несвојинског концепта друштвене својине, ограничавања приватне својине и напуштања тржишних законитости привреде и кредита. В. М. Лазић, Садржина хипотеке, магистрска теза, Ниш, 1994, стр. 2.

престали да важе и изгубили су правну снагу.⁵ Међутим, постојала је могућност примене правних правила који су садржани у њима, под одређеним условима.⁶

Материја стварног права је у послератном периоду поступно и парцијално регулисана. Хипотека је уређена Законом о основним својинско-правним односима из 1980. године (скраћено: ЗОСПО, касније од 1996. „основама својинскоправних односа“). Овај закон није садржавао одредбе о максималној хипотеци, као ни касније донет Закон о премеру и катастру некретнина из 1984, али је чланом 199. предвидео даљу могућност примене предратних правних правила земљишнокњижног права. У пракси је овај институт губио свој значај, јер се није употребљавала могућност заснивања овог облика хипотеке путем правних правила. Такође, ни правна доктрина овог времена није посвећивала посебну пажњу институту максималне хипотеке. Професор Андрија Гамс у свом уџбенику уопште је не спомиње, чак ни на месту где говори о начелу специјалности у погледу потраживања (Гамс, 1968:183). Професор Орлић у свом уџбенику стварног права не говори о максималној, односно кредитној и кауционој хипотеци као посебној врсти хипотеке, већ их помиње само у контексту изузетка од начела специјалности, у оквиру излагања општег дела заложног права (Станковић, Орлић, et al. 1999:245).

Значајан корак у развоју хипотекарног права у Србији представља Закон о хипотеци, донет 2005. године, те и данас актуелан. Њиме је детаљније уређена ова област, која је представљала правну празнину услед неадекватности одредаба ЗОСПО о хипотеци. Чланом 7 Закона о хипотеци предвиђена је могућност да обезбеђено потраживање буде будуће или условно, међутим не садржи одредбу о упису хипотеке на највиши износ у том случају, тзв. максималне хипотеке, иако је настао на основама Нацрта који је припремао професор Орлић, а који је садржао ове одредбе. Нацртом закона о хипотеци било је изричито предвиђено да се за случај условног и будућег потраживања у регистар уписује само највиши износ покрића.⁷ Остаје нејасан разлог овог изостављања, да ли је то учињено с

5 В. Закон о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1946. године и за време непријатељске окупације, Сл. Лист ФНРЈ бр. 86/1946

6 Чланом 4 Закона прописано је да се правна правила која нису проглашена обавезним од стране органа законодавне власти могу примењивати на односе који нису уређени важећим прописима, уколико нису у супротности са уставом, законима, осталим важећим прописима и начелима уставног поретка нове државе.

7 В. чл. 8 првог нацрта објављеног у додатку Право Плус дневног листа Данас 3. јуна 2004. године, као и члан 9. другог нацрта у: М. Орлић, Нацрт закона о хипотеци, Правни живот, 10/2004, стр. 42.

намером, или је последица редакцијске омашке. У сваком случају, за време постојања земљишнокњижног система, поједине регистрацијске одредбе су дозвољавале и даље примену предратних правних правила, односно параграфа 14 Закона о земљишним књигама. С друге стране, према Закону о државном премеру и катастру и уписима права на непокретностима,⁸ хипотека се уписује у одређеном новчаном износу, што значи да се једино евентуалним ширим тумачењем ове одредбе може омогућити хипотека на највиши износ у систему катастра непокретности. Доношењем Закона о државном премеру и катастру из 2009. године⁹ изостале су у потпуности одредбе о начину уписа хипотеке у катастар непокретности (у погледу износа, камата и сл).

Иако на основу претходно наведеног се може извести закључак да у српском праву не постоји институт максималне хипотеке, очигледно је да постоји идеја код нас о таквом институту, као и да се наша судска и пословна пракса сусреће са питањима и проблемима у вези са овом врстом хипотеке. Од нарочитог значаја је Закључак са саветовања Савезног суда, Врховног војног суда, Врховног суда Србије, Врховног суда Републике Црне Горе, Вишег привредног суда у Београду и Привредног суда у Београду одржаног 16. и 17. новембра 1993. године, који је гласио: „Заложним правом на покретној и непокретној ствари могу се обезбедити будућа потраживања само из истог правног односа. Када се заложним правом обезбеђују тражбине које могу настати због одобреног кредита, преузетог пословодства, јемства или накнаде штете, онда се у исправи на основу које се врши упис наводи највећи износ који кредит може достићи.“ Овако формулисан закључак показује да су највиши судови имали јасну слику о појму максималне хипотеке и могућности њеног заснивања.

У Србији је у току поступак доношења Грађанског законика. Посебна Комисија за израду Грађанског законика образована на основу Одлуке Владе Републике Србије¹⁰ припремила је након вишегодишњег рада Радни текст Преднацрта Грађанског законика Републике Србије, који је на јавној расправи од 01. јула 2015. године. Преднацрт Грађанског законика изричито познаје институт максималне хипотеке, прописујући у члану 2112. могућност заснивања хипотеке за обезбеђење будућих или условних потраживања. Идентичну одредбу садржи и Нацрт Законика о својини и другим стварним правима из 2006. године (чл. 560 Нацрта), који никада није ушао у скупштинску процедуру.

8 Сл. гласник РС 83/92, 83/92, 53/93, 67/93, 48/94, 12/96, 15/96, 34/01, 25/02 и 101/2005.

9 Сл. гласник РС 72/2009, 18/2010, 65/2013 и 15/2015-одлука Уставног суда

10 Сл. гласник РС 104/06, 110/06, 85/09

5. Позитивноправна уређења максималне хипотеке у региону

5.1. Опште напомене

Решења аустријског права углавном су прихваћена у правним системима земаља нашег региона.

Словенија је 2002. године доношењем Стварноправног законика регулисала институт максималне хипотеке, предвиђајући да се њом обезбеђују потраживања која настану из назначеног правног односа, чија висина се у тренутку заснивања хипотеке не зна, те се назначује највиши износ обезбеђења.¹¹

Хрватски Закон о власништву и другим стварним правима не помиње експлицитно максималну хипотеку као посебну врсту хипотеке, али је посредно регулише у оквиру општих одредби о заложном праву, наводећи да је довољно одређено потраживање које се обезбеђује хипотеком уколико су одређени поверилац, дужник, правни основ и висина, или бар највиши износ до којег се обезбеђује залогом.¹² Поред тога, Закон о земљишним књигама у члану 36 такође дозвољава упис у регистар уколико је у исправи на основу које се дозвољава упис одређен највиши износ главнице који могу имати кредит или одговорност.¹³

Институт максималне хипотеке доживео је реафирмацију и у праву Босне и Херцеговине. Реформа стварног права вршене су по узору на аустријско право. Нарочито је доследан Закон о власништву и другим стварним правима Брчко дистрикта БиХ¹⁴, који је рађен по узору на хрватски закон, а који је под снажним аустријским утицајем. Такође, Закон о стварним правима Републике Српске заложном праву посвећује посебну пажњу, те између осталог, предвиђа и могућност оснивања максималне хипотеке (хипотеке на највиши износ), прописујући да за потраживање мора бити одређен највиши износ до кога се осигурава залогом.¹⁵ Идентичну одредбу садржи и Закон о стварним правима ФБиХ.¹⁶

11 Član 146 Stvarnopravnog zakonika, Uradni list RS, 87/2002

12 Član 301 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima, Narodne novine, 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14

13 Član 36 stav 4 Zakona o zemljišnim knjigama, Narodne novine, 91/96, 68/98, 137/99, 114/01, 100/04, 107/07, 152/08, 126/10

14 Službeni glasnik Brčko Distrikta BiH 11/01, 8/03, 40/04, 21/05, 19/07

15 Члан 141 ст. 1 Закона о стварним правима Републике Српске, Сл. гласник РС 124/08, 58/09 и 95/11.

16 Član 141 Zakona o stvarnim pravima FBiH, Službene novine Federacije BiH, br. 66

5.2. Правни основи установљавања максималне хипотеке

Аустријски Закон о земљишним књигама, који је био узор за доношење каснијих закона у земљама региона, у параграфу 14 став 2 издваја основе настанка потраживања који се могу обезбедити хипотеком: „Ако се заложним правом имају обезбедити потраживања која би могла постати услед дозвољеног кредита, услед предузетог пословодства или услед јемчења или накнаде штете, онда треба у исправи, на основу које се има вршити упис, навести највиши износ који кредит или одговорност има достићи“. Идентичну одредбу садржавао је и Закон о земљишним књигама Краљевине Југославије.

Набрајање правних основа из којих може настати максимална хипотека су у прво време аустријска теорија и пракса, а по угледу на њу и наше, сматрале затвореном коначном листом. Међутим, почев од половине прошлог века поједини аустријски аутори почињу да износе ставове да се ови наведени основи могу проширити и на друге који омогућавају означавање обезбеђених будућих потраживања на начин који не противуречи принципу специјалности, што почиње да мења актуелну судску праксу.¹⁷

У сваком случају, максимална хипотека у аустријском праву и даље се сматра конзервативнијом у односу на исти институт немачког права. Прво, не омогућава да се обезбеде сва будућа потраживања једног повериоца према једном дужнику, као у Немачкој, већ се мора навести правни основ из којег су потраживања настала или ће настати. Такође, према још увек преовлађујућем схватању у пракси, сва обезбеђена потраживања морају проистећи из истоврсног основа, а не као у немачком праву спом потраживања која могу бити сасвим разнородна по основу настанка, или чак бити потраживања између различитих лица.¹⁸

У погледу настанка максималне хипотеке у правном систему Словеније и Хрватске не постоје велике разлике. Закони не садрже посебне одредбе, већ се аналогно примењују одредбе о оснивању класичне хипотеке, која се може засновати на основу правног посла (добровољно заложно право), судске одлуке (судско заложно право), или закона. Максимална хипотека установљава се на основу правног посла (погодбена, добровољна хипотека). У том смислу, неопходно је постојање правног посла чији је циљ заснивање заложног права, уговора о хипотеци, којим се обавезује дужник или неко трећи (залогодавац) да ће ради оснивања заложног права које

¹⁷ Опширнији приказ овог процеса еволуције аустријског права в. у: P. Kurzbauer, Die Höchstbetragshypothek, Wien, 1999, str. 19.

¹⁸ Опширније М. Живковић, Акцесорност заложних права на непокретности, Београд, 2010, стр. 94

ће обезбеђивати одређено повериочево потраживање дозволити да се заложно право упише у јавни регистар као терет одређене ствари (*clausula intabulandi*). Уједно, уговором се обавезује друга страна да ће чим потраживање престане учинити шта је потребно да би се избрисало заложно право из јавне књиге. Притом, треба узети у обзир специфичност максималне хипотеке да потраживања још увек нису у потпуности одређена, те да је потребно да садржина уговора о залози буде томе прилагођена. Оба правна система познају могућност установљавања максималне хипотеке у облику непосредно извршног нотарског записа, у чему ће више бити речи у делу о извршности максималне хипотеке. Најзад, добровољну уговорну максималну хипотеку стиче поверилац уписом тог права у земљишну књигу као терета на њом оптерећеној некретнини. Ако нису испуњене све претпоставке које земљишнокњижно право захтева за укњижбу, основаће се предбележбом под условом накнадног оправдања тог уписа.¹⁹

Ако се анализирају чланови Закона о стварним правима РС, односно Закона о стварним правима ФБиХ, уочљиво је да се уопште не наводе случајеви за које се може засновати максимална хипотека, на основу чега се може закључити да у том смислу не постоје ограничења. За разлику од њих, Закон о стварним правима БДБиХ наводи појединачне случајеве, уз напомену да је то примера ради.

У погледу видљивости максималне хипотеке према трећим лицима, позитивни пример представљају правни системи Словеније и Хрватске, чији земљишнокњижни закони изричито предвиђају обавезу навођења да се ради о максималној хипотеци. Прописи у Босни и Херцеговини не садрже ове одредбе, што се може навести као пропуст, ради заштите трећих лица и правне сигурности. Наиме, повериоци каснијег ранга су у значајно лошијем положају када је на првом месту уписана максимална хипотека због могућности поновног допуњавања одобреног кредита.

5.3. Извршност максималне хипотеке

Питање извршности хипотеке једно је од кључних питања приликом анализе овог института и често се истиче као једна од основних недостатака максималне хипотеке.

У аустријском праву није дозвољено непосредно извршење неодређене обавезе, односно поступак непосредног извршења јавнобележничке исправе која садржи уређење будућег потраживања или уређење

¹⁹ Član 309 Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima Hrvatske, prečišćen tekst, Narodne novine, 81/15; član 141 Stvarnopravnog zakonika Slovenije, Uradni list RS, 87/2002, 91/2013

максималног износа хипотеке. Изричито је искључена могућност непосредног извршења максималног износа хипотеке због неодређености самог захтева. У складу са правилима аустријског права, није дозвољен ни упис извршности у надлежну земљишну књигу уколико јавнобележничка исправа садржи неодређену обавезу у вези са максималном хипотеком.

Хрватско право, одступајући од правила аустријског права, познаје могућност заснивања максималне хипотеке у облику непосредно извршиве нотарске исправе, што је омогућено одредбом члана 163а Овршног закона, према којој је довољно да извршно потраживање буде одредиво, односно да су поверилац или треће лице овлашћени да одреде тачну висину тражбине.

У немачкој правној доктрини дозвољена је непосредна извршност будућих обавеза искључиво уколико се странке у оквиру јавнобележничке исправе договоре о одређеном фиксном износу или делу потраживања које може бити подобно за непосредно извршење. На тај начин се само у односу на одређени, фиксни износ будућег потраживања, које су странке саме одредиле, примењују правила непосредног извршења, а не и у односу на преостали неодређени део будућег потраживања.

Према важећим прописима у Босни и Херцеговини, није могуће засновати максималну хипотеку као непосредно извршну, с обзиром да приликом њеног заснивања још није извесна тачна висина потраживања. Дужник се приликом заснивања хипотеке у форми нотарски обрађене исправе може подвргнути непосредном извршењу, али само за тачно одређени износ.

5.4. Споредна потраживања и максимална хипотека

Питање које се поставља код максималне хипотеке у вези са споредним потраживањима, као што су камате (законске и уговорне) и одређени трошкови (пре свега трошкови поступка намирања потраживања), јесте да ли уписани највиши износ може бити премашен споредним потраживањим, или су она садржана у максималном износу.

У упоредном праву ово питање није јасно регулисано, те правна теорија и пракса нуде различите одговоре. У Аустрији не постоје изричите законске одредбе, али се у доктрини и пракси усталило уједначено мишљење, према којем максимални износ не сме бити прекорачен споредним потраживањима. Тек у последње време неки аутори доводе у питање овакав став, сматрајући да није оправдано по питању споредних потраживања максималну хипотеку третирати другачије у односу на класичну хипотеку (Kurzbaue, et al, 1999:38) . У том смислу, поједини аутори се залажу за уписивање висине каматне стопе и код максималне хипотеке, сматрајући да се то не противи њеној природи. Још једна специфичност у односу на

немачко уређење јесте и чињеница да су и трошкови, а не само камате, обухваћени регистрованим највећим износом. Поред тога, постоји и могућност уписивања посебне хипоте на највиши износ за обезбеђење споредних обавеза. Такође, могуће је уписивање и несамосталне максималне хипотеке за покриће камата, трошкова и других споредних давања која нису обезбеђена заједно са фиксном хипотеком, која се у овом односу јавља као главно право.

Од бивших југословенских земаља које познају максималну хипотеку, једино је у Словенији ово питање решено на адекватан начин, тако што је у закону изричито предвиђено да су камате садржане у оквиру највишег износа.²⁰

5.5. Пренос максималне хипотеке

Интересантно је решење хрватског права према којем се потраживање из правног односа обезбеђеног максималном хипотеком преноси на новог повериоца, који тиме, с обзиром да стиче тачно одређено потраживање, стиче класичну хипотеку у износу цедираног потраживања. Остала потраживања која су већ настала или ће тек настати у оквиру првобитног правног односа остају обезбеђена максималном хипотеком која је притом умањена за износ цедираног потраживања. Класична хипотека настала цесијом и максимална хипотека имају исти ред првенства у земљишној књизи.

6. Закључак

Покушај реафирмације института максималне хипотеке у нашем правном поретку представља позитиван корак. Максимална хипотека је флексибилно средство обезбеђења које показује значајне предности у односу на класичну хипотеку, а нарочито у области кредитне привреде, код осигурања кредитних линија, тј. контокорентних кредита и код свих других облика дугорочног финансирања код којих постоји стална потреба за новим средствима.

Максимална хипотека, у свим облицима у којима се појављује, представља битно одступање од начела акцесорности у настанку, тако и одступање од акцесорности у обиму и од акцесорности у престанку. Може се закључити да се ради о јединственом институту који је еволуцијом у различитим правним системима добио донекле различита обележја, али задржао исту основну функцију: истовремено флексибилан и поуздан систем обезбеђења

²⁰ Član 146 stav 3 Stvarnopravnog zakonika Republike Slovenije, Uradni list RS, 87/2002, 91/2013

правних односа, који често трају дуги низ година и који су подложни честим променама, у оквиру којих још нису настала потраживања у одређеном износу, а који у себи носе могућност њиховог настанка.

Максимална хипотека показује велике предности у односу на класичну хипотеку. Она пружа виšekратну употребу ради обезбеђења новог кредита, повећања кредита и слично, у оквиру максималног износа. Ова хипотека опстаје и након престанка појединачних потраживања, под условом да између дужника и повериоца и даље постоји оквирни правни однос. У правним системима који не познају неакцесорна средства обезбеђења максимална хипотека представља најфлексибилније средство обезбеђења на некретнинама, са карактеристикама које су се значајно приближиле неакцесорном земљишном дугу и предностима које он пружа у системима који познају овај институт.

Литература

Гамс Андрија, Основи стварног права, Београд, 1968.

Glantić Mirjana, *Maksimalna hipoteka i njen odnos sa obezbeđujućim zemljišnim dugom u nemačkom pravu*, u: *Uvod u pravo Nemačke*, Београд, 2011.

Živković Miloš, *Akcesornost založnih prava na nepokretnosti*, Београд, 2010.

Kurzbauer Petra, *Die Höchstbetragshypothek*, Manzsch Verlags – und Universitätsbuchhandlung, Wien, 1999.

Keresteš Tomaž, *Maksimalna hipoteka*, *Podjetje in delo*, 1/2003/XXIX

Лазих Мирослав, *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009.

Марковић Лазар, *Хипотекарно право*, Београд, 1911.

Medić Duško, *Maksimalna hipoteka u Republici Srpskoj*, *Aktuelna pitanja savremenog zakonodavstva*, Београд, 2015.

Povlakić Meliha, *Stvarnopravno osiguranje kredita u Bosni i Hercegovini*, u *Stvarnopravna uređenja tranzicijskih zemalja – stanje i perspektive*, Загреб, 2009.

Софтић Дарја, *Максимална хипотека у праву Босне и Херцеговине de lege lata i de lege ferenda*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, LII, Сарајево, 2009.

Софтић Каденић Дарја, *Између акцесорности и неакцесорности*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, LIII, Сарајево, 2010.

Станковић Обрен, Орлић Миодраг, *Стварно право*, Београд, 1999.

Dragana Vujovic, LL.M.

General Secretary of the University of Novi Sad

THE MAXIMUM AMOUNT HYPOTHEC

Summary

The classical definition of mortgage implies the accessory character of this type of securities right towards the receivable it secures. The institute of maximum amount hypothek presents a form of mortgage with reduced accessority. This issue of the work is an analysis of characteristics of maximum amount hypothek, both in domestic and in comparative law. Using the method of comparative analysis of the characteristics of this property right, author determines the similarities and differences of maximum amount hypothec in relation to similar types of rights, in particular in relation to a classic mortgage.

Key words: *hypothek, maximum amount hypothek, accessoriness, integration of financial market*

МОДЕЛИРАЊЕ ПОРЕЗА НА ДОХОДАК У САВРЕМЕНИМ ПОРЕСКИМ СИСТЕМИМА

Апстракт: Предмет анализе у раду јесте обликовање пореза на доходак у савременим пореским системима. У првом делу рада дат је преглед традиционалних система пореза на доходак уз стављање нагласка на синтетички порез који одговара свеобухватном концепту дохотка. Потом, следи приказ алтернативних приступа који представљају нове трендове у опорезивању дохотка. У наредном делу рада указује се на помак од доходног ка потрошном концепту опорезивања дохотка. Питању оптималног опорезивања порезом на доходак, у основи кога стоји конфликт два важна принципа опорезивања - ефикасности и правичности, посвећена је посебна пажња у последњем делу рада.

Кључне речи: порез на доходак, синтетички систем пореза на доходак, дуални модел опорезивања дохотка, flat tax, негативни порез.

1. Увод

Порез на доходак је настао у В. Британији, уведен за потребе финансирања рата са Наполеоном, мада неки његови зачеци датирају из ранијих времена. Од ванредног пореза, који се привремено и спорадично уводио са циљем обезбеђивања додатних средстава за финансирање ванредних расхода, порез на доходак се крајем 19. и почетком 20. века усталио у западним земљама. О појави пореза на доходак у ранијем историјском развоју није ни могло бити говора. Настао је у време када су створени услови да се доходак уведе као нови предмет опорезивања. То је било остварљиво у време растуће индустријализације, када је све више људи остваривало доходак (Мијатовић, 2007: 289).

Од доминантог фискалног циља у време када је настао, у држави благостања 20. века ојачала су два нефискална циља: економски и социјални. Преовлађујући модел опорезивања дохотка, синтетички порез, обезбеђивао је остваривање правичности опорезивања. Поред општости пореске обавезе, начело правичности опорезивања подразумева да порески терет буде равномерно распоређен. Концепт правичног опорезивања савремена теорија најчешће заснива на принципу плаћања пореза према економској снази, односно принципу способности плаћања (енгл. *ability-to-pay-principle*). Од пореског система се захтева да буде хоризонтално и вертикално правичан. Хоризонтална правичност постоји када се порески обвезници исте економске снаге једнако опорезују. Захтев за вертикалном правичношћу је испуњен уколико лица са већом економском снагом плаћају већи порез.

Из разлога практичне природе као мерило економске снаге пореског обвезника не узима се целокупно његово благостање, него видљиви показатељи као што су: доходак, потрошња и имовина. У теорији има залагања за увођење, поред традиционалног опорезивања потрошње путем пореза на промет (пореза на доходату вредност и акциза), субјектног пореза на потрошњу (енгл. *expenditure tax*). Основни проблем код опорезивања дохотка заснованог на концепту дохотка, на који указују теоретичари који се залажу за прихватање потрошње као основице опорезивања уместо дохотка, јесте двоструко опорезивање штедње. Први пут се опорезује у тренутку стварања (на пример, приходима од рада) а други пут када дође до опорезивања прихода од капитала, јер се Шанц-Хејг-Симонсовом (S-H-S), традиционално прихваћеном дефиницијом дохотка, обухватају сви приходи без обзира на изворе. Мада је овај проблем уочен у старијој теорији јавних финансија, значајан допринос овом концепту дао је Фишер (Irwing Fisher, 1937). Било је неколико покушаја његове примене у Индији и Шри Ланки од стране Николаса Калдора (Nickolas Kaldor), али није заживео у савременим пореским системима. Потрошњу сматрају бољим показатељем пореске снаге у односу на доходак, имајући у виду дужи временски период, нарочито животни циклус. Применом овог пореза, два појединца истих прихода током живота поднела би исто укупно пореско оптерећење, тиме се постиже хоризонтална правичност јер се појединци исте економске снаге једнако порески третирају. Да би се остварила вертикална правичност, неки аутори предлажу примену прогресивне тарифе код овог пореза (Brummerhoff, 2000: 361). Одређена питања, на пример евидентирање пореско релевантне штедње, условљавају административну сложеност, што противници овог концепта истичу као противаргумент. Једна од предлаганих варијанти концепта потрошње,

познат као порез на новчани ток (*cash flow* порез), проблем мерења штедне решава праћењем новчаног тока.

Талас пореских реформи из 80-тих година 20. века изменио је саме основе и филозофију опорезивања под утицајем неолибералне идеологије (Анђелковић, 2015: 114). У домену опорезивања дохотка реформе су засноване на проширењу пореске основице, смањивањем броја пореских олакшица, и снижењу пореских стопа. Вођене су потребом обезбеђења конкурентног фискалног окружења, подстицаја инвестиција и предузетништва и повећања подстицаја за рад.¹

2. Традиционални системи пореза на доходак

Цедуларним системом опорезивања дохотка физичких лица сваки приход физичког лица опорезује се посебним порезом, применом, по правилу, пропорционалне стопе. То је објектни порез, јер се приликом утврђивања пореске основице узимају у обзир релевантне чињенице везане само за тај приход (нпр. висину прихода). Не води се рачуна о укупној економској снази пореског обвезника, нити о његовим личним и породичним приликама. Нису везани за личност пореског обвезника, не дозвољавају различити порески третман појединаца у зависности ком друштвеном слоју припада. Зато, када су настали, у време француске револуције, представљају напредак у односу на пореске привилегије које су уживали поједини сталежи у феудализму. Како обухватају сваки приход појединачно, њиховом применом постоји могућност за диференцирани порески третман поједине категорије прихода. Ова његова особина може се посматрати и као предност и као недостатак у зависности од преовлађујуће доктрине, као и конкретних мера пореске политике. Велику предност цедуларни порез има у погледу административно техничке једноставности. Поступак утврђивања пореске обавезе је једноставнији и са мањим трошковима како за пореског обвезника, тако и за пореску администрацију. Пошто не воде рачуна о укупној економској снази пореског обвезника, као ни о коначној висини његовог пореског оптерећења, није погодан за остваривање екстрафискалних циљева (Раичевић, 2008: 175).

Код синтетичког пореза приликом утврђивања висине пореске обавезе води се рачуна о личним и породичним приликама пореског обвезника и његовој укупној економској снази, отуда има обележја субјектног пореза. Ако се узима као критеријум обухватност пореских прилика, то је синтетички, односно глобални порез, јер обухвата целину пореске

¹ Видети више о томе: OECD (2011) Tax Reform Trends in OECD Countries, OECD 50th anniversary, Challenges in designing competitive tax systems, Paris.

ситуације пореског обвезника, односно његов целокупни доходак (Поповић, 1997: 504). Синтетички порез се заснива на традиционално прихваћеној свеобухватној дефиницији дохотка, познатој у финансијској литератури познат као Шанц-Хејг-Симонсов концепт (S-H-S дефиниција) дохотка. Према њој, прихваћеној у финансијској теорији, у пракси такође али са бројним одступањима, дохотком су обухваћени сви приходи, независно од карактера извора из којих потиче повећање економске снаге пореског обвезника.

Његове најзначајније предности се огледају у правичности и издашности. Водећи рачуна о укупној економској снази, као и о личним и породичним приликама пореског обвезника, у могућности је да на прави начин захвати његову укупну пореску способност (Раичевић, 2008: 176). Применом прогресивних стопа на тако утврђену пореску основицу остварује се начело правичности опорезивања, односно плаћање према економској снази. Како са растом дохотка расте и стопа, прогресивне стопе омогућују да порески обвезници са већом економском снагом плаћају већи износ пореза. У прилог примени синтетичком пореза су и разлози фискалне природе. Као свеобухватни, показао се издашнијим од серије цедуларних пореза. Такође, прогресивне стопе су издашније, јер обезбеђују већи износ пореских прихода при истој ширини пореске основице у односу на пропорционалне стопе.

Недостатак синтетичког пореза је административно техничка сложеност у погледу утврђивања пореске основице и у погледу плаћања пореске обавезе. Утврђивање пореске основице представља сложену процедуру. Пошто се пореска основица утврђује применом директне методе, потребна је пријава пореског обвезника уз коју се подноси и одговарајућа документација, што утиче на трошкове опорезивања. Такође, административна сложеност постоји и у погледу плаћања пореза. Свеобухватни концепт дохотка подразумевао би, не само обрачун, нето и наплату синтетичког пореза на годишњем нивоу. То је практично неостварљиво због континуиране потребе за приливом средстава у буџет. Отуда, у његовој практичној примени користи се техника наплате путем аконтационих пореза. Већи део чине приходи који се захватају на самом извору, применом пореза по одбитку. У опорезивању личних примања најраспрострањенија је *PAYE техника* (енг. *pay-as-you-earn*), која подразумева обавезу исплатиоца прихода да приликом сваке исплате обрачуна и плати порез.

Доминантно место, које је синтетички порез имао у пореским системима 20. века постепено је уступио другим моделима, јер су бројне државе са синтетичког прешле на дуално опорезивање, а транзиционе земље углавном увеле *flat tax*.

Мешовити систем је трећи систем према традиционалном разликовању система опорезивања дохотка физичких лица. Преставља својеврсну комбинацију претходна два система. Заснива се на цедуларном опорезивању појединих врста прихода пропорционалном стопом током године. Синтетичка компонента се састоји у примени комплементарног пореза, који се плаћа на укупан приход (доходак) применом прогресивне стопе. Романијске земље (Француска, Италија) имале су мешовити модел пореза на доходак назван *романијски тип*. Француска је до 1959. год. физичка лица подвргавала двостепеном опорезивању. Прво су сви појединачни приходи обвезника опорезивани “пропорционалним порезом”, а потом, сабрани приходи су опорезивани прогресивном стопом. Италијански порез, такође, био је допунски, уз цедуларне (Ловчевић, 1997:134).

Мешовити систем је био у примени у СФРЈ, са специфичношћу у погледу обухвата корективним порезом. Постојао је порез на укупан приход грађана, али њега нису плаћали сви обвезници, него само они чији је укупан годишњи приход прелазео законом прописани износ (то је био износ троструког просечног нето личног дохотка). Постојећи систем опорезивања дохотка грађана у Србији, такође, има обележја мешовитог система.

3. Алтернативни приступи опорезивању дохотка

Као алтернативни приступ глобалном (синтетичком) опорезивању дохотка физичких лица настао је дуални модел (енгл. *dual income tax*) 90-тих година 20. века у скадинавским земљама (Данска, Шведска, Финска, Норвешка), а потом су се елементи дуализације појавили и у другим земљама (нпр. Немачка, Италија). За разлику од свеобухватне S-N-S концепције дохотка долази до одвојеног опорезивања прихода од рада и прихода од капитала, при чему се повољнији порески третман пружа приходима од капитала. Порески третман тзв. фондираних и нефондираних прихода се мењао током историје. У старијој теорији јавних финансија јаче опорезивање фондираних прихода образлагано је правичношћу већег пореског терета за приходе остварене без радног ангажовања. У периоду преовлађивања идеје о неутралности пореза, изједначен је њихов порески третман. У савременим условима изузетне покретљивости капитала услед глобализације, настојања су да се приходи од капитала блаже опорезују. Циљ таквих мера јесте привлачење страног капитала или покушај задржавања домаћег капитала унутар својих граница (Раичевић, 2008: 179). Приходи од рада се опорезују прогресивним стопама, док је најнижа стопа из прогресивне скале, по правилу, једнака пропорционалној стопи

по којој се опорезују приход од капитала. Због повољног ефекта на штедњу и инвестиције, постао је привлачан за све већи број земаља. Неки аутори предлажу Комисији да се управо дуални модел узме у разматрање за хармонизацију опорезивања дохотка у оквиру Европске уније.²

Најзначајнији аргументи против дуалног модела истичу се у погледу неутралности и правичности опорезивања. Синтетички модел опорезивања је оптималнији, јер је алокативно неутралан. Не ремети ефикасну алокацију ресурса зато што постоји исти порески третман свих врста прихода независно од извора. Напротив, дуални порез, различитим пореским третманом прихода од рада и прихода од капитала не доприноси остваривању неутралности у опорезивању. Такође, дуални модел не остварује ни хоризонталну правичност, јер порески обвезници исте економске снаге плаћају различите износе пореза у зависности од врсте прихода. Овај противаргумент је ослабљен све чешћим фокусирањем пажње у литератури на животни циклус, уместо традиционалног посматрања опорезивања у одређеном временском периоду. (Во.Е.Е. et al, 2012: 631)

У правилном разликовању прихода од рада и прихода од капитала лежи административно технички проблем примене дуалног пореза, назван у теорији *Ахиловом петом дуалног пореза*. Код самосталне делатности теже је раздвојити приходе од рада и приходе од капитала, јер приходи који подлежу опорезивању потичу не само од рада ових лица него и од капитала који су она уложила у обављање послова. Сличан случај је и са лицима која су запослена у предузећима у којима имају већински пакет акција (енгл. *closely-held corporations*). Привилегован порески третман прихода од капитала може утицати на ова лица приликом одлучивања да ли ће исплатити реалну зараду као лично примање и на то платити порез на приходе од рада или ће је трансформисати у дивиденде или капиталне одбитке и платити мањи порез. Ту су могућности за пореску арбитражу велике, порески обвезници ће бити мотивисани да због блажег пореског третмана прихода од капитала што већи део својих прихода прикажу као приходе од капитала. Овај проблем већина земаља које примењују дуални порез решава методом поделе прихода (енгл. *income splitting model*). Прво се утврђује тзв. импутирани принос (енгл. *imputed return*) који се добија применом “нормалне” стопе приноса на уложени капитал а преостали део прихода се третира као приход од рада (Sorensen, 2005: 8) У Норвешкој се од 2006. године уводи посебан порез на дивиденде за све акционаре, који се плаћа само на приходе преко “нормалне” стопе приноса (енгл. *natural rate*

2 Међу првима Cnossen (Cnossen S. Taxing Capital Income in the Nordic Countries: A Model for the European Union?).

of return) при чему су стопе пореза на зараде и стопе пореза на дивиденде исте.

Flat tax (пропорционални порез или порез са једном пореском стопом) представља други алтернативни приступ опорезивању дохотка физичких лица. Настао из идеје о потрошном концепту опорезивања дохотка, обухвата само приходе од рада а не и приходе од капитала. Приликом утврђивања пореске основице пореском обвезнику је дозвољен одбитак егзистенцијалног минимума. Потом, на тако утврђену основицу примењује се јединствена и пропорционална пореска стопа. Најпознатији облик је Хал-Рабушкин модел, по идеји двојице теоретичара (Hall, Rabushka) предложен за увођење у САД током кампање коју је водио председнички кандидат Steve Forbs. Ова идеја у САД није прихваћена, али су бројне транзиционе земље увеле неку варијанту овог пореза (Естонија, Литванија, Летонија, Русија, Украјина, Словачка, Грузија, Румунија). Од земаља у окружењу то је учинила Македонија и Црна Гора. Хрватска је била прва земља у свету која је примењивала потрошни концепт опорезивања дохотка у једном периоду (од 1996. до 2001.године).

Као аргументи за његово увођење истицани су економски ефекти који би се постигли његовом применом. Неопорезивањем прихода од капитала, чиме се елиминише двоструко опорезивање штедње и инвестиције, пружио би се подстицај страним инвестицијама, што је нарочито било важно земљама у транзицији због недостатка сопственог капитала. Мада у пракси готово ни једна од земаља које су увеле није применила чист модел, који подразумева потпуно ослобађање прихода од капитала од опорезивања, пружање повољног пореског третмана овим приходима (ниским пропорционалним стопама или ослобађањем неких или већине прихода од капитала) има за циљ подстицање штедње и инвестиција. Такође, позитивни ефекти су очекивани и на повећање радног напора, јер ниже пореске стопе повећавају ефекат дохотка и подстичу појединце да више раде.

Други значај аргумент у прилог је његова административно техничка једноставност. Елиминисане су бројне пореске олакшице, задржан само лични одбитак на име егзистенцијалног минимума. Осим тога, применом овог пореза спречава се и тзв.ерозија пореске основице. Код прогресивног опорезивања дохотка прописане су бројне пореске олакшице чиме долази до “губљења” пореске основице, што доводи до тога да се принцип правичности у опорезивању дохотка доводи у питање (Ђurović-Todorović, Ђorđević, 2012:159).

Међу најзначајнијим недостацима наводи се неправичност. Противници овог модела истичу да се само применом прогресивне стопе, а не пропорционалне, може остварити правичност опорезивања. Заговорници *flat tax* сматрају да се прогресивност у опорезивању дохотка може увести одређивањем личног одбитка. Што је његова висина већа, већи број пореских обвезника при дну доходне лествице неће плаћати порез, док ће они са вишим дохотком плаћати релативно већи порез на доходак (Kensner-Škreb, 2005:250). Међутим, истраживања показују да највећу корист имају највиши доходни слојеви. Увођењем одбитка добија се ефекат да стварна просечна пореска стопа расте како расте доходак, али тај пораст је све мањи. У једном тренутку та прогресија за високе дохотке прелази у пропорцију (Blažič, 2006: 48). Сами творци најпознатијег *flat tax*, Хал и Рабушка сумирајући закључке у погледу правичности, констатовали су да би се његовим увођењем смањило порески терет за пореске обвезнике са најнижим и највишим примањима, чак и ако нека група пореских обвезника плати већи порез, то у сваком случају неће бити сиромашни слојеви (Hall, Rabushka, 2007:141).

У погледу фискалних ефеката нема општеприхваћеног става. По увођењу неке државе су бележиле велико повећање прихода од пореза на доходак, што је утицало на веће интересовање за овај порез. На пример, након његовог увођења у Русији 2001. године дошло је до значајног повећања прихода за око 26%. Поставило се питање да ли се овако добри фискални ефекти могу приписати само увођењу *flat tax*. Резултати студије, објављене управо у Русији, дају негативан одговор. Анализа је показала да је повећање прихода било пореза на доходак било у већој мери последица раста реалне стопе плата, које би се могле приписати ширим структурним реформама, али, свакако, нису имале везе са увођењем *flat tax* (Ivanova, A., et al, 2005: 41). Земље у транзицији су, паралелно са пореским реформама, предузеле промене и у другим областима које су имале за циљ покретање привредног раста. Тако се и значајно повећање пореских прихода настало у Русији сматра одразом ширег макроекономског опоравка (Keen, M., et al., 2006: 36).

Трећи алтернативни приступ опорезивању дохотка је присутан у виду идеје о негативном опорезивању (*negative income tax*), настале од 60-тих година прошлог века. Везује се за Милтона Фридмана (Milton Friedman) који је своју радикалну идеју изнео у књизи "Капитализам и слобода". Као представник неолиберализма и поборник индивидуалних слобода, Фридман није налазио оправдање за употребу прогресивног опорезивања у прерасподели дохотка, већ је, да би се омогућило незадирање у слободно тржиште, предлагао увођење пропорционалних стопа. За ублажавање сиромаштва, предлагао је увођење негативног пореза на доходак. Порески

обвезници плаћали би порез на доходак по пропорционалним стопама, са правом на одбитак на име минимума за егзистенцију. Ако порески обвезник оствари доходак мањи од тог износа платиће негативни порез, уместо да плати порез примиће субвенцију од државе у износу који представља разлику између његовог дохотка и егзистенцијалног минимума. Уколико лице уопште не остварује доходак примиће износ који представља тај минимални износ дохотка потребног за егзистенцију. Замишљен да замени мрежу разних облика социјалне помоћи у САД-у, овај систем би се директно уклопио у постојећи систем опорезивања дохотка физичких лица (Friedman, 1997:299).

Негативни порез на доходак представља такво повезивање пореског система и система социјалних трансфера којим се обезбеђује минимум потребан за егзистенцију путем методе пореског кредита, у чему је његова предност у односу на традиционално одређивање пореског одбитка у систему пореза на доходак. Право на основни доходак остварују сви порески обвезници у потпуности, без обзира на висину дохотка. Код традиционалног пореског одбитка, порески обвезници који остварују доходак испод прага за порески одбитак неће бити у могућности да остваре своје право на тај износ (Atkinson, 2013:34). Предлог за увођење негативног пореза на доходак представља покушај отклањања недостатака постојећих система социјалне заштите, јер у већини савремених земаља постоји мноштво појединачних мера.

Најпознатији теоријски модел је Аткинсонов - модел основног дохотка (*basic income*), у коме је основни доходак пореско ослобођење које се даје свим појединцима и које замењује порески одбитак за егзистенцијални минимум. Поново је у жижи интересовања након доношења Агенде 2020 којом је постављен циљ борба против сиромаштва и дугорочне незапослености у оквирима ЕУ. У редизајнирању државе благостања (*welfare state*), по Аткинсону, социјална заштита може бити "продуктивни" фактор економских промена, промовисањем социјалне укључености (*social inclusion*). Предлаже примену основног дохотка који би се дефинисао на нивоу ЕУ (Atkinson, 2013: 4-5).

Неки облици интеграције ова два инструмента могу се наћи у пракси појединих земаља. Највећи програми социјалних трансфера у САД не остварују се преко социјалних институција, него у оквиру пореског система. Најпознатији модел је тзв. *порески кредит на доходак од рада породицама са ниским примањима* (ЕИТС), који представља наставак Програма привремене помоћи угроженим породицама (TANF), уведеним 1996. године. Као субвенција на зараду сиромашних лица, порески кредит на доходак од рада

се манифестује у два облика: као смањење пореске обавезе и као рефундација разлике (одн.порески кредит). Величина субвенције се одређује сваке године у односу на укупан доходак од рада, узимајући у обзир број деце у породици. Предлози у стручним круговима за интеграцију свих социјалних програма, на основу којих би давања била у готовом новцу, свде се на проширење постојећег ЕИТС-а и увођење негативног пореза на приход. У таквом систему сва лица била би дужна да подносе пореске пријаве, а порез би плаћала у зависности од висине прихода. Лица чији приход не прелази одређени износ не би плаћала порез, већ би добила чек од државе (Stiglitz, 2004: 413-414).

4. Оптимални модел опорезивања дохотка?

Опорезивање дохотка применом свеобухватног концепта било је примерено 20. веку. Под утицајем глобализације промењени су услови у којима се дизајнира опорезивање дохотка. Порези немају своју сопствену издвојену динамику и смер развоја, него су саставни део много ширег, финансијског, социо-економског и политичког система (Jelčić, 2009: 759). Уместо синтетичког пореза који подразумева једнак порески третман свих прихода без обзира на изворе, као одговор на глобалну покретљивост капитала, креатори националних пореских политика прибегавају повољнијем пореском третману прихода од капитала. У условима повећане пореске конкуренције, приоритетни циљ јесте задржавање капитала на унутрашњем тржишту, а за оне земље које не располажу овим важним економским ресурсом то је привлачење страног капитала. У таквим условима државама је веома тешко да, слободно, у складу са својим пореским суверенитетом, одређују стопе пореза на приходе од капитала. У улози модератора савремених пореских система налазе се земље извознице капитала, коју остварују преко моћних међународних финансијских организација ради заштите својих интереса (Димитријевић, 2015: 289).

Моделирање пореза на доходак у првим деценијама 21.века даје другачији одговор на дилему између два конфликтна принципа опорезивања - правичности и ефикасности. За оптимално опорезивање порезом на доходак, према савременој економској теорији, важна су оба принципа. Погодност пореза на доходак за редистрибутивну улогу била је остварљива у претходном периоду, значајним присуством синтетичког пореза у пракси. Већом прогресивношћу унапређује се правичност. Управо овде се испољава *trade off* правичности и ефикасности у избору оптималног модела опорезивања дохотка. Редистрибуцијом дохотка, прогресивним

опорезивањем у систему пореза на доходак и добро таргетираном социјалном политиком утиче се на смањење неједнакости, али већа прогресивност у опорезивању има негативне ефекте на ефикасност, јер изазива веће дисторзије (Ранђеловић, 2011: 86). У смислу другог најбољег оптимума (енг. *second - best optimum*),³ елементе пореза на доходак треба тако обликовати да се што мање утиче на промене у оптималној алокацији економских ресурса. Испуњавање услова са аспекта економске ефикасности опорезивања подразумева предузимање мера којима се смањује дисторзивно деловање пореза. Теоријски посматрано, ону врсту дохотка која је мање еластична (у овом случају то је рад) треба оштрије опорезовати у односу на доходак који је више еластичан (у овом случају то је капитал), према правилу инверзне еластичности. Само тако опорезивање неће утицати на постојећу субоптималну алокацију ресурса.

Примена дуалног и *flat tax* означава приближавање система пореза на доходак потрошно оријентисаном моделу захватања економске снаге (Анђелковић, 2004: 108). Помаци од опорезивања дохотка ка опорезивању потрошње представљају нову етапу у развоју опорезивања дохотка. Прихватање нужности развојно оријентисане пореске политике, врши притиске на стварање стимулативног пореског амбијента. У условима глобализације и либерализације тржишта капитала, да би избегле сељење мобилних пореских основица, као што је капитал, па самим тим и смањење пореских прихода, државе су приморане да реформишу своје пореске системе у правцима који у одређеној мери одступају од пореских принципа. Таква присилна промена пореских структура представља пореску деградацију (Tanzi, 1996: 21). Дуални и пропорционални порез воде рачуна о економској ефикасности као приоритетном принципу опорезивања. Са друге стране, како примећује Tanzi, обе опције указују на удаљавање од *ability-to-pay* принципа (Tanzi, 1996: 19). Давањем приоритета стимулативном пореском амбијенту, правичност опорезивања, а нарочито вертикална, добила је секундарни значај (Димитријевић, 2015: 289).

5. Закључак

Улога пореза на доходак од појаве до данашњих дана се мењала, од доминантног фискалног значаја у време када је настао до јачања нефискалних циљева, првенствено економског и социјалног.

3 Услед утицаја пореза на релативне цене, ценовни сигнали су деформисани и алокација економских ресурса је промењена (Stiglitz, 2004: 466). Како су у савременим државама сви порези дисторзивни, јер изазивају дисторзије у оптималној алокацији економских ресурса, не може се постићи пуна оптималност у алокацији ресурса у смислу Парето оптимума, већ само тзв. други најбољи оптимум (Поповић, 1998: 378).

Нове тенденције у опорезивању дохотка утичу на редистрибутивну улогу, јер праве помак ка економским ефектима. Оба алтернативна модела воде рачуна о економској ефикасности опорезивања. Традиционални захтев за правичношћу, чини се, губи на значају. Савремена економска теорија се залаже за економску ефикасност пореског система као приоритетном принципу опорезивања. Уз уважавање економских циљева, који су, свакако, веома важни у свакој савременој држави, требало би, ипак, са извесном резервом узети их као приоритетне.

Известан заокрет ка економској ефикасности, путем све веће присутности дуалног и пропорционалног пореза, говори о потреби вођења рачуна о редистрибутивној улози пореза. Са тог аспекта посматрано, можда би негативни порез на доходак био оптималнији модел опорезивања. Као својеврсна спона социјалне и пореске политике, социјалну политику остварује у оквиру пореза на доходак, пореза који је добрим делом своје историје имао изражајну редистрибутивну улогу.

Литература

Анђелковић, М. (2004). Глобализација и опорезивање: општи осврт. У М. Јовановић и М. Анђелковић (Уред.), *Ренесанса финансија* (105-112). Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Atkinson, A.B. (2013). Ensuring social inclusion in shanging labour and capital markets, *Economic Papers* 481/2013, European Commission

Во.Е.Е. et al (2012) Horizontal inequity under a dual income tax system: principles and measurement. *International Tax and Public Finance*. Vol.19

Brummerhoff, D.(2000). Javne financije. Zagreb: Mate.

Blažić, H. (2006). Uporedni porezni sustavi-oporezivanje dohotka i dobiti. *Економски факултет у Риги*

Димитријевић, М. (2015), Правичност и актуелно моделирање пореских система у свету, *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 70 (LIV). 277-292

Ђуровић-Todorović, Ј., Ђорђевић, М. (2012). Dualno VS.flat oporezivanje dohotka fizičkih

lica. *«Наука и свetska ekonomska kriza»*. Ниш: Економски факултет.

Ivanova, A., et al. (2005). The Russian Flat Tax Reform. *IMF Working Paper* 05/16

Jelčić, B. (2009). Utemeljenje nekih poreza u poreznom sustavu Hrvatske. *Економска/Еconomics*. 4/IX. 757-768

- Ловчевић, Ј. (1997). Институције јавних финансија. Београд
- Keen, M., et al. (2006). The «Flat Tax(es)»: Principles and Evidence. *IMF Working Paper* 06/218
- Kesner-Škreb, M. (2005). Proporcionalni porez. *Financijska teorija i praksa* 29(2)
- Mijatović, N. (2007). Razmatranje teorijskih pristupa osnovnim institutima uređenja oporezivanja dohotka. *Rev.soc.pol. god. 14, br. 3-4. Zagreb.* 289-311
- OECD (2011). *Tax Reform Trends in OECD Countries*, OECD 50th anniversary, Challenges in designing competitive tax systems, Paris
- Поповић, Д. (1997). Наука о порезима и пореско право. Budapest, Београд: Open Society Inaritute Constittional and Legislative Policy Institute, и Савремена администрација
- Раичевић, Б. (2008). Јавне финансије. Економски факултет Београд
- Ранђеловић, С. (2012). Анализа алтернативних модела пореза на доходак физичких лица - ефекти примене у Србији. Економски факултет Београд
- Sorensen, P.B.(2005) The Nordic Dual Income Taxation: Why and How. *CESifo Working Paper* No 1551. 1-14
- Stiglitz, J. (2004). Економска јавног сектора. Економски факултет Београд
- Tanzi V.(1996). Globalization, tax competition and the future of tax systems, *IMF Working Paper.* 141
- Friedman, M. (1997). Капитализам и слобода. Нови Сад
- Hall, R.E, Rabushka, A.The Flat tax. (2007). Hoover Institution Press. Stanford

Suzana Dimić, LL.M

Teaching Assistant,

*Faculty of Law, University of Priština with temporary seat
in Kosovska Mitrovica*

MODELING OF INCOME TAX IN CONTEMPORARY TAX SYSTEM

Summary

Compared to the traditional distinction between schedular and synthetic system, recently alternative approaches to income taxation have been developed. Hence, in a multitude of applicable legal solutions three models can be seen: synthetic, dual and flat tax. Although it is not applied in practice, the idea of a negative income, which is based on linking income tax and social transfer also represents an alternative approach to income taxation.

The overall concept, as well as synthetic tax that is a model of such an approach to taxation of income seems to be giving way to the schedular system. The separation of labor income from the capital income has been done with the aim of a more lenient taxation of income from capital (the dual model) or. non-taxation of income from capital (code flat tax).

Instead of an income, as a traditional taxation base, the idea of consumption as a more accurate base is gaining importance. It is a flat tax created as an expression of that idea, although in practice most often represents a combination of both bases. Another kind of a tax, however, which is described in literature by the means of various terms, is based on consumption as a tax base of direct taxation. However, apart from a few attempts of trying to apply it, it has not been implemented in practice yet, but it is interesting from the point of perspective of income tax. Time will tell whether it will come to a radical change in the concept of taxing income, so it will not exist in its present form.

In the intertwining of different tendencies, the idea of negative income tax could drag off the growth of personal income tax in a new direction. Income tax and social payments from the budget as we know them today, would be replaced by a completely different system, ie, by a single integrated system.

Key words: *income tax, synthetic system dual model, flat tax, negative income tax.*

ЗАКЉУЧЕЊЕ УГОВОРА О ПРОДАЈИ ЕЛЕКТРИЧНЕ ЕНЕРГИЈЕ: DE FACTO ИЛИ DE IURE ОБАВЕЗА СНАБДЕВАЧА

Апстракт: Законом о енергетици, предвиђено је да у виду јавне услуге снабдевање електричном енергијом домаћинстава и малих купаца (гарантовано снабдевање) обавља снабдевач кога одреди Влада РС. Гарантовани снабдевач је дужан да пружа гарантовано снабдевање купцу на његов захтев и то по уговору о потпуном снабдевању у складу са прописом којим се уређује испорука и снабдевање електричном енергијом. Претпоставка за закључење уговора јесте да је објекат преко одобреног и изграђеног прикључка прикључен на дистрибутивну мрежу. Легализација накнадно изграђених делова објекта, која је последње деценије била одобравана на основу низа прописа, у појединим случајевима, довела је до праксе одбијања извршења обавезе снабдевача да са купцем закључи уговор о куповини електричне енергије и стављања купца у незавидан положај. Додатни проблем представља пракса снабдевача да траже документацију о свим променама власништва над објектом насталих након прикључења објекта, чиме се положај потенцијалног купца додатно отежава. Решење пружа богата судска пракса, али и могућност свих заинтересованих страна да одредбе законских прописа тумаче у правцу решавања проблема а не њиховог стварања.

Кључне речи: гарантовано снабдевање, легализација, испорука електричне енергије.

1. Увод

Електрична енергија јесте специфична врста робе којом се тргује на организованом тржишту. "Постоји потреба за фундаменталним променама у начину како друштво види електричну енергију. Електричну енергију треба схватити као робу која може бити купљена, продата, односно којом

1 dimitrijevic.zarko@gmail.com

се може трговати”² на тржишту. Основну функцију које организовано тржиште мора испуњавати јесте могућност надметања понуде и тражње у циљу постизања тржишне цене. С обзиром на стратешки интерес државе да тржиште електричне енергије буде стабилно, држава путем тржишно оријентисаних инструмената контролише рад тржишта али не ограничава слободу уговарања и функционисање тржишних механизма.

На тржишту електричне енергије углавном се сучељавају интереси купаца и снабдевача електричне енергије. “Конкуретно тржиште изискује много продаваца”³. Купцима електричне енергије, нарочито из сектора домаћинства (коришћење електричне енергије за задовољење личних потреба), није економски оправдана тржишна утакмица, услед великих манипулативних трошкова наспрам остварене уштеде у цени, те им држава у оквиру прописа којима уређује функционисање тржишта оставља могућност куповине по регулисаној цени коју је дужан да пружи гарантовани снабдевач (фактичка вантржишна куповина).

Гарантованог снабдевача одређује Влада на основу спроведеног поступка јавног тендера и бира се на период од најдуже пет година. Одлука о расписивању тендера садржи нарочито услове и критеријуме за избор гарантованог снабдевача, услове и начин образовања и промене цене, елементе уговора који гарантовани снабдевач закључује са крајњим купцем, као и рок на који се бира гарантовани снабдевач⁴.

Гарантовани снабдевач је дужан да пружа гарантовано снабдевање купцу на његов захтев и то по уговору о потпуном снабдевању у складу са прописом којим се уређује испорука и снабдевање електричном енергијом. Уговор о потпуном снабдевању може бити закључен и као формуларни уговор у складу са објављеним условима снабдевања и прописом којим се уређује испорука и снабдевање електричном енергијом⁵. Овакво нормативно решење упућује на брз, и смело би се рећи, аутоматизован процес закључења уговора са гарантованим снабдевачем, међутим, у пракси то често није тако.

Основна претпоставка за закључење уговора о продаји електричне енергије јесте да је објекат преко одобреног и изграђеног прикључка прикључ-

2 Schweppe C. Fred, Caramanis C. Michael, Tabors D. Richard, Bohn E. Roger; Spot Pricing of Electricity; Springer Science & Business Media, Mar 7, 2013, Business & Economics, 356 pages, p. xvii (превод аутора)

3 Hunt, Sally; Making competition work in electricity; John Wiley & Sons, Oct 1, 2002, Business & Economics, 450 pages; p.89 (превод аутора)

4 Видети чл. 190. Закона о енергетици (“Сл.гласник РС”, бр.145/2014)

5 Ibidem

чен на дистрибутивну мрежу. Прикључење објекта на дистрибутивну мрежу врши се у складу са техничким условима, чије испуњење утврђује техничка комисија оператора система⁶. Уколико техничка комисија утврди да су испуњени сви услови из техничких услова за прикључење, даће сагласност за пуштање објекта под напон.

Међутим, примери лоше грађевинске праксе у Србији, односно изградње или реконструкције објеката без валидних дозвола, у свом вишедеценијском постојању, довела је до низа проблема који су покушани униформно да буду решени легализацијом. "Легализација подразумева накнадно издавање грађевинске дозволе"⁷. Пракса је показала да се легализацијом могу решити поједини проблеми имовинско-правне природе, али се не могу решити проблеми испоруке електричне енергије, односно, гледано са аспекта функционисања тржишних принципа, проблеми омогућавања свим учесницима да учествују на тржишту електричне енергије.

2. Крајњи купац као учесник на тржишту електричне енергије

Да би било могуће идентификовати крајњег купца као учесника на тржишту мора се поћи од одредаба прописа ко јесте купац, односно ко први у новоизграђеном објекту добија статус купца.

Крајњи купац електричне енергије јесте физичко или правно лице, или предузетник, који купује електричну енергију ради задовољења сопствених потреба⁸. Да би крајњи купац могао доћи у позицију да потпише уговор о снабдевању са својим снабдевачем, неопходно је да је објекат у његовој својини. На овакав закључак наводи пре свега одредба из чл.3. Уредбе о условима испоруке и снабдевања електричном енергијом (у даљем тексту: Уредба)⁹ која прецизира да се одобрење за прикључење објекта на дистрибутивни систем издаје решењем у управном поступку на захтев власника или корисника јавне својине чији се објекат прикључује.

Наведена одредба се надаље у чл.62. додатно потврђује. Крајњи купац је дужан да оператору система и снабдевачу, односно јавном снабдевачу, пријави промене власништва или промене у вези са правом коришћења, променом имена, променом пословног имена односно променом назива,

6 Видети: чл.14. Уредбе о условима испоруке и снабдевања електричном енергијом ("Сл.гласник РС", бр.63/2013)

7 Папић, Зоран; Крга, Маја; "Планирање и уређење простора за потребе одбране у оквиру просторног плана Републике Србије и заштита војних комплекса", Војно дело, 2011, Vol.63, бр.1, стр.152

8 Видети: чл.2.ст.1.тач.31. Закона о енергетици, Оп.cit.

9 ("Сл.гласник РС", бр.63/2013), Оп.cit.

променом намене потрошње електричне енергије, статусним променама и другим променама насталим после закључења уговора о продаји електричне енергије, односно уговора о приступу систему најкасније у року од 15 дана од дана настале промене.

У случају промене која захтева закључење новог уговора о продаји електричне енергије, крајњи купац је дужан да уз пријаву приложи одговарајуће доказе: оверен купопродајни уговор, уговор о закупу, решење о наслеђивању, извод из регистра привредних субјеката, пријаву - одјаву пребивалишта, а у случају других промена, одговарајуће друге доказе којим се потврђује настала промена, а оператор система је дужан да прочита бројила електричне енергије у року од три дана од дана пријема пријаве и достави очитане податке снабдевачу, односно јавном снабдевачу.

У случају да се са новим власником објекта не закључи уговор о продаји електричне енергије, односно уговор о приступу систему, са даном читавања стања на бројилу електричне енергије, оператор система ће обуставити испоруку електричне енергије на том мерном месту.

Уколико нови власник поднесе доказе о промени власништва на објекту и доказ о измирењу рачуна на име обавеза до дана читавања стања на бројилу електричне енергије, може да закључи уговор о продаји и уговор о приступу систему.

Усвојена решења не нуде децидан одговор на питања: 1) зашто је неопходно да искључиво власник објекта закључи уговор о снабдевању и 2) шта се догађа уколико нови власник не пријави промену, што је у пракси веома чест случај?

2.1. Власништво над објектом као предуслов за куповину електричне енергије

Одговор на прво питање се може извести циљним тумачењем члана 63. Уредбе. Наиме, Уредба дозвољава снабдевачу да уговор о продаји може на одређено време закључити и са закупцем објекта (дакле, не искључиво са власником), односно носиоцем права привременог коришћења објекта по другом основу, под условом да су регулисане све доспеле обавезе до дана закључења уговора о продаји од стране претходног крајњег купца. Закључење таквог уговора, снабдевач може условити успостављањем солидарне одговорности власника објекта за будуће обавезе закупца из уговора о продаји електричне енергије, као и давањем одговарајућег средства обезбеђења на имовини закупца или власника објекта, с тим што се као средство обезбеђења може захтевати и конституисање заложног права првог ранга на објекту за који се закључује уговор о

продаји електричне енергије ради обезбеђивања измиривања обавеза за испоручену електричну енергију.

Очигледно је да је законодавац условио закључење уговора са власником да би на тај начин обезбедио да снабдевач потенцијално има одакле да наплати своје будуће потраживање, међутим, законодавац ту није имао у виду да поступак наплате потраживања, па чак и од познатог власника објекта, не мора обавезно да доведе до потпуног па чак и делимичног намирења потраживања повериоца¹⁰.

Власништво над објектом, на основу правног посла, се стиче даном уписа у јавне књиге¹¹. Нови власник објекта, не би требало да има ограничења у погледу закључења уговора о продаји електричне енергије. Гарантовани снабдевач је чак дужан да закључи уговор о продаји електричне енергије, односно о потпуном снабдевању, ако купац не изабере другог снабдевача¹².

Међутим, у пракси се по неписаном правилу у огромном броју случајева одвија специфичан след догађаја који доводи до фактичког пружања услуге испоруке електричне енергије, који нужно није утемељен на прописима.

2.2. Правни континуитет као предуслов за куповину електричне енергије

Чест је случај да нови власници објекта, и поред утврђене законске обавезе за пријаву промене власништва, ту обавезу не поштују. Ова појава је нарочито карактеристична код наслеђивања непокретности.

Док лица која троше електричну енергију уредно плаћају испостављене рачуне за утрошену електричну енергију, без обзира на то на које лице се рачуни односе, питање идентификације потрошача се готово и не поставља. Стога је и могућ и врло препознатљив апсурд да снабдевач електричне енергије испоручује електричну енергију лицу које је престало да постоји, а да о томе није обавештен.

У одређеном тренутку, стварни потрошач може да буде заинтересован да рачун за утрошену електричну енергију гласи на његово име. Ово је нарочито важно за потрошаче који обављају привредну делатност и који се налазе у систему ПДВа јер по испостављеним рачунима могу да користе

10 О проблемима наплате потраживања видети у делу 3. овог рада.

11 Видети: чл.33. Закона о основама својинскоправних односа («Сл. лист СФРЈ»), бр. 6/80 и 36/90, «Сл. лист СРЈ», бр. 29/96 и «Сл. гласник РС», бр. 115/2005 - др. закон)

12 Видети: чл.190.ст.2. Закона о енергетици, Op.cit.

одбитну ставку за плаћање истог¹³. Наравно могући су и други разлози, као што је жеља за поштовањем законом утврђених обавеза. Међутим, чак и тада се наилази на административне препреке. Наиме, снабдевачи, уско тумачећи норму¹⁴ да је, у случају промене која захтева закључење новог уговора о продаји електричне енергије, крајњи купац дужан да уз пријаву приложи одговарајуће доказе: оверен купопродајни уговор, уговор о закупу, решење о наслеђивању, извод из регистра привредних субјеката, пријаву - одјаву пребивалишта, често траже доказе о свим променама власништва над објектом уназад до оног ко је регистрован као купац код снабдевача¹⁵.

Оваква пракса дестимулише потенцијалног крајњег купца да икада пријави промену јер је чест случај да тренутни власник објекта зна само свог продавца, али не и оне који су били ранији власници, те и нема начина да прибави релевантну документацију.

Иако се право својине на основу правног посла стиче уписом у јавне књиге, захтев за закључење уговора о потпуном снабдевању са снабдевачем без прилагања документације која би доказивала правни континуитет власништва могао би да доведе до обуставе испоруке електричне енергије¹⁶, што свакако није у интересу потенцијалног крајњег купца.

Додатни проблем представљају легализовани објекти у којима електро инсталације нису у потпуности изведене у складу са техничким прописима, али су ипак објекти легализовани.

2.3. Легализација објекта као препрека закључењу уговора о снабдевању

У циљу да се легализација спроведе на што ефикаснији начин, у протеклих двадесет година било је више нормативних решења која нису нужно доводила до идеалних резултата, али су свакако допринели да се многи објекти уведу у легалне токове.

13 Видети: члан 28. Закона о порезу на додату вредност («Сл. гласник РС», бр. 84/2004, 86/2004 - испр., 61/2005, 61/2007, 93/2012, 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 68/2014 - др. закон, 142/2014 и 5/2015 - усклађени дин. изн.)

14 Видети: чл.62. Уредбе, Оп.cit

15 Треба имати у виду да према раније важећим прописима није било неопходно да се закључи уговор о купопродаји електричне енергије и да за прикључење објекта на нисконапонску мрежу у многим случајевима није тражено да је објекат изграђен у складу са грађевинском дозволом (која садржи име инвеститора) јер је нелегална градња била масовна појава.

16 Видети члан: 62. Уредбе, ст.5, Оп.cit

Највеће проблеме изазвала је легализација објеката за колективно становање. Вишегодишња грађевинска пракса да се након добијања употребне дозволе, заједничке просторије претварају у станове и након тога продају, а да се потом исти легализују и путем етажне разраде упишу у јавне књиге, довело је до низа проблема након усаглашавања законодавства из области енегетике са прописима европске уније.

Наиме, у таквим објектима, чест је случај да постоји више стамбених јединица везаних за исто мерно место. Према тренутно важећим прописима, техничка комисија снабдевача, односно оператора система не би дала сагласност о компатибилности тако изведених инсталација, међутим, у појединим поступцима легализације, грађевинска и употребна дозвола су издаване након завршетка објекта без детаљних провера.

Описана ситуација данас доводи до низа правних недоумица.

Чланом 3. Уредбе прописано је да се одобрење за прикључење објекта на преносни, односно дистрибутивни систем издаје решењем у управном поступку на захтев власника или корисника јавне својине чији се објекат прикључује. У случају када се одобрење за прикључење прибавља због раздвајања инсталација, односно мерних места, под спајањем или раздвајањем инсталација сматрају се промене у инсталацијама и уређајима у објекту купца или произвођача које не одговарају: 1) техничким и другим условима из одобрења за прикључење; 2) техничким карактеристикама прикључка и мерног места у складу са правилима о раду када не постоји одобрење о прикључењу¹⁷. Међутим, потенцијални крајњи купци не желе да поднесу захтев за издавање одобрења, већ искључиво захтев за закључење Уговора о гарантованом снабдевању.

На такав захтев, у описаној ситуацији, снабдевач не би могао да са сигурношћу утврди ко може бити крајњи купац с обзиром да има минимум две посебне стамбене јединице које имају заједничко мерно место.

Могући одговор снабдевача, односно оператора система би могао да буде обустава испоруке. Оператор преносног, односно дистрибутивног система обуставиће крајњим купцима испоруку електричне енергије у случају да електроенергетски објекти, постројења или уређаји купца не испуњавају услове у складу са прописима и представљају непосредну опасност по живот и здравље људи, животну средину и имовину¹⁸. Поставља се питање ко јесте крајњи купац уколико је ситуација на терену таква да се мерно место води на инвеститора, а да власници два или више објеката претен-

17 Видети члан: 8. Уредбе, Оп.сit

18 Видети члан: 201.ст.1.тач.2. Закона о енергетици, Оп.сit

дују на закључење уговора о испоруци електричне енергије. Такође, ваља доказати и непосредну опасност по живот и здравље људи.

Међутим, оно што је најчешћи случај јесте прећутно одбијање снабдевача да закључи уговор о снабдевању. На овај начин гарантовани снабдевач крши законску норму којом му је утврђена обавеза закључења уговора по аутоматизму, односно по захтеву купца, под условом да купац не изабере другог снабдевача¹⁹. С обзиром да законом није предвиђен рок у коме снабдевач мора да закључи уговор, судско одлучивање по тужбама крајњих купаца за закључење уговора је чињенично разноврсно²⁰, али је могуће тврдити да је пресуђивање у корист крајњих купаца веома основано, без обзира на штету коју на послетку трпи оператор система (за изградњу новог мерног места и уградњу неопходних уређаја).

Крајњи купац не може да сноси штету коју је вероватно инвеститор објекта изазвао јер тумачећи тренутно важеће одредбе закона није ни у могућности да претпостави да постоје стамбене јединице у објекту за колективно становање које немају изведена посебна мерна места.

Такође, крајњи купац није у обавези да познаје начин и технику мерења утрошене електричне енергије.

С друге стране, сношењем трошкова прикључивања објекта, оператор система би поступио супротно закону. Наиме, законом је предвиђено да трошкови прикључења обухватају и трошкове набавке мерних уређаја и да их сноси подносилац захтева за прикључење (по правилу инвеститор, односно крајњи купац)²¹.

Међутим, то нису једини трошкови које по евентуалним пресудама неоправдано сноси оператор, односно снабдевач.

19 Видети члан: 190.ст.2. Ibidem

20 Пресудом Основног суда у Нишу 16П 7637/11 од 31.10.2011. године (ГЖ 370/12) обавезан је туженик ПД за дистрибуцију електричне енергије Југоисток ДОО Ниш да као продавац електричне енергије закључи уговор о испоруци електричне енергије са тужиоцем, да истог евидентира као купца, све у року од 15 дана од дана пријема пресуде. Суд је образлажући одлуку назначио да је променом власништва над непокретности и пријавом те промене тужилац, односно крајњи купац електричне енергије стекао услов да буде купац електричне енергије, те је тужени дужан да уговор закључи. Такође, суд се по приговору ненадлежности Решењем огласио стварно ненадлежним за вођење поступка. Међутим, Решењем Вишег суда у Нишу, Решење првостепеног суда је укинуто и предмет је враћен на поновно суђење. Виши суд је своју одлуку образложио ставом да је чланом 21. 300 прописано да ако је неко по закону обавезан да закључи уговор, заинтересовано лице може захтевати да се такав уговор без одлагања закључи, па је за конкретан случај предвиђено пружање судске заштите у смислу члана 1. Закона о парничном поступку.

21 Видети члан: 144.ст.2. Закона о енергетици, Оп.cit.

3. Примена енергетских и других прописа на “штету” снабдевача, односно оператора система

Ступањем на снагу новог Закона о енергетици, престао је да важи Закон о енергетици (“Сл.гласник РС” бр.57/11, 80/11 – исправка, 93/12 и 124/12). Новим прописом²², у циљу обезбеђивања функционисања тржишних механизма на енергетском тржишту, раздвојени су послови снабдевања и дистрибуције електричне енергије. С обзиром да су привредна друштва која су обављала те послове престао да постоје²³ послове дистрибуције електричне енергије преузео је оператор дистрибутивног система привредно друштво “ЕПС Дистрибуција” ДОО Београд. Један од најважнијих циљева оператора је уједначавање свих процедура на дистрибутивном нивоу на територији Србије како би купци имали једнаке услове испоруке и квалитета електричне енергије. „ЕПС Дистрибуција“ ради на стварању јединствене и свеобухватне политике одржавања мреже, планирању свеобухватних инвестиција у дистрибутивни систем, као и унификацији правних процеса, техничких политика и стандарда²⁴.

Делатност снабдевања електричном енергијом обавља привредно друштво “ЕПС Снабдевање” ДОО Београд.

С обзиром да је законом утврђено раздвајање енергетских делатности, и да су привредна друштва престао да постоје, поставља се питање на који начин ће се извршити многобројне пресуде против тих привредних друштава а који се тичу обавезе закључења уговора о продаји електричне енергије. Брисањем тих привредних друштава из регистра обесмишљен је целокупни парнични поступак који су крајњи купци водили у циљу закључења уговора. У случају неизвршених пресуда на осуду на чинидбу²⁵ (закључења уговора о продаји електричне енергије), крајњи купци су доведени у позицију да исте не могу спровести против новог снабдевача

22 Закон о енергетици, *Op.cit.*

23 У складу са статусним променама предвиђеним Програмом реорганизације „Електропривреде Србије“, на који је Влада Србије дала сагласност 27. новембра 2014. године матично предузеће Јавно предузеће „Електропривреда Србије“ од 1. јула 2015. године је и оснивач зависног привредног друштва „ЕПС Дистрибуција“ ДОО Београд, који чине досадашња привредна друштва „Електровојводина“ ДОО Нови Сад, „Електродистрибуција Београд“ ДОО Београд, „Електросрбија“ ДОО Краљево, „Југоисток“ ДОО Ниш и „Центар“ ДОО Крагујевац. Видети више на: <http://www.edcentar.com/index.php?p=opama> приступљено на дан: 18.9.2015. године.

24 *Ibidem*

25 Видети: пресуду Општинског суда у Нишу П.бр.7753/08 од 05.3.2009. године, Основног суда у Нишу 19П бр.1298/14 од 07.7.2014. године, 8П бр.5979/2010 од 07.5.2010. године.

(ЕПС Снабдевања), јер ЕПС снабдевање није и не може бити правни следбеник угашених привредних друштава.

Крајњем купцу ништа друго не преостаје до да поднесе захтев за гарантовано снабдевање, али овог пута ће морати да плати сва заостала дуговања јер је то сада прописима утврђени предуслов за закључење уговора²⁶.

С друге стране, незакључивањем уговора, ЕПС Снабдевање не може добити релевантне податке о својим правим купцима, а уједно дистрибутер не може да испуни законску обавезу успостављања ажурне базе података²⁷.

Непостојање ажурне базе доводи и до још једног проблема. Наиме, услед неплаћених дуговања крајњих купаца ЕПС Снабдевање подноси Предлоге за извршење надлежним извршитељима. Међутим, у великом броју случајева ради се о лицима која су престала да постоје, те долази до одбачаја предлога за извршење услед чега снабдевач трпи двоструку штету. Прво, сноси штету на име насталих трошкова које није успео да намири у извршном поступку, и друго сноси штету на име ненаплаћених потраживања на име главног дуга и камате.

4. Закључак

Закључење уговора о продаји јесте законска обавеза снабдевача. Међутим, снабдевач нема техничких могућности да на брз, аутоматизован начин, приволи потенцијалног крајњег купца да закључи уговор о продаји.

Две су кључне баријере за остварење овог циља: услов да се сва остала дуговања пређашњег власника објекта морају измирити, и друго, да се морају приложити документи који указују на правни континуитет у власништву над објектом. Чак и приликом испуњења та два услова, могуће је да објекат из техничких разлога не може бити прикључен, што је често последица многобројних прописа о легализацији последњих година, стога се решење нужно мора потражити на суду. Ранија судска пракса иде у прилог тврдњи да ће снабдевач бити обавезан да закључи уговор о продаји електричне енергије, али треба имати у виду да су сада околности битно промењене, односно да је тренутно прописом забрањено снабдевачу да закључи уговор уколико нису измирене све финансијске

26 Видети: члан 62. Уредбе, *Op.cit.*

27 Фактичко стање је такво да многи фактички купци електричне енергије нису и формално регистровани јер нису економски стимулирани да то учине (имајући у виду два услова: исплата целокупног дуговања, достављање документације која ће потврдити правни континуитет). Остаје велико питање да ли ће бити могуће ажурирати базу до 01.јула 2016 године. Видети: чл. 400.ст.1. Закона о енергетици, *Op.cit.*

обавезе претходних власника, односно уколико се на тражени начин није доказало право својине.

Оно што и даље остаје као проблем јесте што тренутна законска решења не пружају реални стимуланс крајњим купцима како би се олакшала обавеза дистрибутера да ажурира базу купаца до истека законског рока, што значи да ће снабдевач, потенцијално, моћи да услед ненаплативих потраживања трпи велику штету у будућности.

Стога је можда важно да евентуалне будуће измене законских прописа, боље сагледају фактичку ситуацију и нормативно је уреде.

Zarko Dimitrijevic,

CONCLUSION OF ELECTRICITY SALE CONTRACT: DE FACTO OR DE IURE OBLIGATION OF SUPPLIER

Summary

The Energy law of the Republic of Serbia stipulates that a public service of supplying households and small consumers with electricity (guaranteed supply) is to be provided by a supplier appointed by the Government of the Republic of Serbia. Guaranteed supplier is obliged to provide guaranteed supply to consumers at their own request according to the contract on full supply, pursuant to the regulations on delivery and supply of electricity. The premise for the contract conclusion is that a property in question is connected to the distribution network by means of an approved and built-in connection device. Legalization of subsequently built additions to the property in question, in the last decade allowed through an array of regulations, in individual cases has caused the supplier's refusal to fulfil its obligation and conclude an electricity sale contract with an end-consumer, which has left a consumer in an unenviable position. Additional problem is the supplier's practice to demand documentation on all changes of ownership over the property after its connection to the electricity distribution network, which additionally aggravates the position of a potential consumer. The solution lies in the rich court practice as well as in the opportunity of all interested parties to interpret provisions of legal acts with the view to solving issues and not raising new ones.

Key words: *guaranteed supply, legalization, electricity supply.*

ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ, ОСОБИНЕ И ВРСТЕ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ КАО ПРЕДМЕТА ЕМИСИЈЕ²

Апстракт: У раду су анализирана питања везана за појам, битне особине и могуће поделе хартија од вредности као предмета емисије. Да би објаснио појам и суштину наведених „хартија“ аутор, у првом делу рада, анализира појам и обележја која су заједничка за све хартије од вредности. У другом делу рада указује се на специфичности хартија од вредности као предмета емисије - одређује се њихов појам, наводе кључне карактеристике и објашњавају врсте. Трећи део рада посвећен је анализи система законског одређивања предмета емисије, са посебним освртом на законски систем у нашој земљи. У вези с тим повучена је паралела између досадашњих решења и оних која су садржана у Закону о тржишту капитала Србије. На крају, аутор закључује да нови начин регулисања хартија од вредности има доста врлина, али и несхватљиво много озбиљних грешака, те да је, због улоге и значаја хартија од вредности за развој финансијског тржишта једне замље, нашем праву у овој области неопходна суштинска реформа.

Кључне речи: хартија од вредности, вредносница, предмет емисије, тржиште капитала.

1 marija.dragicevic2@gmail.com

2 Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

1. Увод

Савремени привредно-правни промет подразумева себи примерене инструменте, који омогућавају његово несметано одвијање и доприносе неопходној брзини и једноставности предузетих операција и сигурности промета уопште. Харијама од вредности се управо то и постиже (Миленовић, 2009: 470). Функције хартија од вредности у привредно-правном промету су веома разноврсне. Оне се могу користити као средство робног промета (складишница, теретница, преносиви товарни лист), као средство плаћања (чек), као кредитно средство (меница, обвезница, благаянички и комерцијални запис, депозитна потврда), као средство обезбеђивања потраживања (меница, заложица као део складишнице), као средство остварења права учешћа у управљању привредним друштвом (акције). Једна од значајнијих привредних функција хартија од вредности је прикупљање слободних новчаних средстава њиховом емисијом и пласманом. Међутим, нису све хартије од вредности подобне да буду предмет емисије. Поставља се питање шта је то што одређене хартије од вредности чини подобним да буду предмет емисије? Општи појам хартија од вредности обухвата, по садржини и функцији, различите врсте хартија, па није довољан да би јасно указао на исправе које се сматрају хартијама од вредности у смислу права тржишта капитала, односно које као такве могу бити предмет емисије. Стога је неопходно ближе одредити њихов појам и особине у наведеном смислу.

Имајући у виду предности које емисија као начин прикупљања слободног капитала има над другим начинима прикупљања (штедња, кредити), улогу и значај који хартије од вредности као предмет емисије имају на степен развијености финансијског тржишта, као и потребу детаљног познавања свеукупне проблематике везане за њих, а пре свега њихове особине, битне елементе и могуће поделе, овом питању треба посветити посебну пажњу и важност, што аутор у овом раду управо и чини.

2. Општа правила о хартијама од вредности

Да бисмо одредили појам хартија од вредности које могу бити предмет емисије, неопходно је прво поћи од њиховог општег појма и особина.

Појам - У савременом привредном животу појам хартија од вредности има различито значење (Дабић, 1982: 11). У најширем смислу, хартије од вредности су формалне исправе у којима је инкорпорисано неко право имовинског карактера, које је уско везано за ту хартију и чије је искоришћавање условљено њеним држањем (Султановић, 1973: 1). Сам папир који представља хартију од вредности нема неку посебну вредност.

Пошто је имовинско право на које се односи хартија од вредности, по правилу, неодвојиво и неостварљиво без ње, то она као исправа и право из ње чине јединствену и недељиву целину. Хартија од вредности у правном промету добија ону вредност коју има право које она у себи садржи. Одатле и потиче назив „хартија од вредности“ или „вредносни папир“ (Миленовић, 2009: 463).

Код хартије од вредности постоје два субјективна права, од којих је једно право на хартији, а друго право из хартије. *Право на хартији* је стварно право (нпр. својина, залога) чији је објект сама исправа. На основу овог права, ималац њом располаже као и сваком другом телесном покретном ствари. *Право из хартије* је право које је инкорпорисано у хартији и које ималац може остваривати њеном презентацијом. Оно мора да је имовинске природе. У пракси је то најчешће облигационо право, мада може бити и стварно право или право учешћа (Јанковец, 1999: 645).

Особине - Све хартије од вредности, без обзира на врсту, имају одређене заједничке особине (правна својства, карактеристике). Битне особине хартија од вредности, без којих нема хартија од вредности, су: формалност, имовинскоправна природа, утеловљеност (инкорпорисаност) и преносивост.

Прва особина хартија од вредности је **формалност**, која има три значења. *Прво*, хартије су исправе (телесне ствари) без обзира на материју од које су састављене (нпр. папир, платно, електронски запис). Због дематеријализације хартија од вредности писана форма више не представља битну особину код свих хартија од вредности. Само неке од њих, на основу своје природе, али и на основу закона, морају бити састављене у писменој форми (нпр. меница, чек, коносман и сл.). *Друго*, хартије од вредности морају да имају прописану садржину. *Треће*, формалност се некад испољава и у строгом прописивању начина, места, времена и садржине појединих углавака који се на њој уписују (Јовановић, 2009: 423).

Друга особина је **имовинскоправна природа**, што значи да хартије садрже право имовинског-правног карактера. То право може бити стварно, облигационо и/или корпоративно.

Трећа особина је **утеловљеност (инкорпорисаност)** имовинског права у хартију на коју је уписано. Начело инкорпорације значи да се право које је инкорпорисано у „хартији“ не може реализовати, нити преносити без њеног истовременог постојања – настанка, поседовања, односно преноса (Царић, 2000:53). Инкорпорисаност постоји и код дематеријализованих хартија од вредности, с тим што се постојање права везује за електронски запис на рачуну њеног имаоца без којег не може да се преноси ни да се остварује.

Најзад, четврта особина је **преносивост (негоцијабилност)**. Ималац је слободан да пренесе хартију на друго лице, чиме преноси и право из ње према издаваоцу, а евентуално и према њиховим другим потписницима. Пренос хартија од вредности се никако не може искључити. Он само евентуално може бити ограничен (нпр. правом пречег стицања и сл.).

3. Хартије од вредности у смислу права тржишта капитала – хартије од вредности које могу бити предмет емисије

Појам - Општи појам хартија од вредности није довољан да би јасно указао на исправе које се сматрају хартијама од вредности у смислу права тржишта капитала, односно које као такве могу бити предмет емисије.³ За појам хартија од вредности као предмета емисије је поред напред наведених особина, значајних за све хартије од вредности, најпре битна њихова подобност да буду предмет промета на тржишту капитала (Hommelhoff, Норт, Lutter, 2001: 42). За такву подобност је неопходно да испуне три додатна критеријума: да буду слободно преносиве (фунгибилне), заменљиве (Heinze, 1999: 43), као и да је сврха њиховог издавања прикупљање капитала за улагање у привредне или финансијске подухвате издаваоца (Бунчић, 2008: 87).

Слободна прометљивост хартија од вредности постоји уколико се њима може слободно располагати тј. без икаквог ограничења. У односу на њихов промет не смеју постојати ограничења као што су нпр. право приоритетног уписа, право прече куповине и др. У супротном, оне и даље јесу преносиве, али нису ослобођене ограничења преноса која нису својствена финансијском тржишту (Марјански, 2009: 34).

Заменљивост хартија од вредности значи да су оне одредиве по врсти, класи и серији, јер само као такве могу бити еквивалентне другим „хартијама“ истог емитента, исте серије, класе и врсте. Еквивалентност значи да из „хартија“ које су међусобно еквивалентне проистичу иста права

3 Правно гледано, предмет емисије је предмет емитентове обавезе из уговора о продаји, који закључује са купцима. Са становишта сваког појединачног уговора о продаји, то је, у суштини, *емитентова чинидба*, коју нуди и продаје улагачу, обавезујући се да је испуни, уз одговарајућу накнаду. У часу продаје своје чинидбе, емитент пружа купцу доказ своје обавезе на испуњење продате чинидбе, тако што му *издаје* (предаје) одговарајућу потврду. Та потврда је, у ствари, *материјални знак (симбол)* купчевог права на чинидбу према емитенту, као бестелесне (нематеријалне) ствари. Дуго је једина потврда купчевог права била папирна, јер је папир (хартија) био најпогоднији, и за руковање најлакши, симбол емитентове чинидбе. Како емитентова чинидба представља одређену имовинску вредност, тај папир је назван *вредносни папир или хартија од вредности*. О томе више: (Јовановић, 2001: 85-86).

и обавезе. Једна од последица принципа заменљивости је и правило да се захтев за укључење на регулисано тржиште мора односити на све „хартије“ исте серије, врсте и класе, а не само на одређени број њих (Марјански, 2009: 34).

Најзад, поред слободне прометљивости и замењивости, потребно је **да њихово стицање служи одговарајућој сврси**, која је карактеристична за тржиште капитала. Наиме, према сврси због које се издају разликују се појединачне и серијске хартије од вредности. *Појединачне* хартије од вредности издају се одређеном имаоцу *ради испуњења издаваоачеве обавезе у тачно одређеном послу*. Оне не могу бити предмет емисије. *Серијске* хартије од вредности издају се у већем броју примерака уједначених особина истовремено различитим стицаоцима *ради прикупљања капитала у циљу краткорочног или дугорочног инвестирања*. Оне су главни предмет емисије (Јовановић, 2009: 425).

Особине - Серијске хартије од вредности, као посебна врста „хартија“, имају одређене особине, које су значајне за право тржишта капитала и због којих могу бити предмет промета (емисије, трговине) на тржишту.

Прво, одсуство начела формалности, у складу са којим „хартија“ симболише одређено право (Мићовић, 2003: 142). Наиме, серијске хартије од вредности су „дематеријализоване“, за разлику од појединачних хартија које су остале „папирне“. Дематеријализација је процес претварања серијских хартија од вредности као папирних исправа у записе на рачунима њихових ималаца у одређеној централној евиденцији. Евиденцију рачуна може да води сам издавалац, обрачунска кућа или централна евиденција. Како серијске хартије више не постоје „материјално“, као комади папира, каже се да се дематеријализују. Издају се без штампања, а преносе се техником пребацивања са рачуна преносиоца на рачун прибавиоца (Јовановић, 2009: 439). Стога је израз хартија од вредности, у свим оним случајевима у којима се оне не издају у писаној форми, на папиру, језички неадекватан. Исправније је зато говорити о вредносним исправама, вредносницама. Међутим, због устаљености и опште прихваћености израза „хартија од вредности“, у раду ће бити коришћен израз хартије од вредности, али и изрази вредносне исправе и вредноснице, у циљу избегавања одређених језичких понављања.

Друго, емисија и трговина вредносница се уређују посебним законима због веће ризичности по њихове имаоце и по финансијски систем државе (нпр. обавеза прибављања дозволе за емисију од Комисије за хартије од вредности, обавеза њиховог јавног нуђења, обавеза извештавања јавности, могућност котирања у берзи) (Јовановић, 2009: 426).

Треће, за разлику од издаваоца појединачних хартија од вредности који је, у складу са начелом слободе воље имовинског права, слободан да ствара нове врсте појединачних хартија, поред оних које су већ познате у промету (под условом да испуне услове прописане за хартије), без сагласности било ког лица или државног органа, издавалац серијских хартија од вредности не ужива потпуну слободу, због њихове масовности у промету, а тиме и веће ризичности по стабилност тржишта.

Четврто, вредноснице у трговини подлежу тржишним законима као и свака роба. Због тога им се разликује номинална од тржишне вредности. У емисији се јавља и трећа вредност вредносница, а то је *емисиона цена*. То је цена по којој издавалац продаје вредноснице у емисији њиховим првим имаоцима (Јовановић, 2009: 428).

Пето, све вредноснице исте врсте и класе једног издаваоца дају својим имаоцима једнака права и обавезе (једнакост улагача).

Најзад, вредноснице могу да гласе на име свог имаоца, а не и по његовој наредби или на доносиоца.

Врсте - Вредноснице које поседују наведене особине могу бити предмет промета на тржишту капитала и у складу с тим предмет емисије. Поред њих, иако ређе, могу да се појаве и одређена права ималаца већ емитованих вредносних папира. Због тога постоје две врсте предмета емисије: **1) праве вредноснице** и **2) права у вези са њима**. У оба случаја мора да се ради о предмету који, по својој природи, може да се серијски продаје у облику једнаком за све купце (стандардизованом облику). То значи да је нужно да предмет емисије буде такав, да може да се нуди на продају и да се продаје у већем броју примерака унапред неодређеним лицима, под једнаким условима, као и свака роба. Вредноснице које, због своје природе, не испуњавају овај услов, не могу да буду предмет масовне емисије, иако могу да се појединачно издају (нпр. менице, чекови, кредитна писма). Исто важи и за права. То су права постојећих ималаца хартија од вредности одређеног емитента, да им удели хартије из своје нове емисије. Није потребно да права буду изражена у каквој исправи (Јовановић, 2001: 90).

Остале врсте „хартија“, осим правих вредносница и права у вези са њима, по природи, не могу да се емитују, већ само да се препродају. Отуда, оне не могу ни да буду предмет емисије, већ само предмет берзанске трговине. То су углавном разне врсте преносивих чинидби из већ закључених рочних берзанских послова. Њих могу један или оба уговорника, према правилима берзе где су закључени, да преносе (продају) до истека рока доспелости. Ове неправне вредноснице (закључнице), код нас често, нарочито економисти, помодно називају „опцијама“ и фјучерсима“ према њиховом

енглеском називу, па је тај израз ушао и у законске одредбе.⁴ Стручна књижевност, нарочито економска, говори о њиховој емисији, те би могло да се закључи да су и они предмети емисије што је, правно гледано, нетачно и то из најмање три разлога. *Прво*, закључница није серијска исправа, већ појединачна, пошто је у једном примерку издаје уговорник у послу сауговорнику. Предмет емисије могу бити само вредноснице које један издавалац продаје у серији мноштву улагача. *Друго*, стицалац закључнице не стиче било какво непосредно право према издаваоцу вредносница које су предмет рочног посла, већ само према сауговорнику у берзанском послу. Издавањем закључница, не повећава се број правих вредносница на тржишту, нити се издаваоцима стварају нове обавезе (Јовановић, 2009: 463). *Најзад*, „опције“ и „фјучерси“, имајући у виду њихову уговорну природу, настају сагласношћу воља двеју уговорних страна, а не издавањем као хартије од вредности, те свакако не могу бити предмет емисије, односно предмет примарне јавне понуде (Марјански, 2009: 41-42).

4. Хартије од вредности као предмета емисије у прописима права тржишта капитала

4.1. Системи законског одређивања предмета емисије

Дефинисање хартија од вредности у упоредном законодавству је прилично ретко. Одређивањем појма хартија од вредности се углавном бави правна теорија. Разлог избегавања законског дефинисања проистиче из различитог појма хартија од вредности. Упоредно законодавство познаје два система одређивања предмета емисије. То су систем набрајања и систем указивања (Јовановић, 2001: 94).

У систему набрајања се у прописима таксативно набрајају све врсте хартија од вредности које су признате у правном систему једне државе. Неименоване врсте „хартија“ се сматрају „непризнатим“ и тиме

4 Такво неразумевање страних израза, бесмислених у српском језику, указује на неразумевање правне суштине оног на шта се односе. Наиме, у рочном берзанском уговору о продаји котираних предмета свака уговорна страна заснива одређена права и обавезе (чинидабу) према другој, које треба да оствари о доспелости уговора. Берзански службеник, код кога је такав посао закључен, свакој страни издаје потврду (писану исправу) о њеним правима и обавезама, која се зове *закључница*. Ако је правилима берзе допуштено једном или обојици уговорника да преносе своја права и обавезе у таквом уговору до истека рока његове доспелости, онда се таква преносива закључница у Енглеској зове „фјучерс“, одн. „опција“, уколико садржи повластицу (премију). Чини се да је разумљивије и нашем језику примереније користити израз преносива (премијска) закључница. Видети: (Јовановић, 2001: 92).

недопуштеним. Предмет емисије могу бити само именоване „хартије“. Овај сиситем је у већини европских права напуштен.

Систем указивања састоји се у томе што се законом путем опште дефиниције само указује шта се сматра хартијама од вредности уопште или хартијама од вредности у смислу права тржишта капитала, без таксативног набрајања њихових врста или уз набрајање, али које се чини само ради указивања, а не ради забране емитенту да осмисли нову врсту хартија од вредности (Јовановић, 2001: 94).

4.2. Хартије од вредности као предмет емисије у нашем праву

У нашем праву, хартије од вредности су уређене Законом о облигационим односима⁵, као општим извором за све хартије од вредности⁶, Законом о привредним друштвима⁷, као извором за акције и делимично за обвезнице, Законом о тржишту капитала⁸, као извором за вредноснице (акције, обвезнице, записе, депозитне потврде) и Законом о инвестиционим фондовима⁹, као извором за инвестиционе јединице.

Када су у питању праве вредноснице и право на њихово стицање (које су предмет истраживања у овом раду), постоје разлике у регулисању између новог Закона о тржишту капитала (даље у тексту ЗТК) и претходно важећег Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената (даље у тексту ЗОТХВ)¹⁰. Међутим, ни једно ни друго законско решење није без недостатака.

5 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93, 22/99, 23/99, 35/99, 44/99

6 По ЗОО-у (чл. 235.), хартија од вредности је „писмена исправа којом се њен издавалац обавезује да испуни обавезу уписану на тој исправи њеном законитом имаоцу“. Из законске дефиниције произилази да су хартије од вредности: 1. писмене исправе; 2. да је у тим исправама означено извесно имовинско право, и 3. да је постојање (и могућност остварења) тог права веома јасно повезано са постојањем саме исправе (Антонијевић, 1972); (Ристић, 1990: 47); (Ђорђевић, 2002: 14). Наведеном одредбом ЗОО даје најшире могуће оквире за емисију и промет свих врста хартија које се према посебним законима могу емитовати (Дабић, 1990: 97). Иначе, у теорији има и мишљења да је појам хартија од вредности, који је садржан у ЗОО, недоречен, да се не може применити на све хартије од вредности и да не указује на сва битна својства хартија од вредности. Видети: (Царић, Хрибовшек, 1990: 6) и (Павићевић, Мићовић, 1994: 6).

7 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, бр. 36/11, 99/11, 83/2014 – др. закон и 5/15

8 Закон о тржишту капитала – даље у фуснотама ЗТК, *Сл. гласник РС*, 31/11

9 Закон о инвестиционим фондовима, *Сл. гласник РС*, бр. 46/06, 51/09, 31/11 и 115/14

10 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената – даље у фуснотама ЗОТХВ, *Сл. гласник РС*, бр. 47/06. Овај закон престао је да важи шест

а) Регулатива ЗОТХВ

Претходно важећи ЗОТХВ је поред једне опште дефиниције појма хартија од вредности садржао и отворено набрајање хартија од вредности које могу бити предмет јавне понуде на организованом тржишту. Према општој дефиницији која је дата у ЗОТХВ под хартијама од вредности подразумевају се „преносиви електронски документи којима се тргује на финансијском тржишту и из којих за законите имаоце произлазе права и обавезе у складу са поменутиим законом и одлуком издаваоца о издавању хартија од вредности“.¹¹ Хартије од вредности које могу бити предмет јавне понуде на организованом тржишту су: акције, дужничке хартије од вредности, варанти, депозитне потврде, као и друге хартије од вредности и финансијски инструменти који се утврђују у складу са овим законом и актом Комисије за хартије од вредности.¹² На основу изложеног, јасно је да издавалац може да изда само харије од вредности које су законом набројане. Њега ограничава начело *numerus clausus* серијских хартија од вредности, којим држава, настојећи да заштити улагаче од несавесних издавалаца, издаваоцима допушта да издају само оне „хартије“ које је законом признала и уредила (Јовановић, 2009: 425). Међутим, наведено начело је ублажено остављањем могућности издаваоцу да, поред набројаних (именованих) вредносница, „креира“ и нове врсте вредносница које би уз испуњавање одређених општих обележја могле бити предмет јавне понуде (систем указивања) (Васиљевић: 2005: 243).

Одредбе чл. 2. ст. 1. ЗОТХВ у коме је дата општа дефиниција хартија од вредности и чл. 21. ЗОТХВ у коме се набрајају хартије од вредности које могу бити предмет јавне понуде на организованом тржишту су биле нејасне и проблематичне из више разлога. Навешћемо само неколико основних.

Прво, иако је у оквиру система Централног регистра Републике Србије предвиђено постојање дематеријализованих хартија од вредности које се јављају у електронском облику, није добро унапред претпоставити и у складу са тим одредити да ће све хартије од вредности бити или да треба да буду електронски документи. Пре, али и након што Република Србија постане чланица ЕУ, могуће је постојање страних хартија од вредности које нису у електронском облику, а које се налазе у понуди или се њима тргује. Према прописима ЕУ, држави чланице није дозвољено да захтева постојање хартија од вредности у електронском облику како би се испунили услови регистрације хартија од вредности у тој земљи. *Друго*, члан 2. ст. 1. тач.

месеци по ступању на снагу ЗТК.

11 Чл. 2. ст. 1. тач. 1. ЗОТХВ

12 Чл. 21. ЗОТХВ

1. ЗОТХВ је нетачан будући да је њиме дефинисано да права и обавезе законитих ималаца проистичу из важећег закона. Таква одредба није тачна јер права и обавезе из хартија од вредности проистичу, пре свега, из закона којим се уређују привредна друштва, у складу са којим су основани издаваоци. Стога је боље да дефиниција хартија од вредности не садржи начин проистицања права и обавеза. *Треће*, нејасно је зашто законодавац у чл. 21. ЗОТХВ „говорио“ искључиво о хартијама од вредности које могу бити предмет једне врсте понуде – секундарне јавне понуде тј. јавне понуде постојећих хартија од вредности и то само на организованом тржишту. Без обзира на то што је у нашем праву била забрањена трговина постојећим хартијама од вредности ван организованог тржишта, изван одредбе члана 21. ЗОТХВ остале су „нове“ хартије од вредности. Оне би свакако требале представљати могући предмет јавне понуде у поступку издавања. Зашто је отворено набрајање извршено само за јавну понуду хартија од вредности на организованом тржишту остаје нејасно (Марјански, 2009: 37-38).

б) Регулатива ЗТК

Нови Закон о тржишту капитала ступио је на снагу 17. маја 2011. године, а почео је да се примењује у новембру 2011. године. Овај закон представља неку врсту делимичне кодификације, будући да на јединствен и свеобухватан начин уређује тржиште капитала. Његове одредбе се не примењују на Републику или Народну банку Србије, на трговање финансијским инструментима чији су издаваоци Република и Народна банка Србије, на нестандартизоване финансијске инструменте, као ни на инвестиционе јединице отворених инвестиционих фондова, осим уколико законом није другачије одређено.¹³

Из законских норми, анализом одређених решења, могуће је идентификовати бројне новине (врлине и мане) које ЗТК доноси одређењу појма, основних обележја и врста хартија од вредности. Навешћемо само неколико основних.

Прва новина је да ЗТК као најопштији појам за облике инвестирања и преношења ризика користи термин финансијски инструменти.¹⁴ Истовремено, он проширује њихов круг предвиђањем четири нове врсте вредносница, по узору на Директиву ЕУ о тржиштима финансијских

¹³ Чл. 5. ЗТК

¹⁴ Израз „финансијски инструмент“ је противан духу и логици српског правничког речника, јер право није техника, да би се правници користили којекаквим справама („инструментима“) као што се инжењери њима служе. Видети: (Јовановић, 2011: 302-303).

инструмената¹⁵. То су: 1) закључнице из рочних послова робом (тзв. робне изведене хартије); 2) закључнице којима се преноси кредитни ризик; 3) послови разлике (диференцијски послови) и 4) егзотичне закључнице.¹⁶ Проширење листе финансијских инструмената је један од веома значајних елемената за слободу при избору најадекватније форме инвестирања односно преношење ризика и њихово подстицање. (Миловановић, 2003: 488).

Друга, а можда још значајнија, новина је та што ЗТК укида начело таксативног набрајања врста хартија од вредности које издаваоци смеју да издају Стари закон је изричито набрајао све врсте вредносница које су издаваоци у Србији смели да издају, уз право да издају и друге врсте

15 Директива о тржиштима финансијских инструмената (*Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/EEC and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC*, Retrieved 24, Jun 2014, from http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_general_framework/l240366_en.htm

16 Тако, по ЗТК-у (чл. 2. ст. 1. тач. 1.) финансијски инструменти су: 1) преносиве хартије од вредности; 2) инструменти тржишта новца; 3) јединице институција колективног инвестирања; 4) опције, фјучерси, свопови, каматни форварди и остали изведени финансијски инструменти који се односе на хартије од вредности, валуте, каматне стопе, принос, као и други изведени финансијски инструменти, финансијски индекси или финансијске мере које је могуће намирити физички или у новцу; 5) опције, фјучерси, свопови, каматни форварди и остали изведени финансијски инструменти који се односе робу и који: морају бити намирени у новцу, могу бити намирени у новцу по избору једне од уговорних страна, а из разлога који нису у вези са неизвршењем обавеза или раскидом уговора; 6) опције, фјучерси, свопови и остали изведени финансијски инструменти који се односе робу и могу бити намирени физички, под условом да се њима тргује на регулисаном тржишту, односно МТП; 7) опције, фјучерси и остали изведени финансијски инструменти који се односе робу и могу бити намирени физички, а нису обухваћени подтачком 6) ове тачке и: немају комерцијалну намену, имају карактеристике изведених финансијских инструмената, имајући у виду, између осталог, да ли се клиринг и салдирање врше у признатим клириншким кућама или да ли подлежу редовним позивима за доплату; 8) изведени финансијски инструменти за пренос кредитног ризика; 9) финансијски уговори за разлике; 10) опције, фјучерси, свопови, каматни форварди и други изведени финансијски инструменти који се односе на климатске варијабле, трошкове превоза, стопе инфлације, квоте емитовања или друге службене, економске и статистичке податке, а који се намирују у новцу или се могу намирити у новцу по избору једне од уговорних страна из разлога који нису у вези са неизвршењем обавеза или раскидом уговора, као и други изведени финансијски инструменти који се односе на имовину, права, обавезе, индексе и мере који нису наведени у овој тачки, а који имају одлике других изведених финансијских инструмената, имајући у виду, између осталог, да ли се клиринг и салдирање врше у признатим клириншким кућама или да ли подлежу редовним позивима за доплату.

вредносница уређене њиховом одлуком о емисији, ако им то Комисија допусти. Насупрот томе, нови закон садржи врло опште дефиниције појединих вредносница које омогућавају издаваоцу да осмисли и одлуком о емисији уреди нове врсте вредносница, и то без права Комисије да их претходно одобри као нову врсту.¹⁷ Тиме се омогућава издаваоцима да привлаче улагаче повољнијим вредносницама у односу на оне других издавалаца. Чини се да српски улагачи због своје неукости и наивности још нису спремни за неконтролисано нуђење нових вредносница, у чијој трговини нема довољно искуства, те укидање начела таксативног набрајања није новина примерена достигнутом степену развоја домаћег тржишта (Јовановић, 2011: 269-270).

Трећа новина се односи на уређење битних елемената дематеријализованих финансијских инструмената. У поглављу II закона у коме су регулисана основна обележја финансијских инструмената (чл. 8. ЗТК), законодавац врши набрајање битних елемената које дематеријализовани финансијски инструменти (акције, обвезнице, варанти) морају имати уписане у Централни регистар. Истовремено, у истом члану, законодавац одређује да ближе елементе финансијских инструмената, начин доделе и евидентирања јединствених идентификационих бројева, као и права и обавезе које финансијски инструмент садржи прописује Централни регистар.¹⁸

17 По ЗТК-у (чл. 2. ст. 1. тач. 2 и 3.), *преносиве хартије од вредности* су све хартије од вредности којима се може трговати на тржишту капитала, изузев инструмената плаћања. Преносиве хартије од вредности укључују нарочито: 1) акције друштва или друге хартије од вредности еквивалентне акцијама друштва, а представљају учешће у капиталу или у правима гласа тог правног лица, као и депозитне потврде које се односе на акције; 2) обвезнице и друге облике секјуритизованог дуга, укључујући депозитне потврде које се односе на наведен хартије; 3) другу хартију од вредности која даје право на стицање и продају такве преносиве хартије од вредности или на основу које се може обавити плаћање у новцу, а чији износ се утврђује на основу преносиве хартије од вредности, валуте, каматне стопе, приноса, робе, индекса или других одредивих вредности. *Инструменти тржишта новца* су финансијски инструменти којима се обично тргује на тржишту нова, као што су трезорски, благајнички и комерцијални записи и сертификати о депозиту, изузев инструмената плаћања.

18 По ЗТК-у (чл. 8.), *дематеријализовани финансијски инструмент* мора имати следеће елементе уписане у Централни регистар: 1) ознаку врсте финансијског инструмента; 2) идентификационе податке о издаваоцу; 3) укупан број издатих финансијских инструмената; 4) укупни номинални износ издатих финансијских инструмената ако финансијски инструмент гласи на номинални износ; 5) датум уписа финансијског инструмента у Централни регистар. *Дематеријализована акција* мора, поред елемената из става 1. овог члана, имати и следеће елементе: 1) ознаку класе; 2) номинални износ на који гласи или назнаку да се ради о акцијама без номинале; 3) податак о праву гласа; 4) садржај посебних права, уколико акција даје посебна права. *Дематеријализована обвезница* или друга дужничка хартија од вредности, на основу које имаалац од издаваоца

Овакво одређење битних елемената дематеријализованих финансијских инструмената садржи више нелогичности. Поменућемо само неке. *Прво*, код одређивања битних елемената акције (чл. 8. ст. 2. ЗТК), одређује се да је потребно да акција садржи номинални износ на који гласи или назнаку да је реч о акцијама без номинале, што је исправно. Међутим, као што је битан елемент акције са номиналном вредношћу ознака новчаног износа на који гласи, тако је и код акције без номиналне вредности (квотне акције) битна ознака процента основног капитала који она изражава у издаваоцу. Закон, међутим, не предвиђа да је тај проценат битан елемент квотне акције. Из тога се закључује да је тај податак издавалац има право да сакрије од улагача, као и од Централног регистра. *Друго*, у одређивању битних елемената финансијских инструмената са правом замене пропуштен је да се наброји њихов основни елемент, а то је врста „инструмента“ на чије стицање путем замене даје право. *Треће*, Централни регистар се овлашћује да, поред ближег уређивања „техничких“ питања у вези са елементима вредносница (што је у реду), уређује и права и обавезе које финансијски инструмент садржи. Чини се да Централном регистру не треба дати право да уређује права и обавезе у вредносницама, већ да треба препустити да то уреди сам издавалац у својој одлуци о емисији уз надзор Комисије за хартије од вредности ради заштите улагача. Ово нарочито због тога што је ЗТК прихватио систем слободног осмишљавања врста вредносница, уместо њиховог таксативног набрајања. Осим тога, права и обавезе у неким вредносницама су одређена законом, те није јасно шта би Централни регистар ту имао да уређује (Јовановић, 2011: 295-296).

Најзад, када је реч о вредносницама које могу бити предмет емисије, треба рећи да Закон о тржишту капитала набраја вредноснице на које се његова примена не протеже. Ту спадају: полисе осигурања и реосигурања осигуравајућих друштава, вредноснице које се издају поводом промета робе и услуга, као што су меница, чек, писмени упут (асигнација), коносман,

има право да захтева исплату главнице и могућих камата, поред елемената из става 1. овог члана, мора имати и следеће елементе, када је то применљиво: 1) номинални износ на који гласи, износ главнице; 2) податке о каматној стопи и податке о начину и роковима обрачуна камате, ако ималац има право на исплату камате; 3) податке о доспећу обавеза издаваоца из хартије од вредности; 4) ако издавалац има право превременог откупа: (1) податке о откупној вредности за коју може остварити то право или начин одређивања откупне вредности; (2) друге услове за остварење тог права; 5) податке о дану за који се везује право на исплату главнице или камате. *Дематеријализовани финансијски инструменти који имаоцу дају право замене за други финансијски инструмент*, поред елемената из става 1. овог члана, мора имати и следеће елементе: 1) право које се стиче заменом; 2) однос у коме је могуће извршити замену; 3) начин остварења права на замену; 4) рок за остварење права на замену, ако је право везано уз рок; 5) друге услове за остварење права на замену.

товарни лист или складишница, друге исправе о дугу, новчаном депозиту или штедњи које немају својства хартија од вредности у смислу овог закона, уделе у ортачком, командитном и друштву са ограниченом одговорношћу.¹⁹ Све наведене исправе нису подобне да буду предмет промета на организованом финансијском тржишту, те нису обухваћене појмом хартија од вредности у смислу права тржишта капитала. Као такве оне истовремено не могу бити предмет емисије, ни предмет јавне понуде.

5. Закључак

Савремена привредна кретања се не могу замислити без хартија од вредности. Оне су постале незаменљиви инструменти привредног-правног промета којима се остварује низ функција, како у робној, тако и у монетарно-кредитној сфери. Једна од њихових значајнијих привредних функција је прикупљање слободног капитала емисијом. Ту функцију, међутим, не остварују све „хартије“, већ само оне које, поред особина заједничких за све хартије од вредности, имају и три додатне: да су слободно преносиве (фунгибилне), заменљиве, као и да је сврха њиховог издавања прикупљање капитала за улагање у привредне или финансијске подухвате издаваоца. Наведене особине поседују само праве вредноснице (серијске хартије од вредности) и право на њихово стицање. У оба случаја мора да се ради о предмету који, по својој природи, може да се серијски продаје у облику једнаком за све купце. Управо та особина вредносница условила је појаву и низа других специфичних особина (нпр. дематеријализација, строже регулисање итд).

У нашем праву серијске хартије од вредности (акције, обвезнице, записи, сертификати о депозиту) су регулисане Законом о тржишту капитала из 2011. године. Цитирани закон доноси низ новина у овој материји (увођење нових врста вредносница, укидање начела таксативног набрајања и др.). Ипак, он то чини уз несхватљиво много озбиљних грешака. Њиховом предњом анализом долазимо до генералног закључка да је у материји хартија од вредности неопходна суштинска реформа која ће уважити наслеђену реалност, али истовремено обезбедити хармонизацију са правом ЕУ и усвајање најбоље праксе тржишних економија. У вези с тим, треба имати на уму да су успешан развој финансијског тржишта и добра регулација хартија од вредности узајамно повезани. Уколико се на једном тржишту хартија од вредности послује са великим бројем разноврсних и квалитетних хартија од вредности, утолико то тржиште има веће изгледе на успешно функционисање и развој. И обрнуто.

19 Чл. 3. ЗТК

Литература

- Антонијевић, З. (1962). *Хартије од вредности*. Скопље: Економски факултет
- Бунчић, С. (2008). *Берзанско право*. Нови Сад: Пословни биро
- Васиљевић, М. (2005). *Компанијско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за публикације
- Дабић, С. (1982). *Емисија и употреба хартија од вредности*. Београд: НИРО „Књижевне новине“
- Дабић, С. (1990). *Хартије од вредности и њихово тржиште*. Београд: Научна кљига
- Ђорђевић, Д. (2002). *Тржиште хартија од вредности код нас и у другим земљама*, магистарски рад. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду
- Јанковец, И. (1999). *Привредно право*. Београд: Службени лист
- Јовановић, Н. (2001). *Емисија вредносних папира – правна разматрања*. Београд: Грмеч – Привредни преглед
- Јовановић, Н. (2009). *Берзанско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду – Издавачки центар
- Јовановић, Н. (2011). Законодавна смушеност у претварању јавног друштва у нејавно друштво. *Анали Правног факултета у Београду*. 2(LIX). 302-320
- Јовановић, Н. (2011). Нови законодавни „мућак“ Србије у MiFID окружењу. *Зборник радова „Усклађивање пословног права Србије са правом ЕУ“*. (стр. 228-304). Београд: Правни факултет у Београду
- Марјански, В. (2009). *Јавна понуда хартија од вредности*, докторска дисертација. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду
- Миленовић, Д. (2009). *Пословно право*. Ниш: Правни факултет у Нишу
- Миловановић, Д. (2003). Регулаторно окружење финансијских тржишта. *Право и привреда*. 5-8(XL). 488-501
- Мићовић, М. (2003). *Берзански послови и хартије од вредности*. Крагујевац: Правни факултет у Крагујевцу (Институт за правне и друштвене науке)
- Павићевић, Б., Мићовић, М. (1994). *Хартије од вредности*. Београд: Драганић
- Ристић, Ж. (2000). *Тржиште капитала, теорија и пракса*. Београд: др. Живота Ристић

Зборник радова студената докторских студија права

Султановић, А. (1973). *Хартије од вредности*. Сарајево: Економски факултет Универзитета у Сарајеву

Heinze, S. (1999). *Europäisches Kapitalmarktrecht – Recht des Primärmarktes*. München: Beck

Hommelhoff, P., Hopt, K., Lutter, M. (2001). *Konzernrecht und Kapitalmarktrecht*. München, Wien, Bern: Beck, Manz, Stämpfli

Царић, С., Хрибовшек, Ф. (1990). *Спољнотрговинска плаћања*. Београд: Научна књига

Царић, С. (2000). *Банкарски послови и хартије од вредности*. Нови Сад: Центар за привредни консалтинг

Правни прописи:

Directive 2004/39/EC of the European Parliament and of the Council of 21 April 2004 on markets in financial instruments amending Council Directives 85/611/EEC and 93/EEC and of the Council and repealing Council Directive 93/22/EEC, Retrieved 24, Jun 2014, from http://europa.eu/legislation_summaries/internal_market/single_market_services/financial_services_general_framework/l24036e_en.htm

Закон о инвестиционим фондовима. *Сл. гласник РС*. Бр. 46.2006, 51.2009, 31.2011.

Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29.1978, 39.1985, 45.1989. *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31.1993, 22.1999, 23.1999, 35.1999, 44.1999.

Закон о привредним друштвима. *Сл. гласник РС*. Бр. 36.2011, 99.2011, 83.2014. – др. закон и 5.2015.

Закон о тржишту капитала. *Сл. гласник РС*. Бр. 31.2011.

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. *Сл. гласник РС*. Бр. 47.106.

Marija Dragičević, PhD Student
Faculty of Law, University of Niš

Term definition, characteristics and types of securities

Summary

The variety of functions that the securities have in the contemporary economic-legal transaction has conditioned the creation of their various types, so the general term securities has become insufficient to show their particularities. Having in mind the importance that collection of free cash flow by the emission of securities has over the development of financial market of a country, the author in this paper decided to analyze the particularities connected to the term itself, characteristics and possible categorization of the securities as a subject of emission. Based on the analysis, it is concluded that the subject of the emission can be only those "securities" which, besides the common characteristics of all securities, have three additional ones: they are freely transferable, changeable, and the purpose of their emission is the accumulation of capital. The mentioned characteristics are typical only for the real securities (serial securities) and the rights related to them. In both cases the subject has to be able to be sold in series in the form equal for all buyers. Exactly that particularity has conditioned the appearance of a variety of their other particularities (e.g. dematerialisation, stricter regulation, etc).

When our Law is considered, the serial securities are regulated by the Capital Market Act. Adoption of this Act brought numerous novelties in the Serbian Law (new types of securities, the abolition of the principle of their enumeration). However, due to the serious of errors that the legislator made upon their adoption, the novelties have limited effect. All above stated points out the need to adopt a new law that will, taking into consideration the state of the Serbian economy, and the need to harmonize with EU law, remove the mistakes, as a precondition for the development of Serbian financial market.

Key words: *securities, subject of the emission, capital market.*

НОРМАТИВНИ ОКВИР ИМЕНОВАЊА И ПРАВНОГ ПОЛОЖАЈА ДИРЕКТОРА АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА

Апстракт: Приказ законских одредби са анализом постојећег третмана правног положаја директора акционарског друштва треба да послужи сагледавању позитивноправних одговора на питања о томе ко може бити директор акционарског друштва, те која су овлашћења дата лицима на највећим руководећим позицијама у друштвима која се сматрају најзначајнијим носиоцима привредних активности у једној земљи. Различити системи управљања омогућавају друштвима да самостално бирају начин на који ће се расподелити извршне и надзорне функције чија симбиоза је неопходна за успешно пословање сваког привредног субјекта који располаже значајним капиталом и има потребе за комплексном организацијом управе. Директор, као појединац на челу привредног гиганта, свакако мора бити лице које својим личним интегритетом и професионалном репутацијом оправдава концентрисање управљачке моћи у сопственим рукама. У овом раду представљен је сегмент организације и функције положаја директора у акционарском друштву као инокосног органа или као члана колективног органа управљања друштвом.

Кључне речи: акционарско друштво, директор, системи управљања, корпоративно управљање.

1. Увод

„Стварање активног механизма контроле отуђења управно-извршне сфере власти од акционара, као власника капитала чијим капиталом се управља“ основни је циљ организације управе друштва (Васиљевић, 2013: 372). Закон о привредним друштвима,² који је почео са применом од 2012. године, као једну од новина у области која се тиче акционарских друштава уводи

1 dubajicidd@yahoo.com

2 Службени гласник РС, 36/2011, 99/2011, 83/2014 и 5/2015 (у даљем тексту ЗПД)

могућност избора између два система управљања. Афинитети оснивача и касније управе друштва могу бити задовољени избором, како се ради о системима који пружају два различита вида поделе извршних и надзорних овлашћења управе. Док једнодомни модел ставља акценат на менаџерску позицију, односно егzekутивну функцију органа управљања, то дводомни систем нуди ограничење потенцијалне самовоље егzekутиве од стране надзорног одбора.

Слобода избора да се приликом оснивања и касније током постојања акционарског друштва изабере одговарајући модел управе у начелу брише разлике између затворених и отворених акционарских друштава, јер сам епитет „јавног“ акционарског друштва нема утицај на одабир система управљања. Претходним законом³ било је предвиђено да затворено акционарско друштво може бирати између именована директора или управног одбора на челу друштва, што је потврђено и у новом закону. Отворено акционарско друштво чије се акције налазе у котацији на берзи морало је имати управни одбор, извршни одбор и орган са надзорним овлашћењима (надзорни одбор, одбор ревизора или интерног ревизора), док је иначе такав орган био факултативан. Сада је надзорни одбор предмет избора у сваком конкретном случају, с обзиром на слободу опредељења између једнодомног и дводомног управљања. Могућност именована инокосног органа са извршилачком функцијом немају јавна акционарска друштва, већ морају имати одбор директора или извршни одбор.⁴

Скупштина друштва је орган управљања заједнички за оба система, те располаже овлашћењима да одлучује о свим општим и најважнијим питањима у вези са радом друштва. Тиме се подразумевају и овлашћења над другим органима друштва који су носиоци извршних и надзорних функција. Често се однос власништва и управљања не може јасно раздвојити, чак и када постоје посебни органи који представљају управу друштва. Органи управљања увек могу бити под значајним утицајем и контролом рада од стране власника друштва, а нарочито када менаџери и акционари имају исте интересе, што је обично случај у мањим фирмама (Краакман, Davies, Hansmann, Hertig, Нopt, Kanda, Rock, 2004: 11-13). Једино је у већим друштвима са дисперзираним власништвом великог броја ситних акционара тешко вршити утицај и контролисати менаџмент друштва без адекватне колективне акције, специфичних механизма утицаја на менаџере или контроле од стране великих акционара у интересу малих (Беговић, Буквић, Живковић, Мијатовић, Хибер, 2003: 15).

3 *Службени гласник РС*, 125/2004

4 Чл. 383. ст. 4. ЗПД.

Акционари самостално не могу нити управљати предузећем, нити вршити надзор над пословањем директора свог друштва, а разлог томе је асиметрија информација и немогућност свеобухватног регулисања положаја директора, нити законским, нити статураним одредбама, а чак ни у оквиру појединачног уговорног односа. Директори су професионалци који располажу са далеко више информација о пословању корпорације у односу на саме власнике, а како су пословни односи у сталној динамици и условљени тржишним конјунктурама није фактички могуће нормирати све ситуације у којима би се директор нашао и како би том приликом поступао. Зато се као најбољи регулаторни механизам корпоративног управљања са организационих и функционалних аспеката положаја директора друштва предлаже слободно тржиште које путем конкуренције захтева од предузећа да увек теже минимизирању трошкова. Тиме се сами менаџери друштва мотивишу да смање трошкове управљања друштвом и граде своју професионалну репутацију. Ипак, одређени подстицаји управљачког кадра, попут шема награђивања менаџера, јасног дефинисања њихове фидуцијарне дужности према друштву и поступка заштите акционара од несавесних поступака управе, важни су за успешност пословања друштва у краћем року које сигурно зависи од доброг начина управљања, с обзиром на фактички отежану тренутну реалокацију производног капитала (Беговић et al., 2003: 13-20).

2. Услови за обављање дужности директора акционарског друштва

Услови за именовање лица на позицију директора акционарског друштва одређују се законом и статутом привредног друштва, с тим што је одређивање у статуту факултативног карактера. Законски, обавезни или општи услови прилично су скромни, с обзиром да се инсистира на околностима које се иначе сматрају неопходним за обављање послова и радних дужности. Прописивањем услова поседовања пословне способности законодавац као да жели нагласити могућност (скоро) сваког лица да буде именовано за директора. Додатна три услова негативног су карактера и то са релативним или привременим дејством, а тичу се забрана именовања појединих лица на место директора ради очувања професионалног кредибилитета.⁵ Лица која су била осуђивана за кривична дела против привреде не могу се именовати на место директора у периоду од пет година након правноснажности пресуде, односно по окончању издржавања казне затвора. У истом смислу се ограничава лице коме је изречена мера безбедности „забрана обављања делатности“ која је претежна делатност друштва, за време трајања те забране.

⁵ Чл. 382. ЗПД.

Тежња за већом професионализацијом улоге директора вероватно је разлог за увођење посебног захтева да директор акционарског друштва није директор или члан надзорног одбора у више од пет друштава. Ипак, циљ ове одредбе није баш јасан, с обзиром да пословодство у акционарском друштву захтева савесност и озбиљност у раду, а колико је објективно могуће посветити се тој функцији у чак пет друштава? Препорука објективности при именовању једног лица за члана одбора директора подразумева да сваки директор има довољно времена за извршавање својих задатака, те да приликом избора за независног члана одбора лице потпише изјаву о томе како располаже са довољно слободног времена за извршавање задатака који се од њега очекују.⁶

Питање професионализације управљачког кадра није добило задовољавајући одговор у новом закону, можда управо из разлога неадекватности строге нормативе у том смислу. Зависно од потреба појединачног друштва установиће се карактер и форма управљачких органа, те је логично препустити општим актима друштва потпуну слободу одговора на то питање.

3. Број директора и бројчани састав одбора

Опција опредељења за инокосни орган који руководи пословима друштва резервисана је за акционарска друштва која нису јавна. Оваква друштва могу именовати једног или два директора (једнодомни систем), односно једног или два извршна директора (дводомни систем), или се пак могу определити за форму колективног органа који сачињава три и више лице под називом одбор директора, односно извршни одбор. Конкретан број директора утврђује се статутом друштва.⁷

Горњи лимит броја чланова одбора директора, односно извршног одбора, није утврђен како је то чинио претходни закон предвиђајући највише 15 чланова управног одбора отвореног акционарског друштва.⁸ Смисао такве одредбе није био јасан, с обзиром да ни у садашњем, ни у претходном закону нема основа за одређивање тако прецизног броја, поготово што се, за разлику од састава надзорног одбора друштва,⁹ не предвиђа обавезно непаран број чланова за одбор директора или извршни одбор, као ни за раније постојећи управни одбор. Организација рада у сваком појединачном

6 Део Први, Глава 1, Принцип 6, Шеста Препорука и Принцип 18, Шеста Препорука, Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије, *Службени гласник РС*, 99/2012

7 Чл. 383. ЗПД.

8 Чл. 308. Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 125/04

9 Чл. 433. ст. 2. ЗПД.

привредном друштву, укључујући број радних места и осталих уговором ангажованих лица у друштву, практично је подређена величини и успеху пословања, те се може рећи да је непотребно законом ограничавати бројчани састав органа управљања друштвом.

У теорији постоји схватање да одређивање броја чланова одбора треба ускладити са принципом заједничке одговорности чланова за одлуке које одбор доноси, те узимајући у обзир процедуру одлучивања о вођењу послова друштва, као и потребу за квалитетном узајамном контролом и протоком информација између чланова, не препоручује се формирање „великих“ одбора (Миленовић, 2006: 362). Одређена величина одбора треба да омогући продуктивне и конструктивне дискусије, доношење брзих и рационалних одлука, као и ефикасност у раду комисија ако су формиране. Недовољним, односно премалим одбором ограничава се искоришћавање одговарајуће комбинације квалификација чланова и њихових разноврсних искустава, док су негативне стране великог одбора сложеност и временска захтевност оперативног функционисања, као и постизања консензуса у одлучивању. Зато је неопходно постићи одговарајућу равнотежу како би се избегао проблем неадекватног одабира величине одбора друштва (Међународна финансијска корпорација,¹⁰ 2011: 88).

4. Поступак и начин именованја директора

Директори друштва именују се на функцију избором од стране надлежног органа друштва, који се врши на основу предлога овлашћеног предлагача. Приликом нормирања овог дела материје која се тиче органа управљања акционарским друштвом, учињена је својеврсна конфузија. Наиме, када на први поглед покушамо да одредимо ко је надлежан за избор директора, прва асоцијација је скупштина друштва, и то не само из разлога њеног суверенитета као органа који представља вољу свих акционара друштва и који би самим тим „природно“ био надлежан за избор чланова осталих органа друштва, већ и на основу изричите законске одредбе да скупштина друштва именује директоре.¹¹ Овакву чињеницу потврђује још једна изричита одредба закона да се код једнодомног управљања директор именује од стране скупштине.¹² Дилема се јавља када се постави питање ко именује извршне директоре код дводомног управљања, с обзиром да постоји јасна и изричита законска одредба да извршне директоре именује

¹⁰ у даљем тексту IFC

¹¹ Чл. 329, ст. 1. т. 11. ЗПД.

¹² Чл. 384. ст. 1. ЗПД.

надзорни одбор друштва,¹³ али се зато одредба о надлежности надзорног одбора не може похвалити прецизношћу усклађивања са наведеним. Закон прописује да надзорни одбор предлаже скупштини уговоре о раду, односно ангажовању извршних директора¹⁴ и мада је неспорно да се тиме изричито упућује на надзорни одбор као тело које је овлашћено за именовање извршних директора, с правом се може замерити на недоследности у регулисању надлежности скупштине и надзорног одбора како би биле усклађене. Резолутивно решење за евентуалне спорности које би се могле јавити приликом тумачења наведених одредби, позивањем на могућност преноса надлежности са надзорног одбора на скупштину друштва на основу одлуке надзорног одбора није у потпуности задовољавајуће, јер је и таква солуција условљена непостојањем статутарног ограничења.¹⁵ На први поглед ова недоследност закона која је више терминолошког, него логичког карактера, не би требало да представља битан извор потенцијала за злоупотребе. Ипак, до спорова свакако може доћи у оваквој ситуацији када није јасно одређено да ли скупштина друштва има овлашћења за именовање извршних директора, односно да ли је надзорни одбор за то искључиво надлежан.

Предлог кандидата за место директора или извршног директора може се поднети од стране комисије за именовање (ако је таква комисија формирана) и акционара који имају право на предлагање дневног реда седнице скупштине. Овлашћени предлагачи у акционарским друштвима која нису јавна могу бити и директори, односно чланови надзорног одбора. Нејасноће се могу јавити у тумачењу одредби о овлашћеним предлагачима ако се постави питање њиховог приоритета у подношењу предлога. У дводомном управљању јасно је наведено да, ако у друштву није формирана комисија за именовање, предлог кандидата за извршног директора може дати сваки члан надзорног одбора.¹⁶ Код једнодомног управљања формулација одредбе која регулише ово питање не наводи на алтернативна овлашћења неких предлагача, већ да сви овлашћени предлагачи могу поднети свој предлог за именовање.¹⁷

Акционари који имају право на предлагање дневног реда седнице скупштине су сви акционари друштва, осим ако статутом није утврђен минималан број акција које акционар мора поседовати за лично учешће у

13 Чл. 420. ст. 1. ЗПД.

14 Чл. 441. ст. 1. т. 13. ЗПД.

15 Чл. 441. ст. 2. т. 2. ЗПД.

16 Чл. 420. ст. 3. ЗПД.

17 Чл. 384. ст. 2. и 3. ЗПД.

раду скупштине. Акционари који појединачно не поседују потребан број акција, могу предложити дневни ред преко заједничког пуномоћника,¹⁸ те логичким закључивањем *argumentum a simili* на исти начин могу поднети предлог кандидата за именовање директора друштва. Истом аналогijом долази се до права акционара који појединачно или скупно поседују најмање 5% акција са правом гласа да предложи додатне тачке за дневни ред о којима скупштина треба да донесе одлуку, с обзиром да је несумњива улога скупштине у одлучивању о именовању директора у једнодомном систему. Ако одбор директора, односно надзорни одбор, не прихвате овај предлог, подносиоци предлога имају могућност да покушају остваривање свог права и у ванпарничном поступку.¹⁹

Комисија за именовање је факултативно тело које се образује у оквиру одбора директора, односно надзорног одбора, а треба да учествује у предлагању кандидата за директора дајући о томе стручна мишљења и препоруке. Осим тога, ова комисија предлаже и услове које кандидат треба да испуњава, сам поступак именовања, даје препоруке у вези са саставом одбора, разматра кадровску политику друштва, пре свега у погледу руководећих места.²⁰

О поднетим предлозима за именовање директора акционарског друштва одлучује се гласањем у скупштини, односно у оквиру надзорног одбора. Неопходно је информисати акционаре о кандидатима приликом достављања материјала за седницу скупштине, о чему ЗПД нема одредбе (IFC, 2011: 84), те је пожељно, на основу одговарајућих препорука,²¹ ово питање нормирати општим актима друштва. Већина за одлучивање може се одредити статутом, а ако то није случај, закон претпоставља обичну већину гласова присутних акционара који имају право гласа о овом питању, уз претходну испуњеност услова потребног кворума за одржавање седнице.²² Начин и поступак гласања одређује се статутом, пословником о раду или одлуком скупштине за одређену седницу, а супсидијарно је законом одређена јавност гласања. Обавеза је акционара да свим гласовима којима појединачно располажу гласају на исти начин, осим у случају кумулативног гласања²³ које је предвиђено као могућност

18 Чл. 328. ст. 3. и 4. ЗПД.

19 Чл. 338. ЗПД.

20 Чл. 412. ЗПД.

21 *Део Први, Глава 1, Принцип 6, Шеста Препорука и Принцип 18, Пета Препорука*, Кодекс корпоративног управљања

22 Чл. 351. и 358. ЗПД.

23 Чл. 360. ЗПД.

у јавним акционарским друштвима са једнодомним управљањем. Тиме је као примаран начин гласања предвиђен систем директног гласања, када сваки акционар има право гласа бројем акција које поседује за онолико лица колико се бира за директора, односно чланове одбора (Вујисић, 2009: 135). За разлику од претходног законског решења²⁴ да се у отвореном акционарском друштву чланови управног одбора бирају кумулативним гласањем ако оснивачким актом или статутом друштва није друкчије одређено, нов закон предвиђа овај начин гласања само као факултативну статутарну одредбу.²⁵ Са тим у вези, законом није описано како се врши кумулативно гласање, а о чему је претходни закон садржао дефиницију, те би било корисно статутом предвидети и сам поступак кумулативног гласања, ако се такво прописује овим општим актом. Кумулативним гласањем повећава се шанса мањинских акционара да изаберу жељеног кандидата, ако би се успешно организовали пре гласања тако да ресурсима и кампањом на основу спискова акционара реализују стратегију кумулативног гласања и постигну договор о избору (IFC, 2011: 86).

У дводомном систему у коме одлуку о именовану директора доноси надзорни одбор на одлучивање се сходно примењују одредбе о одлучивању на седницама одбора директора у једнодомном систему.²⁶ То значи да се одлука надзорног одбора доноси обичном већином чланова присутних на седници, а кворум који је потребан за рад седнице је већина од укупног броја чланова, ако статутом или пословником није одређен већи број. Према општем правилу о „гласању по главама“ у овлашћеним телима друштва, сваки члан надзорног одбора располаже једним гласом, а у случају да су гласови једнако подељени, одлучујући је глас председника надзорног одбора. Ове одредбе о већини за одлучивање, кворуму и одлучујућем гласу председника законом су предвиђене као супсидијарне, односно могуће је статутом или пословником о раду предвидети другачије (ипак, актима друштва може се предвидети само већа већина и већи кворум).

Лице које је именовано за директора акционарског друштва региструје се у складу са законом о регистрацији.²⁷ Природа уписа у регистар привредних субјеката је само декларативна, јер неко лице постаје директор или заступник одлуком привредног друштва, а не одлуком и уписом Регистра. Ипак, није од великог значаја постављати питање да ли је регистрација декларативног или конститутивног карактера, већ

24 Чл. 309. ст. 4. и 5. Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 125/04

25 Чл. 384. ст. 4. ЗПД.

26 Чл. 444. ЗПД.

27 Чл. 383. ст. 5. ЗПД.

какво је дејство уписа у регистар према трећим лицима, због којих се у ствари тај упис и врши. Закон наглашава да трећа лица која се у правном промету поуздају у регистроване податке не могу сносити штетне правне последице проистекле из нетачно регистрованих података.²⁸ Такође се Закон о парничном поступку²⁹ изричито изјашњава о овом питању, наводећи да је заступник правног лица у поступку оно лице које је уписано у одговарајући регистар, а одређено је посебним прописом, општим и појединачним актом правног лица или одлуком суда,³⁰ тако да је статутарни заступник привредног друштва, као и другог правног лица, само оно лице које је уписано у регистар, а не и лице које из било ког разлога није уписано. С тим у вези, од суда се не може „тражити“ да призна својство статутарног заступника за вођење поступка лицу које је као директор уписано у регистар, јер је парнични суд већ законски обавезан да то лице сматра парничним заступником странке. Друго је питање да ли је то исто лице у претходном материјалноправном односу било овлашћено за заступање правног лица, а на које питање ће одговор дати одлука о избору или разрешењу тог лица или обиму овлашћења у заступању, ваљаност уписа у регистар, савесност друге уговорне стране, и слично.³¹ Тако се може доћи у ситуацију да се лице које је уписано у регистар као директор, односно статутарни заступник привредног друштва, сматра заступником тог правног лица у поступку поводом спора пред судом у вези закључивања уговора где је то лице заступало друштво као уговорну страну, а да истовремено том лицу није признато својство заступника у материјално-правном односу који је довео до спора. Суд може закључити да лице није било овлашћено за закључивање уговора, али није могућ закључак суда да то лице није заступник у парници, јер оно то јесте на основу изричите одредбе ЗПП.³²

5. Мандат директора и попуњавање састава одбора кооптацијом

Уведена је новина у погледу одређивања дужине мандата директора, с обзиром да је претходни закон предвиђао да мандат директора или чланова управног одбора акционарског друштва, укључујући и чланове који се бирају за упражњено места члана, истиче на првој следећој

28 Чл. 6. ст. 1. ЗПД.

29 *Службени гласник РС*, 72/2011, 49/2013, 74/2013, 55/2014 (у даљем тексту ЗПП)

30 Чл. 77. ЗПП.

31 Чл. 31 – 43. ЗПД.

32 Закључак са саветовање трговинских судова „Вршац 2005“ које је одржано од 16. до 18. марта 2005. године (извор: *Параграф Пресс*, 208/05)

годишњој скупштини након њиховог избора.³³ Садашње законско решење је претпостављени мандат од четири године, уколико статутом или одлуком скупштине о именовану директора није одређено краће трајање мандата директора. Уведена је и изричита могућност реизбора директора по истеку мандата.³⁴

Измена састава одбора доприноси виталности друштва да се прилагоди новим пословним изазовима, нарочито (логично закључујући) због тога што неизвршни директори смањују степен своје независности ако су „предуго“ у одбору. Увођење временских ограничења чланства у одбору друштва, било за читав одбор или за одређени проценат, доприноси остварењу сврхе реизбора који треба да се заснива на свесно донетој, а не аутоматски поновљеној одлуци (IFC, 2011: 83).

Кооптацијом се попуњава састав одбора директора у случају када се број чланова смањи испод броја одређеног статутом, тако што преостали чланови одбора именују лица која ће, уместо недостајућих директора, вршити дужности до именовања по редовном поступку од стране скупштине на првој наредној редовној седници скупштине. Разлика у односу на претходно законско решење³⁵ огледа се у факултативности овог начина именовања недостајућих директора која је, поред могућности да се општим актом друштва предвиди другачије, додатно истакнута формулацијом „*могу именовати*“. Такође, уведено је ограничење броја директора на највише два лица која се могу именовати кооптацијом. Пооштрен је начин избора, те уведена забрана да се кооптацијом директори не ангажују под повољнијим условима у односу на услове под којима су именовани директори уместо којих се бирају.

С друге стране, потреба за попуњавањем састава одбора изражена је када се број чланова смањи испод половине укупног броја у саставу одбора који је предвиђен статутом, као и у случају да преостали број директора није довољан за доношење одлука или заједничко заступање. Зато је изричито предвиђена обавеза осталих директора да сазову ванредну седницу скупштине и то без одлагања, а најкасније у року од осам дана (који рок је новина у закону), како би се упражњена места у одбору попунила по редовном поступку именовања.³⁶

33 Чл. 311. ст. 1. Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 125/04

34 Чл. 385. ЗПД.

35 Чл. 311. ст. 2. Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 125/04

36 Чл. 386. ЗПД.

Треба указати на специфичност ситуације када је у акционарском друштву са једнодомним управљањем именовано два директора, на које се сходно примењују одредбе закона о одбору директора.³⁷ Уколико би се примењивало правило о кооптацији, овлашћење за избор лица на место недостајућег директора припадало би искључиво другом директору. Колико објективности, стручности и моралне одговорности треба да има једно лице које је на руководећој позицији у привредном друштву, да самостално изабере друго лице које ће равноправно са њим успешно учествовати у руковођењу? Да ли је овакав пропуст у закону намерно учињен, с обзиром на нормирање управљања у дводомном систему где извршни директори не могу бити изабрани кооптацијом (јер одредби о томе нема, нити се закон позива на сходну примену правила о кооптацији), док је надзорни одбор састављен од најмање три члана,³⁸ па је немогућа ситуација да само једно лице одлучује о избору другог лица на управљачку функцију. Наравно, уз претпоставку етичности лица које би се нашло у таквој ситуацији, могуће је укључити друга лица у процес избора (нпр. формирањем *ad hoc* комисије за именовање, другог стручног тела или ангажовањем стручњака из одређених области) ради давања мишљења и препоруке, односно ради пружања помоћи директору који треба да учини избор. Може се применити и правило о обавезном сазиву скупштине ради именовања другог директора, с обзиром да се у таквој ситуацији предвиђени број директора смањило за половину. Ово је свакако специфичан случај о чијем нормирању закон није јасан, те је пожељно посветити му посебну пажњу општим актом друштва.

6. Надлежности директора акционарског друштва

Једнодомни и дводомни систем управљања превасходно се разликују у погледу расподеле извршних и надзорних овлашћења између органа управљања друштвом. Док се у дводомном управљању овлашћења надзора концентришу на надзорни одбор, то се код једнодомног управљања надзорна функција диверзификује у оквиру одбора директора. У том погледу врши се подела на извршне и неизвршне директоре код једнодомног управљања.

Правила која се односе на надлежност извршних директора заједничка су за оба система управљања. Извршни директори воде послове и заступници су друштва по самом закону, а њихово пословођење може трпети ограничења која су одређена законом, статутом, одлукама скупштине

37 Чл. 383. ст. 3. ЗПД.

38 Чл. 433. ст. 1. ЗПД.

или одлукама одбора директора, односно надзорног одбора, или се пак може предвидети супотпис прокуристе на акте заступања од стране појединих или свих извршних директора. Овлашћења која директори имају приликом доношења општих и појединачних аката у вођењу послова и заступању друштва морају бити подређена и самој заштити уставности и законитости. Тако уређивање питања унутрашње организације послова доношењем општих аката (попут акта о унутрашњој организацији и систематизацији) у делу предузећа које нема својсто правног лица, већ само одређена овлашћења у правном промету, не може бити у надлежности директора тог дела предузећа када постоји хијерархијски виши орган управљања предузећем или се на та питања примењују акти јавне власти.³⁹

Извршни директори су овлашћени како на заступање, тако и на издавање пуномоћја за заступање, с тим што се у таквом случају налогодавцем треба сматрати само друштво. Ипак, није дозвољено извршном директору да издаје пуномоћје за заступање, нити да заступа друштво, у спору у којем је супротна страна. Ако би то лице било једини извршни директор друштва (који је овлашћен на заступање друштва) пуномоћје у таквом случају издаје скупштина, односно надзорни одбор. Претпоставка колективног или заједничког заступања, када постоји више од једног извршног директора, важи ако статутом није одређено да само поједини извршни директори заступају друштво. Пасивно заступање је увек заједничко и предузимање правних послова или радњи према једном извршном директору овлашћеном за заступање производи правно дејство као да је учињено према било ком директору, односно сматра се да је предузето према друштву.⁴⁰

У надлежности одбора је предузимање радњи и послова који су у дводомном систему управљања поверене надзорном одбору: утврђивање пословне стратегије и пословних циљева друштва; унутрашњи надзор над пословањем друштва; установљавање рачуноводствене политике друштва и политике управљања ризицима; давање и опозивање прокуре; сазивање седнице скупштине и утврђивање предлога дневног реда са предлозима одлука; издавање одобрених акција, ако је на то овлашћен статутом или одлуком скупштине; утврђивање емисионе цене акција и других хартија од вредности у законом предвиђеним случајевима; утврђивање тржишне вредности акција у законом предвиђеном случају; одлучивање о стицању сопствених акција у законом предвиђеном случају; одлучивање о расподели међудивиденди акционарима у законом предвиђеном случају;

39 Одлука Уставног суда Републике Србије ИУ 92/2003 од 09.12.2004. год., *Службени гласник РС*, 15/2005 од 18.02.2005.год.

40 Чл. 388. ЗПД.

предлагање скупштини политике накнада директора, ако није утврђена статутом, и уговора о раду, односно уговора о ангажовању директора по другом основу. Надлежност одбора директора и извршног одбора имају заједничке тачке. И један и други одбор у акционарском друштву овлашћен је и обавезан да: води послове друштва и одређује унутрашњу организацију друштва; одговара за тачност пословних књига; одговара за тачност финансијских извештаја; израчунава износе дивиденди који у складу са овим законом, статутом и одлуком скупштине припадају појединим класама акционара, одређује дан и поступак њихове исплате, а одређује и начин њихове исплате у оквиру овлашћења која су му дата статутом или одлуком скупштине; извршава одлуке скупштине; врши друге послове и доноси одлуке у складу са овим законом, статутом и одлукама скупштине.⁴¹ Одбор директора у једнодомном систему одговоран је за утврђивање стратегије и пословних приоритета друштва, као и за усмеравање и контролисање рада руководиоца, те доношење одлука о питањима која не спадају у надлежност скупштине акционара. Као колективни орган, одбор директора не учествује у свакодневном пословању друштва, које је у надлежности извршних директора, али не може избећи значајну „изложеност“ питањима везаним за свакодневне пословне активности друштва (IFC, 2011: 74-75).

Наведени низ овлашћења којим директори акционарског друштва располажу очито указује на потребу високостручне оспособљености кадрова органа управе. Директори у оквиру одбора утврђују стратешки правац друштва у односу на тржишно окружење и финансијски положај друштва, утврђују обим и врсту ризика које друштво треба да преузме у остварењу својих циљева, ревидирају и оцењују ове планове и стратегију друштва обухватајући производњу, маркетинг и планиране инвестиције (IFC, 2011: 76). Такође, како управљачке, тако и спекулативне способности, али и моралне, етичке стандарде треба високо ценити при одабиру кандидата за место директора, а касније при надзору над њиховим радом. За успешно и допуштено спекулисање на тржишту капитала неопходно је стицати информације и располагати њима на правно дозвољен начин, предузимајући добро осмишљене трансакције правовремено, уз познавање прописа о томе какве пословне праксе су допуштене, а какве забрањене (Мићовић, 2006: 34-38).

Из реда извршних директора овлашћених на заступање у једнодомном управљању, или када у друштву са дводомним управљањем постоје највише два директора, може се именовати једно лице које ће имати функцију генералног директора друштва. Извршни одбор у дводомном

41 Чл. 398. ЗПД.

систему управљања мора имати генералног директора.⁴² Директори, односно надзорни одбор, именују генералног директора како би једно лице координирало радом извршних директора и организовало послове друштва. Надлежност генералног директора може се ближе уредити статутом, одлуком скупштине или одлуком надзорног одбора, а чиме се такође могу утврдити посебни услови за именовање на ту позицију у друштву. Препоручује се јасно разграничење одговорности између генералног директора и председника одбора директора,⁴³ ако је такав именован. Разлог томе је што се тежи демократизацији поступка одлучивања, те да се појединцима не дозволи самовоља у погледу било које одлуке приликом управљања у великим акционарским друштвима.⁴⁴

Постојање неизвршних директора обавезно је у јавном акционарском друштву и то у броју који је већи од броја извршних директора. Тиме се постиже баланс извршних и надзорних овлашћења са поједностављеном организацијом управе друштва, који се иначе постизао „персоналном унијом“ чланства у одбору друштва и извршном одбору (Вујисић, 2009: 139-140). С друге стране, ако акционарско друштво има једног или два директора, они су увек извршни директори,⁴⁵ а функција надзора тада је у рукама акционара и скупштине, те зависи од организације унутрашњег надзора. У једном сегменту одбор друштва треба да усмерава, доноси стратешке одлуке и поставља оквире управљања, а не да непосредно руководи друштвом (IFC, 2011: 74), те је можда неопходан чинилац успешног спровођења пословних стратегија да друштво увек именује барем једног неизвршног директора.

Неизвршни директори су лица која нису запослена у друштву, а њихова надлежност односи се на надзор рада извршних директора, предлагање и надзор над спровођењем пословне стратегије друштва. У њихову надлежност спада одлучивање о давању одобрења за послове у којима се јављају лични интереси извршних директора друштва.⁴⁶

С тим у вези предвиђена је установа независних директора који треба да испуњавају законом таксативно наведене услове како би се сматрали независним од друштва. Акционарско друштво које је јавно мора имати најмање једног независног директора који је истовремено и неизвршни директор, те ако би из било ког разлога лицу престало својство независног

42 Чл. 389. и чл. 423. ЗПД.

43 Чл. 400. ЗПД.

44 *Део Први, Глава 2, Принцип 16*, Кодекс корпоративног управљања

45 Чл. 387. ст. 2. ЗПД.

46 Чл. 390-391. ЗПД.

директора, преостали директори су у обавези да именују недостајућег независног директора путем кооптације или да у року од 30 дана од дана сазнања за разлог престанка својства независног директора сазову ванредну седницу скупштине ради његовог именованја, односно да у крајњем року од 60 дана изаберу новог независног директора. Лице које је, током трајања мандата на функцији независног директора, престало да испуњава услове који га чине независним наставља да обавља дужност као неизвршни директор ако испуњава услове за неизвршног директора, односно као извршни директор ако испуњава услове за извршног директора.⁴⁷

Знатно шира законска ограничења пословодства за извршни одбор предвиђена су у систему дводомног управљања. Изричито је неопходна сагласност надзорног одбора за читав низ послова који су такстативно одређени законом и то као отворена листа, која се статутом или одлуком надзорног одбора може проширити. На исти начин се могу и ублажити строги услови за самостално предузимања послова од стране извршних директора тиме што ће се предвидети да сагласности надзорног одбора не подлежу послови који се предузимају у оквиру редовног пословања друштва или не представљају располагања имовином одређене вредности.⁴⁸ Чак се може рећи да самим давањем овлашћења директору на предузимање послова и располагање имовином, без одређивања вредности таквих послова, ствара потенцијал за злоупотребе одговорних лица позивањем на правни стандард „редовног пословања“ које се имплицира општим пуномоћјем. Тако нпр. овлашћење дато директору да закључи уговор о зајму без наведеног износа, уз овлашћење за заснивање хипотеке на објекту, не може се третирати само као оперативна радња директора јер не постоји гаранција да наведено лице неће оптеретити имовину велике вредности без сагласности друштва донете на законом прописан начин. Сваку такву околност треба испитати, у вези са тим да ли је у конкретном случају реч о располагању имовином велике вредности.⁴⁹

7. Одговорност за поступке према акционарском друштву и накнада за рад

За свој рад, у складу са законом, статутом и одлукама скупштине, директори су одговорни самом друштву по принципу личне и непосредне одговорности за штету проузроковану својим одлукама. Реч је о имовинској

47 Чл. 392. ЗПД.

48 Чл. 422. ЗПД.

49 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 1678/2012 од 01.03.2013.год.

или материјалној одговорности директора за штету проузроковану повредом својих дужности утврђених законом, за коју мора бити доказано постојање општих услова грађанског права о накнади штете: намера или груба непажња (Vaums, 1996: 5), штета и узрочна веза кривице и штете. Материјална одговорност директора подразумева накнаду имовинске штете, као и ништавост одлуке којом је штета проузрокована, што је релативно бенигна санкција (Васиљевић, 2013: 388) у односу на кривичну одговорност или разрешење по основу статусне одговорности (Вујисић, 2009: 138).

Поступак за накнаду штете покреће се деривативном или индивидуалном тужбом⁵⁰ која је управљена на једног директора, више њих, или на све директоре друштва, зависно од тога да ли је одговорност солидарна, када се ради о пословима који се обављају колективно, односно индивидуална, када су у питању послови обављени појединачно (Вујисић, 2009: 138-139). Солидарна одговорност постоји приликом одлучивања одбора као колективног органа на седницама, па се сматра да је директор који је гласао за одлуку одбора директора лично донео такву одлуку, осим у случају да се о истој изричито другачије изјаснио или се успротивио писменим путем. Тако се одговорност директора претпоставља у случају да је био суздржан или није присуствовао седници на којој је одлука донета, а није се накнадно тој одлуци успротивио.⁵¹

Дужност пажње је основ за „кривицу у управљању“ директора (*business judgement rule*⁵²) као лица која имају посебне дужности према друштву.⁵³ Ако би лице доказало да је поступало са пажњом доброг привредника, извршавајући своје послове савесно и у разумном уверењу да делује у најбољем интересу друштва, неће бити одговорно за штету која је нанета друштву таквим поступањем.⁵⁴

На питање да ли директори, као руководећи органи акционарског друштва, могу бити одговорни трећим лицима за штету претрпљену услед послова са друштвом на основу одлука и других аката донетих од стране директора,

50 Чл. 78. и 79. ЗПД.

51 Чл. 415. ЗПД.

52 Правни принцип који директорима, руководиоцима и другим заступницима привредног друштва пружа имунитет од одговорности према друштву за губитак настао у корпоративним трансакцијама које су у оквиру њихових овлашћења и надлежности, када поуздано докажу да су трансакције вршене у доброј вери. (The Free Dictionary, Farlex, <http://legal-dictionary.thefreedictionary.com/Business+Judgment+Rule>)

53 Чл. 61. ЗПД.

54 Чл. 63. ЗПД.

одговор је негативан. Као правно лице, привредно друштво мора имати своје органе, односно овлашћена лица која предузимају правне радње у име и за рачун тог друштва, тако да само друштво буде обавезано таквим поступцима и преузима одговорност за своје обавезе (Hamilton, 2005: 334). У теорији се може наћи оправдање за непосредну одговорност директора друштва према трећим лицима чиме би се санкционисала злоупотреба управљачких овлашћења, нарочито када одговорно лице поступа са личним интересом (Baums, 1996: 4), или као верзија института „пробијање правне личности“ (Keay, 2007: 75). Иако таква одговорност директора може бити користан инструмент за заштиту различитих интереса, како самог друштва и акционара, тако и поверилаца друштва, може имати негативне ефекте као што је мањак подстицаја за прихватање посла директора због страха од ризика за пословање друштва, нарочито када је реч о независним директорима (Black, Cheffins, 2006: 1389). Далеко више разлога има за ограничавање одговорности директора на њихову релацију са друштвом, пре свега због постојања фидуцијарне дужности власника друштва чиме се штите интереси поверилаца (Davies, 2006: 328.). Неопходно је пружити заштиту и самом процесу доношења пословних одлука, карактеристичном по непредвидивости и недостатку сигурности, а што се обично везује за појам *business judgement rule*. Блискост неликвидности и предвидљивости оштећења пословних партнера друштва могу бити корисна смерница за утврђивање граница у слободи доношења одлука на управљачкој позицији директора (Dotevall, 2003: 86). Економска неефикасност и законски проблеми које друштво има често су последица лошег надзора над радом извршних органа друштва. Постизање равнотеже између контроле и аутономије пословођења треба да избегне опасности слабог надзора који омогућава руководиоцима злоупотребе у сопственом интересу, те прекомерног надзора који води микроуправљању и политизацији одлучивања у руковођењу (IFC, 2011: 77).

Велике компаније обично имају професионални менаџмент, који чине стручњаци, образовани и специјализовани да врше своја управљачка овлашћења објективно и у складу са професионалном етиком (Daehnert, 2009: 35). У таквим друштвима директори имају мање подстицаја да послују на корист друштва, а на штету пословних партнера или да се упуштају у правно недозвољене трансакције, док се у друштвима којима управљају њихови власници, без професионалне стручности, одлуке доносе са вишим подстицајем за преузимање ризика, а занемарује се пословна логика и разумност у доношењу одлука. Ипак, власници могу да покажу своју одговорност и личну посвећеност управљању друштвом, с обзиром да они сnose главни ризик лошег одлучивања (Kraakman et al.,

2004: 13-15). Постављајући питање зашто би власници, односно акционари привредног друштва желели да њиховим друштвом управљају менаџери, те зашто би лица која су ангажована на егzekутивним позицијама у друштву била мотивисана да раде у интересу власника, одговор се даје анализом тзв „агенцијске теорије“ или „агенцијског проблема“ (Kraakman et al., 2004: 3-5; Беговић et al., 2003: 12). Акцент је пре свега на давању награда, односно надокнада заснованих на учинку, а не на санкцијама, обавезивању уговорима или правним прописима.

Негативна страна подстицајних накнада је мали утицај на сукобе интереса, колико је уместо тога ово решење упућено на мотивацију директора и и превазилажење њихових склоности да избегавају своје дужности. Тада су директори као агенти акционара, односно друштва у својству налогодавца, мање склони ризиковању, у односу на акционаре који имају донекле неутралан однос према ризику пословања. Не даје се јасан одговор о томе колики треба да буде укупан износ накнаде и како се тачно утврђује, али се обавезно укључују компоненте фиксне плате и варијабилне подстицајне компоненте. Ипак, произвољност у одређивању накнада директорима води у дубљу конфузију о начину мерења перформанси руководства и избору подстицајних планова (Baums, Scott, 2003: 39). Нормативне границе одређивања накнаде за рад директора су статут и одлука надлежног органа (скупштина друштва или надзорни одбор), али је могуће тако предвидети само начин одређивања накнада. Законско ограничење постоји у погледу обавезе да се накнада директора не одређује као његово учешће у расподели добити друштва (дивиденда), као и да се стимулација или тзв. бонус додељује у виду акција или вараната.⁵⁵ Пожељно је размотрити *de lege ferenda* диференцирање основа исплата које се врше лицима на директорском положају у друштву, како би се спречио сукоб интереса, коришћење привилегованих информација, манипулативне праксе, компромитовање независних чланова и сличне последице мешања улоге директора на основу „менаџмент уговора“ и акционара друштва (Васиљевић, 2013: 384). Препоручује се додељивање „гаранцијских акција“ (Васиљевић, 2013: 272) које извршни директор не би смео да отуђи одређени број година, те да право слободног располагања акцијама додељеним на име накнаде треба да буде условљено претходно утврђеним и мерљивим критеријумима учинка, као и да одређеним бројем акција директори не треба да располажу до краја свог мандата.⁵⁶

55 Чл. 393. ЗПД.

56 Део Први, Глава 1, Принцип 9, Једанаеста Препорука, Кодекс корпоративног управљања

8. Престанак функције директора

Функција директора у акционарском друштву може престати на један од три начина: оставком, престанком мандата и разрешењем. Оставка директора је једностранни акт тог лица и увек се може поднети. Лице које је именовано за директора губи тај статус *ex lege* престанком мандата, када истекне период за који је директор именован или када лице престане да испуњава услове потребне за именовање директора.⁵⁷ Посебан је случај престанка мандата директора у једнодомном управљању, када скупштина не усвоји годишње финансијске извештаје друштва у року који је предвиђен за одржавање редовне седнице скупштине.⁵⁸

Разрешење директора подразумева одлуку надлежног органа друштва (скупштина, односно надзорни одбор)⁵⁹ која се може дати из било којих разлога и у било које време током трајања мандата директора. Законом нису прописани разлози за разрешење, већ надлежни орган друштва има право да разреши директора ако сматра да је то у најбољем интересу друштва. Могући разлози за то су поступци директора попут давања лажних информација приликом кандидатуре, намерно занемаривање својих одговорности или осуда за неко кривично дело (ИФС, 2011: 87). Одлука о разрешењу директора мора бити пуноважно донета, што између осталог захтева и надлежност органа који је доноси. Тако нпр. судском одлуком се не може суспендовати функција директора, па макар да је том одлуком суспендовано право гласа и сва друга права која том лицу припадају као члану друштва.⁶⁰ Ако статут друштва не садржи одредбе о поступку доношења одлуке за разрешење директора и именовање новог, иста се може донети само након измена и допуна статута узајамном сагласношћу акционара.⁶¹ Као и остале одлуке скупштине акционарског друштва, тако се и одлука о разрешењу директора у систему једнодомног управљања може побијати у складу са законским условима и процедуром,⁶² а нема разлога да се ова правила о побијању сходно не примене и на одлуку о разрешењу извршног директора коју доноси надзорни одбор.⁶³

57 Чл. 394. ст. 1-2. и чл. 425. ст. 1-2. ЗПД.

58 Чл. 394. ст. 3. ЗПД.

59 Чл. 395. и чл. 425. ст. 3. ЗПД.

60 Решење Привредног апелационог суда Пж. 7950/2010 од 21.04.2010.год. (објављено у *Судска пракса привредних судова. Билтен. 4/2010*)

61 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 5635/2002 од 25.10.2002.год. (објављено у *Судска пракса трговинских судова. Часопис за привредно право. 4/2002. стр. 63*)

62 Чл. 376 – 381. ЗПД.

63 Решење Вишег трговинског суда, Пж. 9145/2006 од 06.07.2006.год. (објављено у *Судска пракса трговинских судова. Билтен. 4/2006*)

Приликом одлучивања о разрешењу директора од стране скупштине друштва, а уколико и лице чија је функција директора у питању поседује акције са правом гласа, неопходно је искључити могућност учешћа тог лица у доношењу одлуке о сопственом разрешењу, с обзиром на начело о искључењу права гласа *in causa sua*.⁶⁴

Правило је да орган који именује директора (скупштина код једнодомног, а надзорни одбор код дводомног управљања) буде надлежан за разрешење, односно адресат оставке директора. Ипак, у закону се примећују одступања од тог принципа, с обзиром да се као надлежност скупштине предвиђа именовање и разрешење директора, што код дводомног управљања изазива конфузију биполарних овлашћења које скупштина и надзорни одбор имају према извршним директорима. У истом смислу (Васиљевић, 2013: 385-386) не може се сматрати правно конзистентним решењем да се, у систему једнодомног управљања, оставка подноси осталим директорима, односно председнику скупштине или акционару који има највећи број акција са правом гласа када у друштву постоји само један директор.

Ванредни престанак функције директора је у случају отварања стечаја над акционарским друштвом, као једна од првих последица по стечајног дужника. Преношење функција са органа управљања на стечајног управника сматра се извршеним даном истицања огласа о отварању поступка на огласној табли суда пред којим се води стечајни поступак. Тада престају сва овлашћења директора акционарског друштва, па чак и у погледу започетих послова који се морају завршити како би се избегао настанак штете за друштво или трећа лица. Како се тек моментом ступања на дужност преносе овлашћења управљања и пословођења на стечајног управника, то је неопходно у што краћем временском року извршити примопредају управе над друштвом, те увести стечајног управника у дужност. Није потребно доношење било какве одлуке о престанку функције директора, довољно је сачинити записник о примопредаји. Извршни директори, као лица која су ангажована у друштву по основу уговора о раду, не морају добити отказ тог уговора, како је стечајни управник овлашћен да задржи нека лица у радном односу ради окончања започетих послова или ради вођења стечајног поступка. Ако би предлог за отварање стечајног поступка у неком тренутку био одбијен, иако је већ настала примопредаја овлашћења стечајном управнику, претходно затечено стање поново се успоставља и функцију управљања над друштвом преузимају раније изабрани органи (Јовановић Zattila, Чоловић, 2013: 66-70).

64 Решење Вишег трговинског суда Пж. 8491/2002 од 26.02.2003.год. (објављено у *Судска пракса трговинских судова. Часопис за привредно право*. 1/2003. стр. 65)

9. Закључак

Интерна организација структуре органа акционарског друштва одувек је била питање за сваког појединачног привредног субјекта, али је оквир закона и подзаконских прописа, који би понудили јасна решења и корисне предлоге, неопходан услов за примену и развој законско-пословне револуције 21. века коју називамо корпоративним управљањем (Hansell, 2004: 201-232). Ипак, најбољи модел управљања привредним друштвом који би се могао применити на сваки конкретан случај не постоји, јер начин уређења управе у друштву не може зависити превасходно од закона и друге регулативе, већ од власничке структуре, интереса власника и начина реализације тих интереса. Зато се начин управљања привредним друштвима разликује не само унутар јурисдикција, већ и у односу на тип својине и сектор привреде у ком друштво послује (Беговић et al., 2003: 12).

Обавезни услови, али и одређени степен флексибилности који омогућава друштвима да своју интерну организацију прилагођавају сопственим потребама, карактеришу законско уређење положаја директора и одбора друштва. Акционарска друштва могу своје управљање организовати као једнодомно или дводомно, а разлика између ова два система је подела надлежности стратешког управљања, надзора и руковођења свакодневним пословањем друштва (IFC, 2011: 73). Одговарајући модалитет расподеле извршних и надзорних функција према конкретним потребама ствар је избора сваког појединачног друштва, уз мањи број ограничења за јавна акционарска друштва.

Несумњива је улога власничког органа управе у друштву – скупштине, као „пасивног суверена“ (Васиљевић, 2013: 372) приликом формирања и утицаја на рад директора и одбора друштва, а која се може сагледати са директног и индиректног правца деловања, при чему је важно њихово разликовање. Тиме се може сагледати стање и сврха корпоративног права, мада се обично тврди да је основни циљ нормирања корпоративног управљања да друштво служи интересима својих власника. Занемарујући друштвено благостање, као реликт идеологије из прошлости, законодавство и судови пажљивији су према заштити конкретних интереса акционара (пре свега контролних, односно већинских), директора и организација запослених у друштву. Органи управе друштва имају своју релативно самосталну правну форму и правни живот (Беговић et al., 2003: 70), што се свакако односи и на позицију директора. Било да је утицај воље власника на правни положај директора непосредан или посредан, организовање управљачке функције уско је повезано са квалитетом односа који постоји између акционара и управе друштва, а на који утичу односи у оквиру саме власничке структуре, као и неопходност заштите интереса трећих лица.

Литература

Baums, T. (1996). Personal Liabilities of Company Directors in German Law, Speech at the Stratford-upon-Avon Conference of the British-German Jurists' Association, April 21, [Electronic version] Retrieved 13.08.2015. from <http://www.jura.uni-frankfurt.de/43029805/paper70.pdf>

Беговић, Б., Буквић, Р., Живковић, Б., Мијатовић, Б., Хибер, Д. (2003). *Унапређење корпоративног управљања*. Београд: Центар за либерално-демократске студије

Black, V., Cheffins, B., (2006). *Outside Director Liability Across Countries*. [Electronic version]. Retrieved 13.08.2015. from http://www.researchgate.net/publication/228213185_Outside_Director_Liability_Across_Countries

Васиљевић, М. (2013). *Компанијско право. Право привредних друштава*. Београд: Правни факултет

Вујисић, Д. (2009). *Привредно право*. Крагујевац

Daehnert, A. (2009). The minimum capital requirement – an anachronism under conservation: Part 2. *Company Lawyer*. 34-42

Davies, P. (2006). Directors' Creditor-Regarding Duties in Respect of Trading Decisions Taken in the Vicinity of Insolvency. *European Business Organization Law Review*, Cambridge University Press. Vol. 7/1. 301-337

Dotevall, R. (2003). *Liability of Members of the Board of Directors and the Managing Directors – A Scandinavian Perspective*. [Electronic version]. Retrieved 13.08.2015. from www.scandinavianlaw.se/pdf/41-4.pdf

Јовановић Zattila, М., Чоловић, В. (2013). *Стечајно право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Keay, A. (2007). *Company Directors' Responsibilities to Creditors*, London – New York: Routledge Cavendish

Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије, *Службени гласник РС*, 99/2012

Kraakman, R., Davies, P., Hansmann, H., Hertig, G., Hopt, K., Kanda, H., Rock, E. (2004). *The Anatomy of Corporate Law: A Comparative And Functional Approach - What is Corporate Law?* Oxford University Press. 1-19. [Electronic version] Retrieved 13.08.2015. from <http://ssrn.com/abstract=568623>

Међународна финансијска корпорација - ИФС. *Корпоративно управљање. Приручник*. Бр. 3 (2011)

Миленовић, Д. (2006). *Субјекти привредног права*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета

Мићовић, М. (2006). *Берзански послови и хартије од вредности*. Крагујевац: Институт за правне и друштвене науке Правног факултета

Hamilton, R. (2005). *The Law of Corporations in a Nutshell*. St. Paul: West Group

Hansell, C. (2003). *What directors need to know: Corporate Governance*. Toronto: Carswell

Закључак са саветовање трговинских судова „Вршац 2005“. *Параграф Пресс*, 208/05

Закон о парничном поступку. *Службени гласник РС*. Бр. 72 (2011), 49 (2013), 74 (2013), 55 (2014)

Закон о привредним друштвима. *Службени гласник РС*. Бр. 36 (2011), 99 (2011), 83 (2014), 5 (2015)

Закон о привредним друштвима. *Службени гласник РС*. Бр. 125 (2004)

Одлука Уставног суда Републике Србије ИУ 92/2003 од 09.12.2004. год. *Службени гласник РС*. Бр. 15 (2005)

Решење Вишег трговинског суда Пж. 9145/2006 од 06.07.2006.год. *Судска пракса трговинских судова*. *Билтен*. Бр. 4 (2006)

Решење Вишег трговинског суда Пж. 8491/2002 од 26.02.2003.год. *Судска пракса трговинских судова*. *Часопис за привредно право*. Бр. 1 (2003)

Решење Вишег трговинског суда Пж. 5635/2002 од 25.10.2002.год. *Судска пракса трговинских судова*. *Часопис за привредно право*. Бр. 4 (2002)

Решење Привредног апелационог суда Пж. 1678/2012 од 01.03.2013.год.

Решење Привредног апелационог суда Пж. 7950/2010 од 21.04.2010.год. *Судска пракса привредних судова*. *Билтен*. Бр. 4 (2010)

Dunja Dubajić, LL.M.

prentice-volunteer at Osnovni sud Leskovac

The Normative Framework of Director's Nomination and Legal Position in Joint-Stock Company

Summary

The possibility provided by the law for opting one of the two systems management in the joint stock company allows shareholders to organize managerial positions and allocation of executive and supervisory functions between the assembly of other administrative bodies. The conditions for the appointment, composition and competence of directors of joint stock companies point to strengthening the role of managers as individuals that who execute decisions of the Assembly and the Board, also to monitor and control the work of other directors, if it is a non-executive or independent board members. Striving for professionalism combined with freedom to nominate candidates that satisfy the rather modest conditions of nomination opens the door to a democratic way of electing directors. The number of personnel is also a question of statutory regulation and should depend on the size of the company and real needs of administration.

Exposure to commercial transactions to be decided by company executive is much more pronounced in the role of executive directors, while the supervisory powers and defining business goals is more related to the Board of Directors as a whole and its non-executive members. Any way, the responsibility for the operation of all directors in the board is undivided, if there are no grounds for exclusion or individually for establishing a causal connection between caused damage and the decision taken independently of a Director.

Keywords: *joint-stock company, director, systems management, corporate governance.*

ЧЕДОМОРСТВО

Апстракт: *Иако је број извршења чедоморства мањи у односу на општи криминалитет према статистичким показатељима, ипак ова појава доводи до згражавања јавности, јер је извршилац чедоморства мајка. Упркос бројним теоријама у циљу утврђивања узрока и мотива чедоморства, једногласни ставови о њима ипак не постоје. Кроз историју реакција, како друштвена, тако и законодавна, на ову појаву се мењала. Пут од оштре и осуђујуће реакције до привилегованог кривичног дела био је доста дуг. Савремена медицинска и психолошка истраживања довела су до сазнања о постојању психофизичких промена непосредно након порођаја, која могу бити од утицаја при извршењу овог кривичног дела. Међутим, и поред тога што је законодавац усвојио овакав став и сврстао ово дело у групу привилегованих кривичних дела, оставио је доста простора могућим дилемама. Постојеће законско решење није у потпуности прецизно, тако да отвара дискусију у теорији и низ проблема са којима се суочава пракса о томе када се ради о убиству, а када о привилегованом кривичном делу.*

Кључне речи: *жена, убиство, дете, поспартална психоза, криминалитет.*

1. Увод

Чедоморство је појава која интригира правнике, психологе, медицинаре али и ширу друштвену јавност јер се ради о специфичном кривичном делу. Наиме, везу мајке и детета карактерише осећај љубав и привржености, те је очигледно услед чега се јавља заинтересованост јавности о поремећају те везе која је резултирала убиством. Истраживањем су добијени различити резултати, јер психички склоп починитељки, услови у којима је извршено ово кривично дело као и социјални фактори разликују се у зависности од случаја интересовања. Управо непостојањем јединственог става истраживача само је продубило дискусије на ову тему.

Република Србија приступила је оној групи земаља које су овом кривичном делу дале привилеговани карактер, али истовремено која је са доста непрецизности оставила простора пракси да се суочава са многобројним проблемима. Расположиви статистички подаци сведоче о релативно малом броју извршеног чедоморства, што такође може потврђивати сумње да се ово кривично дело у пракси третира као обично убиство.

2. Криминалитет жена

У теорији не постоји сагласност међу писцима о факторима који условљавају криминалитет жена. Међутим, када је реч о поређењем женског и мушког криминалитета, сви писци су сагласни да је стопа женског криминалитета мања од стопе криминалитета припадника мушког пола. С обзиром на то да су статистички подаци показивали знатно мање учешће жена у општем криминалитету, у теорији је био заузет став да је криминалитет, пре свега, „мушка појава“. Жена као извршитељка кривичног дела, али и као жртва, пре свега породичног насиља, у теорији је била занемаривана. Жена је била третирана као мајка и супруга, а таква улога жене је била неспојива са улогом „жене преступнице“. (Константиновић Вилић, 1984:322) Међутим, статистички показатељи и судска пракса показала је све веће учешће жена у извршењу кривичних дела, а самим тим и неопходност изучавања ове појаве. Наиме, све је више интересовања научника, правника, филозофа и психолога за изучавање женског криминалитета, али и различитих облика виктимизација жена.

Чезаре Ломброзо је створио концепцију „рођене преступнице“ на основу антропометријских мерења. На основу вршења аутопсије он је доказивао да су неке жене на основу структуре костију лобање и других физичких карактеристика предодређене за вршење одређених типова злочина. Овакво повезивање телесне снаге и криминалитета жена, у теорији је од стране већине аутора, одбачено уз истицање да мања телесна снага утиче на психички склоп личности, а самим тим и на криминалитет жена. (Константиновић Вилић, 1984:32)

Када је реч о биолошким теоријама, разлог појаве ове врсте криминалитета објашњава се постојањем генеративних фаза у животу жена. Под утицајем ових фаза жена је изморена, раздражљива, док код компликованих порођаја може проузроковати краткотрајне или дуготрајне психофизичке поремећаје. Услед оваквих стања, уз утицај неких социјалних фактора, породиља не осећа љубав према детету и оно јој је страно. (Комазин, Трковић, Враголов, 2006:90).

Један број судских психијатара и криминолога испитивао је везу између трудноће и криминалитета. Промене физиолошког и психолошког карактера за време трудноће захватају интелектуалну сферу осећања и воље, док могу да имају и криминогено дејство. Овакво објашњење било је негирано од стране неких аутора, који сматрају да се жена током трудноће повлачи из околине и избегава конфликте, док остали углавном повезују криминалитет жена са трудноћом, која у завршној фази трудноће може за последицу да има и чедоморство (Константиновић Вилић, 1984:326). Међутим, биолошким схватањима се може замерити да су једнострана, јер изузимају утицај социјалне средине на криминалитет.

На појаву женског криминалитета утиче и фактор социјалне нужде, која се дефинише као посебно стање које укључује низ фактора и мотива, која је погодна за развој чедоморства, као што су лоша материјална ситуација, неедукованост, уз наглашавање социјалних невоља. Иако се чедоморство третира као деликт села, ера индустријализације допринела је да се ова појава прошири и у градовима. Страх од друштвене осуде, економска зависност жене са села од породице са којом живи, само су неки од мотива извршења кривичног дела чедоморства. Међутим, иако се тежи превенцији извршења ове појаве, критичне сеоске средине су изван домашаја свих акција на том пољу. (Цајнер, 1993:85)

3. Историја развоја чедоморства

Историјски ток овог кривичног дела подразумева њену појаву још из давних времена. Случајеви убиства тек рођене деце могу се пронаћи на сваком континенту, која су почињена од стране различитих народа, како у случајевима неразвијених тако и у случају развијених цивилизација. У старој Картагини, био је познат случај жртвовања деце од стране њихових родитеља и приношење идолу Молоху (Самарџић, 2008:15). Унутар ове статуе била је паљена ватра, док су на њеним рукама родитељи клали своју децу, тако да се овај чин сматрао најузвишенијом жртвом демону. Врачарски и магијски ритуали такође бележе овакво жртвовање тек рођене деце, док кинеска култура бележи убијање женске деце која нису имала једнаку вредност са рођеном децом мушког пола, јер нису стицала право на наслеђивање. У старој Азији и Европи чедоморство је вршено напуштањем новорођенчади која би услед таквог остављања била преминула од глади, хладноће или настрадала од звери.

У средњем веку овај облик убиства се сматрао тежим, док развојем медицине мења се начин сагледавања овог кривичног дела. Наиме, у деветнестом веку научници су дошли до сазнања да се након порођаја

јављају психофизички поремећаји, који доводе до блажег третмана у случају убиства детета. Чезаре Бекарија у свом делу „О злочинима и казнама“ о убиству детета наводи „убиство детета је уједно последица неизбежне противречности, у коју је стављена једна личност, која је било услед слабости или услед принуде попустила. Ко се налази између срама и смрти једног бића, неспособног да осети болове, како да не претпостави ову смрт неизбежној беди, којој би била изложена она и несретни плод?“ (Шаљић, 2010:21) *Constitutio Criminalis Carolina* из 1532. године предвиђа строге казне за учиниоца овог кривичног дела које су се извршавале закопавањем, набијањем на колац као и давлeње у води.

У енглеском законодавству све до 1922. године, чедоморство је било третирано као *murder*. Како би се ублажила примена одредби која се односи на *murder*, у Енглеској је донесен Закон о чедоморству 1922. године, којим се чедоморство третира као кривично дело у случајевима када су мајке убиле своју децу због тзв. порођајне депресије односно порођајног синдрома. Кривичним закоником Краљевине Југославије из 1929. године чедоморство је третирано као кривично дело, за које је била предвиђена казна у распону од три месеци до три године. Овај Законик је предвиђао кажњавање и за покушај овог кривичног дела. Кривичним закоником Италије из 1930. године овај облик кривичног дела третира се као кривично дело из части (Шаљић, 2010:22).

Данас се у већини земаља ово кривично дело третира као привилеговано кривично дело. У Земљама Јужне Америке као разлог оваквог третирања у случају извршења овог кривичног дела наводи се заштита породичне части. У таквим случајевима је проширен и круг лица која се могу јавити као извршиоци овог кривичног дела, уколико је потребно заштити и породичну част и углед. Заправо, поред мајке као извршиоци се могу јавити и други сродници уколико би се, на пример, рађањем ванбрачног детета њихова част довела у питање. Мотив чувања части налази се и у законодавству Холандије, где је предвиђено да уколико мајка услед страха од откривања порођаја убије своје дете за време порођаја, или у кратком времену након тога, казниће се казном затвора до шест година (Козманов, 2005:89). Други разлог, који доводи до блажег кажњавања, а који је прихваћен у већини модерних кривичних законодавстава, јесте постојање неравнотеже између душевних и телесних функција након порођаја. Кривичним законом Република Хрватска предвиђа, да у случају када мајка усмрти своје дете, под утицајем јаког душевног оптерећења, казниће се казном затвора од шест месеци до пет година. (Казнени Закон Републике Хрватске, чл. 112. ст. 2) Овакав став усвојила је и Република Србија код регулисања овог кривичног дела.

4. Убиство детета при порођају у Кривичном законнику Републике Србије

Мајка која лиши живота своје дете за време порођаја или непосредно после порођаја, док код ње траје поремећај изазван порођајем, казниће се затвором од шест месеци до пет година. (чл.116.КЗ РС)

Дело чини мајка која лиши живота своје дете за време порођаја или непосредно после порођаја док код ње траје поремећај изазван порођајем. Ово кривично дело се третира као привилеговано убиство, које се још назива детеубиство или чедоморство. Назив чедоморство потиче од две речи, а то су чедо и уморство. Тај назив има своје корене у латинској речи *infaticidum*, која представља сложеницу од две речи *infans* (дете) и *acido* (убити).

Три су привилегујућа елемента дела: а) објекат напада је живо рођено дете, б) извршилац дела је мајка и в) убиство треба да је извршено за време или непосредно после порођаја.

Објекат напада је новорођенче, а да ли је реч о новорођенчету одговор дају судскомедицински вештаци на основу степена развијености плода. Судска медицина најчешће процењује време од рођења детета до смрти на основу промена на пупчаној врпци, промена у дигестивном тракту или у крвотоку. На основу овог вештачења, вештак судскомедицинске струке може установити да је објекат напада побаче, новорођенче или одојче (Шаљић, 2010:27). Услед оваквог разликовања, кривично дело се може квалификовати као недозвољени прекид трудноће, убиство детета при порођају или као убиство. Уколико се радња врши пре него што је порођај отпочео, онда ће се кривично дело квалификовати као недозвољени прекид трудноће, док уколико је радња извршена према одојчету, онда се ради о кривичном делу убиства. Међутим, у теорији су мишљења о томе када ће се новорођенче сматрати одојчетом супростављена. Према неким од њих тек рођено дете сматраће се новорођенчетом док не буде први пут подојено, након чега постаје одојче. Други битан услов, код овог кривичног дела јесте да се ради о живорођеном детету. Став о томе да ли је рођено дете способно за живот или не, односно да ли је рођено са дефектом или физичким недостацима, небитно је код квалификовања овог кривичног дела. Како је право на живот једно од основних људских права загарантовано Уставом, јасно је због чега је прихваћен овакав став у судској пракси.

Радње извршења овог кривичног дела су радње чињења или радње нечињења. Нечињењем се ово кривично дело може извршити пропуштањем мајке да врши материнску дужност. Резултати спроведеног истраживања из 2007. године, на узорку од 17 испитаница је показало да је већина жена

смрт свог тек рођеног детета извршила дављењем, убиством секиром, дављењем у води, док је само једна од њих усмртила новорођене пропуштањем да врши материнске дужности, односно гладовањем (Самарџић, 2010:16). Аустралијски аутори наводе да је најчешћа радња извршења овог кривичног дела, употреба физичке силе па тек онда долази употреба ножа и оштрог оруђа. Од укупног броја извршених кривичних дела, у Аустралији 10% деце убијено је отровом, при чему је коришћено и тровање угљен-моноксидом. У Финској мајке своју децу убијају батинама, где након тога следе утопљење или затрпавање (Ковачевић, Кеџман, 2005:39).

Као место извршења овог кривичног дела у криминалистичкој пракси најчешће се јавља стан, односно домаћинство извршитељке, док у руралним срединама извршитељка се одлучује за место у околини куће као што су шуме, ливаде и поља. (Комазин et al, 2006:95)

Учиница дела може да буде само мајка новорођенчета, док свако друго лице које изврши такво кривично дело одговараће за обично убиство или тешко убиство. Мајка новорођенчета може се појавити и као подстрекач уколико подстрекне друго лице да изврши ово кривично дело, испуњењем предвиђених услова (Лазаревић, 2011:151). Оно што је неспорна чињеница јесте постојање посебног психичког стања за време извршења овог кривичног дела. Поремећај треба да је проузрокован порођајем, док се под тренутком порођаја у литератури сматрају различити тренуци. Порођај почиње труднички боловима, пуцањем водењака и контракцијама материце, којима се потискује дете при одвајању из тела мајке (Јовашевић, 2014:32). Почетком порођаја сматраће се и прерано прснуће водењака, као и отицање плодове воде. (Шаљић, 2010:29).

Међутим, да би се убиство детета могло сматрати привилегованим убиством, неопходно је да између почињеног убиства и порођаја, односно поремећаја изазваног порођајем, постоји узрочно-последична веза. При правном квалификовању овог кривичног дела законодавац за време извршења кривичног дела користи термином “непосредно после” указујући на кратак временски период између почињеног убиства и порођаја. Међутим, како је овај термин непрецизан, спорно је у пракси које се време може сматрати условом за постојање овог кривичног дела. Ово питање у конкретном случају решава судско веће на бази налаза и мишљења вештака судско психијатријске струке (Јовашевић, 2014:32). Поремећај након порођаја, који наступа код мајке новорођенчади, са становишта судскопсихијатријске струке назива се постпорођајном депресијом или постпарталном психозом.

Поспартална психоза је психотично стање које је настало након и у вези са порођајем. Разлози њеног настанка су специфична осетљивост лич-

ности, али и одређени социјални, обичајни и етички фактори. У правном смислу под постпарталном психозом се подразумева привремено душевно обољење, које се лечењем повлачи до потпуне реституције. Она се јавља непосредно након порођаја, а највише до шест недеља након њега. Најчешћи деликти који се јављају услед поремећаја оваквог психичког стања су убиства или тешке повреде детета, тако да постоји дилема да ли се ради о убиству детета или чедоморству. Уколико је деликт извршен у стању постпарталне психозе, онда то нису они поремећаји које подразумева чедоморство, јер они немају квалитет патолошког, већ следе у кратком времену након порођаја. На основу овога, постпартална психоза представља привремено душевно обољење које може довести до битног умањења или искључења урачунљивости (Ћирић, 2009:98). Иако, се не може прецизно тврдити о ком временском периоду је реч, поремећај код породице се не може претпостављати већ се мора у сваком конкретном случају утврдити (Константиновић Вилић, 1986:56). На овај начин, потребно је утврдити врсту, карактеристике, интензитет и време трајања и њен утицај на понашање извршиоца овог кривичног дела, односно изјаснити се о питању њене урачунљивости за време извршења кривичног дела (Ковач, 2003:192-198).

Према статистичким подацима Завода за статистику Републике Србије, у периоду од 2011. до 2014. године било је пријављено десет пунолетних учинилаца кривичног дела убиства детета при порођају, док је у овом временском периоду пријављено четири малолетна учиниоца. Као најчешћа изрицана кривична санкција овим учиниоцима јавља се казна затвора, док су условно кажњене две пунолетне извршитељке, једна у периоду 2014 године, друга у периоду 2011. године (Завод за статистику Републике Србије)

5. Закључак

Феномен убиства детета од стране својих родитеља заокупљује пажњу стручњака и јавности од најранијег времена човековог битисања па све до данас. Први писани трагови који сведоче о овом феномену могу се наћи још у Библији, о Авраму који је убио свог сина Исака. Грчка митологија такође познаје случај тзв. Медејиног комплекса, односно убиству двојице синова од стране своје мајке Медеје, која је починила овај злочин јер ју је муж напустио због ћерке краља Коринта. Ескимима су се одлучивали на убиство новорођеног детета са манама, тј. дефектом, или су убијали једно од близанаца. У јапанском друштву су позната два феномена, тзв. „Мабика феномен“ и „Аномија феномен“ и представља синоним нежељеног детета (Ковачевић, Кецман, 2005:32)

На овутему спроведена су многобројна истраживања. Резултат спроведених истраживања имао је за циљ да утврди који је то разлог услед чега се мајка одлучује да убије плод своје утробе. Спроведена истраживања, када је реч о психолошком профилу мајки-извршитељки овог кривичког дела, показују да је реч о незрелој особи, импулсивној, скромног интелектуалног образовања и просечних интелектуалних капацитета, које су углавном душевно здраве. Истраживање је такође показало да жене не убијају у афекту и да се на овај чин одлучују из потпуно других разлога него мушкарци. Оне се одлучују за извршење чедоморства након доношења јасне и чврсте одлуке, услед дугогодишњег брачног малтретирања. Такође, искључена је могућност убиства из користољубља.

Овакве сличне резултете показују и нека друга истраживања, где је поред незрелости и скромних интелектуалних капацитета код извршитељки био присутан страх од друштвене осуде као и самохраног одгајања детета (Буљан et al, 1980:525-528). Чедоморство може бити и последица кумулирања фрустрација, насталих још у детињству или раној младости која у критичном тренутку избијају експлозивно и доводе до тога да потискују матерински порив. (Цајнер, 1993:83). Наиме, реч је о постојању нетолеранције на фрустрације, тако да уколико тензија прекорачи границе одређеног прага доводи до квалитативних промена на пољу понашања (Константиновић Вилић, 1986:45).

Социолошке теорије укључују и социолошке факторе као резултат извршења чедоморства. Лоше материјалне прилике, ванбрачност, неедукативност само су неки од њих. Карактеристике извршитељки су да припадају популацији слабијих социјалних контаката, разорених породица, и већина од њих потиче са села (Цајнер, 1993:407-420). Сходно спроведеним истраживањима, као најчешћи мотиви чедоморства се наводе: страх од срамоте родитеља и њихове осуде, као и страх од малограђанских предрасуда, тешке материјалне прилике, трудноћа као последица брачне невере, отац детета је ожењен и да самохрано издржавање детета представља већи финансијски терет починитељке (Modly, Баришић, 1998:47).

Мотиви законодавца за блаже третирање чедоморства различити су. Док једни полазе од постојања психичке поремећености породиље за време или непосредно након порођаја, други наводе социјалне невоље самохране мајке и детета и тежину моралне осуде околине, тако да се извршилац овог кривичног дела налази у стању социјалне нужде. У Енглеској, Данској, Аустрији и Швајцарској основ за блаже кажњавање чедоморства темељи се на психичкој поремећености породиље.

У Кривичном законнику републике Србије, кривично дело убиство детета при порођају, такође, сврстано је у групу привилегованих кривичних дела. Међутим, иако је Република Србија сврстала ово кривично дело у групу привилегованих кривичних дела, супростављени су ставови о овом законском решењу. Постоје мишљења у теорији према коме ово кривично дело треба поистоветити са кривичним делом убиства, док други сматрају овакав став законодавца оправданим услед постојања поремећаја након порођаја. На мети критике се јавља и могућност проширења круга извршилаца овог кривичног дела. Услед оваквог става, теорија разматра могућност привилегованог убиства и у случају када неко друго лице, на пример отац, изврши ово кривично дело. Поједини аутори сматрају сасвим неоправданим став законодавца, који искључује постојање стреса и социјалног притиска на страни другог родитеља.

Други негативан став овог законског решења доводи у питање објект извршења, који се, према неким ауторима треба проширити и на нека друга лица. Уколико је у теорији усвојен став законодавца да се у времену непосредно након порођаја јавља поремећај, зашто се не би сматрало привилегованим убиством уколико у таквом стању лиши живота неко друго лице? (Шаљић, 2010:31). Овакви случајеви нису предвиђени, али се као могући не могу искључити у пракси. Међутим, како спроведена истраживања показују да су чедоморке особе ниског образовања, које потичу из сеоских средина, емоционално незреле и нестабилне, међу појединим ауторима постоје схватања да се предузимањем одређених мера од стране друштва може побољшати превенција и смањити број извршења ових кривичних дела. Повећањем друштвене бриге, обезбеђењем већег броја саветовалишта за младе родитеље, као и благовремено лечење током трудноће и након порођаја жена са постпарталном психозом (Комазин et al, 2005:98).

Литература

Буљан, Р. Поспишил-Завршки, К., Јукић, М., (1980), Жене као пичинитељи дјела против живота и тјела убојством, Зборник радова VI конгреса са неуролога и психијатара Југославије, Удружење неуролога и психијатара Југославије, Сарајево, стр. 525-528.

Државни завод за статистику (2011,2012,2013,2014)

Јовашевић, Д., (2014), Кривично право, Посебни део, Досије, Београд, стр. 31-32

Казнени закон (125/11,144/12,56/15 и 61/15) Република Хрватска

Константиновић Вилић, С., (1986), Жене убице, Градина, Ниш, стр. 322-326

Комазин, Ј., Трковић, Ј., Враголов, В., (2006), Чедоморство, Криминологија и социјална интеграција, Бр.1. Загреб, текст доступан на: file:///C:/Users/Korisnik/Downloads/Jelena_Komazin_et_al_Cedomorstvo.pdf приступ: 17.07.2015. године

Ковач, М., (2003), Постпартална психоза и чедоморство, Из форензичке гинекологије и опстетриције, стр. 192-198

Константиновић Вилић, С., (1984), Разна теоријска схватања о криминалитету жена, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, стр. 32-45

Ковачевић, Р, Кеџман Б., (2005), Жене убице своје деце, Енграми бр.3-4, Београд, стр. 35-39

Кривични законик (2005), Службени гласник, бр. 85. Република Србија

Лазаревић, Љ., (2011), Коментар Кривичног законика, Правни факултет Унион, Београд, стр. 151

Modly, D., Barisii, Z., (1998), Metodika istraživanja čedomorstva, Ministarstvo unuštarašnjih poslova, Policijska akademija, Zagreb, стр. 47

Самарџић, С., (2008), Жене као починиоци кривичног дела убиства и злочин чедоморства, Енграми бр. 2, Београд, стр. 15-16

Ђирић, З., Димитријевић, Б., (2009), Основи судске психијатрије и судске психологије, Студентски културни центар, Ниш, стр.98

Цајнер, И. (1993), Особне и социодемографске карактеристике починитељица чедоморства, Факултет за дефектологију, Загреб, текст доступан file:///C:/Users/Anita/Downloads/Irena_Cajner_Osobne_i_sociodemografske.pdf приступ: 21.07.2015. године

Шаљић, Е., (2010), Кривично дело убиства детета при порођају у Кривичном Законику Србије, Универзитетска мисао, Нови Пазар, доступан на: http://www.academia.edu/4887134/KRIVICNO_DJELO_UBISTVA_DJETETA_PRI_PORODAJU_U_KRIVICNOM_ZAKONIKU_SRBIJE приступ: 01.08.2015. године.

Anita Ilić,
*Student of doctoral law studies
Faculty of law, University of Niš*

INFANTICIDE

Summary

Even though the number of the infanticide execution is lower regarding general crime, however, according to statistical indicators this phenomenon leads to the public outrage, because the perpetrator of the infanticide is mother. Despite numerous theories in order to determine the causes and motives of infanticide, a unanimous views on them do not exist. Throughout the history, social as well as legislative, the reactions to this phenomenon has been changing. The path of harsh and judgmental reactions to the privileged criminal act was quite long. Modern medical and psychological research has led to the knowledge of the existence of psycho-physical changes immediately after birth, which may influence on committing this crime. However, despite the fact that the legislator has adopted this attitude and arranged this act in the privileged group of offenses, he also left a lot of space to possible dilemmas. Existing legislation is not entirely accurate, so it opens the discussion in theory and a number of problems facing the practice of when it comes to murder, and when the privileged offense.

Keywords: *women, murder, child, postnatal psychosis, criminality.*

КОНТРОЛА УПРАВЕ ОД СТРАНЕ ГРАЂАНА

Апстракт: Аутор у раду указује на значај процеса контроле управе у изградњи модерне, демократске и ефикасне управе. Поред бројних модалитета, контрола управе од стране грађана, представља специфичан и важан облик контроле, с обзиром на њен значај у стварању отвореног, равноправног и односа поверења управе и грађана и несумњив демократски значај. Ради одређивања природе и места у широком дијапазону облика контроле управе, у раду се анализирају могућности, предности и достигнућа у изградњи електронске управе и коришћења права на информације од јавног значаја као основних предуслова за коришћење овог облика контроле управе у Републици Србији.

Кључне речи: контрола управе, контрола управе од стране грађана, електронска управа, информације од јавног значаја.

Увод

Концепт правне државе је сложен мозаик у коме изградња модерне, ефикасне и одговорне управе представља значајни део. Таква управа одговара очекивањима грађана и захтева уравнотежен приступ у очувању јавног интереса, са једне и поштовања права и интереса грађана, са друге стране. Транспарентност, ефикасност, једноставност и промена стила комуникације у односу управе и грађана чине основне захтеве у изградњи модерне управе – управе која служи и брине о грађанима. Пут који води стварању овакве управе је дуг и сложен, али не и неостварив.

Контрола управе је незаобилазна и јако значајна карика у конституисању модерне управе, која одговара концепту правне државе. Контрола управе представља широк појам и може се класификовати на бројне врсте и облике са различитим овлашћењима контролора у разноврсним поступцима и са различитим последицама. Без обзира на широк дијапазон облика, основна сврха контроле управе је обезбеђивање како заштите права и интереса грађана, тако и заштита објективне законитости.

Стварање отвореног, равноправног и односа поверења грађана и управе нужно отвара питање постојања могућности и механизма контроле управе од стране грађана. Питање контроле управе од стране грађана има демократску димензију изражену кроз политичко поверење указано посредством избора и различитих облика непосредне демократије. Успостављање и функционисање контроле управе од стране грађана, подразумева постојање одговарајућих нормативних предуслова, изградњу и примену информационо комуникационих технологија којима се олакшава приступ и испорука информације и услуга грађанима и правним лицима.

Значајан предуслов представља промена културе и подизање свести о постојању истих и примену иновација, из области друштвено-економских, политичких и социјалних односа, међу државним органима, запосленима у државној управи, али и самим грађанима.

1. Појам и облици контроле управе

Поступак контроле се састоји од посматрања и оцењивања туђе делатности према раније утврђеним мерилима, након чега, уколико се утврди да постоје одступања може доћи и до интервенције корективног карактера усмерена на отклањање недостатака.¹ Међутим, зависно од природе ствари резултат контроле не мора бити корективан већ само репресиван – примењују се санкције према органу управе, односно одговорном лицу органа. Такође, контрола има и превентивно дејство јер утиче на свест контролисаног субјекта, који знајући за могућност вршења исте и евентуалне негативне последице настоји да у свом раду следи нормама предвиђена правила.

Контрола је специфичан правни однос у коме постоје најмање два субјекта – субјект контроле и контролисани субјект. Овај поступак мора бити унапред правно регулисан што подразумева прописивање субјеката, средстава, предмета и поступка контроле. Управа као контролисани субјект се не схвата у ужем смислу као државна управа већ у ширем смислу као јавна управа (локална управа јавне службе).² Као субјекти контроле могу се појавити бројни органи: Скупштине, Влада, судови, тужилаштва, органи управе и омбудсман. Свако од њих врши одговарајућу врсту контроле која се и по предмету и по обиму овлашћења разликује једна од друге. У зависности који се критеријум разврставања користи, контрола управе може имати различите модалитете и врсте. Постоје две основне врсте: правна и политичка.

1 Милков, Д., *Управно право III, контрола управе*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2013. год., стр. 8

2 Димитријевић, П., *Управно право, општи део* Атлантис Ниш, Ниш, 2014. год., стр. 474

Правна контрола подразумева оцену сагласности аката и радњи управе са важећим прописима. Основна карактеристика правне контроле је постојање правних санкција ради осигуравања ефикасности и законитости у вршењу контроле. Појам правне контроле управе се, даље, може разграничити на управну и судску контролу. Главна линија одвајања управне и судске контроле управе се састоји у врсти, природи и домашају овлашћења вршиоца контроле, као и у циљу њеног предузимања. Судска контрола управе се строго своди на испитивање чисто правних питања – расправљање спорова о законитости, а управна контрола се односи на поље дискреционе оцене, целисходности, узимајући у обзир и ванправне делове контролисаних активности. Што се тиче овлашћења којима располаже судски контролор, она се редовно односе на касацију, разрешавање односне спорне ситуације и изрицање санкција због утврђених незаконитости у поступању. Код управне контроле управе, контролор је углавном снабдевен истим овлашћењима које има контролисани субјект.³ Његова овлашћења се састоје у могућности поновног мериторног решавања управне ствари, мада се и он може зауставити на касацији. Постоје два основна начина спровођења управне контроле управе: по жалби заинтересованог грађана, незадовољног поступањем нижег органа и по сопственој иницијативи контролора.

За разлику од правне, политичка контрола подразумева оцену политичке целисходности радњи и аката органа управе тј. утврђује се да ли су акти и радње органа управе у складу са јавним интересима.⁴ Политичка контрола управе није у потпуности регулисана правним прописима. Термин „политичка“ не одузима овој врсти контроле правни аспект већ потенцира предмет политичке контроле - оцену целисходности. Посматра се да ли је управа испунила одређена очекивања. Целисходност представља ширу категорију од законитости и обухвата је. Међутим, овај вид контроле се ипак разликује од правне, с обзиром да се поступак политичке контроле може завршити изрицањем политичких санкција: упућивање препорука, изрицање критика, смена, разрешење, оставка државних, политичких или управних функционера. Политичка контрола се остварује од стране: Парламента, Владе, политичких странака, јавног мњења и омбудсмана.

Правна контрола има два облика. То је контрола законитости и контрола целисходности рада управе. Контрола законитости је оцена сагласности

³ Томић, З., *Опште Управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду-Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012. год., стр. 56

⁴ У литератури се овај облик контроле називаа ванправна контрола с обзиром на делимично регулисање правним прописима и евентуалну примену политичких санкција

аката и радњи управе са важећим Уставом, законима и подзаконским актима. Контрола целисходности је оцена сагласности аката и радњи са законом предвиђеним јавним интересом, па се у том смислу и разликује од политичке контроле, јер се ради о јавном интересу који је садржан у Закону и другом правном акту, а није садржан (директно или индиректно) у политичким актима других државних органа.⁵ Са становишта праксе, ово разликовање је веома значајно с обзиром да може изазвати недоумице и погрешне закључке са различитим последицама.

Грађани се, као контролори рада органа управе, најчешће појављују посредно кроз рад институције омбудсмана или поступак контроле органа управе од стране јавног мњења. Омбудсман је независни државни орган који штити права грађана и контролише законитост и правилност, између осталих, рада органа управе. Омбудсман може деловати по притужбама грађана или по службеној дужности. Што се тиче контроле управе од стране јавног мњења, може се рећи да најважније средство утицаја на управу представљају масовни медији. Јавно мњење се формира путем штампе, електронских средстава комуникације и других облика масовних медија поводом актуелних политичких, економских, социјалних и других виталних питања. Средства јавног информисања врше контролу и упућују критике на два начина⁶. С једне стране, у штампи се објављују притужбе грађана на рад управе, а са друге стране, новинари сами објављују одређене текстове намењене извесним проблемима везаним за управу. Истичући поједине неправилности у раду управе, масовни медији могу подстаћи расправу о томе у представничком телу, било преко посланичких питања, било кроз активности многобројних одбора. Претпоставке за квалитетну контролу коју врши јавно мњење тичу се, пре свега слободе изражавања мишљења у јавности, као и компетентности, способности и савесности новинара.

Може се поставити питање да ли постоје механизми путем којих грађани директно, објективно и ефикасно могу пратити рад органа управе, остварити своја права и задовољити потребе и евентуално указати на уочене недостатке у раду органа управе. Уколико недостаци и неправилности заиста постоје, паралелно са механизмима праћења рада и остваривања права, потребно је да постоји уређен систем утврђивања одговорности и примена санкција према одговорним лицима која су запослена у управи. Ово питање отвара нове недоумице – да ли би санкције

5 Димитријевић, П., *Управно право, општи део* Атлантис Ниш, Ниш, 2014. год., стр. 475

6 Милков, Д., *Управно право III, контрола управе*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2013. год., стр. 15.

биле правне или политичке и којој врсти контроле би припала контрола управе од стране грађана?

Ради одређивања природе и места у широком дијапазону облика контроле управе, неопходно је анализирати могућности, предности и достигнућа изградње електронске управе и коришћења права на информације од јавног значаја, као основних предуслова за коришћење овог облика контроле управе.

2. Електронска управа као средство контроле управе

Развој науке, средстава и интензитета комуникације, све чешћа интеракција људи на ширим просторима, условила је промену организације и функционисања државне и уопште јавне управе. Инструменти државне власти не могу остати имуни на ове процесе у свом међусобном односу, а посебно у односу према грађанима као корисницима њихових услуга.

Савремена јавна управа се темељи на три фундаменталне вредности: демократији, ефикасности и владавини права.⁷ Из тога произилази да су основни циљеви које треба постићи у изградњи савремене управе: *отвореност, транспарентност, сервис и квалитет, законитост, стручност и етичност*. Ради остваривања наведених вредности и испуњења циљева потребно је створити одговарајуће предуслове међу којима је несумњиво изградња електронске управе која је преко интернета доступна грађанима 24 часа дневно и 7 дана у недељи показује сервисну природу модерне управе. Под изразом електронска управа (е-управа), подразумева се примена информационо-комуникационих технологија, којима се постиже ефикаснији и ефективнији рад органа управе и ималаца јавних овлашћења у функцији вршења власти, економског раста и смањења терета администрације⁸. Дакле, е-управа представља концепт који се састоји у употреби информационих и комуникационих технологија у свим активностима јавне и политичке управе. Тиме се јавна управа трансформише у службу за потребе грађана, али у информационом смислу. Ове технологије се користе у процесу пружања информација са циљем да понуде услуге на административном и политичком нивоу.

Е-управа води остварењу једног од основних циљева савремене управе: *отворености и транспарентности*. Начело отворености и

7 Димитријевић, П., *Управно право, општи део* Атлантис Ниш, Ниш, 2014.год., стр.62

8 Стратегија развоја електронске управе у Републици Србији за период од 2009. до 2013. године, на основу члана 45.став 1. Закона о Влади („Сл.гл.РС“,бр.55/05, 71/05-исправка, 101/07 и 65/08)

транспарентности у вези са радом јавне управе подразумева да свако на кога се односи административно поступање, буде упознат са основама таквог поступања. Ово начело се изражава и као обавеза органа да информишу грађане о њиховим правима и обавезама, упозна их са својом организационом структуром, пословима која обављају, коришћењем буџетских средстава, детаљима управног поступка и вођења поступка у којима грађани остварују своја права.⁹ Е-управа је идеалан начин брзог и лаког приступа таквим информацијама, подношење различитих захтева, прибављању докумената и брзе, лаке и доступне комуникације и прослеђивања неопходних информација од стране управе грађанима.

Основна идеја на којој почива е-управа је да се грађанима омогући да у било које време „послују“ са Владиним институцијама, што значајно доприноси изградњи управе као *сервиса* грађана. Е-управа подразумева реорганизацију и стандардизацију административних процедура што значајно доприноси смањењу трошкова и сузбијање корупције и различитих злоупотреба¹⁰. Стандардизоване процедуре значе и бољу координацију између државних органа, као и контролу аката органа власти и правилност административног процеса. Такође, као предност изградње е-управе истиче се и груписање и организација јавних услуга према потребама грађана, које су међусобно интегрисане, тако да је корисницима потребна минимална документација да би поднели захтев и задовољили своје потребе. Све друге потребне информације, уколико су у поседу неког државног органа, добијају се комуникацијом државне управе коришћењем интегрисаних услуга.

Примена информационих технологија је од посебног значаја у управном поступку. Могућност електронског подношења захтева, вођења поступка и издавања управних аката или јавних исправа представља најзначајнију новину у управном поступку, која је од непосредног интереса за грађане. Наиме, Законом о општем управном поступку¹¹ је предвиђено да се у поступку покренутом поводом захтева странке или по службеној дужности у интересу странке решење може донети без спровођења посебног испитног поступка или ако не постоје други разлози због којих се не може донети решење без одлагања, надлежни орган је дужан да донесе и достави странци решење што пре, а најкасније у року од једног месеца од дана предаје уредног захтева странке, односно

9 Видас-Бубања, М., „Предности и ограничења изградње е-управ у Србији“, часопис за економију и тржишне комуникације, 2011. год., стр. 82

10 Исто

11 Закон о општем управном поступку, („Сл. лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/2001 и „Сл. гл. РС“, бр. 30/2010), чл. 208. ст. 1

од дана покретања поступка по службеној дужности. У свим осталим случајевима у којима је поступак покренут по захтеву странке или по службеној дужности у интересу странке, рок за доношење и достављање решења је два месеца. Уколико орган против чијег је решења допуштена жалба не донесе и не достави странци решење у прописаном року, настаје случај „ћутања управе“. Странка тада има право на жалбу као да је њен захтев одбијен. Увођење електронске управе, управо, смањује могућност настанка „ћутања управе“, повећава ажурност, доводи до уштеде времена и смањења трошкова. Такође, доводи до промене културе у комуникацији грађана и органа управе и условљава евентуалну измену или прецизирање законских прописас који се односе на доношење и достављање решења.

Е-управа доприноси брзој и лакој провери *законитости* рада јавне управе у пружању услуга њеним корисницима, обезбеђује супротстављање арбитражном доношењу одлука, на једнако поступање јавне управе приликом пружања услуга својим корисницима без обзира на њихов друштвени статус, пребивалиште, године старости и сл.¹² Такође, е-управа обезбеђује поштовање корисника услуге као и њеног личног достојанства.

Е-управа омогућава грађанима да сагледају унутрашњи тог административних процедура чиме се појачава однос поверења између грађана и управе. Најзад, грађани имају прилику да делимично преузму одговорност за контролу квалитета процедура с обзиром на услуге које им се пружају. То значи да се њене активности лакше контролишу и усавршавају.¹³ Могућност контроле путем коришћења е-управе, услед нужне отворености и транспарентности, условљава поступање запослених у органима управе законом предвиђеним оквирима, усвајање предлога и иновација од стране грађана приликом планирања и организовања послова, нарочито у сфери комуналних делатности. Такође, јавља се потреба за константним процесом усавршавања постојећих и запошљавања нових стручних и оспособљених кадрова. Тако долази до повећавања *квалитета* рада целокупне управе и стварање нове *етике* понашања како у међусобном односу запослених у органима управе, тако и у односу према грађанима.

Посебну област примене информационих технологија представља учешће грађана у доношењу одлука тзв. *е-демократија*. Класични демократски институти донекле губе значај у савременом друштву. Основне предности е-демократије се састоје у олакшаној могућности грађана да се упознају са

12 Milenković, D., *E-uprava u savremenim upravnim sistemima i Republici Srbiji*, *Časopis za društvene nauke*, 4/2014, str.1785

13 Димитријевић, П., *Електронска управа и информационо друштво*, Правни факултет, Источно Сарајево, 2009. год.

одлукама од општег значаја још у фази њихове израде, а пре доношења, да укажу на њихове недостатке и предложе решења или да се примедбама да се обраћају јавној управи, а посебно органима локалне самоуправе која је најнепосредније везана за њихове интересе и животне потребе.¹⁴

Јавна управа је сегмент друштва, и даље бирократизован, који се најспорије прилагођава потребама данашњице, када је иновација постала основни покретач друштвеног, економског и политичког развоја и чији незаобилазни део представља примена информационо комуникационих технологија. Реформа јавне управе, у целини, па и у области е-управе тече споро. Одређени кораци у том правцу су учињени. Донети су инструменти јавне политике као што су стратегије: „Стратегија реформе државне управе“ из 2004. године, „Стратегија развоја информационог друштва Републике Србије“ из 2006. године. Ову стратегију је заменила „Стратегија развоја информационог друштва у Републици Србији до 2020. године“ из 2010. године. Свакако, најзначајнија стратегија са становишта е-управе и јавне управе је „Стратегија развоја електронске управе за период од 2009. године до 2013. године“. Један од основних задатака постављен овом Стратегијом је успостављање портала е-управе (www.euprava.gov.rs). Портал е-управа, установљен је у јуну 2010. године. Портал је конципиран тако да се на једноставан и брз начин могу пронаћи све релевантне информације везане за потребе грађана и привреде пред јавном администрацијом и груписане су у тринаест области. Претрага се може вршити према надлежном органу, а услуге је могуће претраживати и према почетном слову. Посебно значајан део портала јесте део где грађани могу да предају одређени захтев јавној администрацији on-line. Такође, могуће је да се на портали прати статус реализације електронског захтева, као и да се прими поврати одговор или одговарајућа дозвола или тражени документ.¹⁵

Дирекција за е-управу покренула је консултативни процес о предлогу Стратегије и Акционог плана развоја е-управе у Републици Србији у периоду од 2015. године до 2018. године. Овај процес је покренут ради прибављања мишљења стручне и шире јавности у вези сагледавања потреба и приоритета развоја е-управе до 2018. године. Општи циљеви Стратегије су: повећавање задовољства корисника јавних услуга, смањење терета администрације за привредне субјекте и грађане, повећање ефикасности јавне управе употребом информационо-комуникационих технологија, национална и прекогранична интероперабилност, повећање транспарентности и одговорности рада, јачање партиципације грађана у

14 Golić, D., Matijašević-Obradović, D., *Informacione tehnologije kao sredstvo demokratizacije javne uprave*, Sinteza, Beograd, 2014. god., str.107

15 <http://www.euprava.gov.rs/>, септембар 2015. год.

демократском одлучивању, заштита приватности података о личности, подршка и промовисање напредне, одрживе, свеобухватне и кориснички оријентисане електронске управе која ће бити подршка успостављању економије базиране на знању. Задачи које је потребно остварити до 2018. године су: 1) 30% грађана користи услуге е-управе; 2) 85% привредних субјеката користи услуге е-управе; 3) електронске услуге расположиве су како за кориснике у Републици Србији, тако и за кориснике у иностранству. Такође, овом Стратегијом су дефинисани и кључни приоритети даљег развоја е-управе: заокруживање стратешког и законодавног оквира и унапређивање инфраструктуре која ће обезбедити електронску управу.¹⁶

Национални портал е-управа броји преко триста хиљада корисника, а грађанима и привредним субјектима је доступно преко петсто електронских услуга. Међу најпопуларнијим услугама које државне институције нуде преко портала е-управе су услуге Министарства унутрашњих послова: заказивање термина за издавање личне карте и пасоша и замена старе возачке дозволе за нову.

Студија Уједињених Нација, чији су резултати постављени на ReSPA¹⁷ регионалном састанку Србије, Црне Горе, Босне и Херцеговине и Албаније, показала је по индексу развијености да је е-управа Републике Србије на другом месту.

Поред стратегија, од 2004. године усвојено је мноштво закона и подзаконских аката који систем е-управе чини остваривим. То су, између осталих, Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја из 2004. године, који уводи обавезу органа јавне власти да редовно објављују информаторе о раду и на својим интернет презентацијама; Закон о електронском потпису, из 2004. године, који имплементира ЕУ прописе који уређују електронски потпис; Закон о електронском документу, из 2009. године, који регулише употребу електронског документа и временски жиг и други.

И поред великих потенцијала е-управе, чини се да је Република Србија још увек на ниском нивоу њеног развоја. Поред донетих стратегија и закона потребно је извршити промену културе и свести у државним органима и у грађанима.

У нашој земљи не постоји добра пракса у прикупљању и размени података између самих државних органа, а ни између државних органа и грађана. Лоша сарадња и координација рада државних органа, чак и онда када је

¹⁶ <http://www.euprava.gov.rs/>, септембар 2015. год.

¹⁷ Међународна организација основана са циљем jaчања регионалне сарадње у области јавне управе на Западном Балкану

законом предвиђена обавеза међусобне сарадње, најбоље се може видети на примеру односа Министарства за управу и локалну самоуправу и Министарства за рад, социјална и борачка питања у делу примене прописа из пензијског и инвалидског осигурања. Овим прописима је предвиђена обавеза матичне службе локалних самоуправа да у року од 3 дана доставе податке о смрти корисника пензије. Како локалне самоуправе то не чине тј. не достављају Фонду за пензијско и инвалидско осигурање податке о умрлим корисницима то за последицу има исплату пензија након датума смрти што даље узрокује огроман одлив новца из буџета Републике Србије. Овај пример из праксе управо показује велику важност и нужност изградње обједињене базе за електронску размену података као дела е-управе.

Дакле, изградња е-управе, омогућава упућивање сугестија и критика од стране грађана, чиме се овакав облик несумњиво позиционира у оквиру политичке контроле управе. Такође, ствара основе за доношење одговарајућих норми којима се регулише систем санкција, као и поступак њихове примене, у случајевима неажурног, неетичког и у крајњој линији незаконитог поступања запослених у управи и функционера.

3. Слободан приступ информација од јавног значаја и контрола управе

Уставом Републике Србије, право на приступ информација од јавног значаја зајемчено је, додуше, не као самостално, већ кроз право на обавештени¹⁸ којим је, поред права на приступ информацијама, обухваћено право сваког да буде истинито, потпуно и благовремено обавештен о питањима од јавног значаја, као и обавеза средстава јавног обавештавања да то право поштују.

Народна скупштина Републике Србије је крајем новембра 2004. године, донела Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја који је у великој мери био усклађен са међународним стандардима у овој области. Изградњом модерног правног оквира створени су предусловни за нормативно регулисање других области који у то време нису биле регулисане (тајност података). Закон је три пута мењан и допуњаван, изменама и допунама Закона који су уследиле 2007., 2008. и 2010. године. Правилно коришћење могућности и решења предвиђених Законом о слободном приступу информација од јавног значаја омогућава грађанима да покрећу иницијативе и дају носиоцима власти конструктивне и квалитетне предлоге за решавање питања од општег интереса што је

¹⁸ Устав Републике Србије, („Сл.гл.РС“, бр.98 од новембра 2006. године), чл.51

неопходно за успостављање демократије и изградњу модерне, ефикасне управе која служи грађанима.

Информација од јавног значаја је информација којом располаже орган јавне власти, настала у раду или у вези са радом органа јавне власти, садржана у одређеном документу, а односи се на све оно о чему јавност има оправдани интерес да зна. Да би се нека информација сматрала информацијом од јавног значаја није битно да ли је извор информације орган јавне власти или које друго лице, није битан носач информација (папир, трака, филм, електронски медији и сл.) на коме се налази документ који садржи информацију, датум настанка информације, начин сазнавања информације, нити су битна друга слична својства информације.¹⁹

Сходно одредбама Закона, оправдани интерес јавности да зна, постоји у погледу свих информација којима располажу органи јавне власти. Законом се најпре предвиђа да осим „привилегованих информација“, тачније оних којима орган јавне власти никада не може ускратити приступ – а то су оне које се односе на ужожавање живота и здравље људи и животне средине. У погледу других информација орган може да докаже супротно. У том смислу, право на слободан приступ информацијама није апсолутно право. Закон садржи разлоге услед којих слобода приступа може бити ускраћена или ограничена, када су та ограничења (претежнији интереси) утврђена Законом (самим тим су и легална). Међутим, у савременом демократском друштву захтева се да до ограничења права може доћи ако су таква ограничења друштвено оправдана, односно након утврђивања да ли су она неопходна у демократском друштву²⁰. Тако, право на приступ информацијама од јавног значаја бива искључено или ограничено: 1) ради заштите: живота и здравља људи, вођења правних поступака и правилног суђења, безбедности и одбране земље, оправданих економских интереса и других правно заштићених вредности чије очување претеже у односу на право приступа о којем је реч; 2) ради спречавања злоупотреба и 3) заштите приватности и других права личности, према томе, ако се утврди да би тражили приступ информацији могао да се ускрати ради заштите неког од претежнијих интереса утврђених Законом то још није довољно да се закључи да би ускраћивање било у складу са Законом. Потребно је такође да се утврди да би у конкретном случају тај интерес приступом траженој информацији био озбиљно повређен, те да потреба заштите супрутног интереса претеже над потребом заштите интереса тражиоца

¹⁹ Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, („Сл.гл.РС“, бр.120/04, 54/07, 104/09 и 36/10), чл.2

²⁰ Миленковић, Д., *Приручник за примену Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја*, Београд, 2010.год., стр.14

да зна, просуђујући неопходност ускраћивања приступа по мерилима демократског друштва.²¹

Оно што овај Закон чини либералним и демократским јесте чињеница да ни један од наведених изузетака не спада у категорију тзв. "апсолутних изузетака". Ниједна информација није аутоматски исључена из обавезе слободе приступа, већ до тога може доћи само ако претежнији интереси, обухваћени изузетцима у конкретном случају односе превагу над слободом приступа информацијама.

Законом није дефинисан појам „тражилац информације“. Он међутим, проистиче из члана којим је утврђена садржина права на приступ информацијама из кога произилази да свако има право на приступ информацијама од јавног значаја (чл.5.). Под изразом „свако“ подразумевају се физичка и правна, домаћа или страна лица. Када је реч о грађанину као физичком лицу, није важно да ли је домаћи или страни држављанин, као ни то да ли има пребивалиште или боравиште на територији Републике Србије. Као правна лица, то могу бити привредна друштва, удружења грађана, верске организације, политичке странке, а у пракси спровођења Закона показало се да могу бити и други органи јавне власти.

Закон садржи и веома важна начела у којима се остварују предуслови за једнаку и правичну примену одредаба Закона тј. коришћење могућности механизма контроле субјеката јавне власти. Начелом једнакости предвиђено је да ова права припадају свима под једнаким условима, без обзира на држављанство, пребивалиште, боравиште или лично својство као што је раса, вероисповест, национална и етничка припадност, пол и слично. У случају кршења начела једнакости од стране органа јавне власти, одговорно лице у органу може бити кажњено за прекршај²². Законом се посебно гарантује једнак третман новинара и јавних гласила јер орган власти не сме стављати у бољи положај ниједног новинара или јавно гласило.²³

Под органом јавне власти, у смислу овог Закона, подразумевају се: 1) државни орган, орган територијалн аутономије, орган локалне самоуправе, као и организација којој је поверено вршење јавних овлашћења; 2) правно

21 Исто, стр.69

22 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, („Сл.гл.РС“, бр.120/04, 54/07, 104/09 и 36/10), чл.46.ст.1.тач.1

23 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, („Сл.гл.РС“, бр.120/04, 54/07, 104/09 и 36/10), чл.7

лице које оснива или финансира у целини, односно у претежном делу државни орган.²⁴

Поступак пред органом јавне власти одвија се у рангу првостепеног управног поступка, према Закону о општем управном поступку, ако Законом о слободном приступу информација од јавног значаја није другачије одређен. Најпре тражилац подноси писани захтев органу јавне власти за остваривање права на приступ информацијама од јавног значаја. Орган је дужан да без одлагања, а најкасније у року од 15 дана од пријема захтева, обавести тражиоца да ли поседује односну информацију, и да му омогући одговарајући приступ. Ако удовољи захтеву орган о томе сачињава службени белешку, без доношења посебног решења. Ако одбије захтев, доноси посебно решење са упутством о правном леку. У случају „ћутања органа“, тражилац има право на жалбу поверенику као другостепеном органу.

Повереник је независни и самосални државни орган који је установљен Законом о слободном приступу информацијама од јавног значаја.²⁵ Он несме тражити нити примати налоге и упутства за свој рад од других државних органа или других лица. Повереник се стара о несметаном остваривању права на приступ информацијама од јавног значаја, тако што: одлучује о жалбама на решења органа јавне власти којима се одбија приступ информацијама: израђује и објављује приручник са практичном упутствима за остваривање права предвиђених Законом и доноси Упутство за изразу и објављивање информатора о раду државних органа.

Тражилац може изјавити жалбу поверенику у року од 15 дана од дана достављања решења првостепеног органа јавне власти. Жалба је искључена против решења Народне скупштине, Владе, Врховног суда Србије, Уставног суда и Републичког јавног тужиоца.²⁶ Недопуштено, неблаговремену и неовлашћено изјављену жалбу повереник одбацује закључком. Пошто изврши неопходне провере, саслуша обе стране и утврди правно релевантно чињенично стање, доноси решење. Решењем се жалба одбија или уважава и наређује органу јавне власти да тражиоцу омогући увид у односни документ. То решење је обавезно и извршно, уједно и коначно у управном поступку, а против њега се може тражити судска

24 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, („Сл.гл.РС“, бр.120/04, 54/07, 104/09 и 36/10), чл.3

25 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, („Сл.гл.РС“, бр.120/04, 54/07, 104/09 и 36/10), чл.1.ст.2

26 Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, („Сл.гл.РС“, бр.120/04, 54/07, 104/09 и 36/10), чл.22

заштита, тужбом у управном спору. Орган јавне власти, као првостепени орган у првостепеном поступку, нема тужилачку легитимацију у управном спору.²⁷ Извршење решења и закључака повереника обезбеђује Влада Републике Србије.

Слобода приступа информацијама не само да представља значајан услов изградње и очуања правне државе, већ је и незаобилазни фактор контроле управе од стране грађана. Поверење грађана добијено на изборима представља нужан, али не и довољан услов за легитимност власти, тј. њених носилаца, који у току свог мандатног периода мора изнова да се потврђује у свакодневном деловању носилаца власти. Без непосредног увида у рад субјеката који врше функцију власти и управљања другим јавним пословима, а посебно без благовремених, истинитих и потпуних информација о обављању послова из њихове надлежности, није могуће остварити контролу, а тиме утврдити одговорност за предвиђене, очекиване и евентуално изостале резултате у различитим областима друштвеног и политичког живота.

Законом регулисан поступак и евентуална примена санкција, указују да је контрола управе од стране повереника за информације од јавног значаја представља правну контролу управе.

4. Закључак

Основни циљ реформе државне, и уопште јавне управе уклапа се у концепт правне државе у којој грађани уживају однос поверења према управи тј. њеним службеницима тако што се успостављају правила и принципи понашања. Јавни службеник треба да поседује свест о томе да служи грађанима и да брине о јавном интересу. Није довољно прописати процедуре и правила понашања већ створити осећај њихове неопходности и исправног поступања према грађанима уз поштовање њихове личности и достојанства. На тај начин се побољшава радна атмосфера, повећава продуктивност и квалитет рада и стварају услови за изградњу кодекса понашања запослених у управи. Такође се код грађана, као корисника услуга, изграђује свест о благовременом испуњењу за њих прописаних обавеза повећава интересовање и број конструктивних предлога и иновација. У целокупном процесу реформе и изградње модерне управе, поступак контроле је неизоставно потребан. Циљ контроле управе није ограничен само на констатацију нечега што се већ догодило, већ је окренута ка будућности јер се тежи обезбеђењу права грађана и законитости,

²⁷ Томић, З., *Опште управно право*, Правни факултет Универитета у Београду- Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012. год., стр. 60

односно правилности. Контрола управе од стране грађана је специфичан вид контроле који се може остварити на различите начине - обједињује карактеристике правне контроле с једне стране и политичке са друге. Без обзира на класификацију овог облика контроле управе, несумњиво се може констатовати да је неопходна ради доброг функционисања управе, елиминисање грешака, отклањања манипулација и подизања одговорности.

Литература

Видас-Бубања, М., „Предности и ограничења изградње е-управ у Србији“, часопис за економију и тржишне комуникације, 2011.год.,

Golić, D., Matijašević-Obradović, D., *Informacione tehnologije kao sredstvo demokratizacije javne uprave*, Sinteza, Beograd, 2014.god.,

Димитријевић, П., *Електронска управа и информационо друштво*, Правни факултет, Источно Сарајево, 2009.год.

Димитријевић, П., *Управно право, општи део* Атлантис Ниш, Ниш, 2014.год.,

Milenković, D., *Е-управа у савременим управним системима у Републици Србији*, *Часопис за друштвене науке*, 4/2014,

Миленковић, Д., *Приручник за примену Закона о слободном приступу информацијама од јавног значаја*, Београд, 2010.год.,

Милков, Д., *Управно право III, контрола управе*, Универзитет у Новом Саду – Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2013.год.,

Томић, З., *Опште Управно право*, Правни факултет Универзитета у Београду-Центар за издаваштво и информисање, Београд, 2012.год.,

Устав Републике Србије, („Сл.гл.РС“, бр.98 од новембра 2006.године),

Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја, („Сл.гл.РС“, бр.120/04, 54/07, 104/09 и 36/10),

Закон о општем управном поступку, („Сл.лист СРЈ“, бр.33/97 и 31/2001 и „Сл.гл.РС“, бр.30/2010),

Стратегија развоја електронске управе у Републици Србији за период од 2009. до 2013.године, на основу члана 45.став 1. Закона о Влади („Сл.гл.РС“, бр.55/05, 71/05-исправка, 101/07 и 65/08)

<http://www.euprava.gov.rs/>

Anika Jakovljevic,

Teaching assistant at the Faculty of Law University of Kragujevac

CONTROL OF PUBLIC ADMINISTRATION BY THE CITIZENS

Summary

The author points to the significance of process control in the administration building towards a modern, democratic and efficient administration. Despite numerous modalities, control of public administration by the citizens, is a specific form of control, given the importance that has to create an open, fair and relations of trust of citizens and the administration. In order to determine the nature and place in a wide range of forms of administrative control, the paper analyzes the possibilities, advantages and achievements in building e administration and use of the right to access information of public importance as a basic prerequisite ya use of this form of administration control.

Keywords: *control of public administration, control of public administration by the citizens, e-government, information of Public Importance.*

РЕСТИТУЦИЈА КРОЗ ЗАКОНСКУ РЕГУЛАТИВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: После Другог светског рата држава је спровела низ привредно-политичких мера на основу којих је имовина из приватне својине прешла у државну, односно друштвену својину. Овај пренос имовине из приватне у државну својину имао је више правних облика, а најзначајнији међу њима јесу: аграрна реформа и колонизација, конфискација и национализација. Поједини закони којима су уређене ове мере предвиђали су исплату накнаде за одузету имовину, али прописана накнада углавном није исплаћена. Имајући у виду да се овде ради о решавању питања везаног за област својинско-правних односа и стварању пре свега финансијских обавеза за државу, било је нужно да се ово питање уреди законом. С обзиром на наведено, донето је више закона којима су била уређена права на денационализацију физичким и одређеним правним лицима којима је после Другог светског рата одузета имовина на територији Републике Србије по различитим основима, а која је пренесена у општенародну, државну, друштвену или задружну својину. С тим у вези у раду су анализиране основне карактеристике закона на основу којих је предвиђена могућност повраћаја имовине, са посебним освртом на Закон о враћању одузете имовине и обештећењу, први свеобухватни Закон те врсте који се примењује на територији Републике Србије.

Кључне речи: реституција, принцип законитости, Србија, подржављење, имовина.

1 alexjanic@hotmail.com

1. Увод

После Другог светског рата Демократска Федеративна Југославија, спровела је низ идеолошки обојених привредно-социјалних мера на основу којих је имовина у приватној својини, која се није уклапала у новоустројени политички систем, прешла у државну, односно друштвену својину. Привредне мере се не би могле спровести да их нису пратиле политичке мере без обзира на друштвено-политичко уређење које се временом мењало и без обзира на непоштовање принципа правичности и непоштовања људских права. Истине ради, поједини закони којима су уређене наведене мере, предвиђали су исплату накнаде за подржављену имовину, али прописана накнада или није одговарала тржишној вредности те имовине или није никада исплаћивана.

2. Основни правни облици подржављења имовине

2.1. Аграрна реформа и унутрашња колонизација

Аграрна реформа је мера државне власти којом се мењају власнички односи и право власништва над земљом, ради одређених социјално-привредних или политичких циљева, док унутрашња колонизација представља планско пресељавање народа у друге делове земље. Аграрна реформа и колонизација заснивала се на тада опште прихваћеном начелу: *Земља припада оном ко је обрађује*. Полазећи од ове максиме, додељивање земље вршено је земљорадницима *безземљашима* и онима који нису имали довољно земље по прописима који су важили у послератном периоду. Према статистичким подацима, од укупно расподељивог земљишног фонда аграрне реформе и колонизације, 51% дат је у својину сељацима, 18,3% државним пољопривредним добрима, 2,5% државним предузећима, 2,6% општим земљорадничким задругама, 1,3% здравственим и другим установама, док је 24,3%, отпало на шуму и земљишта за пошумаљавање (Савезни завод за статистику, 1989). У Републици Србији, укључујући и обе њене покрајине, кроз аграрну реформу су експрописана 91.352 земљишна и шумска поседа у укупној површини од 732.438 хектара. Аграрна реформа најтеже је погодила власнике земаља у Војводини. Према извештају који је Планској комисији НР Србије доставила Комисија за Аграрну реформу и колонизацију при влади ФНРЈ, наводи се да је у Аутономној покрајини Војводини у земљишни фонд аграрне реформе и колонизације ушло 668.412 хектара земљишта (Лекић, 1997: 381). Кад је у лето 1945. године најављено доношење Закона о аграрној реформи и колонизацији, против његовог доношења и то не генерално већ у односу на црквену имовину, изразили су протест највиши органи православне и католичке цркве у Југославији,

сматрајући да је исти неправедан и нехуман, те да грубо вређа социјалну правду (Гаћеша, 1984: 111).

2.2. Конфискација

По дефиницији конфискација је споредна казнена санкција која се изриче уз главну казну а подразумева одузимање имовине осуђеног лица у корист државе, без накнаде. Већ је током рата на територијама које су биле заузеле од стране партизана Југославије, почела конфискација *непријатељске имовине* окупатора и лица која су сарађивала са окупационим снагама. Почев од тада, одузимање имовине није ни било везано за неко конкретно кривично дело већ је конфискација проширавана на лица и групе који су у политичком смислу били супротстављени новој власти или који су проглашавани за политички супротстављене (Прометеј, 2002: 563-582). За конфискацију постоје извесни персонални, али не и имовински подаци. Тако је кроз затворе у Србији, сем Косова и Метохије, прошло 10.082 лица од којих је 1224 осуђено (Петрановић, 1988:116).

2.3. Национализација

Национализација се може дефинисати као процес, на основу акта власти, принудног прелаза у државну својину привредних предузећа и покретне и непокретне имовине (стамбених зграда, пословног простора, земљишта, возила, машина и др), која је до тада била у приватном власништву, са симболичном накнадом или без накнаде. Након Другог светског рата, социјалистичка национализација је започета у источноевропским земљама, Кини, као и свим другим земљама, које су прихватиле програм изградње социјалистичког друштва. (Simonetti, 2004: 57-59). Пре „опште“ реституције која је у правни систем Републике Србије уведена 2011. године, доношењем Закона о враћању одузете имовине и обештећењу, неправедно одузета приватна имовина, почев од 1990. године *делимично* је враћана, законом одређеном кругу лица. Непокретности су враћене земљорадничким задругама, пољопривредницима, занатлијама, селима, некадашњим власницима неизграђеног грађевинског земљишта, бившим власницима експроприсаног земљишта које није знатније изграђено, црквама и верским заједницама.

3. Повраћај имовине на основу Закона о условима и начину враћања имовине стечене радом и пословањем задруга после 1. јула 1953. године

Закон о условима и начину враћања имовине стечене радом и пословањем задруга после 1. јула 1953. године (у даљем тексту ЗУН), прописује да се имовина стечена радом и пословањем задруга и задругара после 1. јула 1953. године, која је организационим, односно статусним променама пренета без накнаде другим корисницима на основу документованог захтева враћа тим задругама, односно њиховим правним следбеницима, на начин и под условима утврђеним овим законом.² Такође је овим законом прописано да се пословне и стамбене зграде које су, од 1. јула 1953. до 31. децембра 1965. године биле у власништву задружних савеза, а касније без накнаде пренете другим корисницима, на основу документованог, враћају тим савезима, на начин и под условима утврђеним овим законом.³ Законом је прописано, да уколико је лице код кога је предметна непокретност на коришћењу улагањем средстава повећао вредност те непокретности чије се враћање тражи, има право на накнаду за рад и уложена средства⁴. У случају да непокретност није могуће вратити услед промена (арондација⁵, комасација⁶ или друге мере уређења земљишта, промена намене пословне или стамбене зграде и сл.), подносилац захтева има право да тражи новчану противвредност имовине, а корисник може да се ослободи те обавезе, враћањем друге непокретности сличних својстава или намене.⁷

4. Предмет и поступак реституције предвиђен Законом о начину и условима признавања и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа

Овим Законом (у даљем тексту ЗНУ) прописано је да се ранијем сопственику односно његовом правном следбенику враћа земљиште одузето

2 Чл. 1. ЗУН. *Сл. гласник РС*, 46/1990

3 Чл. 1. ст. 2. ЗУН

4 Чл. 7. ЗУН

5 Арондација (у пољопривреди) је припајање мањих туђих земљишта (енклава), већем поседу ради рационалније производње.

6 Комасација је груписање земљиних поседа свих власника на одређеном подручју, ради рационалније производње.

7 Чл. 8. ЗУН

по два основа: по основу Закона о пољопривредном земљишном фонду друштвене својине и додељивању земље пољопривредним организацијама и по основу конфисковања због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа по прописима о обавезном откупу.⁸ Из самог наслова закона види се да је предмет враћања земљиште које се налази у друштвеној својини на дан подношења захтева. У случају кад су на земљишту које се враћа изграђени објекти трајног карактера чија вредност прелази вредност тог земљишта или су подигнути трајни засади у комплексу већем од три хектара који су млађи од 15 година, као и земљиште које се користи као фудбалско игралиште (спортски терени) ранијем сопственику на име накнаде даће се у својину друго одговарајуће земљиште (по површини и квалитету), а ако таквог земљишта нема, односно ако се не може обезбедити, исплатиће му се новчана накнада у висини тржишне вредности, уколико се странке друкчије не споразумеју.⁹ Право на накнаду у облику другог одговарајућег земљишта, односно на новчану накнаду има и ранији сопственик одузетог земљишта које је до дана ступања на снагу овог закона отуђено из друштвене својине.¹⁰ Кад земљиште које се враћа има статус неизграђеног градског грађевинског земљишта, ранији сопственик тог земљишта има право на накнаду (у облику и висини) која припада ранијем сопственику градског грађевинског земљишта за одузето неизграђено градско грађевинско земљиште, по закону којим се уређује грађевинско земљиште, ако му накнада за то земљиште већ није исплаћена.¹¹ Законом је био ограничен рок у коме је ранији сопственик могао да подноси захтев за враћање земљишта и он је износио десет година од дана ступања на снагу овог закона.¹² Закон је успешно разрешио и једну наизглед компликовану ситуацију. У ситуацији кад је одузето земљиште било у својини породичне задруге, односно у другим облицима заједничке својине, захтев су могла да поднесу лица која су била чланови те заједнице, односно правни следбеници тих лица.¹³

8 Чл. 1. ст. 1. ЗНУ, *Сл. гласник РС*, 18/91, 20/92 и 42/98

9 Чл. 1. ст. 3. ЗНУ

10 Чл. 1. ст. 4. ЗНУ

11 Чл. 1. ст. 5. ЗНУ

12 Чл. 3. ст. 1. ЗНУ

13 Чл. 3. ст. 2. ЗНУ

5. Предмет повраћаја на основу Закона о враћању утрина и пашњака селима на коришћење

Законом о враћању утрина и пашњака селима на коришћење (у даљем тексту ЗВУП), прописано је да се сеоске утрине и пашњаци који су постали друштвена својина по основу Закона о проглашењу општенародном имовином сеоских утрина, пашњака и шума, имовине земљишних, урбанијалних и њима сличних заједница, као и крајишких (граничарских) имовних општина, враћају на коришћење селима под условима и на начин утврђен овим законом.¹⁴ Предмет враћања на коришћење јесу утрине и пашњаци који на дан ступања на снагу овог закона имају својство необрадивог пољопривредног земљишта, независно од тога да ли су од момента одузимања до момента ступања на снагу овог закона мењали културу, односно намену.¹⁵ Пашњацима, у смислу овог закона, сматрају се и шумска земљишта која су у моменту ступања на снагу овог закона по култури пашњаци.¹⁶ Такође је прописано да се одредбе овог закона не односе на утрине и пашњаке које је физичко лице стекло у својину по неком правном основу, као и на утрине и пашњаке подложне ерозији, одношењу обале водотоком, деградиране пашњаке у планинским пределима и сл.¹⁷ Корисници утрина и пашњака на дан доношења овог Закона, дужни су да предају утрине и пашњаке селима на коришћење у року од 15 дана од дана правоснажности акта о враћању.¹⁸

6. Основне карактеристике Уставног закона о допуни Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, са аспекта реституције

Законом о допуни Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије (у даљем тексту ЗДУС), прописано је да 20. марта 1991. године престаје да важи Закон о пољопривредном земљишном фонду друштвене својине и додељивању земље пољопривредним организацијама.¹⁹ Такође је прописана могућност да се земљиште које је прешло у друштвену својину по основу Закона о пољопривредном земљишном фонду друштвене својине и додељивању земље пољопривредним организацијама може одузети

14 Чл. 1. ст. 1. ЗВУП, *Сл. гласник РС*, 16/1992

15 Чл. 1. ст. 2. ЗВУП

16 Чл. 1. ст. 3. ЗВУП

17 Чл. 2. ст. 1. ЗВУП

18 Чл. 4. ст. 1. ЗВУП

19 Чл. 19а. ЗДУС, *Сл. гласник РС*, 50/1992

од корисника односно држаоца и вратити ранијем сопственику, односно његовом правном следбенику.²⁰ У складу са законом, ранијем сопственику, односно његовом правном следбенику може се вратити и земљиште које је прешло у друштвену својину конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа, по прописима о обавезном откупу.²¹ Закон је предвидео и ситуацију кад одузето земљиште из оправданих разлога није могуће вратити, ранијем сопственику, односно његовом правном следбенику. У том случају, на име накнаде за одузето земљиште могло се дати у својину друго одговарајуће земљиште, односно исплатити одговарајућа новчана накнада.²² Законом је прописано да се непокретности проглашене општенародном имовином Законом о проглашењу општенародном имовином сеоских утрина, пашњака и шума, имовине земљишних, урбаријалних и њима сличних заједница, као и крајишких (граничарских) имовних општина, које се налазе у друштвеној односно државној својини, на којима су извршене деобе које су, у смислу прописа о самовласним заузећима сматране самовласним заузећем непокретности у друштвеној својини, на којима је право својине правоснажно расправљено по тим прописима, могу, без накнаде, одузети од садашњег корисника, односно држаоца и дати у својину лицу које је извршило физичку деобу и било у поседу тих непокретности пре 28. августа 1945. године, односно његовом правном следбенику.²³

7. Могућност натуралне реституције на основу Закона о планирању и изградњи из 2003. године

Законом о планирању и изградњи из 2003. године (у даљем тексту ЗПИ), дата је могућност натуралне реституције. Наведеним Законом прописано је да на неизграђеном осталом грађевинском земљишту у државној својини право коришћења има ранији сопственик, законски наследник, као и лица на која је ранији сопственик пренео право коришћења.²⁴ Такође је прописано да се ранијим сопствеником сматра лице које је по важећим прописима било његов сопственик на дан ступања на снагу Закона о национализацији најамних зграда и грађевинског земљишта, Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима градског карактера, односно Закона о одређивању грађевинског земљишта у градовима и насељима

20 Чл. 19б. ст. 1. ЗДУС

21 Чл. 19б. ст. 2. ЗДУС

22 Чл. 19б. ст. 4. ЗДУС

23 Чл. 19в. ст. 1. ЗДУС

24 Чл. 84.ст. 1 ЗПИ, *Сл. гласник РС, 47/2003 и 34/2006*

градског карактера.²⁵ Интересантан је став Закона да је право коришћења изведено из наведених закона, као *празно право*, у промету. Законом је такође прописано да ранији сопственик који је, до дана ступања на снагу овог закона, стекао право прече градње а није саградио објекат, може да поднесе захтев за поништај правноснажног решења.²⁶

8. Денационализација предвиђена Законом о планирању и изградњи из 2009. године

Законом о планирању и изградњи из 2009. године (у даљем тексту ЗПИ) са свим изменама и допунама, прописано је да се право коришћења на грађевинском земљишту, претвара у право својине, без накнаде.²⁷ Ова одредба, са аспекта ранијих власника који су носиоци права коришћења на изграђеном, односно неизграђеном грађевинским земљиштем, представља својеврсну денационализацију и враћање таквог земљишта национализованог по Закону о национализацији најамних стамбених зграда и грађевинског земљишта, у приватну својину. Право својине стиче се даном ступања на снагу овог закона, а упис права својине врши орган надлежан за послове државног премера и катастра, по службеној дужности.

9. Услови, начин и поступак враћања имовине на основу Закона о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама

Законом о враћању (реституцији) имовине црквама и верски заједницама (у даљем тексту ЗВЦЗ) уређени су услови, начин и поступак враћања имовине која је на територији Републике Србије одузета од цркава и верских заједница, као и од њихових задужбина и друштава, применом прописа о аграрној реформи, национализацији, секвестрацији и других прописа који су донесени и примењивани у периоду од 1945. године, као и свим другим актима којима је вршено одузимање те имовине, без тржишне накнаде.²⁸

Враћање одузете имовине заснивало се на начелима: једнаког правног третмана свих цркава и верских заједница; њихове аутономије воље у погледу покретања поступка; заштите правне сигурности садашњих савесних власника и трећих лица, као и на начелима хитног поступања.²⁹ Закон изричито прописује да се одузета имовина, пре свега, враћа у натуралном

25 Чл. 84.ст.2 ЗПИ

26 Чл. 85.ст.1 ЗПИ

27 Чл. 101. ст. 1. ЗПИ, *Сл. гласник РС*, 72/2009 и 81/2009.

28 Чл. 1. ЗВЦЗ, *Сл. гласник РС*, 46/2006

29 Чл. 2. ЗВЦЗ

облику а изузетно може да се надокнади у виду друге одговарајуће имовине, док се тржишна новчана накнада може исплати само ако враћање у натуралном облику или у виду друге одговарајуће имовине није могуће.³⁰ Право на враћање имовине припада црквама и верским заједницама, односно њиховим правним следбеницима, у складу са важећим актима црква и верских заједница.³¹ Док су обвезници враћања непокретности, односно исплате новчане накнаде Република Србија, привредно друштво или друго правно лице које је у моменту ступања на снагу овог закона власник одузете имовине. Ако привредно друштво или друго правно лице докаже да је својину на непокретности стекло теретним правним послом, по тржишној цени у време преноса права својине или другог права које у себи садржи право располагања, то привредно друштво, односно друго правно лице остаје власник непокретности, а Република Србија је обвезник исплате новчане накнаде. Ако је привредно друштво или друго правно лице ту имовину стекло без накнаде, обвезник је враћања исте.³² Физичка лица, која су у међувремену законитим (теретним или бестеретним) правним послом стекла право својине на имовини која је била одузета црквама и верским заједницама, нису обвезници њеног враћања или исплате новчане накнаде. Ако је имовина која је предмет враћања прешла из државне, односно друштвене у приватну својину на основу незаконитих, односно фиктивних правних аката и послова, и ако се то у судском поступку и докаже, обвезник враћања или исплате тржишне новчане накнаде је правно, односно физичко лице које је на дан ступања на снагу овог закона неосновано обогато од те имовине. Ако такво лице не постоји, обвезник плаћања новчане накнаде је Република Србија.³³

Предмет враћања су непокретности које су у моменту одузимања биле у власништву црква и верских заједница, и то: пољопривредно земљиште; шуме и шумско земљиште; грађевинско земљиште; стамбене и пословне зграде, односно идеални делови таквих зграда; станови и пословне просторије; покретне ствари од културног, историјског или уметничког значаја.³⁴ Ако се непокретности нису могле вратити у натуралном облику и ако је обвезник надокнаде у новчаном облику Република Србија, накнада се исплаћује у обвезницама Републике Србије којима се може трговати на

30 Чл. 4. ЗВЦЗ

31 Чл. 6. ЗВЦЗ

32 Чл. 7. ЗВЦЗ

33 Чл. 8. ЗВЦЗ

34 Чл. 9. ЗВЦЗ

организованом тржишту или ван организованог тржишта, у смислу закона који уређује тржиште хартија од вредности.³⁵

Ради спровођења поступка реституције, образована је Дирекција за реституцију, као посебна организација. Ради спречавања евентуалних злоупотреба, закон је прописао да се од 1. маја 2006. године не дозвољава било какво располагање имовином која је по одредбама овог закона предмет враћања, нити заснивање хипотеке, залоге или закупа на тој имовини. Правни послови и правни акти који су у супротности са наведеним, ништави су.³⁶ Забрана располагања престаје да важи даном доношења коначног и извршног решења Дирекције којим се одлучује о захтеву за враћање имовине. Након доношења Закона о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама, повремених и делимичних реституција, до доношења општег закона о реституцији 2011. године, није било.

10. Основне одредбе, предмет и поступак повраћаја имовине на основу Закона о враћању одузете имовине и обештећењу

Закон о враћању одузете имовине и обештећењу (у даљем тексту ЗВИО) донет је 26. септембра 2011. године, а почео је да се примењује 6. октобра 2011. године. Уставни основ за доношење Закона о враћању одузете имовине и обештећењу садржан је у члану 97. став 1. тачка 7. Устава Републике Србије, којим је прописано да Република Србија уређује и обезбеђује својинске и облигационе односе и заштиту свих облика својине.

Основни разлози доношења овог закона леже у тежњи савременог демократског друштва да на генералан начин исправи вишедеценијску неправду насталу беспризорним одузимањем приватне имовине од стране „народне“ власти и њеног преношења у општенародну, државну, друштвену или задружну својину. Циљ доношења овог Закона је уређење права на враћање имовине и имовинских права физичким и одређеним правним лица којима је та имовина и имовинска права после Другог светског рата одузета на територији Републике Србије по различитим основима. Законом се уређују права физичких и одређених правних лица којима је после 9. марта 1945. године одузета имовина на територији Републике Србије применом прописа о аграрној реформи, национализацији, секвестрацији, као и других прописа, на основу аката надлежних органа, а која је пренесена у општенародну, државну, друштвену или задружну својину.

35 Чл. 10. ЗВЦЗ

36 Чл. 36. ЗВЦЗ

Законом се на свеобухватан начин решава питање одузете имовине. Шта се подразумева под прописима на основу којих је одузимана имовина уређено је чланом 2. Закона и они обухватају све законе и подзаконске акте на основу којих су спровођене наведене правно-политичке мере. Што се тиче експропријације, ова мера одузимања приватне својине у јавном интересу под законом утврђеним условима, позната је и у савременом праву демократских држава. Међутим, имајући у виду то да је у једном периоду после Другог светског рата новчана накнада за експроприсану непокретност у приватној својини била далеко испод накнаде која би се могла сматрати одговарајућом, Законом³⁷ је предвиђено право на враћање имовине односно обештећење у овим случајевима. Као граница овог периода у којем су спровођење експропријације за које се под прописаним условима може тражити обештећење узет је 15. фебруар 1968. године, као дан ступања на снагу Закона о изменама и допунама Закона о експропријацији.³⁸ Закон предвиђа да су корисници враћања имовине односно обештећења домаћа лица, а, под прописаним условима, то могу бити и страни држављани.³⁹ Домаћа лица су, пре свега, домаћа физичка лица, бивши власници одузете имовине или њихови законски наследници, чије својство се утврђује на основу Закона о наслеђивању. Од правних лица, као корисници обештећења могу се јавити задужбине којима је подржављена имовина, односно њихови правни следбеници. Страни држављани или њихови законски наследници могу бити корисници враћања имовине односно обештећења под условом реципроцитета.⁴⁰ Враћање имовине односно обештећење по основу одузете имовине не могу тражити страни држављани за које је обавезу обештећења преузела страна држава по основу међународног уговора, страни држављанин који је и без постојања међународног уговора обештећен или му је право на враћање имовине односно обештећење признато правом стране државе, као ни лице које је било припадник окупационих снага које су деловале на територији Републике Србије за време Другог светског рата. Право на враћање имовине односно обештећење у складу са овим законом има и бивши власник који је своју одузету имовину вратио у својину на основу теретног правног посла. Наведеним правно-политичким мерама обухваћена је имовина великог обима и вредности, изузев пољопривредног земљишта у оквиру земљорадничког максимума и занатске производње, такође у оквирима дефинисаним прописима. У решавању овог сложеног питања било је нужно постићи уравнотежен приступ који

37 Чл. 6. ст. 2. ЗВИО

38 Чл. 6. ст. 3. ЗВИО

39 Чл. 5. ЗВИО

40 Чл. 5. ст. 2. ЗВИО

узима у обзир како потребу обештећења бивших власника чија имовина је после Другог светског рата прешла у државну, односно друштвену својину тако и јавни интерес.

Предмет враћања имовине односно обештећења су одузете непокретности, покретне ствари и предузећа, односно делови предузећа. Под непокретностима се подразумева: грађевинско земљиште, пољопривредно земљиште, шуме и шумско земљиште, стамбене и пословне зграде, станови и пословне просторије и друге непокретности.⁴¹ Имајући у виду протек времена од извршеног одузимања и практично немогућност веродостојног доказивања, враћање имовине односно обештећење за покретне ствари је ограничено на оне категорије покретних ствари које имају већу или трајну вредност. То су одузете покретне ствари уписане у јавни регистар у који се уписује право својина на тим стварима, као и друге покретне ствари које, према прописима о културним добрима, представљају културна добра и добра од великог и изузетног значаја, а које постоје на дан ступања на снагу овог закона.⁴² Предмет обештећења су и предузећа, односно делови предузећа, а одузимањем дела предузећа се сматра и одузимање дела акција или удела једног предузећа. Ако одузета ствар престане да постоји услед дејства више силе, корисник обештећења нема право на обештећење у складу са овим законом.⁴³ При утврђивању права на враћање имовине односно обештећење не узима се у обзир накнада која је у време одузимања исплаћена кориснику враћања имовине односно обештећења, осим ако овим законом није другачије одређено. Такође, не може се захтевати враћање плодова, нити накнада штете по основу изгубљене добити због немогућности коришћења, односно управљања подржављеном имовином, као и по основу њеног одржавања у периоду од дана подржављења до враћања имовине односно обештећења за исту.⁴⁴

Законом је уређен сукоб основа за обештећење тако што се прописује да подносилац захтева, који има право да, по различитим основама, захтева враћање имовине за исти предмет обештећења, може то право да оствари само по једном основу.⁴⁵ Закон предвиђа да, ако се одузета имовина не може вратити у натуралном облику, бивши власник има право на обештећење.⁴⁶ Такође, Закон предвиђа да ће се исплатити аконтација обештећења у новцу

41 Чл. 15. ст. 2. ЗВИО

42 Чл. 15. ст. 3. ЗВИО

43 Чл. 7. ЗВИО

44 Чл. 14. ЗВИО

45 Чл. 12. ЗВИО

46 Чл. 12. ЗВИО

бившем власнику на основу правоснажног решења о праву на обештећење, у износу од 10% од утврђеног износа по свим основима бившег власника, с тим да тај износ не може прећи 10.000 евра. Уколико уместо бившег власника право на аконтацију остварују његови законски наследници, износ аконтације се дели на те наследнике сагласано утврђеним уделитема. Аконтација обештећења утврђује се и исплаћује почев од 31. марта 2017. године.⁴⁷ Висина обештећења за одузету имовину утврђује се у зависности од висине вредности те имовине, односно основице за обештећење и коефицијента, утврђених на начин предвиђен овим законом.⁴⁸ Основицу за обештећење представља вредност одузетих ствари утврђена, односно процењена у складу са овим законом. Вредност одузетих непокретности се утврђује према стању на дан одузимања, а према вредности на дан процене. Вредност објеката који не постоје у време процене утврђује се на основу вредности истих или сличних објеката, са истом или сличном наменом, на истом месту или у ближој околини. Вредност постојећих непокретности процењује орган надлежан за утврђивање основице пореза на пренос апсолутних права, у поступку који одговара поступку утврђења те основице.⁴⁹ Вредност одузетог предузећа, која представља основицу обештећења утврђује се према вредности чисте активе наведене у акту о одузимању имовине, валоризоване на основу паритета динара према долару на дан одузимања и паритета динара према долару на дан истека рока за подношење захтева. Уколико чиста актива није наведена у акту о одузимању имовине, основицу обештећења чини регистровани основни капитал на дан одузимања, валоризован на горе наведени начин. У случају да је одузето предузеће имало сувласнике, за сваког сувласника основица обештећења се утврђује тако што се утврђена вредност предузећа дели између сувласника, сразмерно учешћу у власништву на том предузећу.⁵⁰ Укупан износ обештећења за одузету имовину који ће бити исплаћен у обвезницама и у новцу је две милијарде евра, увећан за збир припадајућих камата за све кориснике обештећења обрачунатих по каматној стопи од 2% годишње за период од 15. децембра 2017. године до рокова доспећа.⁵¹ Законом се предвиђа емисија државних обвезница које гласе на евро, са роком доспећа од 12 година, осим за лица која су на дан ступања на снагу закона старија од 70. година када је рок доспећа пет година односно старија од 65 година када је рок доспећа десет година и да се исплаћују у једнаким

47 Чл. 37. ЗВИО

48 Чл. 31. ЗВИО

49 Чл. 32. ЗВИО

50 Чл. 34. ЗВИО

51 Чл. 30. ЗВИО

годишњим ратама почевши од 15. децембра 2018. године.⁵² Обвезнице гласе на име и преносиве су, а исплаћују се у еврима или, на захтев власника тих обвезница, у динарима. Обвезнице се могу куповати и продавати на берзи. Основне елементе обвезница, износ емисије као и услове дистрибуције и наплате обвезница уредиће се уредбом Владе Републике Србије најкасније до 30. јуна 2017. године. Извори средстава за измирење обавеза по основу издатих обвезница су: наменски издвојена средства у поступку приватизације; део средстава остварен конверзијом права коришћења грађевинског земљишта у својину уз накнаду, предвиђен посебним законом, 100% средстава остварених отуђењем одузете имовине у државној својини чији је власник, односно корисник Република Србија, аутономна покрајина или јединица локалне самоуправе, и наменска средства предвиђена буџетом Републике Србије.⁵³

Ради вођења поступка и одлучивања о захтевима за враћање имовине односно обештећење, као и ради исплате новчане накнаде и обештећења, али и обављања других послова у складу са законом, оснива се Агенција за реституцију (у даљем тексту: Агенција).⁵⁴ Агенција ће наведене послове обављати као поверене. Агенција има седиште у Београду, као и подручне јединице у Београду, Новом Саду, Нишу и Крагујевцу, које се оснивају за територију општина према прописима којима се уређује регионални развој.⁵⁵ Законом се утврђује *хитност* као принцип за поступање свих органа и организација који у оквиру својих надлежности располажу документацијом и подацима потребним за остваривање права на враћање имовине односно обештећење.⁵⁶ Законом је прописано да се поступак враћања имовине односно обештећења покреће подношењем захтева надлежној подручној јединици Агенције, на прописаном обрасцу и са потребним доказима, преко шалтера поште. Рок за подношење захтева је две године од дана објављивања јавног позива Агенције. Истим чланом је уређена и садржина захтева и докази које уз њега треба приложити, као и обавезни елементи због чијег одсуства ће Агенција одбацити захтев као неуредан.⁵⁷ Лице чији је захтев одбачен има право да нови захтев поднесе до истека рока од две године од дана објављивања јавног позива Агенције.⁵⁸ Ако Агенција утврди да поднети захтев садржи прописане елементе, захтев са приложеним

52 Чл. 35. ЗВИО

53 Чл. 36. ЗВИО

54 Чл. 51. ЗВИО

55 Чл. 53. ЗВИО

56 Чл. 13. ЗВИО

57 Чл. 42. ЗВИО

58 Чл. 43. ЗВИО

доказима у оригиналу или овереној копији упути ће подручној јединици према пребивалишту, односно боравишту бившег власника у Републици Србији у време одузимања имовине, наведеног у захеву за враћање имовине односно обештећење тог власника. Ако месну надлежност органа није могуће утврдити на наведени начин, надлежна је подручна јединица коју одреди директор Агенције. Законом је уређено питање прекида поступка тако што ће Агенција прекинути поступак до окончања поступка легализације, рехабилитације, или када се као претходно питање појави питање чије решавање спада у искључиву надлежност суда.⁵⁹ Агенција је дужна да утврди основаност поднетог захтева и о томе одлучи у року од шест месеци, а у случају посебно сложених предмета, годину дана од дана пријема уредног захтева.⁶⁰ Првостепено решење надлежна подручна јединица доставља подносиоцу захтева, обвезнику и Републичком јавном правобранилаштву. У решењу о враћању имовине издаје се и налог надлежним органима за извршење решења.⁶¹ Против одлуке првостепеног органа незадовољна странка може изјавити жалбу министарству надлежном за послове финансија у року од 15 дана од дана достављања одлуке, док се против другостепеног решења може покренути управни спор.⁶²

11. Закључак

На решавање питања повраћаја имовине обавезују не само основни демократски принципи на којима се заснива Република Србија, међу којима посебно место има поштовање људских права и слобода утврђених националним и важећим међународним правним актима, већ и општи став јавног мњења да осећање правичности налаже да се ово питање реши и тако даљи привредни, политички и друштвени развој Србије ослободи ове хипотеке прошлости. Такође, Одлуком Савета Европске уније о принципима, приоритетима и условима Европског партнерства са Србијом од 18. фебруара 2008. године, у оквиру политичких критеријума, као један од приоритета предвиђено је и решавање питања одузете имовине после Другог светског рата. Решења у Закону о враћању одузете имовине и обештећењу имају непосредан утицај на бивше власнике и њихове наследнике, односно физичка и правна лица која на основу Закона имају право на враћање одузете имовине односно обештећење. Република Србија, као обвезник враћања одузете имовине и обештећења, има обавезу да води рачуна о обезбеђењу средстава за ову намену у складу са Законом.

59 Чл. 44. ЗВИО

60 Чл. 45. ЗВИО

61 Чл. 46. ЗВИО

62 Чл. 47. ЗВИО

Литература

Гаћеша, Н. (1984). Аграрна реформа и колонизација у Југославији 1945-1948, Матица Српска, Нови Сад.

Др Лекић, Б. (1997). Аграрна реформа и колонизација у Југославији 1945-1948, Архив Србије, Београд.

Петрановић, Б. (1988). Историја Југославије 1918-1988а, Нолит, Београд.

Прометеј (2002). Правна историја српског народа, Нови Сад.

Simonetti, P. (2004). Denacionalizacija, Rijeka: Pravni fakultet sveučilišta u Rijeci.

Савезни завод за статистику. (1989). Статистички годишњак Југославије 1918-1988.

Извори

Закон о условима и начину враћања имовине стечене радом и пословањем задруга после 1. јула 1953. године. *Службени гласник РС*. Бр. 46/1990.

Закон о начину и условима признавања и враћању земљишта које је прешло у друштвену својину по основу пољопривредног земљишног фонда и конфискацијом због неизвршених обавеза из обавезног откупа пољопривредних производа. *Службени гласник РС*. Бр. 18/91, 20/92 и 42/98.

Закон о враћању утрина и пашњака селима на коришћење. *Службени гласник РС*. Бр. 16/1992.

Уставни закон о допуни Уставног закона за спровођење Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*. Бр. 50/1992.

Закон о планирању и изградњи. *Службени гласник РС*. Бр. 47/2003 и 34/2006

Закон о планирању и изградњи. *Службени гласник РС*. Бр. 72/2009, 81/2009

Закон о враћању (реституцији) имовине црквама и верским заједницама. *Службени гласник РС*. Бр. 46/2006.

Закон о враћању одузете имовине и обештећењу. *Службени гласник РС*. Бр. 72/2011, 108/2013 и 142/2014.

Aleksandar Janic, master

*Agency for restitution of the Republic of Serbia- the regional unit of Nis
PhD student at the Faculty of Law, University of Nis*

Restitution through legislation of the Republic of Serbia

Summary

Analised solutions have multiple positive influence. They are resolving opened issue on human rights of the people whose realestate have been confiscated by the state after the World War the second, for those who didn't recive adequate compensation. Therefor, adoppted solutions have a financial and moral influence on persons who have right on restitution of assets and compenstaion. Solving the rights of former owners and restitution of property or compensation at the same time eliminating further uncertainty regarding further legal fade of the seized property or other individuals. This, together with the solutions with other laws in our legal system, re-establishes the principle superficies solo credit and fulfill the conditions for undisturbed and rapid transfer of realestate and development of securities.

Key words: *restitution, the principle of legality, Serbia, nationalization, assets.*

ПРАВО ДЕТЕТА НА СЛОБОДНО ИЗРАЖАВАЊЕ МИШЉЕЊА У ПОСТУПКУ ЗА ЛИШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

*Да говоре, да учествују,
да се њихови ставови узму у обзир.²*

Апстракт: Рад је посвећен разматрању права детета на слободно изражавање мишљења у поступку у парницама за лишење родитељског права. У раду су представљене основне претпоставке на којима се ово право заснива и остварује. Приказан је нормативни оквир којим је право детета на слободно изражавање мишљења детету гарантовано а дат је и приказ ставова правне теорије и судске праксе. Циљ рада јесте да кроз анализу постојећих законских решења и установљене судске праксе у правном систему Републике Србије укаже на правце у којима би се могле кретати промене постојеће законске регулативе којим је право детета на слободно и непосредно изражавање мишљења гарантовано у правном систему Републике Србије.

Кључне речи: поступак за лишење родитељског права, право детета на слободно изражавање мишљења.

1 ljubicajanic90@gmail.com

2 "To speak, to participate, to have their views taken into account." Resolution on the Report of the Ad Hoc Committee A world fit for Children, UN General Assembly, 6th plenary meeting, 10. May 2002. Преузето 05.09.2015. http://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2E.pdf

Увод

Поступак за лишење родитељског права је поступак у којем се изричу најстроже породичноправне санкције родитељима који нису способни или не желе да своје родитељско право врше на одговарајући начин. У поступку у парницама за лишење родитељског права, који је регулисан Породичним законом Републике Србије³ као један *омнибус поступак* (Петрушић, 2009: 97) родитељи могу бити лишени свих или појединих овлашћења из садржине родитељског права. Ова строга мера изриче се према родитељима у циљу заштите детета - његове личности, права и интереса⁴, јер свако дете има право да живи у породици као природној средини у којој ће се његова права штитити и остваривати.⁵

Овако постављени основни циљ овог посебног парничног поступка у породичноправним односима условио је специфична законска решења која се на њега примењују. Посебна пажња посвећена је положају детета, а

3 Породични закон Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 18/2005, 72/2011-др.закон и 6/2015. У даљем тексту ПЗ.

4 Чл. 2 Конвенције о правима детета прописује да ће стране уговорнице поштовати и обезбеђивати права која Конвенција гарантује сваком детету које се налази под његовом јурисдикцијом, без икакве дискриминације и без обзира на расу, боју коже, пол, језик, вероисповест, политичко или друго уверење, национално, етничко или социјално порекло, имовно стање, онеспособљеност, рођење или други статус детета, његовог родитеља или законског старатеља. *Конвенција о правима детета*. Закон о ратификацији *Конвенције Уједињених нација о правима детета*. Службени лист СФРЈ —Међународни уговори. Бр. 15. 1990. У даљем тексту КПД. Са друге стране, чл. 64 Устава РС гарантује да деца уживају људска права примерено свом узрасту и душевној зрелости, као и да су деца заштићена од психичког, физичког, економског и сваког другог искоришћавања и злоупотребљавања. Устав Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 98. 2006. У даљем тексту Устав.

5 Државе чланице УН су, формулишући одредбе КПД, у њеној преамбули изнеле уверење да породица јесте основна ћелија друштва и природна средина за развој и благостање свих њених чланова, а посебно деце, као и да дете у циљу потпуног и складног развоја личности, треба да расте у породичној средини, у атмосфери среће, љубави и разумевања. Чл. 8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, гарантује право на поштовање приватног и породичног живота, дома и преписке. Закон о ратификацији европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Службени лист СЦГ – Међународни уговори. Бр.9. 2003. У даљем тексту ЕКЉП. У пракси Европског суда за људска права (у даљем тексту ЕСЉП) заузет је став да право детета и родитеља на заједнички живот представља суштински елемент права на породични живот, а да мешање у ово право представља повреду чл. 8. ЕКЉП, осим уколико није предузето у складу са законом, ради остварења легитимног циља и уколико је мешање пропорционално у односу на циљ који се у конкретном случају настоји остварити. Овај став ЕСЉП заузео је у пресуди *W. v. United Kingdom*, Представка бр. 9749/82. став 59.

принцип најбољег интереса детета добио је статус врховног принципа⁶. Детету су призната партиципативна права у поступку⁷, и добило је право слободног изражавања мишљења у овом поступку.⁸

6 Прописивањем да је принцип најбољег интереса детета врховни принцип у овом поступку, законодавац је предност дао интересима детета у односу на интерес осталих учесника у поступку, што је у складу са међународним правним стандардима у овој области. У чл. 3. ст. 1. КПД прописано је да ће се принцип најбољег интереса детета првенствено узети у обзир приликом предузимања активности које се тичу деце, било да их предузимају јавне или приватне власти, судови, органи управе или законодавна тела. Ово правило установљава три врсте обавеза државе, и то обавезу уграђивања и доследне примене принципа најбољег интереса детета у националном правном поретку приликом одлучивања и предузимања свих радњи које се тичу деце, обавезу прописивања критеријума на основу којих ће се најбољи интерес детета утврђивати у поступку и који ће му значај бити дат приликом одлучивања, као и обавезу државе да осигура да приватне установе, тела и други субјекти поступају у складу са најбољим интересом детета приликом одлучивања о свим питањима која се детета тичу. Више о обавезама држава установљеним чл.3. ст. 1. КПД у General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration. Преузето 28.07.2015. http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf

7 Право деце на партиципацију произилази из одредбе чл. 12 КПД и подразумева процес који траје и састоји се у размени информација и дијалогу између деце и одраслих, који су засновани на међусобном разумевању. Уопштено говорећи, партиципација подразумева учествовање и поделу моћи између свих оних који учествују. Наведено према Konstantoni, K. (2013) Children's rights-based approaches: the challenges of listening to taboo/discriminatory issues and moving beyond children's participation. International Journal of Early Years Education. (Vol. 21) 362-374. У резолуцији Генералне скупштине УН од 10. маја 2002. године заузет је став да принцип партиципације деце јесте један од принципа који треба поштовати у изградњи „света по мери деце“ јер су деца грађани који су способни да помогну изградњу боље будућности за све. UN General Assembly, Resolution on the Report of the Ad Hoc Committee A world fit for Children, 6th plenary meeting, 10. May 2002. Преузето 05.09.2015. http://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2E.pdf

Са друге стране, Комитет министара Савета Европе је у Смерницама о правосуђу по мери детета изнео став да је правосуђе по мери детета оно правосуђе које између осталог укључује право детета да у поступку учествује и да поступак разуме. Смернице о правосуђу по мери детета и коментар са објашњењима уз Смернице Комитет министара Савета Европе усвојио је 17. новембра 2010. године у којима наводи да је општи елемент правосуђа по мери детета право детета и родитеља да непосредно пре, током и након судског поступка буду обавештени о конкретним правима која деца имају у вези са судским поступцима у која су укључена. Комитет за права детета. Смернице о правосуђу по мери детета и коментар са објашњењима уз Смернице. Преузето 31.07.2015. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Source/GuidelinesChildFriendlyJustice_HRV.pdf

8 Право на слободно изражавање мишљења у свим судским и управним поступцима у којима се одлучује о питањима која се тичу детета гарантовано је чл. 12 КПД, и ово право представља потврду да су деца препозната као аутономни правни субјекти –

Полазећи од анализе постојећих позитивних законских решења којима је право детета на слободно изражавање мишљења у судским или управним поступцима у којима се одлучује о његовим правима гарантовано⁹, циљ овог рада јесте да утврди у којој мери су одребе ПЗ које регулишу право детета на слободно изражавање мишљења у поступку у парницама за лишење родитељског права у складу са решењима која су постављена КПД и другим усвојеним међународним правним стандардима, као и у којој мери се одредбе ПЗ остварују судској пракси.

2. Право детета на слободно изражавање мишљења

Право детета на слободно изражавање мишљења по прави пут је изричито гарантовано Конвенцијом о правима детета која у чл. 12 гарантује сваком детету које је способно да формира мишљење да своје мишљење о свим питањима која га се тичу слободно изрази, као и право да његовом мишљењу буде посвећена дужна пажња у складу са годинама и зрелошћу детета¹⁰.

КПД прописује да ће детету посебно бити пружена могућност да буде саслушано у свим судским и управним поступцима који се тичу детета, било

имаоци права који не само да имају право да буду заштићена, већ имају право и да активно учествују приликом одлучивања о њиховим правима и правно заштићеним интересима. Ово право представља један од четири основна принципа на којима почива КПД, поред права на живот опстанак и развој, принципа недискриминације и најбољег интереса детета. Комитет за права детета. Општи коментар бр. 12(2009) Приступ 10.08.2015. године.<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

9 Чл. 65. ПЗ.

10 Чл. 12. КПД. КПД је први међународни документ који је усвојио концепт развојних способности детета. Наиме, чл. 5 КПД инаугурише овај принцип, прописујући да ће стране уговорнице поштовати одговорности дужности, права и обавезе родитеља, законских старатеља или других особа законски одговорних за дете, како је предвиђено локалним обичајима да би се омогућило, на начин који је у складу са развојним могућностима деце, одговарајуће усмеравање и саветовање у остваривању права прописаних КПД. Усмеравање и помоћ које детету пружају особе одговорне за старање над њим, морају узети у обзир способност детета да самостално врши права. како дете стиче компетенције, тако се смањује потреба за његовим усмеравањем, а повећава се потреба за преузимањем одговорности за одлуке које га се тичу. Концепт развојних способности детета успоставља равнотежи између потребе да се дете заштити, и потребе да оно буде препознато као активни субјект који има право да буде саслушан, поштован, и да му буде пружена већа самосталност у вршењу права. Више у Lansdown, G. (2005). *The Evolving Capacities of the Child*. UNICEF. Приступ 01.09.2015. <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>

непосредно или преко заступника или одговарајућег органа, на начин који је у складу са процесним правилима националног права.¹¹

3. Право детета на слободно изражавање мишљења у поступку у парницама за лишење родитељског права – нормативни оквир

Дете ужива статус аутономног правног субјекта и самосталног титулара људских права и слобода прилагођених његовим развојним потребама (Петрушић, 2007а : 521), што је начело које је први пут прокламовано у Конвенцији о правима детета која је деци по први пут гарантовала корпус грађанских и политичких права.¹² ПЗ је први законодавни акт у Републици Србији који је изричито прокламовао корпус људских права која деца уживају¹³ прописујући између осталог да деца имају право да слободно изразе своје мишљење о свим питањима која их се тичу и у свим судским и административним поступцима у којима се одлучује о њиховим правима.¹⁴

У поступку у парницама за лишење родитељског права, као и у осталим поступцима у којима се одлучује о његовим правима и интересима, дете ужива статус активно процесно легитимисаног субјекта¹⁵, док ће положај

11 Чл. 12 КПД. Право детета на слободно изражавање мишљења у судским и управним поступцима у којима се одлучује о питањима која се тичу детета укључује пет корака која треба предузети како би се ово право детета остварило. Ти кораци су: припрема детета, обезбеђење охрабрујућег окружења за дете у коме ће своје мишљење изразити, утврђивање способности детета да формира мишљење, повратна информација о значају који је дат мишљењу детета и обезбеђење правних средстава за дете уколико сматра да је његово право на слободно изражавање мишљења у судском или управном поступку повређено. Више у Општи коментар уз чл. 12 КПД.

12 КПД донета је од стране Генералне скупштине Уједињених нација 1989. године, и то је први обавезујући документ за државе потписнице који се односи искључиво на права детета. Ковачек-Станић Г. (2014). Породично право. Нови Сад. 289. Права детета постала су више од моралне категорије јер су правно заштићена на међународном плану. На националном нивоу заштићена су законом и другим општим актима, а остварују се у породици, школи, државним установама, на радним местима, на улици, и у другим околностима. Вучковић-Шаховић. (2001). Права детета и Конвенција о правима детета. Београд: Центар за права детета.

13 Првенствени циљ реформе породичноправног законодавства која је спроведена усвајањем ПЗ био је установљавање таквог система породичног права који ће бити у складу са савременим европским законодавствима и праксом у области породичноправних односа, узимајући у обзир карактер породичних односа и савремени концепт људских права и права детета. (Петрушић, 2007б : 27).

14 Чл. 266 ПЗ.

15 Ст. 2. и 3. чл. 204. ПЗ.

детета у конкретном поступку зависити од тога да ли је оно странка у конкретної парници.

ПЗ је детету признао тзв. партиципативна права, којима је омогућио да дете учествује у свим поступцима у којима се одлучује о његовим правима и интересима.¹⁶ Посебан значај законодавац је признао праву детета на слободно изражавање мишљења у овим поступцима.¹⁷

У чл. 65. ПЗ прописује да дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања тог мишљења¹⁸, као и право да благовремено добије сва обавештења која су му потребна за формирање мишљења. У ставу 3. истог члана ПЗ прописује обавезу да се мишљењу детета посвети дужна пажња у свим питањима који га се тичу и у свим поступцима у којима се одлучује о правима детета, а у складу са његовим годинама и зрелошћу¹⁹.

Законодавац је такође прописао низ „пратећих“ права (Петрушић, 2007а: 517) уз ово основно право на слободно изражавање мишљења. Тако дете

16 Начело права на партиципацију једно је од четири основна начела на којима је заснована заштита права детета коју предвиђа КПД. Поред права на партиципацију, то су и право детета на живот опстанак и развој, забрана дискриминације и принцип најбољег интереса детета. У основи КПД налази се идеја о детету као субјекту, а не као објекту. КПД уводи питање компетентности као развојних могућности у процесу задовољења развојних потреба, при чему дете има активну улогу у заштити и промоцији сопственог развоја. Врањешевећ, Ј. (2006). Развојно-психолошки аспект Конвенције о правима детета. Педагогија. Вр.4. стр. 469.

17 Иако законодавац није јасно одредио начин на који ће се право на слободно изражавање мишљења детета о свим питањима која га се тичу остваривати и штитити у породици, и другим друштвеним институцијама као што су оне из области образовања или здравства, врло је јасно прописао право детета на слободно изражавање мишљења у свим судским и административним поступцима у којима се одлучује о дететовим правима и интересима, прописавши притом низ пратећих права права. (Петрушић, 2007а : 521).

18 Комитет за права детета је заузео став да у сваком конкретном случају треба поћи од претпоставке да је дете способно да формира мишљење и да ова фраза у законском тексту не треба да ограничи могућност детета да у поступку у парницама за лишење родитељског права слободно изрази своје мишљење. Са друге стране, чл. 12 КПД не поставља старосну границу за признање права детету на слободно изражавање мишљења. Заузет је став да су деца способна да формирају мишљење од најранијег доба, чак и онда када још увек нису способна да га речима изразе и да поштовање и пуна примена чл. 12 КПД укључује препознавање и поштовање невербалних видова комуникације који укључују игру, говор тела, цртеже и слично, кроз које још увек јако мала деца исказују своје разумевање, своје изборе и своје склоности. Општи коментар уз чл. 12 КПД.

19 Чл. 65. ПЗ.

које је навршило десету годину живота може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском поступку у коме се одлучује о његовим правима, а дете које је навршило десету годину живота може се само, односно преко неког другог лица или установе, обратити суду или орагану управе и затражити помоћ у остваривању свог права на слободно изражавање мишљења, а прописано је да суд и орган управе утврђују мишљење детета у сарадњи са школским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, а у присуству лица које дете само изабере.

ПЗ у чл. 266. ст. 3. прописује обавезу суда у спору за заштиту права детета или у спору за вршење односно лишење родитељског права да, уколико утврди да је странка дете способно да формира мишљење, да се стара да дете благовремено добије сва обавештења која су му потребна, да дозволи детету да непосредно изрази своје мишљење и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелашћу детета, да мишљење детета утврди на начин и на месту које је у складу са његовим годинама и зрелашћу, осим уколико би то било у супротности са најбољим интересом детета.²⁰

3.1. Право на слободно изражавање мишљења и најбољи интерес детета

Врховни принцип у поступку парницама за лишење родитељског права јесте принцип најбољег интереса детета²¹, док је само право на слободно изражавање мишљења у овим поступцима детету гарантовано ради остварења овог врховног принципа. Претпоставка је да је остваривање права на изражавање мишљења детета у поступку, као и посвећивање дужне пажње изнетом мишљењу у најбољем интересу детета. Суд ће по правилу мишљење детета утврђивати да би донео одлуку којом ће заштитити дете – његову личност, права и интересе.

Формулишући одредбе ПЗ законодавац није остао доследан овој идеји. Наиме, права која су у поступку детету гарантована суд може ускратити уколико процени да њихово остваривање није у најбољем интересу

²⁰ Чл. 266. ПЗ.

²¹ Принцип заштите најбољег интереса детета прописан у чл. 3. ст. 1. КПД налаже да ће у свим активностима које се тичу деце, без обзира да ли их предузимају јавне или приватне институције социјалног старања, судови, административни органи или законодавна тела, најбољи интерес детета бити од првенственог значаја. ПЗ примену овог принципа прописује у чл. 266.

детета.²² Уколико суд у конкретном случају процени да није у најбољем интересу детета да дете добије благовремено сва обавештења која су му потребна, да непосредно изрази своје мишљење и да се његовом мишљењу посвети дужна пажња, и да мишљење детета утврди на начин и на месту у складу са годинама и зрелошћу детета, он то неће чинити.

Чини се да је законодавац, формулишући одредбу чл. 266. ст. 3. ПЗ пошао од претпоставке да право на слободно изражавање мишљења детета у поступку, и принцип најбољег интереса детета могу бити међусобно супротстављени (Петрушић, 2007: 34). Такође, није јасно на основу којих критеријума ће суд у конкретном случају утврдити шта представља најбољи интерес детета.

У литератури се оправдано тврди да је став да право детета на слободно изражавање мишљења на начин како је гарантовано у чл. 266. ст. 3. ПЗ и остварење принципа најбољег интереса детета могу бити међусобно контрадикторни, застарели концепт који је у правној теорији давно напуштен. (Петрушић, 2007б: 34) Чињеница је да је дете активни субјект у поступку у којем се одлучује о његовим правима и интересима, призната су му партиципативна права и дете је постало активни субјект, а не објект туђег поступања. (Петрушић, 2007а: 521)

Не постоји обавеза суда да у својој одлуци образложи зашто је нашао да је у најбољем интересу детета да му ускрати право да у поступку изрази своје мишљење²³, док и када образлаже на који начин је утврдио најбољи интерес детета, чињеница је да не постоје јасно дефинисани критеријуми ни у законодавству ни у судској пракси на основу којих се у конкретном случају принцип најбољег интереса детета утврђује.

22 Чл. 266. ст. 3. ПЗ.

23 Комитет за права детета је у Општем коментару 14(2013) о најбољем интересу детета навео да је основна обавеза држава уговорница прописана чл. 3. ст. 1. КПД да осигурају да све одлуке судова или управних органа које се односе на децу, показују да је најбољи интерес детета узет као врховни принцип, а да ова обавеза подразумева да је у образложењу ових одлука описано на који начин је надлежни орган утврђивао и испитивао шта представља најбољи интерес детета у конкретном случају, као и који значај је суд односно орган управе принципу најбољег интереса детета дао. General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1). Преузето 01.09.2015. http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf

3.2. Начин утврђивања мишљења детета у поступку у парницама за лишење родитељског права

Настојећи да у највећој мери заштити интерес детета, и препознајући дете као нарочито рањиво и осетљиво биће којем треба пружити посебну заштиту у поступцима у којима се одлучује о његовим правима²⁴, законодавац је формулисао законску одредбу којом регулише начин на који ће суд утврђивати мишљење детета. Суд ће у поступку мишљење детета утврдити у сарадњи са школским психологом односно органом старатељства, породичним саветовалиштем или другом установом специјализованом за посредовање у породичним односима, док ће у утврђивању мишљења присуствовати лице које дете само изабере.²⁵

Одредба формулисана на наведени начин не пружа јасну слику о томе на који начин ће се сарадња између суда и наведених установа остваривати, хоће ли дете своје мишљење изразити непосредно пред судом, и уколико је тако где ће суд мишљење детета утврђивати, као и то које лице ће бити присутно у конкретном случају и каква ће бити његова улога.²⁶

3.3. Поље примене права детета на слободно изражавање мишљења

ПЗ је прописао да дете које је способно да формира мишљење има право да своје мишљење слободно изрази као и да добије обавештења која су му потребна за формирање тог мишљења²⁷, док изричито прописује да

24 Чл. 66 Устава прописује да дете ужива посебну заштиту у складу са законом, док чл. 64 Устава прописује да деца уживају људска права и слободе примерено свом узрасту и душевној зрелости, као и да су заштићена од психичког, физичког, економског и сваког другог искоришћавања и злоупотребавања.

25 Чл. 65. ПЗ. Чл. 12. КПД гарантује право детета да изрази своје мишљење у свим судским и административним поступцима који га се тичу, у складу са процесним правилима националног права, док је Комитет за права детета у Општем коментару бр. 12(2009) навео да чл. 12. КПД установљава право сваког детета да слободно изрази своје мишљење о свим питањима која га се тичу, као и право да се његовом мишљењу посвети дужна пажња, а у складу са његовим узрастом и зрелошћу. Комитет за права детета је у овом коментару заузео став да државе треба да пођу од претпоставке да је дете способно да формира мишљење, и да у том смислу не треба предвиђати никакву старосну границу у погледу способности детета да формира мишљење о питањима која га се тичу. Општи коментар бр. 12(2009) Комитета за права детета, Преузето 10.08.2015. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

26 Све су ово проблеми и нејасноће које је у правној литератури препознала проф. др Невена Петрушић, навевши да закон на њих није дао одговор, и да би дете требало да буде на одговарајући начин припремљено за сусрет са судијама и судским поступком, а овај задатак би требало поверити стручним лицима – дечијим психолозима. (Петрушић, 2007а : 522).

27 Чл. 65. ст. 1. ПЗ.

дете које је навршило десет година може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима и да дете које је навршило десету годину живота може само или преко неког другог лица или установе да се обарти суду или орагану управе и да затражи помоћ у остваривању права на слободно изражавање мишљења, док у одредби чл. 266. ст. 3. ПЗ која се односи на поступак у парницама за заштиту права детета и парницама у спору за вршење односно лишење родитељског права законодавац прописује да је дужност суда да, уколико утврди да је странка дете које је способно да формира своје мишљење, дозволи детету да своје мишљење непосредно и слободно изрази и да мишљењу детета посвети дужну пажњу у складу са годинама и зрелашћу детета.²⁸

На основу формулације наведених законских одредби у правној литератури се запажа да законодавац прописује посебан правни режим у остваривању права детета на слободно изражавање мишљења у судском и управном поступку, односно ван њих. Истиче се да право детета да слободно и непосредно изрази своје мишљење у сваком судском или управном поступку у којем се одлучује о његовим правима, као и право да се обрати суду или управном органу и само или преко друге особе или институције затражи помоћ у вршењу права на изражавање мишљења, имају само деца старија од десет година. (Петрушић, 20076 : 29).

Овако постављена старосна граница за уживање права детета на слободно изражавање мишљења није у складу са начином на који је ово право регулисао чл. 12. КПД. Наиме, у овом члану не поставља се старосна граница за уживање права детета на слободно изражавање мишљења²⁹, док је Комитет за права детета у Општем коментару бр. 12(2009) изричито навео да стране уговорнице не треба да постављају старосне границе за утврђивање способности детета за формирање и изражавање мишљења о питањима која га се тичу, као и да надлежни органи у судским и управним поступцима треба да пођу од претпоставке да је дете способно да формира мишљење и да, уколико је потребно, у сваком конкретном случају утврђују супротно.³⁰ Са друге стране, ПЗ у чл. 266. ст. 3. право детета способног да формира мишљење, да непосредно изрази своје мишљење и да се његовом

28 Чл. 266. ст. 3. ПЗ.

29 Чл. 12. КПД.

30 General Comment No.12(2009). Преузето 01.09.2015. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

мишљењу посвети дужна пажња у складу са годинама и зрелашћу детета, гарантује детету једино уколико је оно странка у поступку.³¹

С обзиром да у поступку за лишење родитељског права дете није обавезно тужилац³², то дете у великом броју поступака суштински и нема могућност да изрази мишљење о питањима која га се тичу.³³

4. Значај израженог мишљења детета и судска пракса

У судској пракси се право детета на слободно изражавање мишљења у поступку у парницама за лишење родитељског права не остварује у довољној мери, а чини се да судови мишљењу детета не посвећују дужну пажњу. На основу спроведеног истраживања судске праксе Основног суда у Нишу³⁴, утврдила сам да је у право да непосредно изрази своје мишљење у поступку у парницама за лишење родитељског права пред овим судом дете остварило само у једном случају од укупно 29 правноснажно окончаних поступака. У конкретном случају радило се о девојчици у узрасту од 15 година, која је пред судом изјавила да жели да њен отац буде лишен родитељског права, и суд је мишљење девојчице уважио, при чему је у 14 случајева поступак за лишења родитељског права покренут у односу на децу старију од десет година.

У осталим случајевима суд деци није дао прилику да у поступку непосредно изрази своје мишљење, већ је њихово мишљење утврђивао посредно, из налаза и стручног мишљења органа старатељства. Са друге стране, орган старатељства у свом налазу и стручном мишљењу често не дефинише јасно мишљење детета, критеријуме и елементе на основу којих је утврђивао

31 Чл. 266. ст. 3. ПЗ.

32 Како је напред наведено, ПЗ у одредби чл. 264. ст. 1. предвиђа да активну процесну легитимацију у овим поступцима имају дете, орган старатељства или родитељ детета. Како се у судској пракси најчешће као тужилац јавља орган старатељства – центар за социјални рад, то у великом броју поступака детету није обезбеђено својство странке, па му је самим тим ускраћено право на изражавање мишљења у овим поступцима које је на општи начин гарантовано у чл. 65. ПЗ. (Петрушић, 2007а : 532).

33 У литератури се оправдано истиче да у бројним поступцима у којима се одлучује о питањима која дете посредно или непосредно погађају, оно неће бити странка у поступку, јер ће једино у патернитетским и матернитетским парницама дете обавезно бити обухваћено тужбом. (Петрушић, 2007б : 29).

34 Истраживање судске праксе у Основном суду у Нишу спровела сам у периоду између фебруара и маја 2015. године. Предмет истраживања били су поступаци у парницама за лишење родитељског права покренути од 1. јануара 2013. године до 31. децембра 2014. године. Било их је укупно 47 поступака, од којих је правноснажно окончано 29 поступака.

способност детета да формира мишљење у поступку, већ се зауставља на описивању карактеристика дететовог стања и нивоа у којем су потребе детета задовољене у биолошкој породици.³⁵

Дете је у поступку за лишење родитељског права и даље само „објект“, без могућности да само утиче на исход поступка у којем се о његовим правима одлучује. Суд се не упушта у разматрање да ли је дете, с обзиром на узраст и зрелост, способно да формира мишљење и да ли је узимање у обзир мишљења детета у његовом најбољем интересу, док о најбољем интересу детета и даље закључује посредно на основу навода осталих учесника у поступку. Чак и онда када је дете тужилац, оно се на изванредан начин „скрива“ иза законског заступника који у поступку пред судом непосредно предузима парничне радње у име и за рачун детета, док се дете пред судом и не појављује.

Иако је законом прадвиђен начин на који ће суд утврдити мишљење детета у поступку, и даље остаје нејасно на који начин ће суд претходно утврђивати способност детета да формира мишљење о питањима која га се тичу, као ни то када (ни)је у најбољем интересу детета да оно у поступку изрази своје мишљење. Принцип најбољег интереса детета је правни стандард, чију садржину утврђује суд у сваком конкретном случају, и не постоје јасне смернице за утврђивање његове садржине, па је остваривање права на изражавање, а потом и уважавање мишљења детета уколико је то у његовом најбољем интересу, доведено у питање.

Повреда права на изражавање мишљења у поступку за лишење родитељског права не представља битну повреду одредаба парничног поступка, већ би евентуално могла да представља релативно битну повреду, о којој другог степени суд води рачуна једино ако на њу укаже жалилац. Како дете може изјавити самостално жалбу само ако се ради о парници у којој је процесно способно и ако има положај странке у поступку (Петрушић, 2009: 105), то овде постоје бар три околности услед којих дете неће моћи да оствари своје право. Прво, чињеница је да се у највећем броју поступака дете не јавља у улози тужиоца, друго, чак и да је дете имало својство тужиоца у поступку, није јасно на који начин и на основу којих критеријума ће другог степени суд закључивати да је дете у поступку

35 Примера ради, наводимо извод из налаза и стручног мишљења које је центар за социјални рад дао у једном од предмета: „Деца су од стране родитеља занемарена и васпитно запуштена. Она су неадекватно негована и лечена. Прележала су шугу (...) несоцијална су и са развијеним агресивним моделом понашања, склона скитњи и лутању и незадовољених развојних потреба. (...) Девојчица је смештена у хранитељску породицу са чијим члановима је развила чврсте емотивне везе. Тренутно је ученица правог разреда основне школе, адекватно је лечена и добро савладава обавезе у школи.“

за лишење родитељског права било способно да формира мишљење, и треће, на који начин ће суд закључивати да је у поступку било у најбољем интересу детета да своје мишљење изрази.

5. Закључак

Начин на који је законодавац у Републици Србији регулисао право детета на слободно изражавање мишљења у судским и административним поступцима у којима се одлучује о дететовим правима и правно заштићеним интересима ипућују на то да је намера била да се у наш правни поредак уграде решења прописана у Конвенцији о правима детета и у другим међународним документима који регулишу ово питање. Чињеница је, међутим, да намера законодавца није до краја и доследно спроведена, јер у нашем правном систему не постоје никакве санкције за непоштовање права детета на слободно изражавање мишљења. Тиме је законом гарантовано право детета на слободно изражавање мишљења у поступцима у којима се одлучује о његовим правима остало пука прокламација, што нарочито долази до изражаја у поступцима у парницама за лишење родитељског права, где се неодговарајуће поступање суда наставља на поступање органа старатељства. у највећем броју поступака способност детета да изрази своје мишљење се не утврђује, и мишљењу детета се не посвећује дужна пажња.

Након десетогодишњег важења одредби породичног закона, дете и даље не остварује своје право на слободно изражавање мишљења у судским поступцима у којима се одлучује о питањима која га се тичу. Ово је случај и са поступком у парницама за лишење родитељског права. Препрека за ефикасно остваривање овог права детета јесу постојећа законска решења која не прописују одговарајуће механизме и санкције за операционализацију овог права.

Литература

Чланци и монографије:

Врањешевић, Ј. (2006). Развојно-психолошки аспект Конвенције о правима детета. Педагогија. Бр.4. 469-478.

Вучковић-Шаховић, Н. (2001). Права детета и Конвенција о правима детета. Београд: Центар за права детета.

Ковачек-Станић, Г. (2014). Породично право. Нови Сад.

Konstantoni, K. (2013) Children's rights-based approaches: the challenges of listening to taboo/discriminatory issues and moving beyond children's participation. *International Journal of Early Years Education*. Vol. 21. 362-374.

Lansdown, G. (2005). *The Evolving Capacities of the Child*. UNICEF. Приступ 01.09.2015. <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/evolving-eng.pdf>

Петрушић, Н. (2009). Поступак за лишење родитељског права, *Билтен Округлног суда у Нишу*. Бр.30. 93-111.

Петрушић, Н. (2007а). Право детета на слободно изражавање мишљења. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*. Бр. 3/2007. 521-540.

Petrušić, N. (2007b) The Right of the Child to Freedom of Expression under the New Family Legislation of the Republic of Serbia. *Facta Universitatis – Law and Politics*. 1/2007. 25-37.

Смернице о правосуђу по мери детета и коментар са објашњењима уз Смернице. Преузето 31.07.2015. http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Source/GuidelinesChildFriendlyJustice_HRV.pdf

Прописи:

Закон о ратификацији европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. *Службени лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр.9. 2003.

Конвенција о правима детета. Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета. *Службени лист СФРЈ — Међународни уговори*. Бр. 15. 1990.

Породични закон Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 18/2005, 72/2011- др.закон и 6/2015.

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. Бр. 98. 2006.

Committee on the Rights of the Child. Day of General Discussion on the Right of the Child to be Heard. Преузето 5.09.2015. <https://www.crin.org/en/library/events/day-general-discussion-2006-speak-participate-and-decide-childs-right-be-heard>

General Comment No. 12(2009) The Right of the Child to be Heard. Committee on the Rights of the Child. Приступ 10.08.2015. године.<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12.pdf>

General Comment No. 14(2013) on the Right of the Child to have his or her best interests taken as a primary consideration. Committee on the Rights of the Child. Преузето 01.09.2015. http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC_C_GC_14_ENG.pdf

UN General Assembly, Resolution on the Report of the Ad Hoc Committee A world fit for Children, 6th plenary meeting, 10. May 2002. Преузето 05.09.2015. http://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2E.pdf

UN General Assembly, Resolution on the Report of the Ad Hoc Committee A world fit for Children. 2002. Преузето 05.09.2015. http://www.unicef.org/specialsession/docs_new/documents/A-RES-S27-2E.pdf

Ljubica Janic, PhD student
Faculty of Law, University of Nis

Right of the Child to Freedom of Expression in the Procedure for Deprivation of Parental Rights

Summary

The right of the child to freedom of expression is one of the fundamental human rights which is granted to child in the procedure for deprivation of parental rights in order to protect his personality, rights and interests. In this procedure, the child is recognized as autonomus and independent legal subject. The Convention of the Rights of the Child stipulates the child's right to express his views in all matters affecting the child, as well as the obligation to give due attention to the opinion of the child in accordance with the age and maturity of the child. This right is guaranteed by the Family Act of Republic of Serbia which stipulates that every child has the right to express opinion freely in all proceedings concerning its rights and interests. Despite all procedural guaranties, it appears that the child's right to freedom of expression under the procedure for deprivation of parental rights is not effectively protected and actualized because there are no legal mechanisms to protect this right.

Key words: *procedure for deprivation of parental rights, right of the child to freedom of expression.*

КРИЗА ЕФИКАСНОСТИ И МОДЕЛ РЕФОРМЕ СИСТЕМА ОСИГУРАЊА ЗА СЛУЧАЈ НЕЗАПОСЛЕНОСТИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: Први корак позитивне промене у систему заштите од незапослености је формирање визије о њеној неопходности. Ова визија се у пуној мери развија тек пошто се анализирају сви битни недостаци традиционалног система осигурања за случај незапослености. У том смислу, аутор, најпре, усмерава истраживање у правцу проучавања узрочних односа између оптималности и ефикасности бенефиција из осигурања. Ово је потребно, јер се на бази резултата овог истраживања могу извести сигурни закључци о битним елементима модела реформе осигурања као традиционалног система заштите од незапослености. Надаље, користећи се овим сазнањима аутор креира модел реформе који је, по својим могућностима, један од најсигурнијих путева у правцу решавања кризе ефикасности система осигурања на плану отклањања проблема дугорочне незапослености. Предложени модел реформе карактерише разноврсност реформских мера и њихова фазна примена. Дизајниран је тако да се реформске мере надовезују једна на другу и међусобно допуњују. Гледано из шире перспективе, предложени модел реформе може одговорити изазову повећања ефикасности заштите од незапослености и обезбеђења социјалне сигурности.

Кључне речи: незапосленост, осигурање, реформа, ефикасност, социјална сигурност.

1 jelenajankovicradno@gmail.com

1. Увод

Епоху растуће стопе незапослености карактерише неопходност изградње новог, богатијег, функционалног и ефикасног система осигурања који је услов обезбеђења социјалне сигурности. Нови облик система осигурања за случај незапослености настаје као резултат спроведеног процеса реформе. Међутим, без добро заснованих сазнања о односу оптималности постојећег система осигурања и његове ефикасности могу се креирати само неоптимални модели реформе тог система. С тим у вези, најпре је неопходно анализирати постојећи систем бенефиција за случај незапослености, да би се касније приступило променама тог система.

Ове промене је потребно извршити у правцу креирања система осигурања који је потребан и довољан да смањи стопу незапослености, дискриминацију и сиромаштво, док са друге стране, повећава сигурност. Реформисани систем осигурања одговара социо-економској стварности у којој функционише, обезбеђује економску сигурност незапосленом лицу и издржаваним члановима његове породице и финансијски је одржив.

Због тога је један од најважнијих задатака на почетку процеса реформе система осигурања дефинисање његових кључних аспеката. У том смислу, неопходно је да у процесу креирања система осигурања за случај незапослености учествује што већи број релевантних субјеката благовремено примењујући адекватне реформске мере у циљу повећања ефикасности тог система на плану решавања дугорочних проблема. Начин на који су дефинисани ови елементи процеса реформе у највећој мери одређује ток и резултат читавог процеса.

Коначни резултат дефинисања кључних аспеката је креирање ефикасног модела реформе система осигурања за случај незапослености. Разноврсност реформских мера захтева њихову фазну примену. У том смислу, реформске мере, сродне по свом циљу, треба груписати и примењивати у истој фази процеса реформе. Преувеличавање значаја неке од реформских мера не доводи до реализације планираних циљева. Сходно томе, свим мерама које чине садржину одређеног нивоа организовања реформских мера треба дати подједнак значај. Изградњу новог облика система осигурања за случај незапослености омогућава само модел реформе који чине корекција постојећег система, увођење нових врста бенефиција и стална тежња ка унапређењу система осигурања као програма заштите од незапослености.

У овом раду полазећи од анализе тренутног стања у систему осигурања за случај незапослености објашњен је модел реформе тог система који, гледано из шире перспективе, може одговорити изазову повећања ефикасности заштите од незапослености и обезбеђења социјалне сигурности.

2. Однос оптималности и ефикасности система осигурања за случај незапослености

Премда су теоријски ставови јасни у погледу неопходности промена у систему заштите од незапослености, практични моменти потврђују постојање проблема неоптималног креирања осигурања као програма заштите. Традиционални модел осигурања је заснован на два базична аспекта. С једне стране овај систем се заснива на уплати доприноса, док је са друге стране заснован на исплати новчане накнаде.² Наиме, осигурање за случај незапослености је конципирано тако да запослени уплаћују доприносе да би осигурали себе за случај да остану без запослења, док се из укупне суме доприноса незапосленима исплаћује новчана наканда. Јавни системи осигурања за случај незапослености имају редистрибутивни карактер, и као такви, у суштини се базирају на преносу средстава између запослених и незапослених. Следствено томе, њихова одрживост је директно зависна од уплате доприноса тренутно запослених лица. Тако се на финансијском плану јасно препознаје да висина новчане накнаде мора да одговара приливу доприноса у Фонд осигурања. С тим у вези, пасиван став према проблемима као што су висока стопа незапослености, посебно висока стопа дугорочне незапослености, распрострањен непријављени рад и сл. додатно продубљује проблем финансијске одрживости система осигурања као програма заштите од незапослености.

Осим тога што није ефикасан, овако креиран систем осигурања за случај незапослености не гарантује једнакост. Услед тога што сви запослени плаћају доприносе, терет осигурања, углавном, подносе они запослени код којих је најнижа вероватноћа наступања ризика незапослености. Због тога је неопходно прилагођавање висине доприноса и могућности наступања ризика. У том смислу, како ефикасност осигурања зависи од тренутног нивоа запослености, а висина права из осигурања од висине доприноса, промене у систему осигурања треба прилагодити условима тржишта рада. С тим у вези, битне социо-економске карактеристике окружења у коме функционише одређени систем заштите од незапослености, утичу на одређивање нивоа дарежљивости тог система. У том смислу, ове карактеристике могу бити важне детерминанте програма осигурања за случај незапослености, тако да даља побољшања програма осигурања треба да укључе те важне квантитативне карактеристике. (Pallage, Zimmermann, 2005: 104)

² Чл. 66. Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености, *Сл. Гласник РС*, 36/09, 88/10 и 38/15

Осим проблема проузрокованих условима тржишта рада, ефикасност система осигурања за случај незапослености смањују и проблеми који потичу из природе и суштине осигурања. Обично се као главни узрок смањења ефикасности система осигурања наводи утицај неоптималног нивоа бенефиција на понашање незапосленог лица. У амбијенту повећане дарежљивости бенефиција из осигурања, незапослена лица радије бирају да буду незапослна и да остварују права из осигурања, него да се ангажују да пронађу и задрже запослење. Уколико пријем бенефиција из осигурања подстиче појединце да буду дуже незапослени, утолико такав систем осигурања не може бити ефикасан. У том смислу, проблеми повезани са моралним ризиком имају одређену важност за креирање ефикасног система осигурања за случај незапослености. С тим у вези, бројне расправе о потенцијалним узроцима повећања стопе незапослености указују на утицај осигурања, наводећи да повећана дарежљивост бенефиција из осигурања има тенденцију да повећа стопу незапослености. Осим тога, резултати бројних истраживања указују на то да повећење дарежљивости бенефиција из осигурања, не само да повећава стопу незапослености, већ и трајање периода незапослености. Роберт Мофит (*Robert Moffit*) је проучавајући проблем моралног ризика утврдио да повећење дарежљивости бенефиција из осигурања за 10% води продужењу трајања периода незапослености за 0,5 недеља. (Moffit, 1985: 100)

Јасно је да ефикасност осигурања као програма заштите од незапослености, у великој мери, зависи од вишедимензионалне различитости групе незапослених лица. Услед тога што је износ новчане накнаде нижи од раније зараде и тога што је период остваривања права на новчану накнаду ограничен, оправдано је очекивати да ће лица погођена ризиком незапослености спровести активности у циљу запошљавања или поновног запошљавања. Самомотивисани незапослени ће без интервенисања надлежне службе спровести потребне активности на плану налажења новог запослења, док ће, са друге стране, немотивисани незапослени пролонгирати период незапослености све док у потпуности не исцрпу права из осигурања.

Међутим, у специфичном контексту друштвено-економских прилика у којима постоји и функционише осигурање за случај незапослености у Републици Србији теоријски ставови о великом утицају моралног ризика на ефикасност осигурања добијају мало емпиријских потврда. С тим у вези, јасно је да овакав однос између дарежљивости бенефиција из осигурања и стопе незапослености не постоји само због моралног ризика. Уколико је стопа незапослености мера ефикасности система осигурања, утолико њено повећање јасно упућује на закључак да је такав систем неефикасан.

Наиме, осигурање за случај незапослености обезбеђује незапосленом лицу краткорочну економску сигурност исплатом новчане накнаде, док, са друге стране, производи мало позитивних ефеката на плану решавања дугорочних проблема.

Формула за одређивање оптималног нивоа бенефиција из осигурања за случај незапослености имплицира да висина накнаде треба да прелази 50% висине зараде. (Chetty, 2008: 173) Међутим, разумљиво је да се проблем оптималног нивоа бенефиција из осигурања за случај незапослености не тиче само висине и трајања права на новчану накнаду, већ, и броја, разноврсности и функционалности права из осигурања. Основни напори у формирању осигурања као ефикасног програма заштите од незапослености треба да буду усмерени ка стварању новог, системски повезаног, квалитативно и квантитативно богатијег сета права из осигурања. Не треба изгубити из вида опасност да такав ниво права из осигурања може отворити врата бројним проблемима, као што су злоупотреба права, већа стопа незапослености, нарочито незапослености појединих категорија лица која карактеришу негативна селективна обележја. Нова политика треба да буде дизајнирана тако да идентификује и сачува најефикасније раднике, и да охрабри остале раднике да их „имитирају“. (Jensen, 1989: 561)

Једино систем осигурања који је оптимално креиран може бити ефикасан. Систем осигурања за случај незапослености је оптималан онда када је могућ, довољан и финансијски одржив. Систем осигурања је могућ у ситуацији када одговара друштвеној стварности у којој функционише. Наиме, уколико неки систем осигурања производи позитивне ефекте у једном друштвено-економском окружењу, то, никако, не значи да ће такав систем ефикасно остваривати своју функцију у другачијем окружењу. Ниво бенефиција из осигурања је оптималан онда када је довољан да обезбеди економску сигурност незапосленог лица и издржаваних чланова његове породице, истовремено утичући на мотивацију незапосленог лица да предузима потребне мере и акције ради проналажења одговарајућег радног ангажовања. Финансијска одрживост система осигурања за случај незапослености је условњена контрибутивном природом давања из осигурања. Услед тога, висна новчане накнаде треба да одговара приливу доприноса.

Јасно је да, ни у ком случају, не треба експериментисати са рестрикцијом права из осигурања. Такав правац реформе система заштите од незапослености, који приморава незапослене да прихвате слабо плаћени посао или рад у сектору ван званичне економије, колико утиче на смањење незапослености толико повећава несигурност, дискриминацију

и сиромаштво. С тим у вези, реформа система осигурања за случај незапослености је пут ка решавању кризе ефикасности тог система.

3. Битни аспекти реформе система осигурања за случај незапослености

Ради бољег разумевања реформе система осигурања за случај незапослености потребно је анализирати неке битне аспекте тог процеса. Недостатак бројних реформи осигурања за случај незапослености састоји се у томе што битни елементи тог процеса функционишу исувише изоловано. С тим у вези, сви саставни делови процеса реформе морају бити применљиви и технички једноставнији, међусобно еластично и функционално повезани. У основи сваке реформе налазе се субјекти, време, мере и циљеви.

Практични интереси реформе система осигурања за случај незапослености захтевају да у том процесу учествује што већи број субјеката. С обзиром на мноштво субјеката, процесу реформе се може, оправдано, придодати епитет интеринституционалног. У процесу реформе система осигурања за случај незапослености учествују незапослени, запослени, послодавци, Влада, службе за запошљавање, установе образовања, невладине организације и други субјекти.

Незапослена лица, заузимајући афирмативан став према активном тражењу запослења и повећању своје запошљивости, предузимају мере, акције и кораке ка промени свог статуса незапосленог лица.

Социјални партнери имају посебно значајну улогу у процесу повећања ефикасности система осигурања за случај незапослености. Запослени, послодавци и Влада треба да постигну сагласност око основних мера и праваца реформе система осигурања. Због тога је неопходно да социјални партнери побољшају своје капацитете и ресурсе за вођење преговора и учешће у процесу реформе система осигурања на трипартитној основи.

Криза ефикасности система осигурања за случај незапослености нужно је наметнула проблеме за чије решавање је неопходно учешће субјеката из области образовања и стицања вештна. Огроман несклад који постоји између захтева тржишта рада и образовних профила незапослених лица доводи до значајног повећања тржишно суфицитарних знања и вештина. У процесу прилагођавања понуде и потражње оптималне радне снаге базичну улогу имају установе образовања. У том смислу, нарочито је значајно улагање у развој и унапређење дефицитарних професија.

Незапослност, несразмерно тешко, погађа оне сегменте популације, који су иначе у инфериорном друштвеном положају, а да при томе не представљају само маргиналну друштвену скупину. (Петровић, 2012: 5) У том смислу, реформске мере система осигурања морају да буду прилагођене специфичним особинама одређене категорије незапослених лица. С тим у вези, пресудан утицај на успешност процеса реформе осигурања има учешће бројних невладиних организација које се баве побољшањем положаја одређених група лица, као што су млади, стари, жене и други.

Од посебног значаја за делотворност реформских мера јесте тренутак њиховог предузимања. Реформске мере не постоје изоловане једна од друге и, с тим у вези, потребно је одредити редослед њихове примене. Свака мера и акција која је предузета неблаговремено неће остварити жељени ефекат и представља успоравање процеса реформе. Сходно томе, реформске мере треба временски организовати полазећи од циља који се жели постићи њиховом применом.

Успешност реформе зависи од тога да ли су реформске мере правилно организоване и ефикасно и благовремено примењене. Бројне реформске мере система осигурања за случај незапослености се могу, најопштије, класификовати у четири категорије. Прво, мере надзора јесу оне које се предузимају ради утврђивања тренутног стања у систему осигурања. На основу дијагнозе тренутног стања, које је утврђено на почетку, одређује се даљи ток и правац процеса реформе. Осим тога, ове мере се примењују у току читавог процеса како би се утврдили, евентуални, недостаци или неправилности. Надаље, надзорне мере је потребно примењивати и на крају реформског процеса, како би се утврдиле могућности за даље унапређење система осигурања за случај незапослености. Друго, реформа система осигурања за случај незапослености се спроводи применом нормативних мера. Ове мере подразумевају промене у законодавству којим је регулисана област запошљавања и осигурања за случај незапослености. Треће, развијени облици реформе се не задржавају само на нормативном регулисању, већ теже постизању практичних резултата. У том смислу реформске мере практичног карактера јесу оне којима се остварује примена норми и реализација циља реформе система осигурања за случај незапослености. Четврто, најекстремније мере постизања ефикасности система осигурања за случај незапослености је су оне чију садржину чини санкција. Репресивне реформске мере примењују се у циљу обезбеђења поштовања закона, ефикасне наплате доприноса и превођења рада на црно у сектор званичне економије.

Најзначајнији елемент процеса реформе је циљ. Начин дефинисања циља реформе доминантно одређује њене остале елементе. Циљ реформе система осигурања за случај незапослености је повећање његове ефикасности на плану решавања проблема дугорочне незапослености.

Употребљене мере, врло често, дају особен печат сваком процесу реформе. С тим у вези, реформа обично представља процес комбиновања више врста реформских мера, од којих најдоминантнија одређује њену природу. Свака од употребљених реформских мера треба да се на оптималан начин надовезује на већ примењене мере. Следствено томе, потребно је креирати одговарајући модел реформе система осигурања за случај незапослености.

4. Модел реформе система осигурања за случај незапослености

У одсуству ефикасног система заштите од незапослености тржиште рада нуди сопствену верзију осигурања. Послодавци виде могућност да остваре профит тако што ће креирати послове са ниским ризиком незапослености, а премију осигурања наплаћују од радника тако што им нуде ниске зараде. (Acemoglu, Shimer, 1999: 901) На овај начин запошљавање постаје један од најснажнијих извора несигурности. С тим у вези, у најширем оквиру теоријског и чињеничног сазнања о ефикасности осигурања као програма заштите од незапослености нужно се намеће схватање о неопходности реформе тог програма. Може се, без претеривања, тврдити да проблем реформе система осигурања за случај незапослености није само национална специфичност. Иако се правила о исплати новчане наканде и правила финансирања разликују од земље до земље, ипак се у системима осигурања за случај незапослености, као значајан проблем, истиче неефикасност на плану решавања дугорочних проблема. Из перспективе идеје о повећању ефикасности осигурања за случај незапослености, треба анализирати могући модел реформе тог система.

Разноврсност мера које чине одговарајући модел реформе захтева да се у њиховој примени употребљава фазни приступ. Другим речима, потребно је сет реформских мера организовати на више нивоа.

Како сваки облик реформе стоји пред задатком промене постојећег система, први ниво организовања реформских мера осигурања за случај незапослености је корекција битних елемената тог система. Сет корективних реформских мера укључује мере које мењају услове за стицање права, мере које мењају начин финансирања и мере које побољшавају бенефиције.

Прво, да би били подобни за остваривање права из осигурања за случај незапослености појединци морају да буду радно ангажовани у одређеном периоду, морају бити расположиви за рад и одмах спремни да раде, затим, да су остали без запослења без своје кривице и воље, као и да активно траже посао.³ Међутим, насупрот преовлађујућем теоријском ставу о великом негативном утицају моралног ризика на ефикасност осигурања, емпиријски докази упућују на потребу корекције услова подобности у правцу смањења њихове ригидности. У том смислу треба ублажити услов подобности који се тиче понашања незапосленог лица, тако што ће незапослени имати право на новчану накнаду из осигурања уколико је својевољно напустио посао из убедљивих породичних разлога. Убедљивим породичним разлозима, у смислу овог услова подобности, сматрају се, нарочито, насиље у породици, болест или инвалидност члана уже породице или пресељење због запослења супружника. (Shaefer, 2010: 445)

Друго, са становишта начела зависности права од улагања висина права из осигурања условљена је висином уплаћиваних доприноса. Услед тога, применом мера које мењају начин финансирања, реформу система осигурања треба спровести у правцу решавања проблема неуплаћених или недовољно уплаћених доприноса и непријављеног рада. Осим тога, на нормативном плану могуће су промене одредаба о начину финансирања. Увођење трипартитне поделе терета уплате доприноса може показати непосредне практичне резултате на плану смањења стопе незапослености. (Carter, Bedard, Peyron, 2013: 29) Овакав систем уплате доприноса састоји се у томе да доприносе у једнаком или неједнаком проценту уплаћују запослени, послодавци и Влада. На тај начин, уплата доприноса од стране Владе повећава прилив доприноса у Фонд осигурања, што у крајњој линији, доводи до повећања висине накнаде. Овакав систем уплате доприноса постоји у упоредном праву, и може, уз одговарајућа прилагођавања, бити ефикасно примењен и у Републици Србији. Друга значајна промена начина финансирања представља алтернативу традиционалном систему осигурања за случај незапослености. Систем индивидуалних штедних рачуна захтева да појединци сачувају скроман део плате на посебном рачуну са кога ће средства бити исплаћивана уместо новчане накнаде. У случају да сва средства са рачуна буду исцрпљена, Влада је дужна да обезбеди средства за исплату одређеног износа накнаде незапосленом лицу, при чему ће негативни салдо бити обрачунат код пензионисања. Са

³ На тај начин, услови за остваривање права из осигурања једним делом су везани за раније радно ангажовање, док су са друге стране повезани са понашањем незапосленог лица, како у току трајања периода незапослености тако и у току ранијег радног ангажовања.

друге стране, позитивни салдо ће бити урачунат у пензију или ће ући у заоставштину ако лице умре пре пензионисања. (Feldstein, Altman, 2007: 56)

Треће, сет корективних реформских мера употпуњују мере које побољшавају бенефиције. Наиме, у светлу повећања ефикасности система осигурања за случај незапослености потребно је сагледати читав низ могућности за унапређење постојећег нивоа бенефиција. Прво, са аспекта опасности од моралног ризика систем осигурања који се заснива на сукцесивној исплати једнаког износа новчане накнаде у одређеном делу периода незапослености није дао очекиване резултате. Идеју о најсврсисходнијем нивоу бенефиција из осигурања треба развијати у правцу периодичне исплате неједнаког износа новчане накнаде у законом прописаном периоду. Суштина ове корективне реформске мере састоји се у томе да се износ новчане накнаде смањује како незапосленост дуже траје. Приликом употребе ове мере од пресудне је важности да је укупан фонд срестава које незапослени остварује на име накнаде исти као и у систему периодичне исплате новчане накнаде у једнаком износу. За примену ове мере је неопходно да укупан фонд права на новчану наканду буде прераспоређен тако да незапослени на почетку периода незапослености прима одређени износ новчане накнаде који се постепено смањује током трајања незапослености, при чему укупна висна права на новчану наканду остаје непромењена. Друго, усмеравајући реформу осигурања у правцу побољшања накнаде треба сагледати проблем неповољног избора у осигурању. Наиме, у редистрибутивном систему осигурања за случај незапослености проблем моралног ризика састоји се у томе да једни чланови заједнице ризика остварују користи на рачун других. Овакав систем осигурања погодује, нарочито, запосленима у областима са великом вероватноћом наступања ризика незапослености. Са друге стране, запослени у областима са малом вероватноћом наступања ризика незапослености подржавају добровољно осигурање. Међутим, социјално осигурање није настало, нити постоји, због оних који сами могу да поднесу терете, односно штете од ризика. С тим у вези, социјално осигурање је или обавезно или га, практично, неће ни бити. (Петровић, 2003: 56) У том оквиру се као посебна могућност, једино, отвара увођења додатног добровољног осигурања. Са становишта додатног добровољног осигурања обвезници уплате доприноса су дужни да у Фонд осигурања уплаћују доприносе у законом прописаном проценту од основице, при чему је отворена могућност уплате доприноса у вишем износу од прописаног. У случају да запослени, који је уплаћивао виши износ доприноса од обавезног, остане без запослења, има право на новчану наканду пропорционално висини доприноса.

Други ниво организовања реформских мера система осигурања за случај незапослености је промена структуре бенефиција. Да би било могуће стварање нових савремених облика права из осигурања потребно је истражити социо-економско окружење у коме осигурање функционише. То ће омогућити да се боље уоче празнине у постојећем систему осигурања за случај незапослености. Велика распрострањеност обесхрабрења и нерада међу младима, висока учесталост радних места ниског квалитета, несклад стечених вештина са захтевима тржишта рада, нужно, намећу потребу увођења нових облика права из осигурања.

Непосредни практични задатак нових бенефиција је очување вредности стања запослености. Првенствено, овај задатак је могуће остварити применом мера које утичу на вољу појединца да задржи постојеће или пронађе ново запослење. У том смислу, нека решења из упоредног права могу имати најширу практичну вредност у Републици Србији. Утицај на вољу незапосленог лица да остане радно ангажован има делимична наканда, која омогућава да они који би били отпуштени из економских разлога или због неизбежних догађаја, остану код послодавца да раде са непуним радним временом за шта добијају зараду, а за остатак времена до пуног радног времена добијају новчану накнаду из осигурања. (Carter et al. 2013: 64) Надаље, мера исплате новчане накнаде у току рада састоји се у утицају на вољу незапосленог лица да прихвати слабије плаћени посао. Тако су, примаоци бенефиција дужни да прихвате, понуђени, слабије плаћени посао, при чему остварују право на новчану накнаду у висини разлике између висине зараде и висине накнаде.

Надаље, структуру бенефиција из осигурања мења стратегија активирања незапослених лица која је показала најбоље резултате у борби против моралног ризика. Ова стратегија обезбеђује примаоцима бенефиција из осигурања више шанси да нађу запослење, насупрот пасивној исплати новчане накнаде. Садржину стратегије активирања незапослених чине мере чија је суштина враћање незапослених лица на тржиште рада. Мере активизације су различите по садржини и по квантитету и примењују се у складу са потребама незапосленог лица у сваком конкретном случају.

Трећи ниво организовања реформских мера система осигурања за случај незапослености је унапређење постигнутих резултата. Систем осигурања за случај незапослености мора бити стално ефикасан. Стаднaрд сталне ефикасности претпоставља да осигурање континуарно остварује постављене циљеве на плану решавања дугорочних проблема. С тим у вези, заштита од незапослености се у пуној мери развија тек пошто се обезбеде механизми који унапређују постигнути ниво ефикасности.

Унапређење ефикасности подразумева примену мера које делују унутар и изван система осигурања за случај незапослености.

Реформске мере унапређења постигнутих резултат које делују унутар система осигурања, првенствено делују на плану проширења покривености. Непосредна, практична, примена ових мера обезбеђује да што већи број незапослених лица буде квалификовано за остваривање права из осигурања. Проширену покривеност система осигурања могуће је постићи креирањем јавне политике обезбеђења примене закона. То је политика одређивања услова подобности у границама које су одговарајуће за одређени тип социо-економског система, с једне стране, и повећања ефикасне наплате доприноса, са друге стране. Надаље, унапређење постигнутог нивоа ефикасности система осигурања за случај незапослености постиже се организовањем јавне службе за запошљавање као клијентно оријентисаног сервиса који се базира на савременим видовима успостављања контакта између службе и незапосленог лица. У том смислу, употребом савремених облика комуникација, незапосленим лицима ће бити олакшао испуњавање административних обавеза које их квалификују за остваривање права из осигурања. У зависности од развијености административног апарата јавне службе за запошљавање, незапосленим лицима је потребно омогућити да се надлежној служби могу јављати и подносити захтеве лично, телефоном, поштом или путем система електронске комуникације.

Реформске мере унапређења постигнутих резултата које делују изван система осигурања су мере којима се реализује стратегија унапређења запошљавања. Ове мере примењују установе образовања, послодавци и невладине организације. Поједници који напусте школовање и не стекну довољан ниво писмености сусрећу се са знатним тешкоћама на тржишту рада. Мере јачања образовног система обезбеђују овим лицима да повећају своје капацитете за налажење новог запослења. Посебну важност за повећање запошљивости незапослених лица има препознавање области са највећим потенцијалом за запошљавање. Европска унија упућује земље чланице да ојачају своје политике запошљавања. Унија посебно упућује препоруке државама да убрзају стварање нових радних места у привреди кроз: охрабривање потражње за радном снагом; субвенције за ново запошљавање; смањење пореза на зараде, уз обезбеђење фискалне одрживости; промовисање и подржавање samozapošljavanja; трансформацију неформалног сектора и рада на црно у редовно запошљавање; модернизацију система усклађивања зараде са

развојем продуктивности; креирање нових радних места.⁴ Ове подршке програмима запошљавања се финансирају искључиво доприносима послодаваца. Деловање невладиних организација има посебан значај на плану унапређења запошљивости нарочито осетљивих категорија незапослених лица, као што су млади и старији радници, жене и други.

Овако дизајниран модел реформе система осигурања за случај незапослености има облик пирамиде и треба да функционише као целина у којој сваки саставни део има одређену улогу. Како координација не значи интеграцију, реформске мере треба примењивати тако да се једне надовезују на друге и међусобно се допуњују. Оваква структура реформских мера јасно указује на то да је реформа процес који захтева одређено време и фазну примену реформских мера.

5. Закључак

Реформа система осигурања за случај незапослености је процес континуалног предузимања малих корака у циљу повећања ефикасности овог програма заштите од незапослености, ради постизања онога што је у основи од огромног значаја, а то је социјална сигурност.

Упорно настојање да се постојећи ниво бенефиција даље развија, док се истовремено смањује опасност од моралног ризика је битна карактеристика реформе осигурања за случај незапослености. Јасно је да само експлоатисање права на новчану накнаду нема никакву практичну вредност. С тим у вези, како би се повећали капацитети осигурања на плану решавања дугорочних проблема потребно је креирати нови, системски повезан, квалитативно и квантитативно богатији сет права из осигурања.

У том смислу, пирамидални модел реформе, по својим могућностима, представља један од најсигурнијих путева у правцу решавања кризе ефикасности система осигурања за случај незапослености. Реформске мере треба организовати на начин који подразумева њихову сукцесивну примену у зависности од циља који се жели постићи на одређеном нивоу процеса реформе.

У том смислу први ниво организовања реформских мера је корекција битних елемената система осигурања. Развијени модел реформе иде даље од корекције тренутног стања система осигурања за случај незапослености, и тежи ка његовој модернизацији. Следствено томе, други ново организовања реформских мера је стварање нових савремених

⁴ European Commission. *Employment package*. Преузето 01.07.2015. <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1039&langId=en>

облика права из осигурања. Треба подвући да систем осигурања за случај незапослености мора бити стално ефикасан. У том смислу, ради остваривања стандарда сталне ефикасности трећи ниво организовања реформских мера је унапређење постигнутих резултата. Ово је, нарочито важно, јер се заштита од незапослености у пуној мери развија тек пошто се обезбеде механизми који унапређују постигнути ниво ефикасности.

Литература

Acenoglu, D. Shimer, R. (1999). Efficient Unemployment Insurance. *The Journal of Political Economy*. 107 (5). 893-928

European Commission. *Employment package*. Преузето 01.07.2015.

<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=1039&langId=en>

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености. *Службени гласник РС*. Бр. 36.2009, 88.2010 и 38.2015.

Jensen, R. J. (1989). The Causes and Cures of Unemployment in the Great Depression. *Journal of Interdisciplinary History*. 19 (4). 553-583

Moffit, R. (1985). Unemployment insurance and the distribution of unemployment spells. *Journal of Econometrics*. 28. 85-101

Pallage, S. Zimmermann, Ch. (2005). Heterogeneous Labor markets and generosity towards the unemployed: an international perspective. *Journal of Comparative Economics*. 33. 88-106

Петровић, А. (2012). Незапосленост као привремена појава или као судбина. *Радно и социјално право*. 1. 1-13

Петровић, А. (2003). Утицај комбиновања и прилагођавања одређених институција осигурања, социјалног осигурања, социјалне заштите и социјалног права на изградњу и развој система социјалне сигурности. *Радно и социјално право*. 4-7. 51-59

Shaefer, H. L. (2010). Identifying Key Barriers to Unemployment Insurance for Disadvantaged Workers in the United States. *Journal of Social Policy*. 39 (03). 439-460

Feldstein, M. Altman, D. (2007). Unemployment Insurance Saving Accounts. *Tax Policy and the Economy*. 21. 35-63

Carter, J. Bedard, M. Peyron, B. C. (2013). *Comparative review of unemployment and employment insurance experiences in Asia and worldwide*. Bangkok: ILO Regional Office for Asia and Pacific.

Chetty, R. (2008). Moral Hazard versus Liquidity and Optimal Unemployment Insurance. *Journal of Political Economy*. 116 (2). 173-234

Jelena Janković, PhD student,
Faculty of Law, University of Niš

**THE CRISIS OF EFFICIENCY AND THE MODEL OF REFORM OF THE
UNEMPLOYMENT INSURANCE SYSTEM IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

The first step to positive changes in the system of protection against unemployment is the formation of the vision of its necessity. This vision will be fully developed only after analyzing all relevant disadvantages of the traditional unemployment insurance system. First of all, the author manages her's research into studying the causal relationship between optimization and efficiency of the unemployment benefits system. This is necessary because on the base of the results of this research can be made certain conclusions about essential elements of the reform of the traditional unemployment insurance system. Furthermore, using this cognitions, the author creates a model of reform which is, according to its capabilities, one of the safest roads which leads to the solution of inefficiency of the unemployment insurance in order to solve the problem of long-term unemployment. The model of reform which is proposed in this paper is characterized by the diversity of the reform measures and their application in several phases of the reform process. It is designed in such a way that each of the following reform measures are build upon previous ones. Also, every measure which is used complement the second one. In general, the model of reform which is proposed in this paper can respond to the challenge of increasing the efficiency of protection against unemployment and ensuring the social security.

Key words: unemployment, unemployment insurance, reform, efficiency, social security.

ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА ПРОПИСА КАО САВРЕМЕНА ТЕНДЕНЦИЈА У РАЗВОЈУ И ПРИМЕНИ ПРАВА²

Апстракт: *Примена економских метода у праву датира из ранијих времена, али је тек у XX веку, са установљењем Економске анализе права као посебне научне и наставне дисциплине, почела систематска анализа правних института и прописа коришћењем логике економске науке. Иако и данас има оних који сматрају да то доводи до, такозваног, редуccionистичког приступа праву и замене начела правде и правичности принципима економичности и ефикасности, економска анализа права постаје све популарнија у многим областима правног живота, а такође и приликом доношења правних прописа.*

Економска анализа ефеката различитих прописа неопходна је како би се ex ante утврдило какве ће економске последице њихово доношење произвести у погледу јавних финансија, али и на понашање одређених друштвених група и појединаца. На тај начин, отвара се и питање мотива којима се руководе они који доносе прописе. За Србију, као државу са хроничним проблемом буџетског дефицита и високог јавног дуга, од велике је важности да се приликом доношења нових закона прорачунају ефекти њиховог спровођења на државни буџет.

У овом раду настојимо да испитамо значај економске анализе права и, посебно, анализе ефеката прописа у погледу ефикасније примене права у Србији. У том циљу, полазимо од тога да је споменута анализа неопходна ради унапређења законодавног процеса и, последично, ефикасније примене права.

Кључне речи: *анализа, ефекти, прописи, ефикасност.*

1 vladica.maricic@live.com

2 Рад под називом "Економска анализа прописа пре њиховог доношења као савремена тенденција развоја правних система", усмено излаган на научном скупу „Савремене тенденције развоја правних система“, одржаном 13.11.2014. године на Правном факултету Универзитета у Нишу

1. Увод

Економска анализа прописа, и права уопште, подразумева примену економских метода у праву. Иако је ова пракса била позната из ранијих времена тек је у XX веку, са установљењем Економске анализе права, као посебне научне и наставне дисциплине, почела системаска анализа правних института и прописа коришћењем логике економске науке. Иако ова пракса и данас има противника, пре свега оних који сматрају да доводи до, такозваног, редукционистичког приступа праву, економска анализа права постаје све примењенија у многим областима правног живота. Она је, такође, незаобилазна приликом доношења правних прописа, јер само економски утемељени прописи могу бити ефикасно примењени.

Критика оних који не гледају благонаклоно на економску анализу прописа, и права уопште, пре свега је усмерена на констатацију да би примена логике економске науке приликом доношења прописа у први план ставила принципе економичности и ефикасности. Како знамо да су вековима правни институти креирани и прописи доношени вођени начелима правде и правичности, јасно је да би примена економских принципа усмерила развој права у другом смеру. Како оно што је економично и ефикасно, сматрају они, не мора увек и често није, праведно и правично, овакав приступ довео би до редукције правних института и права уопште. Право би постојало само ако је економично и ефикасно (Јовановић, 2008: 52).

Анализу економских ефеката прописа могуће је вршити како пре, тако и после њиховог доношења. Анализа *ex ante* пожељна је како би се утврдило какве ће економске последице њихово доношење произвести у погледу јавних финансија, али и на понашање одређених друштвених група и појединаца. Она, дакле, креаторима прописа помаже како би већ унапред знали две ствари. Прва и најбитнија јесте какве ће последице по јавне финансије произвести донети пропис. За Србију, као државу са проблемом буџетског дефицита и високог јавног дуга, од велике је важности да се приликом доношења нових закона прорачунају ефекти њиховог спровођења на државни буџет. Друга ствар коју економска анализа може да нам каже јесте које ће друштвене групе и појединци бити погођени тим прописом, а који ће од њега имати користи. На тај начин, олакшава се и разумевање мотива којима се руководе они који доносе прописе.

Економска анализа донетих прописа могућа је и *ex post*, онда када су прописи већ донесени и када је почела њихова примена. Оваква анализа се врши да би се утврдило да ли је анализа *ex ante* била исправна, односно да ли су економски ефекти по буџет и појединце и групе исти онакви какве су креатори прописа предвидели претходном анализом или је потребна

измена и допуна донесених прописа. Накнадна економска анализа врши се и онда када није било претходне анализе, најчешће да би се утврдило због чега је дошло до проблема у примени прописа, онда када је прописе немогуће или их је тешко применити.

Дакле, иако постоје спорења око примене принципа ефикасности у праву (који би стајао поред или испред принципа правде и правичности), неспорне су користи од вршења економске анализе прописа пре него што буду донесени. Не улазећи у то да ли пропис треба да постоји само ако је ефикасан, резултати такве анализа доносиоце прописа суочавају са ефектима његове примене по друштво. Креатори прописа, и јавних политика уопште, могу у процесу доношења прописа бити вођени и другим (политичким) принципима, а економска анализа им само предочава цену њихове (политичке) одлуке.

2. Економска анализа права - уопште

Економска анализа представља веома корисно средство разумевања и предвиђања људског делања и његових последица, на основу мотива који га води. Иако се пракса економске анализе различитих облика људског понашања могла срести и раније, Економска анализа права је, као научна дисциплина, своје утемељење пронашла тек у XX веку. Настанак и прихватање ове научне дисциплине на најбољи начин потврђује потребу друштва да целовито сагледа све добре и лоше последице правних, политичких и економских одлука (Јовановић, 2008: 12).

Економска теорија слободног тржишта учинила је велике помаке у анализи државне интервенције, регулације и јавног избора чиме је отворила нове могућности развоја економској анализи права, оријентисаној на методологију и претпоставке које произилазе из слободног тржишта. Тако су тржишно оријентисане школе поставиле интелектуалне темеље за вођење економске и законодавне политике. (Јовановић, 2008: 12). Знамо да идеје слободног тржишта у фокус стављају појединца и његову слободу деловања у личном интересу, где је његов основни циљ да максимизује богатство. Исто као на тржишту и приликом креирања и примене права, појединци су вођени мотивом максимизовања користи. Значи да применом тржишних идеја на процес доношења прописа, сам тај процес почињемо да посматрамо као тржишни.

Сама економска анализа права полази од схватања да право има економску логику и да се правни институти³ могу објаснити принципима трошкова и користи. Наиме, квалитет правних института, као и прописа од којих су сачињени, може да се посматра са економског становишта кроз ефикасност у њиховој примени. (Мојашевић, 2013: 1735). Због тога се и прописи, као и сам процес њиховог доношења, од идеје оних који поседују моћ да прописе доносе, до формалних процедура за њихово доношење, могу схватити коришћењем метода економске науке.

3. Због чега економска анализа ефеката прописа?

Економска анализа прописа користи се пре свега из разлога касније ефикасне примене истих. Како се прописи и доносе да би били примењени, нерационално би било доносити их без јасне слике да ли ови касније, када буду донети, могу бити примењени, или би њихова примена била знатно отежана. Осим што помаже да се предупреди доношење непримењивих прописа, који по правилу стварају непотребне административне трошкове и уносе правну несигурност у правни систем, вршење претходне анализе може да предупреди и опасност од доношења прописа којима се не постиже жељени циљ. Наиме, доносиоци прописа, још у фази њиховог креирања, имају на уму оређене циљеве које желе постићи њиховим доношењем и применом, а анализа ефеката донесеног прописа може да покаже да ли се његовом применом постиже жељени циљ.

Анализа ефеката прописа представља метод којим се анализира потреба за доношењем новог прописа као и вероватни ефекти нових прописа односно промена постојеће регулативе. Овај метод подразумева процес који се заснива на низу корака којима се на аналитички и систематичан начин даје одговор на питање која од могућих алтернатива представља најбоље решење, односно да ли би нова или измена постојеће регулативе имала позитиван ефекат. Током овог процеса, идентификују се *оčekивани, како главни, тако и споредни, ефекти* који прате предложене измене, и у случају када је то могуће, трошкови и користи од измене прописа се квантификују (Радуловић, Марушић, Вукотић, 2010: 4).

Претходна економска анализа прописа показује се и као ефикасно средство откривања да ли се пропис доноси у јавном интересу или у служби неког приватног интереса. Циљеви због којих се доноси одређени пропис често су циљеви и интереси одређених друштвених група и појединаца о чему ће више бити речи у петом поглављу овог рада.

³ У економији се користи термин „институције“, док се у праву користи термин „институти“

Може се закључити да спровођење претходне анализи ефеката прописа има и информативну сврху, јер доводи до побољшања квалитета информација на основу којих се доносе прописи, како код доносилаца прописа, тако и код свих заинтересованих страна. Боља информисаност може им помоћи да, када сагледају тачне или приближне ефекте доношења прописа, још једном размисле да ли је конкретни пропис уопште потребно донети, и да ли га треба усвојити у облику у ком је предложен, или га, пак, треба додатно кориговати.

3.1. Анализа ефеката закона као формална обавеза

Анализа ефеката закона, као формална обавеза, предвиђена је Пословником Владе Републике Србије.⁴ *Извештај о спроведеној анализи ефеката* представља прилог нацрту закона. Разлог спровођења анализе ефеката је да би се јасно предочило који се проблеми решавају доношењем конкретног закона, да ли постоје алтернативна регулаторна решења и да би се предочили трошкови и користи од доношења закона.

Анализа ефеката закона представља формалну обавезу предлагача закона. Анализа треба да да следећа објашњења: које проблеме акт треба да реши; који циљеви се актом постижу; да ли су разматране могућности да се проблем реши и без доношења акта; зашто је доношење акта најбољи начин за решавање проблема; на кога ће и како ће највероватније утицати решења у закону; какве трошкове ће примена закона створити грађанима и привреди (нарочито малим и средњим предузећима); да ли су позитивне последице доношења закона такве да оправдавају трошкове које ће он створити; да ли се законом подржава стварање нових привредних субјеката на тржишту и тржишна конкуренција; да ли су све заинтересоване стране имале прилику да се изјасне о закону; и које ће се мере током примене закона предузети да би се остварило оно што се доношењем закона намерава. Оваква форма извештаја о спроведеној анализи ефеката закона разрађује питања базирана на листи препорука ОЕЦД-а и има за циљ уклањање уочених недостатака испољених у досадашњој пракси и олакшавање припреме образложења и прилога, у складу са Пословником Владе (Радуловић et al. 2010: 9).

Када одговорност за припрему извештаја о анализи ефеката закона лежи на ресорном министарству као предлагачу, тај задатак може бити поверен истој радној групи која припрема и нацрт закона. Такође, министарство може формирати и посебну радну групу која спроводи анализу, различиту

⁴ Чл. 40. Пословника Владе, Сл. гласник РС, 61/06 - пречишћен текст, 69/08, 88/09, 33/10, 69 /10, 20/11, 37/11, 30/13.

од оне која припрема нацрт закона. И за обављање анализе ефеката закона, као и за израду нацрта закона, министарства могу, ако немају довољно административних капацитета, да ангажују спољне експерте (Радуловић et al. 2010: 12).

Постоји и могућност да предлагач не приложи наведени *извештај*. То се дешава у ситуацијама када оцени да уз нацрт закона није потребно спроводити анализу ефеката закона. Наравно, своју процену дужан је да посебно образложи.

4. Анализа ефеката прописа на јавне финансије

Креатори прописа - они који поседују политичку моћ да прописе доносе, морају бити свесни важности претходне економске анализе прописа, како се не би суочили са проблемима у њиховој примени. Наиме, уколико доношење одређеног прописа изискује смањење буџетских прихода или повећање расхода, неопходно је предвидети и обезбедити средства потребна за његову примену. Тачније, ако је за примену донетог прописа потребно обезбедити одређена средства у буџету, а тих средстава нема, не може се очекивати ни да ће наведени пропис моћи да буде примењен. Исто тако, уколико примена прописа не представља расход у буџету, али узрокује смањење прихода буџета, његова примена директно угрожава примену других прописа за чије је спровођење потребно обезбедити нова средства.

Економска анализа прописа пре њиховог доношења и уопште, анализа ефеката које ће он произвести по јавне финансије, значајна је и из разлога рационалнијег трошења буџетског новца. Они који прописе креирају и доносе, не могу да имају праву, а неретко ни оквирну, слику ефеката спровођења донетих прописа по јавне финансије. Зато се претходна економска анализа прописа показује и као ефикасан начин за постизање уштеда и рационалније коришћење буџетских средстава.

4.1. Законска обавеза процене финансијских ефеката на буџет

За Србију, као државу са хроничним проблемом буџетског дефицита и високог јавног дуга, од велике је важности да се приликом доношења нових закона, и прописа уопште, прорачунају ефекти њиховог спровођења на државни буџет. Прорачун ефеката на буџет врши се пре доношења самог прописа. Анализа *ex ante* спречава да буду усвајани прописи који, због недостатка буџетског новца, не би могли да буду извршени, или чије извршење би изазвало озбиљан поремећај јавних финансија. Због своје велике важности, економска анализа ефеката доношења прописа не сме

бити само опредељење и избор оних којима је у интересу да доносе ефикасне прописе, већ и обавеза свих нивоа власти, како државних, тако и покрајинских и локалних.

Управо из наведених разлога, Закон о буџетском систему Републике Србије⁵ прописује обавезу процене финансијских ефеката закона и других прописа. Чланом 48. наведеног Закона предвиђено је да образложење закона, другог прописа или другог акта који се доставља ради утврђивања предлога или на усвајање Народној скупштини, Влади или надлежном извршном органу локалне власти мора да садржи процену финансијских ефеката на буџет. На основу Закона, Министарство финансија Републике Србије донело је Правилник⁶ којим се ближе уређује ова процедура.

Процена финансијских ефеката на буџет мора садржати податке о томе да ли се предложеним прописом повећавају или смањују буџетски приходи и издаци за буџетску годину и за наредне две фискалне године. Уколико усвајање одговарајућег прописа подразумева одређене промене у приходима и расходина онда се у истом образложењу прописа морају дати предлози за покривање повећаних расхода и покривање смањених прихода буџета. Поред образложења, за доношење одговарајућег прописа, претходно се мора прибавити и сагласност Министарства финансија, односно локалног органа управе надлежног за финансије, уколико се ради о локалном пропису чије ће извршење имати последица по буџет локалне самоуправе.

5. Анализа ефеката на друштвене групе и појединце

Доношење нових прописа, осим што производи економске ефекте на државни буџет и јавне финансије, има последице и на друштвене групе и појединце који су применом донесеног прописа стављене у повољнији или неповољнији положај од оног у којем су се налазиле пре његовог доношења. Донесени пропис, на појединце и друштвене групе, може да има позитивне или негативне ефекте или да буде неутралан. Исти пропис најчешће производи истовремено позитивне ефекте на једну друштвену групу, а негативне на другу (Беговић, Лабус, Јовановић, 2008: 414). Дакле, примена прописа донеси одређену редистрибуцију ресурса од једне друштвене групе ка другој. Из тога следи да су појединци и друштвене групе веома заинтересовани да знају тачне ефекте новодонесеног прописа

5 Чл. 48. Закона о буџетском систему, Сл. гласник РС, 54/09, 73/10, 101/10, 101/11, 93/12, 62/13, 63/13 – испр. 108/13, 142/14, 68/15 – др. закон

6 Правилник о начину исказивања и извештавања о процењеним финансијским ефектима закона, другог прописа или другог акта на буџет, односно финансијске планове организација за обавезно социјално осигурање, Сл. гласник РС, 32/15

на сопствену позицију. Та заинтересованост, односно брига за сопствену позицију, појединце и друштвене групе подстиче да, за своје потребе, изврше анализу економских ефеката прописа.

Знамо да субјекти (друштвене групе и појединци) настоје да спрече редистрибуцију у туђу корист, а на сопствену штету и да су спремни да уложе одређене ресурсе како би спречили редистрибуцију (Јовановић, 2008: 39). Друштвене групе и појединци, разликују се међу собом према економској позицију у којој се налазе, односно ресурсима које контролишу. Поред тога, разликују се економски ефекти које на њих могу да произведу донесени прописи. Из тога следи да су и ресурси које су друштвене групе спремне да уложе у доношење или спречавање доношења одређеног прописа различити. Они су спремни да у доношење одређеног прописа уложе највише онолико колико ће користи имати од њега. И обратно, у спречавање доношења одређеног прописа заинтересовани субјекти спремни су да уложе највише онолико колико би од његовог доношења изгубили. Зато анализа, која би требало да да приближне или тачне размере економских ефеката доношења прописа на наведену групу, има сврху само ако је извршена *ex ante*, односно пре него што је пропис донет.

Посебно је интересантно да и сваки појединац врши анализу ефеката донесеног прописа на сопствену позицију. Та анализа најчешће се врши *ex post*, онда када је пропис већ донесен и почео да се примењује. И када ту анализу врши *ex ante*, она најчешће нема за последицу деловање појединца да спречи доношење прописа који погоршава његову позицију. Разлог томе је што појединци, за разлику од друштвених група, немају довољно ресурса да се доношењу супротставе.

Чак и када је већи број појединаца погођен истим прописом, они не могу да организују заједничку акцију какву може организована друштвена група. Организовање великог броја појединаца у циљу такве заједничке акције изискује, поред трошкова акције саме (трошкови лобирања) и велике трансакционе трошкове. Ту спадају трошкови организовања и информисања свих појединаца, трошкови координације заједничких активности, као трошкови настали услед надзора да сваки члан групе учествује у трошковима акције (лобирања). Из тога следи да акцију успешније може да изведе мања, али организована друштвена група, него скупина великог броја појединаца. То је зато што мања група, понашање сваког свог члана лакше контролише и надзире и лакше може да га убеди да учествују у трошковима лобирања (Павловић, 2009: 186).

Осим заинтересованих субјеката, и држава, односно локална самоуправа, која пропис доноси, може да врши анализу ефеката прописа на одређене

друштвене групе. Доносилац прописа ту анализу врши како би утврдио колико примена прописа погађа одређену друштвену групу, из чега може да сазна колико је која друштвена група спремна да уложи ресурса у спречавање доношења или примене прописа. Уколико пропис погађа интересе великих и утицајних друштвених група, може се десити да дође до проблема у његовој примени.

Доносиоци прописа врше анализу ефеката њихове примене и на појединце. Штетно је и политички опасно да доносилац врши анализу ефеката само из угла државе, односно локалне самоуправе, а занемарује ефекте које ће тај пропис произвести на појединце и друштвене групе. Ово пре свега важи уколико је доносилац прописа неко политичко тело (парламент, влада), али не и када је у улози доносиоца прописа неко независно регулаторно тело. Разлог томе јесте што политичка тела и носиоци политичких функција, који су у улози доносиоца прописа, зависе од гласова тих истих појединаца на наредним изборима. Зато они, пре доношења прописа прорачунавају ефекте прописа на позиције оних чији ће им гласови бити потребни на наредним изборима. Теорија јавног избора каже, полазећи методолошки од максимизирајућег понашања *homo economicus-a*, да се појединац у било којој улози, економској или политичкој, понаша тако да максимизира сопствену корист (Јовановић, 2008: 124). Како појединац делује рационално и приликом гласања и доношења политичких одлука, јасно је да они који су погођени доношењем одређеног прописа неће на наредним изборима гласати за оне који су тај пропис донели. Између два или више политичких програма, гласачи, грађани и интересне групе, опредељују се за онај који више одговара њиховим интересима. Тако на изборима не побеђује бољи програм, већ онај који одговара већини оних који гласају (Прокопијевић, 2007: 167).

Како би обезбедили да донесени прописи буду најбоље прихваћени од стране свих појединаца и група, а самим тим и најлакши за примену, доносиоци могу тежити да прописи успостављају и не нарушавају Парето критеријум ефикасности. Парето ефикасност подразумева да је постојећи систем оптималан ако се у оквиру њега ресурси употребљавају тако да ни једна другачија алокација не може побољшати положај било ког појединца у расподели, а да се при том не погорша положај неког другог појединца. (Јовановић, 2008: 30). Међутим, како смо закључили да доношење било ког прописа представља побољшање позиције за једне и погоршање за друге појединце, Парето критеријум остаје само идеал коме се доносилац прописа треба што више приближити.

Како би доносилац прописа обезбедио да пропис буде што боље прихваћен од оних на које ће се односити, он мора да обезбеди да све заинтересоване стране, у поступку креирања прописа, могу да изнесу сопствене ставове. То се постиже омогућавањем свим заинтересованим друштвеним групама да имају увид у процес креирања прописа који треба да буде транспарентан и разумљив свима.

6. Анализа економских ефеката примене Закона о јавним набавкама

Управа за јавне набавке израдила је *Анализу ефеката примене Закона о јавним набавкама у пракси*⁷ у којој се превасходно сагледава аспект економичности и ефикасности јавних набавки, који до сада није био посебно разматран. Ради се о *ex post* анализи Закона о јавним набавкама⁸, која је урађена у складу са Стратегијом развоја јавних набавки⁹. Као и свака анализа која се спроводи по доношењу прописа и после одређеног времена његове примене, за циљ има проналажење недостатака у самом пропису који отежавају и онемогућавају остварење циља, постављеног пре његовог доношења. Овакве анализе треба да резултирају изменом и допуном прописа у циљу веће ефикасности и економичности у његовој примени.

Анализа је рађена на основу одговора наручилаца на посебни упитник који је припремила Управа за јавне набавке. Односи се на јавне набавке које су спровођене у 2014. години од стране 12 наручилаца из категорија које имају доминантан значај у јавним набавкама. Анализа је требало да покаже да ли је примена Закона о јавним набавкама усклађена са четири циља предвиђена наведеном Стратегијом. Ти циљеви су: изградња и развој јединственог система јавних набавки у Србији; јачање конкуренције на тржишту јавних набавки; смањивање нерегуларности у систему јавних набавки и повећање економичности и ефикасности јавних набавки.

Анализа је показала да је велики проблем што припремна фаза није адекватно спровођена. Она се углавном сводила на утврђивање актуелних

7 Управа за јавне набавке. *Анализа ефеката примене Закона о јавним набавкама у пракси*, преузето 20.08.2015. <http://www.ujn.gov.rs/ci/news/story/277/%D0%90%D0%BD%D0%B0%D0%BB%D0%B8%D0%B7%D0%B0+%D0%B5%D1%84%D0%B5%D0%BA%D0%B0%D1%82%D0%B0+%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B5+%D0%97%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%B0+%D0%BE+%D1%98%D0%B0%D0%B2%D0%BD%D0%B8%D0%BC+%D0%BD%D0%B0%D0%B1%D0%B0%D0%B2%D0%BA%D0%B0%D0%BC%D0%B0+%D1%83+%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%81%D0%B8.html>

8 Закон о јавним набавкама, Сл. гласник РС, бр. 124/12, 14/15 и 68/15

9 Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2014-2018. године, Сл. гласник РС, бр. 122/14

цена од познатих понуђача са којима се пре радило, а није обухватала истраживање о томе који се предмети набавки тренутно нуде на тржишту и да ли су се појавили нови понуђачи. То је за последицу имало већи број поништених поступака – у 2012. години 9% поступака, а у 2014. години 13%. Најчешћи разлози поништених поступака били су да није приспела ниједна исправна, одговарајућа и прихватљива понуда (53% случајева) и да није добијена ниједна понуда (22% случајева). Зато је закључак Анализе да фаза припреме и планирања треба да обухвати истраживање тржишта о томе који се предмети набавки тренутно нуде, да ли су се појавили нови потенцијални понуђачи, те каква је актуелна структура тржишта. Остале припремне активности треба преиспитати и смањити.

Код преосталих фаза отвореног поступка јавне набавке¹⁰, закључено је да је потребно преиспитати интерне процедуре и отклонити узроке непотребног утрошка времена, јер је битно обележје јавне набавке њено трајање, изражено у данима. Овај показатељ указује на остваривање начела економичности и ефикасности поступка јавне набавке. Треба напоменути да су рокови за поједине активности прописани Законом у циљу обезбеђивања потребног времена да се радње изведу и уједно наручилац спречи да преко скраћених рокова фаворизује неког понуђача на рачун осталих¹¹.

Просечно трајање поступка јавне набавке, за изабрану групу наручилаца, износило је 125 дана. Најдуже трајање имала је фаза припреме и планирања јавне набавке (31 дан), а за њом следи фаза од објављивања позива за подношење понуда на Порталу јавних набавки до отварања понуда (30 дана). И док код друге горепоменутој фазе нема одступања међу наручиоцима зато што је њена дужина опредељена законом прописаним роковима, код прве фазе постоје велике разлике међу наручиоцима тако да се трајање ове фазе креће од 10 дана до чак 100 дана. Велика разлика у трајању ове фазе међу наручиоцима може се делом објаснити различитим предметима набавки, али како се време за припрему поступка троши махом на административне послове, у овој фази постоје значајни потенцијали за уштеду времена бољом интерном организацијом. Значајне разлике међу наручиоцима присутне су и у осталим фазама.

Како заштита права представља један од кључних чинилаца за обезбеђивања конкуренције и једнакости понуђача, њено трајање има значајан ефекат на економичност и ефикасност поступка јавне набавке. Поступак

¹⁰ Отворени поступак јавне набавке је поступак у којем сва заинтересована лица могу поднети понуду, чл. 32. Закона о јавним набавкама, Сл. гласник РС, бр. 124/12, 14/15 и 68/15

¹¹ Чл. 94-101, Закона о јавним набавкама, Сл. гласник РС, бр. 124/12, 14/15 и 68/15

заштите права трајао је просечно 74 дана, што значи да је укупно време за спровођење отвореног поступка и заштите права било 199 дана.

Поступак јавне набавке мале вредности¹² трајао је просечно 86 дана. Не само што се овај поступак показао као економичнији, већ је и остварена пуна транспарентност и интензивнија конкуренција него код „великих“ набавки, јер је просечан број понуда код њих износио 3, док је код „великих“ био 2,6. Из Анализе онда следи да би повећање горњег прага за набавке мале вредности довело до шире примене и повећања учешће овог ефикасног, транспарентног и конкурентног поступка¹³.

Анализа је показала да, у циљу повећања конкуренције, треба применити поделу набавки по партијама где год је то могуће. Код поделе набавки по партијама, највећи број понуда - 6,8, добијен је када су набавке подељене од 10 до 19 партија. Просечан број понуда, када су набавке биле подељене од 2 до 9 партија, износио је 5, док је просечан број понуда када набавке нису биле дељене износио 2,3.

Упитником је обухваћено и коришћење средстава обезбеђења у јавним набавкама. Иако су готово сви користили меницу и банкарску гаранцију, приметна је разлика у погледу онога шта су наручиоци сматрали да треба да обезбеде: озбиљност понуде, добро извршење посла и гарантни рок, па је закључак Анализе да треба преиспитати начин коришћења инструментата обезбеђења, имајући у виду трошкове које они генеришу и начело економичности.

Анализа се бавила и искуствима примене обједињених набавки, њихових добрих и лоших страна, те ће бити корисна у формулисању мера које је потребно предузети да се уочена ограничења и проблеми у примени централизованих набавки превазиђу.

Наведена Анализа показала је и то да је за бољу примену Закона и остварење циљева из Стратегије потребно додатно обратити пажњу на професионализацију и обуку службеника који спроводе јавне набавке. То би се могло постићи тиме што би, поред основног нивоа сертификације, био уведен и виши ниво.

12 Јавна набавка мале вредности јесте набавка чија процењена вредност није већа од 5.000.000 динара, при чему ни укупна процењена вредност истоветних набавки на годишњем нивоу није већа од 5.000.000 динара. Чл. 39. Закона о јавним набавкама, Сл. гласник РС, бр. 124/12, 14/15 и 68/15

13 У 2014. години, на коју се односи Анализа, горњи праг је износио 3000000 динара. Изменама Закона из августа 2015. године, горњи праг подигнут је на 5000000 динара. Чл. 16. Закона о изменама и допунама Закона о јавним набавкама, Сл. гласник РС, бр. 68/15

7. Закључак

У овом раду указује се на значај спровођења *ex ante* економске анализе прописа како би они касније, по доношењу, били успешно примењени. Важно је да се анализа изврши пре доношења самог прописа, још у фази његовог креирања, како би доносилац пред собом имао тачне ефекте које ће примена тог прописа да произведе. То су пре свега ефекти на јавне финансије, као и ефекти на позицију и понашање друштвених група и појединаца. Оваква анализа може бити вршена и *ex post*, када је пропис већ донет, у фази његове примене. Тада се она најчешће врши да би показала због чега су настали проблеми у примени прописа и да би евентуално показала на смернице за његову измену.

Сама економска анализа права заснива се на примене економских метода у праву, односно анализи правних институција коришћењем логике економске науке. Примена економских метода у праву, иако позната из ранијих времена, тек са установљењем Економске анализе права као научне и наставне дисциплине, постаје систематски коришћена и опште прихваћена у анализи правних института. Она и данас има много противника који сматрају да оваква пракса доводи до редукције права, јер га посматра само из угла економичности и ефикасности, занемарујући при том принципе правде и правичности. Међутим, анализа само осветљава економске ефекте и последице правних и политичких одлука по друштво и државу.

Како одлука о томе, да ли пре доношења прописа треба спровести економску анализу његових ефеката, не би зависила од оног ко пропис предлаже и доноси, предвиђена је и као формална обавеза. Пословником Владе дефинисано је да подносилац закона, уз образложење приложи и извештај о спроведеној анализи. Та анализа треба да буде свеобухватна, а како би одговорила на питање да ли предложени закон остварује циљ због кога ће бити донет. Законом о буџетском систему, такође је предвиђено да се мора извршити претходна анализа ефеката предложеног прописа на јавне финансије. Предвиђени су и кораци које треба предузети како би се настали поремећаји у буџету, ако их има, отклонили.

Донсилац прописа, поред тога што спровођењем анализе испуњава предвиђену обавезу, требало би да буде свестан користи које му она доноси. Свеобухватна анализа ефеката, како на државу и јавне финансије, тако и на друштвене групе и појединце, омогућује да се пре доношења прописа, још једном, преиспита однос између циља његовог доношења и цене коју би његова примена произвела. Осим што анализа може да покаже колика је цена доношења прописа, показује и ко је сноси, а ко

од примене прописа има користи. Зато је економска анализа најбољи показатељ да ли се пропис доноси у јавном интересу или у служби неког приватног интереса. Свеобухватно спроведена анализа може да предвиди и евентуалну применљивост прописа. Доносиоцу није у интересу да усваја неприменљиве прописе који оптерећују административни капацитет државе и уносе правну несигурност међу грађане.

Литература

Беговић, Б. Лабус, М. Јовановић, А. (2008). *Економија за правнике*. Београд: Издавачки центар Правног факултета.

Закон о буџетском систему. *Службени гласник РС*. Бр. 54. 2009. Бр. 73. 2010. Бр. 101. 2010. Бр. 101. 2011. Бр. 93. 2012. Бр. 62. 2013. Бр. 63. 2013. – испр. Бр. 108. 2013. Бр. 142. 2014. Бр. 68. 2015. – др. закон.

Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама. *Службени гласник РС*. Бр. 68. 2015.

Закон о јавним набавкама. *Службени гласник РС*. Бр. 124. 2012. Бр. 14. 2015. Бр. 68. 2015.

Јовановић, А. (2008). *Теоријске основе економске анализе права*. Београд: Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду.

Мојашевић, А. (2013). Импликације владавине права на привредни раст. *Теме 4(XXXVII)*. 1731-1748

Павловић, Д. (2009). Политичка економија – стање дисциплине. *Годишњак ФПН, I део: Политичка теорија, политичка социологија, политички систем*. 170-199.

Пословник Владе. *Службени гласник РС*, Бр.61. 2006. - пречишћен текст. Бр. 69. 2008. Бр. 88. 2009. Бр. 33. 2010. Бр. 69. 2010. Бр. 20. 2011. Бр. 37. 2011. Бр. 30. 2013.

Правилник о начину исказивања и извештавања о процењеним финансијским ефектима закона, другог прописа или другог акта на буџет, односно финансијске планове организација за обавезно социјално осигурање. *Службени гласник РС*. Бр. 32. 2015.

Прокопијевић, М. (2007.) Џејмс Бјукенен или како је јавни избор постао наука, Економисти нобеловци. *Економски анали*. Вол. 52. Бр. 173. 159-175;

Радловић, Б. Марушић, А. Вукотић, Ђ. (2010). *Анализа ефеката прописа – приручник*. Преузето 20.08.2015. <http://www.gs.gov.rs/doc/Analiza%20efekata%20propisa-prirucnik.pdf>

Стратегија развоја јавних нававки у Републици Србији за период 2014-2018. године. *Службени гласник РС*. Бр. 122. 2014.

Управа за јавне набавке. *Анализа ефеката примене Закона о јавним набавкама у пракси*, преузето 20.08.2015.

<http://www.ujn.gov.rs/ci/news/story/277/%D0%90%D0%BD%D0%B0%D0%BB%D0%B8%D0%B7%D0%B0+%D0%B5%D1%84%D0%B5%D0%BA%D0%B0%D1%82%D0%B0+%D0%BF%D1%80%D0%B8%D0%BC%D0%B5%D0%BD%D0%B5+%D0%97%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%BD%D0%B0+%D0%BE+%D1%98%D0%B0%D0%B2%D0%BD%D0%B8%D0%BC+%D0%BD%D0%B0%D0%B1%D0%B0%D0%B2%D0%BA%D0%B0%D0%BC%D0%B0+%D1%83+%D0%BF%D1%80%D0%B0%D0%BA%D1%81%D0%B8.html>

Vladica Maričić,

Doctorand, Faculty of Law, Niš

***ECONOMIC ANALYSIS OF REGULATIONS AS CONTEMPORARY
TRENDS IN THE DEVELOPMENT AND IMPLEMENTATION OF LAW***

Summary

The use of economic methods in law dates from earlier periods, but the systematic analysis of the legal institutes and norms using the economic logic began in the 20th century with the establishment of Economic Analysis of Law as a scientific discipline. Despite the criticism which emphasizes that this development leads to the so-called reductionist approach to law (and change of the principles of justice and equity with the principle of economic efficiency), the degree of use of Economic Analysis of Law constantly grows in many branches of law, as well as in the process of creation of legal regulations.

Economic analysis of the effects of a regulations is necessary for ex ante conclusions about the economic consequences of their adoption for public finances and the behavior of relevant social groups and individuals. This fact underlines the issues of motive of the regulators. For Serbia, as a state with chronic problem of the budget deficit and high public debt, it is of vast importance to calculate the effects of the implementation of a certain regulation on the state budget in the process of its drafting.

In this paper we question the significance of Economic Analysis of Law and especially analysis of the effects of regulations in the light of more efficient implementation of law in Serbia. In this matter, our starting thesis is that the mentioned analysis is necessary for improvement of the legislative process and, consequently, more efficient implementation of law.

Key words: *analysis, effects, regulations, efficiency.*

Мартин Матијашевић,¹

Факултет безбедности, Универзитет у Београду

Др Жељко Лазевић,²

Академија за националну безбедност, Београд

UDK: 343.31/.34(497.11)

ПОЈАМ И ОДЛИКЕ КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ УСТАВНОГ УРЕЂЕЊА И БЕЗБЕДНОСТИ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: У раду је стављен акценат на анализу кривичних дела против уставног уређења и безбедности, кроз анализу појма и одлика ових кривичних дела. Разматрањем појавних облика кроз приказ и анализу појединачних инкриминација, уочавају се форме, носиоци и шири контекст у коме се јављају ова кривична дела. У завршном делу рада указује се на политику сузбијања ове форме криминалитета, преваходно кроз безбедносну и економску политику, која се мора водити у друштвеним областима где су се ова кривична дела јављала. У закључку се указује на чињеницу да увидом и прегледом статистичке евиденције државних органа привидно чини да ова кривична дела својим процентуалним учешћем у укупном криминалитету, не заузимају значајно место по бројности. Ипак, мора се указати и на чињеницу да нова безбедносна ситуација и одлазак одређеног броја наших држављана на страна ратишта, као и њихов повратак, са собом носи нове негативне импликације по националну безбедност и опасност пораста броја ових кривичних дела.

Кључне речи: појам, одлике, национална безбедност, кривична дела, уставно уређење, појавни облици.

1 matijasevic@fb.bg.ac.rs

2 zeljokolaz@gmail.com

1. Уводна разматрања

Заштита државе спада у примарне функције кривичног права, па је логично да се заштита њених виталних интереса налази на самом врху пирамиде правних вредности. Знамо да данас кривична дела против уставног уређења и безбедности представљају једну од кључних појава која угрожава безбедност државе, па ћемо се са циљем свестраније анализе осврнути на приказ, односно анализу појма и одлика ових кривичних дела. Кривични законик Републике Србије донет је 2005. године, а на правну снагу је ступио јануара 2006. године. Кривични законик санкционише ова дела у оквиру главе XXVIII, под насловом *Кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије*. У оквиру ове главе Законика, санкционисано је петнаест деликата против државе, уз посебне чланове у којима се предвиђају квалификовани облици (члан 320) и кажњивост припремних радњи (члан 321). Кривична дела која обухвата ова глава називају се политичким кривичним делима. У питању је осетљива област где је од посебног значаја наћи праву меру кривичноправне интервенције (Стојановић et al., 2007:257).

Међу поменутиим инкриминацијама можемо направити класификацију на кривична дела уперена против државно-политичког поретка и кривична дела усмерена на повреду тајности поверљивих војних, економских и службених докумената. Прва поменута се могу подвести под политичка кривична дела у (нај)ужем смислу, док се потоња могу назвати кривичним делима против безбедности државе. Слична систематика и модел кажњавања политичких кривичних деликата постоји и у осталим земљама бивше Југославије.³ Класификација деликата из главе XXVIII би изгледала овако:

1. кривична дела против државе у ужем смислу:

- угрожавање независности (чл. 305);
- признавање капитулације и окупације (чл. 306);
- угрожавање територијалне целине (чл. 307);
- напад на уставно уређење (чл. 308);
- позивање на насилну промену уставног уређења (чл. 309);
- убиство представника највиших државних органа (чл. 310);

³ Видети: Члан 135–155; Kazneni zakon Republike Hrvatske, „Narodne novine“ br. 110/97, Члан 156–170; Kazneni zakon Bosne i Hercegovine, Službeni glasnik BiH, br. 03/03, 32/07, Члан 357–374; итд. Кривични законик Црне Горе, Службени лист РЦГ, бр. 70/03,.

- оружана побуна (чл. 311);
- изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (чл. 317);
- повреда територијалног суверенитета (чл. 318);

2. кривична дела против безбедности државе:

- диверзија (чл. 313);
- саботажа (чл. 314);
- шпијунажа (чл. 315);
- одавање државне тајне (чл. 316);
- удруживање ради противуставне делатности (чл. 319);
- припремање дела против уставног уређења и безбедности Србије (чл. 320);
- тешка дела против уставног уређења и безбедности Србије (чл. 321).

3. тероризам:

тероризам (чл. 391); пребачен је из групе кривичних дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије, у главу XXXIV, у групу кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, уз додатне инкриминације, јавно подстицање на извршење терористичких дела (чл. 391а); врбовање и обучавање за вршење терористичких дела (чл. 391б); употреба смртоносне направе (чл. 391в); уништење и оштећење нуклеарног објекта (чл. 391г); угрожавање лица под међународном заштитом (чл. 392); финансирање тероризма (чл. 393); терористичко удруживање (чл. 393а); у овом контексту значајно је поменути и кривична дела учествовања у рату или другом сукобу у иностраној држави (чл. 386а) и организовања учествовања у рату или другом сукобу у иностраној држави (чл. 386б).

У наставку рада биће анализирани појам и одлике следећих кривичних дела против уставног уређења и безбедности, али не према редоследу који је установљен у Кривичном законнику Републике Србије, већ према најчешћим облицима и фазама испољавања:

- 1) Изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости (чл. 317);
- 2) Позивање на насилну промену уставног уређења
- 3) Убиство највиших представника државе (чл. 310);

- 4) Диверзија (чл. 313);
- 5) Саботажа (чл. 314);
- 6) Тероризам (чл. 312);
- 7) Оружана побуна (чл. 311).

2. Изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости- појам и облици испољавања

Основни облик овог кривичног дела састоји се у изазивању или распаљивању националне, расне и верске мржње, раздора или нетрпељивости међу народима и националним мањинама у Републици Србији. Имајући у виду да је Република Србија мултиетничка и мултиконфесионална држава са свим својим специфичностима, актуелном ситуацијом са азилантима може се очекивати да ова кривична дела у будућности буду у порасту.

Са криминалистичког аспекта битно је разликовати суштину радњи изазивања и распривања. Под изазивањем се подразумева стварање мржње или раздора на националној, расној или верској основи између појединих припадника народа и националних мањина и то тамо где она не постоји, док распаљивање треба посматрати као повећање интезитета ове мржње или раздора, уколико та мржња или раздор код појединих припадника народа или националних мањина већ постоји.

Присутност и учесталост кривичног дела изазивање националне, расне или верске мржње, раздора и нетрпељивости често је у зависности од актуелне друштвено-политичке ситуације и испољава се у вишенационалним срединама на просторима наше државе. Учиниоци овог кривичног дела прате ситуацију и бирају најпогоднији тренутак да разним потцењивањем, вређањем, омаловажавањем, принудом, злостављањем, угрожавањем, излагањем порузи, оштећењем, скрнављењем, па чак и злоупотребом положаја или овлашћења према једном од народа и националних мањина, покушају да изазову мржњу, раздор или нетрпељивост у односу на други народ или националну мањину који живе на територији Републике Србије.

Као учиниоци овог кривичног дела могу се јавити појединци, индивидуално инспирисани разним доктринарним и другим садржајима који пропагирају мржњу или групе основане са циљем пропагирања мржње или одређене идеологије. Посебну опасност представља извршење овог кривичног дела од стране организованих група.

3. Позивање на насилну промену уставног уређења- појам и облици испољавања

Основни облици овог кривичног дела испољавају се у:

- 1) позивању или подстицању да се силом промени уставно уређење;
- 2) свргавању највиших органа власти и представника тих органа;
- 3) упућивању или пребацавању на Републику Србију материјала који је по свом садржају такав да позива или подстиче на вршење овог кривичног дела;
- 4) израђивању или умножавању материјала који је по свом садржају такав да позива или подстиче на вршење овог кривичног дела;
- 5) држању веће количине материјала исте садржине у намери његовог растурања.

За постојање овог кривичног дела битно је да се оно врши у намери угрожавања уставног уређења и безбедности Републике Србије, што значи да се сви наведени облици испољавања кривичног дела позивања на насилну промену уставног уређења морају вршити у истој тој намери, која се у сваком конкретном случају мора доказати, јер у супротном, неће постојати сви битни елементи овог кривичног дела. Код облика кривичног дела које се састоји у држању веће количине материјала одређене садржине у намери његовог растурања, мора се доказати и постојање намере растурања таквог материјала који по свом садржају позива или подстиче да се силом промени уставно уређење или силом свргну највиши органи власти и представници тих органа.

Два су основна начина извршења кривичног дела позивања на насилну промену уставног уређења: усменим и писменим путем. Разноврсни су начини извршења овог кривичног дела усменим путем, а навешћемо неке од њих: држање говора, давање изјава и интервјуа, било непосредно или преко радија, телевизије или путем снимљеног материјала. Карактеристике оваквог усменог начина извршења радњи овог кривичног дела јесте у његовом прилагођавању и приближавању мишљења и схватања одређеног круга људи. Писани облик извршења кривичног дела позивања на насилну промену уставног уређења може се манифестовати у виду књига, брошура, писама, памфлета, летака, цртежа, на разним интернет форумима и друштвеним мрежама, што је чест случај у задњем периоду.

4. Убиство представника највиших државних органа – појам и облици испољавања

У XX веку не само да је настављена, већ је постала и учесталија пракса убистава највиших државних представника, најчешће од стране организованих терористичких група, али и од стране појединаца гоњених ирационалном мржњом, осветом или неком опсесијом. Оно што карактерише данашњи размах тероризма јесте масовно ширење и примена атентата у политичкој борби, као средства државног насиља над другом државом, па се овај период може слободно означити као доба политичких убистава, што је забележено и кроз историју.

Основни циљ таквог деловања јесте да се физичким елиминисањем лица које врши одређену друштвену и државну функцију угрози уставом утврђени поредак и безбедност земље. Другим речима, атентат може бити напад на било коју, али обично на истакнуту личност, с тим што га могу организовати или извести једно или више лица. Објект напада је одређен умишљајем извршиоца, тј. директно је повезан са политичким, националним, верским и другим мотивима атентатора. Такође је извршење атентата објективно повезано и са другим релевантним елементима самог извршења – избором места, времена и начина напада, могућих средстава извршења, круга могућих атентатора и других битних чињеница. (Милошевић, 2001: 231)

У Кривичном законнику Републике Србије у члану 310. се каже: „Ко у намери угрожавања уставног уређења или безбедности Србије лиши живота председника Републике, народног посланика, председника Владе, члана Владе, председника Уставног суда, председника највишег суда у Републици Србији или Републичког јавног тужиоца, казниће се затвором најмање десет година или затвором од тридесет до четрдесет година.⁴

5. Диверзија – појам и облици испољавања

Реч диверзија која се користи за назив овог кривичног дела потиче од латинске речи *diversio* што означава све врсте активности у позадини непријатеља, односно илегалну делатност усмерену на рушење, уништење или оштећење важних привредних и војних објеката, с циљем слабљења моћи одређене државе (Бошковић, 1998: 233).

У кривичноправном смислу, диверзија је кривично дело које се састоји у уништењу или оштећењу важних провредних објеката из политичких

⁴ Кривични законик („Сл. гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005, - испр., 107/2005, - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013)

побуда, тј. у намери подривања или рушења уставом утврђеног поретка и безбедности државе. Када се говори о диверзији као појавном облику деловања унутрашњих екстремиста, онда се заправо мисли на активности усмерене на извршење тог кривичног дела. Диверзија се у истом значењу користи и за означавање једног од најчешћих облика тајних субверзивних активности. Реч је о планској, конспиративној, и изненадној акцији појединаца или група употребом ватреног оружја, отрова, експлозива и свих других посебних средстава (као што је на пример, умишљајно бацање неугашене цигарете у борову шуму лети и слично). Таква акција, с једне стране, има за циљ наношење што веће материјалне штете (и људских жртава) и самим тим изазивање значајних психолошких и политичких ефеката код становништва, а с друге стране, остварење конкретних политичких и војних циљева субјекта који је планира и организује (Милошевић, 2001: 234).

Према намени диверзија се дели на: политичку, војну, економску и тзв. индивидуалну. Политичка диверзија има за циљ изазивање одређених психолошких и политичких ефеката код становништва нападнуте државе, на пример, изазивање неповерења према водећим политичким структурама, водећим личностима из државног и политичког врха, стварање несигурности код грађана у постојећи друштвено-политички систем итд (Милошевић, 2001: 234). Кривично дело диверзије, може се извршити следећим радњама:

- рушењем,
- паљењем,
- уништавањем или оштећењем наведених објеката.

Објекти напада су: индустријски, пољопривредни или други привредни објекти, саобраћајно средство, уређај или постројење, уређај система везе, уређај јавне употребе за воду, топлоту, плин или енергију, брана, складиште, зграда или какав други објект који има већи значај за привреду или редован живот грађана (Бошковић, 1998: 232).

Као и код кривичног дела тероризма дело мора бити учињено у намери угрожавања уставног уређења или безбедности Републике Србије. Под радњом рушења, подразумева се употреба неке механичке силе за уништење или оштећење одређених објеката, док се под радњом паљења сматра довођење појединих објеката у везу са ватром и њихово делимично или потпуно уништење сагоревањем. Поред радњи рушења и паљења, диверзија се може извршити уништењем или оштећењем наведених објеката на други начин, тако што се мења садржина и облик појединих

ствари, па оне више не могу да се употребе за основну намену за коју су произведене, нпр., тровањем и изазивањем разних заразних обољења људи, флоре и фауне на одређеним подручјима земље, изазивање кварења готових производа и друго (Бошковић, 1998: 233).

Од диверзије треба разликовати саботажу као тихо и прикривено деловање од стране појединаца или група у оквиру вршења радних и друштвено-политичких обавеза са циљем изазивања дезорганизације рада и наносења материјалне штете, како конкретној радној организацији тако и ради подривања постојећег привредног и друштвеног поретка у целини. Прикривеност деловања се испољава у настојању да се саботажа представи као последица немара или лошег квалитета материјала, односно уређаја са којима се ради. За разлику од диверзије не мора представљати организовано и планирано непосредно оштећење материјалног објекта и испољава се као вид пасивног или групног политичког отпора противнику (Симеуновић, 1989: 111).

6. Саботажа – појам и облици испољавања

Саботажа је смишљено и прикривено изазивање материјалне штете радним организацијама и привреди, нападом на привредна добра од стране појединаца или група који раде на објектима на којима се чини штета. Саботери својим радом и нерадом изазивају што већу и ширу штету приказујући је као последицу случајности, непажње, немара, јавашлука или лошег материјала. Посебни облици саботаже су изазивање епидемије заразних болести људи, животиња и биљака (Ђорђевић, 1987: 409).

С правом се сматра да је вршење саботаже метод карактеристичан искључиво за унутрашње екстремисте. Међутим, саботажа је и један од видова неконвенционалних дејстава, односно субверзивних садржаја рада обавештајних служби, због чега се у теорији међународних односа сврстава у појединачне акте насиља у склопу поступака првенствено везаних за принуду (Димитријевић et al., 1997: 291).

Иако није ограничена временом, простором, обимом и учесталашћу, саботажа се најчешће јавља у кризним ситуацијама, што је и пример са Републиком Србијом, односно кризним ситуацијама које су се дешавале 90-тих, затим касније на простору АП Косово и Метохија, општинама Прешево; Бујановац и Медвеђа.

Кривични законик донет 1951. године и све његове касније измене и допуне, те Кривични закон СФРЈ донет 1977. и његове измене и допуне, Кривични закон СРЈ, Кривични закон СЦГ, као и Кривични законик РС увек

су садржали кривично дело саботаже. Кривично дело саботаже било је познато и пре доношења Кривичног законика – под називом економска саботажа (Закон о сузбијању недопуштене трговине, недопуштене шпекулације и привредне саботаже) и службена саботажа (Закон о кривичним делима против службене дужности). Ово кривично дело код нас је посебно било у порасту пред крај Другог светског рата 1945. године, током формирања нове Југославије, што се може видети и у усказаној неопходности његове инкриминације на основу члана 4 Одлуке другог заседања Антифашистичког већа народног ослобођења Југославије као врховног законодавног и извршног претставничког тела Југославије, где Председништво Антифашистичког већа народног ослобођења Југославије доноси Закон о сузбијању недопуштене спекулације и привредне саботаже.⁵

Битна одлика саботаже, по чему се разликује од тероризма и диверзије, јесте да саботер ради у организацији у којој изводи саботажу. Његов *modus operandi* је различит, од намерног изазивања кварова, преко намерног непредузимања мера контроле рада постројења, до изнуривања машина и уређаја непрекидним радом. Тако се саботажа вешто прикрива наводном нестручношћу радника, случајем, нерадом и немаром, тежњом да се постигну што бољи резултати рада, застарелошћу машина и уређаја итд. Саботаже су опасније уколико се изводе на системима од виталног значаја за функционисање друштва (нпр., енергетски системи), чија би дисфункција могла да изазове озбиљне последице (нпр., хаварија нуклеарног постројења, индустрије за прераду хемикалија или нафте), која би могла да ослаби национални систем безбедности (нпр., саботаже у војној индустрији) итд. Посебан вид су тзв. логичке саботаже делимичним или потпуним брисањем, мењањем или уносом погрешних података у информационе мреже поменутих система. У случају рата и предстојећег рата, саботажа је један од доминантних начина деловања пете колоне (Мијалковић, 2011: 237).

7. Тероризам– појам и облици испољавања

Кривично дело тероризма санкционисано је чланом 391. Кривичног законика Републике Србије. Инкриминација тероризма је унета у наше законодавство 1973. године. По коме се под тероризмом сматра да: Ко у намери угрожавања уставног уређења или безбедности Србије изазове експлозију или пожар или предузме неку другу општеопасну радњу или изврши отмицу, узимање талаца или самовољно лишавање слободе неког лица или други акт насиља или прети предузимањем какве општеопасне

5 Закон је објављен у «Службеном листу ДФ», бр. 26/45 од 25.4.1945. године.

радње или употребом нуклеарног, хемијског, бактериолошког или другог општеопасног средства и тиме изазове осећање страха или несигурности код грађана, казниће се затвором од пет до петнаест година (Стојановић, 2006: 212).

У страном кривичном праву код кривичних дела тероризма најчешће се кумулативно тражи испуњење два елемента, један објективни, а други субјективни, да је предузета општеопасна радња и да постоји намера застрашивања грађана, по правилу, из политичких мотива.

Формулација бића кривичног дела тероризма у Законику представља, по Стојановићу, одређење тероризма у ужем смислу, јер су другим инкриминацијама обухваћени и неки посебни случајеви тероризма (Стојановић et al., 2007: 298)

Дефиниција бића кривичног дела тероризма у српском праву је релативно солидна. Ипак, она садржи одређене недостатке, посебно у поређењу са модерним одредницама тероризма у међународним актима и неким националним законодавствима. Прво, сматрамо да предвиђања осећања страха код грађана као обавезног елемента бића кривичног дела, то јест као последице дела, није неопходно и да само отежава примену инкриминације у пракси. Појам „осећања страха“ је недовољно одређен и непотребно компликује примену норме јер се његовим увођењем суд обавезује да у сваком појединачном случају утврђује да ли је наступило такво стање код грађана, јер се, уколико оно не наступи, не ради о довршеном кривичном делу, већ само о покушају. Објективно, тешко је и непотребно утврђивати постојање страха код одређеног круга лица. (Милошевић, 2009: 30).

Са друге стране изменама и допунама Кривичног законика из 2014. године, кривично дело тероризма је непотребно рашчлањено на велики број чланова, где се појединачно инкриминишу оне радње које би могле бити обухваћене једним чланом. Реч је о кривичним делима која су део општих карактеристика тероризма и није имало потребе да се у инкриминишу посебним члановима, што опет само отежава примену инкриминације у пракси.

8. Оружана побуна – појам и облици испољавања

Најчешћи облик политичких преврата су побуне. Оне представљају релативно масовне активности одређених друштвених група усмерене на супротстављање постојећем поретку или неком поступку његових органа и представника. Побуне, по правилу, почињу као спонтана реакција одређених друштвених група на неко незадовољавајуће стање,

на неку одлуку или меру, односно на осујећивање неких интереса. Оне су углавном делимичне друштвене промене, јер су усмерене на остварење неког ограниченог циља. Трају кратко, а завршавају се или успешно по побуњенике, тј. изнуђивањем очекиване промене, или бивају угушене. Понекад међутим могу да буду увод у неке озбиљније и шире друштвене преврате. Побуњеници се служе разним методама притиска на власт – од пасивног отпора и бојкота до штрајкова и демонстрација. Са становишта заштите уставног поретка најопасније су оружане побуне (Милошевић, 2001: 229). Као пример оружане побуне код нас, може се навести побуна албанских националиста 1945. године, односно балиста на Космету, због чега је те године привремено уведена војна управа. Основним обележјима оружане побуне сматрају се:

- 1) акција индивидуално неодређеног броја лица (у оружаном побуну учествује, по правилу, већи број учесника, али се тај број не може унапред одредити);
- 2) организована акција – оружану побуну не настаје спонтано, већ као резултат одређених претходних делатности управљених на њено припремање и усмеравање, а иза ње најчешће стоји нека организација или страна држава;
- 3) учесници у оружаном побуну су наоружани оружјем или неким оруђем и спремни су да га употребе, али до саме употребе не мора доћи;
- 4) оружану побуну увек је усмерена на насилно остваривање одређених циљева – који су најчешће усмерени на угрожавање уставног уређења или безбедности земље.

Реч је о облику политичке борбе који је најчешће националистички, сепаратистички, религиозно-фундаменталистички или социјално мотивисан и који у условима унутрашње нестабилности државе прераста у политичко насиље, отвореном и масовном применом оружане силе или уз спремност да се употреби.

Према америчкој литератури побуну можемо дефинисати као борбу између група које нису на власти и владајућих елита, у којој групе које нису на власти користе одређене политичке ресурсе (организационе експертизе, пропаганду и демонстрације) и насиље да униште, промене или уздрмају основе легитимитета у једном или више аспеката политике (O'Neill, 1990). У суштини, стратегије оружане побуне имају два основна задатка:

- 1) одузимање легитимности актуелном режиму, и
- 2) добијање легитимности за себе (да би се оправдало лично поступање).

За оружану побуну се каже да представља и облик превратничких дејстава који подразумева од организоване скупине тајно припреману оружану акцију ради насилног обарања постојећег уставног поретка (Ђорђевић, 1986). Сама оружана побуна одвија се у три сукцесивне фазе. У првој фази идеолошко језгро (група, организација, политичка партија) настоји да створи што ширу базу за своје деловање и притом користи искључиво политичко-вербалне методе деловања. Друга фаза подразумева деловање на прогресивном слабљењу противника – јавне власти и преузимању контроле над становништвом – при чему се користе и облици физичког насиља (уцене, физички обрачуни са неистомишљеницима, масовне рушилачке демонстрације, као и спорадични оружани сукоби са органима реда). Трећа фаза је офанзивна и карактерише је појава већег броја мањих организованих наоружаних група, па и већих војно организованих формација. Коначни циљ ове фазе је преузимање власти, односно отцепљење дела територије која се налази под контролом побуњеника од матичне државе (Милошевић, 2005: 35).

У домаћем кривичном законодавству, оружана побуна је сврстана у групу *Кривичних дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије*. Оружану побуну (члан 311 КЗ РС) извршиће онај ко учествује у оружаној побуни која је управљена на угрожавање уставног уређења, безбедности или територијалне целине Србије. Организатор побуне је посебно кривично одговоран и теже се кажњава.

У погледу субјективног елемента треба рећи да је за ова кривична дела карактеристична њихова усмереност на угрожавање уставног уређења и безбедности земље и да је код њих намера тог угрожавања изричито унета у њихов законски опис. Природа ових кривичних дела подразумева увек и постојање умишљаја (Стојановић, 2007: 670).

Закључна разматрања

Са аспекта студија безбедности, кривична дела против уставног уређења и безбедности представљају један од најопаснијих унутрашњих облика угрожавања државе и друштва, који прети да ослаби саме темеље демократске власти. У изради самог рада идентификовали смо различите теоријске и практичне проблеме који отежавају свеобухватнијем сагледању кривичних дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије, као што је појмовно одређење ових политичких кривичних дела, односно различити теоријски приступи у дефинисању појма, као и фрагментарни приступ у досадашњем проучавању ових кривичних дела.

Посебно је значано указати на политику сузбијања, где смо уочили да је најбољи оквир за предупређење ових кривичних дела деловање кроз различите стратегије социјалне политике.

Обрадом статистичких података о кривичним делима против уставног уређења и безбедности Републике Србије, као и кроз претходну анализу у раду покушали смо дати предикцију развоја ове врсте кривичних дела у Републици Србији и општу безбедносну процену стања политичког криминалитета и могућих праваца деловања. Идентификовали смо кривично дело изазивања, националне, расне, верске, мржње и нетрпељивости као дело које ће у наредном периоду бити сигурно у порасту. Док се у анализи података које је објавио Републички завод за статистику из области правосуђа, а обрадом аутора може видети да су у периоду од 1998. до 2013. године укупан број свих извршених кривичних дела износио 1 533 266, док је број кривичних дела против уставног уређења и безбедности износио 2800 пријављених кривичних дела, број оптужених био је 674, а број осуђених 573. Може се закључити да је мерама кривичноправне санкције обухваћено тек свако 5 или 6 кривично дело.

Република Србија, као и друге државе Западног Балкана требало би да у наредном периоду наставе са јачањем својих капацитета за одлучнију борбу против идејних носилаца и извршилаца ових кривичних дела, у ту сврху потребно је: вршити константну хармонизацију активности са земљама Западног Балкана, као и са земљама Европске уније, у складу са потписаним међународним конвенцијама, споразумима, препорукама и стандардима који третирају борбу против тероризма, екстремизма и других облика политичког криминалитета, изграђивати и јачати међуинституционалну сарадњу у Републици Србији, интензивирати активности на устројавању, прво на нивоу Републике Србије, а затим и на нивоу Западног Балкана, јединственог криминалистичко-обавештајног центра са електронском базом података о оперативно интересантним лицима, члановима екстремистичких организација, њиховим плановима и активностима.

Приликом израде базе података потребно је водити рачуна о систему заштите података и одређивању корисничких нивоа у складу са важећим стандардима у Европској унији, аналитички сагледавати и проактивно деловати, дати акценат едукацији, професионализацији, модернизацији и специјализацији људских ресурса. Развијати постојеће специјализоване јединице полиције, донети посебну стратегију борбе против свих видова испољавања екстремизма на простору Републике Србије, иницирати и јачати едукацију шире заједнице о питањима екстремизма, расизма

и другим питањима која се односе на корене политичког насиља, а посебно локалних заједница у којима су се јављале сличне тенденције и организације, радити на јачању свести код омладине, као и на побољшању опште ситуације у мултиетничким и мултиконфесионалним срединама, уз разумевање економских, социјалних и политичких проблема који оптерећују нормалан развој.

Литература

Бошковић, М. (1998). *Криминалистичка методика I*. Београд: Полицијска академија.

Димитријевић, В., Стојановић Р. (1997) *Основи теорије међународних односа*. Београд: Службени лист СФРЈ.

Ђорђевић, О. (1987). *Основи државне безбедности*. Београд: ВШУП.

Ђорђевић, О. (1986). *Лексикон безбедности*. Београд: Партизанска књига.

Мијалковић, В.С. (2011). *Национална безбедност, друго измењено и допуњено издање*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија.

Милошевић, М. (2005) *Одбрана од тероризма*, Београд: Свет књиге.

Милошевић, М. (2001). *Систем државне безбедности*. Београд: Полицијска академија.

Милошевић М. (2009). *Терористи: жртве и злочинци – фактори криминалне мотивације*. Београд: Универзитет у Београду, Факултет безбедности и Чигоја.

Мијалковски, М. (1999). *Модел заштите ВЈ од тероризма*. Докторски рад. Београд: Војна академија Војске Југославије.

O'Neill, B. (1990). *Insurgency & Terrorism*, Brassey's (US), Inc.

Стојановић, З. (2006). *Коментар Кривичног законика, друго измењено и допуњено издање*. Београд: Службени гласник РС

Стојановић, З. (2007). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Службени гласник РС

Симеуновић, Д. (1989). *Политичко насиље*, Београд: Радничка штампа.

Martin Matijasevic, MA

Faculty of security studies, University of Belgrade,

Zeljko Lazic, Ph.D

Academy of National Security, Belgrade

***The Concept and characteristics of Criminal Act against
the Constitutional order and security of the Republic of Serbia***

Summary

In this article, emphasis is placed on the analysis of criminal offenses against the constitutional order and security, through analysis of the concept and characteristics of these crimes. After examining the phenomenal forms through the presentation and analysis of individual offenses, this article consider forms, actors and the broader context in which these crimes occur. The final part of the article, consider the policy of combating these forms of crime, primarily through security and economic policy, which must be lead in social areas where the offenses occurred. In the conclusion it is presented the fact that, after examining and reviewing the statistical records of state authorities, apparently it seems that these crimes does not occupy a significant place in the percentage of the overall crime. However, it is necessary to point out the fact that the new security situation and the participation of a number of our citizens on foreign battlefields, as well as their return, create new negative implications for national security and it is obviously that risk increase in the number of these crimes.

Key words: *concept, features, national security, criminal acts, constitutional system, manifestations.*

НАЧЕЛО ОПОРТУНИТЕТА У ПОСТУПКУ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА У ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

Апстракт: Предмет овог рада је начело опортунитета у кривичном поступку према малолетницима. Аутор у уводним напоменама са теоријског аспекта обрађује појам начела опортунитета, са посебним освртом на специфичности кривичног поступка према малолетницима, који одликује тенденција скретања са формалног кривичног поступка и примена диверзионих мера, што резултира широм применом овог начела у поступку према малолетницима, него што је то случај у редовном кривичном поступку. Даље, аутор излаже различите појавне облике примене начела опортунитета у поступку према малолетницима, у складу са садашњом законском регулативом, уз напомене о њеним предностима, као и о могућем унапређењу законског решења *de lege lata*. На крају овог рада изложени су резултати истраживања правне праксе Вишег јавног тужилаштва у Нишу о учесталости примене начела опортунитета према малолетницима и урађена је квалитативна анализа обрађених података, а такође су дате и завршне напомене са освртом на претходно речено.

Кључне речи: начело опортунитета, васпитни налози, дискреционо кривично гоњење, алтернативне мере, ресторативна правда, јавни тужилац за малолетнике, кривични поступак према малолетницима, условљени опортунитет, обустава поступка.

1. Увод

Једна група начела кривичног поступка односи се на кривично гоњење и ту спадају, поред начела акузаторности и начела *ne bis in idem*, начело легалитета и начело опортунитета кривичног гоњења. Начело опортунитета све више добија на значају иако се начело легалитета и даље сматра једним од основних начела кривичног поступка. Према начелу

опортунитета, кад се стекну законски услови за кривично гоњење, јавни тужилац је овлашћен да цени у сваком конкретном случају дали је опортуно (целиходно) покретати кривични поступак¹. Начело опортунитета представља супротност начелу легалитета које обавезује јавног тужиоца да предузме кривично гоњење увек када се стекну сви стварни и правни услови за његово предузимање одн. „када постоји основана сумња да је одређено лице извршило кривично дело за које се гони по службеној дужности“.² Сврха примене начела опортунитета је, између осталог, и растерећење судова и већа ангажовање код сложенијих случајева, убрзање и поједностављење кривичног поступка, могућност наношења веће штете општем интересу због предузимања кривичног гоњења, неоправданост стварања трошкова кривичног поступка у случајевима где је последица извршења кривичног дела санирана...³ Најчешће се примењује према учиниоцима лакших, тзв. „багателних“ кривичних дела што је и случај код примене начела опортунитета у поступку према малолетницима.⁴

2. Појам и облици примене начела опортунитета у поступку према малолетницима

Имајући у виду специфичну природу самог кривичног поступка према малолетницима као и свеприсутну тенденцију диверзионог реаговања на малолетничко преступништво, начело опортунитета кривичног

1 В. Ђурђић, Кривично процесно право-општи део, Ниш, 2014. године, стр. 68.

2 Чл. 6 ст. 1 Законика о кривичном поступку.

3 С. Бејатовић, В. Ђурђић, М. Шулић и остали, Примена начела опортунитета у пракси-изазови и препоруке, Београд, 2012. године, стр. 21.

4 У немачком кривичном праву начело опортунитета према малолетницима има одређене особености. Пре свега, могућност коришћења начела опортунитета од стране државног тужиоца није условљена сагласношћу суда, као што је случај код пунолетних учинилаца. Даље, државни тужилац може да одустане од кривичног гоњења за багателна кривична дела-преступе под истим условима као и код коришћења начела опортунитета према пунолетницима. Државни тужилац може одустати од кривичног гоњења и у случају новоизвршеног кривичног дела од стране малолетника према коме је већ покренут или се спроводи поступак примене неке од васпитних мера због раније извршеног кривичног дела, и да због тога није оправдано покретати нови поступак. До непредузимања кривичног поступка према малолетницима може да дође и у случају када је од малолетника изражено настојање да постигне поравнање са оштећеним. На крају, када малолетник призна извршење кривичног дела, државни тужилац може да одустане од предузимања гоњења ако сматра да то није „препоручљиво“ с обзиром на околности случаја и истовремено иницирати изрицање опомене и давање упутстава. Према: С. Бејатовић, Начело опортунитета кривичног гоњења у немачком кривичном процесном праву, Ревивија за криминологију и кривично право бр. 1/09, 2009. године, стр.37.

гоњења се у поступку према малолетницима далеко чешће примењује него што је то случај у редовном кривичном поступку који се води према пунолетним учиниоцима кривичних дела (иако примена начела опортунитета у редовном кривичном поступку бележи све већи пораст)⁵. У кривичном поступку према малолетницима јавни тужилац је једини овлашћени тужилац који је, пре свега, везан начелом легалитета као у редовном кривичном поступку, тачније дужан је да предузме кривично гоњење када постоје основи сумње да је учињено кривично дело или да је одређено лице учинило кривично дело за које се гони по службеној дужности.⁶ Међутим, циљ овога поступка, између осталог, јесте и заштита личности малолетника, приоритет се даје утврђивању чињеница које се односе на личност малолетника, као и на прилике у којима он живи, стога се логичним чини и „либералнији“ приступ јавног тужиоца, приликом процене постојања услова за кривични прогон малолетних делинквената.⁷ Из напред наведених разлога, постоје бројне ситуације у којима се одступа од примене начела легалитета према малолетницима и ствара могућност за дискреционо кривично гоњење малолетника. Начело опортунитета у поступку према малолетницима примењује се у виду: 1) дискреционе оцене јавног тужиоца приликом покретања кривичног поступка према малолетницима за лакша кривична дела, 2) условног покретања поступка према малолетницима уз примену васпитних налога, 3) примене опортунитета када се малолетник већ налази на извршавању кривичне санкције, 4) обуставе кривичног поступка због нецелисходности и 5) условне обуставе кривичног поступка према малолетницима. Треба напоменути да у прва три случаја оцену целисходности покретања кривичног поступка врши јавни тужилац за малолетнике, док у друга два случаја јавни тужилац само иницира поступак преиспитивања целисходности већ покренутог кривичног поступка док коначну одлуку о целисходности покренутог поступка доноси суд за малолетнике.⁸ Поред наведеног, према малолетницима постоји и могућност коришћења опортунитета који се користи у поступку према пунолетним лицима (одбацивање кривичне пријаве оз азлога правичности) који је регулисан

5 У периоду од 01.01.2014.-31.12.2014.године од укупног броја кривичних пријава, у 18.9% случајева примењен је чл. 283 ЗКП којим је регулисано условно одлагање кривичног гоњења као један од облика примене начела опортунитета. Према: Милојевић, М., Условно одлагање кривичног гоњења у кривичном поступку у Србији-законска регулатива и правна пракса, Билтен судске праксе, 2015.године.

6 Чл.6 ст.1 Законика о кривичном поступку.

7 Кнежевић,С., Малолетничко кривично право-материјално, процесно и извршно, Ниш, 2010.године, стр. 172.

8 Ibid., стр. 384.

чл. 284 ст. 3 ЗКП, јер се Законик о кривичном поступку примењује и према малолетним учиниоцима кривичних дела сходно чл. 4 ЗМ.⁹ Међутим, треба имати у виду да овај вид опортунитета не бележи знатнију примену у пракси тужилаштва, будући да су критеријуми за примену начела опортунитета из чл. 58 и 62 ЗМ прецизно наведени и законски боље регулисани него што је то у случају одбацивања кривичне пријаве из разлога правичности, а имајући у виду и чињеницу да ЗМ као *lex specialis* има предност у односу на одредбе ЗКП.¹⁰

Дискрециона оцена јавног тужиоца приликом покретања кривичног поступка према малолетницима за лакша кривична дела. Иако јавног тужиоца у погледу захтева за покретањем кривичног поступка обавезује начело легалитета, сам закон је, када је у питању поступак према малолетницима, предвидео изузетак од начела легалитета када су у питању лакша кривична дела, тј. дела за која је прописана казна затвора до 5 година или новчана казна.¹¹ Према чл. 58. ст. 1 ЗМ¹² за кривична дела за која је прописана казна затвора до пет година или новчана казна јавни тужилац за малолетнике може одлучити да не захтева покретање кривичног поступка иако постоје докази из којих произлази основана сумња да је малолетник учинио кривично дело, ако сматра да не би било целисходно да се води поступак према малолетнику с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је учињено, ранији живот малолетника и његова лична својства. Ради утврђивања да ли су испуњени сви законом предвиђени кумулативни услови, јавни тужилац за малолетнике може затражити обавештења од родитеља, усвојоца, односно стараоца малолетника, других лица и установа, а кад је то потребно, може ова лица и малолетника позвати ради непосредног обавештавања. Он може затражити мишљење од органа

9 Чл. 4 ЗМ: Одредбе Кривичног законика, Законика о кривичном поступку, Закона о извршењу кривичних санкција и други општи прописи примењују се ако нису у супротности са овим законом.

10 За одбачај кривичне пријаве из разлога правичности потребно је испуњење законом прописаних кумулативних услова (правичност, стварно кајање, спречавање или надокнада штете, извршење дела за које је законом прописана казна затвора до три године), који нису довољно прецизно дефинисани, па се и у редовном кривичном поступку ређе примењују.

11 Претходним законом (раније важећим Закоником о кривичном поступку) примена начела опортунитета према малолетницима била је могућа само за кривична дела за која се могла изрећи казна затвора до 3 године, тако да је у овом случају, доношењем ЗМ, који представља *lex specialis* у односу на ЗКП, проширена могућност примене начела опортунитета.

12 ЗМ-Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.

старатељства о целисходности покретања поступка према малолетнику, а може прикупљање тих податка поверити и стручном лицу (социјалном раднику, психологу, педагогу, специјалном педагогу и др.) ако га има у јавном тужилаштву.¹³ Предност оваквог законског решења у односу на регулисање начела опортунитета према пунолетним лицима из чл. 283 ЗКП, је постојање критеријума за оцену целисходности- природа кривичног дела и околности под којима је учињено, као и ранији живот и лична својсва учиниоца, што омогућава једнакост и унификацију примене ове законске одредбе а истовремено олакшава и подстиче њену реализацију. Такође, имајући у виду одредбу чл. 57. ст. 3 ЗМ, оштећени има право да у случају одбацивања кривичне пријаве, односно његовог предлога за покретање кривичног поступка, захтева да веће за малолетнике непосредно вишег суда одлучи о покретању поступка, те се изводи закључак да је и положај оштећеног повољнији у поступку према малолетницима у односу на редовни кривични поступак¹⁴, иако јавни тужилац, ни у овом случају, нема обавезу процене положаја жртве приликом оцене целисходности покретања кривичног поступка.¹⁵

Условно покретање поступка према малолетницима уз примену васпитних налога. Имајући у виду нови научни и друштвени приступ у реаговању на малолетничко преступништво, познат као ресторативна правда, која предвиђа алтернативе моделе реакције у смислу удаљавања малолетника од кривичног правосуђа, у нашем закону уводе се диверзионе мере у виду васпитних налога предвиђених чл. 5-9 ЗМ.¹⁶ Основ за примену овог облика условљеног опортунитета према малолетницима, представљају управо одредбе у којима се одређују васпитни налози и услови за њихову примедбу, као и одредба чл. 58. ст. 1 ЗМ о целисходности покретања кривичног поступка. Стога је, чл. 62 ст. 1 ЗМ предвиђено да, јавни тужилац за малолетнике може одлуку о непокретању поступка из члана 58. став 1. овог закона условити престанком малолетника и његових родитеља,

13 Чл. 58. ст.1 ЗМ.

14 Види: чл. 283. ст. 3 ЗКП.

15 Препорука R (87) 18 Комитета министара Савета Европе, која је усвојена на седници Комитета министара одржаној 17.09.1987. године, између осталог предвиђа да јавни тужилац приликом процене постојања услова за кривично гоњење мора водити рачуна и о положају жртве. Према: Кнежевић, С. Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената, Тематски зборник радова „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, Ниш, 2008. године, стр. 377.

16 Константиновић Вилић, С., Костић, М., Различити модели ресторативне правде примењени према малолетним делинквентима, Кривичноправни положај и социјална заштита малолетних преступника, Ниш, 2012. године, стр. 75.

усвојиоца или стараоца, као и спремношћу малолетника да прихвати и испуни један или више васпитних налога и то: 1) поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела, 2) редовно похађање школе или редовно одлажење на посао и 3) укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја. За примену било ког васпитног налога, потребно је да малолетник призна извршење кривичног дела као и да има одређени однос према кривичном делу и оштећеном¹⁷. Осим тога, као услов за примену овог облика опортунитета потребан је и пристанак оштећеног, у случају да јавни тужилац захтева од малолетника да прихвати и испуни васпитни налог из чл. 7. ст.1 тач. 1 ЗМ.¹⁸ Ако упоредимо овај облик начела опортунитета са условним одлагањем кривичног гоњења из чл. 283 ЗКП, и овде долазимо да закључка да је положај оштећеног повољнији, будући да се код примене начела опортунитета према пунолетним лицима не тражи сагласност оштећеног за налагање обавеза осумњиченом ни у једном случају. Такође, у прилог повољнијем положају оштећеног говори и чињеница да он, у овом случају као и у претходном, има право да затражи да веће за малолетнике непосредно вишег суда одлучи о покретању поступка. У случају да малолетник у потпуности изврши васпитни налог, јавни тужилац ће донети одлуку о одбацивању кривичне пријаве, а ако дође до делимичног испуњења васпитног налога, јавни тужилац ће ценити да ли је целисходније у конкретном случају кривичну пријаву одбацити или захтевати покретање кривичног поступка, узимајући у обзир приликом одлучивања, између осталог, и разлоге делимичног испуњења преузетог васпитног налога. Из наведеног произилази да јавни тужилац може својом одлуком неутралисати могућност изрицања кривичних санкција, а тиме јавни тужилац за малолетнике, на неки начин, врши и функцију суђења, чиме се нарушава начело монофункционалности.¹⁹

Примена начела опортунитета када се малолетник већ налази на извршавању кривичне санкције. Овај вид примене начела опортунитета могућ је у случају када малолетник у току извршења казне или васпитне мере почини ново кривично дело. У том случају, јавни тужилац може одлучити да не захтева покретање поступка за ново кривично дело, ако с обзиром на тежину дела, као и на казну, односно васпитну меру која се већ извршава, не би имало сврхе вођење новог кривичног поступка и изрицање кривичне санкције

¹⁷ Чл. 5. ст. 3 ЗМ.

¹⁸ У питању је поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела.

¹⁹ Кнежевић, С. Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената, стр. 381.

за то друго дело.²⁰ Значи, приликом дискреционе оцене о покретању кривичног поступка за новоучињено кривично дело, главну улогу игра тежина учињеног кривичног дела, као и казна, односно васпитна мера чије је извршење у току. Ако овај вид опортунитета упоредимо са овлашћењем јавног тужиоца да, приликом покретања поступка према малолетницима за лакша кривична дела, цени његову целисходност, из чл. 58. ст.1 ЗМ, закључујемо да овде јавни тужилац нема законску обавезу да посебно цени ранији живот малолетника и његова лична својства јер су наведене околности узимане у обзир приликом одлучивања о кривичној санкцији коју малолетник већ издржава. Што се тиче обавезе да јавни тужилац, приликом одлучивања о покретању поступка за ново кривично дело, узме у обзир тежину учињеног кривичног дела, исти се поклапа са условом којим се од јавног тужиоца захтева да узме у обзир природу учињеног кривичног дела. Међутим, сматрамо да је потребно да се, приликом одлучивања о овом виду примене начела опортунитета, јавни тужилац руководи и околностима под којима је дело учињено, имајући у виду да дела исте апстрактне тежине (конкретизоване кроз висину запрећене казне) не морају имати исти интензитет нарушавања заштићеног добра.²¹

Треба напоменути да у прва три наведена случаја, одлука јавног тужиоца није дефинитивна, већ он има обавезу да о својој одлуци да не захтева покретање кривичног поступка обавести оштећеног и орган старатељства, који су овлашћени да захтевају судску контролу покретања поступка.²² Уколико веће за малолетнике непосредно вишег суда одлучи да покрене поступак према малолетнику, супротно начелу оптужбе, у покренутом поступку мора да учествује јавни тужилац за малолетнике иако се поступак води против његове воље.²³ Орган старатељства овакво овлашћење нема када се ради о условном покретању поступка према малолетницима јер активно учествује како у процесу избора васпитног налога, тако и у процесу његове реализације јер је дужан да подноси извештаје јавном тужиоцу за малолетнике о степену испуњења преузетих васпитних налога од стране малолетника.

Обустава кривичног поступка због нецелисходности. За разлику од претходних случајева примене начела опортунитета према малолетницима, овде је карактеристично што о обустави поступка због целисходности

20 Чл. 58. ст. 3 ЗМ.

21 Кнежевић, С., Малолетничко кривично право-материјално, процесно и извршно, стр. 182.

22 Чл. 58. ст. 4 ЗМ.

23 Ђурђић, В., Кривично процесно право-посебни део, Ниш, 2011. године, стр. 284.

одлучује суд, а улога јавног тужиоца је у томе што даје иницијативу, тачније предлог суду за малолетнике да одлучи о обустави. Још једна карактеристика дискреционог поступања у овом случају представља и фаза поступка у којој се врши. Наиме, јавни тужилац даје предлог суду за малолетнике да одлучи о обустави поступка због нецелисходности у току припремног поступка или по окончању овог стадијума, и то из истих разлога због којих је могао одбацити кривичну пријаву због нецелисходности покретања поступка из чл. 58. ст. 1 ЗМ и ст. 3 ЗМ. Такође, јавни тужилац је дужан да, о предлогу за обустављање поступка обавести и орган старатељства који има обавезу, ако се не слаже са предлогом јавног тужиоца за малолетнике, да о томе обавести судију за малолетнике у року од осам дана од дана пријема обавештења јавног тужиоца за малолетнике сходно чл 70 ст. 1 ЗМ. Даље, ако се судија за малолетнике не сложи са предлогом јавног тужиоца за малолетнике, као и у случају ако се орган старатељства није сложио са предлогом затражиће, у року од три дана, да о томе одлучи веће за малолетнике вишег суда. Веће за малолетнике доноси коначну одлуку, којом може усвојити предлог јавног тужиоца и обуставити поступак или да одбије предлог за обуставу поступка.

Условна обустава кривичног поступка према малолетницима. Овај вид примене начела опортунитета уређен је аналогно условном покретању поступка према малолетнику, с тим што из истих разлога због којих је јавни тужилац пре могао условно одложити кривично гоњење, овде, до краја припремног поступка, он може предложити судији за малолетнике да обустави поступак који је већ започео, под условом да малолетник прихвати да испуни један или више васпитних налога из чл. 7. ст.1 тач.1-3 ЗМ.²⁴ Ако се судија за малолетнике не сложи са предлогом јавног тужиоца за малолетнике, одлуку доноси веће за малолетнике у року од осам дана. Међутим, у овој ситуацији, и судија за малолетнике и веће за малолетнике могу одредити један или више васпитних налога из члана 7. став 1. Судија за малолетнике приликом избора васпитних налога треба да води рачуна да они буду прилагођени личности малолетника и приликама у којима живи, узимајући у обзир спремност малолетника да сарађује у испуњењу васпитних налога. У случају да о предлогу јавног тужиоца одлучује веће за малолетнике, оно може да одбије предлог, да поступак обустави али да не одреди ниједан васпитни налог ако нађе да одређивање васпитног налога из члана 7. овог закона није целисходно, а може предлог и усвојити. У случају да малолетник не изврши преузети васпитни налог или га изврши само делимично, али у мери која оправдава даље вођење поступка, судија за малолетнике о томе обавештава

24 Ibid., стр. 287.

јавног тужиоца за малолетнике који ће у року од осам дана од пријема тог обавештења поднети образожени предлог за изрицање кривичних санкција. Ако јавни тужилац за малолетнике, и поред наведеног, нађе да нема основа за даље вођење поступка према малолетнику поднеће предлог судији за малолетнике да обустави поступак. У случају да малолетник у потпуности изврши преузети васпитни налог, судија за малолетнике дужан је да донесе решење о обустављању кривичног поступка и о томе обавештава оштећеног, који нема право да захтева покретање поступка. Иако у закону није изричито наведено, претпоставља се да ће судија за малолетнике донети решење о обустави и у случају када малолетник изврши васпитни налог само делимично, али у мери која не оправдава даље вођење поступка, руководећи се притом разлозима целисходности вођења кривичног поступка и то с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је учињено, ранији живот малолетника, његова лична својства и разлоге неиспуњења преузетог васпитног налога у потпуности, аналогно разлозима којима се јавни тужилац руководи у случају делимичног испуњења васпитног налога приликом условног покретања поступка према малолетницима.²⁵

3. Поступање тужилаштва приликом примене дискреционог кривичног гоњења

Јавни тужилац, када добије кривичну пријаву, у случају да се не ради о малолетнику који је вишеструки повратник, а ради се о кривичном делу код којег се може вршити оцена целисходности покретања поступка према запрећеној казни за то дело (казна затвора до пет година или новчана казна, од Центра за социјални рад (орган старатељства) тражи изјашњење о целисходности вођења поступка, као и о томе да ли има места примени било ког васпитног налога. У зависности од извештаја Центра, јавни тужилац може одлучити о томе да неће захтевати покретање кривичног поступка из разлога целисходности, или ће ову одлуку условити применом неког васпитног налога ако за то има места. У случају да нађе да има места примени било ког васпитног налога, јавни тужилац ће о томе обавестити малолетника и његове родитеље, и позвати их да се, уколико пристану

25 Када је реч о условном покретању поступка према малолетницима, оваква могућност регулисана је чл.62. ст. 5 ЗМ, према коме јавни тужилац за малолетнике пријаву, односно предлог оштећеног за покретање поступка, може одбацити и ако малолетник делимично испуни преузети васпитни налог, уколико нађе да покретање поступка, с обзиром на природу кривичног дела и околности под којима је учињено, ранији живот малолетника, његова лична својства и разлоге неиспуњења преузетог васпитног налога у потпуности, не би било целисходно.

на примену васпитног налога, изјасне о томе у просторијама тужилаштва о чему се сачињава посебан записник. Том приликом ће се малолетник изјасити да ли признаје кривично дело које му се ставља на терет, као и о томе да ли је спреман да прихвати и испуни наложени васпитни налог, а присутни родитељ, усвојилац или старатељ даје изјаву о сагласности са предложеним решењем. Затим, уколико су се малолетник и његов старатељ сагласили са оваквим решењем, јавни тужилац доноси решење којим се малолетнику налаже испуњење васпитног/васпитних налога, који, између осталог, доставља и Центру за социјални рад који је дужан да тужилаштву поднесе извештај о реализацији наложеног васпитног налога. У случају да је дошло до потпуне реализације васпитног налога, или пак делимичне реализације, али у довољној мери, узимајући у обзир мишљење Центра, јавни тужилац ће донети решење да се не захтева покретање припремног поступка према малолетнику.

Када јавни тужилац одлучује о примени начела опортунитета када се малолетник већ налази на извршавању кривичне санкције, у обзир ће узети и околности да се не ради о специјалном повратнику, као и околности које се тичу извршења кривичне санкције према извештају Центра, да ли се санкција успешно извршава, да ли малолетник редовно похађа школу, а у случају да се ради о вишеструком повратнику одлучујућа околност може бити и чињеница да је малолетник смањио број кривичних дела у односу на претходни период.

4. Примена начела опортунитета према малолетницима у пракси ВЈТ Ниш

Увидом у статистичке извештаје ВЈТ Ниш, списе предмета, као и разговорима са јавним тужиоцем, његовим заменицима и тужилачким сарадницима, дошли смо до података о поступању истих при примени начела опортунитета у кривичном поступку према малолетницима. Истраживање је обухватило период од 01.01.2014.-31.12.2014.године на подручју Вишег јавног тужилаштва у Нишу, а када се ради о примени васпитних налога, предмет истраживања обухватио је и 2013.годину.

Пре свега, добијени су подаци о учесталости примене начела опортунитета из чл. 58. ст. 1и ст. 3 ЗМ у односу на укупан број малолетних лица према којима је поднета кривична пријава. Од укупног броја малолетних лица, међу којима су и они чији су нерешени предмети пренети из 2013. године, као и нови предмети, којих је било преко шест стотина у 2014. години, у 16.3% случајева дошло је до примене начела опортунитета према малолетницима из чл. 58 ЗМ, уз напомену да, у статистичком

извештају за 2014.годину нису посебно одвојени подаци о примени начела опортунитета из ст. 1 овог члана (непокретање кривичног поступка због нецелисходности) и ст. 3 у коме је предвиђена примена начела опортунитета када се малолетник већ налази на извршавању кривичне санкције, већ наведени проценат обухвата примену начела опортунитета у оба случаја. Даље, што се тиче примене условног опортунитета из чл. 62 ЗМ који подразумева изрицање васпитних налога, у 2014.години изречено је, од стране тужилаштва, укупно 20 васпитних налога од којих је у 5 случајева изречен васпитни налог поравнање са оштећеним из чл. 7 ст. 1 тач. 1 ЗМ, у 4 случаја дошло је до изрицања васпитног налога-редовно похађање школе или редовно одлажење на посао из чл. 7 ст.1 тач. 2 ЗМ, а у 10 случаја изечен је налог укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја из чл. 7 ст. 1 тач. 3 ЗМ. Анализирајући податке за 2013.годину добили смо резултате да је у предметима из 2013.године и то у 2013. и 2014. години изречено 18 васпитних налога од којих је 11 налога из из чл. 7 ст. 1 тач. 1 ЗМ, 2 васпитна налога из чл. 7 ст. 1 тач. 2 ЗМ и 5 васпитна налога из чл. 7 ст. 1 тач. 3. ЗМ. Анализирајући податке о изреченим васпитним налозима у 2013.години и 2014.години у односу на кривична дела која су малолетници починили, дошли смо до закључка да се у највећем броју случајева радило о ситуационим кривичним делима и то о: кривичном делу крађа из чл. 203 КЗ (8), неовлашћено држање опојних дрога из чл. 246-а КЗ (4), угрожавање јавног саобраћаја из чл. 289. ст. 1 КЗ (2), насилничко понашање из чл. 344 ст. 1 КЗ (3), кривично дело лака телесна повреда из чл. 122 ст. 2 КЗ (2) и уништење и оштећење туђе ствари из чл. 212 КЗ. Што се тиче пола малолетника према којима је дошло до изрицања васпитних налога, у пет случајева се радило о малолетницама док су остало чинили малолетници, а ако узмемо у обзир узраст малолетника у 2013. години, условни опортунитет примењиван је само према старијим малолетницима, а у 2014.години дошло је до скоро подједнаке примене према млађим и према старијим малолетницима.

Када се ради о обустави кривичног поступка због нецелисходности и условној обустави кривичног поступка према малолетницима, према подацима добијеним из ВЈТ Ниш за 2014. годину, заменик јавног тужиоца за малолетнике је, по окончању припремног поступка у три случаја поднео предлог суду за обуставу поступка под условом да малолетник прихвати да испуни један или више васпитних налога. Анализирајући праксу тужилаштва изводи се закључак да јавни тужилац у наведеном периоду ни у једном случају није поднео предлог за обуставу кривичног поступка због нецелисходности, што је и логично имајући у виду да јавни тужилац већ

цени целисходност приликом доношења одлуке о покретању кривичног поступка, те нема разлога да касније, када је поступак већ покренут, подноси предлог суду да би суд у том случају одлучио о целисходности. Такође, јавни тужилац је овлашћен да своју одлуку о покретању кривичног поступка услови престанком малолетника да прихвати и испуни један или више васпитних налога из чл. 7 ст. 1 тач. 1-3 ЗМ, стога јавни тужилац даје предлог о условној обустави поступка само ако сматра да има места одређивању васпитних налога из чл. 7 ст.1 тач. 4-5 ЗМ, за чије одређивање није овлашћен.

5. Закључак

Имајући у виду специфичну природу самог кривичног поступка према малолетницима као и свеprisутну тенденцију диверзионог реаговања на малолетничко преступништво, начело опортунитета кривичног гоњења се у поступку према малолетницима генерално чешће примењује него што је то случај у редовном кривичном поступку који се води према пунолетним учиниоцима кривичних дела. Један од разлога за то су и шире законске могућности за његову примену, као и већи број облика испољавања него што је то случај у редовном кривичном поступку.²⁶ Између осталог, законско решење начела опортунитета у поступку према малолетницима има бројне предности у односу на регулисање начела опортунитета према пунолетним лицима из чл. 283 ЗКП, јер постојање критеријума за оцену целисходности- природа кривичног дела и околности под којима је учињено, као и ранији живот и лична својсва учиниоца, омогућава једнакост и унификацију примене ове законске одредбе, што није случај у поступку према пунолетним лицима, а истовремено олакшава и подстиче његову реализацију.²⁷ Предност законског решења начела опортунитета у поступку према малолетницима је и бољи положај оштећеног, који има овлашћење да захтева судску контролу покретања поступка, што у редовном кривичном поступку није случај, а о чему је претходно било речи. У прилог оваквом закључку сведочи и велики број малолетника према којима је примењено начело опортунитета (16,3%) од њиховог укупног броја у 2014.години. Оно што такође показује целисходност

26 Према ЗКП-у условно одлагање кривичног гоњења и одбацавање кривичне пријаве из разлога правичности.

27 Ако имамо у виду чињеницу да су скоро сви предложени услови за примену дискреционог кривичног гоњења у Препоруци Р (87) Комитета министара Савета Европе, и предвиђени у нашем малолетничком кривичном законодавству, можемо закључити да се ради о квалитетном законском решењу који евидентно даје добро практичне резултате.

оваквог законског решења је и чињеница да се, у предметном периоду, само у једном случају десило да васпитни налог није реализован до краја, а само један малолетник је поново извршио кривично дело након реализованог васпитног налога, и то се радило о ситуационом кривичном делу из групе дела против безбедности јавног саобраћаја. Анализирајући наведене податке може се закључити да се сврха васпитних налога из чл. 6 ЗМ у потпуности остварује у пракси.²⁸ Што се тиче законске регулативе ове области *de lege lata* треба имати у виду да се у пракси ретко примењује обустава кривичног поступка због нецелисходности, на предлог јавног тужиоца, иако иста наглашава специфичну природу и даје могућност примене диверзији са кривичног правосуђа и у току припремног поступка, будући да јавни тужилац већ цени целисходност приликом доношења одлуке о покретању кривичног поступка, те нема разлога да касније, када је поступак већ покренут, подноси предлог суду да би суд у том случају одлучио о целисходности, што је у супротности са начелом ефикасности и процесне економије, те је потребно размислити о даљем постојању овог облика опортунитета. Исто се не може рећи за условну обуставу кривичног поступка, која је потребна у случају када треба изрећи васпитни налог из чл. 7. ст. 1 тач. 4-5 ЗМ, за шта постоји овлашћење само суда, не и тужилаштва. Ако узмемо у обзир раније дату примедбу да јавни тужилац за малолетнике, у случају примене дискреционог кривичног гоњења, на неки начин, врши и функцију суђења, чиме се нарушава начело монофункционалности²⁹, можемо слободно закључити да, имајући у виду успешну реализацију овог института у пракси, нема опасности од било каквих злоупотреба од стране тужилаштва и суда, захваљујући, једним делом, и томе што су постојећи законски услови јасни, прецизни и детаљни, као и постојању судске контроле покретања поступка (што у поступку према пунолетним лицима није случај).

Литература

Бејатовић, С., Начело опортунитета кривичног гоњења у немачком кривичном процесном праву, Ревивија за криминологију и кривично право бр. 1/09, Београд, 2009. године, стр. 19-38;

²⁸ “Сврха васпитних налога је да се не покреће кривични поступак према малолетнику или да се обустави поступак, односно да се применом васпитног налога утиче на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како у будуће не би чинио кривична дела.” (чл. 6 ЗМ)

²⁹ Види фусноту 18; Кнежевић, С. Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената, стр. 381.

Бејатовић, С., Ђурђић, В., Шкулић, М., и остали, Примена начела опортунитета у пракси-изазови и препоруке, Београд, 2012. године;

Бркић, С, Кривично процесно право 1, Нови Сад, 2014. године;

Вукајловић, Д., Зеџ, Б., Алтернатива судском поступку за малољетнике, Кривичноправни положај и социјална заштита малолетних преступника, Ниш, 2012. године, стр. 189-199;

Грубач, М., Кривично процесно право, Београд, 2011. године;

Грубач, М., Кривично процесно право-са текстом Законика о кривичном поступку, Београд, 2014. године;

Димовски, Д., Примена ресторативне правде у малолетничком кривичном праву, Тематски зборник радова „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, Ниш, 2009. године, стр. 399-420;

Димовски, Д., Илић И., Могућности примене инструмената ресторативне правде у кривичном поступку према малолетницима, Кривичноправни положај и социјална заштита малолетних преступника, Ниш, 2012. године, стр. 89-115;

Ђокић, И., Начело опортунитета кривичног гоњења, стр. 303-316, (http://www.harmonius.org/sr/publikacije/clanci/ivan-djokic/Nacelo_oportunite-ta_kvivicnog_gonjenja.pdf);

Ђурђић, В., Кривично процесно право-општи део, Ниш, 2014. године;

Ђурђић, В., Кривично процесно право-посебни део, Ниш, 2011. године;

Ђурђић, В., Начело опортунитета, Правни живот: Тематски број. Постојеће и будуће право.- Београд: Удружење правника Србије 1996.-Том 1, бр. 9 (1996), стр. 421-437;

Ђурђић, В., Начело опортунитета кривичног гоњења у кривичном поступку Србије, Ревизија за криминологију и кривично право- Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 2011.-Бр. 2-3 (2010), стр. 199-220;

Ђурђић, В., Дискреционо гоњење малолетних учинилаца кривичних дела, Теме, Ниш: Универзитет, 2011- Бр.2 (2011), стр. 403-420;

Ђурђић, В., Дискреционо кривично гоњење, Зборник радова Правог факултета у Нишу, Ниш: Правни факултет, 2010. – 55 (2010), стр 1-28;

Ђурђић, В., Природа, структура и принципи кривичног поступка према малолетницима, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја, Београд, 2015. године, стр. 91-104;

- Јовашевић, Д., Малолетничко кривично право, Ниш, 2011. године;
- Јовашевић, Д. Алтернативне мере за малолетнике у савременом кривичном праву, Тематски зборник радова „Реформа кривичног правосуђа“, Ниш, 2010. године, стр. 95-123;
- Јовашевић, Д., Алтернативне мере у новом малолетничком кривичном праву Федерације Босне и Херцеговине, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја, Београд, 2015. године, стр. 121-129;
- Кнежевић, С., Кривични поступак према малолетницима, Ниш, 2007. године;
- Кнежевић, С., Малолетничко кривично право-материјално, процесно и извршно, Ниш, 2010. године;
- Кнежевић, С., Дискреционо кривично гоњење малолетних делинквената, Тематски зборник радова „Приступ правосуђу-инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, Ниш, 2008. године, стр. 373-388;
- Кнежевић, С., Анулирање дејства кривичних санкција изречених малолетницима, Кривичноправни положај и социјална заштита малолетних преступника, Ниш, 2012. године, стр. 57-71;
- Константиновић Вилић, С., Костић, М., Различити модели ресторативне правде примењени према малолетним делинквентима, Кривичноправни положај и социјална заштита малолетних преступника, Ниш, 2012. године, стр. 73-87;
- Миладиновић-Стефановић, Д., Алтернативни начин реаговања на малолетничку делинквенцију (са посебним освртом на поравнање са оштећеним), Кривичноправни положај и социјална заштита малолетних преступника, Ниш, 2012. године, стр. 39-55;
- Митровић, Љ., Алтернативне мјере и прекршајне санкције према малолетницима у најновијем закону о прекршајима Републике Српске, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја, Београд, 2015. године, стр. 157-168;
- Стевановић, Ч., Ђурђић, В., Кривично процесно право-општи део, Ниш, 2007. године;
- Тешовић, О., Дело малог значаја и начело опортунитета кривичног гоњења-потреба њиховог истовременог законског регулисања, CRIMEN (V) 1/2014. године, стр. 89-102;
- Циглер, С., Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења-магистарски рад, Нови Сад, 1992. године;

Чворовић, Д., Начело опортунитета кривичног гоњења, Ревија за криминологију и кривично право вол. 46 бр. 1/08, Београд, 2008.године, стр.153-168;

Шкулић, М., Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 2007. године;

Шкулић, М., Кривично процесно право-општи део, Београд, 2009. године;

Шкулић, М., Реформа малолетничког кривичног права у Србији, Институт за криминолошка и социолошка истраживања, Малолетници као учиниоци и жртве кривичних дела и прекршаја, Београд, 2015. године, стр. 39-68.

Marija Milojević, LL.B.

PhD student,

Faculty of Law, University of Niš

The Principle of Justifiability in Criminal Proceedings against Minors: in theory and practice

Summary

The subject matter in this paper is the principle of justifiability in criminal proceedings against juvenile offenders. In the introductory remarks, the author discusses the principle of justifiability from theoretical point of view, with specific reference to distinctive features of criminal proceedings instituted against juvenile offenders. Juvenile justice proceedings differ from regular criminal proceedings given the tendency to divert from the formal criminal procedure and apply alternative measures. It implies a more extensive application of the principle of opportunity as compared to general criminal procedure. Further on, the author exposes different forms of the principle of opportunity in criminal proceedings against minors and their advantages, focusing on the existing legislation and discussing the possible improvement of the current legal solution de lege lata. In the last part of the paper, the author presents the results of the research on the case law of the Higher Public Prosecution Office in Niš, concerning the frequency of applying the principle of opportunity against minors. The paper includes a qualitative analysis of the processed data and the author provides concluding remarks on the matter at issue.

Keywords: *principle of justifiability, correctional orders, discretionary prosecution, alternative measures, restorative justice, Public Prosecutor for juvenile offenders, juvenile court proceedings, conditional justifiability, suspension.*

ЛЕГИТИМНОСТ, ЛЕГАЛНОСТ И ПРАВНА ДРЖАВА

Што је већа власт, то је страшнија њена употреба.

Ф. Достојевски

Апстракт: *Легитимност се уобичајено одређује као основ из кога извире на коме се заснива државна власт. Законитост представља правило или скуп правила о томе како ће власт да се врши, а изборност у најширем смислу, грађанско својство преточено у скуп правила о томе како се бирају државна службена лица и носиоци других јавноправних овлашћења.*

Повезаност наведених начела не значи да су она и међусобно равноправна. Легитимност је подлога свим другим начелима, јер је законито само оно што је легитимно. А легитимно је и законито у демократији само оно што је исправно изабрано на начин сагласан са правилима изборног поступка.

Произилази да законитост произилази из легитимности, а изборност из законитости. Ипак, тако увек не мора да буде. Изборност, такође, може да буде извор законитости, а законитост легитимности. То је случај само у демократским друштвима. Захваљујући томе, лакше може да се објасни претварање легитимности из обрасца разобручене силе у образац правом одређене и ограничене државне власти, што оличава модел правне државе, све до схватања да је управо изборност, подупрта законитошћу, основ легитимности државне власти. Држави се на тај начин не одузима њено изворно својство носиоца највише власти, већ се њена власт чини јавном службом, која је, као и свака служба, правно ограничена, контролисана и под јавним надзором.

Кључне речи: *Легитимност, Легалност, Изборност, Правна држава.*

1. Веза легитимности, легалности и изборности

У чему се састоје легитимност, законитост и изборност и какав је њихов однос са правном државом?

Може се лако запазити да легитимност и није у строгом смислу правни појам, јер етиолошки и историјски претходи праву, законитости и изборности, изазивајући и одређујући их. Легитимност прво мора да настане да би могла да постоји и постане правни појам. Али сам почетак, тј. настанак легитимности, није исти са њеним даљим уобличавањем и развојем. То је пут претварања друштвеног односа надређености и подређености, што је друштвена чињеница, у правом уређен однос између државне власти и друштва, а то је правна чињеница.

Легитимности нема без моћи, због чега развоју легитимности одговара развој моћи. Многи угледни филозофи и други научници, укључујући ту и правне научнике, управо у тој чињеници проналазе изворни, тј. првобитни појам власти као психичког и психолошког садржаја и појма.

Веза легитимности и моћи се објашњава на различите начине. „Тајна је моћи у самој вољи“ (Ђузепе Мазини)¹. Моћ је често „недостатак принципа“ (Вилијам Хезлит)². Али, увек: „Моћ је слатка; она је дрога, она је жеља која се повећава навиком“ (Бертран Расел)³. На пример, и хипнотизеру, и суверену, заједничко је управо то да располажу моћју. Па ипак, суверен, који не мора да буде „хипнотизер“ нити „харизматска личност“, располаже другим важним обележјима моћи којима прави хипнотизер или права харизматска личност не располажу. Та „друга“ обележја претварају моћ као психолошки однос у друштвено прихваћен и институционално потврђен однос надређености и подређености.⁴

Такав друштвени однос неједнакости је првобитно добровољно прихваћен и променљив је. Он траје док траје и сагласност, а сагласност траје док се признаје ауторитет (поглавице, шамана, мудраца, хероја). *Ауторитет је*, дакле, добровољно прихваћена и друштвено институционализована моћ. Он је „над-моћ“, којом располажу појединац или елита у *односно* друштву.

Друштвени ауторитет, очигледно, не почива само на сагласности и добровољном признавању. Он може да постоји и кад се исцрпи сагласност подупрта добровољним признавањем. Такав ауторитет се назива друштвена власт, јер почива на средствима за изнуђивање. Ако за такву

1 G. Mazzini, Velika enciklopedija aforizama, Zagreb 1977, 3098, 337.

2 W. Hazlitt, Velika enciklopedija aforizama, 3095, 337.

3 B. Russel, Velika enciklopedija aforizama, 3100, 337.

4 М. Вебер, *Привреда и друштво*, II, Београд 1976, 432–436.

власт постоји и сагласност њених чланова, утолико боље. Па ипак, разлика између такве власти и друштвеног ауторитета је сасвим јасна: док се ауторитет губи престанком сагласности, друштвена власт постоји и када се таква сагласност исцрпи.⁵ *Власт је, дакле, наметнута и друштвено институционализована моћ, тј. над-моћ, чије трајање не мора обавезно да зависи од сагласности чланова друштвене заједнице.*

Посебан облик друштвене власти представља државна власт. *Државна власт је највиша друштвена власт*, јер располаже монополом силе. Њен највиши и најважнији део чини тзв. суверена државна власт, која је извор и оличење легитимности. Ту чињеницу је запазио Фјодор Достојевски, који није био правник, забележивши је својим следећим речима: „што је већа власт, то је страшнија њена употреба”.⁶

2. Два основна гледишта о легитимности, легалности и изборности

Легитимност државне власти се објашњава на различите начине. Сагласно са тим, различито се одређују појмови законитости и изборности.

Караткеристична су гледишта Томаса Хобса и Жан-Жак Русоа. У њима су сучељена два готово сасвим опречна погледа, који на неки начин одређују границе унутар којих има смисла говорити о државној власти у светлу легитимности, законитости и изборности. Значај Хобсовог и Русоовог учења ни данас није ништа мањи, нити су утихнуле расправе подстакнуте њиховим резултатима.

Може се запазити како је реалистички и позитивистички појам легитимности на несумњив начин одредио Хобс. Према Хобсу, легитимност, оличена у суверености државне власти, није ништа друго до спас за људски род, угрожен стањем потпуне анархије (*Homo homini lupus*). Људи, склапајући друштвени уговор, не стварају само друштво, већ успостављају и државу као најмоћнију уставу и залогу да се првобитно стање неће поновити. Држава је једини поседник свих права која су појединци на њу пренели тренутком њеног стварања. Нема државе без Левијатановог мача. Због тога је држава све, а појединци ништа у грађанском смислу. Пошто је држава колективни поседник свих права, она своју легитимност не изводи више из претходно изјављене сагласности, која је потрошена, већ из силе којом располаже од тренутка свог стварања. Та сила појединца претвара у поданика. Сагласно са тим легитимност је извор законитости и, под одређеним условима, изборности, ма какви да су законитост и изборност.

5 Љ. Тадић, *Ауторитет и оспоравање*, Београд 1987, 13–17.

6 Ф. Достојевски, *Velika enciklopedija aforizama*, 7857, 832.

Законитост зависи од државне воље, којом је и одређена, док изборност постоји само када треба да потврди стечену легитимност заодену у ма какву законитост. Карактеристична је Хобсова мисао да „Закони нису закони зато што су праведни, истинити и разборити, већ услед моћи и ауторитета власти који стоји изнад њих, услед заповести и воље који чине њихову снагу“ (*auctoritas, non veritas facit legem*).⁷

Насупрот Хобсовом учењу, Жан-Жак Русо, Хобсов духовни опонент и отац демократског појма легитимности и легалности (и изборности), на готово сасвим супротан начин је објаснио државну власт. У његовом учењу, посебно место припада легитимности.

Русо је легитимност одредио следећим речима: „Први који се, ограђујући земљиште, усудио да каже: ‚Ово је моје‘ и наишао на довољно глупе људе да у то поверују, био је истински оснивач цивилизованог друштва“.⁸ У ствари, први који је свој интерес успео да прогласи за друштвени и да га наметне друштву, успостављајући тиме државну власт, постао је монополист и суверен, тј. легитимни носилац власти у друштву.

Русо је закључио, полазећи од идеје друштвеног уговора који склапа свако са сваким, да човек остварује своју друштвену слободу само зато што слуша законе који су израз опште воље. Легитимности државне власти претходи друштвена слобода која се заснива на свести о солидарности свих чланова. Због тога власт мора да почива на садржајима свести појединаца о нужности добровољном поковавању. То „мора“ представља превид у његовом учењу. Али, то је за Русоа само једна важна страна државне власти, јер законима треба да се поковавају и они који доносе законе и они који законе спроводе. Законито поступају и легитимни су, дакле, они државни органи који поштују и примењују законе. А, народ добро чини док се поковава. Али, народ чини још веће добро ако може да збаци јарам моћника. Русо истиче: „Слободан човек слуша, а не служи. Он има шефове, али нема господара. Он слуша само законе. Захваљујући законима он се поковава људима“.⁹

Русо се на тај начин супротставио Хобсу, оптужујући га да је мане људи какве је видео у друштву претворио у њихове исконске особине. Ипак, и Русо песимистички закључује да је свака власт склона кварењу, да се и најбољи поредак претвара у деспотију у којој су „сви ништа“. Изгледа, „за песника су злато и сребро, а за филозофа гвожђе и жито цивилизовали људе и уништили људски род“.¹⁰

7 Т. Хобс, *Левујатан*, Београд 1960, 151–152.

8 Ж.-Ж. Русо, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, Zagreb 1978, 51.

9 Ж.-Ж. Русо, *Друштвени уговор*, Београд 1959, 9 и 46–47.

10 Ж.-Ж. Русо, *Rasprava o porijeklu i osnovama nejednakosti među ljudima*, 9.

Упркос препознатљивом одговору, Русоове недоумице извиру из противречног духовног наслеђа бројних писаца о овом проблему. То траје све до данас. Русо закључује да држава има само онолико права колико јој дају појединци. Држава је створена народном вољом и од ње зависи. Пошто је народ старији од државе, он има право на побуну ако државна власт не поштује законе, јер појединци у таквој држави нису пуки поданици, већ грађани. Легитимност државне власти је у Русоовом учењу изведена из сагласности воља, која и јесте резултат неке врсте избора, као и из њеног што складнијег спровођења, што је задатак друштвене праилности и законитости.

Када се упореде, може се лако запазити како *Хобсово* и *Русоово схватање* представљају два сасвим супротна обрасца. Првим је утрт пут аутократији и државној суверености, а другим пут демократији и народној суверености.

На Хобсовом трагу, класична немачка правна теорија је у XIX веку право изједначила са државном силом. „Сила је право, и право је сила“. Захваљујући таквом приступу, данашње бирачко право као обележје грађанина, представљало је све до краја XIX века у Немачкој пуну бирачку дужност, која је као обележје поданика припрећена применом државне санкције. Тако је и данас у грађанској републици Грчкој. Насупрот Хобсу, Русо је сматрао да је грађанин у исто време субјект правних овлашћења и правних обавеза. Он може, али и не мора да користи своје бирачко право, сагласно старој идеји римских правника да ко може више, може и мање.¹¹

Уместо закључка треба истаћи како *реалистички* и *позитивистички образац* начела *легитимности* и *начела законитости* лако може да се препозна у старој римској изреци да је владарска воља закон (*Quod principi placuit, legis habet vigorem*). Њему супротан образац представља изрека да је народна воља закон (*Quod populi placuit, legis habet vigorem*). И, збиља, супротност између тежње државе да се што више осамостали спрам друштва и потреба да се државна власт ограничи механизмима политичке и правне контроле како би се изразио плуралитет политичких интереса грађана, представља саставни део размишљања о легитимности, законитости и изборности. То није случајно, јер се у савременим друштвима посебна пажња поклања чувању „растојања“ од државе као организације, постављању чврстих мерила законитости њеног деловања и будности како не би дошло до одступања и злоупотреба. Само тако ограничена и контролисана власт јесте демократски изабрана и легитимна, док су њене радње засноване на закону и праву.

¹¹ Paulus, *Digesta*, 50, 17, 110.

3. Модерна гледишта о легитимности, легалности и изборности

Промена у приступу и другачије одређивању односа између начела легитимности, законитости и изборности, представља трајну жељу и преокупацију великог броја правних писаца. Издвајамо само неколико њих, по значају свог учења које не нуди „заплет без расплета“.

За Емила Диркема држава је у првом реду нормативна појава и институција са моралном сврхом. Она располаже сувереном влашћу у „политичком друштву“ и могућношћу да нормативно регулише и уређује „друштвену средину“. Због тога легитимитет државе почива на позитивној оцени становништва о способности људи у државном апарату.¹²

За Макса Вебера процес рационализације права се не одвија у просторима правне догматике, већ у друштвеним перипетијама и сукобима. У току те борбе појављује се захтев за легитимношћу државне власти, а на тој основи и захтев за њеном законитошћу. Вебер сматра да више није довољно да је власт призната, већ она мора да буде законито саздана и да делује у оквиру унапред утврђеног система правила. Легитимитет државне власти је законит када почива на споразуму интереса, али је исто тако законит и када произилази из снаге наметања власти коју људи имају над људима и спремности подређених да се покоравају таквој власти. Ипак, Вебер сматра да демократским друштвима одговара само легитимитет који произилази из начелне укључености свих грађана у круг легитимних политичких интереса, тј. када сагласност интересената постаје сама по себи довољан основ легитимитета. Легитимитет у осталом и није ништа друго до оправдање власти коју људу врше над људима, и то оправдање које људе мотивише на послушност.¹³ То оправдање је уверљиво када почива на сагласности потврђеној избором већине грађана, уз неопходно поштовање демократског изборног поступка.

За Никласа Лумана у друштву се стварају посебни системи међуделовања као правно регулисани поступци. Посебно место међу њима припада политици и праву, који су као регулациони механизми управо и настали због постојања друштвених сукоба. Посебан проблем у Лумановом учењу представља одређивање легитимитета политичке власти. Он је настао већ у средњем веку као брана узурпацији и тиранији, и то поштовањем утврђеног наследног реда, односно спровођењем правила о сукцесији владарске власти. Данас пак, легитимитет, представља „уверење о

12 Е. Диркем, *О друштвеној подели рада*, Београд 1973, 119–120 и 122–123.

13 М. Вебер, *Привреда и друштво*, I, 125–128.

важењу права, о обавезности правних норми, одлука или вредности која их оправдавају ... и то раширено чињеничко уверење“.¹⁴

Али, шта је уверење грађана када, с једне стране, постоји монопол физичке силе, а, с друге, политички избори, законодавство и контролисана примена права?

Луман сматра да у таквој ситуацији грађани претпостављају да ће сви или барем знатна већина да се покори претњи државном силом. Они грађани који желе да се одупру појединим и на тај начин донетим одлукама не могу да се позивају на институционализовану и законитошћу заштићену сагласност већине. Таква претпостављена сагласност грађана почива на уверењу да су одлуке донете на коректан начин. Луман на основу тога стога сматра да позитивизацији права више одговара легитимитет који почива на признавању као правно обавезних само појединачних одлука, за разлику од претежног мишљења писаца који сматрају да се легитимност заснива на начелу одлучивања. *Признавање, пак, постоји само када је опште, тј. када је постигнуто применом одговарајућих поступака и када је независно од конкретних психолошких механизма.* На тај начин, сматра Луман, политички систем легитимише самог себе. Пошто су владајуће идеје у неком друштву идеје оних који у том друштву владају, сагласно са чиме су и владајуће идеје о легитимитету израз истог тог интереса, легитимна је она власт „која прихвата или, шта више, која покреће поступак властитог легитимисања“.¹⁵

За Јиргена Хабермаса суштину политичке власти оличене у власти државе представља њено одвајање од „морално-практичних темеља, што је довело до ширења права као владајућег облика нормативног регулисања друштвених односа“. То одвајање државне власти од њених темеља одвија се постепено и у четири дела, које оличавају грађанска држава просвећеног апсолутизма, грађанска правна држава, демократска правна држава после грађанских револуција и социјална правна држава Западне Европе. Најважније је да Хабермас главни разлог што правни системи напредују у социјалној правној држави налази у стварању универзалних вредносних оријентација које су последица Веберове рационализације на терену друштвених и правних вредности. У таквој социјалној држави, очигледно, постоји напетост између крајњег ауторитета државне силе и њој конкурентског начела сагласности. Норме које власт чине легитимном јесу само оне норме које почивају на „разумно“ успостављеној сагласности, било да је сагласност општа, било да је резултат компромиса носилаца

14 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 1969, 27–30.

15 *Ibid.*, 30.

различитих интереса. Договор свих заинтересованих, сматра Хабермас, јесте легитиман сам по себи.¹⁶ Он мора да буде „слободан, дискурзиван, а стварање права аутономно”,¹⁷ док друге норме морају да почивају на државној принуди. Ако, дакле, нека правна норма почива на принуди, проблем легитимности се премешта на одговарајућу институцију која контролише ту принуду. А та институција може да буде прихваћена и призната као легитимна само на основу мандата који јој је поверен од стране свих заинтересованих субјеката. Због тога, сматра Хабермас, само вредности народног суверенитета и основних права грађана легитимишу државну власт, чак и кад она употребљава државну принуду. „Присуствујмо – и то је трагично – расту опозиције према централним вредностима које смо познавали кроз већи део протекла два столећа: слобода, људска права, законит поступак, приватност и добробит”.¹⁸

Као што може да се примети, писаци не оспоравају улогу монопола силе којим располаже држава, али тај монопол не сматрају јединим извором и основом легитимности, законитости и изборности. На тај начин је легитимност са терена силе премештена на терен законитости и друштвене сагласности. То значи да начин стицања и вршења државне власти мора да буде исправан и у складу са одговарајућим идејама правде, слободе и општег добра. Тек тада власт стварно стиче својство легитимности.

4. Ширење круга легитимних интереса у друштву са правном државом

Ширење круга легитимних интереса у друштву, упркос поменутиим ограничењима, доводи до нових захтева за праведношћу са повећањем друштвене важности и тежине тог захтева, и до његове појачане психолошке уверљивости и политичке присутности у актуелним медијима. У тим захтевима је садржана идеја о правди као првом, а можда и најважнијем извору и ослоњу легитимности, али без додатног објашњавања о чему је реч у основи тог захтева.

Да легитимност није пука и огољена сила, да није самодовољан разлог за притежавање власти над људима, показују филозофско-правно дело и живот Густава Радбруха. „Законско неправо“, истиче Радбрух, не може да буде основ легитимности, законитости и изборности. Када је право изопачено, тада основ позитивног права постаје „надзаконско право“. О

16 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, I, Frankfurt am Main 1981, 246–247.

17 *Ibid.*, II, 366 и 566.

18 *Ibid.*, 266.

томе Радбрух каже: „Ни у ком случају право није оно што користи народу, него народу у крајњој линији користи само оно што представља право, што ствара правну сигурност и тежи за правдом... кад се чак и не тежи за правдом, кад се једнакост, која чини језгро правде, приликом доношења прописа позитивног права свесно оспорава, онда закон није, рецимо, само неисправно право, он шта више уопште нема правну природу. Јер право, па ни позитивно право, не може другачије да се одреди него као поредак и прописивање, одређени по свом смислу да служе правди“.¹⁹ С друге стране, Радбрух говорећи о позитивизацији права и правној сигурности, истиче да право мора да буде законито. Оно мора што више да буде утемељено на чињеницама и што мање на нашим властитим вредносним судовима. Чињенице које утемељују право морају исто тако да се установљавају лако и на несумњив начин, због чега морамо да се помиримо чак и са грубим поједностављивањима. Такође, позитивно право не сме лако и често да се мења. Систем теже и противтеже, подела власти, као и спорост парламентарног апарата у наведеном смислу ипак треба да представљају поуздана јемства правне сигурности приликом доношења и извршавања правних прописа.²⁰

Упркос реченом, постоје и сасвим супротна мишљења. Да *ширење круга легитимних интереса у друштву не мора да доводи до захтева за праведношћу показује Ханс Келзен, у чијем је учењу правда као први, а можда и као најважнији ослонац легитимности, утопљена у законитост и ефикасност позитивног поретка*. За Келзена је правда „ирационална идеја“ недоступна људском сазнању. Правда у том смислу значи законитост;... Правда у смислу законитости је својство које се не односи на садржину позитивног поретка него на његову примену... . Правда значи одржавање позитивног поретка његовом савесном применом. То је правда у царству права“. На основу тога Келзен тврди: „Појам правде може ући у правну науку једино у смислу законитости“.²¹ Келзен, исто тако, није разликовао законитост и легитимност, свдећи легитимност на законитост; „Важење правних норми може бити ограничено у времену, и важно је приметити да је свршетак као и почетак њиховог важења одређен једино поретком коме оне припадају. Оне остају важеће све дотле док нису учињене неважећим на начин који одређује сам правни поредак. То је принцип легитимности“.²²

19 Г. Радбрух, *Филозофија права*, додаток: *Законско неправо и надзаконско право*, Београд 1980, 287–289.

20 Г. Радбрух, 94–101 и 230–238.

21 Х. Келзен, *Општа теорија права и државе*, Београд 1951 (1998), 27–28.

22 *Ibid.*, 122.

На сличан начин и Херберт Харт, можда најбољи англосаксонски ученик Ханса Келзена и представник енглеске аналитичке јуриспруденције, говори о праву и легитимности. Упечатљиво је Хартово развијање замисли о системском квалитету права. Према Харту, право може да буде заповест, али, по правилу, само као општа заповест суверене власти која је упућена унапред неодређеном броју лица. Харт на тој основи прави разлику између примарних и секундарних норми, што чини и Келзен. Уз то, Харт предност даје тзв. секундарним нормама. То су код Келзена норме које одређују да друго лице „треба“ да изврши санкцију кад је повређена прва, тј. примарна норма (којом се одређује да неко лице „треба“ да се понаша на правом одређен начин). Код Харта, пак, то су норме које омогућавају људима да „изреком“ или „чињењем“ надмоћно уводе, укидају, мењају, одређују или контролишу нова примарна правила (којима се захтева од људи да се уздрже од одређених поступака).²³

У Хартовом учењу посебно важно место припада идеји о тзв. „правилу признања“ (*Rule of Recognition*) као секундарној норми (или нормама) из које може да се изведе легитимност државне власти. Код Келзена, да подсетимо, то је тзв. „основна“ норма, „норма првог устава“ или, једноставно, „фиктивна норма“. Правилу признања, сматра Харт, отклања се сумња да ли нека норма постоји и да ли важи, а тиме и питање основа власти. Питање валидности такве норме уопште не може да се постави (као и код Келзена), јер је правило признања коначна норма.²⁴ Једино је код Келзена та норма фиктивна, а код Харта реално постојећа. Одговарајући на питање шта чини основ легитимности, Харт закључује да је то релано постојећа норма (или норме) која чини или указује у састав правила признања. Тако одређена легитимност није обавезно повезана са моралношћу власти.²⁵

Када се упореде, може се запазити како је *Келзенов редукионизам сасвим очигледан и разумљив, иако не и оправдан*. Сводећи правду на законитост позитивног права и условљавајући легитимност ефикасношћу важећег поретка („Принцип легитимности је ограничен принципом ефикасности“),²⁶ Келзен је практично омогућио да се легитимност ослободи, да се учини независном од друштвених и правних вредности. У његовом учењу, право и законитост зависе од способности државне власти да доноси и мења правне норме на уставан и законит начин. *То у истој мери важи и за Хартово*

23 Х. Харт, Појам права, Београд 2013, 60.

24 *Ibid.*, 92–106.

25 Вид. Х. Харт, Есеји из јуриспруденције и филозофије, Београд 2015, нарочито део на странама 303–387.

26 Х. Келзен, 124.

схватање, према коме између права и морала такође не мора да постоји нераскидива веза, како је учила класична природноправна традиција. Харт закључује да је нека норма део позитивног права чак и кад се њоме крши нека морална норма. Сагласно са тим, и морално изопачени закони још увек јесу закони. То што је нека норма морална ипак не значи да је тиме она постала правна јер између морала и права не постоји никакав аутоматизам или једнакост. А то значи да власт може да буде легитимна чак и кад је неморална, тј. изопачена. Ипак, основ државне власти не може вечито да буде пука сила, већ само сила права и законитости.

5. Промене у одређивању везе легитимности, законитости и изборности у правној држави

Гледишта наведених писаца показују промену у погледу одређивања везе легитимности, законитости и изборности. Захваљујући тој промени, настала је правна држава способна да се преображава и усавшава. Та промена је посебно очигледна у делу у коме се легитимност све више везује за законитост, а државна власт за право. Ипак, власт није легитимна само зато што је законита, јер и најгора тиранија може да буде законита са становишта важећег права. Власт исто тако мора да буде исправна и добра. А исправна је када се заснива на народној сагласности исказаној на изборима. Таква сагласност, сматра се, почива на уверењу и оцени да се власт врши у интересу оних који су је признали или, барем, на веровању већине да ће власт на такав начин да се врши, што у свести грађана учвршћује обавезу о потреби да се таквој власти покорвају. На тај начин схваћена, легитимност зависи од законитости, али је надилази када се позива на неку вредност (опште добро, правду, слободу, једнакост итд.) што нормативна законитост не може непосредно да пружи.

*Да се ваљаност државне власти процењује не само са становишта пуке законитости, већ и са метаправног становишта које укључује одговарајуће вредности општег добра, правде, слободе, једнакости и других сличних вредности, показују и етапе у којима је мењан однос између легитимности, законитости и изборности. Та начела су у свакој етапи добијала другачији значај и улогу, у складу са могућностима за спровођење права и функционисање регулативних организација уз што мању употребу силе, тако да „сила не сахрањује право“ (*ius orbitur vi*).²⁷*

Недоумице поводом односа легитимитета и законитости мењају се када поменути извори ауторитета постану спорни, тј. изгубе своју уверљивост. До тога долази, сматра Луман, када дође до одвајања и другачијег

²⁷ М. Вебер, II, 432–436.

прихватања тврдњи заснованих на истинитости од тврдњи заснованих на симпатији, лојалности, доминацији и сличном. Том приликом се отвара питање моћи, јер „сврхе или вредности више не могу да буду истините“.²⁸ Изгледа као да су се легитимитет и фактички монопол физичке силе готово сасвим изједначили, што је довело до стварања претпоставке према којој ће „сви да се покоре таквој сили“. Та претпоставка је посебно разрађена у најновијем плану за стварање тзв. „Новог светског поретка“ (*Novus ordo seclorum*), који баш и није сасвим нов. У новијој историји запамћени су слични неуспешни покушаји Наполеона или Хитлера.

Постоји и друга стана размишљања. Према њој, монопол силе убрзо постаје недовољан и друштвено прескуп, због чега сила почиње да тражи легитимитет изван себе саме, и то најчешће у добрима и вредностима који се штите том истом силом, као и у установљеним поступцима за стварање и примену права. То доводи до тога да се општи поредак регулисања прихвата као релативно правичан, садржавајући бар минимум морала и правде, па и мере које надлежни државни органи у таквом поретку предузимају морају да буду легитимне и законите. На пример, том мисаоном путањом се креће Вебер када одређује три чиста типа легитимне власти: рационалну, традиционалну и харизматску власт.²⁹

У новије доба, легитимитет се све чешће тражи у интеракцији и суделовању адресата прописа и мера, тј. у проширивању њиховог круга приликом доношења и примењивања прописа, чиме се постепено постиже сагласност све већег броја или чак свих заинтересованих субјеката права. И тек таква сагласност заинтересованих субјеката почиње да се сматра извором и основом легитимитета.

Данас се сматра нормалним да тамо де је велик круг субјеката права, да су тамо неопходни избори као регуларан начин за доношење одлука. Само, то не могу да буду било какви избори, већ само они који су претходно договорени и правно утврђени. Због тога су избори ваљани само када су законити. А када су избори законити, тада је и одлука легитимна. То је пут којим се легитимност, као обележје државне власти, из голе чињенице преображава у правно засновану чињеницу. Тај пут, којим се из самог основа мења веза легитимитета са законитошћу и изборношћу, Луман описује следећим речима: „Легитимитет представља потпуно фактички раширено уверење о важењу права, о обавезности одређених норми или одлука или о вредности начела која их оправдавају“. Легитимитет се испољава кроз „општу спремност за прихватање, унутар одређених

28 N. Luhmann, *Legitimation durch Verfahren*, 24.

29 М. Вебер, I, 167–170.

толерантних граница, одлуке које по садржају још нису одређене“.³⁰ С друге стране, Хабермас сматра да тек постојање основних права грађана и примена начела народне суверености садржајно легитимише употребу државне силе и целокупни правни систем, што значи да својим обликом могу да се легитимишу само прописи којима је регулисано постојање система. То се постиже на тај начин што се прописи доносе и примењују у законитим поступцима, док прописи који непосредно задиру у „свет живота“ грађана захтевају материјалну, садржајну легитимацију.³¹ Другим речима, демократским слободама, процедурама, изборима, опозивом, судском контролом уставности, контролом управе, као и свим другим облицима контроле државног апарата, данас власт у неку руку легитимише саму себе. Сагласно са тим, легитимна, законита и изборна јесте само она државна власт „која прихвата или, шта више, која покреће поступак свога легитимисања“.³²

6. Закључак

Правна држава између легитимности и легалности

Легитимност је заједно са законитошћу и изборношћу прешла дуг пут од пуке силе до права као основа државне власти, што оличава правна држава. Такав развој и преображај, међутим, никад се није одвијао мимо потребе да се оправда доминација државне власти, чак и у правној држави. Али, државна власт се све више ограничава и чини јавним послом, јер је држава у исто време носилац правног регулисања које не мора само да се заснива на доминацији.

*Између силе државне власти и друштвене сагласности о државној власти, очигледно посредују начела легитимности, законитости и изборности. То није случајно, јер „Моћ је склона обести а слобода дрскости, и стога су врло ретко у добрим односима“.*³³ Захваљујући том уверењу и опредељењу, сама сила државне власти не може да буде трајно легитимна. Власт мора да се врши поуздано, а не самовољно. И тек таква власт се може сматрати јавном службом, а држава исправно правом уређеном организацијом. У таквој исправној држави успешни су и њени грађани. Данас у *модерним демократијама исправност државне власти потврђују избори.*

Легитимност, законитост и изборност представљају изванредно значајна

30 N. Luhmann, 27–28.

31 J. Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, II, 266. и 563.

32 F. Bourricaud, *Esljuisse d' une theorie de l' autorité*, Paris 1961, 7.

33 Halifax, 3094, 336.

начела без којих не може да се замисли ниједан друштвени и правни поредак. Али, то нису једина таква начела. Ипак, захваљујући управо овим начелима, може да се доведе у везу модерна државна власт са њеном ваљаношћу, тј. исправношћу, коју би требало и данас да оличава правна држава.

Легитимност, законитост и изборност не важе само за државу и њену организацију, већ за све корпорације и друге субјекте на које се право односи. Та начела само у држави, због значаја државне власти, имају тако посебно важну улогу и место. Али, свуда где у друштву постоји интерес да се заједнички и на трајан начин дела, она постоје и примењују се. То важно својство представљају легитимност, законитост и изборност као темељна друштвена и правна начела без којих не може да се замисли демократски друштвени поредак са правном државом.

MS Kosta D. Mitrović, a third-year student of doctoral studies
Faculty of Law, University of Niš

For the Rule of Law the most important of all is the Principle of Legality

Summary

The principle of legality is an extremely significant social and legal principle which has its own substance, contents and various legal forms.

The principle of legality represents a rule or a set of rules dealing with the way in which the law is to be exercised. Because of that, the principle of legality should provide certainty, i.e., predictability in relationships among people, short of which not one social and legal system can be conceived. Certainty thus permeates legality and determines its substance.

The principle of legality also possesses the appropriate content pointing to its social and political aspects and showing it as the so-called imposed certainty.

As a result, legality as the imposed certainty represents the appropriate hierocratic structure of a society, due to which it may be easily linked with adequate concepts of the state and the law. Namely, the law is a spontaneously or consciously deliberately created system of certainty, which should provide for predictability in behaviour of subjects of the law and reliability in functioning of institutions, while the state, on which the law relies, is the main stabiliser and regulator of the accumulated controversies, which should eliminate insecurity and neutralize uncertainty.

The content of legality determines legal forms of a state as well, among which special place is dedicated to the state with laws, legal state and the rule of law with different varieties.

The existence of the mentioned legal forms of state, i.e. social and political forms of legality is important because they complement the imposed certainty with appropriate content and enable the determination of objective and subjective limits of legality. Anyway, the content of the principle of legality also determines its social role, which is indisputable.

The principle of legality also exists as a normative request for conformity with the law. However, conformity with the law is nothing else but a distinctive way in which certainty manifests itself in the law. Almost all legal texts dealing with system and conformity, concern themselves (directly or indirectly) with legality. Conformity should provide order of rules, rendering thus the necessary measure of legal efficiency. In this way the substance of legality can be brought into connection with its content and legal forms.

The request for conformity with the law represents however only the recognisable positive-legal characteristic of the principle of legality. However, more often than not it is not a request for conformity with the facts of life and needs. Because of that, a myth that is unjustifiably attributed to legality as the omnipotent legal principle should be rejected equally as the views on redundancy of legality. The pressing need to do that lies in the fact that the impotence of legality is not always its true impotence, but the impotence of people to lawfully fulfill their will, and especially to conform legality with causes driving them and consequences produced by them. In that space - in between the illusory omnipotence and the frequent impotence - lies any legality. Legality is therefore inherent to any system because its task is to introduce and ensure certainty and predictability in relationships among people, regardless of its concept, content and political and legal forms.

Key words: *Legitimity, Legality, Electivity, Rule of law.*

ОБЛИЦИ УГОВОРНЕ КАЗНЕ²

Апстракт: У раду је анализирана примена института уговорне казне у пракси. У уводном делу рада изложени су појам, обележја и правна природа уговорне казне, са посебним освртом на начело јединствене акцесорности уговорне казне, док је наставак рада посвећен тзв. несамоствалној, акцесорној уговорној казни. Други део рада посвећен је нормативном оквиру уговорне казне због неиспуњења и уговорне казне због задоцњења са испуњењем обавезе. У послењем одељку указали смо на правну природу уговорне казне која је саставни део општих услова пословања уговора. У вези са тим сумарно смо приказали одредбе законодавстава која уговорну казну сврставају у опште услове уговора о коришћењу јавних паркиралишта. Након тога анализирана је правна природа одредаба одлука градских власти о кажњавању корисника јавних паркиралишта за случај неплаћања паркинг карата у нашем праву, како бисмо у закључку елаборирали да ли се ове одредбе у поступку пред судом могу тумачити као неки од облика уговорне казне, а дати су и предлози *de lege ferenda* за уређење ове материје.

Кључне речи: уговорна казна, општи услови пословања, Закон о заштити потрошача, паркинг карта, дневна карта.

1. Увод

Уговорна казна је средство осигурања испуњења дужникових обавеза које се често користи у пракси, а посебно у области привредног права. У првом реду, њоме се обезбеђује испуњење уговорних обавеза, али нема сметњи

1 tijana.mitrovic@gmail.com

2 Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046) који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

да се обезбеди и испуњење неке друге обавезе која произилази из закона, као и понашања која иначе правно не обавезују дужника, односно која се не могу извршити принудним путем.

Иако Закон о облигационим односима у одредбама посвећеним уговорној казни, превасходно регулише тзв. несамосталну, акцесорну уговорну казну, којом се обезбеђује испуњење обавеза из уговора, то не значи да је остављена правна празнина у односу на самосталну, неакцесорну уговорну казну, па ће у раду бити речи о начелу јединствене акцесорности уговорне казне.

За разлику од Општих узанси за промет робом, као и већине савремених правних система који регулишу уговорну казну због неиспуњења и неуредног испуњења обавезе, Закон о облигационим односима³ предвидео је уговорну казну због неиспуњења, а као њен други облик и уговорну казну због задоцњења са испуњењем обавезе, не санкционишући, осим задоцњења, и остале видове неуредног испуњења обавеза.

Често се дешава да уговорна казна буде саставни део уговора који се закључују на основу општих услова пословања код којих се најчешће не воде преговори, већ уговарач приступа унапред састављеним општим условима, па се поставља питање да ли у нашем праву постоји могућност да се одредбе о уговорној казни, као непоштене, прогласе ништавим.

У пракси се дешава да се одлукама градских власти прописују изузетно високе казне за случај да корисник услуга јавних паркиралишта не испуни своју обавезу плаћања паркинг карте. С обзиром да уговорна казна може имати и репресивни карактер, у раду ћемо размотрити да ли наведене одлуке садрже неки од облика уговорне казне, као и начин на који судови третирају такве одредбе.

2. Појам и обележја уговорне казне

Уговорна казна је споразум између повериоца и дужника којим се дужник обавезује да повериоцу плати одређени новчани износ или да му прибави неку другу материјалну корист ако не испуни своју обавезу или ако задоцни са њеним испуњењем.⁴ Уговорна казна се најчешће уговара у новцу, али се може састојати и у прибављању друге имовинске користи што је ређи случај у пракси (Војиновић, 1981: 3).

3 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89 – одлука УСЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, 1/03 – Уставна повеља; (у даљем тексту: 300).

4 Чл. 270. ст. 1. Закона о облигационим односима.

Однос поводом уговорне казне настаје између дужника и повериоца на основу њиховог споразума који обично закључују истовремено са закључењем главног уговора чијем обезбеђењу она и служи, и то, најчешће, једном клаузулом свог главног уговора. Уговорне стране ређе закључују споразум о уговорној казни одвојено од тог главног уговора (Станковић, 1980: 183). У погледу начина закључења споразума о уговорној казни, важе општа правила и он се закључује простом сагласношћу воља уговарача. Изузетак је уговорна казна за осигурање обавезе која потиче из формалног уговора, јер она мора бити уговорена у форми прописаној за тај уговор.⁵ Овај захтев за прописаном формом последица је акцесорне природе споразума о уговорној казни (Глогинић, 2008: 18-19).

Иако се уговорна казна најчешће уговара ради обезбеђења обавеза из уговорног односа, теоријски није искључено њено одређивање у случају штете настале из неког другог извора облигација (Орлић, 1985: 544). Уговорна казна није, дакле, увек осигурање уговорних обавеза, већ и уговорно осигурање обавеза уопште, јер се њоме може санкционисати свака обавеза понашања из чега произлази да је потребно разликовати несамосталну, акцесорну уговорну казну од самосталне уговорне казне, као засебног правног посла. Несамосталном се осигуравају уговорне обавезе, а самосталном дужник преузима казну за чинидбе чињења или пропуштања које га иначе правно не обавезују. Ако дужник, дакле, не испуни чинидбу која га иначе правно не обавезује, дужан је платити казну (Миладин, *Разграничење између клаузула о уговорној казни и клаузула с паушализираним захтјевима за накнадом штете*, 2002: 396-397). Ни у ком случају се не може прихватити закључак да је законодавац, оставио правну празнину и омогућио заобилажење законских одредби о уговорној казни, испуштајући из вида питање самосталне уговорне казне.

2.1. Начело јединствене акцесорности уговорне казне

Имајући у виду законом прописан акцесорни карактер уговорне казне, чије остваривање зависи од пуноважности уговорне одредбе коју осигурава, треба нагласити да се и самостална уговорна казна може реализовати само ако је дужник својом кривицом повредио преузете обавезе понашања, независно од тога у којој мери га оне обавезују и обавезују ли га уопште (Миладин, 2006: 1767). Чланом 272. 300 прописано је да споразум о уговорној казни дели правну судбину обавезе на чије се обезбеђење он односи.⁶ Из тога произилази да ће споразум о уговорној казни бити ништав ако је уговор из којег извире главна обавеза ништав (Радишић, 2008: 319;

5 Чл. 271. ст. 2. Закона о облигационим односима.

6 Чл. 272. ст. 1. Закона о облигационим односима.

Станковић, 1980: 784; Војиновић, 1981: 4; Орлић, 1985: 545; Глогинић, 2008: 18). То је сасвим логично, јер би у супротном поверилац могао посредним путем да изнуди од дужника испуњење обавезе којој правни поредак не признаје пуноважност, чиме би биле изигране законске забране одређених уговора (Орлић, 1985: 545). Ако се главна обавеза угаси на било који начин, гаси се и споразум о уговорној казни. Уз то, споразум о уговорној казни губи правно дејство и ако је до неиспуњења или задоцњења дошло из узрока за који дужник не одговара.⁷

Одредбом 300-а, према којој споразум о уговорној казни дели правну судбину обавезе на чије осигурање се односи, постављено је начело јединствене акцесорности уговорне казне примењиво на све њене облике. Главна је потврда начела акцесорности уговорне казне да неваљаност обавезе која се осигурава уговорном казном повлачи за собом неваљаност договора о уговорној казни. Не могу се стога ни посредним путем односно самосталном уговорном казном поспешити дужникова понашања која су у супротности са принудним прописима, правилима морала и Уставом РС (Миладин, 2006: 1768).

Тако се, на пример, ни једним обликом уговорне казне не може осигурати извршење неке новчане обавезе,⁸ зато што дужник који задоцни са испуњењем новчане обавезе, поред главнице дугује и затезну камату по стопи утврђеној законом.⁹ Ако би уговорна казна била предвиђена за случај неиспуњења или неуредног испуњења новчане обавезе, уговор не би због тога био ништав, али одредбе уговора о уговорној казни не би производиле правно дејство (Јанковец, 1975: 53-54). Иако је и у упоредном праву осигурање новчаних обавеза покривено каматама, нигде се не искључује практична могућност да се оне осигурају и непримерним казним каматама које се онда оцењују и са становишта судске контроле претерано високе уговорне казне (Миладин, *Разграничење између клаузула о уговорној казни и клаузула с паушализираним захтјевима за накнадом штете*, 2002: 395).

2.2. Карактер уговорне казне и њен однос према накнади штете

У савременом законодавству уговорна казна има истовремено репресивни и одштетни карактер (Константиновић, 1982: 3-4; Станковић, 1980: 794; Војиновић, 1981: 6; Орлић, 1985: 542; Челић, 1991: 58; Глогинић, 2008: 21).

7 Чл. 272. ст. 2. Закона о облигационим односима.

8 Чл. 270. ст. 3. Закона о облигационим односима.

9 Чл. 277. ст. 1. Закона о облигационим односима.

Казнени карактер уговорне казне произилази из чл. 275. ст. 1. 300 који прописује да поверилац има право да захтева уговорну казну и кад њен износ премаша висину штете коју је претрпео, као и кад није претрпео никакву штету.¹⁰ Повериоцу се признаје право на уговорну казну, без обзира да ли је претрпео штету у мањем или у већем износу, па чак и када штету уопште није претрпео, када казна представља очигледно имовинску казну а не накнаду (Станковић, 1980: 794).

Законом се, такође, прописује да, ако је штета коју је поверилац претрпео већа од износа уговорне казне, он има право да захтева разлику до потпуне накнаде штете.¹¹ Ово правило указује на одштетну улогу уговорне казне, зато што користећи право на уговорну казну, поверилац не губи право да захтева накнаду даље штете, тј. њеног вишка који није покривен захтеваном или већ плаћеном уговорном казном (Станковић, 1980: 794). Због тога она у нашем праву има првенствено карактер претпостављене штете због неиспуњења или задоцњења у испуњењу дужникове обавезе, а затим служи и као средство притиска на дужника, услед чега садржи и неке елементе приватне казне (Орлић, 1985: 548).

Поставља се питање да ли, поред потпуне накнаде штете, поверилац може остварити и уговорну казну, односно кумулативно остварити право по оба основа? Доктрина, која наглашава репресивни карактер уговорне казне стоји на становишту да се може једновремено уговорити и остварити и уговорна казна због задоцњења и накнада штете (Даниловић, 1977: 64-66; Јанковец, 1975: 59). Исти принцип подржавају и Опште узансе за промет робом које предвиђају да, уколико је то уговорено, поверилац може захтевати и накнаду штете и уговорну казну.¹² Ова могућност налази оправдање у чињеници слободе уговарања и значају уговора међу уговарачима. Одредбе о уговорној казни су диспозитивне природе, па се могу прилагођавати потребама њених уговарача (Јанковец, 1975:59).

3. Уговорна казна због неиспуњења обавезе

Законом о облигационим односима предвиђају се два облика уговорне казне: уговорна казна због неиспуњења и уговорна казна због задоцњења са испуњењем обавезе.¹³

10 Чл. 275. ст. 1. Закона о облигационим односима.

11 Чл. 275. ст. 2. Закона о облигационим односима.

12 Узанса бр. 251. ст. 3. Општих узанси за промет робом, *Сл. лист ФНРЈ*, 11/59.

13 Чл. 273. Закона о облигационим односима.

За разлику од Закона о облигационим односима, Опште узансе за промет робом, предвиђале су уговорну казну због неиспуњења и уговорну казну због неуредног испуњења обавезе.¹⁴ Решење Узанси било је боље јер се појам неуредног испуњења није ограничавао само на задоцњење са испуњењем, већ се односио и на неиспуњење у одређеном месту, испоруку робе са недостацима, те повреду обавеза обазривости.¹⁵ Такво регулисање је значило да се уговорна казна и у свим тим случајевима могла без даљих страначких диспозиција кумулирати са захтевима за испуњењем, што одговара оправданим очекивањима повериоца, као и начелу потпуне накнаде штете. Домаћи законодавац то отежава тиме што у члану 270. став. 2. ЗОО намеће претпоставку у корист уговорне казне због задоцњења са испуњењем, ако нешто друго не произилази из уговора (Миладин, *Разграничење између клаузула о уговорној казни и клаузула с паушализираним захтевима за накнадом штете*, 2002: 396).

Код уговорне казне која је уговорена због неиспуњења дужникове обавезе, поверилац може да захтева или испуњење обавезе или уговорну казну,¹⁶ с тим што поверилац губи право да захтева испуњење обавезе ако је затражио исплату уговорне казне.¹⁷ Наведена правила указују на чињеницу да поверилац нема право да постави кумулативан захтев, већ његов захтев, може бити само алтернативан. Да би могао да користи, било једно, било друго овлашћење, он мора претходно да изврши избор и да о томе обавести дужника. Међутим, ако је захтевао испуњење обавезе, па се касније утврди да је испуњење немогуће из узрока за који је одговоран дужник, поверилац у том случају може уместо испуњења затражити уговорну казну (Глогинић, 2008: 19-20).

3.1. Начин одређивања и висина

Да ли је реч о уговорној казни због неиспуњења или због задоцњења са испуњењем обавезе, зависи од уговора којим је она предвиђена. Али, ако је уговорена уговорна казна, а није одређен њен облик, нити што друго произлази из уговора, „сматра се да је казна уговорена за случај да

14 Одредбом о уговорној казни једна странка обавезује се да исплати другој странци одређену своту новца или да јој прибави какву другу имовинску корист, ако своју обавезу не испуни или је испуни неуредно; Узанса бр. 245. Општих узанси за промет робом.

15 Чл. 339. Немачког грађанског законика предвиђа два облика уговорне казне и то због неиспуњења и неуредног испуњења, какво решење су преузеле и Опште Узансе за промет робом.

16 Чл. 273. ст. 1. Закона о облигационим односима.

17 Чл. 273. ст. 2. Закона о облигационим односима.

дужник задоцни са испуњењем“.¹⁸ С обзиром на то, уговорна казна због неиспуњења обавезе мора се изричито уговорити, зато што важи законска претпоставка у корист уговорне казне због задоцњења у испуњењу обавезе (Радишић, 2008: 319).

Поставља се питање да ли је могуће у једном уговору предвидети и уговорну казну због неиспуњења и уговорну казну због задоцњења са испуњењем? Одговор можемо добити доводећи у везу појмове „неиспуњење обавезе“ и „задоцњење са испуњењем обавезе“ и на то надовезујући уговорну казну као акцесорну правну последицу. Неиспуњење је антитеза испуњења (са задоцњењем) па је с тога логично да се не може кумулативно тражити оба облика уговорне казне. Једним уговором могу се предвидети и уговорна казна због неиспуњења и уговорна казна због задоцњења са испуњењем, па у зависности од тога у којој варијанти се крши обавеза, поверилац ће захтевати једну од њих (Васс, 1979: 29-30).

Међутим, ако је уговорна казна предвиђена за један случај, а оствари се други, нису испуњени услови за стицање права на уговорну казну, односно не настаје обавеза дужника да плати уговорну казну. Што се тиче висине уговорне казне због неиспуњења обавезе, најбоље је одредити је у једном укупном износу или у проценту од вредности главне обавезе, уколико је позната вредност главне обавезе чије испуњење се обезбеђује уговорном казном (Војиновић, 1981: 6-7).

Као критеријум за одређивање њене висине уговорне стране, пре свега, а у неким случајевима и једино, узимају у обзир величину штете, која би настала за повериоца уколико дужник не испуни своју обавезу (Станковић, 1980: 782-783; Орлић, 1985: 548; Николић, 1993: 29). Осим евентуалне штете, која може да настане, као и извесног додатног износа преко њене претпостављене висине, што стране предвиђају да би уговорна казна деловала и као средство обезбеђења, на одређивање висине уговорне казне утичу и неки други елементи, који се разликују од случаја до случаја. То може бити посебан повериочев интерес (имовински или морални) да његово потраживање буде намирено, или може бити од утицаја степен дужникове заинтересованости да закључи уговор ради чијега обезбеђења се и предвиђа уговорна казна. То могу бити и неки други елементи, као што су, на пример, разлике у економском положају страна уговорница (Константиновић, 1982: 521).

18 Чл. 270. ст. 2. Закона о облигационим односима.

3.2. Права повериоца

Поверилац стиче право на уговорну казну чим дужник западне у доцњу са испуњењем обавезе, чијем обезбеђењу служи уговорна казна, па је то једини услов који треба да се испуни и који поверилац треба да докаже.¹⁹ Оспоравање захтева повериоца за наплату уговорне казне, односно отклон одговорности, дужник може оспорити само истицањем приговора да је обавезу испунио, односно уредно покушао њено испуњење, да је то учинио благовремено, односно да обавезу није испунио или запао у доцњу са њеним испуњењем услед околности које искључују његову одговорност (Даниловић, 1992: 69). Наиме, дужник се ослобађа одговорности за штету ако докаже да није могао да испуни своју обавезу, односно да је закаснио са испуњењем обавезе због околности насталих после закључења уговора које није могао спречити, отклонити или избећи.²⁰ Међутим, кривица дужника се увек претпоставља и поверилац је ослобођен терета њеног доказивања (Радишић, 1959: 28).

Пошто уговорна казна због неиспуњења обавезе има циљ да замени интерес повериоцев за испуњење главне обавезе, то поверилац не може од дужника да тражи и уговорну казну и испуњење главне обавезе коју она осигурава. Он може да бира само један између ова два захтева. Због оваквих алтернативних овлашћења која пружа повериоцу, уговорна казна због неиспуњења назива се алтернативном уговорном казном (Радишић, 2008: 319).

Поверилац је везан за извршени избор, тако да, опредељењем за једно од два наведена права, он губи друго. Неопозивост извршеног избора долази до изражаја нарочито у случају кад је поверилац затражио од дужника исплату уговорне казне, јер се изричито прописује да он у том случају губи право да захтева испуњење главне обавезе.²¹ То значи да се узима да повериочево саопштење дужнику да захтева исплату уговорне казне има значај изјаве о раскиду уговора из кога потиче дужникова обавеза чијем је обезбеђењу и била намењена уговорна казна. Насупрот томе, ако се поверилац определио за испуњење уговора, онда се чини да његов избор није дефинитиван, јер уместо првобитног захтева за испуњењем, он може да захтева исплату уговорне казне у случају када се испуњење дужникове обавезе покаже као немогуће, тако и у случају кад дужник уопште није ни започео са испуњењем своје обавезе, што је у складу са ставом правне теорије да поверилац губи право на уговорну казну ако

19 Узанса бр. 255. Општих узанси за промет робом.

20 Чл. 263. Закона о облигационим односима.

21 Чл. 273. ст. 2. Закона о облигационим односима.

макар и делимично прими испуњење главне обавезе (Гаљак, 1986: 146, Јанковец, 1975: 55, Војиновић, 1981: 11).

Чланом 273. ст. 3. Закона о облигационим односима прописано је да код уговорне казне која је предвиђена за случај неиспуњења дужникове обавезе, дужник нема право да исплати уговорену казну и одустане од уговора,²² јер дужник није овлашћен да бира обавезу коју ће испунити. Али, ово правило није императивног карактера, тако да би се и исплатом уговорне казне дужник могао ослободити главне обавезе ако је то била намера уговорача кад су уговорну казну уговорили.

4. Уговорна казна због задоцњења са испуњењем обавезе

Уговорну казну због задоцњења странке стипулишу онда кад нису сасвим сигурне да ће њихов уговорни партнер благовремено испунити своју обавезу из уговора. Право на уговорну казну због задоцњења може за себе уговорити једна или чак и обе стране, зависно од врсте уговора у питању (Радишић, 1959: 28). Код уговорне казне која је уговорена за случај кад дужник задоцни са испуњењем своје обавезе, поверилац има право да захтева и испуњење обавезе и уговорну казну,²³ јер се ова потраживања допуњавају. Због тога се уговорна казна због задоцњења са испуњењем обавезе назива кумулативном уговорном казном (Радишић, 2008: 319).

Уговорна казна због задоцњења са испуњењем обавезе не замењује интерес повериоцев за главну обавезу дужникову, већ служи, по правилу, као покриће за штету коју је поверилац претрпео услед дужникове доцње са испуњењем обавезе (Радишић, 2008:319). Она, дакле, подстиче дужника да обавезу испуни на време. Али ако дужник ипак западне у доцњу са испуњењем обавезе поверилац може захтевати и испуњење обавезе и уговорну казну. Ово кумулативно овлашћење повериоца је сасвим основано, јер је сврха ове врсте уговорне казне да дужник испуни своју обавезу о року (Глогинић, 2008: 20).

4.1. Начин одређивања и висина

Ако се уговорна казна предвиђа за случај закашњења, целисходно је и погодно одредити је у проценту или промилима за сваки дан закашњења, или у одређеном новчаном износу за сваки дан закашњења. У овом случају проценти и промили се одређују у односу на вредност главне обавезе чије испуњење се обезбеђује уговорном казном. Али, ако није позната вредност

22 Чл. 273. ст. 3. Закона о облигационим односима.

23 Чл. 273. ст. 4. Закона о облигационим односима.

уговорне обавезе чије испуњење се обезбеђује уговорном казном, она се може одредити у новчаном износу за сваки дан закашњења (Војиновић, 1981: 7). На тај начин се усклађује висина уговорне казне са трајањем задоцњења и дужник подстиче да што пре изврши своју обавезу (Николић, 1993: 29).

Опште Узансе за промет робом предвиђале су да се уговорна казна обрачунава на вредност целокупне обавезе до тренутка делимичног испуњења обавезе, а од тада па до потпуног испуњења само на вредност неиспуњеног дела обавезе. Кад се обавеза састоји од две или више одвојених радњи, уговорна казна се рачуна посебно за сваку од тих радњи према њеној вредности.²⁴ Уговорна казна због задоцњења се веома често уговара код уговора о грађењу, при чему се најчешће предвиђа за случај када дужник, превасходно извођач радова, не изврши преузете обавезе у предвиђеном року. У случају кад је одређена процентом (промилом), треба одредити да ли основицу за обрачун уговорне казне чини вредност укупно уговорених радова, или само вредност радова који нису завршени о року. Ту основицу споразумно одређују уговорне стране, али уколико споразум о томе није постигнут, за основицу се узима вредност укупно уговорених радова (Николић, 1993: 29).

Ако стране уговорнице уговоре уговорну казну, а не одреде њен новчани износ или другу имовинску корист, поставља се питање да ли је уговорна казна предвиђена, тј. да ли је одредба уговора о њој ваљана и, ако јесте, како ће се одредити и ко ће одредити колико она износи и у чему се састоји. Судска пракса је заузела становиште да је у оваквом случају уговорна казна предвиђена, да одредба уговора о казни производи правно дејство, а да је суд дужан да на захтев странке одреди њену висину на основу оних околности које су странке имале и морале имати у виду приликом закључења уговора; пресуда Врховног привредног суда Сл. 720/64 (Војиновић, 1981: 9).

4.2. Задржавање права на уговорну казну

У случају када поверилац прими задоцнело испуњење дужникове обавезе, законом је предвиђено правило, да поверилац не може захтевати уговорну казну због задоцњења ако није без одлагања саопштио дужнику да задржава своје право на уговорну казну.²⁵ Из пасивног понашања повериоца изводи се претпоставка да је он задовољан дужниковом чинидбом таквом каква је и да се зато одриче права да захтева и уговорну казну. Претпоставка

24 Узанса бр. 253. Општих узанси за промет робом.

25 Чл. 273. ст. 5. Закона о облигационим односима.

одрицања је апсолутна (*praesumptio iuris et de iure*), те поверилац не може да доказује да та намера код њега није постојала. Њему би се једино могло признати то право ако је био у извињавајућој заблуди у погледу уредности испуњења главне обавезе, или ако је био преварен од стране дужника (Радишић, 1959: 29). Са друге стране, одредбу да је поверилац дужан да без одлагања учини изјаву да задржава право на уговорну казну не треба схватити у том смислу да се повериоцу не оставља никакав рок. Довољно је да је ово саопштење учињено у примереном року. Према становишту наше судске праксе, тренутак кад поверилац прима закаснело испуњење обавезе од стране дужника, односно у неким случајевима истек примереног рока након тога, је само крајњи рок кад он може да учини изјаву да задржава право на уговорну казну. Он ту изјаву може дати и раније, па да се ипак сматра да је пуноважно учињена (Јанковец, 1975: 55-56).

У вези са давањем изјаве о задржавању права на уговорну казну, евентуално се може поставити питање форме у којој се она даје. Наиме, саопштење повериоца да задржава право на уговорну казну спада у обавештајне радње, тј. у нотификације, које могу бити дате и усмено. Саопштење се, отуда, не сме поистовећивати са клаузулом о уговорној казни, јер је саопштење само претпоставка за реализацију права повериоца. Зато из законске одредбе да уговорна казна мора бити у истој форми као и главни уговор не произилази закључак да се у тој форми мора дати саопштење повериоца о задржавању права на уговорну казну (Ракић, 2006: 1157; Станковић, 1980: 788; Војиновић, 1981: 9; Глогинић, 2008: 20).

За оцену благовремености обавештења о задржавању права на уговорну казну није правно одлучан дан када је дужник пао у доцњу, него дан када је поверилац примио испуњење задоцнеле обавезе. У том смислу, поверилац не губи право на наплату уговорне казне ако своје саопштење не учини приликом пријема закаснелог испуњења уколико је у питању само делимично испуњење већ једино ако пропусти да то учини приликом пријема накнадног целокупног испуњења обавезе. Ако су у питању обавезе са сукцесивним давањима или чињењима, повериочево саопштење мора бити дато приликом сваког од сукцесивних давања, односно чињења. Поверилац задржава право на уговорну казну за случај да дужник задоцни са испуњењем и у случају кад је поменуто саопштење учинио још пре пријема закаснелог испуњења, а пошто је дужник већ пао у доцњу (Глогинић, 2008: 20).

Иначе, поверилац може да реализује право на уговорну казну и без изјаве о њеном задржавању, уколико дужник призна обавезу да плати уговорну казну. Јер, како се то наводи у правној теорији, нема никаквог значаја то

што је поверилац пропустио да задржи право на уговорну казну, ако му дужник то право признаје (Војиновић, 1981: 11).

Правило о задржавању права на уговорну казну је диспозитивног карактера, тако да суд није дужан да се, по службеној дужности, упушта у оцену благовремености задржавања права на уговорну казну од стране повериоца, већ је за то потребан приговор дужника (Николић, 1993: 31).

5. Уговорна казна као клаузула у општим условима уговора

Уговорна казна може бити саставни део уговора који се склапају на темељу општих услова пословања. Опште услове пословања чини списак типичних или стандардизованих уговорних клаузула које се састављају унапред. То су апстрактна правила за све будуће појединачне уговоре одређене врсте (Радишић, 2008: 103).

Позитивноправно општи услови пословања јесу клаузуле које одреди један уговарач, било да су садржане у формуларном уговору, било да се на њих уговор позива, а допуњују посебне погодбе утврђене међу уговарачима у истом уговору.²⁶ Стране уговорнице могу уговорити да за њихов уговор не важе неки делови општих услова пословања. То могу учинити и споразумним утврђивањем одредаба које су другачије од оних садржаних у општим условима, па ће тада за њих важити посебне погодбе, али и одредбе из општих услова које допуњују те погодбе (Радишић, 2008: 105).

Међутим, друга уговорна страна је ретко када у могућности да мења опште услове пословања конституисане у интересу њихових састављача, па је због различитих разлога некада у ситуацији да прихвати опште услове пословања који јој не иду у корист, док у неким случајевима постоји и законска обавеза за њиховим прихватањем.

Имајући у виду да се уговорна казна уговара како би се обезбедило испуњење дужникове обавезе чиме се у првом реду штите интереси повериоца, то се може десити да су одредбе о уговорној казни садржане у општим условима уговора изузетно неправичне за дужника, па се тада поставља питање њихове судске контроле.

Све наведено не треба бити разлог за преиспитивање пуноважности уговорне казне као клаузуле о којој се индивидуално преговарало и која је уговорена у „обичним уговорима“, код којих начело равноправности уговорника није доведено у питање. Другачија је, дакле, ситуација када је у питању уговорна казна као део општих услова уговора, општих услова

26 Чл. 142. ст. 1. Закона о облигационим односима.

пословања, формуларних уговора, стандардних уговора или других врста типских уговора (Матановац, 2005: 444).

У нашем праву се изричито не помиње уговорна казна као непоштене одредба општих услова уговора, односно формуларних уговора, ни у Закону о облигационим односима, ни у Закону о заштити потрошача.²⁷ Међутим, чл. 143. ЗОП који се односи на ништавост неких одредби општих услова и чл. 43. Закона о заштити потрошача који говори о неправичним уговорним одредбама, пружају могућност да се неправичне одредбе о уговорној казни садржане у општим условима формуларних односно потрошачких уговора прогласе ништавим.²⁸

У оквиру судске контроле општих услова пословања, суд ће на захтев заинтересоване стране прогласити ништавим одредбе општих услова које су противне самом циљу закљученог уговора или добрим пословним обичајима, чак и ако су општи услови који их садрже одобрени од надлежног органа. Суд може одбити примену појединих одредби општих услова које лишавају другу страну права да стави приговоре, или оних на основу којих она губи права из уговора или губи рокове, или које су иначе неправичне или претерано строге према њој.²⁹

Иако Закон о заштити потрошача не наводи у листи неправичних клаузула потрошачких уговора и непоштене клаузуле о уговорној казни, то не спречава суд да потрошачу пружи заштиту од таквих клаузула сходно чл. 43. који у ставу 1. прописује да су неправичне уговорне одредбе ништаве. У ставу 2. регулисано је да је неправична уговорна одредба свака одредба која, противно начелу савесности и поштења, има за последицу значајну несразмеру у правима и обавезама уговорних страна на штету потрошача.³⁰

На основу наведеног може се закључити да је уговарање клаузула о уговорној казни путем општих услова пословања сужено у односу према

27 Чл. 309. т. 6. Немачког грађанског законика сврстава уговорну казну у апсолутно ништаве одредбе општих услова пословања ако је уговорена за случај неприхватања односно закаснелог прихватања испуњења, за случај закашњења са плаћањем уговореног износа, или за случај да сауговорач састављача општих услова пословања раскине уговор.

28 Смерница Европске уније о непоштеним одредбама потрошачких уговора 93/13 као свој додаток садржи листу клаузула које би се могле оценити као непоштене. Тежиште Смернице је на заштити потрошача очувањем једнаких вредности чинидаба, док се ЗОП усмерава на заштиту сврхе уговора и правила морала (Миладин, *Уговарање клаузула с паушализираним захтјевима за накнадом штете и клаузула о уговорној казни (ПДД-клаузуле) путем опћих увјета пословања и међу трговцима*, 2002: 1292-1293).

29 Чл. 143. Закона о облигационим односима.

30 Чл. 43. ст. 1-2. Закона о заштити потрошача, *Сл. гласник РС*, 62/14.

њиховом уговарању непосредном погодбом (Миладин, *Уговарање клаузула с паушализираним захтјевима за накнадом штете и клаузула о уговорној казни (ПДД-клаузуле) путем опћих увјета пословања и међу трговцима*, 2002: 1300). Ово из разлога што постоји могућност да се одредба о уговорној казни садржаној у општим условима пословања прогласи ништавом на захтев сауговарача састављача општих услова пословања, што није случај када је у питању уговорна казна уговорена непосредном погодбом, у ком случају дужник може једино сходно чл. 274. 300 захтевати од суда смањење висине уговорне казне, исто као и када је у питању уговорна казна у општим условима уговора.

Поставља се питање *да ли се одредба о уговорној казни може унети у опште услове уговора о којима се није непосредно преговарало, уколико су ти општи услови донешени у облику подзаконског акта?*

Овом питању приступићемо анализирајући одлуке градских власти којим вршећи услоге поверене им законом доносе одлуке у којима постоје одредбе налик уговорној казни, па је због правних последица по дужника битно утврдити да ли је у тим одредбама садржан неки од облика уговорне казне.

Занимљиво је стање у хрватском праву да је одредба о уговорној казни саставни део сваког уговора о коришћењу паркиралишта на који се односи. Одредбе о уговорној казни имају улогу општих услова пословања организатора паркирања (Миладин, 2006: 1793).

Одлуком је предвиђено да возач односно власник возила истицањем паркинг карте закључује са друштвом за организовање паркирања уговор о паркирању, прихватајући опште услове уговора садржане у Одлуци.³¹

Међутим, колико год широко тумачили позитивноправни појам општих услова пословања, он не обухвата уговорне одредбе које би се непосредно примењивале на основу законских или подзаконских прописа. Представничко тело јединица локалне самоуправе у једнакој мери намеће опште услове уговора о коришћењу паркиралишта и кориснику услуга и организатору паркирања, који се примењују независно од воље организатора паркирања (Миладин, 2006: 1793).

Одлуком је у општим условима уговора о паркирању прописан и низ уговорних казни уколико корисник паркиралишта повреди неку од таксативно наведених обавеза из уговора о паркирању и то: ако не истакне паркинг карту на ветробранском стаклу возила, ако користи паркинг карту која не одговара зони паркирања, ако прекорачи допуштено

31 Чл. 11. Одлуке о организацији и начину наплате паркирања града Загреба, *Сл. гласник града Загреба*, 20/05.

време паркирања и ако у паркинг карту унесе нетачне податке о времену коришћења паркирања или на други начин доведе у заблуду лице које врши контролу паркирања.³²

Међутим, оно што је необично у овој одлуци, имајући у виду циљ и смисао уговора о паркирању је то што Одлуком **није прописано да повреда уговора о паркирању настаје неплаћањем накнаде за коришћење паркиралишта**. Међутим, како би се ту радило о новчаној обавези то поверилац не би имао право захтевати уговорну казну. Чињеница да је износ уговорне казне двадесет пута већи од накнаде за коришћење паркиралишта показује повериочев велики интерес да „заобиђе“ свој новчани захтев у корист захтева за исплатом уговорне казне за неновчану чинидбу, па у циљу заобилажења когентне норме из чл. 270. ст. 3. 300 поверилац новчану чинидбу на плаћање накнаде за паркирање претвара у неновчану чинидбу за истицање паркинг карте (Матановац, 2005: 451-452). Дакле, када се прекрши нека од обавеза наведених у члану 12. Одлуке, тада наступа обавеза плаћања уговорне казне.

И у нашем праву је за управљање јавним паркиралиштима надлежна јединица локалне самоуправе, која је Законом о комуналним делатностима овлашћена да доноси подзаконске акте којима ближе уређује ову област.³³

На овом месту анализираћемо Одлуку о јавним паркиралиштима града Ниша, како бисмо утврдили да ли у њој има одредаба о уговорној казни. Наиме, Одлуком о јавним паркиралиштима уређује се начин организовања послова у обављању комуналне делатности управљања јавним паркиралиштима, као и услови коришћења јавних паркиралишта на територији града Ниша. Ову делатност обавља Јавно комунално предузеће Паркинг сервис Ниш, док се корисником паркиралишта сматра возач или власник возила, ако возач није идентификован.³⁴

Корисник општег паркиралишта може се одредити да услугу паркирања користи по започетом сату или у дневном трајању, куповином и истицањем важеће сатне или дневне паркинг карте односно плаћањем услуге електронским путем. У наредном ставу Одлуке стоји да уколико се корисник паркиралишта није определио за коришћење услуге паркирања на начин предвиђен претходним ставом, онда користи паркинг место под условима који важе за паркирање у дневном трајању, па се истом издаје налог за плаћање **дневне паркинг карте**. Исто важи и у случају да

32 Чл. 12. Одлуке о организацији и начину наплате паркирања града Загреба.

33 Чл. 3. ст. 7. и чл. 4. Закона о комуналним делатностима, *Сл. гласник РС*, 88/11.

34 Чл. 1- 2. Одлуке о јавним паркиралиштима, *Сл. лист града Ниша*, 2/12 и 10/15.

корисник паркиралишта настави да користи услугу паркирања по истеку сатне карте.³⁵

Дакле, уколико корисник паркиралишта не поступи по одредбама Одлуке намеће му се обавеза плаћања дневне карте, чији је износ прописан Одлуком о утврђивању цена паркирања и уклањања моторних возила.³⁶ Износи дневних карата, раније доплатних, су доста високи и вишеструко премашују износе сатних паркинг карти, при чему ће се кориснику који је за неколико минута прекорачио време за које је издата сатна карта наплатити дневна карта у истом износу као и за целодневно паркирање возила без паркинг карте.³⁷

Одлуком о јавним паркиралиштима је прописано да је корисник у обавези да дневну паркинг карту плати у року од осам дана од дана издавања. Ако не плати карту у том року дужан је да осим износа цене дневне паркинг карте, у наредних осам дана, плати и стварне трошкове предузећа и законску затезну камату. Уколико корисник не поступи на наведени начин предузеће ће покренути поступак наплате потраживања.³⁸

Имајући у виду наведено произилази да се накнада за коришћење паркиралишта код нас не третира као неки од облика уговорне казне,

35 Чл. 21. Одлуке о јавним паркиралиштима.

36 Одлука о утврђивању цена паркирања и уклањања моторних возила, *Сл. лист града Ниша*, 11/12.

37 Дневна карта која се плаћа за коришћење јавних паркиралишта заменила је доплатну карту која је била прописана Одлуком о јавним паркиралиштима из 2006. године; *Сл. лист града Ниша*, 34/06, 68/06 и 8/08. Износ доплатне карте био је прописан Одлуком о утврђивању цена паркирања и уклањања моторних возила из 2007. године; *Сл. лист града Ниша*, 87/07, 38/09 и Одлуком о утврђивању цена паркирања моторних возила из 2010. године; *Сл. лист града Ниша*, 49/10.

На овом месту указаћемо на пресуду Врховног касационог суда од 17.12.2014. године, у којој је одлучивајући о ревизији туженог као изузетно дозвољеној у смислу члана 395. Закона о парничном поступку, закључено да потраживање дуга код наплате доплатних карата за паркирање, застарева у једногодишњем, а не у десетогодишњем року застарелости. У образложењу пресуде стоји да се код наплате доплатних карата за паркирање у суштини ради о врсти комуналне услуге, због чега исто потраживање застарева за годину дана сагласно члану 378. став 1. тачка 1. Закона о облигационим односима. Према тој одредби за једну годину застаревају потраживања која се односе на накнаде комуналних услуга када је испорука односно услуга извршена за потребе домаћинства. Дакле, уколико физичко лице које вози сопствени аутомобил то чини за потребе домаћинства, тада би се могла применити одредба овог члана. Врховни касациони суд сматра да путнички аутомобил припада свим члановима породичног домаћинства без обзира на чије име номинално гласи. Пресуда Рев. 430/2014 од 17.12.2014. године.

38 Чл. 23. ст. 4-6. Одлуке о јавним паркиралиштима из 2012. године.

па зато и не постоји могућност њеног смањивања у поступку пред судом. Износи накнаде које прописује скупштина локалне самоуправе вишеструко прелазе износе паркинг карата и очигледно имају улогу кажњавања, што није у складу са основним начелима Закона о облигационим односима.³⁹

Закључак

У погледу правне природе уговорне казне, треба рећи да она истовремено има казни и одштетни карактер. У погледу њеног уговарања примењују се општа правила о закључењу уговора с тим да, уколико се њоме обезбеђује испуњење неке уговорне обавезе, она мора бити уговорена у форми прописаној за тај уговор. Иако уговорне стране споразумно одређују њену висину, оне морају поступати у складу са начелом савесности и поштења, па је законом прописана могућност смањења претерано високе уговорне казне.

Уколико је уговором предвиђена уговорна казна а није одређен њен облик, важи законска претпоставка у корист уговорне казне због задоцњења са испуњењем обавезе. Истим уговором могу бити уговорена оба облика уговорне казне при чему поверилац, када се стекну услови, може захтевати испуњење само једне од њих. Уколико је уговорен један облик уговорне казне, а наступе услови за други облик, сматра се да уговорна казна није ни уговорена.

Анализирајући одлуке градских власти о коришћењу јавних паркиралишта закључили смо да у њима **нема одредаба о уговорној казни**. Из пресуда Основног суда у Нишу произилази да се потраживања „Паркинг сервиса“ третирају као дуг који настаје повредом одлука градских власти о коришћењу јавних паркиралишта, у којима је истовремено прописана и висина дневних карата.⁴⁰ Међутим, у домену приватноправних односа, прописивањем одредаба о кажњавању од стране градских власти **крше се основна начела облигационог права**, па би *de lege lata* законодавац могао Законом о комуналним делатностима прописати да одредбе о уговорној казни чине саставни део општих услова уговора о коришћењу паркиралишта предвиђених одлукама градских власти, па би се тада могло поставити питање њеног смањивања у поступку пре судом. Ова материја

39 У немачком праву је за повреду правила о паркирању законом прописана новчана казна јавноправног карактера која се плаћа за кршење правила јавног права (Матановац, 2005: 459).

40 Пресуде Основног суда у Нишу, П. бр. 4753/12 од 17.04.2013. године, П. бр. 7600/13 од 16.10.2013. године, П. бр. 7782/13 од 23.01.2014. године, П. бр. 9642/13 од 06.02.2014. године, П. бр. 10197/13 од 21.02.2014. године; Преузето из архиве суда.

могла би се регулисати и по угледу на немачко право и то на начин да се односи у вези са паркирањем регулишу као односи јавноправног карактера чија повреда би представљала прекршај.

Литература

Вас, А. (1979). Уговорна (конвенционална) казна. *Гласник адвокатске коморе Војводине*. 7-8/1979. 27-36.

Војиновић, Ј. (1981). Уговорна казна у нашем праву са посебним освртом на уговор о грађењу. *Привредно-правни приручник*. 5/1981. 3-12.

Гаљак, И. (1986). Уговорна казна по Општим узансама за промет робом и Закону о облигационим односима. *Зборник радова Правног факултета у Приштини*. 142-151.

Глогинић, А. (2008). Уговорна казна. *Избор судске праксе*. 9 (XVI). 18-22.

Даниловић, Т. (1977). Уговорна казна због задоцњења и право захтева накнаде штете. *Правни живот*. 10/1977. 69-76.

Даниловић, Т. (1992). Ослобођење дужника од обавезе испуњења уговорне казне. *Судска пракса*. 4/1992. 65-74.

Јанковец, И. (1975). Уговорна казна кроз нашу судску праксу. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Тематски број: Тридесет година правосуђа у Социјалистичкој Југославији. 47-62.

Константиновић, М. (1982). Природа уговорне казне - Смањење од стране суда. *Анали Правног факултета у Београду*. 3-4 (XXX). 520-528.

Матановац, Р. Уговорна казна у опћим увјетима уговора о кориштењу јавног паркиралишта. *Актуалности хрватског законодавства и правне праксе*. 12/2005. Загреб: Хрватско друштво за грађанскоправне знаности и праксу. 441-461.

Миладин, П. (2002). Разграничење између клаузула о уговорној казни и клаузула с паушализираним захтјевима за накнадом штете. *Зборник радова Правног факултета у Загребу*. 2/2002. 385-421.

Миладин, П. (2002). Уговарање клаузула с паушализираним захтјевима за накнадом штете и клаузула о уговорној казни (ПЛД-клаузуле) путем опћих увјета пословања и међу трговцима. *Зборник радова Правног факултета у Загребу*. 6/2002. 1285-1323.

Миладин, П. (2006). Однос уговорне казне и сродних клаузула. *Зборник радова Правног факултета у Загребу*. 6/2006. 1761-1807.

Николић, Ђ. (1993). Уговорна казна код уговора о грађењу. *Избор судске праксе – Стручно-информативни часопис*. 5 (I). 27-31.

Орлић, М. (1985). Уговорна казна. *Правни живот*. 5 (XXXV). 541-554.

Радишић, Ј. (1959). О уговорној казни због задоцњења, са посебним освртом на чл. 248 ст. 2 Општих узанси за промет робом. *Правни живот*. 7-8 (VIII). 27-31.

Радишић, Ј. (2008). *Облигационо право - општи део*. Београд: Номос.

Ракић, Г. (2006). Уговорна казна. *Правни живот*. 10 (LV). 1155-1161.

Станковић, В. (1980). *Коментар Закона о облигационим односима – књига прва*. Редактори: Перовић, С., Стојановић, Д. Горњи Милановац: Културни центар, Крагујевац: Правни факултет.

Челић, Д. (1991). Смањење износа уговорне казне због задоцњења. *Обележја*. 5/1991. 53-61.

Правни прописи:

Опште узансе за промет робом. *Сл. лист ФНРЈ*. Бр. 11. 1959.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. Бр. 29. 1978, 39. 1985, 45. 1989 – одлука УСЈ и 57. 1989, *Сл. лист СРЈ*. Бр. 31. 1993 и *Сл. лист СЦГ*. Бр. 1. 2003 – Уставна повеља.

Закон о комуналним делатностима. *Сл. гласник РС*. Бр. 88. 2011.

Закон о заштити потрошача. *Сл. гласник РС*. Бр. 62. 2014.

Одлука о организацији и начину наплате паркирања града Загреба. *Сл. гласник града Загреба*. Бр. 20. 2005.

Одлука о јавним паркиралиштима. *Сл. лист града Ниша*. Бр. 34. 2006, 68. 2006 и 8. 2008.

Одлука о утврђивању цена паркирања и уклањања моторних возила. *Сл. лист града Ниша*. Бр. 87. 2007, 38. 2009.

Одлука о утврђивању цена паркирања моторних возила. *Сл. лист града Ниша*. Бр. 49. 2010.

Одлука о утврђивању цена паркирања и уклањања моторних возила. *Сл. лист града Ниша*. Бр. 11. 2012.

Одлука о јавним паркиралиштима. *Сл. лист града Ниша*. Бр. 2. 2012 и 10.2015.

Немачки грађански законик, <http://www.dejure.org>.

Tijana Mitrović

*Post-graduate student of Doctoral studies,
Faculty of Law, University of Niš*

Forms of breach of contract penalties

Summary

The penalty for not fulfilling a contractual duty relieves the creditor of any interest to fulfill the main duty, whereas the penalty for a delay in fulfilling a contractual duty encourages the debtor to fulfill his obligation within the deadline.

The penalty can be a part of general conditions of a contract and for that reason the Law of Obligations and the Consumer Protection Law prescribe the possibility of abolishing any unfair breach of contract penalty clauses in the general conditions. This leads us to the conclusion that penalty clauses in general contract conditions subject to stricter control than the breach of contract penalty stipulated in a direct agreement which can only be reduced if it is too high given the value and importance of the contract subject.

Since, in practice, the city governments prescribe penalties in case of non-compliance with its provisions they violate the fundamental principles of the Law of Obligations, and they do so because in the domain of personal relations there should not be penalties, unless it is a breach of contract penalty, in which case damages are entailed.

Key words: *breach of contract penalty, general contract conditions, Consumer Protection Law, parking ticket, daily ticket.*

НЕКЕ ОДРЕДНИЦЕ ПОЛОЖАЈА СТРАНКЕ У УПРАВНОМ СПОРУ

Апстракт: Начело законитости управе једано је од темељних постулата правне државе. Но, подвођење управе под окриље закона, дакле легитимитет њеног рада, само је формална страна овог постулата. Материјални појам пак, огледа се у њеном легитимитету. Остваривању поменутог постулата послужило је и данас служи, мноштво (са бројним концептуално и/или практично добрим и мање добрим странама, па сходно томе и мање или више успешности) разноврсних механизма контроле који се међу собом допуњавају чинећи тако систем надзора над управом потпунијим и савршенијим. Међу њима, у државама заснованим на принципима демократије и владавине права свакако је незаобилазан и незаменљив институт судске контроле управе. Од начина на који је устројено управно судовање, нарочито у зависности од тога како је уређено питање предмета, начина утврђивања чињеница те, карактера и обима овлашћења суда у спору, умногоме ће зависити положај странке с једне, и последично, домети управно-судске контроле управе и допринос управног суда заштити и остваривању права, интереса и обавеза грађана и других странака, с друге стране. Због свагда присутног практичног значаја овог питања његова актуелност у управно-правној теорији већ дужи временски период не јењава али је њен раст, у тренутку када су на помолу не мале реформе на подручју јавне управе, посебно на терену управног поступања, и више него очит. Да ли ће позитивно-правни систем управног судовања остати имун на реформске захвате који се спроводе у циљу афирмисања европских стандарда које процес европских интеграција собом намеће или би, у контексту њих ипак, ваљало размотрити могућности његовог иновирања.

Кључне речи: странка у управном спору, предмет управног спора, овлашћења управног суда, реформа управног спора.

1 nevena.petrovic@pr.ac.rs

1. Основи управног судовања

Европска Конвенција за заштиту људских права и основних слобода² чланом 6. „јемчи свакоме током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама, или о кривичној оптужби против њега, право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона“³.

У следству њеног оживотворења, Митровдански Устав успоставља основе управног судовања у Републици Србији предвиђајући у члану 198. став 2 да: „Законитост појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на закону заснованом интересу подлеже преиспитивању пред судом у управном спору, ако у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита“ и члану 32. став 1 да: „Свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима, обавезама, ...“. У складу са тим а у циљу обезбеђења елементарних организационих претпоставки реформом правосуђа успоставља се Управни суд⁴.

Од начина на који је устројено управно судовање, особито у зависности од ширине предмета, начина утврђивања чињеница те природе и обима овлашћења (формалних и оних којима се у пракси заиста и служи) суда у спору, умногоме ће зависити с једне стране положај странке, а са друге, донети управно-судске контроле, ниво заштите и најзад допринос управног суда заштити и остваривању права, интереса и обавеза грађана и других субјеката.

2 Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода усвојена је у Риму 4. 11. 1950. од стране 13 држава чланица Савета Европе. Циљ Европске конвенције није само да пружи, већ и да осигура стварно поштовање њоме зајемчених права. Државна заједница СЦГ ратификовала је Конвенцију 26. 12. 2003. Уз Конвенцију Србија је ратификовала и значајан број Протокола.

3 Према се језичким тумачењем предложеног члана да закључити да Конвенција превасходно није била намењена за област управе, већ 1971. године Европски суд је навео следеће у својој пресуди Ringeisen: «Да би се Конвенција применила није неопходно да су обе стране у поступку приватна лица (...). Карактер закона који регулише ствар (грађанског, привредног, управног права, итд) и органа који је у питању (обичан суд, управно тело, итд) су стога од малог значаја.» D. Vucetic, *Serbian judicial review of administrative acts and European standards for administrative disputes*, Law and politics Vol. 3, N 1, 2005, pp 73-90, стр. 80.

4 Процес реформи започео је још 2001 год да би се наставио Законом о уређењу судова Републике Србије („Сл. гласник РС“ број 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 др. закон, 78/2011 др. закон, 101/2011 и 101/2013.) који предвиђа као суд републичког ранга и Управни суд.

2. Положај странке у управном спору према Закону о управним споровима из 1996.

Закон који је је био на снази до ступања на снагу сада важећег у одређивању предмета управног спора полази од методе генералне клаузуле у комбинацији са методом негативне енумерације постављајући га, притом врло децидно, изузетно рестриктивно. Наиме, према члану 6. овога Закона: „*Управни спор се може водити само против управног акта*“.⁵ У наставку следи скромно проширење управно-судске заштите, у односу на незаконито ћутање управе односно, предмет спора се шири на ситуације када надлежни орган по захтеву односно жалби странке, акт није донео. Надаље, чланом 9. став 1 законодавац прописује знатне изузетке којима се и тако сужени предмет спора додатно ограничава. Искључењем спора против управних аката донесених у стварима: „- у којима је судска заштита обезбеђена ван управног спора; - у којима је по изричитој одредби закона искључен управни спор; и - о којима непосредно на основу уставних овлашћења одлучује Савезна скупштина, председник Републике, скупштина републике чланице или председник Републике чланице“, странка из наведених ситуација се правно и фактички лишава управно-судске заштите. Тиме положај незадовољне странке из правоснажно или коначно (уколико је жалба била искључена) окончаног управног поступка бива знато отежан у смислу могућности да своја права и интересе заштити.

И, док јој је у првом случају судска заштита ипак учињена расположивом ван управног спора, јер је према процени законодавца рационалније да се остварује у неком другом (радном, парничном,...) поступку дотле је, „са становишта Устава Србије, априорно искључење сваке судске заштите против решавајућих ауторитативних појединачних аката апсолутно неуставно (члан 198. став 2) а противно је и члану 6. ЕКЗЉПС“⁶. Доносиоци треће групе аката који модификују генералну клаузулу јесу највиши државни органи. Њихова „начелна ненападљивост у оквиру управног спора доводи се у везу са превасходно политичком садржином ових аката, која је израз политичких функција које издаваоци истих врше.“⁷ Управо та политичка

5 „Службени лист СФРЈ“ 46/96

6 З. Томић, *Управни спор и управно судовање у савременој Србији*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 1/2010, стр. 27. Углавном, реч је о стварима у чијем је решавању у значајној мери био ангажован јавни интерес.

7 М. Рађеновић, *Предмет управног спора*, Модерна управа - Часопис за управно-правну теорију и праксу, Бања Лука, 2012., стр. 8.

обојеност им омогућава да се „извуку испод управно-судске контроле тврдећи да су детерминирајући мотиви аката политичке природе.“⁸

Други елемент који поред предмета битно детерминише положај странке (али и суда) у управном спору јесте начин утврђивања чињеничне грађе. У регулисању овог, по странку итекако важног питања, закон (члан 32.) даје штуру формулацију: „*О управним споровима суд одлучује у нејавној седници*“ и даље (члан 33.) додаје: „*Због сложености спорне ствари, или ако иначе нађе да је то потребно ради бољег разјашњења ствари, суд може решити да се одржи усмена расправа. Из истих разлога и странка може предложити да се одржи расправа*“. Довођењем ових одредби у везу са чланом 38. који, истина у нешто блажој форми обрађује ову проблематику („*суд решава спор, по правилу, на основу чињеница утврђених у управном поступку*“) те њиховим тумачењем, закључујемо да је, чак и у случајевима постојања крупних погрешака у утврђивању чињеничног стања у управном поступку (ставови 2 и 3), одржавање усмене расправе и, с тим у вези, давање странци могућности да се о релеватним чињеницама изјасни, постављено као дискреционо овлашћење суда. Занимљиво је да за ово искључење, односно немогућност странке да изнесе своје аргументе, противно начелу *audiatur et altera pars*, део старије управно-правне теорије оправдање налази у ставу да суд у управном спору не решава чињенична већ правна питања (законитости) те да, стога и нема потребе за непосредним контактом суда и странака, односно усменом расправом. Ово гледиште, неодрживо са аспекта већ поменог члана 6. ЕКЗЛПС „... *да јавно расправи*“⁹ „негодује и Радовановић сматрајући да „чињеницама које утврди управна власт, заинтересована у спору, не треба давати већу силу него чињеницама које утврди друга парнична страна у спору.“¹⁰ Осим начела контрадикторности, ова регула у супротности је и са начелом материјалне истине.

Од битног утицаја на положај странке у, односно по окончању спора свакако су карактер и обим овлашћења суда¹¹. И док су у неким земљама они

8 И. Крбек, *Дискрециона оцјена*, Загреб, 1937, стр. 491. Према: Р. Марковић, *Управно право – општи део*, Београд, 2002, стр. 519.

9 Напомена: Законом о ратификацији ЕКЗЛПС („Службени лист СЦГ“ 9/03), Државна заједница СЦГ ставила је у погледу расправе у управном спору сл. резерву (члан 3.): „Право на јавну расправу предвиђено чланом 6. став 1 Конвенције неће утицати на примену начела да у управним споровима судови у Србији по правилу не одржавају усмене расправе...“

10 Љ. Радовановић - Б. Протић, *Из управно-судског поступка*, Београд, 1928, стр. 223. Према: Р. Марковић, et al. стр. 540.

11 У управном спору могу се идеално замислити три степена овлашћења суда: први и најнижи степен је констатација одређених чињеница; други степен је поништење

условљени врстом тужбе којом се спор покреће¹² у нашем, које такве класификације не познаје, примарно и формално их детерминише законодавац али на њихово практично отелотворење неспорно утиче пракса Управног суда. Управно-процесна легислатива уређује ово питање (члан 41.) на следећи начин: „...Ако се тужба уважава, суд поништава оспорени управни акт. Кад нађе да оспорени акт треба поништити, суд може, ако природа ствари то дозвољава и утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то, пресудом решити управну ствар. ...Пресудом којом се акт поништава суд ће одлучити и о захтеву за повраћај ствари, односно за накнаду, ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то. Кад је тужба поднесена на основу члана 24., а суд нађе да је основана, пресудом ће уважити тужби и одредити да надлежни орган донесе решење.“ Анализом законског решења (став 2) долази се до очитог закључка: заштита странке која се у спору пружа довољна је уколико нема потребе за доношењем новог управног акта. Међутим, ако таква потреба постоји, окончањем спора чисто касаторном пресудом, уз враћање надлежном органу на поново одлучивање, индивидуална правна ситуација странке се не решава. Стога, странка је приморна да се за остварење својих права поново обрати органу управе. Иако је (тужени) орган управе по слову закона дужан да у свему поступи по налогу суда и у року, како би се странци омогућило да оствари своја права, пракса обилује случајевима како активног тако пасивног непоступања органа по пресуди суда. У покушају да се избегне зачарани круг у коме странака у настојању да се за своје право (или интерес) избори „лута“ од органа управе до суда, и у супротном смеру, наредним ставом суд се овлашћује да својом пресудом, којом управни акт поништава, мериторно реши и саму управу ствар. У суштини овог реформацијског овлашћења суда је скраћење (за странку) и олакшање пута правне заштите. Упркос, са становишта принципа поделе власти неспорном теоријско-практичном приговору „мешања суда у управу“ интенција законодавца завређује похвалу. Међутим, пракса чини упитним начин на који је законодавац (члан 41. став 3) формулисао могућност његове употребе: „ако природа ствари то дозвољава и ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то“.

(анулација) правног акта и – трећи мериторно одлучивање. Тој градацији судских овлашћења може се дати и језичко диференцирање управних спорова које према опсегу судских овлашћења разликујемо на: спорове о констатацији, спорове о анулацији и спорове мериторног одлучивања. И. Крбек, et al. стр. 106. Извор: З. Пичуљин, Б. Бритвић Ветма, *Примјена и еволуција управног спора пуне јурисдикције*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, 1/2010, стр. 57-58.

12 Примерице, у француском праву постоји више модалитета тужбених захтева којима се спор покреће а њима су условљена и овлашћења суда. То је случај и са новим ЗУС-ом Хрватске.

При том, суд је тај који дискреционо процењује испуњеност наведених услова. Свако дискреционо овлашћење носи собом могућност арбитрерности и злоупотреба, па ни ово није изузетак. Нарочито је је за то подобна од стране законодавца не дефинисана а у теорији још увек недовољно јасно разрађена синтагма „природа ствари“.

3. Положај странке у управном спору према Закону о управним споровима из 2009.

Након што је РС добила нови Устав а уочи доношења новог Закона о управним споровима¹³ за законодавца се силом највише рангираног права наметнула обавеза његовог усаглашавања са новодонесеним уставним одредбама нарочито оним садржаним у претходно помињаним одредбама члана 198. став 2 и члана 32. став 1. Полазећи од њих, важећи ЗУС обезбеђује судску заштиту појединачних права и правних интереса и законитост решавања у управним и другим (Уставом и законима предвиђеним) појединачним стварима.

Прво што се из ове формулације да уочити јесте да је предмет управног спора постављен тако да обезбеђује: 1. Заштиту појединачних права и правних интереса и 2. законитост решавања у управним споровима. Дакле, постизање како субјективног тако објективног циља управног спора. Друго, зајемчена заштита односи се како на управне, тако на акте донете у другим појединачним стварима, предвиђеним највише ранжираним правом и у његовом извршењу донесеним законима. Из овога следи да су донети управно-судске контроле постављени шире у односу на решење ранијег ЗУС-а који је заштиту јемчио правима и интересима повређеним искључиво актима донетим у управним али не и другим појединачним стварима. Прецирајући предмет управног спора (члан 3.) законодавац додаје да у њему суд одлучује о законитости: „...1. коначних управних аката, осим оних у погледу којих је предвиђена другачија судска заштита; коначних појединачних аката којима се одлучује о праву, обавези или на законом заснованом интересу у погледу којих у одређеном случају законом није предвиђена другачија судска заштита; 3. других коначних појединачних аката када је то законом предвиђено“. Отуд, произилази да се коначни управни акти у погледу којих је предвиђен другачији вид судске заштите лишавају управно-судске контроле (задржава се став 1 тачка 1. раније одредбе члана 9. која предвиђа одступања од генералне клаузуле). *A contrario*, њој сада подлежу други појединачни акти који су лишени било ког другог вида судске заштите, када се њима одлучује о правима и обавезама или, када

13 „Службени гласник РС“ 111/2009. У наставку ЗУС.

је то предвиђено законом (елиминишу се тачке 2. и 3. става 1 истог члана). Тиме се с једне стране отклањају неуставне одредбе ранијих закона а с друге, уклањањем већег дела члана 9. ранијег ЗУС-а, те подвргавајући контроли и друге појединачне акте, проширује предмет спора, што се директно одражава на домете управно-судске контроле и полажај странке у управном спору. Но, да ли је у том погледу учињено довољно? У трагању за што објективнијим одговором у наставку приступамо компарацији, освртајући се на нека упоредна решења управно-процесне легислативе.

Закон о управним споровима Републике Хрватске¹⁴ у одређивању предмета управно-судске заштите полази од појединачних (управних) аката¹⁵ али се ту не зауставља већ, за разлику од српског, предмет управног спора проширује на оцену законитости: 2. поступања јавноправних тела из подручја управног права којима је повређено право, обавеза или интерес странке; 3. пропуштања јавноправних тела из подручја управног права да у законом прописаном року одлучи о праву, обавези, правном интересу странке или редовном правном леку, односно да поступи према пропису; 4. склапања, извршавања и раскидања управних уговора; 5. општих аката јединица локалне и подручне (регионалне) самоуправе, правних лица која имају јавна овлашћења и правних лица која обављају јавну службу¹⁶. Као што се да приметити, предмет спора постављен је битно екстензивније у односу на важеће решење у РС јер поред појединачних правних аката обухвата и (материјална) поступања, пропуштања истих, управне уговоре па и неке опште правне акте. Ово проширење предмета (и у односу на ранији ЗУС Хрватске) је добрим делом рефлексија односно резултат реформисања опште управне процедуре¹⁷ јер, по речима проф. Ранђеловић „...управно-судска следи управну заштиту, предмет управног спора начелно је опредељен предметом управног поступка.“¹⁸

14 Пречишћени текст Закона о управним споровима Хрватске „Народне новине“ 20/10, 143/12, 152/14.

15 ЗУС Хрватске у односу на србијански сужава круг појединачних аката који могу бити предмет управног судовања. Наиме, у тачки 1 став 1 члана 3. наводе се појединачни акти донети у управној ствари, што ће рећи управни акти али не, и други појединачни акти. Уз то, подобни за контролу су само они управни акти противу којих није допуштена редовна заштита.

16 Члан 3. ЗУС Хрватске.

17 Хрватска је донела нови Закон о опћем управном поступку („Народне новине“ 47/09) којим се поред управног акта уређују и друге активности субјеката управног рада.

18 М. Ранђеловић, et al. стр. 11.

Полазећи од става 4 члана 19. Основног закона Немачке¹⁹ којом се зајемчује управно-судска заштита сваком коме је јавна власт повредила какво право, Уредба о управним судовима²⁰ ставом 1 члана 40. прописује да се управни спор може водити у свим јавноправним споровима који нису уставне природе, под условом да надлежност за њихово решавање није законом изричито стављена у надлежност другог суда. Конкретно, предмет управног спора може бити следеће: 1. оцена законитости управних аката; 2. њиховог неоправданог недоношења; 3. утврђивање ништавости управних аката; 4. оцена законитости других поступања јавноправних тела; 5. утврђивање (не)постојања правних односа; и б. оцена законитости подзаконских аката држава чланица, јединица локалне самоуправе и других јавноправних тела. Из наведеног се, и више него очито, може закључити да је предмет поступања управних судова у Немачкој постављен значајно шире неголи у до сада анализираним системима. То се, разуме се, директно одражава на ширину управно-судске контроле па тиме и ниво заштите грађана од (не)деловања управе.

Друго, у склопу овога рада разматрано питање од утицаја на положај странке у управном спору, јесте начин утврђивања чињеница које ће чинити подлогу одлуке суда. У принципу, у упредној управно-правној регули се срећемо са два приступа овом питању. Према првом, суд по правилу одлучује на нејавној седници узимајући за подлогу сопствене одлуке чињенично стање утврђено у управном поступку. Други пак представља дијаметрарну различитост будући да суд по правилу сам на расправи утврђује чињенице а само изузетно одлучује у нејавној седници. Прво решење²¹ подразумева да се у спору суд по правилу, не бави чињеницама већ узима да су оне истинито и потпуно утврђене те провера искључиво правна питања (законитости). Полазећи у сваком појединачном случају од начелног става по коме суд истинитост чињеничног стања утврђеног у поступању органа управе чији се акт оспорава узима готово као аксиом, доводи се у питање будућност тачке 4. став 1 члана 24. ЗУС-а. То би у крајњој линији водило закључку да се у управном спору по правилу управни акти могу побијати због неисправне примене материјалног права док се недостаци поступка који за резултат имају непотпуно или неистинито расветљене одлучујуће чињенице неоправдано и (најчешће) на штету странке занемарују. Друга солуција је са аспекта положаја странке у спору далеко правичнија док је

19 Grundgesetz, Bundesgesetzblatt 1/1949., I s. 606/2009.

20 Verwaltungsgerichtsordnung, Bundesgesetzblatt, I s. 686/1991., I s. 1010/2008.

21 Од кога, примерице, полази ЗУС из 1996, те важећи ЗУС Републике Српске („Службени гласник“ РС, број 109, од 8. децембра 2005.), члан 29.

према контролисаном органу управе оправдано контролно-испитивачки постављена.

У погледу овог питања важећа легислатива афирмише други приступ и у том смислу (у члану 2.) каже: „У управном спору суд одлучује на основу закона и у разумном року, на подлози чињеница утврђених на усменој расправи.“ И даље (у члану 33. став 2) додаје: „Суд решава без одржавања усмене расправе, само ако је предмет спора такав да очигледно не изискује непосредно саслушање странака и посебно утврђивање чињеничног стања, или ако странке на то изричито пристану.“ Шта више, установала се обавеза суда да образложи разлоге њеног неодржавања: „Суд је обавезан да посебно наведе разлоге због којих није одржао усмену расправу“ (члан 33. став 3). Улога и значај расправе нарочито је појачана таксативним навођењем случајева у којима је њено спровођење учињено обавезним²². Системском анализом законских решења увиђамо да је одржавање расправе сада постављено као правило, процесна обавеза суда док њено неодржавање, односно нејавно одлучивање егзистира само као изузетна могућност. Опажамо сушту супротност актуелног решења у односу на раније по коме је суд по правилу, одлуку темељио на чињеницама утврђеним у управном поступку а само изузетно сам утврђивао чињенице на расправи. Оно је резултат усаглашавања ЗУС-а са Уставом РС који (чланом 32 тачка 1) зајемчује свакоме право да: „... суд правично и разумном року *јавно расправи* и одлучи о његовим правима и обавезама...“ али, и уважавања респектабилних међународних акта у овој материји. У првом реду, њиме је достигнут европски стандард о обавезности расправе у сваком судском поступку садржан у је члану 6. став ЕКЗЛП. Надаље, ваљало би поменути *Препоруку о судској контроли управних аката* (2004) Комитета министара Савета Европе у којој се као један од најзначајних процесних принципа наводи обавеза суда да сам утврди сва чињенична и правна питања која су релевантна за доношење одлуке. Ту је и *Препорука Р (2007) о доброј управи*²³ у којој се између осталог наводи: „Ако јавна управа намерава да донесе одлуку која ће директно утицати на права приватних лица, а под условом да лицима није била дата могућност да изнесу своје ставове о тој одлуци, тим лицима, осим ако је то непотребно, мора бити обезбеђена прилика да изразе своје ставове на начин прописан националним законом.“ Прописивањем обавезности усмене расправе учињен је велики искорак у смислу ојачања положаја странке

²² Видети члан 34. ЗУС-а.

²³ Комитет Министара Савета Европе, Препорука комитета министара државама чланицама CM/Res (2007) о доброј управи, 2007. Доступно на: <http://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1155877&Site=CM>

у управном спору. Но само с аспекта могућности заштите права, али не и остваривања правовремене управне правде²⁴.

У погледу начина утврђивања чињеница и нови ЗУС Републике Хрватске показује усклађеност са захтевима европског управног судовања прописујући да: „Суд пресуду доноси према слободном увјерењу те на темељу разматрања свих чињеничних и правних питања.“²⁵ Шта више, хрватски законодавац положај странке додатно зајемчује гарантујући (у наредној тачки) да се: „Пресуда може темељити само на чињеницама и доказима о којима је странци дана могућност изјашњавања.“

У Немачкој је предметно питање регулисано когентним нормама Уредбе о управним судовима. Њоме се (члан 86. став 1 и члан 88.) управни судови не само овлашћују већ обавезују да по службеној дужности утврђују све чињенице на којима заснивају своју одлуку. Сходно Уредби, суд је у обавези да утврди све релевантне чињенице спровођењем доказног поступка на усменој расправи а само изузетно може решити спор без одржавања расправе²⁶. Слично хрватском решењу, Уредба (члан 108. став 2) додатну заштиту странака обезбеђује формулацијом према којој се пресуда може заснивати само на чињеницама и доказима о којима су странке биле у прилици да се изјасне.

Карактер и обим овлашћења суда као детерминанте које значајно одређују меру судског „мешања“ у „ствари управе“ уједно, у битноме опредељује положај странке (по окончању спора) и стварне ефекте управно-судске заштите. Садржина и карактер судских овлашћења у управном спору прописани су когентним нормама и по правилу директно детерминисани врстом спора²⁷ у питању али је могућност њихове употребе (особито мериторних) у појединачним случајевима неретко оствљена на диспози-

24 Д. Берда, *Судске одлуке у управном спору – позитивно и будуће правно уређење* - Зборник Правног факултета у Риједи (191) в. 31, бр. 1, suppl 455/473 (2010), стр. 463.

25 Видети члан 55. тачка 3 ЗУС-а Републике Хрватске.

26 Суд није у обавези спровести расправу уколико се све странке са тим сагласе. Видети: члан 101. Уредбе. Из истог разлога спор може и без расправе решити и по ЗУС-у РС. Видети: члан 33. став 2.

27 У спору ограничене јурисдикције овлашћења суда су мања и садржински другачија у односу на она из спора пуне јурисдикције. То се огледа у томе што у њему суд само изриче оцену законитости акта који се тужбом побија, те спорни акт поништава (ако нађе да није заснован на закону) или, оставља на снази (ако оцени да је у складу са законом). У томе се његова улога у поступку заштите права странака исцрпљује иако та заштита није довољна. У другоспоменутом спору, мисија суда се не окончава елиминисањем незаконитог акта из правног поретка већ иде даље и подразумева доношење пресуде која у свему супституира поништени акт.

тивну процену суду. Тако ЗУС Србије у свом осмом делу ословљеном са „Судске одлуке“ одређује обим овлашћења Управног суда предвиђајући да „...законитост управног акта испитује у границама захтева из тужбе али при том није везан разлозима тужбе“. Независно од тужбеног захтева, „суд на разлоге ништавости пази по службеној дужности“. Обим судског испитивања ограничава се дакле, на утврђивање (не)постојања само оних неправилности које су у тужби наведене. Но, ако у контролисаном акту има таквих недостатака који исти чине ништавим, обим управно-судске контроле проширује се независно од „повреда“ изнетих у тужби. Када је о карактеру и садржини управно-судских овлашћења реч, ЗУС их у наставку диференцира у зависности од врсте спора у питању те тако, прави разлику међу њима у зависности од тога је ли по среди спор ограничене или пуне јурисдикције.

У спору ограничене јурисдикције, спору за поништај или спору о законитости како се још у теорији назива, суд располаже искључиво касаторним овлашћењима. То следи из става 1 члана 42. који каже: „Ако се тужба уважава, суд пресудом поништава оспорени акт... и предмет враћа надлежном органу на поновно одлучивање, осим ако у тој ствари нови акт није потребан.“ У наведеној ситуацији индивидуална правна ситуација странке није решена већ би орган чији је акт оспорен, у следству извршења судске пресуде, требало изнова мериторно да је реши (изузев уколико за доношењем новог акта нема потребе). Пресудом чисте касације правна заштита странке остаје дакле, недовршена, „на пола пута“, а из ње следи да се пут заштите наставља и пребацује са управно-судског на терен управе иако, таква пресуда није апсолутни јемац да се њоме санкционисано незаконито поступање управе неће поновити. Искључиво касаторно суд наступа и када нађе да акт садржи недостатак који га чини ништавим (став 3 члан 42.).

Спор пуне јурисдикције нуди пак суду шансу да пут правне заштите права и интереса странке изведе „до краја“, не застајући као у претходном случају „на пола“. Суд поступа мериторно само, ако по сопственом уверењу оцени да су кумулативно испуњени законом предвиђени услови: - уколико природа ствари то дозвољава и утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за одлучивање (став 1 члан 43.). Језичко тумачење законске формулације садржане у ставу 1 члана 43. указује пре на овлашћење него на обавезу мериторног поступања суда. То би могло значити да суд не улази у мериторно решавање управне ствари чак и ако су за то објективно (независно од судске процене) услови испуњени, претварајући тако реално потенцијалне спорове пуне јурисдикције у спорове о законитости. Наведено указује да је реч о необавезном спору пуне јурисдикције. Факултативни спор пуне јурисдикције могућ је и поводом „ћутања администрације“. Наиме: „Када

је тужба поднесена на основу члана 19., ...пресудом ће уважити тужбу и наложити да надлежни орган донесе решење. Ако суд располаже потребним чињеницама, а природа ствари то дозвољава, он *може* својом пресудом непосредно решити управну ствар.“ Могућност суда да спор покренут поводом ћутања администрације оконча као спор пуне јурисдикције, представља израз уважавања једне од основних интенција правних докумената ЕУ, према којој се у судском решавању управних ствари у случајевима ћутања администрације препоручује по потреби примена спора пуне јурисдикције јер је то „права потврда заштите странке од неактивности управе²⁸“. Међутим, необавезни спор пуне јурисдикције под одређеним условима ипак постаје обавезним. Наиме, ако надлежни орган управе (у процесној улози туженог) након поништења решења донесе нови акт, противно правном схватању или примедбама суда у погледу поступка, услед чега тужилац поднесе нову тужбу, суд ће поништити пресуду и сам пресудом решити управну ствар, изузев, ако то није могуће због природе ствари или је спор пуне јурисдикције законом искључен. Дакле, овлашћење суда (у претходном управном спору) да мериторно реши управну ствар претвара се у обавезу (у накнадном), која може бити искључена само *природом ствари* или законом. Описана промена природе судског овлашћења, инспирисана побољшањем положаја странке, последица је активног непоступања управе по пресуди суда. Сличну ситуацију имамо и када орган не донесе акт који је био обавезан донети у складу са пресудом суда, а не донесе га ни у року од 7 дана по опомени тужиоца. Наступа ситуација која се зове *ћутање управе у вези са извршењем судске пресуде у управном спору*²⁹. Обавезу мериторног решавања јасно опажамо у ставу 5 истог члана који несумњиво показује више обзира према странци, налажући суду да одлучи мериторно када би поновно вођење поступка пред туженим органом за тужиоца могло проузроковати штету која би се тешко могла надокнадити, под условом да је сам утврђивао чињенично стање и да такав спор законом није искључен. Независно од испуњености законом предвиђених услова, спор пуне јурисдикције закон стриктно искључује када је оспорени акт донет на основу дискреционе оцене (став 2 члана 43.). Такође, мериторно поступање суда ЗУС ограничава предвиђајући да се спор пуне јурисдикције може искључити посебним законима (став 3 члана 43.).

Поред касторних и мериторних, Управни суд РС има на располагању и, уредно посматрано не толико заступљено, овлашћење констатације. Како

28 М. Рађеновић, *Управни спор пуне јурисдикције – садашња и будућа примјена*, Модерна управа - Часопис за управно-правну теорију и праксу, Бања Лука, 2013, 7-21, стр. 11.

29 П. Димитријевић, *Управно право - општи део*, Ниш, 2014, стр. 574. У овом случају обавезни спор пуне јурисдикције је последица пасивног непоступања по пресуди суда.

се тужбом може захтевати утврђивање незаконитости акта без дејстава, односно утврђивање да је тужени поновио акт који је пред судом претходно већ поништен, задатак суда се у наведеним ситуацијама своди на тражено утврђивање (констатовање). Најзад, ЗУС предвиђа да суд може одлучити и о акцесорним захтевима странке за повраћај ствари односно накнаду штете, уколико утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за одлучивање. И поред овлашћења којим располажу поводом имовинско-правних захтева, судови, будући да им је препуштено да дискреционо оцењују да ли *утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за одлучивање*, најчешће упућају странке да остварење истих у парници.

У Хрватској *„Ако суд утврди да је појединачна одлука јавноправног тела незаконита, пресудом ће... поништити побијану одлуку и сам решити управну ствар, осим када то не може учинити с обзиром на природу ствари или је туженик решавао по слободној оцени”*³⁰. На једнак начин решено је и питање поступања суда у случају незаконитог ћутања управе³¹. Како је предмет спора у Хрватској приширен и на управне уговоре то судови имају извесна овлашћења и у вези са тужбама изјављеним поводом њиховог склапања, извршења или раскида. Тако, суд може, ако нађе да је управни уговор ништав исти пресудом огласити ништавим. Ако пак утврди да је јавноправно тело незаконито раскинуло уговор пресудом ће одлуку о раскиду поништити³². На захтев странке суд може издати и привремену меру ако је то потребно како би се отклонила тешка и непоправљива штета³³. Анализа важеће хрватске легислативе јасно наводи на закључак да је у регулисању овлашћења суда предност дата спору пуне у односу на спор ограничене јурисдикције, односно, мериторном на место касаторног поступања. О томе Бритвић Ветма каже: „Сам законодавац посредно квалифицира прописане тужбе као *тужбе пуне јурисдикције*, те ће се сходно тому одређивати судске власти надлежних тијела...”³⁴. Ипак, „спор о законитости није ни близу одумирања, јер се његова особеност у односу на спор пуне јурисдикције знатно разликује”³⁵.

30 Став 1 члан 58. ЗУС Р. Хрватске .

31 Видети став 3 члан 58. ЗУС-а Р. Хрватске.

32 Видети став 6. истог члана У случају оглашавања уговора ништавим или поништавања одлуке о раскиду суд одлучује и о накнади штете која је тиме проузрокована, изузев уколико утврди да је тужилац својим поступањем проузроковао или допринео настанку штете (члан 59.).

33 Члан 47. ЗУС Р. Хрватске.

34 Б. Бритвић Ветма, *Спор пуне јурисдикције према Закону о управним споровима из 2010*, Зборник Правног факултета у Ријеци, (1991) в. 32, бр. 1, 381 – 405., стр. 400.

35 *Ibid.*

У Немачкој су Уредбом о управним судовима судовима учињена доступним разноврсна и поприлично широка овлашћења. Тако, суд у управном спору управни акт може поништити и привремено решењем уредити управну ствар, наложити предузимање потребне радње, изменити и констатовати незаконитост акта који је већ стављен ван снаге. Уколико утврди незаконитост акта суд је дужан поништити га. Суд се зауставља на касацији и не улази у мериторно решавање спорне управне ствари само, уколико је такво његово поступање довољно да се права и интереси странака заштите. Међутим, уколико тужилац то захтева, суд може решењем привремено уредити управну ствар³⁶. Уколико чисто касаторно поступање није довољно већ треба предузети и неку радњу, суд може наложити предузимање такве радње³⁷. Суд располаже и овлашћењем реформације (измене) управног акта³⁸. У Немачкој су, слично нашем решењу, судови овлашћени на констатацију незаконитости. И док наш закон говори о утврђивању незаконитости акта без дејстава, немачка Уредба овлашћује суд да утврди незаконитост акта који је у току спора већ елиминисан из правног поретка од стране властитог доносиоца, када је то у интересу тужиоца³⁹.

4. Реформа јавне управе и странка у управном спору

Борковић примећује да управно-судски надзор представља најсавршенији облик надзора законитости аката управних органа, односно деловања њихових службених лица⁴⁰. На путу наше земље ка евроинтеграцијама, савременици смо крупних реформи на подручју јавне управе⁴¹ које суштински имају за циљ да се странка у односу са управом па и, у односу са судом поводом деловања управе, стави у што повољнији положај. У том контексту, процес хармонизације националног законодавства са стандардима ЕУ и праксом Европског суда за људска права резултирао је новелирањем једног од два кључна прописа из области управно-процесног права - Закона о управним споровима. Процес реформисања другог - Закона о општем

36 Став 3 члан 113. Уредбе о управним судовима.

37 Став 4 члан 113. Уредбе о управним судовима.

38 Став 2 члан 113. Уредбе о управним судовима.

39 Став 1 члан 113. Уредбе о управним судовима.

40 И. Борковић, *Управно право*, Народне новине, Загреб, 2002, стр. 128.

41 У протеклој години Влада РС усвојила је Стратегију реформе јавне управе. Како се у овом документу наводи, циљ реформе је да се извесни принципи и стандарди Европске уније - принципи европског управног права, односно начела тзв. Европског административног простора у потпуности унесу и примене у домаћем систему јавне управе.

управном поступку, који једнако датира из времена СРЈ траје, али коначној реформи успешно одолева⁴².

Да ли је реформа ЗУС-а управни спор учинила најсавршенијим обликом надзора законитости аката управе а положај странке у њему повољнијим? Или је ипак, могло и боље? Да ли је, и на који начин, одговор на постављена питања условљен предстојећим изменама опште управне процедуре?

Како је раније већ предочено, предмет управног спора, начин утврђивања чињеница те карактер и обим овлашћења суда битне су одреднице положаја странке у управном спору с једне али, последично, и домета и учинковитости управно-судског надзора управе с друге стране. Управо су наведена питања, тачније казано, начин њиховог нормативног регулисања, претрпео не мале измене доношењем новог ЗУС-а.

Једна од значајнијих новина важећег ЗУС-а свакако је битно проширење предмета управног спора. Тако, на место раније формулације која је управно-судску заштиту јемчила искључиво управним актима, и то уз значајна одступања (члан 9 ЗУС-а из 1996.), садашње решење контроли подвргава и друге коначне појединачне акте којима се одлучује о праву, обавези или интересу странке па и коначне појединачне акте. Осим што предмет спора проширује директно, нови ЗУС то чини и посредно, елиминисањем већег броја изузетака (случајева негативне енумерације). Са ширењем предмета спора паралелно расте број „утуживих“ поступања управе поводом којих се грађани, незадовољни деловањем органа управе за коју држе да је њихова права (обавезе, интересе) повредила, могу за заштиту могу обратити независним арбитру – Управним судом. Тако расту и домети судске контроле управе. Напоре законодавца у овом погледу треба похвалити али је важеће решење, ако се имају у виду у раду анализирана компаративна решења, далеко од идеалног. Ово нарочито, ако се узму у обзир предложена решења толико најављиваног новог ЗУП-а. Будући да се њима поред управног акта нормирају и друге активности субјеката управног рада - управни уговор, управне радње и пружање јавних услуга то се, у односу на њих предвиђа и извесна заштита⁴³ од незаконитости у њиховом предузимању. Из Пред-

42 Још је акционим планом за спровођење реформе државне управе за период 2004-2008 год. било предвиђено да се нови ЗУП усвоји у последњем тромесечју 2004. Међутим, читаву деценију касније овај закон је још увек „у процедури“.

43 Види текст Предлога: http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/4833-13.pdf. Према њему, приговор се може изјавити против управног уговора, закљученог поравнања, управне радње и пружања јавних услуга, као и када орган не предузима управне активности које је по закону дужан да предузме, ако те активности немају карактер управног акта... (члан 135). Против решења о приговору може се изјавити жалба ако га је издао орган против чијих је решења, у складу са

лога произилази да се у односу на поменуте активности управе заштита странке обезбеђује најпре у виду приговора као ремонстративног правног средства. Следи жалбена контрола, изузев, ако је решење донето од органа против чијег се решења не може изјавити. Најзад, у заштиту странке поводом новорегулисаних делатности укључује се и суд предвиђањем да се против решења по жалби може покренути управни спор⁴⁴. Тиме се далеко веће подручје деловања управе ставља под надзор суда односно, установљава се правна, управно-судска заштита грађана у односу на далеко обимнији и разноврснији круг управних послова (од којих је већина постојала и раније али без судске контроле и заштите странке). Да ли ће ови предлози којима се управно-судска контрола шири на све правно регулисане делатности управе заживети остаје да се види. Уколико Предлог буде изгласан, тиме би правило да *управно-судска следи управну заштиту*, попут Хрватске, оживело и код нас, а положај странке у односу на управу, верујемо, постао повољнији, бар хипотетички. Друго је питање могућности (и успешности) практичне имплементације оваквог решења у постојећим условима постојања једног управног суда и то, са неодговарајућом организацијом⁴⁵. С друге стране, ширење предмета спора на подзаконске акте управе (попут немачког и хрватског решења), водило би увођењу *exserttio ilegalis* у наш правни систем што би, према ставу уставно-правне теорије допринело значајном растерећењу Уставног суда али је питање да ли би Управни суд у садашњој организационој структури могао то да изнесе.

Крупну новину и допринос важећег закона побољшању положаја странке, представља уздизање усмене расправе у ранг обавезе суда насупрот ранијој регули која је суду могућност да расправу спроведе, остављала

законом којим се уређује организација државне управе, дозвољена жалба. Ако је решење по приговору издао орган против чијих решења, у складу са законом којим се уређује организација државне управе, није дозвољена жалба, против таквог решења може се покренути управни спор. Против решења донетог по жалби на решење по приговору може се покренути управни спор (члан 138.).

44 Из члана 138. Предлога произилази да је управни спор могуће покренути само против решења донетих по жалби. Може ли се, језичким тумачењем, из тога извести закључак да, уколико жалбу није било допуштено изјавити те нема ни решења по жалби, није могуће покренути ни управни спор?

45 Данас у РС постоји и ради свега један Управни суд, за читаву територију, са три одељења изван седишта: у новом Саду, Нишу и Крагујевцу. У њему ради 40 судија. Говорећи о неодговарајућој организацији Управног суда Лончар, између осталог, истиче недовољан број организационих јединица (одељења) изван седишта суда, диспарат између броја управних предмета и ангажованих судија, одсуство специјализације за решавање појединих управно-судских предмета у мноштву крајње разнородних и томе слично. З. Лончар, *Управно судство у Републици Србији*, „Правна ријеч“ 31/2012, стр. 504-506. Извор: М. Ранђеловић (2013), стр. 17.

на сопствену диспозициону процену. Установљавање обавезе за суд да расправу спроведе и на њој пружи прилику странкама да се изјасне о чињеницама утврђеним у управном поступку, за физичко и друго лице које се јавља у улози тужиоца или заинтересованог лица, од немерљивог је значаја. Будући да се њиме омогућава *да се чује и друга страна*, овакво решење ставља странку у повољнији положај, успостављајући између ње и управе (као друге странке) какву-такву процесну равнотежу. Међутим, да ни актуелна регулатива (формулација) овог питања није најсретнија потврђује пракса Управног суда који, у највећем броју случајева, упркос начелној законској обавези, управни спор решава без одржавања расправе јер му је допуштено да дискреционо оцењује испуњеност услова за њено одржавање. О томе, Лончар вели: „...непрецизност правила актуелног ЗУС-а с обзиром да Управни суд, и поред тога што је децидирано прописано да одлучује на бази чињеница утврђених на усменој расправи, може увек одлучити и без усмене расправе, јер му је препуштено да сам одлучује је ли предмет спора такав да очигледно изискује или не непосредно саслушање странке и посебно утврђивање битних чињеница⁴⁶.” И док се у првом делу законске формулације обавеза суда, установљена у интересу странке па и објективне законитости, релативизује од стране самога суда, дотле у другом (*„ако странке на то изричито пристану“*) њену „обавезност“ упитном чине странке. Чињеница је да постојећа формулација оставља суду довољно простора да расправу избегне (што најчешће и чини) нарушавајући тиме положај странке, али би, с друге стране, њено предвиђање као апсолутне обавезе суда, премда би *pro future* засигурно допринело процесној стабилности странке, било и нецелисходно. Стога, сматрамо да би неко будуће решење требало једнако, па и више да уважи принцип обавезности усмене расправе, не предвиђајући је опет, као безусловно обавезну (без могућности одступања) у сваком појединачном случају, постављањем прецизнијих услова за њено искључење који суду неће оставити значајнију могућност избегавања смисла норме или, децидним набрајањем ситуација у којима њено одржавање није обавезно⁴⁷. Такође, налазимо да не би згорег било да се у ЗУС-у РС, слично хрватском и немачком решењу, нађе додатна гаранција положаја странке у виду формулације која би предвиђала да се пресуда суда може заснивати искључиво на чињеницама и доказима о којима је странка била у прилици да се изјасни.

46 З. Лончар, Усмена расправа у управном спору, „Правни живот“ 10/2011, стр. 266-272. Извор: М. Ранђеловић (2013), стр. 18.

47 Тако је, примера ради, хрватски ЗУС принцип обавезности усмене расправе „учврстио“ таксативним навођењем случајева у којима њено одржавање није обавезно. Видети члан 36. ЗУС-а Хрватске.

Актуелним ЗУС-ом не дира се у обим али се у извесној мери мења карактер (природа) управно-судских овлашења. У односу на раније решење које је познавало само необавезни, позитивно-правно поред факултативног уводи и облигаторни спор пуне јурисдикције. Са аспекта положаја странке, то је од изузетног значаја у смислу убрзања процедуре за заштиту и остварење њених права. Међутим, за разлику од хрватског ЗУП-а који очито даје предност спору пуне јурисдикције у односу на спор о законитости, али и немачке Уредбе која примат не даје ни једном ни другом већ овлашћује суд на вршење оних (касаторних или мериторних) овлашћења којима се странка доводи у повољнији положај, са домаћим решењем то није случај. Законодавац говори о спору ограничене и спору пуне јурисдикције и стриктно прописује садржину овлашћења која се у њима могу вршити, али процену о томе који је спор у конкретном случају у питању, препушта суду. Отуда следи да ће садржина пресуде, односно у њој реализованих овлашћења, па тиме и ниво заштите права странака, зависности од судске процене врсте спора. Како наш законодавац прописује разлоге за покретање спора и садржину тужбе али не и врсте тужбе, Управни суд РС, за разлику од судова РХ, примљене тужбе најчешће квалификује као *тужбе за поништај* и, сходно томе, решава у спору ограничене јурисдикције. Мишљења смо да постојеће решење, остављајући суду огроман простор за арбитражно процењивање, представља својеврстан ризик од трансформисања спорова пуне у спорове ограничене јурисдикције чиме се битно отежава положај странке у спору. У том погледу занимљиво је решење хрватског ЗУС-а који прецизним предвиђањем четири врсте тужбе⁴⁸ опредељује врсту спора чиме се искључује описани ризик од судске самовоље.

5. Закључак

У раду се анализира позитивно-правна регулатива појединих одредница положаја странке у управном спору, са освртом на ону која јој је непосредно претходила те, врши упоређивање са решењима земаља од којих је једна пут европских интеграција којим се упутила и наша држава привела крају а друга, поседује развијен механизам управно-судске контроле управе и заштите странака. Идући тим путем, у раду су као резултат приказана извесна побољшања постојећег режима у односу на ранији али и указано на решења која се, по положај странке у спору, нису показала најоптималнијим. Опстанак важећег решења које се односи на прву испитивану детерминанту

48 Видети члан 22. ЗУС –а РХ. О томе Б. Бритвић Ветма (2010) каже: „Све будуће двојбе око тога треба ли конкретни спор решавати као спор о законитости или спор пуне јурисдикције, требао би решити садржај тужбе, који ће на тај начин усмерити и деловање управних судова.“ et al. стр. 395.

положаја странке у спору, везује се и доводи у зависност од исхода реформи на пољу опште управне процедуре, чији би предмет требало да следи и управно-судска. О иновирању и доградњи решења које се тичу других двеју би опет, не толико директно под притиском поменутих реформи колико, у намери унапређења положаја странке којом је, на крају крајева, читав реформски процес и прожет, ваљало - ценимо на основу понуђених аргумената, озбиљније размислити, да ли је могло боље!

Литература

Борковић, И. (2002). *Управно право*, Народне новине, Загреб.

Бритвић, В. (2011). Спор пуне јурисдикције према Закону о управним споровима из 2010. *Зборник Правног факултета у Ријеци* (1991). 381-405.

Бритвић, В. Пичуљин, З. (2010). Примјена и еволуција управног спора пуне јурисдикције, *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 1/2010. 53-64.

Vucetic, D. Serbian judicial review of administrative acts and European standards for administrative disputes. *Law and politics* Vol. 3, N 1, 2005, 73-90.

Димитријевић, П. (2014). *Управно право општи део*. Ниш.

Ђерда, Д. (2010). Судске одлуке у управном спору – позитивно и будуће правно уређење. *Зборник Правног факултета у Ријеци* (191). 445-473.

Крбек, И. (1937). *Дискрециона оцјена*, Загреб.

Лилић, С. (2013). *Управно право управно процесно право*, Београд

Лончар, З. (2012). Управно судство у Републици Србији, *Правна ријеч* 31/2012.

Лончар, З. (2011). Усмена расправа у управном спору, *Правни живот* 10/2011.

Марковић, Р. (2002). *Управно право – општи део*, Београд.

Радовановић, Љ. Протић, Б. (1928). *Из управно-судског поступка*, Београд.

Рађеновић, М. (2013). Управни спор пуне јурисдикције – садашња и будућа примјена. *Модерна управа - Часопис за управно правну теорију и праксу*. Бања Лука. 7-21.

Рађеновић, М. (2012). Предмет управног спора. *Модерна управа - Часопис за управно-правну теорију и праксу*, Бања Лука, 7-17.

Томић, З. (2012). *Опште управно право*, Београд.

Зборник радова студената докторских студија права

Томић, З. (2010). Управни спор и управно судовање у савременој Србији. *Зборник радова Правног факултета у Сплиту*, 21-35.

Закон о уређењу судова Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 др. закон, 78/2011 др. закон, 101/2011 и 101/2013.

Закон о управним споровима. Службени лист СФРЈ. Бр. 46/96.

Закон о ратификацији ЕКЗЉПС. Службени лист СЦГ. Бр. 9/03.

Закон о управном спору. Службени гласник Р. 111/2009.

Закона о управним споровима Хрватске „Народне новине“ 20/10, 143/12, 152/14.

Закон о управном спору Републике Српске. Службени гласник РС. Број 109/2005.

Grundgesetz, Bundesgesetzblatt 1/1949., I s. 606/2009.

Verwaltungsgerichtsordnung, Bundesgesetzblatt, I s. 686/1991., I s. 1010/2008.

Акциони план за спровођење реформе државне управе за период 2004-2008 године. Преузето: 12.08.2015. <http://www.prsp.sr.gov.yu/dokumenta.jsp>

Стратегија реформе јавне управе у Републици Србији. Преузето: 15.08.2015. <http://www.mduls.gov.rs/doc/Strategija%20reforme%20javne%20uprave%20u%20Republici%20Srbiji.pdf>

Предлог Закона о општем управном поступку. Преузето: 25.08.2015.

http://www.parlament.gov.rs/upload/archive/files/cir/pdf/predlozi_zakona/4833-13.pdf

Nevena Petrovic,

Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Pristina

Some determinants of the position of the parties in an administrative dispute

Summary

In this work is analyzed the positive legal regulations of individual determinants of the position of the parties in an administrative dispute, with an emphasis on one which immediately preceded, it is a comparison of the solutions of the countries of which one is the path of European integration, which is headed our state and brought to an end and the other, it has developed a mechanism of administrative jurisdiction of the administration and protection of the parties. Along this line, in the paper as a result are shown some improvements of the existing regimes in relation to the previous but also pointed to the decisions which, according to the position of the party in dispute, did not show the most optimal. The survival of valid solution that applies to the first checked determinant position of the parties in dispute, links and is also leading in dependence on the outcome of reforms in the range of general legislative procedure, which case should be followed by administrative jurisdiction. About innovating and upgrading of solutions concerning the other two would again, not so much direct under the pressure of these reforms, as the intent of improving the position of the party which, in the end, the whole reform process is infused with, it should be - we appreciate based on the offered arguments, seriously consider, could it be better?

Keywords: *The party in dispute, the subject of dispute, the authorization of the Administrative Court, the reform of dispute.*

ПЕНОЛОШКИ ЗНАЧАЈ ПРИМЕНЕ ЕЛЕКТРОНСКОГ НАДЗОРА ОСУЂЕНИХ ЛИЦА

Апстракт: У раду се износи пенолошки значај примене електронског надзора осуђених лица. Као један од могућих начина превазилажења превеликог броја осуђених лица у пенитенцијарним установама јесте изрицање алтернативних санкција. У раду је приказан најпре обим изречених краткотрајних казни затвора, затим примена санкције електронског надзора, указано је на број повратника који су упућени на извршење ове санкције, као и на врсту кривичних дела за која је она изречена. Поменуће анализе извршене су како би се указало на то колики је значај ове санкције, јер се претпоставља да се применом ове мере ублажава или делимично решава питање превеликог броја осуђених лица у пенитенцијарним установама.

Кључне речи: кућни затвор, пенолошки значај, алтернативне санкције.

1. Увод

Казна затвора је најшире прихваћена и најзаступљенија санкција у кривичним законодавствима у свету. „Неопходност постојања казне затвора (као и других облика казне лишења слободе), с једне стране и промене у филозофији кажњавања уопште али и приликом извршења ове казне, с друге стране, дуго су били предмет пажње правника, пенолога и криминолога. Тежња за ограничавањем примене казне затвора јавила се упоредо са предлагањем мера које би могле заменити ову казну“ (Константиновић Вилић, Костић, 2011:245).

1 ankica87@live.com

Још је Lombroso сматрао да треба избећи изрицање казне затвора, кад год је то могуће и заменити ту казну надокнадом штете, телесном казном, условном осудом, новчаном казном, јемством или укором. „Представници социолошке школе, међу њима посебно Liszt, истицали су штетност краткотрајних казни затвора и залагали се за примену новчане казне и условне осуде“ (Костић, 2005:185). Уз евидентне предности, и у теорији и у судској пракси, уочени су недостаци казне затвора.

„Прве критике углавном су биле недокументоване и заснивале су се на схватањима правника појединаца, који су уочавали тешкоће затворског живота и последице поступака затворских власти“ (Константиновић ет.ал. 2011:246). Уочено је још да казна затвора није хумана, да је неефикасна, да има последице по физичко и психичко здравље осуђеника, као и да је рационално неисплатива за државу. „Казне које трају до шест месеци, односно једне године не остављају довољно времена ни за започињање, а камоли за спровођење третмана. Оне тако остварују читав низ негативних ефеката (одвајају осуђеног из породице и са радног места, по сили закона може му се раскинути радни однос и остати без посла, за средину у којој живи доживотно је етикетиран)“ (Игњатовић, 2008:233).

Све касније критике односе се на услове живота у затворима и на сам начин извршења казне затвора. Реформатор Џон Хауард (John Howard, 1777) сматрао је затворе „местима и семинарима беспосличења и свакојаког порока“ (Игњатовић, 2008:233).

„За починиоце затвори служе као школа злочина, окружење које емотивно ослабљује особу и други затвореници уче починиоца како да постане бољи криминалац. Стални недостатак мера и сервиса ресоцијализације и укупан третман у затвору често онеспособљавају затвореника да се промени пошто буде пуштен на слободу“ (Карабец, 2005:132).

Због кризе затвора као санкције, јавила се тенденција ка хуманизацији кривичног правосуђа, посебно у врстама и начину извршења казне затвора, што је утицало на појаву различитих облика алтернативних санкција, од мера безбедности, васпитних и других мера, које се некада описују као мере социјалне заштите, па све до развоја санкција којима се ограничава слобода кретања осуђеног, без примене казне затвора (као што је електронски надзор).

На Конгресу Организације Уједињених нација, који је одржан 1985. године, предложено је ширење мреже полуотворених и отворених установа, где би осуђеници имали повољнији и бољи третман. Решења којима се замењује затвор другим мерама, какве су условна осуда, судска опомена и новчана казна, изгледала су исцрпљена, па су пронађени излази у алтернативним

санкцијама и третману изван затворске установе. Критике, које су се могле ставити овој санкцији, највише су допринеле да се отвори полемика о могућим видовима алтернативног кажњавања, којима би се пренебрегли неповољни ефекти краткотрајног лишења слободе (Радоман, 2003:57).

У последњих десет до петнаест година „алтернативне санкције, или како их још зову интермедијалне санкције, санкције од стране заједнице, санкције-задачи, постале су широко распрострањене у западном свету“ (Junger-Tas, 1994:17).

Алтернативне санкције настају како би се остварио баланс између потребе за кажњавањем преступника, застрашивањем потенцијалних извршилаца, рехабилитације, чувања опште безбедности друштва, у суочавању са проблемом превеликог броја осуђених лица у пенитенцијарним установама и високих трошкова затворских установа.

2. Краткотрајне казне затвора

Светски тренд пораста затворске популације у последњих неколико деценија захватио је и Србију. Повећање стопе затварања у Србији се региструје од 1991. године, при чему највећи допринос томе има изрицање казне затвора до шест месеци. (Илић, 2011:245).

Казна затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује јавила се као одговор на негативне стране краткотрајног затвора. Кућни затвор јавља се у контексту искључиве замене краткотрајне казне затвора и то, казне затвора до 6 месеци или казне затвора до 1 године, па је стога овим радом, између осталог, било важно сагледати у којој мери се изричу краткотрајне казне затвора.

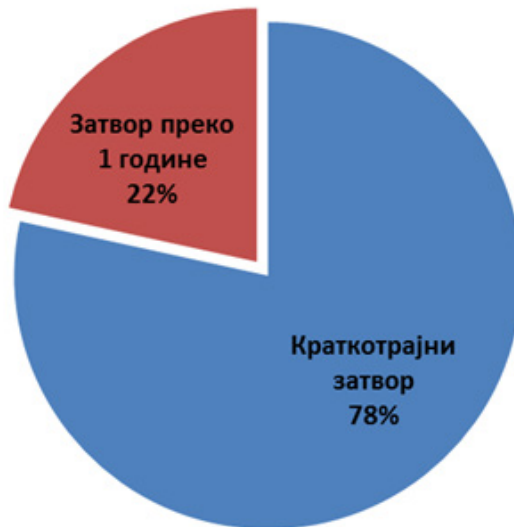
На основу добијених података видљиво је да казне затвора до 6 месеци чине најбројнију подгрупу казни затвора које се изричу пунолетним учиниоцима кривичних дела. У периоду од 2010. до 2013. године број изречених казни затвора до 6 месеци у Основном суду у Нишу је 1.190 или 52,38% од укупно изречених казни затвора.

Табела 1. Структура изречених казни затвора у Основном суду у Нишу

ГОДИНА	до 6 месеци	од 6 месеци до 1 год	од 1 до 3 год	УКУПНО
2010	262	147	83	492
2011	418	161	169	748
2012	284	154	125	563
2013	226	130	113	469
УКУПНО	1190 (52,38%)	592 (26,05%)	490 (21,57%)	2272 (100,00%)

Ако посматрамо однос казне затвора до 6 месеци и казне затвора од 6 месеци до годину дана (краткотрајне казне затвора) у односу на казну затвора преко 1 године (Табела 1) можемо уочити веома велики проценат изречених краткотрајних казни затвора (78%) у односу на казну затвора преко 1 године (22%) (Графикон 1).

Графикон 1. Однос краткотрајног затвора и казне затвора преко 1 године



Такође, треба констатовати да је учешће казне затвора до 6 месеци и казне затвора од 6 месеци до једне године (краткотрајне казне затвора) у укупном броју изречених кривичних санкција износио 12% (Графикон 2). Овај податак није занемарљив, јер се треба узети у обзир да се она налази

на трећем месту по заступљености, одмах иза условне суде и новчане казне. То значи да су у структури укупно изречених санкција изразито заступљене краткотрајне казне затвора што утиче на преоптерећеност смештајних капацитета завода за извршење кривичних санкција.

Графикон 2. Учешће казни затвора до 1 године (краткотрајне казне затвора) у укупном броју изречених кривичних санкција у Основном суду у Нишу од 2010. до 2013. године



Међу осуђеним лицима на кратке казне затвора значајан проценат чине они старости између 21 и 35 година. У питању су лица која се налазе у годинама када се ствара професионална каријера и заснива породица што представља процесе важне како за појединце, тако и за друштво у целини па се чини да би са криминалнополитичког становништва било целисходније да се кратке казне затвора замене неким алтернативним казнама (Радоман, 2002:48).

С обзиром на то да се међу осуђеницима на кратке казне затвора налази значајан број оних који су осуђени за дела имовинског криминалитета, поставља се питање у којој мери затварање уопште може да утиче на ова лица у смислу да убудуће не врше кривична дела. Затвори су погодна места да се склоност ка вршењу таквих кривичних дела додатно развије, да се науче још неке вештине (Радоман, 2002:48). Због тога требало би допринети смањењу учешћа краткотрајне казне затвора у укупној структури изречених кривичних санкција и њиховој замени алтернативним санкцијама, нпр. кућним затвором.

3. Казна затвора без напуштања просторије у којима осуђени станује (кућни затвор) у пракси Основног суда у Нишу

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера² садржи одредбе које уређују реализацију и праћење извршења казне кућног затвора са или без електронског надзора. Пре доношења одлуке о извршењу кућног затвора са применом електронског надзора, суд ће утврдити да ли постоје техничке и друге могућности за извршење ове казне. Поред тога узимају се у обзир подаци из казнене евиденције како би се утврдило да ли се ради о лицу које је раније осуђивано и да ли се против тог лица води кривични поступак, као и претходно прибављено мишљење Основног јавног тужилаштва о самом осуђенику и о основаности предлога, али оно није пресудно приликом доношења одлуке. Уколико не постоји могућност утврђивања ових услова, суд ће од Повереничке службе затражити извештај о постојању техничких или других могућности од значаја за извршење ове казне. Након добијеног извештаја, суд ће у својој одлуци назначити да ли ће се казна затвора извршавати са или без примене електронског надзора, а ако не назначи у пресуди онда је дужан да се без одлагања изјасни о начину озвршења ове казне.

Према члану 21. овог Закона предвиђено је да у случајевима, када суд донесе одлуку, којом се одређује кућни затвор, одлука о томе доставља се Повереничкој служби, а повереник утврђује и прати програм поступања извршење казне кућног затвора.

Осуђени коме је одређено извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује не сме напуштати просторије у којима станује. Право на боравак ван просторије у којима осуђени станује одређено је у трајњу од највише два сата дневно у периоду од 13 до 17 часова. Изузетно осуђени може напустати просторије у којима станује у следећим случајевима:

1) због пружање нужне медицинске помоћи осуђеном или члану његовог породичног домаћинства, ако је за пружање медицинске помоћи неопходно напуштање просторија; 2) ради редовног одласка на посао, уколико кривично дело због које је осуђен није у вези са радом; 3) ради похађање наставе током редовног школовања; 4) због одазивања на позив државног органа; 5) због одласка на полагање испита; 6) због тешке, акутне или хроничне болести, ради одласка на редовне здравствене прегледе или стационараног лечења; 7) због свог венчања или венчања крвног сродника до другог степена сродства; 8) због смрти блиског лица; 9) због

² Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, „Службени гласник Републике Србије“, бр. 55/2014.

обавезе старања према члановима уже породице предвиђене законом, у случају да ту обавезе не може обављати друго лице; 10) због сезонских пољопривредних радова, уколико се осуђену бави пољопривредом као сталном делатношћу и 11) због других нарочито оправданих разлога за које осуђени може поднети образложену молбу.

Одлуку о дозвољавању напуштања просторија у којима осуђени станује доноси директор Управе, на молбу осуђеног. Осуђени подноси молбу преко Повереника који је са мишљењем о основаности доставља Повереничкој служби. Осуђени може просторије у којима станује напустити и без подношења молбе, уколико није у могућности да је поднесе, због потребе пружања хитне медицинске помоћи њему или члану породичног домаћинства коме припада. У том случају, осуђени или члан његовог породичног домаћинства дужни су да у најкраћем року обавесте повереника и доставе му извештај здравствене установе о стању здравља лица коме је хитна медицинска помоћ указана (Игњатовић, 2011:41).

Имајући у виду овако велики број ситуација у којима осуђени ипак може напустати просторије у којима станује, чини нам се да се оправдано могу поставити два питања. Прво је, код овако широко постављених активности које осуђени може обављати ван куће, у чему се заправо забрана састоји. Забрана се, дакле, односи на немогућност одласка у шетњу, код пријатеља, у кафану, у биоскоп или слично, путовања, годишње одморе и др. За запосленог човека или за ученика или студента забрана се практично своди на забрану вечерњих излазака и активности преко викенда. Тако посматрано ова санкција престаје да личи на озбиљну кривичну санкцију и почиње да личи на васпитно кажњавање деце и малолетника од стране родитеља (Игњатовић, 2012:124).

Друго питање се односи на могућност контролисања извршења санкције односно прекорачења осуђеникових дозвољених активности ван места становања. То је без обзира на технику електронског праћења (без које би то било потпуно немогуће), веома ретко и компликовано и захтева ангажовање великог броја људи. Контролисати осуђеног колико се задржао у школи или на послу, да ли је морао толико да се задржи, којим средством и којом брзином се враћао кући, да ли је успут негде свраћао (оправдано или не) чини се готово немогућим, а помало и апсурдним. Овако детаљно праћење свакодневних активности осуђеног лица, ако би уопште и било могуће, захтевало би да сваки осуђеник има бар по једно лице задужено за његово електронско праћење, односно за контролу његовог поштовања наметних правила извршења (Игњатовић, 2012:124).

Међутим, околности под којима се одређује кућни затвор редовно су везане за тежину извршеног кривичног дела, начин на који је дело извршено, личност учиниоца, његов ранији живот, његово држање после учињеног дела, степен кривице и друге околности под којима је дело учињено, а нарочито се сагледава да ли би се на тај начин остварила сврха кажњавања. „Алтернативне санкције треба да се примењују према малолетним делинквентима и пунулетним неосуђиваним лицима који су извршили: прекршаје, кривична дела из области угрожавања саобраћаја, кривична дела у вези са употребом и стављањем у промет опојних дрога и имовинска кривична дела“ (Константиновић Вилић, Костић, 2013:107).

Институт кућног затвора, као алтернативна мера, постоји од 2009. године у наше позитивно законодавство, а у пракси Основног суда у Нишу почео је да се примењује од 2011. године. Током 2010. године ова санкција није примењивана.

У Табели 2. приказан је број поднетих предлога за издржавање казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује по годинама.

Табела 2. Број поднетих и усвојених предлога осуђених лица за издржавање казне затвора без напуштања просторије у којима осуђени станује

Година	Број поднетих предлога	Број усвојених предлога	Број одбијених предлога
2011.	97	27 (27,84%)	70 (72,16%)
2012.	125	53 (43,40%)	72 (57,60%)
2013.	124	48 (38,71%)	76 (61,29%)
УКУПНО	346	128 (36,99%)	218 (63,01%)

На основу Табеле 2. можемо видети да нема великих осцилација у погледу броја поднетих молби и процента њиховог позитивног или негативног решења. Према презентованим подацима можемо уочити мали пораст поднетих предлога у периоду од 2011. до 2013. године.

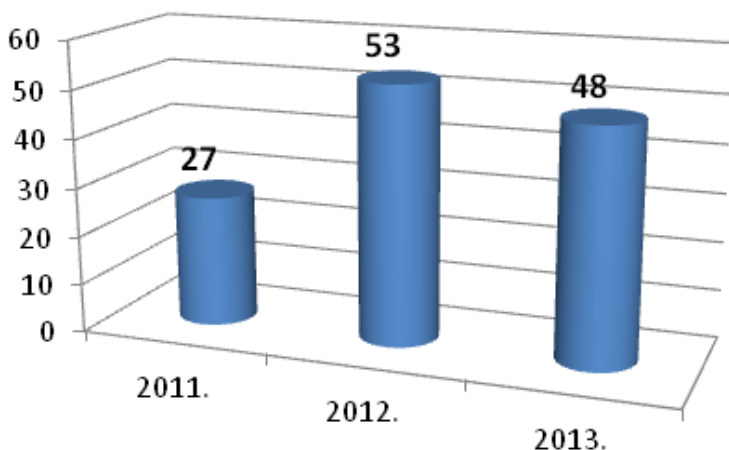
У Основном суду у Нишу, свега 36,99 % од укупног броја поднетих захтева за издржавање казне без напуштање просторије у којима осуђени станује било је позитивно решено. С друге стране, проценат одбијених захтева је релативно висок 63,01%. Закључак је очигледан, мање од половине захтева је било позитивно решено.

Разлози за одбијање захтева су различите природе. Некада је непостојање техничких могућности једини разлог неусвајања предлога. Међутим,

истраживањем се дошло до података да се као најчешћи разлог неусвајања захтева јавља повратништво осуђеника. Детаљнијом анализом утврђено је да се углавном одбијају предлози осуђеника који се јављају као повратници за истородно кривично дело или када је извршено кривично дело које не спада у категорију лакших кривичних дела за која су, између осталог, предвиђене алтернативне санкције.

На следећем графичком приказу исказан је број одобрених предлога за извршавање казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује.

Графикон 3. Број одобрених предлога



Процент усвојених предлога креће се од максималних 42,40% у 2012. години до минималних 27,84% у 2011. Од укупно 27 усвојених предлога у 2011. остварен је увид у 20 предмета, у 2012. години било је 53 и обрађено је исто толико, а у 2013.години 48 док је 47 обрађено.

Према презентованим подацима може се рећи да је извршење казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује или кућни затвор мера чија се примена последњих година проширује. Међутим, свакако је потребно омогућити већу примену ове мере, јер се њеном применом смањује преоптерећеност смешајних капацитета завода за извршење кривичних санкција. Ако се има у виду да проблем превеликог броја осуђених лица у пенитенцијарним установама постоји и у нашој земљи онда је јасно колико је значајна примена ове алтернативне мере.

3.1. Рецидивизам осуђеника којима је изречена казна затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује

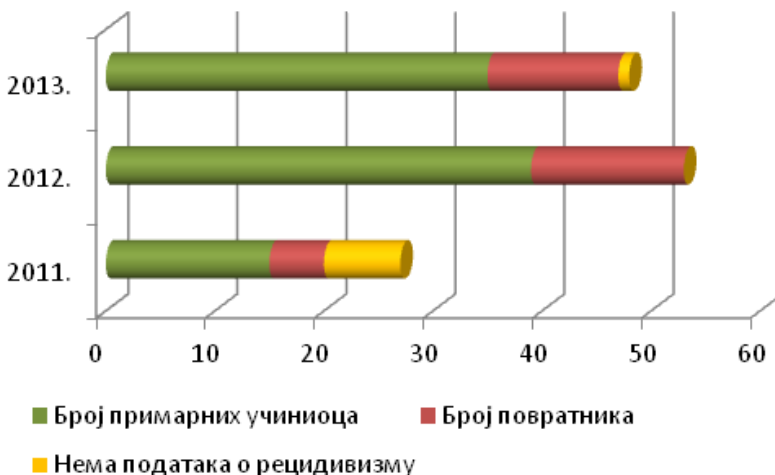
Наиме, што се тиче повратника, Законом о извршењу ванзаоводских санкција и мера нису предвиђена никаква ограничења. Кућни затвор се по слову закона може изрећи и онима који су се већ јављали као учиниоци кривичних дела. Међутим, чињеница је да су се алтернативне санкције јавиле како би се избегло изрицање казне затвора, кад год је то могуће, и на тај начин избегли негативни ефекти казне лишења слободе, па су самим тим оне предвиђене за примарне делинквенте.

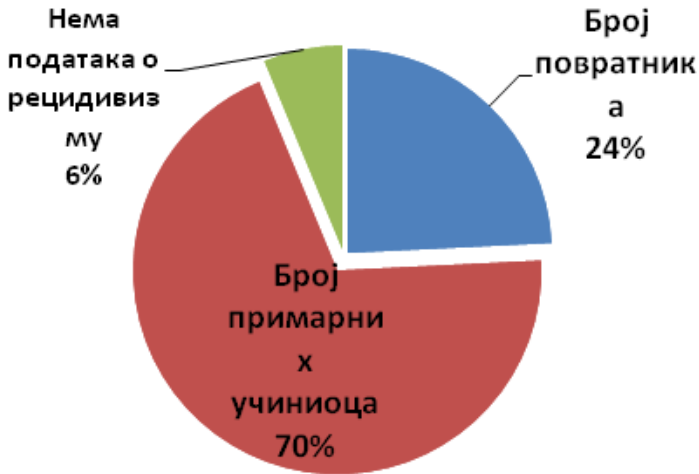
Табела 3. Број повратника

Година	Број усвојених предмета	Број обрађених	Број повратника	Број примарних учиниоца	Нема података о рецидивизму
2011	27	20	5 (18,52%)	15 (55,56%)	7 (25,92%)
2012	53	53	14 (26,42%)	39 (73,58%)	/
2013	48	47	12 (25%)	35 (72,92%)	1 (2,08)
УКУПНО	128	120	31(24,22%)	89 (69,53%)	8 (6,25%)

У графикону, који следи, видљиво је да је у периоду 2011. године, 2012. и 2013. године кућни затвор углавном изрицан примарним учиниоцима кривичних дела.

Графикон 4. Однос између повратника и примарних извршиоца кривичних дела



Графикон 5. Процент повратника

Од укупног броја осуђених лица којима је изречен кућни затвор, њих 70% су примарни учиниоци кривичних дела, што једним делом оправдава усвојене предлоге. Постоји и одређени изузеци од „правила“ да се кућни затвор примењује према примарним учиниоцима кривичних дела, што нам и говори податак од 24% повратника којима је изречена ова санкција (Графикон 5). Наиме, иако је овде реч о релативно високом броју повратника, на основу оствареног увида у одборене предлоге, уочено је да је реч о повратницима, али не за истородно кривично дело, или је након последње осуде протекао одређени временски период (обично више од 10 година).

3.2. Пол осуђеника којима је изречен казна затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује

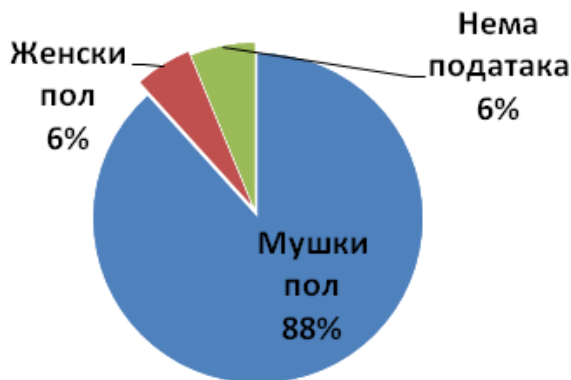
С обзиром на то да међу осуђеницима углавном преовлађују особе мушког пола интересантно је било анализирати да ли је и санкција кућног затвора углавном изрицана мушкарцима. Анализом података прикупљених истраживањем дошло се до сазнања да су осуђеници, којима је изречен кућни затвор углавном мушког пола. Наиме, од 128 осуђеника, којима је изречена ова казна, 113 су мушкарци који чине велику већину од 88,28%, док је само 7 припадница женског пола упућено на овакав начин извршавање казне затвора (5,47%). За 8 осуђеника нису добијени подаци, јер у току истраживања није било могуће остварити увид у ове предмете.

С обзиром на то да се жене, како код нас тако и у свету јављају знатно ређе као извршиоци кривичних дела, добијени резултати су и очекивани.

Табела 4. Структура осуђеника према полу

Година	Мушки пол	Женски пол	Нема података
2011	20	0	7
2012	52	1	0
2013	41	6	1
УКУПНО	113	7	8

Графикон 6. Пол осуђеника којима је изречен кућни затвор



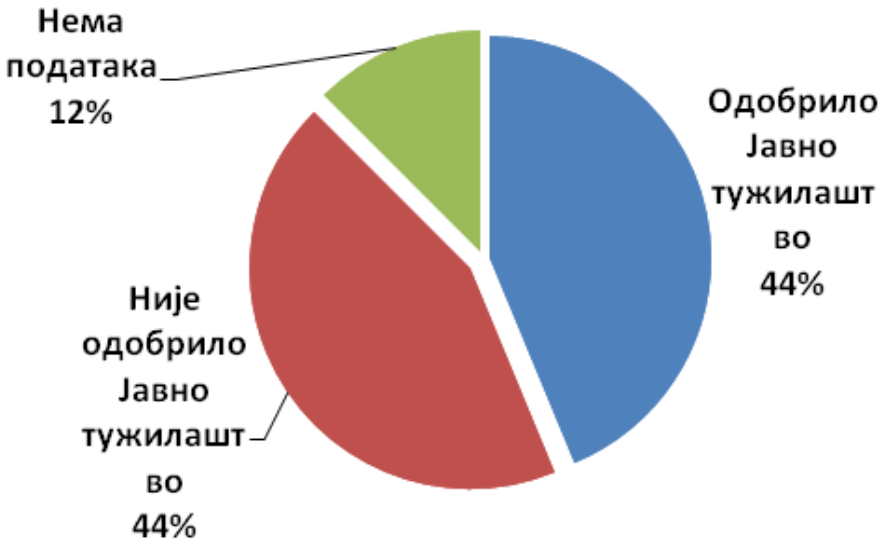
3.3. Мишљење Основног јавног тужилаштва о основаности предлога за издржавање казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује

Ова анализа имала је за циљ да се види у којој су мери тужиоци сагласни с изрицањем казне затвора без напуштања просторија у којима осуђени станују, као и да се испита однос између негативног мишљења ОЈТ о основаности предлога и позитивних решења истих. Наиме, број позитивног и негативног мишљења је исти, и износи 56, или 44%. У 16 случајева нема података о мишљењу тужилаштва.

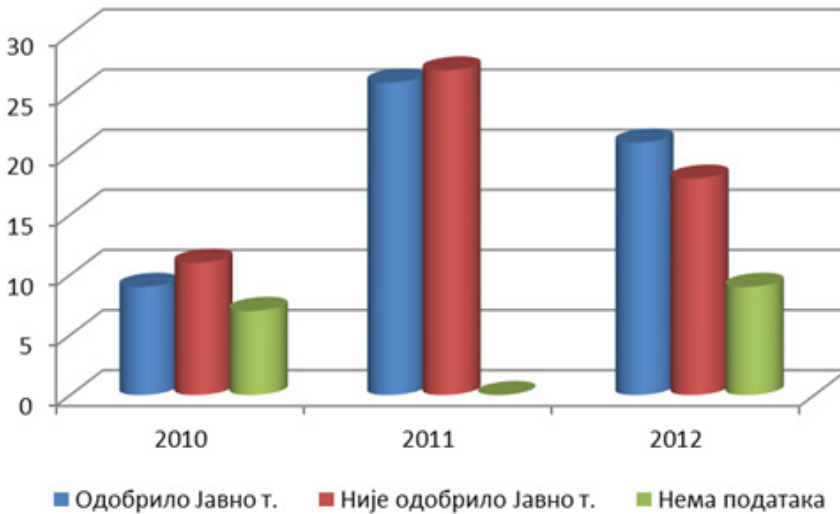
Табела 5. Однос између усвојених захтева и позитивног и негативног мишљења ОЈТ о основаности предлога

Година	Усвојени захтеви	Позитивно мишљење ОЈТ	Негативно мишљење ОЈТ	Нема података
2011	27	9	11	7
2012	53	26	27	0
2013	48	21	18	9
УКУПНО	128	56	56	16

Графикон 7. Мишљење ОЈТ о оснаваности предлога у процентима



Графикон 8. Мишљење ОЈТ о основаности предлога по годинама



3.4. Врсте кривичних дела за која је изречен казна затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује

Према садашњим решењима суд може одредити осуђеном извршење ове санкције за било које кривично дело (казна затвора мора да буде до годину дана) и може се односити на било ког учиниоца (чак и на повратника). Једино ограничење које постоји везано је за извршење кривичног дела против брака и породице, уколико осуђени живи са оштећеним у истом породичном домаћинству (претпоставка је да се ово не односи на сва дела из ове групе, већ преваходно да кривично дело насиља у породици).

Интересантно је било да се утврди каква је структура кривичних дела за која је изречена казна затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује.

Табела 6. Кривична дела за која је изречен кућни затвор

ВРСТА ДЕЛА	2010.	2011.	2012.	2013.
Чл. 121 Тешка телесна повреда		2	3	1
Чл. 122 Лака телесна повреда		1	1	0
Чл. 123 Учествовање у тучи				1
Чл. 138 Угрожавање сигурности			4	1

ВРСТА ДЕЛА	2010.	2011.	2012.	2013.
Чл. 170 Увреда		0		1
Чл. 180 Обљуба са дететом				1
Чл. 194 Насиље у породици			2	3
Чл. 195 Недавање издржавања			1	2
Чл. 203 Крађа			2	1
Чл. 204 Тешка крађа				6
Чл. 209 Неосновано добијање кредита и друге погодности				1
Чл. 214 Изнуда			1	1
Чл. 221 Прикривање			2	
Чл. 225 Фалсификовање и злоупотреба платних картица			1	
Чл. 228 Издавање чека и коришћење платних картица без покрића				1
Чл. 229а Неуплаћивање пореза по одбитку			1	
Чл. 229 Пореска утаја		3	2	1
Чл. 23 Закон о јавном реду и миру		1	3	2
Чл. 233 Фалсификовање исправе		3	1	
Чл. 242 Злоупотреба службеног положаја		1		
Чл. 243 Недозвољена трговина			1	
Чл. 280 Изазивање опасности необезбеђењем мера заштите на раду			1	
Чл. 288 Тешка дела против опште сигурности				1
Чл. 289 Угрожавање јавног саобраћаја		1		2
Чл. 322 Спречавање службеног лица у вршењу службене радње			1	1
Чл. 344 Насилничко понашање			3	2
Чл. 348 Недозвољена производња, држање, ношење и промет оружја и експлозивних материја		1		
Чл. 355 Фалсификовање исправе		4	20	6

ВРСТА ДЕЛА	2010.	2011.	2012.	2013.
Чл. 359 Злоупотреба службеног положаја				3
Чл. 368 Давање мита				1
Чл. 297 Тешка дела против безбедности јавног саобраћаја		3	3	7
Нема података о кривичном делу		7		2
УКУПНО:		27	53	48

У највећем броју случајева мера кућног затвора изрицана је за кривично дело фалсификовање исправе (75%), док остала кривична дела (25%) за која је изречена ова санкција можемо видети у Табели 6. Овим подацима може се придодати и податак да су у 2012. години изречене две санкције кућног затвора за кривично дело насиље у породици, а у 2013. години било је 3 санкција. Наиме, иако је законодавац јасно забранио овакву могућност увидом у ове предмете уочено је да осуђени и оштећени не живе у истом породичном домаћинству, или је дата писмена изјава (сагласност) оштећеног да санкција кућног затвора буде примењена у њиховом заједничком домаћинству.

График 9. Структура кривичних дела за која је изречен кућни затвор



4. Закључак

Циљ сваке санкције, без обзира на врсту, карактер и интензитет јесте ресоцијализација учиниоца кривичног дела. Применом алтернативних санкција вероватно се може остварити успешна ресоцијализација, односно реинтеграција осуђених лица. „У односу на казну затвора, алтернативне кривичне санкције би требало да су делотворније. Истраживањем које је предузела Patrice Villetaz са сарадницима 2006, упоређивана је ефикасност алтернативних санкција и затвора. Показало се да су у пет експерименталних студија и додатних 18 истраживања забележени позитивни ефекти примене пробације, кућног притвора, рада у јавном интересу и мере обавезног лечења од алкохола“ (Мрвић-Петровић, 2010: 152). Према томе, можемо претпоставити да се алтернативним санкцијама може остварити успешна ресоцијализација учиниоца кривичних дела.

Претходно изнети подаци показују да се примена санкције кућног затвора последњих година проширује. Уколико се у наредном периоду настави тренд пораста броја изречених казни затвора без напуштања просторија у којима осуђени станује, с великом вероватноћом можемо очекивати да ће бити и мање изречених краткотрајних казни затвора.. „Уосталом, прве алтернативне санкције су и осмишљене као мере које се примењују уместо краткотрајних казни затвора“ (Мрвић Петровић, 2010:147).

С обзиром на то да примена ових санкција најпре зависи од судова, судије би требало да прибегавају изрицању казне затвора само у ситуацијама када процене да је то једино целисходно решење. У том смислу уместо краткотрајних казни затвора могу одредити извршење санкције кућног затвора. Што ће даље допринети смањењу броја осуђених лица у пенитенцијарним установама, а у томе се управо и огледа значај кућног затвора.

Литература

Игњатовић, Ђ., (2012), Кућно затварање-нов модалитет извршење казне затвора, Казнена реакција у Србији II део, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, стр. 124

Игњатовић, Ђ., (2011), Новине у праву извршења кривичних санкција Србије, Казнена реакција у Србији, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд, стр. 41

Игњатовић, Ђ., (2008), Криминологија, 9. измењено издање, Правни факултет, Центар за публикације, Београд, стр. 233

Илић, А., (2011), Могући начини решавања проблема пренасељености затвора у Републици Србији, Зборник Института за криминолошка и социолошка истраживања, бр. 1-2, Београд, стр. 245

Карабец, З., (2005), Алтернативе затворским казнама, Алтернативе затворским казнама, Фонд за отворено друштво, Београд, стр. 132 У: Константиновић Вилић, С., Костић, М., (2011), Пенологија, СВЕН, Ниш, стр. 248

Константиновић-Вилић, С., Костић, М., (2013), Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији, СВЕН, Ниш, стр. 107

Константиновић Вилић, С., Костић, М., (2011), Пенологија, СВЕН, Ниш, стр. 245-246

Костић, М., (2005), Неки савремени облици кривичних санкција уместо казне лишења слободе (други облици затворског третмана), Зборник радова Правног факултета у Нишу, XLVI, Правни факултет, Центар за публикације, Ниш, стр. 185

Мрвић-Петровић, Н., (2010), Алтернативне кривичне санкције и поступци, Војноиздавачки завод, Београд, стр. 147-152

Радоман, М., (2003), Пенологија и систем извршења кривичних санкција, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Нови Сад – Београд, стр. 57

Радоман М., (2002), Ставови осуђених на кратке казне затвора, Права човека, Београд, бр. 5-6, стр. 48

Junger-Tas, J., (1994), *Alternatives to prison sentences: Experiences and Developments*, Kugler Publications, Amsterdam, p. 57

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, (2014), Службени гласник Републике Србије“, бр. 55.

Ankica Spiridonov,
*PhD Candidate of Faculty of Law,
University in Nis*

***PENOLOGY SIGNIFICANCE OF ELECTRONIC
SURVEILLANCE OF CONVICTED PEOPLE***

Summary

This thesis presents the penology significance of electronic surveillance of convicted people. One of potential ways of overcoming a large number of convicts in penitentiary facilities is imposition of alternative sanctions. The thesis firstly presents the imposition of short-term sentences to prison; then the application of the sanction of electronic surveillance; there is a presentation of a number of recidivists which have served the time regarding this sanction as well as a presentation of the type of crime for which a sentence has been given. The mentioned analysis have been performed in order to present the significance of this sanction because it is supposed that the application of this measure lessens or partly solves the question of large number of convicts in penitentiary facilities.

Key words: home arrest, penology significance, alternative sanctions.

УБИСТВО ЧЛАНА ПОРОДИЦЕ²

Апстракт: *Заштита живота и телесног интегритета члана породице остваривана је у свим периодима друштвеног развоја, са разликама које су биле израз вредновања породице у друштвеној заједници и степена организованости друштвене заштите у овој области. У савременим кривичним законодавствима та заштита остваривана је инкриминисањем кривичног дела насиља у породици, али прописивањем и кривичног дела убиства члана породице као тежег облика кривичног дела насиља у породици, или пак као тежег облика кривичног дела убиства.*

Последњих година у Републици Србији је дошло до ексалације породичних убистава, и како је оно постало „горући проблем“ у друштву, ауторка је у овом раду дала анализу убиства члана породице који је претходно злостављан из чл. 114 ст. 10 Кривичног законика Републике Србије, који представља облик тешког убиства, и указала на проблеме у погледу дефинисања члана породице, „претходног злостављања“, односно квалификације кривичног дела. Такође дат је приказ и анализе случаја убиства члана породице који је претходно злостављан из праксе Вишег суда у Нишу.

Кључне речи: *убиство, члан породице, насиље, злостављање, Кривични Законик.*

1 milicamici.stankovic@gmail.com

2 Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, евиденциони број пројекта 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Увод

Насиље у породици представља вишедимензионалну друштвену појаву која се посматра са кривичног, криминолошког, социолошког и психолошког аспекта, у циљу проналажења адекватних механизма како превентивне тако и репресивне реакције. Како породично насиље више није само породична ствар, која се тиче искључиво чланова породице, већ друштва у целини, на коме често лежи и одговорност за учињено насиље, поред инкриминисања кривичног дела насиља у породици, савремени правни системи су се определили да инкриминишу и кривично дело убиства члана породице, као тежи облик кривичног дела насиља у породици или као посебни облик убиства.

Убиство је кривично дело управљено против живота и тела човека, којим се у највећој мери негира основно и природно право човека - право на живот. Кривичноправно дефинисање убиства своди се на одређивање објекта напада, радње извршења, последица, облика кривице и кривичне санкције, као и различитих квалификаторних околности услед чијег постојања може говорити и о тежим облицима убиства (Константиновић Вилић, Ристановић Николић, Костић, 2009: 114). Породично насиље је последњих десетак година престало да буде „породична ствар“, а све већи број породичних убиства су отворили питања инкриминације овог кривичног дела, нарочито због специфичности окружења у коме се врши.

Статистички подаци како у свету, тако и код нас показују пораст броја извршених кривичних дела убиства члана породице, без обзира како је инкриминисана радња, односно објект напада. Наиме, према подацима *National Criminal Justice Reference Service United States* током 1994. године на основу спроведеног истраживања у чак 6,5% (од укупно 2.539 убиства) жртве су биле убијене од чланова својих породица-супружника, у 3,4% од стране својих родитеља, у 1,9% од стране своје деце, 1,5% од стране браће и сестара, док у 2,6% од стране других чланова породице. Од стране детета (сина или ћерке) убијено је 11% жртава старости преко 60 година. У чак 42% случајева породичног убиства коришћено је ватрено оружје.³ Према извештају ФБИ за 2009 годину у САД 24, 2% жртава је убијено од стране члана породице, док је у 53,8 % однос жртава и учиниоца био непознат. У 34, 6 % жене су убијене од стране мужа, ванбрачног супруга или момка. Разлози убиства су различити. У 41,2% жртава је убијеном током свађе са

3 *National Criminal Justice Reference Service United States, Abstract*. Retrived 27 August 2015, from <https://www.ncjrs.gov/app/publications/abstract.aspx?ID=143498>

брачним/ванбрачним партнером, а 22% случајева убиству је претходило физичко и психичко насиље и силовање жртве⁴

У Републици Србији нема јединствене базе података вођене од стране МУП-а, здравствених установа и центара за социјални рад, о случајевима насиља у породици са смртни исходом. Према подацима МУП-а у 2013. години извршено је 51 породично убиство и тешко убиство у којима је страдало 57 особа, у 10 случајева учиниоци су пресудили и себи. У 2015. години је чак у току два дана убијено 6 жена од стране својих брачних/ ванбрачних партнера, а до јуна 2015. године још 19 жена је убијено од стране члана своје породице.⁵

У раду је поред анализе убиства члана породице који је претходно зостављан из чл. 114 ст. 1 тач. 10 Кривичног Законика, његових елемената, разматрана и сврха инкриминације овог облика тешког убиства, и дат приказ студија случаја из праксе Вишег суда у Нишу, као и конкретни предлози да би се ова инкриминација могла остварити у пракси.

1. Сврха инкриминисања кривичног дела убиство члана породице

У напорима да се пружи заштита од насиља у породици крије се пре свега потреба да се оно што је вековима било сакривено и толерисано осветли са свих страна, како би она била свеобухватна и да се тиме предупреду страдања оних који су некада највише трпели, у садашњем и неком будућем моменту (Јовановић, 2010: 24). Тако је код нас 2002. године Законом о изменама и допунама Кривичног Закона Републике Србије⁶ инкриминисано кривично дело *насиље у породици*. Кривични Законик Републике Србије из 2005. године⁷ задржао је, нешто измењену ову одредбу, а поред тога предвидео још једну, тежу инкриминацију у овом домену, кривично дело убиства члана породице као облик тешког убиства и тиме употпунио посебну кривичноправну заштиту у области породичног насиља.

Инкриминисање овог облика тешког убиства, наметнуло је као претходно питање о потреби уношења овакве инкриминације у наше кривично законодавство. Околности које карактеришу овај облик тешког убиства

4 FBI, Homicide. Retrieved 27 August 2015, from https://www2.fbi.gov/ucr/cius2009/offenses/expanded_information/homicide.html

5 Извештаји о раду Министарства унутрашњих послова Републике Србије. Преузето 28.08.2015. http://www.mup.gov.rs/cms_cir/sadrzaj.nsf/izvestaji.h.

6 Чл. 118а Закон о изменама и допунама Кривичног Закона Републике Србије, Службени Гласник бр. 10/02

7 Чл. 194 Кривични Законик Републике Србије, Службени Гласник бр бр 85/2005, 88/2005-испр, 107/2005.

најчешће се могу подвести под неке од околности које заснивају тежу инкриминацију и без постојања овог облика тешког убиства (Коларић, 2008: 247), на пример убиство на свиреп и подмукао начин, убиство из користољубља, убиство из безобзирне освете, убиство из других ниских побуда, убиство бремените жене, убиство детета. Међутим, законописци су породично насиље посматрали као посебно и специфично насиље, и то не по радњама и начинима на које се оно врши, већ пре свега по томе где се оно догађа и ко су његови учиниоци и жртве (Ђорђевић, 2012:181).

Наиме, породица се сматра медијем кроз који друштво утискује свој жиг својеврсној структури детета, а тиме и одраслог појединца (Фром, 1986:15). Она треба да у оквиру постојећег друштвеног уређења оствари своје посебне друштвене функције, посебно оне које се односе на стварање потомства, подизање и образовање деце и на пружање помоћи члановима породице који нису у стању да се сами о себи старају. С обзиром на те особене функције породице, односа поверења и привржености који постоји између њених чланова, инкриминисањем убиства члана породице као облика тешког убиства, имало је за циљ да се да шири значај који ова врста криминалних делатности има са друштвеног, правног, моралног и других аспеката. Тиме је у криминално-политичком смислу учињен значајан позитиван искорак на субијању овог облика породичног насиља (Ђорђевић, 2012: 181).

2. Убиство члана породице који је претходно злостављан

Кривично дело убиство члана породице који је претходно злостављан (члан 114 став 10) уведено је у наше кривично законодавство Кривичним закоником из 2005. године као један од облика кривичног дела тешког убиства. Као такво оно има све елементе убиства, а од обичног убиства се разликује по неким додатним елементима, односно квалификаторним околностима које убиство чине тешким. Ти елементи су: објект и субјект овог кривичног дела, односно њихов међусобни однос и посебна околност при којој је до овог убиства дошло (Ђорђевић, 2011:73).

3. Елементи кривичног дела

3.1. Пасивни субјект

Пасивни субјект овог кривичног дела је члан породице. Законодавац у чл. 112. ст. 28 одређује је да се чланом породице сматрају „супружници, њихова деца, преци супружника у правој линији крвног сродства, ванбрачни партнери и њихова деца, усвојилац и усвојеник, хранилац и храњеник, али

и браћа и сестре, њихови супружници и деца, бивши супружници и њихова деца и родитељи бивших супружника ако живе у заједничком домаћинству, као и лица која имају заједничко дете, или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живели у истом породичном домаћинству“. Ова одредба о појму члана породице унета је у Кривични законик Републике Србије тек изменама и допунама Кривичног Законика из 2009. године, дакле знатно касније од инкриминације убиства члана породице (још касније од инкриминације кривичног дела насиље у породици).

Овако схваћен појам члана породице у Кривичном закону не одговара појму одређеном у Породичном закону који се управо и бави регулисањем односа у браку и породици. Према том закону (члан 197. ст. 3) као чланови породице сматрају се: супружници или бивши супружници; деца, родитељи и остали крвни сродници, лица у тазбинском или адоптивном сродству, односно лица која везује хранитељство; лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству; ванбрачни партнери или бивши ванбрачни партнери; лица која су 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 заједничком домаћинству. Оваква дефиниција појма чланова породице одговара проблематици која се регулише тим законом, док је са гледишта кривичног права она преширока (Ђорђевић, 2014:67) Међутим, већи број лица обухваћен овом дефиницијом може се и са гледишта овог кривичног дела сматрати чланом породице, јер одговарају кривичноправном појму датом у КЗ. Иначе, приметна је интенција и у кривичноправној литератури да се што шири круг лица укључи у овај појам због њихове све чешће угрожености овим облицима насиља (Јовановић, 2004: 147).

Неусаглашеност око дефинисања овог појма у Кривичном закону и у Породичном закону може да створи одређене тешкоће у пракси. Пре свега у одредби КЗ не помиње унуке, па није јасно да ли се они сматрају члановима породице. То би значило да ако унук убије деду (под одређеним условима) може да буде убиство члана породице, али ако деда убије унука не може, јер унук није члан породице. Исти је случај и убиство тетке (ујака или стрица) по изричитој законској одреби не би могло да буде убиство члана породице. Такође изостављен је однос старатеља и штићеника који често може да буде и ближи од односа усвојиоца и усвојеника и храниоца и храњеника. Истиче се и да Законик не придаје много значај околности живота у заједничком домаћинству, јер није узео у обзир и друге блиске сроднике који често живе у заједничком домаћинству, а понекад се налазе и у односу зависности и који као такви могу бити изложени насиљу од стране појединог члана такве заједнице (Ђорђевић, 2012:184).

3.2. Активни субјект

Активни субјект овог кривичног дела у законској инкриминацији није изричито наведен, па то значи да субјект овог кривичног дела може да буде свако лице. Ипак, из самог описа кривичног дела види се да то може бити само лице које је члан исте породице као и лице које је овим делом лишено живота, тако да долази у обзир сав онај широк круг лица која су наведена као могући пасивни субјекти односно објекти овог кривичног дела (Ђорђевић, 2012: 185).

3.3. Радња извршења

Радња овог кривичног дела је умишљајно лишење живота члана породице. Она је одређена последично, (Мрвић Петровић, 2011:17), то јест као изазивање одређене последице која је у овом случају смрт члана породице. Код овако одређене радње извршења као радња се може сматрати свака делатност (чињење или нечињење) којом се може проузроковати одређена последица, тако да се као радња могу сматрати све оне делатности које се могу појављивати као радње извршења код обичног убиства (Ђорђевић, 2011:10). Делатности чињења су разноврсне и могу се вршити на разне начине и разним средствима, посредно или непосредно. С обзиром на начин извођења делатности убиство се може извршити директним, индиректним, физичким и психичким дејством. Физичко проузроковање смрти, које је и најчешће у пракси, остварује се на различите начине: ватреним или хладним оружјем, оруђем или другим средствима подобним да тело тешко повреди или здравље тешко наруше. Психичко проузроковање смрти се врши изазивањем узбуђења, страха, препасти или жалости у таквом степену који има карактер шока, подобног да блокира рад срца или прекине другу животну функцију. Нечињењем се може проузроковати смрти другог лица у случајевима када постоји дужност на чињење којом би се спречило наступање смрти (Јовашевић, 2014 :23).

Међутим, код овог кривичног дела самом лишавању живота мора да претходи и злостављање, што значи да и радње злостављања улазе у састав овог кривичног дела. Ово обележје дела није сасвим прецизно одређено, па се поставља питање како схватити израз „којег је претходно злостављао“ (Лазаревић, 2011: 357). Чини се да је смисао ове одредбе да је у питању убиство у току злостављања или у континуитету са злостављањем, или бар непосредно после злостављања, на истом месту и у истој прилици. Убиство извршено после неког ранијег злостављања, дакле када постоји временска дистанца између злостављања и убиства, не би одговарало смислу ове инкриминације (Ђорђевић, 2011: 73). Има мишљења да за постојање овог облика тешког убиства не би било довољно постојање

једнократног злостављања, у једној прилици, већ је потребно да оно буде континуирано, систематско (Стојановић, 2006: 329). Тако, може се јавити ситуација када је учинилац жртву раније у више махова систематски злостављао, а затим је убио без злостављања у тој прилици, што би више указивало на стицај убиства и кривичног дела злостављања и мучења или стицај убиства и насиља у породици, али има и мишљења да се и овде ради о кривичном делу убиства члана породице (Мрвић Петровић, 2011: 39).

Сам појам злостављања није дефинисан у одредби о овом кривичном делу. У кривичноправној теорији се овај појам различити дефинише, као „делатност којом се другом лицу наноси физички или психички бол, патња, nelaгодност или страх већег интензитета, али која нема карактер обичне лаке телесне повреде“ (Јовашевић, 2014:54), „наношење физичког или психичког бола (малолетном) лицу, при чему не сме да дође до наношења телесних повреда или нарушавања здравља тог лица“ (Мрвић Петровић, 2011:152), „наношење физичких или психичких патњи“ (Лазаревић, 2011: 447). При томе се се обично као примери у пракси наводе шамарање, штапање, вучење за косу, нос или уши, излагање топлоти, хладноћи, јакој светлости или буци (Јовашевић, 2014: 54). Типичан пример овог кривичног дела био би када супруг нечовечно поступа према својој супрузи, туче је, избацује из куће, одваја од куће, ускраћује јој храну и сл, а затим је лишава живота (Лазаревић, 2011 :186).

Подразумева се да је сама инкриминација, већ препорука органима кривичног гоњења да покажу занимање, и да кад год се догоди убиство у оквиру породице истраже све околности које су претходиле самом убиству и које могу бити од значаја за правну квалификацију.

4. Анализа случаја убиство члана породице који је претходно злостављан из праксе Вишег суда у Нишу

У циљу свеобухватности анализе кривичног дела убиства члана породице који је претходно злостављан дат је приказ и случаја⁸ из праксе Вишег суда у Нишу.

Чињенични опис случаја: М.М. је особа која болује од душевне болести параноидна шизофренија Ф 20 од 1985. године и који се лечио у специјалној психијатријској болници Горња Топооница. Живео је у домаћинству са својом мајком С.М. Како се С.М. неколико дана није јављала на телефон, њена ћерка М.М.С. је дошла до стана у коме је живела да је потражи, али нико није отварао врата. Дана 06.12.2012. године је случај пријавила ПС

8 Одлука Вишег суда у Нишу К бр. 26/13

у Нишу, наводећи да јој се мајка већ неколико дана не јавља, да нико не отвара стан, у коме поред ње, живи и њен брат М.М који болује од душевне болести. Полицијски службеници су јој на то одговорили да она као њен блиски сродник може да оде до стана и уђе уколико сматра да се нешто догодило. Након тога М.М.С. је са својим супругом отишла до стана своје мајке, одлучили су да врата насилним путем отворе, јер нико није одговарао. Улазна врата су била блокирана електричним шпоретом и плинском боцом. Успели су да отворе врата и уђу у стан, где су затекли беживотно тело С.М. Позвали су полицију. У другој соби у стану се налазио М.М. који је признао да је убио своју мајку.

У конкретном случају Више јавно тужилаштво у Нишу је поднело предлог за изрицање мере безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, с обзиром на то да је од стране вештака неуропсихијатријске струке утврђено да су све способности код М.М. биле искључене, односно да је био неурачунљив у време предузимања радњи извршења кривичног дела.

Како се ради о односу мајка и син, који су притом живели у породичном домаћинству, самим тим постоји први елемент кривичног дела да је пасивни субјект члан породице у смислу чл. 112 ст. 28 Кривичног законика. Радња извршења овог кривичног дела која се састоји у лишењу живота је предузета стезањем врата оштећене шакама услед чега је смрт наступила удушењем. Непосредно пре тога јој је коришћењем оруђа које је подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши – дрвеном оклагијом и шаком стиснутом М.М. задао више удараца у пределу главе и трупа. Међутим, с обзиром на то да је радња извршења одређена последично, важно је анализирати на основу којих је доказа суд закључио да је злостављање претходило убиству и какво је тумачење у овог појма дао у одлуци.

Наиме, суд је на основу исказа сведока М.М.С. и М.С. закључио да је окривљени М.М. био насилан према својој мајци, али и према другим укућанима, и то пре критичног догађаја, да је стално викао на мајку, а из писаних доказа пре свега судско медицинског вештачења да су оштећеној повреди нанете два или три дана пре смрти, а да је сама смрт наступила услед удушења. Злостављање је, Виши суд тумачио као наношење физичких или психичких патњи, односно нехумано поступање које је непосредно претходило убиству. Ово тумачење суда одговара смислу одредбе из чл. 114 ст. 10 да је убиство извршено у току злостављања или у континуитету са злостављањем и околностима конкретног случаја.

Чињеница је да ово обележје кривичног дела није прецизно одређено у Кривичном закону Републике Србије. Ипак, ствара се утисак да је законодавац мислио на злостављање које је постојало пре извршења дела и не у вези са убиством. Јер уколико би се прихватило тумачење чл. 114 ст. 10 да злостављање мора непосредно да претходи убиству, да ли би то то значило да нпр. убиство члана породице које би било извршено после значајне временске дистанце шест месеци или годину дана, па чак и да је раније било злостављања, не би се могло квалификовати као ово дело (Јовановић, 2010:185-188).

Неминовно је да ће у будућности бити потребне одређене смернице у погледу одређења овог облика тешког убиства, како би се уједначила судска пракса у погледу тумачења квалификаторних околности овог кривичног дела.

Закључак

Тачни статистички подаци о обиму насиља у породици још увек не постоје, али расположива сазнања указују да је породично насиље у значајној мери распрострањено и у нашој земљи, да има све озбиљније последице, веома често и са смртним исходом (Константиновић Вилић, Ристановић Николић, Костић, 2009: 161).

Постојећа законска регулатива упућује на закључак да постоји бројни кривичноправни механизми заштите права на живот и телесни интегритет чланова породице. Инкриминисањем кривичног дела убиства члана породице који је претходно злостављан та заштита је потпунија и свеобухватнија. Међутим, да би се наведено кривично дело могло правилно применити у судској пракси потребно је отклонити раскорак између одредаба Кривичног законика и одредаба Породичног закона која постоји у одређивању појма „члана породице, као и дати потребне смернице у тумачењу квалификаторних околности овог облика тешког убиства, и можда чак размишљања да се исто инкриминише у оквиру кривичног дела насиља у породици.

Литература

Ђорђевић Ђ. (2011). *Кривично право, посебни део*, Београд.

Ђорђевић Ђ. (2012). *Убиство члана породице*, Правни живот 9 (1), Београд: Удружење правника Србије, 177-187.

Ђорђевић Ђ. (2014). *Кривичноправна заштита од насиља у породици у : Насиље у Србији - узорци, облици, последице и друштвене реакције*, Београд: Службени Гласник, 139-149.

Закон о изменама и допунама Кривичног Закона Републике Србије, Службени Гласник бр. 10/02

Извештаји о раду Министарства унутрашњих послова Републике Србије. Преузето 28.08.2015. http://www.mup.gov.rs/cms_cir/sadrzaj.nsf/izvestaji.h.

Јовановић С. (2010). *Правна заштита од насиља у породици*, Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.

Јовановић С. (2004). *Право на живот и заштита од насиља у породици*, Правни живот 9 (1), Београд.

Јовашевић Д. (2014). *Кривично право, посебни део*, Београд: Досије студио.

Коларић Д. (2008). *Кривично дело убиства*, Београд: Службени Гласник.

Константиновић, Вилић, С., Ристановић, Николић, В., Костић, М. (2009). *Криминологија*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета.

Кривични Законик Републике Србије, Службени Гласник бр. 85/2005, 88/2005-испр, 107/2005.

Лазаревић Љ. (2011). *Коментар Кривичног Законика*, Београд: Правни факултет Унион.

Мрвић Петровић Н. (2011). *Кривично право, посебни део*, Београд.

Стојановић З. (2006). *Коментар Кривичног Законика*, Београд: Службени гласник.

Фром, Е. (1986). *Ауторитет и породица*, Загреб: Нолит.

FBI, Homicide. Retrieved 27 August 2015, from

https://www2.fbi.gov/ucr/cius2009/offenses/expanded_information/homicide.html

National Criminal Justice Reference Service United States, Abstract. Retrived 27 August 2015, from <https://www.ncjrs.gov/app/publications/abstract.aspx?ID=143498>

Milica Stanković,

PhD student at the Faculty of Law, University in Niš

MURDER OF A FAMILY MEMBER

Summary

The murder of a family member who had previously maltreated in the Criminal Code of the Republic of Serbia is provided as a form of aggravated murder. This criminalization of criminal political aspect is very important, and aims to provide a wider family protection. However, this is a criminal offense in the Criminal Code very general and imprecise, without guidance in the interpretation of his qualificatory circumstances, and in terms of the concept of "family member" in which does not coincide with the concept of "family member" provided in the Family Law, due to which some people may remain without criminal protection. In some future period, this provision will require the intervention of the legislature in order to establish a more complete and adequate protection from domestic violence.

Key words: *murder, family member, abuse, Criminal Code.*

МЕЂУНАРОДНИ СТАНДАРДИ И АЛТЕРНАТИВНЕ МЕРЕ ЗА МАЛОЛЕТНЕ ПРЕСТУПНИКЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ²

Апстракт: Како на међународном, тако и на националном плану, велико интересовање влада за изналажење најадекватнијих друштвених одговора на малолетничко преступништво као веома негативну друштвену појаву. Интернационализација људских права и пракса постављања обавезујућих правила, или макар препорука за поступање држава на глобалном и наднационалном плану, довела је до стварања универзалних смерница и у области малолетничког преступништва. Те универзалне смернице јесу међународни стандарди као руководна начела за поступање са малолетним учиниоцима кривичних дела. Међу њима су од посебног значаја они који промовишу примену алтернативних мера према малолетним преступницима са циљем да што мањи број малолетника буде обухваћен класичном, формалном реакцијом која са собом неминовно носи штетне последице по личност малолетника, нарочито имајући у виду да је реч о категорији преступника чији психо-физички развој још увек није завршен. Приклањајући се оваквим тенденцијама на међународном плану, наш законодавац је настојао да кроз нормирање института васпитних налога отвори врата алтернативним мерама и диверзионом концепту реаговања на криминалитет малолетника. Стога, аутор покушава да кроз анализирање васпитних налога прикаже нормативни и практични аспект примене алтернативних модела, те њихову усаглашеност са међународноправим стандардима.

Кључне речи: међународни стандарди, малолетни преступници, алтернативне мере, диверзија, васпитни налог.

1 todorovicmilica264@gmail.com

2 Рад је реализован у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, под редним бројем 179046, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја РС.

1. Увод

Током неколико претходних деценија многе државе су, под утицајем бројних међународних докумената, усвојиле посебне законе који уређују положај малолетних учинилаца кривичних дела, кривични поступак према њима, као и систем санкција и мера и начин њиховог извршења према овим лицима. Република Србија је једна од земаља која је, следећи такве међународне препоруке и тенденције, донела *lex specialis* у области кривичног права. У питању је *Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица*³ (у даљем тексту: ЗМ), који је ступио на снагу 01. јануара 2006. године. Доношењем овог закона, све одредбе материјалног, процесног и извршног карактера у односу на малолетнике као учиниоце кривичних дела издвојене су и систематизоване у једну посебну, заокружену целину. Тиме је оставарен квалитативни помак у криминалној политици Републике Србије, а кривичноправни статус малолетника, кривични поступак према њима, а нарочито систем мера и санкција које се примењују према малолетницима, обликован је уз значајне специфичне карактеристике. Најзначајнија новина коју је, у складу са међународним правним стандардима, донео тај закон јесте увођење *неформалних* и *диверзионих мера*, поред дотадашњих *формалних* мера друштвене реакције на криминалитет малолетника, чиме је код нас успостављен својеврсни „двоструки колосек“ друштвеног реаговања на овај облик криминалитета (Кнежевић, 2008: 125). Преусмеравање друштвене реакције на криминалитет малолетника са колосека примене кривичних санкција (васпитних мера и казне малолетничког затвора) на један неформални и непенлани приступ омогућено је увођењем *васпитних налога*.

2. Међународни стандарди у области алтернативног и диверзионог поступања према малолетним преступницима

Једна од најзначајнијих интенција међународноправних аката из области малолетничког преступништва је омогућавање неформалног приступа приликом друштвеног реаговања на преступничко понашање малолетника (Кнежевић, 2008: 127). Тај неформални приступ представља инструмент за скретање (диверзију) главног тока кривичне репресије у поље алтернативне реакције и алтернативних друштвених мера. Диверзиони приступ нарочито добија на значају када је у питању друштвена реакција на малолетничко преступништво. У том погледу, суштина диверзионог поступања је да деца не буду укључена у формални кривични поступак, већ да се према њима усмери подршка заједнице, како формална, тако

3 Службени гласник РС, 85/2005.

и неформална (Van Bueren, 1999: 17). Дакле, друштвену реакцију треба усмерити на непенални приступ, јер се на тај начин спречава повратно сигматизирајуће и трауматично дејство кривичне процедуре на личност малолетника. Такође, малолетни преступник се врло брзо суочава са последицама кршења права, али не тако да оне делују трауматизирајуће и да воде стварању криминалног досијеа (Penal Reform International, 2013).

Многи међународни документи предвиђају примену алтернативних мера и диверзионих модела у третману малолетних учинилаца кривичних дела. Тако, најпре, *Конвенција УН о правима детета* (1989)⁴ пледира за примену диверзионог модела. Чланом 40(3) предвиђено је доношење мера, кадгод је то могуће и пожељно, за поступање са децом, без прибегавања судском поступку. Диверзиони модел може бити примењиван у две фазе: на самом почетку кривичног гоњена како би се избегао кривични поступак и/или у каснијој фази као алтернатива институционализацији (Van Bueren, 1999: 17). Национално законодавство треба да садржи јасне одредбе о томе у којим случајевима је диверзија дозвољена, о овлашћењима полиције, тужилаштва и других служби које доносе одлуке о пресумеравњу са редовног на неформални пут, а све у циљу заштите од дискриминације. Из овако постављене обавезе националним законодавцима јасно су видљиви принцип законитости и принцип једнаког третмана као међународни стандарди у имплементацији диверзионог модела поступања према малолетним преступницима. Инсистира се и начелу партиципације детета и принципу давања сагласности, с обзиром на то да малолетник треба да добије све релевантне информације о природи, садржини, трајању предложене мере, као и последицама пристајања или непристајања на исту. Такође, детету треба омогућити да захтева правни или други адекватни савет о примености и пожељности диверзије која му је понуђена од стране надлежних органа. Диверзија се мора окончати „затварањем случаја“.⁵

Основ за диверзионо реаговање на преступништво малолетника садржан је и у *Стандардним минималним правилима УН за малолетнико правосуђе - Пекиншким правилима*⁶ из 1985. године, првом међународном документу који се искључиво бави положајем малолетног учиниоца кривичног дела. Правилем 11 прописује се могућност одступања од редовног поступка

4 Службени лист СФРЈ- Међународни уговори, 15/90 и Службени лист СРЈ. 4/96, 2/97.

5 Committee on the rights of the child. (2007). *GENERAL COMMENT No. 10 (2007). Children's rights in juvenile justice*. Преузето 03.03.2015.

<http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf>

6 United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules). *General Assembly resolution, 40/33*. http://www.mup.gov.rs/cms_lat/decaipolicija.nsf/3%20Pekinska%20pravila.pdf. Преузето 03.03.2015.

реаговања. Наиме, према правилу 11.2 полиција, тужилаштво и други органи органи овлашћени су да реагују на преступе малолетника без прибегавања формалним расправама. Одступање од редовног поступка могуће је уз сагласност малолетника, његових родитеља или старатеља, под условом да одлука о одступању буде предмет преиспитивања од стране надлежног суда (правило 11.3).

Широк дијапазон мера диверзионог реаговања на малолетничко преступништво предвиђају и *Смернице УН за превенцију малолетничке делинквенције* из 1990. године, познатије као *Ријадске смернице*⁷. Смерница број 5 сугерише избегавање непотребне криминализације и кажњавања малолетника због понашања која не изазивају веће негативне последице. Смернице наглашавају потребу уважавања чињенице да је младалачко понашање, или деловање које није у складу са општим друштвеним нормама и вредностима, често део процеса сазревања и одрастања и има тенденцију да спонтано нестане код највећег броја појединаца њиховом еволуцијом у одрасле особе, као и да, према преовлађујућем мишљењу стручњака, обележавања младе особе као „девијантне“, „делинквентне“ или „предделинквентне“ често доприноси стварању утврђеног обрасца непожељног понашања младих (Јовашевић, Костић, 2012: 111-112).

Даље, у овом правцу су и решења садржана у још једном акту усвојеном у оквиру ОУН 1997. године – *Смерницама за третман малолетника у оквиру малолетничког правосуђа (Бечке смернице)*⁸. Смерница број 15 предлаже државама да предузму одговарајуће кораке који ће омогућити широк спектар мера диверзије у свим фазама, почев од хапшења, претходног поступка, суђења, и фазе након доношења одлуке. Кад год је могуће, треба користи механизме за неформално решавање конфликта. Држава треба да осигура да родитељи малолетног преступника буду укључени у диверзивно поступање, као и да примена овог модела буде сагласна људским правима детета.

Документ који снажно анфирмише примену диверзионог модела реаговања јесу *Стандардна минимална правила УН за мере алтернативне институционалном третману – Токијска правила*⁹ из 1990. године. Иако се она у

7 UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines). *General Assembly resolution, 45/112*. http://www.mup.gov.rs/cms_lat/decaipolicija.nsf/4%20Rijadske%20smernice.pdf Преузето 03.03.2015.

8 Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System. *United Nations Economic and Social Council resolution, 97/30*. <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1997/eres1997-30.htm> Преузето: 03.03.2015.

9 United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules). *General Assembly resolution, 45/110*. http://www.mup.gov.rs/cms_lat/decaipolicija.nsf/6%20

суштини баве препоручивањем мера алтернативних институционалном третману, она остављају простор и за избегавање формалног процесуирања преступника кад год је то могуће. Тако, правило 5.1. сугерише да се у случајевима, када је то примерено, полицији, тужилаштву и другим службама дају могућности да ослободе преступнике, уколико сматрају да даље поступање није потребно у сврху заштите друштва, превенције криминалитета или подстицања поштовања закона и права оштећених. Када се ради о лакшим преступима, јавни тужилац може изрећи меру алтернативну институционалном третману. Као алтернативне мере, правило 8.2 предвиђа: вербалне санкције (укор, опомена); условно пуштање на слободу, статусне казне; економске санкције и новчане казне; конфискацију или експропријацију; повраћај жртви или налог за надокнаду; условну казну и судски надзор; налог за друштвено користан рад у заједници, итд.

Смернице о правосуђу по мери детета¹⁰ (2010) предствљају документ усвојен под окриљем Савета Европе новијег датума. Смернице, као и међународни документи који им претходе у овој области, баве се, између осталог, диверзионим моделима поступања и применом алтернативних мера. Међутим, како је њихова дотадашња примена указала на то да се малолетници често опредељују за алтернативне поступке и медијацију из страха од онога што би их у противном очекивало, посебно је апострофирано да се малолетницима мора на пријемчив и искрен начин објаснити шта поједине алтернативне мере заиста подразумевају, односно које су њихове импликације. Дете, његови родитељи или законски стараоци морају дати информисани пристанак на примену овакавих мера, при чему не смеју осећати никакав притисак да дају свој пристанак (Турковић, 2009: 47).

3. Међународни стандарди и диверзионии модел у РС

Глобалним тенденцијама у области криминалитета малолетника приклонио се и наш законодавац усвајањем ЗМ. Овај *lex specialis* на успешан и културолошки сензитиван начин рефлектује најсавременије међународне стандарде у области малолетничког правосуђа, широко отварајући могућности за његово даље унапређење и хуманизацију (Стакић, 2012: 70). Под утицајем међународних стандарда заштите малолетних учинилаца кривичних дела, ЗМ уводи неке нове инситуе, међу којима се по по свом

Tokijska%20pravila.pdf Преузето 03.03. 2015.

10 Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice. [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC%20\(2013\)%207%20Compilation%20of%20the%20different%20legal%20instrument%20related%20on%20justice%20for%20children%20and%20juvenile%20delinquency.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC%20(2013)%207%20Compilation%20of%20the%20different%20legal%20instrument%20related%20on%20justice%20for%20children%20and%20juvenile%20delinquency.pdf) Преузето 03.03.2015.

значају издвајају васпитни налози. Кроз овај институт је, заправо, и идеја увођења ресторативне правде добила свој израз у односу на малолетне учиниоце кривичних дела. Тиме се постиже у локалној заједници, барем у односу на ову врсту криминалитета, остваривање равнотеже интереса жртве (оштећеног) – државе (друштвене заједнице) и самог малолетника (учиниоца кривичног дела, а с друге стране се избегава призивок ретрибутивне правде кроз бешчастећу страну примене кривичних санкција са одузимањем или ограничавањем слобода и права учиниоцу кривичног дела (Јовашевић, 2009: 8). Материјалне одредбе о овом новом инструменту друштвеног супротстављања криминалитету малолетних лица садржане су у одредбама чланова: 5, 6, 7 и 8 ЗМ, док су процесне одредбе садржане у одредбама чланова: 62 и 71 ЗМ, а извршна, у одредби члана 86 ЗМ.

3.1. Појмовно одређење васпитних налога

Васпитни налози су мере *sui generis* чији је циљ да се не покреће кривични поступак („скретање кривичног поступка“) или да дође до његовог обустављања (Стевановић, 2006: 63). То значи да закон полази од идеје рестриктивности, односно супсидијарности, у примени кривичних санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела, што представља једну од најзначајнијих препорука, а могло би се рећи и постигнућа, раније наведених међународних докумената усвојених у области заштите деце, малолетничког правосуђа и превенције малолетничке делинквенције. Тако, васпитни налози представљају инструмент преко кога је ЗМ, усвојивши међународне стандарде у тој области, проширио могућности примене диверзионих поступака и мера. Кажемо да је ЗМ *проширио* могућност примене диверзије јер је она већ била препозната од стране нашег законодавца и присутна у правној регулативи. У питању је *обустава поступка због нецилисходности гоњења (класичан опортунитет, једноставна диверзија)*, тј. примена начела опортунитета, али без условљавања прихватањем и испуњењем обавеза у смислу васпитних налога (Ђурђић, 2011: 415-417). Међутим, квалитативна новина коју је донела примена васпитних налога јесте увођење *условљеног опортунитета* у малолетничко законодавство. Реч је, дакле, о концепту који се назива још и *диверзија с интервенцијом*, а чија се примена заснива на јачању личне одговорности малолетног учиниоца кривичног дела, прихватању те одговорности, као и укључивању жртве, односно оштећеног у процес реализације мере (Стевановић, 2006: 63). Тако, одредба члана 62 ЗМ прописује могућност да је за доношење одлуке јавног тужиоца о непокретању поступка потребан пристанак малолетника и његових родитеља, усвојиоца или стараоца малолетника, као и спремност малолетника да прихвати, а потом и испуни један или више васпитних налога. Овакав вид опортунитета – *условљени опортунитет*,

има елементе како класичног опортунитета, тј. непокретања кривичног поступка због нецелисходности, тако и елементе „искупљења“, односно опроштаја кривичног гоњења које малолетник треба да заслужи кроз испуњење васпитних налога (Шкулић, 2011: 322). Поред овога, из истих оних разлога због којих је могао условно одложити покретање поступка, јавни тужилац за малолетнике, по окончању припремног поступка, може предложити судији за малолетнике да обустави поступак, уколико малолетник прихвати васпитни налог. Овде је реч о *условној обустави кривичног поступка*.

Дакле, васпитни налози су мере факултативног карактера које ће се примењивати онда када се процени да је такво решење целисходно у односу на мере којима они су алтернатива, при чему се та процена целисходности врши са више аспеката: заштите друштвених интереса, заштите интереса малолетног учиниоца кривичног дела и заштите интереса жртве (Радуловић, 2006).

3.2. Сврха примене васпитних налога

Примена васпитних налога омогућава заобилажење судског поступка, чиме се избегава трауматизирајуће искуство за малолетника које би неминовно допринело и његовој снажној стигматизацији (Константиновић-Вилић, Костић, 2007: 99). Формални кривични поступак праћен изрицањем васпитних мера и казни, је не само трауматичан и стигматизирајућ, чак и када се оконча изрицањем најблаже санкције малолетнику, већ је често и контрапродуктиван. Наиме, највећи број малолетника, након првог преступа спонтано престаје са таквим понашањем без икакве формалне реакције. О томе, на пример, говоре поменуте *Ријадске смернице* које у одељку о основним принципима налажу да треба посебно уважити чињеницу да друштвено опасно младалачко понашање често представља део процеса сазревања, те код највећег броја младих нестаје током одрастања. Осим тога што се формалним кривичним поступком остварују негативни утицаји на личност малолетника, он је и дуг, врло скуп и често неефикасан. Избегавањем његовог отпочињања или обуствљањем већ започетог поступка, остварују се уштеде, а кривично правосуђе растерећује.

Ипак, у суштинском смислу сврха васпитних налога превазилази значај избегавања формалног кривичног поступка, и огледа се, изнад свега, у организовању конкретног начина да се помогне малолетнику у његовом развоју, прихватању владајућег система вредности и одговорности за сопствене поступке (Радуловић, 2006). Наиме, законодавац предвиђа да је применом васпитног налога потребно извршити утицај на правилан развој малолетника и јачање његове личне одговорности како убудуће не

би вршио кривична дела. Примећујемо да је у овом делу сврха изрицања васпитних налога подударна са општом сврхом изрицања кривичних санкција према малолетницима, садржаној у одредби члана 10 ЗМ. Тако је сврха васпитних налога практично конзумирана општом сврхом која треба да се оствари применом санкција за малолетнике, а то је специјална превенција. Наравно, уз специјалну превенцију апострофира се потреба васпитавања малолетника јер се ради о лицима чији психофизички и социјални развој још увек није завршен. Стога, на страни државе постоји посебна одговорност према овим лицима која треба да буде и њихов партнер на путу правилног сазревања личности.

3.3. Услови за примену васпитних налога

Законске услове за примену васпитних налога, садржане у одредби члана 5 ЗМ можемо поделити у две групе: објективне и субјективне. Објективни услови за примену васпитних налога су они који се односе на извршено кривично дело, док су субјективни они који се односе на малолетног учиниоца кривичног дела.

Тако, први став наведеног члана ЗМ прописује да се васпитни налог може примењивати према малолетнику који је извршио кривично дело за које је забрањена новчана казна или казна затвора до 5 година. Овако постављен објективни услов за примену васпитног налога омогућава веома широко поље њихове примене. На тај начин васпитни налози „покривају“ сферу „лаког“ или „багателног“, као и „средњег“ криминалитета.

Када је, пак, реч о субјективном услову за примену васпитних налога, он је садржан у трећем ставу члана 5 ЗМ и јавља се у два вида: признање извршења кривичног дела од стране малолетника и постојање одређеног односа малолетника према кривичном делу и оштећеном.

3.4. Одлука о примени и избор васпитних налога

Примена васпитних налога од стране јавног тужиоца или судије/већа за малолетнике, тачније доношење одлуке о примени васпитних налога, ближе је регулисано одредбама чланова 62 и 71 ЗМ. Реч је о иницијалној радњи у поступку примене васпитних налога која представља први корак и процесни предуслов *извршења* васпитних налога.

Поред јавног тужиоца, одредбом члана 5, став 2 ЗМ, прописано је да о примени васпитних налога одлучује и судија, односно веће за малолетнике. Ови органи су надлежни да примењују васпитне налоге од почетка поступка према малолетном учиниоцу кривичног дела, дакле, од момента када је јавни тужилац за малолетнике поднео захтев за покретање припремног

поступка надлежном судији за малолетнике. Када јавни тужилац за малолетнике, односно судија или веће за малолетнике донесе одлуку о примени једног или више васпитних налога према малолетном учиниоцу кривичног дела, на располагању им стоји 5 васпитних налога које је предвидео наш законодавац одредбом члана 7 ЗМ, а то су: 1) поравнање са оштећеним како би се накнадом штете, извињењем, радом или на неки други начин отклониле, у целини или делимично, штетне последице дела; 2) редовно похађање школе или редовно одлажење на посао; 3) укључивање, без накнаде, у рад хуманитарних организација или послове социјалног, локалног или еколошког садржаја; 4) подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога; 5) укључивање у појединачни или групни третман у одговарајућој здравственој установи или саветовалишту.

Јавни тужилац за малолетнике може се одредити само за неки од права три васпитна налога, док на суду на располагању стоји свих пет јер је једино он легитимисан да одреди примену васпитних налога медицинског карактера.

3.5. Примена васпитних налога у пракси

Након доношења одлуке о примени васпитног налога и избора одређеног васпитног налога, или више њих, следи, логично, поступак њихове примене. Међутим, ЗМ прописује да ће се примена васпитних налога регулисати посебним подзаконским актом, али такав акт није донет ни до данашњег дана.

Без обзира на то што поступак извршења васпитних налога није нормиран, овај институт се примењује у пракси. На овом месту желимо да прикажемо удео васпитних налога у укупној државној реакцији на криминалитет малолетника. На тај начин можемо добити одређену представу о имплементацији овог института који представља рефлексију међународноправних стандарда у тој области.

Ради добијања потребних података у вези са применом васпитних налога, коришћени су подаци из пет билтена Републичког завода за статистику. Како подаци о пријавама, оптужењима и осудама малолетних учинилаца кривичних дела за 2007. и 2008. годину нису доступни, а у тренутку писања овог рада није доступан билтен о пријавама, оптужењима и осудама малолетних учинилаца кривичних дела за (претходну) 2014. годину, приказани су подаци који се односе на примену васпитних налога у периоду од 2009. до 2013. године.

Наиме, слика о заступљености васпитних налога уопште у домаћој пракси, може се стећи довођењем у везу укупног броја изречених васпитних налога у једној години са бројем малолетних лица којима је, по окончаном поступку, изречена нека од кривичних санкција за малолетнике. Тако, број осуђених малолетника у 2009. години износи 1902, а како је у тој години изречено укупно 110 васпитних налога, рачуницом долазимо до закључка да је примена васпитних налога заступљена са 5,47% у укупној реакцији на криминалитет малолетника. Овим методом долазимо до података о укупној заступљености васпитних налога који су приказани у табели број 1.

Табела бр. 1

Удео васпитних налога у укупној реакцији на криминалитет малолетника					
година	2009	2010	2011	2012	2013
број осуђених малолетника	1902	1640	2290	2302	2648
број изречених васпитних налога	110	151	187	126	205
УДЕО ВАСПИТНИХ НАЛОГА	5,47%	8,43 %	7,5%	5,18%	7,18%

Као што се може видети из табеле, тешко је одредити „тренд“ кретања заступљености васпитних налога у укупном друштвеном одговору на криминалитет малолетних лица. У сваком случају, може се закључити да није реч о неком значајнијем уделу, те да је примена васпитних налога још увек недовољно искоришћена могућност која стоји на располагању државним органима. Томе у прилог нарочито говоре искуства других европских земаља где се овај институт примњује код 20-30% малолетника који су учинили кривично дело (Лукић, Самарџић, 2012: 247).

4. Закључак

Сви међународни документи који се баве правима и положајем деце у сукобу са законом, усвојени под окриљем Уједињених нација, Савета Европе или Европске уније, пладирају за нормирање алтернативних, диверзионих мера на националном нивоу, које треба да омогуће ефикаснију реакцију друштва на лакша кривична дела малолетника, а она се састоји у примени мера које не остављају штетне или стигматизирајуће последице по малолетнике, а омогућавају брзу интервенцију и директно суочавање малолет-

ника са последицама његовог понашања, растерећују судове и остварају уштеду у времену и новцу. Васпитни налози, предствљају пример усвајања оваквих препорука у српском малолетничком закондавству и, као такви, суштински су добро осмишљени. Практични проблем предствља што поступак њиховог извршења, тј. примене у ужем смислу, није осмишљен с обзиром на то да није донет посебан подзаконски акт који би регулисао ово питање. Законом нерегулисане надлежности и овлашћења за примену васпитних налога доводе до конфузије у сарадњи између стручњака из кључних система коју додатно компликује чињеница изостанка трипартитних споразума на локалном нивоу између органа правосуђа, органа старатељства и орагнизација у којима би требало да се реализује васпитни налози (Сатарић, Обрадовић, 2011: 73). Стога би основна препорука овог рада била стандардизација процедуре извршења васпитних налога.¹¹

Друга препорука би се тичала материјалноправног аспекта појединих васпитних налога. Пре свега, било би корисно редефинисати садржину васпитног налога који се односи на редовно похађање школе на начин да његово испуњење од стране малолетника подразумева постизање одређеног, макар минималног резултата у школовању. С тим у вези, друга обавеза алетрантивно предвиђена истим васпитним налогом, а која се односи на редован одлазак на посао, би као беспредметна могла бити изостављена или замењена у новој законској формулацији тог васпитног налога. Следећи предлог се тиче проширивања обавезе из васпитног налога подвргавање одговарајућем испитивању и одвикавању од зависности изазване употребом алкохолних пића или опојних дрога на стручни медицински третман и код зависности од коцкања јер она, такође, представља поремећај личности доказног криминогеног потенцијала.

Удео васпитних налога у укупној друштвеној реакцији на криминалитет малолетника који се креће од 5 до 8% говори о недовољној искористићености алтернативе покретању кривичног поступка према малолетницима. Иначе, чак и када се ради о најчешће примењиваној диверзионој мери код нас – поравнању са оштећеним, илустративно је да значајан број оштећених не жели да пристане на поравнање са малолетним преступником услед недостатка поверења (Гаврић, 2012: 165). Ово указује на још увек низак ниво свести грађана о могућностима неформалног решавања ситуација

11 У том погледу, као узор могу послужити нека решења предложена документом „Предлог стандарда и процедура за примену васпитних налога“ насталог као резултат пројекта „Унапређење примене васпитних налога“ који је у периоду од децембра 2011. до децембра 2014. године реализовао Републички завод за социјалну заштиту. Више о томе на: <http://www.zavodsz.gov.rs/PDF/Predlog%20procedure%20i%20standardi%20finalna%20sedjena%20verzija.pdf> Преузето: 08.07.2015.

насталих извршењем кривичног дела, а чије јачање јесте један од стандарда који произилази и из раније поменутих међународних докумената. Активно учешће малолетног преступника, оштећеног и друштва, уз уважавање интереса свих страна, представља значајан фактор реинтеграције малолетног преступника, те је, у Србији, упутно промовисати и популаризовати ресторативне идеје (Константиновић-Вилић, Костић, 2012: 316-317). Наиме, бројне студије истичу изразито висок степен задовољства учесника резултатима постигнутим управо у поступцима посредовања, као и далеко већу ефикасност овог модела реакције у смањењу стопе поврата у односу на класичне санкције (Миладиновић-Стефановић, 2012: 53). И на генералном плану, подаци о рецидиву код малолетника према којима су примењени васпитни налози, добијени на основу разговора са јавним тужиоцима за малолетнике, говоре о сасвим незнатном проценту те појаве (Димовски, Илић, 2012: 340). Поред неспорних утицаја на смањење стопе рецидивизма, инструменти ресторативне правде доприносе учвршћивању поверења у правосудни систем и афирмишу стварање позитивне друштвене атмосфере (Кнежевић, Миладиновић-Стефановић, 2011: 472). Све ово говори у прилог успешности и оправданости примене васпитних налога са аспекта казнене политике и превенције криминалитета у друштву.

Литература

Van Bueren, G. (1999). *International review of criminal policy, Nos. 49 and 50. 1998-1999. The United Nations and juvenile justice: A guide to international standards and best practice*. Преузето: 02.03.2015.

<http://www.law.qmul.ac.uk/pirch/ACROBATS/A%20guide%20to%20international%20standards%20and%20best%20practice.pdf>

Гаврић, А. (2012). Изрицање и примена васпитних налога. У И. Стевановић (Прир.) *Малолетничко правосуђе у Републици Србији. Зборник радова са Друге годишње конференције Савета за праћење и унапређење рада органа кривичног поступка и извршења кривичних санкција према малолетницима*. Београд: Центар за права детета. 161-171.

Guidelines for Action on Children in the Criminal Justice System. *United Nations Economic and Social Council resolution. 97(30)*. Преузето: 03.03.2015: <http://www.un.org/documents/ecosoc/res/1997/eres1997-30.htm>

Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice. Преузето 03.03.2015: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC%20\(2013\)%207%20Compilation%20of%20](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cdpc/CDPC%20documents/CDPC%20(2013)%207%20Compilation%20of%20)

the%20different%20legal%20instrument%20related%20on%20justice%20for%20children%20and%20juvenile%20delinquency.pdf

Димовски, Д., Илић, И. (2012). Ресторативна правда и кривични поступак према малолетницима на примеру Србије и Републике Српске. *Правна Ријеч*. 3. 329-345.

Ђурђић, В. (2011). Дискреционо гоњење малолетних учинилаца кривичних дела. *Теме*. 2. 403-420.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. *Службени гласник РС*. Бр. 85(2005).

Јовашевић, Д., Костић, М. (2012). *Политика сузбијања криминалитета*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета.

Јовашевић, Д. (2009). Малолетничко кривично право са посебним освртом на систем васпитних налога. *Избор судске праксе*. 4. 5-12.

Кнежевић, С., Миладиновић-Стефановић, Д. (2011). Медијација у кривичном поступку према малолетницима. *Теме*. 2. 459-473.

Кнежевић, С. (2008). Васпитни налози као вид диверзионог реаговања на малолетничку делинквенцију. *Правна ријеч*. 15. 125-136.

Конвенција УН о правима детета. *Службени лист СФРЈ- Међународни уговори*. Бр. 15 (90). *Службени лист СРЈ*. Бр. 4 (96), 2 (97)

Константиновић-Вилић, С., Костић, М. (2012). Ресторативна правда као облик реаговања према малолетницима са делинквентним понашањем. *Правна ријеч*. 3. 315-328.

Константиновић-Вилић, С., Костић, М. (2007). Диверзиони модели и алтернативне кривичне санкције примењене према малолетницима у сукобу са законом. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 50. 87-102.

Лукић, Т., Самарџић, С. (2012). Кривична одговорност малолетника и опортунитет кривичног гоњења. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 3. 235-255.

Миладиновић-Стефановић, Д. (2012). Алтернативни начини реаговања на малолетничку делинквенцију (са посебним освртом на поравнање са оштећеним). У Костић, М. Константиновић-Вилић, С. Бркић, М. (Прир.) *Кривичноправни положај и социјалноправна заштита малолетника*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу и Центар за социјални рад „Свети Сава“. 39-55.

Penal Reform International. (2013). *Protecting children's rights in criminal justice systems: A training manual and reference point for professionals and policymakers*. Преузето 14.07.2015.

<http://www.penalreform.org/wp-content/uploads/2013/11/Childrens-rights-training-manual-FinalHR.pdf>

Радуловић, Љ. (2006). *Васпитни налози - Алетрнатива санкцијама за малолетнике*. преузето 17.07.2015.

<http://www.ius.bg.ac.rs/Naucni/Razvoj%20pravnog%20sistema%202006/19%20-%20Projekat%202006-13.pdf>

Сатарих, Н. Обрадовић, Д. (2011). *Анализа пракси примене васпитних налога и посебних обавеза у Србији. Мапирање ресурса у локалним заједницама за реализацију васпитних налога/посебних обавеза*. Београд: International Management Group – IMG, Amity.

Стакић, Ђ. (2012). Унапређење квалитета доношења одлука у систему малолетничког правосуђа. У И. Стевановић (Прир.) *Малолетничко правосуђе у Републици Србији. Зборник радова са Друге годишње конференције Савета за праћење и унапређење рада органа кривичног поступка и извршења кривичних санкција према малолетницима*. Београд: Центар за права детета. 69-81

Стевановић, И. (2006). Нова законска решења о малолетницима: значај алтернатива институционалном третману. *Темид*. 1(9). 61-67.

Турковић, К. (2009). Elements for European Guidelines on child-friendly Justice with particular focus on children's access and place in criminal justice system. *Compilation of texts reletad to child – friendly justice*. Council of Europe: Directorate General of Human Rights and Legal Affairs. 35-48.

United Nations Standard Minimum Rules for Non-custodial Measures (The Tokyo Rules). *General Assembly resolution. 45(110)*. Преузето 03.03. 2015: http://www.mup.gov.rs/cms_lat/decaipolicija.nsf/6%20Tokijska%20pravila.pdf

United Nations Standard Minimum Rules for the Administration of Juvenile Justice (The Beijing Rules). *General Assembly resolution. 40(33)*. Преузето: 03.03.2015. http://www.mup.gov.rs/cms_lat/decaipolicija.nsf/3%20Pekinska%20pravila.pdf

UN Guidelines for the Prevention of Juvenile Delinquency (The Riyadh Guidelines). *General Assembly resolution. 45(112)*. Преузето 03.03.2015:

http://www.mup.gov.rs/cms_lat/decaipolicija.nsf/4%20Rijadske%20smernice.pdf

Committee on the rights of the child. (2007). *GENERAL COMMENT No. 10 (2007). Children's rights in juvenile justice*. <http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/CRC.C.GC.10.pdf>

Преузето 03.03.2015.

Шкулић, М. (2011). *Малолетничко кривично право*. Београд: Правни факултет.

Milica Todorovic,

student of doctoral law studies at the Faculty of Law, University of Nis

**INTERNATIONAL STANDARDS AND ALTERNATIVE MEASURES
FOR JUVENILE OFFENDERS IN THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

Based on the solutions envisioned by the international legal acts in the field of child rights and juvenile delinquency, a concept of alternative, diversion act towards juvenile offenders was developed as one of the most striking standards of the treatment of this category of offenders. It is reflected in shifting formal social response to a non-penalty approach that involves avoidance or cessation of the judicial procedure, with the use of alternative measures, the fulfillment of which requires active cooperation and involvement of the juvenile himself, his family and various state bodies and departments. Advantages of these measures are reflected in the avoidance of the traumatic and stigmatizing effect of formal court proceedings on the personality of a juvenile, as well as their active participation in taking responsibility for their own actions and personal commitment to the adoption of the ruling behavior patterns. The reflection of the described standard of minimum intervention is an institution of corrective orders, introduced in the Serbian juvenile criminal legislation in 2006. Through the theoretical analysis of the legal regulation of this institute and the analysis of its share in the total state response to juvenile crime, the author concludes that there is a high level of compliance with international standards, but that such an advanced legal framework seems difficult for the true implementation in practice. The share of corrective orders of only 5 to 8% of the total formal response to juvenile delinquency in Serbia is far below the average in other European countries. Therefore, the paper gives some specific suggestions for improvements in this area.

Keywords: *international standards, juvenile offenders, alternative measures, diversion, corrective order.*

CIP - Каталогизација у публикацији -
Народна библиотека Србије, Београд

34(082)

ЗБОРНИК радова студената докторских студија права / [уредници
Војислав
Ђурђић, Мирослав Лазић]. - Ниш : Правни факултет Универзитета, 2016
(Ниш :
Медивест). - 361 стр. ; 24 cm

Тираж 100. - Напомене и библиографске референце уз текст. -
Библиографија
уз све радове. - Summaries.

ISBN 978-86-7148-215-8

а) Право - Зборници
COBISS.SR-ID 222811916