

Универзитет у Нишу
Правни факултет

**ЗБОРНИК РАДОВА СТУДЕНАТА
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА ПРАВА**

Ниш, 2018.

**ЗБОРНИК РАДОВА
СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА ПРАВА**

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан

Главни и одговорни уредници

Проф. др Саша Кнежевић

Проф. др Небојша Раичевић

Технички уредник

Владимир Благојевић

Штампа

„Медивест“ Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-249-3

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

САДРЖАЈ

Анита Илић, ПРЕГОВАРАЧКА ПОГЛАВЉА 23 И 24 СА ЕУ И ПОТРЕБА РЕФОРМЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	1
Гала Бончић, УТИЦАЈ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ НА СИСТЕМ ЈАВНИХ НАБАВКИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....	17
Ива Антић, УБИСТВО ИЗ МИЛОСРЂА У КОНТЕКСТУ ПРАВА НА ЖИВОТ.....	31
Борис Мрдовић, ПОСЕБНИ СЛУЧАЈЕВИ УКЛАЊАЊА И МЕЊАЊА РЕШЕЊА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ.....	47
Александар Јанић, ЕКСТЕРНИ ЕФЕКТИ И ЖИВОТНА СРЕДИНА.....	67
Биљана Антић, ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА.....	85
Мартин Матијашевић, НАУЧНО-ТЕОРИЈСКО ДЕФИНИСАЊЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ТЕРОРИЗМА.....	97
Владимир Милетић, ЗЛОУПОТРЕБА ПОЛОЖАЈА ОДГОВОРНОГ ЛИЦА У ПРИВРЕДНОМ ПОСЛОВАЊУ.....	111
Бојана Голубовић, УСЛОВНИ ОТПУСТ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	125
Марија Милојевић, ПРИМЕНА НАЧЕЛА ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У ПРАКСИ ОЈТ НИШ - КРИТИЧКИ ОСВРТ.....	143
Томислав Трајковић, ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ СВЕДОЧЕЊА КАО ДОКАЗНОГ СРЕДСТВА У БОРБИ ПРОТИВ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛА И ПРЕДЛОЗИ ЗА ЊЕГОВО ЗАКОНСКО УНАПРЕЂЕЊЕ.....	155

Тијана Митровић, УТВРЂИВАЊЕ УДЕЛА У СТИЦАЊУ И САСТАВА ЗАЈЕДНИЧКЕ ИМОВИНЕ СУПРУЖНИКА.....	167
Милена Милошевић, ИЗДРЖАВАЊЕ СУПРУЖНИКА И БИВШИХ СУПРУЖНИКА.....	187
Владица Маричић, ДРУШТВЕНЕ ГРУПЕ У ДЕМОКРАТИЈИ И ПРИВРЕДНИ РАСТ: ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА.....	215
Јелена Антић, ФУНКЦИЈЕ ЈЕДНОЧЛАНИХ ДРУШТАВА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ СА ОСВРТОМ НА ПОТЕНЦИЈАЛНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ.....	231
Мане Наранчић, МОРАЛНА ОДЛУКА ЉУДСКИХ ПРАВА У РАТНИМ ДЕЈСТВИМА.....	253
Стефан Стојановић, ТЕЛЕСНЕ ПОВРЕДЕ И УВРЕДЕ У РУСКОЈ ПРАВДИ.....	275

ПРЕГОВАРАЧКА ПОГЛАВЉА 23 И 24 СА ЕУ И ПОТРЕБА РЕФОРМЕ ПРАВНОГ СИСТЕМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Хармонизација домаћег законодавства са тековинама Европске уније један је од кључних услова за наставак европских интеграција. Међутим, хармонизација домаћег законодавства не треба само да обухвати усклађивање правних аката већ и њихову пуну примену у Републици Србији. Због тога приступање Европској унији представља веома сложен процес, док дужина трајања самог поступка зависи од многобројних фактора. Досадашња искуства, нарочито на примерима преговарања Црне Горе и Хрватске, указују на нарочити значај преговарачких поглавља 23. и 24. која се сматрају кључним за коначну одлуку о примању нове државе у чланство.

Кључне речи: преговарачка поглавља, Европска унија, реформа правног система, међународна документа, усклађивање.

1. Увод

Учешће Србије на самиту, као и петооктобарске промене у новембру 2000. године окупили су шефове држава и владе државе чланице Европске уније и западног Балкана које су означиле почетак нормализације односа између Србије и Европске уније, као и улазак Србије у процес европске интеграције. Том приликом је издата Декларација којом се истиче да ће напредак сваке државе на путу ка ЕУ зависити од индивидуалног напретка ка испуњавању критеријума из Копенхагена и спровођења Споразума о стабилизацији и придруживању, са посебним освртом на одредбе које се односе на регионалну сарадњу. У том правцу, наглашено је да ће се приближавања Европској унији, што је прокламовани циљ свих држава региона, одвијати упоредо са развојем регионалне сарадње.²

¹ aanita.ilic88@gmail.com

² Видети: Водич кроз приступање Србије Европској унији http://eupregovori.bos.rs/progovori-o-pregovorima/uploaded/EU_VODIC.pdf приступ: 07.08.2017. године

Овом приликом је донета одлука да се формира Консултативна радна група (СРЈ-ЕУ) чиме је отворена перспектива закључења Споразума о стабилизацији и придруживању са Европском унијом. Консултативна радна група у периоду од 2001-2003. године као и каснији састанци Унапређеног сталног дијалога (2003-2013) који су се одвијали између представника Европске уније и СРЈ/Србије допринели су да Европска унија стекне увид у напредак реформи у Србији. Иначе, Консултативна радна група као и састанци Унапређеног сталног дијалога Србије и Европске Уније су раднотехничка тела на којима се састају стручњаци Владе Србије и Европске комисије ради разматрања напретка Србије у свим областима која су обухваћена процесом европске интеграције. Међутим, након ступања на снагу Споразума о стабилизацији и придруживању од 01.09.2013. године састанци Унапређеног сталног дијалога су после 12 година „отишли у историју“, док ће се даљи напредак Србије у процесу пратити од стране радних тела која су задужена за праћење спровођења Споразума о стабилизацији и придруживању.³

Са развојем Европске уније и повећањем броја држава чланица приступни преговори постају све комплекснији и тежи. Преговори које су водиле државе које су приступиле Европској економској заједници пре 1992. године су се сводиле на трговинске и економске разговоре. Уколико се узме у обзир Споразум о приступању Европској економској заједници Грчке из 1980. године или Данске из 1972. године може се рећи да је био ужи, сходно дубини променама које је обухватао, као и сходно обиму области које је обухватао у односу на Споразум о стабилизацији и придруживању који су потписале Босна и Херцеговина, Црна Гора и Србија, 2007. године односно 2008. године. Државе које су приступиле Европској Унији 2004. године су улазиле у сложену Европску Унију, али су преговарале са 14 земаља, док Републику Србију чека преговарање са веома сложенем Европском унијом од 28 држава чланица са знацима изласка из економске кризе као и отворено питање статуса Косова и Метохије.

Оно што свакако представља сложен задатак Републике Србије јесте усклађивање законске регулативе са регулативом Европске уније. Наиме, уколико се узме у обзир да брзина преговарања зависи од способности државе да усклади своју регулативу са прописима Европске уније у свакој земљи, важност и сложеност тог задатка је посебно наглашена. Преговори се воде све док се у сваком појединачном поглављу не постигне сагласност, односно док свака од влада државе чланице не буде задовољна

³ Видети: Споразум о стабилизацији и придруживању <http://www.mfa.gov.rs/sr/index.php/spoljna-politika/eu/saradnja-republike-srbije-i-evropske-unije-u-sektorskim-politikama/11374-2013-07-15-09-10-17?lang=lat>, приступ: 07.08.2017. године

постигнутим резултатима односно напретком државе кандидата у сваком од дате области. (35 корака ка Европској унији, 2015. године)

2. Прикључивање Србије Европској Унији

Најважнији корак у прикључивању Републике Србије Европској унији јесте потписивање Споразума о стабилизацији и придруживању, као и Прелазног трговинског споразума. Споразум о стабилизацији и придруживању којим се креира основ за унапређење односа и успостављања највишег облика политичке, економске-трговинске и институционалне сарадње између Европске уније и државе нечланице, обухваћене Процесом Стабилизације и придруживања. Србија је 2009. године поднела захтев за стицање статуса кандидата, при чему је Европски савет дао мандат Европској комисији да се изјасни о том захтеву. Пут након потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању се састоји од неколико фаза. Дужина трајања сваке појединачне фазе зависи искључиво од напретка држава у спровођењу реформи и од успеха спровођења обавеза преузетих потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању.⁴

Први корак након потписивања Споразума о стабилизацији и придруживању јесте подношење званичног захтева за чланство у Европској унији, позивајући се на члан 49. Уговора о оснивању Европске уније, председавајућем Савету министра. Сам тренутак подношења јесте ствар политичке процене најбољег момента за тај потез. Захтев за пријем у чланство подноси се Савету министра, тј. министру спољних послова државе која у том тренутку председава Европском унијом. (Како функционише Европска унија, 2015) Србија је поднела захтев за пријем у чланство Европске уније 22. децембра 2009. године. Након пријема захтева Савет министра прослеђује захтев Европском савету налажући Европској комисији да сачини и достави Србији „Упитник“ . У случају да Савет министра сматра да је захтев преурањен односно да нема консензуса између држава чланица по овом питању, Савет министра неће дати ни позитиван нити негативан одговор односно неће упутити захтев у даљу процедуру. Међутим, када је реч о Републици Србији, Савет министра је 25. октобра 2010. године одлучио да отпочне са процедуром давања статуса кандидата Републици Србији, налажући Европској комисији да сачини „Упитник“. „Упитник“ садржи неколико хиљада питања којима је покривено потпуно функционисање једне државе, у областима које су покривене надлежности Европске уније. Европска комисија је након достављања Србији упитник објавила Мишљење о захтеву Србије за

⁴ ибидем.

стицање статуса кандидата. У свом Мишљењу, када је реч о областима правосуђа и основних права и правде, слободе и безбедности Комисија је између осталог истакла да је неопходно да Србија уложи знатне и континуиране напоре како би ускладила прописе са правним тековинама ЕУ и делотворно их применила у средњем року.

Заказивањем датума почетка преговора почињу припрема за њихово вођење. Уласком у Европску унију држава прихвата да се на њеној територији спроводе правила која важе на територији остатка Европске уније и правне тековине Европске уније постаје њено унутрашње право, које има јачу правну снагу од аката које су донели њени државни органи. Преговори трају док се Европска унија не договори са државом кандидатом о условима под којима ће држава постати држава чланица, као и прелазним периодима након чега се и за ту државу примењује општи режим као и за остале државе чланице. Преговори се воде у оквиру 35 преговарачких поглавља правних тековина Европске уније, које су систематизоване по областима, при чему су преговори о чланству заправо процес прилагођавања држава које су заинтересоване за приступ Европској унији њеној правном, економском и друштвеном систему где је неопходно извршити реформу читавог законодавства. Европска унија је ставила у фокус преговарачког процеса поглавља која се односе на правосуђе и основна права и правду, слободу и безбедност, јер су то питања која су грађанима најважнија. Циљ ових правних аката и планске документације јесте да њиме обезбеди владавину права. Преговори са ЕУ у просеку трају од 3 до 7 година што зависи од способности да државе ускладе своје законодавство са правним тековинама, међутим сами ток преговора је временски ограничен. Досадашња пракса показује да се најпре отварају лакша поглавља за преговарање попут науке и истраживања и образовања и културе, док се за сам крај преговарања остављају најкомплекснија питања, попут буџета или пољопривреде. Сам завршетак преговора подразумева потписивање Уговора о приступању, који представља документ којим се потврђује чланство земље у Европској унији. Међутим, Уговор о приступању није коначан ни обавезујући све док не добије подршку Европског савета, Европске комисије и Европског парламента, уколико није потписан од стране земље кандидата и представника свих држава чланица, као и уколико не буде ратификован од стране земље кандидата и представника свих држава чланица Европске уније.⁵

5 Видети: Водич кроз приступање Србије Европској унији http://eupregovori.bos.rs/progovori-o-pregovorima/uploaded/EU_VODIC.pdf приступ: 10.08.2017. године.

3. Преговарачко поглавље 23.

Политике Европске уније у области правосуђа и основних права имају за циљ да одрже и даље развијају Европску унију као подручје слободе, безбедности и правде. Независно и ефикасно правосуђе је од великог значаја, док су непристрасност, интегритет и високи стандард доношења судских пресуда неопходни за очување владавине права. Из овог разлога се морају обезбедити правне гаранције које би допринеле праведним судским одлукама. Од посебне важности је и борба против корупције, која предствља претњу по стабилност демократских институција и владавине права, чему државе чланице морају да посвете посебну пажњу. Такође, државе чланице су дужне да обезбеде поштовање основних права и права грађанства Европске уније, што је загарантовано правним наслеђем као и Повешом о основним правима. Европска унија је ставила у фокус преговарачког процеса поглавља која се односе на правосуђе и основна права и правду, слободу и безбедност, јер су то питања и области које су грађанима најважније.⁶

Преговарачко поглавље 23 је ново у преговарачком процесу, јер је његов садржај разматран у претходним круговима проширења ЕУ тако да је био разматран у оквиру поглавља 24 – Правда, слобода и сигурност. Преговарачко поглавље 23 је уведено након шестог таласа проширења Европске уније, које је подељено на 4 тематске целине: реформу правосуђа, антикорупцијска политика, основна права и права држављања ЕУ.

Под реформом правосуђа се истиче питање јачања независности, непристрасности, професионалности и ефикасности правосуђа. Да би изградила такво правосуђе неопходно је успоставити темељ који се заснива на демократском друштву, које обезбеђује адекватну примену законодавства и заштиту грађана.⁷

Независност и непристрасност су уско повезани, тако да је тешко замислити одвајање ова два појма, односно њихово самостално деловање. Да би се омогућила независност судства, веома је важан начин на који је неко именован односно начин на који је постављен ради вршење судијске функције. Због тога је у остваривању независности и непристрасности акценат стављен на избор судија, односно њихово именовање, као и разрешење које треба да се заснива на једнообразним, објективним и транспарентним критеријумима. Управо из овог разлога, непристрасност и

⁶ Видети: Србија и ЕУ – зашто преговарамо? <http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2017/01/SRBIA-i-EU-Zasto-pregovaramo-za-web-s.pdf>, приступ: 10.08.2017. године.

⁷ ибидем.

независност судија подразумевала је увођење објективних и транспарентних критеријумима за напредовање у служби. Од посебне важности истиче се и питање начина именовања председника суда, као и јачање независних правосудних тела односно Високог савета судства и Државног већа тужиоца. Због тога је, Хрватска да би обезбедила независност и непристрасност судства променила Устав. Поред независности судства неопходно је обезбедити одговорност, непристрасност и професионалну етику. С циљем остваривања добрих резултата, али и како би се осигурало поверење грађана у правосудне институције, неопходно је осигурати непристрасност судија и јавних тужиоца. Посебан нагласак је стављен на аутоматску доделу списа којом се отклања ризик манипулације и којом се осигурава да предмет у рад добије у потпуности непристрасни судија. Циљ аутоматске доделе предмета јесте да се се предмети распореде насумично, али такође и да се спречи корупција међу судијама. Истиче се, између осталог, стручност и професионалност судија као неопходан услов обезбеђења независности и непристрасности. С циљем, јачања и усавршавања професионалности у правосуђу неопходно је постојање независне институције, односно Правосудне академије, чији је задатак да пружи иницијалну обуку будућих правосудних кадрова. Оснивањем Правосудне академије Република Србија је испунила први предуслов. Међутим, када је реч о ефикасности правосудног система незаобилазно је дужина трајања судских поступака. У Републици Србији трајање судских процеса је дуже у односу на стандарде ЕУ, уколико се посматрају заостали предмети.⁸

Под антикорупцијском политиком се подразумева институционални оквир којим се обезбеђује превенција и репресија корупције, док се под основним правима подразумева ниво заштите људских права. Под правима грађана ЕУ подразумева активно и пасивно право гласа на изборима, како за Европски парламент тако и на националним изборима, као и право конзуларне заштите грађана Европске уније, као и у оним државама у којима држава чланица нема властититу конзуларну заштиту. Државе чланице Европске уније као и Европска комисија и Европски парламент придају велику важност борби против корупције. ЕУ представља слободно тржиште које омогућава слободно кретање робе, услуге и капитала, док корупција представља баријеру тим слободама, јер се њоме омогућава

⁸ Примера ради, на почетку преговарачког процеса Хрватска је имала око 1,6 милиона нерешених предмета, да би оног тренутка када су преговори били завршени таквих предмета било око 800.000 случајева. У Хрватској је највећи проблем представљало трајање предмета дуже од 3 године, што по европским стандардима представља прекомерно трајање.

дискриминација на тржишту.⁹ Политика борбе против корупције је усмерена у три целине: функционисање институције система које се баве борбом против корупције, затим превентивно и репресивно деловање у циљу сузбијања корупције, и процесуирање кривичних дела која садрже елементе корупције. Под превенцијом корупције се првенствено мисли на уклањање свих ризика који могу погодовати развоју корупције. На пољу репресије очекују се конкретни резултати у процесуирању и санкционисању коруптивних кривичних дела, при чему се нарочито узимају у обзир кадровски капацитети полиције, јавног тужилаштва и судства. У складу са тим, Србија је основала Агенцију за борбу против корупције, као независно тело које се бави превенцијом и борбом против корупције, при чему је нулта толеранција на корупцију мото којим се треба руководити и тај принцип је већ имплементиран у Националну стратегију за борбу против корупције РС за период 2013-2016. године.

Основна права обухватају правне тековине које су обухваћене Повељом Европске уније о људским правима, као и о правима која су обухваћена Лисабонским споразумом. У погледу овог поглавља преговори се односе на неколико питања у којима је уочена потреба за даљим напретком. Пре свега наглашена је потреба за побољшањем борбе против дискриминације, побољшање положаја Рома као и заштита националних мањина, спречавање злочина из мржње, бесплатна правна помоћ, побољшања заштита жене, деце и особе са инвалидитетом као и особа ЛГБТ популације, боља заштита медија као и заштита података о личности. Неопходно је у овој области ускладити наше законодавство са Повељом о основним правима ЕУ, која је постала саставни део тековине Лисабонског уговора. Такође, мора се водити рачуна о примени међународних докумената у области заштите људских права и основних слобода – Конвенција Савета Европе као и праксе Европског суда за људска права који представљају срж демократије на којима се заснива ЕУ.

Права грађана Европске уније представља искључиво техничко подручје, у којем држава кандидат треба да се усклади са постојећим правним тековинама. Ова област се односи на уређење права гласа као и на кандидовање на изборима за Европски парламент као и локалним изборима у другим држава чланицама. Такође, ово поглавље се односи на дипломатску и конзуларну заштиту као и на право слободног кретања и пребивања у Европској унији.

⁹ Видети: Србија и ЕУ – зашто преговарамо? <http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2017/01/SRBIJA-i-EU-Zasto-pregovaramo-za-web-s.pdf>, приступ: 10.08.2017. године.

Влада Републике Србије основала је 11. децембра 2015. године Савет за спровођење Акционог плана за Поглавље 23, као радно тело за пружање стручне подршке Преговарачкој групи за Поглавље 23.¹⁰

4. Преговарачко поглавље 24

Преговарачко поглавље 24 односи се на правду, слободу и безбедност. Ово поглавље обухвата 11 тематских подручја која чине спољне границе и Шенгенски систем, затим миграције, азил, визе, полицијску сарадњу, борбу против организованог криминала, трговине људима, тероризма, дроге, подручје судске сарадње у грађанским и кривичним стварима као и царинску сарадњу.

Европска унија доста висок степен пажње посвећује једној од кључних области, односно азилу, због тога је неопходно у периоду који следи обезбедити капацитете за адекватно сервисирање тражилаца азила и њихово збрињавање.¹¹ Најновије измене прописа из области азила, усвојене су у јуну 2013. године и оне изискују потребу сталног праћења промена од стране државе кандидата како би била у току са новинама и ускладили своје законодавство. Поред потребе сталног усклађивања законодавства неопходно је да државе чланице граде и јачају инситуције, јер се очекује повећање броја тражилаца азила, онда када Република Србија постане привлачна дестинација.¹²

Области миграција обухватају како легалне тако и илегалне миграције. Како се Србија буде кретала на путу европских интеграција биће занимљивија дестинација како за мигранте, тако за рад, студирање тако да је даље усклађивање прописа у овој области неопходно. Прописи из области легалних миграција односе се на право о спајању са породицом, право држављана трећих лица који имају стално пребивалиште, затим право на рад држављана трећих држава, као и право радника који легално бораве. Када је реч о контроли легалне миграције ЕУ је дефинисала правила о санкцијама против лица која запошљавају илегалне мигранте, као и

10 Видети: Преговарачка група за поглавље 23, Акциони план за поглавље 23 <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023%20Treci%20nacrt-%20Kopasna%20verzija1.pdf> приступ: 10.08.2017. године.

11 Видети: Преговори о приступању Србије ЕУ, <http://eupregovori.bos.rs/progovori-opregovorima/poglavlje-24/1562/2016/02/11/poglavlje-24---pravda-sloboda-i-bezbednost.html> приступ: 10.08.2017. године.

12 Видети: Преговарачка поглавља 23. и 24. О чему преговарамо? [https://www.mpravde.gov.rs/files/GIZ_Vodic%20za%20novinare_za%20web%20\(1\).pdf](https://www.mpravde.gov.rs/files/GIZ_Vodic%20za%20novinare_za%20web%20(1).pdf) приступ: 10.08.2017. године

помагаче за илегални прелазак преко границе, али такође је предвидела и правила која се примењују када је потребно илегално лице вратити у земљу порекла. Србија има низ билатералних споразума о реадмисији потписаних са државама чланицама ЕУ, али и споразум о реадмисији са ЕУ.¹³

Усклађивање визног режима Србије са визним режимом ЕУ, представља једну од обавеза приликом преговарања док ће постати обавезујућа датумом пријема. Из тог разлога биће неопходно обезбедити додатне административне капацитете, како би се увођењем виза за држављане држава са „црне листе“ тако да би се захтеви за издавање виза могли решавати у најкраћем року. Када је реч о процедури за издавање визе основни документ ЕУ са којим Србија треба у потпуности да усклади своје законодавство је Кодекс о визама који је усвојен 2009. године.¹⁴

Нова методологија поступања граничне полиције, царине, и свих осталих служби које учествују у граничној контроли неоподна је из разлога обезбеђивања спровођења безбедоносних стандарда на граници. Због тога је неопходно јачање постојећих административних капацитета, као и специфична опрема и изградња одговарајуће инфраструктуре на граничним прелазима. Унутрашње границе међу државама потписницама почеле су да се укидају још Шенгенским споразумом који је потписан 1985. године, док је конвенција за његово спровођење усвојена пет година касније. Контрола спољних граница је веома значајна за унутрашњу безбедност ЕУ, која се постиже правилном применом прописа у области контроле границе, миграције, визе и азила, али такође и полицијском и правосудном сарадњом. Најзначајнији прописи који су донети у овој области су: Шенгенска конвенција, Шенген информациони систем као и Шенген кодекс о границама.

У области полицијске сарадње значајну улогу има Европол чији су основни задаци подршка борбе против криминала. Србија је са Европолом потписала стратешки споразум, док је у поступку потписивање оперативног споразума који ће омогућити заједничку борбу држава чланица ЕУ и наше земље против криминала. Основни захтеви процеса преговарања биће успостављање механизма који ће омогућити размену информација која ће допринети ефикаснијем раду, организацији и јачању институција, као и усклађивање законодавства на националном као и на међународном нивоу.

13 Видети: Преговори о приступању Србије ЕУ <http://eupregovori.bos.rs/progovori-o-pregovorima/poglavlje-24/1562/2016/02/11/poglavlje-24---pravda-sloboda-i-bezbednost.html> приступ: 10.08.2017. године

14 ибидем.

Борба против организованог криминала је област у којој је неопходно остварити напредак у статистици, систему одузимања имовине, капацитета за сложене истраге, процене ризика, размене информација, заштите сведока и др. У овој области неопходно је извршити ратификацију низа конвенција Уједињених нација као и Савета Европе, јачати међународну сарадњу, ојачати административне капацитете и извршити њихову обуку како би били делотворни у пракси.¹⁵

Трговина људима захтева гоњење починилаца, али такође и заштиту жртава при чему је неопходно омогућити им укључивање у друштво, као и пружити им адекватан ниво заштите.¹⁶

Србија је ратификовала велики број конвенција на које се ЕУ ослања у области борбе против тероризма, међутим оно што је неопходно јесте да Србија усклади своје документе са стратегијама и акционим плановима ЕУ. Европска унија је Стратегијом борбе против тероризма дефинисала четири стуба на којима се заснива борба против тероризма: превенција, заштита, прогон и одговор. Један од стратешких докумената је и акциони план којим су дефинисане мере које ЕУ предузима како би спречила регрутовање терориста, којим се обезбеђује боља контрола граница, саобраћајница као и инфраструктура, али такође и врши процесуирање будућих напада терориста и отклањања последица терористичких напада.

Борба против дрога обухвата усклађивање прописа који се односе на прекурсоре, смањење понуде и потражње дрога као и процес уништавања заплењене дроге. Превенција злоупотребе дрога је важан аспект коме је неопходно посветити пажњу али то изискује додатна финансијска средства.

У циљу обезбеђења судске сарадње у грађанским и кривичним стварима неопходно је установити директну комуникацију судова у Србији са судовима у осталим чланицама ЕУ. Основни инструменти кроз које се остварује судска сарадња у кривичним стварима односи се на узајамно признавање и извршавање судских одлука, положај жртава у кривичном поступку, заштити људских права као и материјално право.

Царинска сарадња подразумева спровођење Напуљ II конвенције која подразумева узајамну помоћ и сарадњу царинских органа држава чланица

15 ибидем.

16 Видети: Преговарчка поглавља 23. и 24. О чему преговарамо? [https://www.mpravde.gov.rs/files/GIZ_Vodic%20za%20novinare_za%20web%20\(1\).pdf](https://www.mpravde.gov.rs/files/GIZ_Vodic%20za%20novinare_za%20web%20(1).pdf) приступ: 10.08.2017. године

у циљу спречавања и откривања царинских прекршаја, како националних тако и ЕУ, ради очувања функционисања унутрашњег тржишта.¹⁷

5. Закључак

У Мишљењу Комисије о захтеву Србије за чланство ЕУ наводи се да је Република Србија веома напредовала у испуњењу политичких критеријума који су постављени на састанку Европског савета у Копенхагену 1993. године као и услова из Процеса стабилизације и придруживања у вези са стабилношћу институција којима се обезбеђује демократија, владавина права, поштовање људских и мањинских права. Међутим, иако је постигнут значајан успех у усвајању великог броја закона који су усаглашени са правним тековинама ЕУ, Србија је суочена са великим изазовима када је реч о њиховој имплементацији. У процесу усклађивања правних прописа четири области се истичу као најпроблематичније, односно пољопривреда и рурални развој, затим правосуђе и основна права, правда слобода и безбедност као и финансијска контрола.

Питање реформе правосудног система је актуелно дужи временски период од демократских промена 2000. године. Националном стратегијом за реформу правосуђа из 2006. године, била је предвиђена измена прописа којим би се регулисале самосталне правосудне функције, али такође и изменили процесни закони. Најзначајнија новина у правосудном систему јесте усвајање Закона о јавним бележницима, чије је циљ био да се растерети рад судова, али такође и да се убрзају одређени поступци. (Кнежевић Бојовић, Рељановић, 2012:90)

Србија је углавном извршила правно усклађивање са утврђеним стандардима ЕУ у области спољних граница, азила као и имиграција. Закон о државној граници и странцима, као и Закон о азилу из 2007. године потпуно подржавају утврђене стандарде и процедуре ЕУ. Такође, појачани напори Пограничне полиције допринели су да је укупан број откривених илегалних прелазака у региону Западног Балкана током 2011. године износио 40 одсто, док 2010. године само три одсто. Међутим, јавља се потреба за формирањем посебне организационе јединице на централном нивоу која би се бавила стратешком прогнозом ризика, али такође и оспособити пограничне полицајце који би се бавили прогнозом ризика на тактичком и оперативном нивоу. (Дапчевић Марковић, 2012:176)

Законски оквир којим се регулише забрана дискриминације на основу сексуалне оријентације, слободе окупљања и удруживања је задовољавајуће

¹⁷ ибид.

и прилично хармонизован са правом ЕУ. Потпуна усклађеност са правним тековинама ЕУ изискује законске промене али и унапређено спровођење закона у пракси. Из тог разлога било би неопходно применити механизме за превенцију у циљу заштите ових права, али такође и извршити измене Кривичног законика како би се увела кривична дела „злочин из мржње према сексуалним мањинама“, као и извршити измене свих релевантних законских текстова у циљу измене и допуне антидискриминационих одредби услед сексуалног опредељења. (Николић, О., 2012: 140)

Према оцени Аналитичког извештаја Србија је успоставила правни и институционални оквир за борбу против корупције, укључујући и Агенцију за борбу против корупције као и Закон о финансирању политичких активности који су у складу са европским стандардима. Међутим, према Извештају корупција је и даље распрострањена у свим значајним и областима и представља озбиљан проблем. Европска комисија придаје нарочито велики значај кривичним истрагама корупције, због чега се нарочито велики значај придаје антикорупцијским одељењима у оквиру тужилаштва и полиције, где се истиче потреба за јачањем капацитета. Примена политике борбе против корупције треба да резултира опипљивим резултатима, који ће допринети повећању осуда у кривичним предметима. Такође је неопходно унапредити капацитете Агенције за борбу против корупције. Иако је Агенција донела Правилник о узбуњивачима из 2011. године, његова практична примена је још увек слаба. Наиме Агенција нема довољно законских овлашћења у циљу обезбеђивања заштите од одмазде, која се постиже једино на тај начин да се очува анонимност оних који пријављују корупцију, затим заштита се остварује једино уколико су корупцију пријавили Агенцији, а не и другим надлежним органима, док су субјекти заштите једино запошљени у јавном сектору као и уколико се пријављени случај односио на њихов делокруг рада. Из овог разлога је неопходно да Закон о заштити узбуњивача у потпуности регулише ову материју. (Матић, М., 2012:119)

У циљу јачања позиције кандидата за пријем у Европску унију, али и с циљем јачања националне безбедности Република Србија је ратификовала бројне међународне документе у области организованог криминала, тако да је испуњавање тако преузетих обавеза представљао један од националних приоритета. Овако успостављен систем за супростављање организованом криминалу умногоме уважава стандарде и принципе у Европи и свету.¹⁸

18 Донети су бројни законски прописи и стратегијско-доктринарни документи из области правосуђа, унутрашњих послова, безбедносно-обавештајног система, супростављања тероризму, организованом и високотехнолошком криминалу, као и из области ванредних ситуација, националне безбедности, одбране итд. У вези са тим

Међутим и поред тога, систем безбедности не може бити ефикасан уколико га не воде стручна лица, уколико није демилитиразован и деполитизован, као и уколико се не признају постојећи проблеми односно уколико се идентификовани проблеми не решавају. (Мијалковић, С., 2012:209)

Влада Републике Србије уложила је значајне напоре да прилагоди домаће законодавство са међународном регулативом у области трговине људима. Учињени су значајни напори да у циљу успостављања значајних механизма како би дошло до заштите од овог кривичног дела које је изузетне друштвене вредности. Међутим, како би се искоренила трговина људима неопходно је преузети још неке додатне мере, при чему би се правни оквир ускладио са Директивом ЕУ, а која се односи на измене Кривичног Законика. Наиме, измене требају да имају за циљ, да жртве не буду додатно виктимизирани у судском процесу, тако да је неопходно ослободити кривичног гоњења жртву, услед извршења кривичних дела која су последица њеног положаја као жртве. Такође, неопходно је и омогућити јачање капацитета Министарства унутрашњих послова и јавног тужилаштва како би се олакшало препознавање овог кривичног дела и омогућило брже процесуирање. (Уљанов, 2012:229)

Када је реч о о судској сарадњи у грађанским и трговинским стварима, може се закључити да је Србија ратификовала најзначајније међународне уговоре, те на основу тога може се закључити да је унутрашње законодавство у складу са захтевима и европским стандардима. Међутим, неопходно је отклонити одређене недостатке, који су наведени у Извештају Европске комисије, као и прилагођавању правним тековинама. Стога, неопходно је недостатке отклонити доношењем нових закона, затим унапредити судску сарадњу у овој области у региону, изградити студије о примени свих међународних докумената које је Република Србија ратификовала, како би се уочили недостаци и проблеми који се јављају приликом њихове примене, затим обучити кадрове и уредити послове судова који се односе на пружање међународне правне помоћи. (Чоловић, 2012:194)

донети су следећи прописи: Законик о кривичном поступку, Закон о јавном тужилаштву, Закон о уређењу судова, Закон о полицији, Закон о Безбедносно-информативној агенцији, Кривични законик, Царински законик, Законик о програму заштите учесника у кривичном поступку, Национална стратегија за борбу против корупције итд.

Литература

35 корака ка Европској унији (2015), друго измењено и допуњено издање, Информациони центар ЕУ у Београду.

Водич кроз приступање Србије Европској унији, текст доступан на: http://eupregovori.bos.rs/progovori-o-pregovorima/uploaded/EU_VODIC.pdf

Дапчевић Марковић, Љ., (2012), Контрола спољних граница, азил и имиграције, Институт за упоредно право, стр. 175-194.

Кнежевић Бојовић А., Рељановић, М., (2012) Реформа правосуђа, Институт за упоредно право, стр. 89-119.

Матић, М., (2012), Политика борбе против корупције, Институт за упоредно право, стр. 119-139.

Мијалковић, С., (2012) Институционалне капацитети за сузбијање организованог криминала, Институт за упоредно право, стр. 209-229.

Николић, О., (2012) Забрана дискриминације ЛГБТ популације и слобода окупљања и удруживања, Институт за упоредно право, стр. 139-152.

Објашњена Европска унија: Како функционише Европска унија, (2015), Информациони центар ЕУ у Београду.

Преговарачка група за поглавље 23, Акциони план за поглавље 23, текст доступан на: <https://www.mpravde.gov.rs/files/Akcioni%20plan%20PG%2023%20Treci%20nacrt-%20Konacna%20verzija1.pdf>.

Преговори о приступању Србије ЕУ, текст доступан на: <http://eupregovori.bos.rs/progovori-o-pregovorima/poglavlje-24/1562/2016/02/11/poglavlje-24---pravda-sloboda-i-bezbednost.html>.

Споразум о стабилизацији и придруживању, текст доступан на: <http://www.mfa.gov.rs/sr/index.php/spoljna-politika/eu/saradnja-republike-srbije-i-evropske-unije-u-sektorskim-politikama/11374-2013-07-15-09-10-17?lang=lat>

Србија и ЕУ – зашто преговарамо?, текст доступан на: <http://eukonvent.org/wp-content/uploads/2017/01/SRBIIA-i-EU-Zasto-pregovaramo-za-web-s.pdf>.

Србија и ЕУ: Зашто преговарамо?, (2016) Мрежа Европског покрета у Србији.

Уљанов, С., (2012) Трговина људима са посебним освртом на трговину људским органима, Институт за упоредно право, стр. 229-247.

Чоловић, В., (2012) Судска сарадња у грађанским и трговачким стварима, Институт за упоредно право, стр. 194-209.

Anita Ilić, LL.M.,
PhD student at Faculty of Law, University of Niš

**NECESSARY CHAPTERS 23 AND 24 WITH THE
EU AND NEED OF THE REFORM OF THE LEGAL
SYSTEM OF THE REPUBLIC OF SERBIA**

Summary

Harmonization of domestic legislation with the European Union's acquis is one of the key conditions for the continuation of European integration. However, the harmonization of domestic legislation should not only include harmonization of legal acts, but also their full implementation in the Republic of Serbia. Therefore, accession to the European Union is a very complex process, while the duration of the procedure itself depends on many factors. The experiences so far, especially on the examples of negotiations between Montenegro and Croatia, point to the particular importance of negotiating chapters 23 and 24. They are considered crucial for the final decision on the admission of a new state to membership.

Keywords: *negotiation chapters, europic union, reform of the legal system, international documents, harmonization.*

Гала Бончић¹,
Приправник у Основном суду у Нишу

УТИЦАЈ ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ НА СИСТЕМ ЈАВНИХ НАБАВКИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ²

Апстракт: *Значај регулисања области јавних набавки је велики, имајући у виду да јавне набавке утичу на правилно коришћење буџетских средстава, привреду Републике Србије, привредни раст и развој, али и на борбу против корупције, за чији раст се ствара погодно тле у случајевима када област јавних набавки није адекватно регулисана или када се прописано не примењује у пракси. Од 2002. године и доношења првог закона у Републици Србији који регулише ову област на јединствен и систематичан начин, наше законодавство је претрпело бројне промене. Учестало мењање прописа из ове области вршено је у циљу приближавања нашег законодавства прописима Европске уније, и адаптације законодавства РС у складу са европским директивама о јавним набавкама. Упоредо са „европеизацијом“ области јавних набавки, постоје и бројни други правни инструменти на међународном нивоу који регулишу област јавних набавки или на њих утичу на један или други начин, што усложњава питања извора ових правних правила и њиховог доносиоца, али и међусобног утицаја различитих правних извора на међународном нивоу који регулишу области од значаја за јавне набавке.*

Кључне речи: *јавне набавке, Закон о јавним набавкама, Директива 2004/18/ЕЗ, Директива 2014/24/ЕУ, усклађивање законодавства РС са прописима ЕУ.*

1. Увод

Јавне набавке представљају набавку добара, услуга или радова од стране наручиоца, који припада јавном сектору, због чега је квалитетно уређен систем јавних набавки од изузетног значаја за привреду сваке државе. Путем јавних набавки јавни сектор се снабдева робом или услугама, за

1 galaboncic@rocketmail.com

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

чије се плаћање користе јавна средства, те је важно обезбедити њихово рационално и економично коришћење. Када је систем јавних набавки адекватно уређен, остварује се слободна конкуренција понуђача који учествују у конкретном поступку јавне набавке. Што је систем сигурнији, мањи је пословни ризик и веће је учешће иностраних понуђача у надметању за закључење конкретног уговора, чиме се омогућава закључење уговора са најбољим понуђачем, независно од тога да ли се ради о домаћем или иностраном лицу које нуди своју робу или услуге. Наведено је од великог значаја јер се на тај начин остварује слободнији проток робе, људи и капитала на простору Европске уније, што представља један од темељних принципа постојања ЕУ. Управо из тог разлога Европска унија настоји да својим директивама регулише горућа питања у овој области, па су тако и државе у процесу придруживања у обавези да усклађују своје законодавство али и да остваре примену њиховог слова у пракси. Бројне реформе законодавства Републике Србије у области јавних набавки, спровеле су се у циљу испуњавања услова за приступање Европској унији, те су се закони мењали или су доношени нови, како би се прилагодили захтевима директива Европске уније. Први пакет директива ЕУ донет је 2004. године, па потом 2014. године, што је извршило кључни утицај и на промене домаће регулативе.

Поред извора права Европске уније у области јавних набавки, постоје бројни извори на међународном нивоу који такође регулишу ова питања. Узевши у обзир њихово мноштво у области јавних набавки, о чему ће бити речи у наставку, поставља се питање могућности да у неком наредном периоду дође до стварања међународног управног права.

2. Законска регулатива јавних набавки у праву Републике Србије

Први Закон о јавни набавкама у Републици Србији донет је 2002. године³, као последица захтева који је Европска унија поставила пред државе које се налазе у поступку преговора о придруживању. Област јавних набавки пре доношења овог закона, била је несистематично и непотпуно регулисана, са пуно правних празнина. На тај начин избор понуђача зависио је од дискреционих одлука наручилаца а јавна средства су трошена ненаменски или неефикасно (Митровић-Житко, Шпилер, 2014:2). Услед свега наведеног набављала се недовољно квалитетна роба, застарела технологија, или се избор робе вршио на нетранспарентан начин и по нејасним критеријумима. На овај начин отворена су врата различитим видовима корупције, што је и био један од разлога који су условили потребу детаљног и систематичног

³ Закон о јавним набавкама („Службени гласник РС“, број 39/02)

регулисања поступака јавних набавки. Ипак, домаћа регулатива је од доношења првог закона о јавним набавкама, претрпела извесне промене. Тако се већ 2004. године доноси Закон о изменама и допунама закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“ бр. 55/04) којим је, између осталог, требало заштитити јавни интерес у поступцима јавних набавки на тај начин што би се дала могућност надлежном државном органу односно организацији да, путем подношења захтева за заштиту јавног интереса, обезбеди проверу законитости поступка јавних набавки, затим како би се прописале мере којима би се домаћи понуђачи довели у равноправнији положај са иностраним понуђачима, и тд (Митровић-Житко, et al., 2014:3).

У међувремену је уочена потреба доношења новог закона, па се 2008. године доноси Закон о јавним набавкама („Службени гласник РС“ бр. 116/08) са циљем отклањања даљих неправилности које су уочене у примени претходног закона и његових измена, као и да би се усагласила поједина законска решења и додатно спречиле злоупотребе до којих је долазило у пракси. Овај закон уводи одређене новине, тако, примера ради, чланом 97 Закона уведена је обавеза наручиоца да актом о систематизацији предвиди радно место за послове јавних набавки, уз обавезу да службеник који обавља овај посао има одговарајући сертификат за вршење послова јавних набавки⁴. Начин добијања сертификата за службеника на пословима јавних набавки, као и услови које је потребно испуњити да би се добио сертификат су уређени Правилником о поступку издавања сертификата за службеника за јавне набавке („Службени гласник РС“, број 50/09), док су се први испити за стицање овог сертификата у Републици Србији, одржали у децембру 2010. године. Циљ професионализације је да се преко оспособљавања, стручности и ефикасности оних који обављају послове јавних набавки унапреди спровођење закона⁵. Такође, први пут је уведена обавеза да се огласи о јавним набавкама објављују не само у Службеном гласнику Републике Србије, већ и електронским путем на Порталу јавних набавки, што је предвиђено у оквиру начела транспарентности⁶. Закон из 2008. године је значајан и због оснивања Републичке комисије за заштиту права у поступцима јавних набавки као самосталног и независног органа Републике Србије који обезбеђује заштиту права понуђача и јавног интереса. Заштита права се остварује на тај начин што Комисија одлучује о захтеву за заштиту права који може да поднесе како свако лице које има интерес да закључи уговор о конкретној јавној набавци

4 Чл.97 Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 116/2008)

5 Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији („Службени гласник РС“ 71/11), стр. 10

6 Чл.10 Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 116/2008)

тако и (у случају повреде јавног интереса) Управа за јавне набавке, јавни правобранилац, државни орган или организација овлашћена да врши надзор над пословањем наручиоца⁷.

Потом, 2011. године, Влада Републике Србије доноси Стратегију развоја јавних набавки у Републици Србији („Службени гласник РС“ 71/11). Стратегија најпре истиче значај јавних набавки за читаву привреду наше државе као и животни стандард наводећи податак да је вредност јавних набавки у Републици Србији, у 2010. години, износила је 273 милијарде динара, што износи 9,96% бруто домаћег производа, док је у 2005. години овај удео јавних набавки износио 7,41%⁸. Следствено томе, јасан је значај који јавне набавке имају за привреду Републике Србије и раст животног стандарда становништва. У Стратегији се наглашава да је из наведених разлога неопходно приступити изменама и допунама Закона о јавним набавкама како би се ускладила правна правила о јавним набавкама са европским директивама⁹, с обзиром да претходни закони у овом задатку нису успели у потпуности. Нагласак је стављен на стварање система јавних набавки који би био транспарентан, ефикасан и економичан. Транспарентан систем коришћења јавних средстава у поступцима јавних набавки смањује могућност корупције и злоупотребе ових средстава, што је посебно значајно имајући у виду да се ради о новцу пореских обвезника. У том смислу стратегија је, као неке од основних слабости тада важећег Закона о јавним набавкама, идентификовала недовољну транспарентност преговарачког поступка, поступка набавки мале вредности, уз уочавање потребе да се уведе обавеза оглашавања и набавки мале вредности на Порталу јавних набавки и увођења правила код одабира потенцијалних наручилаца који ће бити позивани да дају понуде. Предложене измене стремиле би ка сузбијању примећених нерегуларности у пракси, као и отклањању уочених слабости од којих се још наводе и административна захтевност поступка јавних набавки и преоптерећеност формалним условима, сувишан број обавезних услова за учешће у поступку, чиме се дестимулише конкуренција, отежано доказивање испуњености услова, недовољно разрађена мерила за примену појединих елемената критеријума економски најповољније понуде, неискоришћеност могућности електронског оглашавања јер се штампаним оглашавањем продужава поступак јавне набавке, чињеница да подношење понуда електронским путем и електронске лицитације нису заживеле у пракси. Због наведених недостатака велики је број поступака

7 Чл. 106 Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 116/2008).

8 Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији („Службени гласник РС“ 71/11), стр. 1.

9 Ibidem, стр. 2.

јавних набавки био неуспешан због тога што су очигледно повољне понуде, садржале суштински небитне формалне недостатке¹⁰.

Такође, као разлог за измену тада важећег Закона из 2008. године, Стратегија наводи и неусклађеност са директивама Европске Уније, која се огледа у неусклађености законских дефиниција са дефиницијама из поменутих директива, примену Закона на мањи број случајева него што директиве предвиђају, пропуст домаћег законодавца да уреди одређене поступке, док је, примера ради, рестриктивни поступак другачије уређен, и тд.

Нови Закон о јавним набавкама донет је 2012. године¹¹, како би се набројани недостаци уклонили и како би постојећи систем јавних набавки ојачао. Овај закон регулише област јавних набавки на свеобухватнији начин у односу на претходно важеће и уводи значајне новине. Први пут се уређује питање планирања јавних набавки, потом, у односу на претходноважећи закон, сада постоји изричита обавеза доношења плана набавки а предвиђена је и обавезна садржина плана, као и обавеза сачињавања извештаја о извршењу плана набавки, што је регулисано чланом 51 Закона.

Новина су и посебне одредбе које регулишу набавке у области одбране и безбедности, а које се стављају под посебан режим¹². Претходни закон није регулисао ову област, већ је иста била регулисана уредбама Владе, па тако за потребе Војске Србије и Министарства одбране - Уредбом Владе о средствима посебне намене¹³, Уредбом о средствима посебне намене за набавке МУП-а¹⁴ и Уредбом о одређивању средстава посебне намене за потребе Безбедоносно-информативне агенције¹⁵. Наведене уредбе су прописивале начин спровођења набавки, али углавном директним уговарањем и без оглашавања набавки.

Од значаја је и регулисање мера за спречавање корупције и сукоба интереса као што су интерни акт, грађански надзорник, забрана радног ангажовања итд.

Чл. 11 носи назив начело транспарентности поступка јавне набавке и предвиђа општу обавезу наручиоца да обезбеди јавност и транспарентност

¹⁰ Ibidem, стр 11.

¹¹ Закон о јавним набавкама („Службени гласник РС“, број 124/12)

¹² Чл. 127-131 Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, број 124/12)

¹³ Уредба о средствима посебне намене („Службени гласник РС“, бр. 82/08 и 47/10)

¹⁴ Уредба о средствима посебне намене („Службени гласник РС“, бр.29/05 и 7/10)

¹⁵ Уредба о одређивању средстава посебне намене за потребе Безбедоносно-информативне агенције („Службени гласник РС“, бр.21/09)

поступка, поштујући али се не ограничавајући само на обавезе из овог закона¹⁶. Претходни закони су ово начело регулисали другачије, у том смислу се оно односило на начин објављивања јавног позива и других огласа о јавним набавкама, и на могућност да лице које учествује у поступку јавне набавке има право да изврши увид у податке из понуде које се уносе у записник о отварању понуда, односно право на увид у податке о спроведеном поступку јавне набавке након пријема одлуке којом се поступак окончава (Терзић, Срећков, Варинац, Белензада, Малетић, Цветковић, 2013:70). У новом закону ове одредбе су нашле своје место у члановима који регулишу начин објављивања огласа, отварање понуда и записник о отварању понуда, као и увид у документацију. Транспарентност поступка јавне набавке се обезбеђује прописивањем и доследном применом следећих обавеза наручиоца: 1. Објављивање огласа о јавним набавкама на Порталу јавних набавки као и одређених огласа на Порталу службених гласила Републике Србије и база прописа (чл.57); 2. Објављивањем конкурсне документације (чл. 62); објављивање огласа за набавке мале вредности (чл. 39); 4. Јавно отварање понуда (103), омогућавање увида у документацију чл. 110, извештавањем понуђача чл. 111, објављивање одлуке о измени уговора о јавној набавци из чл. 115 као и евидентирањем података о поступцима јавних набавки и закљученим уговорима о јавним набавкама и достављање тромесечних извештаја Управи за јавне набавке из чл. 132.

Како је већ приказано у делу о Стратегији развоја јавних набавки за 2011 годину, већи степен транспарентности је један од основних захтева који су прописи Европске уније поставили пред домаћег законодавца али и пред сва лица која примењују Закон о јавним набавкама. У праву Европске уније за начело транспарентности од изузетног је значаја случај Европског суда правде Телеаустрија¹⁷. У овом случају радило се о концесији услуга, која није била покривена директивама Европске уније, али је Суд невезано за ту чињеницу, установио правило да се чак и на оне уговоре који нису покривени Директивама о јавним набавкама, примењује начело транспарентности. Обавеза транспарентности састоји се у томе да се потенцијалним понуђачима обезбеди такав степен транспарентности оглашавања који је довољан да омогући фер конкуренцију на тржишту као и да омогући контролу непристрасности поступака набавке¹⁸.

16 Чл.11 Закон о јавним набавкама („Службени гласник РС“, број 124/12)

17 ECJ case C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG*, joined party: *Herold Business DataAG*, 7.12.2000.

18 *Ibidem*, стр. 62

Поред бројних других новина, у правни систем Републике Србије, уведено је и ново начело заштите животне средине и обезбеђивања енергетске ефикасности чија је суштина у томе да створи обавезу за наручиоца да прибавља таква добра, услуге или радове који не загађују животну средину или на њу минимално утичу, односно који обезбеђују адекватно смањење потрошње енергије (такозване „*Green procurement*“ или зелене набавке). Као један од критеријума за одабир економски најповољније понуде, члан 85 Закона предвиђа и еколошку предност, заштиту животне средине и енергетску ефикасност као параметре којима се наручилац може руководити. У Коментару Закона о јавним набавкама из 2012. године као пример тога даје се оцена степена емисије издувних гасова или степена буке возила код набавке аутобуса, а наводи се и још чињеница да када се набављају добра, услуге и радови а да се притом води рачуна о еколошким предностима, заправо на дуже стазе говоримо о најјефтинијој понуди иако су првобитни трошкови већи¹⁹.

Овај закон се и даље примењује у Републици Србији али са изменама. Фебруара 2015. године ступиле су на снагу измене одредаба из чл. 86 Закона а које се тичу предности које су биле прописане за домаће понуђаче и добра, на тај начин што се ова предност домаћих понуђача процентуално смањила²⁰. Августа исте године ступио је на снагу Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама²¹, као следећи корак у уклађивању законске регулативе у области јавних набавки са директивама Европске уније и праксом њених чланица, а у циљу повећања конкурентности, ефикасности и економичности поступака јавних набавки и отклањања уочених неправилности²². Новине се односе на измене набавки на које се закон не примењује тј. предвиђени су нови изузеци од примене Закона и детаљније дефинисани постојећи, уводи се појам истоврсне јавне набавке а бришу се појмови истоврсно добро, истоврсне услоге и истоврсни радови, која за циљ има да онемогући намеру наручиоца да истоврсну набавку уситни и разложи на више набавки како би избегао примену закона, уведене су одређене измене које се тичу мера за спречавање корупције, измене у појединим врстама поступка и централизованим јавним набавкама, новине у начину планирања и садржају плана набавки,

19 Ibidem, стр. 74

20 Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 14/2015)

21 Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 68/2015)

22 Приручник, Јавне набавке, прописи и пракса, Информативно пословни центар, бр. 8а, 2015, стр. 127

садржини конкурсне документације, доказивање испуњености услова за одређене радње у поступку, објављивање на Порталу јавних набавки уместо доставе, измене одређених рокова, и друго²³. Важно је напоменути да су ове измене резултат реформе система јавних набавки која се спроводи по новој Стратегији донетој 2014. године²⁴. Ова Стратегија као један од својих стратешких циљева наводи и потпуно усаглашавање домаћих прописа са директивама и другим актима Европске уније у области јавних набавки и њихово пуно спровођење у пракси. Оцена реформе система јавних набавки као и успешност усаглашавања са актима ЕУ, зависиће не од формалне усаглашености прописа, већ од практичне примене поменуте регулативе²⁵.

3. Директиве Европске Уније у области јавних набавки

Наведене промене које је претрпело законодавство Републике Србије у области регулисања јавних набавки, од доношења првог Закона о јавним набавкама до данас, резултат су усклађивања са директивама Европске уније. Због тога је значајно приказати и укратко објаснити суштину основних директива ЕУ, у које спадају Директива 2004/18/ЕЗ из 2004. године, за координацију поступака за доделу уговора о јавним набавкама радова, добара и услуга²⁶, Директива 2004/17/ЕЗ из 2004. године, којом се уређују поступци набавки наручилаца из области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга, Директива 2007/66/ЕЗ из 2007. године, којом су регулисани правни лекови у области јавних набавки и унапређена ефикасност заштите права у поступцима јавних набавки, Директива 2009/81/ЕЗ из 2009. године, којом се уређују набавке у области одбране и безбедности.

У скорије време, тачније 2014. године донете су и три нове директиве и то Директива 2014/24/ЕУ о јавним набавкама, Директива 2014/25/ЕУ о набавкама од стране субјеката који послују у области водопривреде, енергетике, саобраћаја и поштанских услуга и Директива 2014/23/ЕУ о додели уговора о концесији.

Највећи значај имају Директива 2004/18/ЕЗ из 2004. године, за координацију поступака за доделу уговора о јавним набавкама радова, добара и услуга, и нова Директива 2014/24/ЕУ о јавним набавкама, јер се не односе на

23 Ibidem, стр. 128

24 Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2014-2018. године („Службени гласник РС“ бр. 122/2014)

25 Ibidem, стр.1

26 Директива 2004/18 ЕЗ Европског парламента и Савета од 31. марта. 2004.

посебне режиме јавних набавки. Директива 2004/18/ЕЗ уређује поступке за доделу уговора о јавним радовима, уговора о јавним набавкама добара, као и уговора о јавним услугама у класичном сектору и представља спој три претходно важеће директиве (93/36/ЕЕЗ, 93/37/ЕЕЗ и 92/50/ЕЕЗ). Битно је истаћи и чињеницу да Директива област концесија јавних радова и услуга, заједно са јавним набавкама, регулише на јединствен начин и то као област доделе јавних уговора²⁷. За Директиву 2004/18/ЕЗ значајно је то што, заједно са директивом 2004/17/ЕЗ (која се бави регулисањем посебних режима јавних набавки у водопривреди, енергетици, итд.), уводи електронске јавне набавке. Њихове одредбе регулишу као најважније, електронска средства комуникације, е-потпис, динамички систем набавки, е-аукције, е-каталоге, е-оглашавање, е-документацију и друго.

У погледу Директиве 2009/81, њен циљ јесте да осигура примену прописа унутрашњег тржишта ЕУ на одбрану и безбедност, у складу са којом је у Закон о јавним набавкама Републике Србије из 2012. године први пут уведен посебан режим за набавку добара, услуга и радова за потребе одбране и безбедности.

Нова Директива 2014/24/ЕУ²⁸, уводи одређене промене у односу на Директиву из 2004. године, попут повећане могућности приступа у преговарачком поступку и конкурентном дијалогу, затим уводи нову терминологију, брише разлику између услуга А и Б категорије, смањује захтеве у погледу потребне документације, појашњава употребу оквирног споразума, уноси нову одредбу у део који регулише сукоб интереса, и друго.

У земљама Европске уније и даље се врши усклађивање законодавстава са пакетом директива из 2014. године.

4. Транснационализација правила о јавним набавкама?

Норме које уређују проблематику закључивања управних уговора су традиционално посматране као питање националног права, јер се само управно право, као област којој овакве норме припадају, поимало као стриктно територијално. У последње време, под утицајем глобализације, стварања светског тржишта, као и деловањем Европске уније и њеног законодавства на државе чланице као и државе у процесу придруживања, јављају се нова схватања у јавно правним круговима, па се говори о

²⁷ Чл. 1, тач. 3-4, Директива 2004/18 ЕЗ Европског парламента и Савета од 31. марта. 2004.

²⁸ Директива 2014/24 ЕУ, Службени лист Европске уније L 94/65, 2014.

стварању темеља интернационалног управног права (Stewart, 2003). Право које уређује област закључивања оваквог уговарања, постаје све више обликовано захтевима наднационалних ентитета, па се у том смислу посебно говори о Европеизацији управног права²⁹.

Поред утицаја директива Европске уније, на регулисање система јавних набавки значајан утицај извршили су и међународни трговински споразуми, чија је сврха, између осталог, и стварање отвореног тржишта за јавно уговарање као и омогућавање приступа тржишту иностраним пружаоцима роба и услуга. Један од значајних инструмената - Споразум о јавним набавкама, донет је 1994 године, на нивоу Светске трговинске организације, а после бројних преговора ревидиран изменама које су на снази од априла 2014. године³⁰. Овакви инструменти постављају нове изазове пред националног законодавца али захтевају и адаптирање у примени ових правила и усаглашавање праксе. Наведено управо води ка интернационализацији норми које регулишу закључивање јавних уговора, односно посебно оних норми које регулишу јавне набавке.

Интернационализација правила која регулишу јавне набавке тежи да пробије границе и отвори тржишта и ослободи их препрека и ограничења за закључивање управних уговора. Њихов утицај се огледа не само на прилагођавање правила која се тичу различитих фаза закључења конкретног уговора већ задире и у питања која се, наизглед, тичу само домаћег законодавца. На пример код постављања захтева и стандарда који се тичу заштите права понуђача у поступку јавних набавки, међутим од конкретног правног решења зависи ниво правне сигурности понуђача, а од тога затим зависи и степен заинтересованости иностраних понуђача за учешће на домаћим тендерима, чиме долази до још већег отварања тржишта.

Област јавног уговарања погођена је и растућим бројем меких извора права који такође имају велики утицај. Један од примера је Унцитралов Модел закон о Јавним набавкама³¹, који иде за тим да изврши хармонизацију националних правила у области јавних набавки али и да служи као оријентир услед недостатка стручњака на овом пољу у многим земљама. Међутим, бројни научни радови на ову тему говоре и о значајном утицају

29 Видети: К.-Н. Ladeur (ed.), *The Europeisation of Administrative Law* (2002)

30 World Trade Organisation, *Revised Government Procurement Agreement*, 2014, приступљено 08.08.2017 године на: https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/rev-gpr-94_01_e.htm.

31 UNCITRAL Model Law on public procurement, 2011, приступљено 08.08.2017 године на: <https://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/ml-procurement-2011/2011-Model-Law-on-Public-Procurement-e.pdf>.

уговорне праксе на стварање и промену регулативе. Тако се истиче да је индустрија гаса један од примера где се бројни уговори између нафтних компанија и држава закључују на основу модела који су развијени у приватном сектору од стране разних бизнис асоцијација, док исти примери постоје и у области јавно-приватних партнерстава (Audit, Schill, 2017:13). Међународне организације али и приватни финансијери постају активни учесници у преобликовању „транснационалног права јавних уговора“, те се сама проблематика ових уговора, а посебно јавних набавки више не може посматрати као чисто национално питање без испитивања различитих утицаја који доприносе развоју конкретне регулативе.

5. Уместо закључка

На основу свега изложеног, јасно је да је готово читава законска регулатива у области јавних набавки Републике Србије, па чак и само доношење првог Закона о јавним набавкама из 2002. године, резултат захтева Европске уније и да су прописи наше државе под снажним утицајем директива ЕУ, при чему је слобода нашег законодавца у регулисању области јавних набавки под знаком питања. Међутим, да ли се, и у којој мери, може говорити о стварању међународног права јавних уговора у скорој будућности, јесте сложено питање, које захтева опсежно истраживање и анализу, за које овде није било времена ни могућности.

Литература

Audit M., Schill S.W., Transnational Law Of Public Contracts: An Introduction, Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper No. 2017-07, Amsterdam Center for International Law No. 2017-06, 2017.

Директива 2004/18 ЕЗ, Службени лист Европске уније L 134/114, 2004.

Директива 2014/24 ЕУ, Службени лист Европске уније L 94/65, 2014.

Case C-324/98, Telaustria Verlags GmbH and Telefonadress GmbH v Telekom Austria AG, joined party: Herold Business DataAG, 7.12.2000.

Закон о јавним набавкама („Службени гласник РС“, број 39/02).

Закон о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр.116/2008).

Закон о јавним набавкама („Службени гласник РС“, број 124/12).

Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 14/2015).

Зборник радова студената докторских студија права

Закон о изменама и допунама Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 68/2015).

Ковачевић З., Приручник за Јавне набавке, прописи и пракса, Информативно пословни центар, бр. 8а, 2015.

Ladeur K.-H. (ed.), *The Europeanisation of Administrative Law* (2002).

Митровић-Житко Н., Шпилер М., Јавне набавке у Републици Србији, први део, Институт за право и економију, Београд 2014.

Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији („Службени гласник РС“ 71/11) Стратегија развоја јавних набавки у Републици Србији за период 2014-2018. године („Службени гласник РС“ бр. 122/2014).

Stewart R.B, “Administrative Law in the Twenty-first Century”, 78 N.Y.U.L. Review 437 (2003), последњи пут приступљено 20.08.2017. године: <http://www.nyulawreview.org/sites/default/files/pdf/NYULawReview-78-2-Stewart.pdf>.

Терзић Б., Срећков Д., Варинац С., Белензада Ђ., Малетић М., Цветковић Б., Коментар Закона о јавним набавкама, Службени гласник 2013.

Уредба о средствима посебне намене („Службени гласник РС“, бр. 82/08 и 47/10).

Уредба о средствима посебне намене („Службени гласник РС“, бр.29/05 и 7/10).

Уредба о одређивању средстава посебне намене за потребе Безбедоносно-информативне агенције („Службени гласник РС“, бр.21/09).

Gala Bončić, LL.M.,

Intern at Basic Court of Niš

THE IMPACT OF THE LAW OF EUROPEAN UNION ON THE PUBLIC PROCUREMENT SYSTEM IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The importance of regulating public procurement area of law is huge, due to the impact that public procurement have on the public spending, market, economic growth, but also on the fight against corruption. Since the year od 2002. when

first Public Procurement Act in Republic of Serbia was brought, our legislation went through many changes. Frequent adaptation of the regulation was done in order to meet requests of the directives of the European Union. But parallel to the „europeisation“ of public procurements, there are a lot of other legal instruments on an international level that deal with the same area of procurement, which makes the question of the legal sources and their impact, more complex.

Keywords: *public procurement, Public procurement act, Directive 2004/18/EZ, Directive 2014/24/EU, harmonisation.*

УБИСТВО ИЗ МИЛОСРЂА У КОНТЕКСТУ ПРАВА НА ЖИВОТ²

Апстракт: Право на живот представља *conditio sine qua non* за остваривање свих других права. Ово право најпотпуније бива депривирано чином убиства. Међутим, када је реч о убиству из милосрђа, поставља се питање да ли се овим убиством омогућава реализација права на достојанствену смрт. Такође, дискутује се о томе да ли право на живот у себи садржи похрањено и право на смрт, или пак једно не подразумева друго. Настоји се што концизније објаснити демаркациона линија између активне и пасивне еутаназије, те утврдити зашто је једна инкриминисана, а друга дозвољена у већем делу света и да ли вододелницу између њих треба елиминисати или оснажити. И коначно, да ли предност треба дати квалитету или квантитету живота?

Кључне речи: еутаназија, убиство, милосрђе, активна, пасивна, живот, смрт, лапот.

1. Увод

Познато је, како стручној тако и широј јавности, да се Преговарачко поглавље бр. 23 односи, између осталог, на поштовање и унапређење основних права која важе и која би требало да важе на територији Европске Уније, и држава претендента на чланство, каква је и Република Србија. Круцијално место међу овим правима неспорно заузима право на живот, као основно, најстарије и *conditio sine qua non* за остваривање свих осталих. Упоредо уз њега, нужно и природно, егзистира и право на смрт. Вртоглави техничко – технолошки развој омогућио је са једне стране, олакшавање процеса умирања, али са друге стране исто тако отворио могућност за

1 ivaantic91@gmail.com

2 Овај рад резултат је научног истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском пословном простору“, евиденциони број пројекта: 179046 који се спроводи у научноистраживачкој организацији Правни факултет у Нишу, а који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја.

многобројне злоупотребе и произвољности, формирајући на тај начин клизаво тло на коме се нашла еутаназија, која осцилира између квалитета и квантитета живота, либећи се којој од ових животних димензија треба дати приоритет и у којим случајевима.

2. Појам еутаназије

„Ако је болест не само неизлечива већ болеснику задаје сталне и ужасне муке, онда свештеници и магистрати саветују јадника отприлике овако: „За тебе је у животу све изгубљено! Другима си тежак, а себи несносан, пошто само надживљујеш своју смрт. Одлучи се да не храниш више ту неизлечиву кугу! Живот је твој само мучење и зашто да оклеваш? Пун наде што ћеш се ослободити своје тамнице, мучилишта свог, свог чемерног живота, одлучи се и ослободи се сам, или дај одобрење да те други ослободе! Само ће патње твоје а не срећу твоју прекинути смрт, и стога је мудро ако је убрзаш. То ти саветују свештеници, тумачи воље божје! Послушај их, учинићеш побожно и свето дело! “... они који усвоје овакав савет, одричу се живота или добровољним гладовањем или их ослобађају мука у сну да не осете тренутак смрти“ Томас Мор, Утопија.

Реч еутаназија кованица је старогрчког порекла настала од префикса „еу“ (добро) и речи „тханатос“ (смрт), тако да она у слободном преводу означава лаку, односно добру смрт (где потоње представља својеврсни оксиморон). Еутаназија је у етимолошком смислу супротна какотаназији, која означава злу, односно лошу смрт. Међутим, сам начин смрти није оно што одређује еутаназију јер би се онда и убиство (нпр. дављењем) изведено пажљиво могло подвести под еутаназију, што је свакако недопустиво.

Код грчког порекла и значења речи се отприлике завршава консензус оних који учествују у расправи о еутаназији, будући да нема општеприхваћене дефиниције о томе шта она заправо представља. Ова реч први пут се јавља код историчара Светонија који, описујући смрт императора Августа, пише: „док је умирао брзо и без бола на рукама своје жене, Ливије, искусио је „еутаназију“ како је и желео“ (Корљан, 2012: 178).

У медицинском контексту, реч је први пут употребљена од стране Френиса Бејкона у 18. веку, који је њоме описивао лаку, односно срећну смрт, где је „лекар одговоран да ублажи телесне патње“. Наравно да описивање смрти као лаке, односно срећне представља плодно тло за разновразне дискусије, превасходно филозофског карактера, но ово ће термилошко бављење темом макар привремено бити одложено у други план, у корист суштинског њеног испитивања.

Многи су древни филозофи, како хришћански (укључујући Платона у „Држави“ и Томаса Мора у „Утопији“) тако и пагански, били заговорници окончања живота оних који болују од неизлечивих болести или болести због којих трпе неподношљиве болове (Корљан, 2012: 175). Остаје нејасно да ли је Хипократ имао на уму еутаназију када је као део чувене Хипократове заклетве написао: нећу преписати смртоносни лек да бих некога задовољио, нити ћу давати савете који могу довести до нечије смрти.

Несумњиво је да се еутаназија предузима са циљем да се лишењем патње и бола пацијенту учини добро, односна нека корист, али оно што је дискутабилно јесте то што остаје нерешено питање ко одлучује о томе шта је за некога добро и корисно (Корљан, 2012: 177).

Често се у јавности прави аналогија између еутаназије и смртне казне, због извесних спољашњих, визуелних сличности, као што су чињеница да обе представљају лишавање живота, да имају исти резултат - вештачки изазвану смрт неке особе, да су неопозиве и носе са собом објективну могућност грешке. Међутим јасно је да се ради о две суштински различите установе, са основном разликом која се огледа у томе да је смртна казна кривична санкција, а еутаназија акт милосрђа. Остале разлике своде се на то да се смртна казна увек извршава чињењем – вешањем, електричном столицом, стрељањем и слично, док се еутаназија може извршити и нечињењем, као и то да се еутаназија примењује према неизлечиво болесним лицима, док се смртна казна спроводи само над здравим осуђеницима (при чему се у поштовању тог критеријума иде толико далеко да се, уколико је осуђеник на смрт оболео, извршење казне одлаже све док не буде оздравио). Поред тога, док је са једне стране поље примене смртне казне све суженије, дотле је еутаназија све прихваћенија. Надасве, смртна казна појављује се као зло које се врши кривцу – учиниоцу кривичног дела, док се на еутаназију гледа као на добро које се чини невиним људима, са циљем ослобођења од даљих и непотребних патњи.

Ако се поставља аналогија између смртне казне и еутаназије, тим је оправданије повући паралелу и између самоубиства и еутаназије. У оба случаја, реч је о лишавању живота, као последице својевољне одлуке једне особе, при чему су оба чина неопозива, најчешће мотивисана неизлечивом болешћу/старошћу/депресијом и оба резултирају смртним исходом. Кључна разлика између њих је у личности извршиоца, зато што код самоубиства иста особа је и извршилац и жртва, док је код еутаназије извршилац лекар, а жртва особа која је изразила жељу да изврши самоубиство, али нема довољно снаге или могућности да изврши тај чин.

Историјат еутаназије

Говорећи о историјату ове појаве, историјско се повесмо одмотава чак до Спарте, где су још Спартанци убијали своју како физички тако и ментално заосталу децу, као и децу која по својој конституцији нису могла да одговоре на захтеве ратовања, као и тешке болеснике, па чак и старе особе. У Старом Риму овај је обичај кодификован Законом 12 таблица, где на четвртој табlici стоји да „наказно дете треба одмах убити“. Исто тако, стари римски мудраци, уз објашњење да тако скраћују своје муке, имали су обичај да се, истрошени и изнемогли, бацају у реку Тибар.

Номади су старије припаднике своје заједнице убијали, што из економских разлога, што из практичних разлога - јер нису могли да држе темпо кретања са осталима. Аборицини су ритуално убијали децу и старе на племенским свечаностима, да би их након тога појели. Исто тако, стари Индуси лечили су само излечиве болеснике, „неизлечиве не имадоше лечити јер би их њихове својте одвезле до Ганга, натрпале им нос и уста са посвећеним лимуном и побацале у воду“ (Живковић, 2016: 135). Пракса убијања старца постоји и у неким племенима Аракона на Тајланду, међу Какибасима и Тупима у Бразилу, у Европи међу древним Вендима, славенском народу, па чак и у нашем столећу у Русији у псеудорелигијској секти „давитељи“.

Код старих северних Словена, жене су убијале своју децу искључиво из економских разлога и то само женску децу, да би на тај начин могле да прехране осталу, претежно мушку. Лужички Срби су своје старије чак живе закопавали, а неретко кували и јели на различитим свечаностима. У 16. Веку је један судија у Лотарингији осудио на смрт спаљивањем чак 800 баба – вештица. (Живковић, 2016: 135).

Из периода нацистичке Немачке познат је програм „Акција Т4“ којим је наложено свим докторима да евидентирају ментално ретардирану и физички неспособну новорођенчад, и којим су у почетку била таргетирана деца узраста до три године, да би се потом ова акција проширила и на одрасле. У позадини свега лебдела је намера о стварању „чисте“ и „племените“ аријевске расе.

У влашком селу Сиге, на пет километара западно од Крепољина, забележен је обичај да се особи која напуни 70 година, уредно обученој, ставља на главу умешена проја уз речи „Не убијамо те ми, већ овај хлеб“, након чега би уследио чин убијања. Слично важи и за Рисницу код Пирота где би синови премлаћивали моткама своје остареле очеве, а потом их вукли до гроба дрвеним кукама јер су се грозили да мртваца додирну руком.

Из сврљишких крајева познат је „лапот“ – феномен убијања изнемоглих родитеља од стране сопствене деце, најчешће најстаријих синова. За овај догађај се везује да је биров ишао од куће до куће обавештавајући становништво о времену и месту лапота, да би потом пред окупљеним светом долазило до батинања старца и старице, при чему се користила батина, тојага, а доста ређе камење или секира. Ко год да је вођен на лапот ишао је без икаквог страха надајући се бољем животу на оном свету. Обично су их убијала рођена деца. (Живковић, 2016: 135) Корен речи лапот је „лап“, реч старословенског порекла која значи „губљење, ишчезавање, нестајање“, што показује сличност са речи „излапео“ – није више при себи, изгубио се. Према легенди, син је убио свог оца и помоћу куке га је вукао до гробља, водећи са собом и свог сина. Када су стигли до гробља, он хтеде да баца куку, али му син није дозволио уз речи : „Не бацај куку, биће ми потребна кад ти остариш“. Неки аутори сматрају да лапот приказује односе детета и родитеља чије је извориште Едип, митолошки грчки јунак. Права суштина приче о лапоту није у опису убијања старца, већ напротив, у забрани оцеубиства зарад цивилизованог решавања међугенерациског сукоба. Сумња у фактицитет практиковања лапота изродила се из уочавања чињенице да иако има приче о лапоту, нема лапоташта.

3. Врсте еутаназије

Када је реч о врстама еутаназије, познато је неколико подела, спрам различитих критеријума који се постављају.

Најчешће се еутаназија може поделити на активну, где се медицинска терапија даје искључиво са намером да се нечији живот одмах оконча, и пасивну, која подразумева да се особи постепено укида лечење којим се она одржава у животу, што у крајњем исходује смрћу те особе. Разлика између активне и пасивне еутаназије најчешће се успоставља на контрасту између убијања и пуштања да се умре (Живковић, 2016:179).

Поред ове, најчешће поделе, могуће је на основу степена датог пристанка разликовати добровољну еутаназију, када пацијент сам даје пристанак и са друге стране, недобровољну еутаназију, када се пацијент налази у дуготрајном вегетативном стању, где није у могућности да да пристанак с обзиром на стање организма. Осетљиво гранично подручје живота, какво је оно у коме се налазе пацијенти у трајном вегетативном стању, очигледно оставља више отворених питања него одговора (Рајић, 2013:383). Поред добровољне и недобровољне, постоји и принудна еутаназија у случају када особа која умире јесте способна да пристане на сопствену смрт, али то не чини јер је нико није питао.

Такође постоји подела на еутаназију де факто и еутаназију де јуре. Прва се спроводи екстралегално и претежно у случајевима када позитивно законодавство третира еутаназију као обично или привилеговано убиство, те се у одсуству законске дозволе врши тајно. Потоње се спроводи на начин и под условима како је то регулисано законом и подзаконским актима.

Од еутаназије би такође требало разликовати ситуацију самоубиства уз помоћ лекара – када лекар обезбеђује терапију којом ће се особа лишити живота, а та особа сама узме то средство, као и ситуацију потпомогнутог самоубиства – када лекар, на захтев пацијента, а да би му скратио муке, примени на пацијенту поступак или му да средство којим ће га лишити живота. Вреди поменути да је самоубиство уз помоћ лекара, где лекар помаже пацијенту да оконча живот по сопственој жељи (и под строго прописаним условима и критеријумима), легално једино у Белгији, Швајцарској, Холандији, Луксембургу, Колумбији, Албанији и три америчке државе: Орегону, Монтани и Вашингтону. (Корљан, 2012:185) Од тога, активна еутаназија дозвољена је само у Холандији, Белгији и Луксембургу. Будући да је у Швајцарској дозвољена еутаназија и према странцима уколико су смртно болесни, озбиљно ментално оболели или пате од неизлечиве клиничке депресије, овај феномен је познат под називом самоубилачки туризам.

4. Еутаназија: pro et contra

Дебате о еутаназији смештају се у 1870. годину, иако је познато да су у нешто сведенијем обиму егзистирале и у доба Античке Грчке и Старог Рима, докле сежу најранији корени ове појаве. Поменуте године, наставник Семјуел Вилимс је започео савремену дебату о еутаназији у којој је заговарао коришћење хлороформа да би се прекратиле муке пацијентима.

Живописна је проблематика концепта „клизавог терена“, који подразумева принцип да докле год има живота, има и наде, а која се своди на широку могућност злоупотребе еутаназије као праксе, односно да правна машинерија која је првобитно намењена како би убијала оне који су проблем сами себи може једног дана почети да се примењује и на оне који су проблем некоме другом. Уз то, други елемент који изазива забринутост јесте могућност да допуштање неких облика неонаталне еутаназије директно доведе до слабљења моралног ткива друштва и све мањег поштовања људског живота (Корљан 2012:180).

Што се тиче односа цркве према еутаназији, готово да све религије на њу гледају као на било које друго убиство. Библија кроз Пету Божију заповест недвосмислено изражава свој став по овом питању изричито забрањујући

убиство: „Не убиј.“ Римокатоличка црква се оштро противи еутаназији и изједначава је са убиством. (Корљан, 2012:180). Ипак, када је ризик од смрти сразмеран олакшању бола, а намера је да се олакшају патње пацијента, католичка црква подржава давање лекова за умањење бола, који могу да доведу и до смртног исхода. Куран такође изричито забрањује убиство и еутаназију. У јудаизму први пример еутаназије наводи се још у Библији: „А једна жена узео камен са врха гомиле, баци га на Амибелекову главу и разби му лобању. А он позва свог штитоношу и рече му: Извучи мач и убиј ме, да не кажу други мушкарци: „Уби га једна жена.“ И младић исуче мач и прободу га. И он умре.“ Питање које се намеће јесте о каквом се милосрђу овде ради (милосрђу уопште или милосрђу посматраном кроз родни контекст) и да ли то јесте заиста један од најранијих примера еутаназије или само у нешто прихваћенију форму заоденута мизогинија.

Прве контуре савремених легислатива које регулишу еутаназију називу се 1936. године када је у Горњем дому Британског парламента поднет предлог закона о легализацији еутаназије, што се временски поклапа са догађајем када је краљу Џорџу Петом, који је боловао од кардио – пулмоналних проблема, по одлуци његовог лекара, лорда Досона, убризгана смртоносна доза морфијума и кокаина, како би се убрзала његова смрт.

Својеврсну кампању која подржава еутаназију покренуо је Тери Прачет, аутор бројних бестселера који и сам болује од прогресивне Алцхајмерове болести и који сматра да би и у његовом случају еутаназија била рационално решење, тврдећи да особа, која је после пажљивог вагања „про ет контра“ донела одлуку да оконча свој живот на неки благ начин у ствари има „уравнотежен ум који је јасан, реалистичан, прагматичан, стоички и британак“. Тако Прачет предлаже да се оснује комисија (трибунал или конзилијум), која би се састојала од једног правног стручњака, једног лекара, и неколико чланова старијих од 45 година који су до тада стекли „дар мудрости“, а са задатком да установе праве чињенице, пре свега, да је особа која тражи еутаназију свесна шта ради, да је добро обавештена о томе шта та одлука подразумева, као и да је непоколебљива у својој намери, да пати од неизлечиве и по живот опасне болести и да није под утицајем другог лица (Живковић, 2016:162).

Еутаназија може да се посматра како у оквиру права на живот, тако и у оквиру других права као што су право на самоопредељење и право на личну аутономију. Заговорници еутаназије су мишљења да она представља својеврсну „полису осигурања“ којом ће се обезбедити да нико не мора да умире у неиздрживим боловима и да се дуго мучи (Живковић, 2016:161).

У свим биоетичким расправама мање се говори о дистаназији – продужетку агоније, патње и одгађању смрти, а много више о директној или индиректној еутаназији (Живковић, 2016:163).

5. Позитивно право

Кривични законик Републике Србије у свом члану 117. инкриминише кривично дело Убиство из милосрђа: „Ко лиши живота пунолетно лице из самилости због тешког здравственог стања у којем се то лице налази, а на његов озбиљан и изричит захтев, казниће се казном затвора од шест месеци до пет година.“

Такође, чланом 119. забрањено је навођење на самоубиство и помагање у самоубиству:

- 1) Ко наведе другог на самоубиство или му помогне у извршењу самоубиства, па ово буде извршено или покушано, казниће се затвором од шест месеци до пет година.
- 2) Ко другом помогне у извршењу самоубиства под условима из члана 117. овог законика, па ово буде извршено или покушано, казниће се затвором од три месеца до три године.
- 3) Ко дело из става 1. овог члана учини према малолетнику или према лицу које се налази у стању битно смањене урачунљивости, казниће се затвором од две до десет година.
- 4) Ако је дело из става 1. овог члана учињено према детету или према неурачунљивом лицу, учинилац ће се казнити по члану 114. овог законика.
- 5) Ко сурово или нечовечно поступа са лицем које се према њему налази у односу какве подређености или зависности, па оно услед таквог поступња изврши или покуша самоубиство које се може приписати нехату учиниоца, казниће се затвором од шест месеци до пет година.

Из прихваћеног решења у позитивном законодавству, види се да наше право припада групи држава које изражавају умерени став, односно прихватају средње, компромисно решење у смислу третирања еутаназије као привилегованог убиства. С друге стране, по питању пасивног субјекта, Хрватска и Словенија имају још толерантнији став који се огледа у томе да пасивни субјект не мора бити искључиво пунолетно лице, док је код нас законодавац изричит у погледу тога.

Либералније решење предвиђао је и Кривични законик Краљевине Југославије из 1929.године према коме је, уколико је лишење живота учињено „услед сажаљења према бедном стању жртве“, предвиђена била казна затвора од три године. Под сажаљењем се овде подразумевало осећање туђег бола као свог сопственог, а под бедним стањем неизлечиво болесно стање или неко друго безнадежно стање праћено боловима и патњама којима није било помоћи (Даруши, 2015:9).

Српско законодавство данас заузима благодоклони став према пасивној еутаназији, али још увек није дало одговоре на многе дилеме везане за исту, зато што концепт медицинског третмана који се смата допуштеним у великој мери остаје недоречен и непрецизан. Не постоји јасно искристалисан став о поступању према новорођенчету са озбиљним недостацима, као што нису дефинисана ни овлашћења лица које је овлашћено да у име пацијента донесе одлуку о престанку живота, нити пак о томе ко одлучује о престанку рада машина које одржавају у животу дете или ментално оболело лице, у случају да се мишљења лекара и законског заступника не поклапају. Српски законодавац такође не препознаје ни категорију авансног тестаментa путем кога би неко лице унапред изразило своју одлуку која ће бити поштована у случају да се нађе у стању у коме неће бити способно за расуђивање.

У начелу, и кривично и грађанско право признају право на пасивну еутаназију, те не захтевају од пацијента да се, противно својој вољи, подвргне медицинским третманима који имају за циљ вештачко продужавање живота. (Живковић, 2016:144). Пасивна еутаназија је у Републици Србији легализована 2005. године, усвајањем Закона о здравственој заштити којим се предвиђа да пацијент има право да одбије предложену медицинску меру и у случају када се њиме спасава или одржава његов живот (чл.33 Закона о здравственој заштити РС). Право на одбијање третмана свој основ црпи из права пацијента на самоодређење - аутономију, што чини правни основ легализације еутаназије (Нешић, 2010: 267).

За разлику од пасивне, активна еутаназија није изведена из права на самоодлучивање јер је узрок смрти радња трећег лица а не само радња пацијента, те нема самоодлучивања (Нешић, 2010:268.). Евентуалном легализацијом активне еутаназије отворило би се још много нових питања – од тога ко одлучује о нечијој смрти до тога ко све треба да умре (Нешић, 2010: 269).

Радним текстом припремљеним за јавну расправу Грађанског законика Републике Србије, чланом 92. установљава се Право на достојанствену смрт, које гласи: „Право на еутаназију, као право физичког лица на сагласни,

добровољни и достојанствени прекид живота, може се изузетно остварити ако се испуне прописани хумани, психо – социјални и медицински услови.“ (Живковић, 2016:152.) Јасно је да би евентуално усвајање овог предлога узроковало одговарајућу промену и у Кривичном законнику.

Када је реч о медицинском аспекту еутаназије, релевантне за наше поднебље јесу одредбе Кодекса професионалне етике Лекарске коморе Србије, Статута Лекарске коморе Србије, те Закона о здравственој заштити и Закона о правима пацијената.

Кодекс професионалне етике Лекарске коморе Србије³ у члану 62. који носи назив Забрана еутаназије налаже: „Лекар одбацује и осуђује еутаназију и сматра је лажним хуманизмом.“ Међутим, може се приметити да диспозиција не садржи реч „забрана“, „недозвољено“ или било какав њихов синоним већ говори само о „одбацивању“ и „осуђивању“ еутаназије од стране лекара, те се овом пропису може замерити на недовољној концизности.

У члану 28. Закона о здравственој заштити први пут је прокламовано право на олакшавање патњи и бола. Ово право подразумева највиши ниво олакшавања патњи и бола, односно право на терапију бола и хумано палијативно збрињавање, али не и еутаназију (Симић, 2013: 152). Лекар је дужан да умирућем пацијенту у терминалном стадијуму болести обезбеди достојне услове умирања, јер би настављање интензивног лечења болесника у овом стању искључило право умирућег на достојанствену смрт (члан 61. Став 2. Кодекса професионалне етике лекарске коморе Србије).

Постоји неколико могућих модалитета поступања у случајевима одлучивања о продужавању медицинске неге пацијената у трајном вегетативном стању. Најмање спорна је, свакако, изричита изјава пацијента у погледу медицинског лечења, дата пре наступања околности која је довела до неповратног губитка свести. У случајевима недостатка јасно изражене воље у погледу медицинског поступања, прибегава се формулисању одлуке на основу личног вредносног концепта пацијента, мерено раније израженим ставовима пацијента (Наташа Рајић, 2013: 380). Овакав приступ је споран због немогућности потпуне елиминације субјективности и личне интерпретације поменутих вредносних ставова, мада, и као такав, присутан је у америчком праву. И најзад, постоје системи који уважавају личну вредносну компоненту доношења одлуке о прекидању медицинске неге пацијената у трајном вегетативном стању, уз истовремено поштовање концепта „најбољег интереса пацијента“,

³ (Сл. гласник РС бр.121/2007)

што је случај у британском правном систему, а што је потврђено у ставу формулисаном од стране Дома лордова у случају *Anthony Bland*.

6. Упоредно право и еутаназија

Када је у питању активна директна и добровољна еутаназија, правни системи држава заузимају три различита става. У правима Велике Британије, Француске и САД квалификује се као убиство првог степена. Наше право је представник друге групе држава у којима се еутаназија третира као привилеговано убиство, а где осим наше државе спадају и кривична права Немачке, Швајцарске, Аустрије, Норвешка, Данска и сл. Трећу групу држава карактерише да еутаназију у медицинском контексту третирају као легитиман поступак.

У Холандији, добровољна еутаназија и самоубиство уз помоћ лекара законити су још од 2002. године, а још од 1984. такви случајеви нису били процесуирани. (Живковић, 2016: 146.) Критеријуми и услови које том приликом поставља холандски закон су:

- Да пацијент трпи неиздрживе болове и да нема никакве наде да ће доћи до побољшања
- Да захтев за еутаназију мора бити добровољан
- Да захтев мора да постоји
- Да захтев мора да буде начињен без утицаја других особа, психијатријске болести или лекова
- Да пацијент мора у потпуности бити обавештен о свом стању, могућностима и перспективи
- Да буде консултован најмање један лекар опште праксе, који се слаже са претходно изнетим условима
- Да пацијент мора имати најмање дванаест година живота
- Да за пацијента између 12 и 16 година мора постојати сагласност родитеља
- Да еутаназија буде извршена уз присуство доктора и на одговарајући начин.

Постоји посебан протокол за случај дечје еутаназије. (Живковић, 2016: 147.)

Холандски пример убрзо је следила и Белгија, међутим оба су закона критикована због недостатка регулаторних механизма који би спречили

евентуалне злоупотребе. Предност луксембуршког закона у односу на његове претходнике огледа се у томе што предвиђа обавезу лекара да пре извршења еутаназије тражи одобрење Националног савета, што није случај са његовим претходницима у Холандији и Белгији.

Орегонски акт под називом „Достојанствена смрт“ предвиђа следеће услове:

- Пацијент мора да је старији од 18 година и способан да доноси одлуке
- Пацијент мора бити у терминалном стадијуму болести и то најмање 6 месеци пре него што му се одобри еутаназија
- Захтев за еутаназију мора бити написан у облику прописаним овим Актом
- Обавеза лекара је да информише пацијента о његовом стању и предочи му све могуће опције.
- Други лекар мора да се сагласи са одлуком
- Особа која пати од депресије мора бити саветована
- Представник државне власти као и пацијентови рођаци морају бити обавештени пре извођења процедуре (Живковић, 2016: 148).

Треба подвући да су ове процедуре применљиве само у случају пасивне еутаназије, док је активна и даље у већини држава илегална.

Да би заштитиле лекаре од кривичне и моралне одговорности, земље које су легализовале пасивну еутаназију кроз право пацијента да одбије третман, одвајањем ова два поступка су на неки начин помирили сукобљене стране у дискусији о доктринарним и социјалним разлозима које су истицали противници еутаназије. (Даруши, 2015: 11).

Што се тиче праксе Европског суда за људска права, еклатантни примери би били случајеви *Pretty* и *Glass*. У случају *Pretty*, вођен је спор пред Европским судом за људска права јер је жена која је била парализована због неизлечиве дегенеративне болести мишићног ткива захтевала помоћ супруга у самоубиству, при чему је тврдила да право на живот обухвата право на избор између живота или смрти и позивала се на повреду члана 2. Европске конвенције. Ипак, суд је навео да сматра да повреде поменутог члана нема, тумачећи да поменута Конвенција не гарантује негативни аспект права на живот, тј. право на смрт. Том приликом, Европски суд за људска права заузео је став да право на одбијање сваке врсте медицинског третмана, па и оног којим се живот спашава или одржава, проистиче из права на самоодређење, које је као аспект приватног живота заштићено

чланом 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. (*Pretty v. UK*, 2346/02, пресуда од 29. априла 2002.). У случају *Glass*, Европски суд за људска права, својом пресудом је потврдио да је једностраном одлуком лекара о уздржавању од даљег третмана над ментално оболелим пацијентом, уз истовремено убризгавање морфијума ради ублажавања болова, у дози која је одговарала одраслим пацијентима, упркос противљењу законског заступника, прекршено његово право на поштовање приватног живота које укључује и право на физички и морални интегритет. (*Glass V UK*, 61827/00, пресуда од 09.марта 2004.године)

У САД и Великој Британији запажена је тенденција да се ДНР налози произвољно уписују у картоне старих пацијената, без њиховог знања (Нешић, 2013: 270.). Чињеница да се у САД ови налози чешће користе за Афроамериканце, лица која потичу ван енглеског говорног подручја, лица оболела од ХИВ и за хроничне алкохоличаре указује на својеврсно робовање предрасудама и стереотипима.

7. Закључак

У последње време уочљиви су и у највећој мери успешни напори да се изврши трансформација пацијента из објекта медицине у њен субјекат, о чему између осталог сведочи право на одбијање третмана којим се живот вештачки одржава или спашава.

Назире се питање да ли ће се наша држава прикључити онима код којих је и активна еутаназија легална, којом приликом би иста била декриминализована у нас, те би наше кривично право остало сиромашније за једно привилеговано убиство, мада је ипак најодрживије схватање да ће и даље опстати демаркациона линија између активне и пасивне еутаназије, те тако једна остати са једне, а друга са друге стране закона. Такође је јасно да ће до одговарајућих промена морати да дође по ступању на снагу новог Грађанског законика у светлу оних промена које са собом носи, а све са циљем што исправнијег одговарања на древно питање - да ли предност треба дати квалитету или кванитету живота.

8. Резиме

Када је реч о основним правима, чијем је остваривању и унапређењу, између осталог, посвећено Преговарачко поглавље бр. 23, превасходно се истиче право на живот као најосновнијег од основних права, неопходног услова за остваривање свих осталих људских права и слобода. Док је несумњиво јасно да се убиством врши негација и депривација овога права, дотле

остаје нејасно да ли се убиством из милосрђа, као врстом привилегованог убиства, заправо помаже у реализацији права на (достојанствену) смрт. Затим, још дискутабилније, да ли право на живот подразумева и право на смрт, односно „добру“ смрт и који су то критеријуми који разликују „добру“ од „лоше“ смрти.

У раду је најпре дато појмовно објашњење еутаназије, да би се кроз историјат развоја ове појаве, са посебним освртом на лапот као претечу данашње еутаназије, сагледала еволуција ставова на ову тему. Даље ће пажња аутора бити посвећена разматрању различитих врста еутаназије, те испитивању демаркационе линије између активне и пасивне еутаназије са настојањем да се објасни зашто је прва још увек инкриминисана, а друга дозвољена у готово свим државама света. Упоредноправном анализом биће сагледана решења и то нарочито оних држава у којима је дозвољена и активна еутаназија, као и услови под којима је она дозвољена. Коначно, биће изложени аргументи *pro et contra* еутаназије који омогућавају сваком од правних теоретичара и практичара да стане са оне стране међе на коју их јачина и озбиљност правних аргумената на ову све актуелнију етичко –правну дилему усмере.

Литература

Беширевић Виолета, Богови су пали на теме: о уставу и биоетици, Анали Правног факултета у Београду, бр.2/2006

Даруши, Драгана, Право на достојанствену смрт дементних болесника: правне и етичке дилеме, Београд, 2015.

Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, Рим, 04.11.1950.

Живковић, Драгана, Право на живот и право на смрт, докторска дисертација, Нови Сад, 2016.

Кодекс професионалне етике лекарске коморе Србије „Сл.гласник РС“ 121/2007.

Корљан, Едо, Европска конвенција о људским правима и право на живот, докторска дисертација, Београд, 2012.

Кривични законик („Сл.гласник РС“ бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013 и 108/2014) Нешић, Јелена, Активна и пасивна еутаназија, Правни записи, 1/2010.

Рајић, Наташа, Пацијенти у трајном вегетативном стању – биомедицинска и уставноправна питања, Зборник Правног факултета у Новом Саду, 4/2013.

Резолуција УН о људским правима и биомедицини, 1995.

Симић, Јелена, Невиност без заштите - једно виђење закона о правима пацијената, Правни записи, година 4, бр.1. (2013), Правни факултет универзитета Унион.

Статут лекарске коморе Србије, „Сл.гласник РС“, бр.111/2006, 68/2008, 14/2010, 36/2011- одлука УС, 43/2011 и 22/2012.

Закон о здравственој заштити, „Службени гласник РС“, бр. 107/2005, 72/2009 –др.закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013-др. закон и 93/2014.

Закон о правима пацијената, „Службени гласник РС“, бр.45/13

Шаљић, Елдар, Кривично дело убиства детета при порођају у Кривичном законуику Србије, Универзитетска мисао, Нови Пазар, 2010.

Iva Antić, LL.M.,

PhD student at the Faculty of Law, University of Niš

EUTHANASIA IN THE CONTEXT OF RIGHT TO LIFE

Summary

When it comes to the fundamental rights, their exercise and promotion (which is the subject matter of the Negotiation Chapter no. 23), one of the most prominent rights is right to life as the basic human right and a conditio sine qua non of all other rights. While it is indisputable that murder is an act of negation and deprivation of the right to life, the question remains whether euthanasia, as a type of privileged murder, actually helps in the exercise of the right to die (with dignity). It is even more disputable whether the right to life necessarily entails the right to dignified death, and what are the criteria that distinguish “good” from “bad” death.

In this paper, the author discusses the concept of euthanasia and provides a historical overview of its evolution, with specific reference to the outdated practice of “lapot”(senicide) which was the forerunner of present-day euthanasia. Further on, the author considers different types of euthanasia and examines the distinctive features of active and passive euthanasia in order to explain why the first one is still prohibited, while the second one is allowed almost throughout the world. Legislative

Зборник радова студената докторских студија права

solutions in different states will be observed through comparative analysis, particularly focusing on the solutions of those countries that allow active euthanasia and the conditions which have to be met. Finally, the author provides arguments pro et contra euthanasia, which enable every legal theorist and practitioner to take a side on this controversial and increasingly current legal and ethical issue, depending on the power of persuasive legal argumentation.

Keywords: *euthanasia, murder, mercy, active, passive, life, death, lapot.*

ПОСЕБНИ СЛУЧАЈЕВИ УКЛАЊАЊА И МЕЊАЊА РЕШЕЊА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Апстракт: Нови Закон о општем управном поступку Србије из 2016. године на радикално другачији начин решава нека питања управне процедуре у односу на онај из 1997. године и раскида са вишедеценијском правном традицијом. То је био разлог да се критичкој анализи подвргне нови концепт ванредних правних лекова у управном поступку и утврде одступања, сличности и разлике старог и новог концепта, сагледају европски стандарди и обележја србијанског управног материјалног и процесног амбијента. Расправа је у основи фокусирана на питање да ли европски систем вредности одражава потребу српског друштва у домену материјалноправних овлашћења Заштитника грађана, која су дата кроз форму процесних правила о управном поступку? Аутор стоји на становишту да засигурно постоји потреба за преиспитивањем одређених управноправних института, али њиховом реформисању треба приступити системски и свеобухватно, поштујућу српску управноправну традицију, у мери у којој то новине и циљеви реформе допуштају.

Кључне речи: управни поступак, Заштитник грађана, ванредна правна средства, укидање решења, поништавање решења, управни акт.

Ad impossibilia nemo obligatur!

I Уводна разматрања

Српски усуд вековима огледао се у обавезивању на немогуће. Немогући циљеви требало би да постану реални, али њихови реални оквири чине препреку озбиљном и квалитетном резултату.

1 boris.mrdovic@gmail.com

Дуга традиција, положај, место, географске карактеристике, па и психолошке и друге особине балканских народа, посебно оних у Србији, значајно утичу на позитивно право. Уколико је један вид утемељења права негован деценијама и вековима, тешко га је преко ноћи изменити. Обичајно право, правна наука, односно доктрина, значајно утичу на карактеристике једног позитивног права, посебно, ако им је циљ његова „животност“.

Управни поступак у Србији, има утемељење у аустријском концепту. То је традиција, која је остала, оживотворила се у Србији, али и у другим земљама Западног Балкана.

Нови концепт управног поступка, из 2016. године, покушај је, у појединим сегментима, нагле и скоковите европеизације државе, односно германизације, по угледу на немачки модел (Димитријевић, 2014: 146) управног поступка који се њиме покушава пресликати.

Вредносно, неспорна је чињеница везана за насушну потребу прилагођавања домаћег законодавства, као и законодавства земаља Западног Балкана, са савременим достигнућима цивилизације. Међутим, нагле промене нису гарант успеха, примене норми, односно привикавања на ново, ако је неукорењено у традицији, обичају, судској, управној пракси. Са друге стране, отпочињањем претприступних преговора везаних за чланство Србије у Европској унији, као и отварањем преговарачких поглавља, намеће се обавеза усклађивања домаћег законодавства са европским. Посебно треба истаћи стандарде Европске уније, који су утврђени у оквиру Европског управног простора, тј. Европских принципа за јавну управу, утврђених од Програма подршке унапређењу у владавини и управљању при ОЕЦД (СИГМА), а који предвиђају транспарентност, одговорност, поузданост, предвидљивост.² Такође, у оквиру европских стандарда, СИГМА настоји да кодификује минимум управних процесних правила и управних поступака (Давитковски, Гоцевски, Давитковска, 2014: 207).

Међутим, неки правни институти нису иманентни, нису својствени српској правној традицији, па их као такве треба постепено, не скоковито, укључивати у наше право.

Ванредни правни лекови у управном процесу, представљају посебне случајеве преиспитивања процесних, материјалних и чињеничних елемената у управном поступку. Одликује их посебна ситуација, посебни елементи, посебно стање у примени. Нови Закон о општем управном поступку из 2016. године, као и онај претходни из 1997. године, уместо

² <http://www.sigmaxweb.org/publications/Principles-Public-Administration-Serbian.pdf>, преузето 10.07.2017.

ванредна правна средства, употребљава термине: „посебни случајеви уклањања и мењања решења“, односно „нарочити случајеви поништавања, укидања и мењања решења“. Управо сам назив указује на њихову посебност и изузетност.

Полазна основа код ванредних правних средстава, односно лекова, мора бити правна сигурност, правичност и законитост, као незаобилазан принцип владавине права.

Правда након њихове примене мора бити задовољена, а њено изигравање, супротно је њиховој суштини. Управо из разлога правне сигурности, али и правде и правичности (*boni et aequi*), настао је овај правни институт, као циљ поновног преиспитивања неке одлуке или става, о нечијем праву, али уз извесне посебности, нова сазнања о чињеницама или праву.

Кретање и промене у вези са ванредним правним лековима у српском законодавству, указују на реформски правац, као и покушај њиховог усклађивања са европским стандардима и прилагођавања претприступним преговорима Србије за чланство у Европској унији, посебно поглављима 23. и 24. Такође, у теорији се наводи нужност инкорпорирања стандарда, односно начела, утврђених од стране Европског суда правде у националне управне поступке, као што су, између осталих, начела - сразмерности, супсидијарности, непристрасности, савесног и потпуног утврђивања чињеница, сарадње органа и странке, представљања и приступа информацијама, право на приступ подацима о предмету, заштита података (Милков, 2014: 91).

Реформисан и иновиран Закон о општем управном поступку из 2016. године дао је и нову-стару димензију ванредних правних средстава, односно ванредних лекова.

II Посебни случајеви уклањања и мењања решења у српском управном поступку

Закон о општем управном поступку из 2016. године предвиђа пет врста ванредних правних лекова, названих - посебни случајеви уклањања и мењања решења:

- 1) Мењање и поништавање решења у вези са управним спором;
- 2) Понављање поступка;
- 3) Поништавање коначног решења;
- 4) Укидање решења;
- 5) Поништавање, укидање или мењање правноснажног решења на препоруку Заштитника грађана.

У заједничким одредбама предвиђен је рок да се решење донесено у поновљеном поступку, о поништавању и укидању решења издаје најкасније у року од 60 дана од покретања поступка. Закон, такође, врши дистинкцију између правног дејства поништавања и укидања решења и прецизира њихове последице.

Поништавањем се уклањају све правне последице и онемогућава да решење даље производи правне последице, чиме оно делује *ex tunc* (од тада, односно ретроактивно од момента када је настала прва правна последица неког побијаног акта), док са друге стране, укидање негативно дефинише. Код укидања се не уклањају правне последице које је решење већ произвело, него се његово даље произвођење правних последица спречава, чиме делује *ex nunc* (од сада, за убудуће, од тренутка доношења решења). Правна последица укидања решења услед заштите јавног интереса је накнада стварне штете, али не и изгубљена добит.

Закон о општем управном поступку из 1997. године предвиђа следећа ванредна правна средства, и то њих седам:

- 1) Понављање поступка;
- 2) Мењање и поништавање решења у вези са управним спором;
- 3) Захтев за заштиту законитости (касније брисан);
- 4) Поништавање и укидање по основу службеног надзора;
- 5) Укидање и мењање правноснажног решења уз пристанак или по захтеву странке;
- 6) Ванредно укидање;
- 7) Оглашавање решења ништавим.

Упоредном анализом старог и новог закона, у најопштијем смислу, можемо приметити неколико козметичких, али не и суштинских промена у погледу ванредних правних средстава.

Оба закона ванредна правна средства предствалају као посебне случајеве уклањања и мењања решења. Дакле не употребљава се термин ни ванредна правна средства, ни ванредни правни лекови.

Суштинске измене огледају се у изостављању активне улоге, тачније активне легитимације јавног тужиоца у поступку по појединим врстама ванредних правних средстава, као и у спајању, редефинисању и дотеривању неких правних лекова.

У погледу надокнаде стварне штете у новом ЗУП-у, изостала је изгубљена добит, која је била својсвена код ранијег ЗУП-а.

Закон о општем управном поступку из 2016. године, у поређењу са његовим претходником, донетим 1997. године доноси новине, које не представљају већа и суштинска одступања. Тачније, рационализацијом, спајањима, брисањима, односно изостављањем одређених врста правних лекова, као и разлога за њихово процесно активирање, дошло се до актуелних облика. Истина, у садржинском смислу, кроз процесну улогу и у управном поступку, ојачава се институција Заштитника грађана и уводе му се надлежности, које су до сада биле концентрисане у рукама других органа-јавног тужилаштва.

Може се претпоставити да је, европски тренд јачања претприступних преговора Србије, резултирао управо оваквим решењем.

1. Мењање и поништавање решења у вези са управним спором

Орган против чијег решења је благовремено покренут управни спор може до окончања управног спора, ако уважава све захтеве тужбе, поништити или изменити своје решење из разлога због којих би суд могао да поништи то решење, ако се тиме не вређа право странке у управном поступку или трећег лица.³

Овде се предвиђају три кумулативна услова као основа постојања овог посебног случаја мењања и поништавања решења:

- благовремено покренут управни спор, у предвиђеним роковима 30 дана од дана достављања управног акта странци, односно трајање управног спора,
- уважавање свих захтева тужбе, и
- и да се не вређа право странке у управном поступку или трећег лица.

Располагање овим правним средством има само орган који је донео акт, чиме он након упознавања са тужбом још једном може преиспитати своју одлуку и исправити грешку. Овај разлог је у интересу законитости, правне сигурности, рационалног и ефикасног управног поступања. Такође, орган преиспитује разлоге у границама тужбеног захтева и не би могао решавати ван тужбеног захтева и у супротности са њим (Поповић, Марковић, Петровић, 1992: 640).

У теорији науке управног права има мишљења да овај посебан случај тешко може имати карактер ванредног правног средства, посебно јер се њиме не могу уклањати правноснажни акти (Димитријевић, 2016: 441). Практично њиме се даје могућност преиспитивања донетог акта.

³ Члан 175. Закона о општем управном поступку, Сл. гласник РС, бр. 18/2016

Закон о управним споровима⁴, чланом 29. компатибилно регулише ову ствар, али би било логичније да се та ствар у том закону и завршила, без мешања надлежности и систематике, тачније да је овај посебан случај или ванредни правни лек био регулисан само тим законом. На овај начин би се избегла непотребна двострука законска регулатива истог овлашћења.

Овај ванредни правни лек је дуго присутан у нашем управном поступку, тако да је у односу на претходни закон, практично остао и опстао у суштински неизмењеном облику. Занимљиво је да се овде истовремено ради и о ремонстративном и о деволутивном правном средству и да једног без другог нема.

2. Понављање поступка

Понављање поступка се врши против решења на која не може да се изјави жалба, односно против коначних решења. *Conditio sine qua non* понављања поступка је коначно решење. Закон методом енумерације наводи разлоге за понављање поступка, и то:

- 1) ако се сазна за нове чињенице или стекне могућност да се изведу нови докази који би, сами или у вези са раније изнетим чињеницама или изведеним доказима, могли да доведу до другачијег решења;
- 2) ако се решење повољно по странку заснива на неистинитим тврдњама странке којима је овлашћено службено лице доведено у заблуду;
- 3) ако је решење донело неовлашћено лице, или је поступак водило или у њему одлучивало неовлашћено лице или лице које је морало бити изузето;
- 4) ако колегијални орган није одлучивао у прописаном саставу или ако за решење није гласала прописана већина чланова колегијалног органа;
- 5) ако лицу које је могло да има својство странке није пружена прилика да учествује у поступку;
- 6) ако странка није била заступана сагласно закону;
- 7) ако странци или другом учеснику у поступку није омогућено да прати ток поступка сагласно члану 55. Закона;
- 8) ако је решење донето на основу лажне исправе или лажног исказа сведока или вештака или као последица другог кривичног дела;
- 9) ако се решење заснива на пресуди суда или одлуци другог органа која је касније правноснажно преиначена, укинута или поништена;

⁴ Закон о управним споровима, Сл. гласник РС, бр. 111/2009

10) ако је надлежни орган накнадно и у битним тачкама другачије правноснажно одлучио о претходном питању на коме је решење засновано;

11) ако је Уставни суд у истој управној ствари, у поступку по уставној жалби утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом, а истовремено није поништио оспорено решење;

12) ако је Европски суд за људска права у истој управној ствари накнадно утврдио да су права или слободе подносиоца представке повређена или ускраћена.

Разлози из става 1 тачка 1), 3), 5) и 7) могу бити разлог за понављање поступка на захтев странке само ако није без своје кривице могла да их изнесе у ранијем поступку, а такође разлози из истог става тачки 3)-7) не могу бити разлози за понављање поступка ако их је странка без успеха изнела у ранијем поступку.

Закон о општем управном поступку из 2016. године понављање поступка регулише са седам чланова, од 176 до 182. Као и у претходном закону, и у овом је уздрмано начело правноснажности, као и принцип *res iudicata* (Димитријевић, 2004: 149).

Иницијативу за понављање поступка може да покрене странка или орган који је донео коначно решење *ex officio*.

Странка може да захтева понављање поступка у року од деведесет дана од сазнања за разлог понављања, односно шест месеци од објављивања одлуке Уставног суда, односно Европског суда за људска права у Службеном гласнику Републике Србије. Апсолутни рок застарелости када се не може понављати поступак је пет година од када је странка обавештена о коначном решењу.

Захтев за понављање поступка не одлаже извршење коначног решења, али се изузетно чланом 180. предвиђа одлагање извршења, ако би оно странци нанело штету која би тешко могла да се надокнади, а одлагање извршења није противно јавном интересу, нити би нанело већу или ненадокнадиву штету противној странци или трећем лицу. У том случају орган који одлучује о захтеву за понављање поступка може решењем одложити извршење коначног решења.

Onus probandi лежи на странци, односно разлоге за понављање поступка странка мора учинити вероватним и захтев предаје увек првостепеном органу, који уколико је другостепени орган надлежан за одлучивање о захтеву, тај захтев доставља њему.

О захтеву за понављање поступка одлучује орган који је донео коначно решење. Решењем, као врстом правног акта, одлучује било да одбацује, одбија или дозвољава понављање поступка. Решењем ће одбацити захтев који није благовремен, није дозвољен или који је изјављен од неовлашћеног лица или у коме разлог за понављање поступка није учињен вероватним. Уколико не одбаци захтев, упушта се у испитивање разлога и анализу да ли су могли да доведу до другачијег решења и, ако нађе да нису, решењем одбија захтев. Уколико не дође до одбачаја, одбијања, донеће решење о дозволи понављања поступка и у истом одредити обим понављања.

У поновљеном поступку, надлежни орган може оставити на снази коначно решење или донети ново решење, којим коначно решење поништава или укида.

Понављање поступка, према мишљењу појединих теоретичара, има карактеристике и редовног, јер се користи против коначних решења, која не морају бити правноснажна, и ванредног правног средства, са друге стране, због неопходности посебних услова за њихову примену (Димитријевић, 2016: 442).

У поређењу са претходним ЗУП-ом, који је имао једанаест разлога за понављање поступка, садашњи даје дванаест разлога. Многи разлози су спојени, иновирани и „осавремењени“. Два нова разлога су битна и системска, а односе се на Уставни суд и Европски суд за људска права, тачније везана су за њихове одлуке којима су утврђене повреда или ускраћивања нечијег права и слободе.

Тачка 11. претходног закона и тачка 7. новог закона, која упућује на члан 55, готово идентично регулишу питање употребе језика и писма, као разлог за понављање поступка.⁵

Суштинска новина која изражава јасну намеру законодавца и у другим посебним случајевима, је брисање активне улоге јавног тужиоца у поступку.

У процесном смислу, за разлику од претходног закона, у погледу управљања поступком, сада се одлучује решењем, као врстом правног акта. Претходни закон, у погледу одлуке о понављању поступка, закључком, као врстом правног акта, је одбацивао предлог, решењем одбијао предлог и закључком дозвољавао понављање поступка. Дакле, закључак је био форма правног акта у коме се одлучивало о процесним питањима, тачније питањима управљања поступком. Форма претходног закона је била исправнија, јер

⁵ Упореди члан 239. у вези са чланом 16. Закона о општем управном поступку („Сл. лист СРЈ“ број 33/1997, 31/2001 и „Сл. гласник РС“, бр. 30/2010) и члан 176. Закона о општем управном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 18/2016)

се традиционално, управљање поступком решавало у форми закључака, јер се не ради о суштинском решавању, тачније о одлучивању у меритуму.

3. Поништавање коначног решења

Разлози рационалности, али и економичности, створили су услов за овај посебан случај. У односу на претходни закон и два ванредна правна лека која је предвиђао, оглашавање решења ништавим и поништавање и укидање по праву надзора, овде имамо спајање у један, с тим да *mutatis mutandis* укидање по праву надзора потпада под нови ванредни лек. *Ratio legis* два претходна правна лека са истим правним последицама сада је сведен у један. Последице ретроактивности (Димитријевић, 2016: 445), поништавање решења своде на уклањање његових правних последица које је произвело и спречавање њиховог даљег произвођења.

Другостепени орган или надзорни орган решењем, као врстом правног акта, ће на захтев странке или по службеној дужности у целини или делимично поништити коначно решење:

- 1) ако је донето у ствари из судске надлежности или у ствари о којој се не одлучује у управном поступку;
- 2) ако би се његовим извршењем могло проузроковати неко кривично дело;
- 3) ако његово извршење уопште није могуће;
- 4) ако је донето без захтева странке (члан 90. став 5. Закона), а странка накнадно није изричито или прећутно пристала на решење;
- 5) ако је донето као последица принуде, изнуде, уцене, притиска или других недозвољених радњи;
- 6) ако садржи неправилност која је по изричитој законској одредби предвиђена као разлог ништавости;
- 7) ако је решење донео стварно ненадлежни орган, изузев Владе, а није реч о разлогу за поништавање из тачке 1;
- 8) ако је у истој управној ствари раније донето правноснажно решење којим је управна ствар другачије решена;
- 9) ако приликом доношења решења није правилно спроведен поступак за давање претходне или накнадне сагласности или мишљења другог органа (члан 138. закона);
- 10) ако је решење донео месно ненадлежни орган;
- 11) ако решење уопште не садржи или садржи погрешно упутство о правном средству.

Решење ће се поништити увек због разлога наведених у тач. 1)-6), у року од пет година од коначности решења због разлога наведених у тач. 7)-9), и у року од годину дана од коначности решења због разлога наведених у тач. 10) и 11).

Другостепени орган или надзорни орган ће решењем, по службеној дужности, у целини или делимично поништити коначно решење ако у њему није уопште или није правилно примењен материјални закон, други пропис или општи акт. Решење ће се поништити у року од годину дана од коначности решења.

Ако не постоји другостепени орган и надзорни орган решење ће, сагласно ставу (1)-(3) овог члана, поништити орган који је донео коначно првостепено решење.⁶

4. Укидање решења

Претходни закон је имао два ванредна правна лека ове садржине – ванредно укидање решења и укидање правноснажног решења уз пристанак и по захтеву странке. Нови закон следи претходни у нешто сажетијем и сједињенијем облику.

Закон о општем управном поступку наводи да другостепени орган или надзорни орган решењем може на захтев странке или по службеној дужности у целини или делимично укинути решење, и то:

- 1) ако је оно постало извршно, а укидање је потребно ради отклањања тешке и непосредне опасности по живот и здравље људи, јавну безбедност, јавни мир и јавни поредак или ради отклањања поремећаја у привреди, ако сврха укидања не може успешно да се отклони другим средствима којима се мање дира у стечена права;
- 2) ако је оно постало правноснажно, а то тражи странка на чији је захтев донето, а укидање није противно јавном интересу, нити интересу трећих лица;
- 3) кад је то посебним законом одређено.

Ако не постоји другостепени орган или надзорни орган, орган који је донео првостепено решење укинуће, на захтев странке или по службеној дужности, решење у целини или делимично.⁷

Закон даје могућност укидања извршног решење у циљу заштите јавног интереса и јавног поретка, односно у посебним случајевима, које

6 Члан 183. Закона о општем управном поступку, Сл. гласник РС, бр. 18/2016

7 Члан 184. Закона о општем управном поступку, Сл. гласник РС, бр. 18/2016

таксативно набраја. Наиме, решања која су законски уредна, односно испуњавају законску материјалну и формалну страну, могу бити предмет укидања.

Заправо, карактеристика овог института везује се за извршна решења везана за ванредне ситуације, посебно стање јавног поретка, одбрану земље, еколошке прописе, санитарно-епидемиолошке, промењене околности (*rebus sic stantibus*), као и задирање у стечена права. Наспрам правне сигурности и правног формализма стоји јавни интерес, који у одређеном тренутку носи превагу. Виши интереси, у нарочито оправданим ситуацијама, суштински су део правне и стварне сигурности, тј. материјално и суштински део правне сигурности. Закон нужно штити посебност, као егзистенцијалистичку потребу, и то генералном клаузулом одређује као „узвишени интерес“ који се штити ради отклањања тешке и непосредне опасности по:

- Живот и здравље људи;
- Јавну безбедност;
- Јавни мир;
- Јавни поредак;
- Поремећај у привреди.

Ове опште одреднице, које теорија назива неодређени појмови, који су нужни у легислативном нормирању, као и техничка питања, прате дискреционе оцене и тумачења (Поповић, 1968: 142-153), али и могућност злоупотреба у праву. Намеће се нужност рестриктивног, односно уског тумачења ових појмова, *exceptiones sunt stictissimae interpretationis* (лат. изузетке треба уско тумачити). Као пример неодређеног појма можемо навести појам „јавно здравствена мера“, која се предузима ради спречавања, праћења, сузбијања озбиљних ризика по јавно здравље или ублажавање њиховог утицаја на њега.

Ванредно укидање решења, према претходом закону, сада укидање решења, у себи садржи све елементе наикадашње „ванредности“, односно посебности, сем заштите јавног морала, који свакако припада јавном поретку.

Укидање извршног решења, које као битан услов садржи јавни интерес, је последња правна линија заштите тог интереса, од акта који је у датим околностима штетан по јавни и правни поредак (Димитријевић, 2016: 448). Утицај принципа сразмерности, као битног елемента европског правног система, кроз заштиту јавног интереса налази своје место у

овом правном институту. Равнотежа која се жели постићи између права појединца стечених управним актима и њиховим нежељеним утицајима на јавни интерес (Лончар, Вучетић, 2013: 1635) кореспондирају са европским принципом сразмерности.

Код укидања решења посебно треба водити рачуна о нужности, тачније да се не би другим начинима могла отклонити опасност, а да се новим решењем што минималније задире у стечена права (Поповић et al. 1992: 652). Овде је битно и становиште судске праксе, која одређује да се отклањање штетних последица решења односи на неодређен број људи, а не на појединачан интерес.⁸

У специфичним управним областима, као што је еколошко управно право, издвајају се и начело превенције и начело предострожности, као услови за укидање решења, посебно ако постоји објективно доказива опасност по јавни интерес и здравље грађана (Дреновак-Ивановић, 2014: 136).

Закон о ветеринарству, као и Закон о општем управном поступку, истоветно регулишу питање накнаде штете. У члану 71. одређује се тржишна вредност накнаде штете, што представља стварну штету, коју општи закон прописује. Претходни ЗУП давао је могућност накнаде претрпљене штете, што подразумева и изгубљену добит. Садашњи предвиђа накнаду стварне штете, како је претходно и наведено. О накнади претрпљене штете у претходном закону одлучивао је надлежни суд у парничном поступку, а сада управни суд (Димитријевић, 2004: 164). Капацитети примене закона из управне области својствени су управном суду, док претходно решење у недовољном капацитету даје специфичну примену управне материје редовним судовима.

5. Поништавање, укидање или мењање правноснажног решења на препоруку Заштитника грађана

На препоруку Заштитника грађана орган може, ради усклађивања са законом, новим решењем да поништи, укине или измени своје правноснажно решење, ако странка о чијим је правима или обавезама одлучено, као и противна странка, на то пристану и ако се тиме не вређа интерес трећег лица. Ако орган не сматра да треба да поступи по препоруци Заштитника грађана, дужан је да га одмах о томе обавештава.⁹ Овај посебан случај, није ограничен роком.

⁸ Билтен судске праксе Управног суда Београд, број 1/2010, стр. 55, ел. верзија <http://www.up.sud.rs/uploads/pages/1382484567~~Bilten%20Upravni%20sud%20-%20001-2010.pdf>, преузето 24.07.2017.

⁹ Члан 185. Закона о општем управном поступку, Сл. гласник РС, бр. 18/2016

Ово је нов институт у домаћем управном поступку, који на мала врата покушава да оснажи и ојача улогу Заштитника грађана, као институције, у нашем материјалном управном праву, дајући му, додатно, још једну полуку у процесном систему.

Укратко, овај посебан случај уклањања и мењања решења, односно ванредни правни лек настао је спајањем и рационализацијом захтева за заштиту законитости и оглашавањем решења ништавим из претходног закона (Димитријевић, 2016: 450), који је био прецизнији и свеобухватнији. Захтев, односно предлог по овом основу имао је јавни тужилац, што је имало оправдања и смисла, сагледавајући свеукупни правни систем.

Сада, на изванредан начин, ствара се дилема да ли се Заштитник грађана ставља изнад закона и у крајње спорној процедури, испитног, доказног и сл. поступка, „пресуђује“, односно, „одлучује“ пре стварно и месно надлежног органа, или правосудне инстанце, чији су формални део суд и тужилаштво!? Дакле, на мала врата, латентно, „пресуђује се и одлучује“ од инстанце са крајње поједностављеном процедуром, а која суштински у својим рукама концентрише велика овлашћења, што за последицу може имати правну неједнакост. У управно процесном смислу, поставља се питање квалитета „препоруке“ као врсте правног акта, односно какав је квалитет процесног поступања које јој претходи као акту? Дакле, јавни тужилац је у процесном смислу изгубио легитимацију у овим случајевима, супротно правној традицији ових простора. Тај тренд је присутан и у другим поступцима, где јавни тужилац све више задобија положај странке у поступку.

Међутим, „преорука“, као мера, или правни акт, ако се позабавимо њеном суштином, нема правно обавезујућу снагу, тачније није императивна правна норма- *ius cogens!*

Историјски посматрано, у правној традицији земаља Западног Балкана, оних које су своја утемељења налазили у аустријском концепту управног поступка, „преорука“ као правни акт није својствена и делотворна. Тачније, поставља се питање њеног ефикасног правног дејства и свести о правној обавезности. „Преоруку“ упућује Заштитник грађана, органу који је донео решење, али она правно не обавезује на такво поступање, па ако орган који је донео решење не поступи по њој она и нема суштинску делотворност, пре свега правну. Са друге стране, органу који је доносилац решења оставља се дискрециона могућност поступања по њој.

Статистички посматрано, у првој половини 2016. године Заштитник грађана је упутио 371 препоруку органима јавне власти, од чега је 116 доспело за извршење, а органи су поступили по 88 препорука, дакле око

75%, док су препоруке у скраћеним поступцима извршене са 100%.¹⁰ Оваква статистика, која (не) иде у прилог „препоруци“ као правном акту, стање је које се посматра у односу државни органи, на једној страни и грађанин, појединац, корисник јавних услуга, на другој. Од четири законодавне иницијативе Заштитника грађана у поменутом периоду, две су разматране, од којих је једна прихваћена, а друга није.¹¹ Може се рећи, да одсуство правне обавезности, не гарантује квалитет правде и права.

Мишљења смо да је овакво регулисање супротно начелима правне сигурности, предвидивости и законитости, правноснажности решења, као и ефикасности и економичности поступка.

III Упоредна анализа- Хрватска, БИХ, Црна Гора

Аналитички и сумарни приступ овој компарацији, показује кретања у овој области појединих држава које су имале заједнички основ у управном поступању, као и њихово одступање. Модернизација, остајање на старој, сигурној позицији, као и напуштање аустријског узора, показују шаренило у приступу земаља Западног Балкана.

Закон о опћем управном поступку Хрватске, из 2009. године поједностављује и убрзава управну процедуру, уводи савремене административне и информационе технологије, афирмише принцип сразмерности и цео поступак прилагођава европским стандардима (Коргић, Коваћ, Ђулабић, Џипић, 2016: 62). Хрватски закон модернизује и смањује број правних лекова и у делу који се односи на њих предвиђа жалбу, приговор, обнављање поступка, оглашавање решења ништавим, поништавање и укидање решења. Дакле, ако изузмемо жалбу и приговор, као редовна правна средства, Хрватска слично Србији има три врсте ванредних правних лекова. Наравно, ванредно реаговање и препоруку Заштитника грађана овим законом не уређује, а самим тим не даје му додатна овлашћења.

Босна и Херцеговина, као сложена и специфична државна организација, има обнављање поступка и посебне случајеве поништавања, мењања и укидања решења - мењање и поништавање решења у вези са управним спором, поништавање и укидање решења по праву надзора, укидање и мењање правноснажног решења уз престанак или на захтев странке, ванредно укидање решења и оглашавање решења ништавим. Јасно се

10 Извештај број 4-2016 о спровођењу Акционог плана за Поглавље 23, ел. верзија <http://www.mpravde.gov.rs/files/Izve%C5%A1taj%20br.%204-2016%20o%20sprovo%C4%91enju%20Akcionog%20plana%20za%20Poglavlje%2023.pdf>, стр. 205, 206, преузето 10.07.2017.

11 *Ibid.* стр. 206.

види да је федерација БИХ задржала класични модел ванредних правних лекова, као и Србија законом из 1997. године, што је слично у ентитету Републици Српској, уз задржавање и захтева за заштиту законитости. Сви закони о управном поступку који егзистирају у Босни и Херцеговини, а њих је четири, имају основ у аустријском концепту, слични су по структури и садрже и имају континуитет са претходним управним системом бивше државе (Korđić et al. 2016: 22,23).

Закон о управном поступку Црне Горе из 2014. године има поништавање и укидање решења, као ванредни правни лек, а приговор, жалбу и понављање поступка, као правне лекове (Лилић, 2014: 18). Модернији, унапређенији, са инволвирањем принципа европског права и стандарда модерних технологија, овај закон усклађен је са Европском конвенцијом, Повељом о основним правима Европске уније, Лисабонским споразумом и другим документима (Korđić et al. 2016: 44). У области ванредних правних лекова, као што се види нису уведени нови институти, већ реформисани, скраћени и унапређени претходни.

IV Закључак

Синтетички карактер, спајање, побољшање појединих института, раздвајање и изостављање неких који су без објективног разлога постојали, иновативност, као и рационалност и економичност су неке од одлика нових посебних случајева уклањања и мењања решења.

Међутим, бројни су разлози, као и предуслови, који су требали да претходе ЗУП-у из 2016. године. Заправо, ако се вратимо на прву реченицу овог рада, ми (наше друштво) и тежимо да немогуће претварамо у могуће. Бирамо тежи и несигурнији пут. Како и сама теорија истиче, готово да је немогуће одредити прописе, који су претходно требали да буду прилагођени новим законским решењима (Милков, 2013: 90). Теоретска и практична несигурност у наглим променама и применама нових законских решења последица су „револуционарних“ законских промена.

Право као сложен систем налаже логички повезану целину, која ствара правни систем. Неусаглашени појмови, правне празнине, велики број неодређених појмова, широк простор за дискреционе оцене у примени права и тумачење истих, доводе до правне несигурности и урушавања правног система. Последица таквог стања може се наслутити. Новине, као управни уговори, јавне услуге и слично, налажу круцијалне измене у другим областима права, а не само управном. Ту се отварају бројна питања односа грађанског права и управног права и њихове координисане измене и усаглашености.

Дакле, скоковита реформа и промена не иде од средине, већ од темељних принципа и норми.

Можемо закључити, ако пажљиво анализирамо стратешка опредељења реформе управе у Србији, као што су, између осталих, ефикасност, делотворност, економичност, предвидљивост одлучивања (Вучетић, 2014: 181), да је новим решењима, па и у делу ванредних правних лекова, дошло до одступања од тих прокламованих циљева. Новоустановљени стандарди су у супротности са својим задатим циљевима поједностављивања и убрзања управних поступка, јер бирају дужи пут до коначног акта. Такође, у стратешком опредељењу за смањење броја посебних управних поступака налазимо *argumentum a contrario*, с обзиром да препоруке Заштитника грађана, као претходни поступак, морају садржати посебну процедуру. Управо та процедура, у процесном смислу, ако је управна, је посебна, а ако је судска, она је опасност за правосудни систем, јер се бави „пресуђивањем“, што нарушава систем поделе власти прокламован Уставом.

Намеће се оправдана потреба за преиспитивањем одређених института, који нису својствени нашој традицији. Традиционална и проверена законска решења, посебно у делу ванредних правних лекова, требало је доградити и осавременити, без задирања у материјалне надлежности, и без ојачавања и увођења нових посебних управних поступака. Заправо, сам управни поступак који се спроводи пред Заштитником грађана, од захтева до његовог поступања и финалног акта који доноси, у поређењу са другим општим или посебним управним поступцима, далеко је провизорнији. Самим тим, поставља се питање квалитета испитног и доказног поступка, односно целог управног процеса, па и правног акта као његовог крајњег исхода?

Сагледавањем целокупног управног простора, правног система, наведених упоредних искустава, утемељења у традицији, као и анализе процесне улоге и самог поступка, намеће се реална потреба за преиспитивањем појединих правних института, као и ексклузивних права датих Заштитнику грађана! У том правцу, могла би се отворити потреба и дилема за давањем сличних процесних овлашћења и другом јавноправном органу или независном регулаторном телу или их из управног поступка потпуно odstrанити.

Литература

Билтен судске праксе Управног суда Београд, број 1/2010, преузето 24.07.2017. ел. верзија <http://www.up.sud.rs/uploads/pages/1382484567~~Bilten%20Upravni%20sud%20-%2001-2010.pdf>

Вучетић, Д. (2014). Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 68, година LIII, 175-186

Давитковски, Б. Гоцевски, Д. Давитковска, Е. (2014) Утицај ЕУ интеграција на самосвојност- зависност домаће легислативе (Посебан осврт на управно право), Зборник радова „Владавина права и правна држава у региону“ Источно Сарајево, 200-212

Димитријевић, П. (2016). Управно право, Ниш, СВЕН

Димитријевић, П. (2014). Нека отворена питања примене ЗУП-а, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 68, година LIII, 143-156

Димитријевић, П. (2004). Реформа ванредних правних лекова у управном поступку, Зборник радова Правног факултета у Нишу, XLIV, 145-171

Дреновак-Ивановић, М. (2014). Ванредно укидање решења: Однос јавног интереса и интереса заштите животне средине, Анали Правног факултета у Београду 2(LXII) 133-145

Закон о општем управном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 18/2016)

Закон о општем управном поступку („Сл. лист СРЈ“ број 33/1997, 31/2001 и „Сл. гласник РС“, бр. 30/2010)

Закон о управним споровима, Сл. гласник РС, бр. 111/2009

Извештај број 4-2016 о спровођењу Акционог плана за Поглавље 23, ел. верзија <http://www.mpravde.gov.rs/files/Izve%C5%A1taj%20br.%204-2016%20o%20sprovo%C4%91enju%20Akcionog%20plana%20za%20Poglavlje%2023.pdf>, преузето 10.07.2017.

Копрић, И. Ковач, Р. Ђулабић, В. Дžинић, Ј. (2016). Legal Remedies in Administrative Procedures in Western Balkans, Comparative Study, Zagreb, ReSPA

Лилић, С. (2014). Жалба и приговор у Нацрту Закона о општем управном поступку Србије, Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, књига 4, Зборник радова Правни факултет Београд, 11-25

Лончар, З. Вучетић, Д. (2013). Принцип сразмерности у европском и српском праву - Управноправни аспекти, Теме, Универзитет у Нишу, бр.4, 1617-1642

Милков, Д. (2014). О потреби усклађивања српског управног поступка са правом Европске уније, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 68, LIII, 83-96

Зборник радова студената докторских студија права

Милков, Д. (2013) Поводом нацрта Закона о општем управном поступку-Корак напред или десет у страну? Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, број 1, 85-99

Поповић, С. Марковић, Б. Петровић, М. (1992). Управно право, општи део, Београд, Савремена администрација

Поповић, С. (1968). Управни спор у теорији и пракси, Београд, Завод за издавање уџбеника

<http://www.sigmaxweb.org/publications/Principles-Public-Administration-Serbian.pdf>, преузето 10.07.2017.

Boris Mrdović, Master Lawyer,
Municipal Assembly of Priboj

SPECIAL CASES OF REMOVAL AND CHANGING SOLUTIONS IN ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

Tradition of administrative procedure of the Western Balkans countries is based on the Austrian concept. The new Law on General Administrative Procedure of Serbia from 2016, in a radically different way, resolves some issues of administrative procedure to the contrary of the one from 1997 and terminates with a decades-long legal tradition. The new law from 2016 provides five types of extraordinary legal remedies called special cases of removal and changing solutions, which are: Changing and annulling the administrative dispute solutions; Repeating the procedure; Cancellation of the final solution; Abolishing the solution; Annulment, abolishing or alteration of the final court decision on the recommendation of the Protector of Citizens. By rationalization, mergers, deletions, or by omission of certain types of remedies, as well as the reasons for their process activation, the actual forms resulted. In the content sense, Serbia through the process role in the administrative procedure, strengthens the institution of the Protector of Citizens and adds him competences, which have so far been concentrated in the hands of other public prosecution bodies. By comparative legal analysis, similarities and differences of the concept of extraordinary remedies have been established. The question arises whether the European value system reflects the need of Serbian society in the field

of strengthening the substantive legal authorizations of the Protector of Citizens, which are given through the form of procedural rules about administrative procedure? By examining the entire administrative space, the legal system, the specified comparative experiences, the foundations in the tradition, as well as the analysis of the process role and the procedure itself, the real need for reviewing certain legal institutes, as well as the exclusive rights granted to the Protector of Citizens, is imposed!

Keywords: *administrative procedure, Protector of Citizens, extraordinary legal remedies, abolishing of the solution, annulment of the solution, administrative act.*

ЕКСТЕРНИ ЕФЕКТИ И ЖИВОТНА СРЕДИНА

Апстракт: Предмет овог рада је повезаност привредног развоја и заштите животне средине. Применом инструмената политике заштите животне средине, као и њиховом комбинацијом, може се утицати на смањење загађења. Проналажењем решења која се односе на негативне екстерналије и применом мера политике заштите животне средине са становишта привреде, остварује се циљ заштите животне средине уз минималне трошкове. Сагледавањем ефеката појединих мера политике заштите животне средине на економске резултате пословања и на животну средину, омогућава се избор инструмената контроле загађења животне средине, како би се постигли најбољи резултати са становишта друштвеног благостања. Законодавство Републике Србије достигло је пристојан степен хармонизације са законодавством ЕУ у области заштите животне средине, али је у циљу унапређења стања животне средине, неопходно наставити са усвајањем добре праксе и успешних решења других држава, не само ЕУ и њених држава чланица, већ и других држава света.

Кључне речи: екстерни ефекти, животна средина, Република Србија, смањење загађења.

1. Увод

Економски инструменти, поред осталих инструмената еколошке политике, представљају категорију која обезбеђује испуњење еколошких циљева. Стога је неопходно идентификовати околности и услове под којима економски инструменти могу дати најбоље резултате у смислу еколошке ефективности и економске ефикасности. Економски инструменти могу бити значајна помоћ регулативи која већ постоји или, у одређеним случајевима, чак замена за регулативу која не постоји.

1 alexjanic@hotmail.com

Економски инструменти могу бити дефинисани тако да остварују утицај, како на трошкове, тако и на користи, и да буду у сагласности са еколошком политиком и њеним непосредним циљевима. Основни задатак економских инструмената је да обезбеде рационално коришћење еколошких ресурса. Економски инструменти у служби заштите животне средине, сагледавани су пре свега кроз призму Коузове теореме и Портерове хипотезе паралелно са остваривањем њихове сврхе оличене у заштити и побољшању стања животне средине. Будући да теорија нема јединствен став о апсолутној предности државне регулативе над тржишним механизмима, или обрнуто, важно је било сагледати све аспекте, како позитивне тако и негативне, који ће показати успешност ових инструмената и можда предвидети њихов даљи развој.

2. Концепт одрживог развоја

Одрживи развој подразумева коришћење природних ресурса у задовољењу потреба садашње генерације, а да се не угрозе могућности задовољења потреба будућих генерација. „Мада је концепт одрживог развоја поникао из научне литературе у којој је одрживост интерпретирана као управљање природним ресурсима на начин који обезбеђује очување њиховог репродуктивног капацитета, дефиниција одрживог развоја Брундтланд комисије, дозвољава и шире тумачење тога појма, које задира у економску и социјалну сферу“ (Јовановић Гавриловић, 2006: 56).

Социјална компонента одрживог развоја подразумева задовољење потреба човека кроз имплементацију и остваривање људских права. Могућност задовољења основних потреба људи које укључују доступност образовања, здравствених услуга, хране и слично, треба да буде базирана на недискриминаторској основи у родном, политичком и етничком смислу.

Економска компонента одрживог развоја за циљ има обезбеђивање доступности рада и на тај начин омогућавање људима да својих радом стичу изворе прихода којим ће се финансирати задовољавајући квалитет живота. Између економског и социјалног развоја постоји висок степен реципрочне међузависности. Ипак, немогуће је раздвојити добробит човека од добробити природног окружења у коме живи. Стога је битна компонента одрживог развоја државна помоћ – инструмент за заштиту животне средине у Европској унији и Србији.

Поред економске и социјалне компоненте, еколошка компонента једна је од три основне и међусобно условљене компоненте одрживог развоја. Она подразумева заштиту животне средине и очување. Еколошки одржив систем подразумева очување стабилности постојећих природних ресурса,

умерену експлоатацију обновљивих ресурса и избегавање неоправданог исцрпљивања необновљивих природних ресурса. Ово укључује и одржавање биодиверзитета, атмосферске стабилности и других функција екосистема (Harris, 2002; 6).

Економски и социјални развој се морају остваривати на начин који је еколошки прихватљив, осигуравајући одрживо коришћење, али и доступност природних ресурса за будуће генерације. „Трошење животне средине и њених ресурса има своје границе раста, тако да сваки даљи развој мора бити одрживи развој за одрживу будућност“ (Ђукановић, 1996: 169). Реализација модела одрживог развоја „подразумева трагање за начинима да се усклади економски, еколошки, политички и културни развој, уз поштовање различитости цивилизација које егзистирају и потребама заштите и унапређења животне средине, односно између привредног раста, социјалне правде и здраве животне средине“ (Милтојевић, 2006: 437).

3. Законодавно-правни и институционални оквир за управљање заштитом животне средине

У Републици Србији законодавно-правни и институционални оквир за управљање заштитом животне средине уређене је Уставом Републике Србије. Устав предвиђа право грађана на здраву животну средину, али и обавезу грађана да штите и унапређују животну средину у складу са законом. Систем правних норми у области заштите и унапређења животне средине у Републици Србији чини велики број закона и других прописа. Еколошко законодавство у Републици Србији чини преко 100 закона и других прописа (Јовановић, Радукић, Петровић-Ранђеловић 2011, 184).

Закон о заштити животне средине² (у даљем тексту ЗЗЖС), поред основних одредби, прописује управљање природним вредностима, мере и услове заштите животне средине, праћење стања животне средине, информисање и учешће јавности, економске инструменте, одговорност за загађивање животне средине, надзор, казнене одредбе и прелазне и завршне одредбе.

Заштита животне средине, као компонента одрживог развоја, постаје императив како за владе држава чланица Европске уније, тако и за све остале друштвено одговорне субјекте. Концепт права животне средине афирмисан је на нивоу ЕУ ступањем на снагу Архуске конвенције, Директиве 2003/4 Европске комисије и Уговора из Лисабона. Да би се

² Закон о заштити животне средине, Сл. Гласник РС, 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон, 43/2011 - одлука УС и 14/201 и 14/2016.

испуниле еколошке обавезе из наведених међународних докумената, морају се успоставити механизми кроз које ће се обавезати или мотивисати сви значајни друштвени субјекти, а пре свега предузећа, да одржавају и унапређују квалитет животне средине. „Европска унија посматра животну средину као проблем, који није везан за националне границе, већ је третиран као регионални проблем – право заштите животне средине је интегрални део политике ЕУ“ (Костић, 2007: 53).

Један од најзначајнијих докумената за имплементацију концепта одрживог развоја јесте Национална стратегија одрживог развоја Републике Србије за период од 2008. до 2017. године (Национална стратегија одрживог развоја Републике Србије 2007). Овом Стратегијом дефинисани су циљеви одрживог развоја и потенцијални начини њиховог остварења (Национална стратегија одрживог развоја Републике Србије 2007, 2). Стратегија се заснива на глобално прихваћеним принципима који су дефинисани у Декларацији одрживог развоја из Јоханесбурга (World Summit on Sustainable Development - WSSD 2002), Миленијумским циљевима развоја Уједињених нација (United Nations 2005) и Стратегији одрживог развоја Европске уније (European Commission 2006), а то су: међугенерациска солидарност и солидарност унутар генерације; отворено и демократско друштво – учешће грађана у одлучивању; знање као носилац развоја; укљученост у друштвене процесе; интегрисање питања животне средине у остале секторске политике; принцип предострожности; принцип „загађивач/корисник плаћа“; укључење трошкова везаних за животну средину у цену производа; одржива производња и потрошња.

4. Екстерни ефекти

Појам екстерних економија обухвата међузависност између друштвеног, економског система и животне средине, односно између људских активности и окружења. Суштина настанка екстерних економија проистиче из разлика између слободних, природних (еколошких) добара и економских добара, тј. концептуализације економског и еколошког развоја. Еколошки трошкови настали због екстерних дисекономија развоја, могли би да имају узлазни тренд, уколико се не предузму адекватне мере и акције. У складу са концептом одрживог развоја, интернализација екстерних ефеката развојних (производних) процеса могућа је укључивањем еколошког трошка у производни менаџмент, према принципу „загађивач плаћа“ или „корисник плаћа“. Због тога се сугерише примена превентивног, интегралног приступа заштити животне средине, у коме су еколошки трошкови део укупних производних трошкова (Тодоровић, 2010: 2).

Појам „екстерна економија“ први пут је употребио А. Маршал, 1920. године. Од тада па до данас појам екстерних ефеката тумачен је на различите начине и довођен у везу са различитим појмовима. А. Маршал је најпре поделио економију на екстерну и интерну. Под екстерном економијом је подразумевао економију која зависи од општег развоја сектора, односно то је „повећање економије предузећа на бази повећања обима производње који је резултат инпута и оутпута других економских субјеката – предузећа, привредних грана, привреде у целини“ (Здравковић, 2009: 404). Под интерном економијом подразумева економију која зависи од ресурса индивидуалних фирми, од њихове организације и ефикасности њихових менаџмента, односно то је активност унутар самог предузећа.

С друге стране, постоје три приступа дефинисању екстерних ефеката, односно екстерналија, који се међусобно разликују, али ипак имају и много тога заједничког, а то су:

- 1) Феноменолошки приступ,
- 2) Приступ опште равнотеже,
- 3) Институционални приступ.

Према првом, феноменолошком приступу, који следе Баумол и Оутс, екстерналије се пореде са феноменом загађења животне средине. Они су покушали да дефинишу појам екстерналија, али нису дали и објашњење његовог деловања (Тодоровић, 2010: 2).

Други, приступ опште равнотеже срећемо код Ероуа. Он посматра екстерналије у моделу опште равнотеже и истиче да су екстерналије основни узрок непостојања тржишта. У суштини, овај приступ је усмерен на проналажење граница између концепта тржишног недостатка, јавних добара, неконвексности и екстерналија, како би се у ствари посматрале последице екстерналија са становишта ефикасности (Тодоровић, 2010: 2).

Последњи, институционални приступ (Коуз) заснива се на анализи приватне својине и формирања институција, па се на тој основи и објашњавају екстерналије као тржишни недостаци. Ставом о реципрочности негативних екстерналија³ и теоријом неутралности, Коуз је успео да докаже више ствари. Равнотежа тржишта се тешко успоставља у ситуацијама настанка негативних екстерналија, и у том правцу је потребно сагледати

³ По природи ствари, код загађења, које притом проузрокује оштећење (штету), не ради се о једностраном односу. Напротив, ради се о билатералном односу, у којем учествује и страна која причињава штету као и страна која је трпи. Уколико не би било стране која трпи загађење, не би постојао субјекат спрам кога бисмо могли да тврдимо да постоји ефекат негативних екстерналија (Јанковић, 2015: 55).

интересекако штетника тако и оштећеног. Међутим, главни инструмент за постизање равнотеже је ефикасност расположивих механизма у контексту датих околности. Проблем негативних екстерналија, посматран као несавршеност тржишта, може имати више решења, како државну регулацију тако и тржишне механизме, где би требало одабрати оне који изискују најмање трошкова, дакле, према принципу исплативости. Значајан допринос Коузове теореме је у објашњењу улоге државе посматрано кроз призму негативних екстерналија као несавршености тржишта. Истичући колико структура правног система утиче на алокацију ресурса, подстицаје тржишних субјеката и, самим тим, на друштвено благостање, Коузова теорема показује како је главни инструмент за постизање равнотеже ефикасност расположивих механизма. Неминовност настанка негативних екстерналија морала би бити каналисана путем механизма који обезбеђују најнижи ниво расипања ресурса за друштво као целину, што носиоци државне политике могу постићи компаративним економским анализама расположивих инструмената. Ове анализе би показале како би требало извршити расподелу права, самим тим и терет одговорности, тако да се обезбеди минимизација друштвених трошкова (Мојашевић, 2009а: 30-33).

Проблем који се јавља у вези са појмом екстерналија је да не постоји његова обухватна и прецизна дефиниција. Сматра се, да извори различитих значења екстерналија потичу од различитог схватања речи „екстерно и интерно“. У првом случају „екстерно“ означава међузависност-активност која има ефекте ван фирме или појединца, а у другом случају, „екстерно“ означава неефикасност-последике активности које фирма не узима у обзир. Такође, шездесетих година појмови загађење и екстерналија постају блиски синоними (Vasić, 2004: 35).

4.1. Портерова хипотеза и Парето-ефикасност

Економиста Харвардске бизнис школе, Мајкл Портер, почетком деведестих година, покушао је да разбије илузије о неекономичности еколошких мера, које су у то време пробијале свој пут на светску сцену. Оно што је он изнео као хипотезу до данас је мноштвом студија како потврђено тако и оповргнуто, те се не може са сигурношћу тврдити да је исправна, али је свакако значајна за сагледавање економске димензије еколошких инструмената. Основа његове хипотезе заснива се на дугорочној исплативости еколошких мера попут зелених пореза и трансфербилних дозвола (Ambec, A. Cohen, Elgie, Lanoie, 2011: 1).

Парето ефикасност представља оптималан систем, у коме су директно пропорционални ресурси и алокација ресурса, са производњом добара

и положајем субјеката на тржишту. Наиме, овај концепт предвиђа да се све алокације ресурса заснивају на „генералној једначини економског еквилибријума“, те да на тржишту постоји специфична економска равнотежа, са узајамно зависним односом њених чинилаца, где свака алокација ресурса подразумева једновремено и побољшање и погоршање положаја субјекта на тржишту, зависно од саме алокације ресурса. Исто важи и за производњу одређених производа, те уколико дође до смањења на једној страни, на другој страни мора доћи до повећања, што директно утиче и на положај других субјеката на тржишту. Концепт Парето ефикасности потиче од истоименог аутора, који у свом чувеном раду образлаже своје становиште, уз тврдњу да се велики део економских феномена заснива управо на „генералној једначини економског еквилибријума“, односно односа феномена понуде и тражње који су у директној спрези (Парето, 1897: 494,495).

Портерова хипотеза подржава економско-еколошке мере и еколошки приступ производњи, и то уз пажљиву анализу и имплементацију мера од стране државе, обећавајући постизање двоструког ефекта - здраве и очуване животне средине и задржавање нивоа конкурентности (или пак њено повећање).

Важно је приметити то да основни постулати ове хипотезе указују на квалитетну и јасну државну регулативу, да је само таква регулатива подобна да имплементацију економско-еколошких мера доведе до Парето ефикасности.

Парето-ефикасност подразумева такву алокацију ресурса, при којој се положај једног учесника не може побољшати, а да се при том положај другог не погорша. Привреда је Парето-ефикасна ако нико није на добитку, уколико неко други није на губитку.

4.2. Еколошки екстерни ефекти

Еколошки екстерни ефекти су они ефекти који утичу на чиниоце животне средине, односно на воду, ваздух и земљиште. Екстерни ефекти узрокују и еколошке трошкове. То су трошкови које проузрокује развој производње, која доводи до загађења животне средине. Индустрија, металургија, термоцентралне и неке друге производње доводе до повећане потрошње кисеоника у подручјима њихове локације и до загађивања амбијенталног ваздуха.

Екстерни ефекти су трошкови или користи који настају за трећа лица у тржишним трансакцијама, а који нису укључени у тржишну цену робе (Kitanović, Golubović, Petrović, 2009: 279).

Постоје два типа екстерних ефеката (екстерналија) и то: позитивни екстерни ефекти који се још могу назвати користима, и с друге стране, негативни екстерни ефекти који заправо представљају трошкове.

Негативне екстерни ефекти представљају утицај једне индивидуалне активности којом се другима наноси штета, без обзира на то да ли су та лица то хтела или не, и то без икакве накнаде за причињену штету. Најчешћим негативним екстерним ефектима сматрају се загађења животне средине. Уколико посматрамо ситуацију у којој фабрика приликом производње загађује ваздух, такво загађење представља негативан утицај исказан у друштвеном трошку – пре свега за лечење људи чије је здравље нарушено, трошкове послодаваца тих људи због одсуства са посла, трошкове пречишћавања загађених медијума животне средине и др. Управо зато што се ови трошкови не урачунавају у трошак производње неке робе, већ се преносе на друга лица, негативни екстерни ефекти представљају недостатак тржишта, који се коригује интернализацијом, односно елиминисањем или ублажавањем (Николић, 2011: 203).

Најједноставније речено, позитиван екстерни ефекат је онај који проузрокује корист трећој страни нпр. воћњак може представљати позитиван екстерни ефекат пчеларима у суседству, а негативан екстерни ефекат је онај који проузрокује трошкове трећој страни нпр. постројење које испушта технолошке отпадне воде загађује реку и ствара негативне екстерне ефекте за постројење за пречишћавање вода који је низводно лоцирано, јер му повећава трошкове пречишћавања воде за пиће.

Поред поделе на позитивне и негативне екстерне ефекте, постоји и подела на произвођачке и потрошачке екстерне ефекте, у зависности од тога којих ствара. Произвођачке екстерне ефекте проузрокују произвођачи (на пример, фабрика која загађује реку), а потрошачке екстерне ефекте стварају потрошачи (на пример, особа која пуши у затвореној просторији без вентилације узрокује негативну екстерналију на непушаче). Затим, екстерналије се могу разликовати према распрострањености (локалне, регионалне), итд (Тодоровић, 2010: 4).

Код еколошких добара (као што су вода, ваздух, земљиште) који нису производ људског рада и немају вредност, тржиште није регулатор и ту не важи економски принцип, да се не може нешто трошити док се на плати. Али еколошке трошкове мора неко да плати, а најчешће су то они који те трошкове нису узроковали. Друштво плаћа еколошке трошкове, јер мора да решава проблем смањења здравствене способности популације, да обезбеди средства за покриће повећаних трошкова лечења, да заштити угрожене биљне и животињске врсте, да повећа издатке за санацију

животне средине. Предузећа и појединци, такође, плаћају еколошке трошкове које нису проузроковали посредно преко већих пореза, здравствених трошкова, трошкова осигурања и рачуна за чишћење и одржавање животне средине (Тодоровић, 2010: 5).

С обзиром на то да су размере негативних екстерних ефеката веће и њихове последице далекосежније, овој врсти екстерних ефеката се посвећује много већа пажња. Модерна индустријска производња доводи до великог загађења животне средине, што представља основни облик негативних екстерних ефеката. Наиме, већина тржишних цена производа, односно услуга не представља њихове „стварне“ цене. Екстерни трошкови се, најчешће, не узимају у обзир приликом обрачуна трошкова производње (на пример, у цени деривата нафте нису садржани трошкови проузроковани загађењем атмосфере; код обрачуна трошкова превоза нису урачунати трошкови лечења обољења респираторних органа, која су изазвана загађењем ваздуха). Одлуке о начину и методама производње се доносе само на основу индивидуалних трошкова и користи, које има појединачни загађивач (Илић-Попов, 2000: 29).

4.3. Неинтервенционистичка решења проблема екстерналија

Две су групе мера за решење проблема екстерналија и оне обухватају приватна (неинтервенционистичка) решења и решења од стране јавног сектора (интервенционистичка).

Уважавајући резултате кост-бенефит анализе теорија разликује приватна решења и решења од стране државе. Приватна решења заснивају се на такозваној Коузовој теореме. Према Коузовој теореме, када постоје негативни екстерни ефекти, погођене стране могу да се договоре и направе ефикасан аранжман на основу кога интернализувати екстерне ефекте (Coase, 1960).

Тржишна, односно приватна решења проблема негативних екстерних ефеката обично подразумевају стимулисање спајања/припајања предузећа, омогућавање склапања приватних уговора и дефинисање и примену права својине.

У свим земљама, потврђена је потреба за тесним повезивањем економске и еколошке политике. Један од начина, да се таква ефикасна интеграција постигне, је да се развије што шира и конзистентнија употреба тржишних, односно економских инструмената у политици очувања животне средине. До средине седамдесетих година XX века, економски инструменти су врло ретко коришћени за постизање еколошких циљева. Међутим,

током последње деценије овог века, употреба економских инструмената у еколошкој политици се значајно развила. Економски инструменти, у функцији очувања животне средине, користе се као релативно ефикаснији облик замене законске регулативе, или као њен комплемент. Економски инструменти брже постижу жељене резултате, јер доношење законских прописа обично претпоставља дужи временски период, а често и потребу да се претходно отклоне бројне политичке и административне тешкоће. Основни смисао увођење тако широког спектра различитих економских инструмената је да се загађивачи ставе пред избор, чије ће резултат истовремено да буде и еколошки, али и економски рационално понашање (Илић-Попов, 2000: 70).

Заједничко обележје свих економских инструмената је да користе цене као основни механизам који треба да стимулише промене у понашањима произвођача, односно потрошача, како би се смањило загађивање животне средине. Наиме, употребом ових инструмената, може се утицати на предузећа да смање ниво штетних емисија у току производног процеса, односно могу се подстицати домаћинства да смање потрошњу оних роба и производа који нису прихватљиви са еколошког становишта. Релативно већа ефикасност, као и економичност тржишно орјентисаних инструмената, огледа се у чињеници да се њиховом употребом циљеви заштите животне средине постижу са најнижим маргиналним трошком. Ови инструменти смањују укупну цену контроле штетних емисија, тако што маргиналне трошкове смањивања загађивања своде практично на трошкове казни. Загађивачи имају могућност да се прилагоде тржишним сигнаlima на начин који је, у погледу трошкова, најефикаснији. Њима стоје на располагању најмање три различита избора у циљу ограничавања штетних емисија и то су:

- 1) уградња посебних уређаја за пречишћавање воде или ваздуха;
- 2) смањивање производње и прилагођавање прописаној количини загађења;
- 3) куповина права за загађење по тржишној цени (Илић-Попов, 2000: 71).

4.4. Интервенционистичка решења проблема екстерналија

Једна од важнијих активности државе јесте редистрибуција доходака, јер када је и привреда Парето ефикасна то ништа не говори о томе како је извршена дистрибуција доходака између појединаца. Због тога, је неопходно да држава предузима одређене мере како би се истовремено остварила ефикасност уз задовољавајући ниво једнакости у расподели доходака.

Други задатак државне интервенције јесте „присиљавање“ појединаца да користе јавна добра. Овде се поставља питање да ли треба присиљавати некога да користи неко добро, односно да ли је могуће да група појединаца наметне своје жеље и преференције другим појединцима, односно већини. У овом случају, одговор је позитиван, јер постоје ситуације где је улога државе једноставно неопходна, а то је уједно у интересу појединаца, као што је, на пример, забрана конзумирања дроге, обавезно основно школовање. Основни циљ државне интервенције јесте остваривање Парето побољшања, односно треба изабрати такав вид државне интервенције који ће све да учини богатијим а да при том, никога не учини сиромашнијим. Тамо где тржишни механизам не даје добре резултате (јавна добра, гране са стагнантном технологијом и екстерналије), држава мора да се на неки начин „умеша“, да предузме одговарајуће мере за решавање таквих проблема. Улога државе у регулисању екстерних ефеката у области екологије остварује се на основу осмишљених јавних програма, који су део политике јавних расхода сваке државе. Основне мере јавног сектора за решавање проблема екстерналија су следеће: порези (казне), субвенције, стандарди, тржишне дозволе (Тодоровић, 2010: 11).

4.5. Порези и новчане казне

Порези (у смислу казни) се уводе ради побољшања ефеката екстерналија. Објективно утврђена висина казне или пореза има за циљ изједначавање приватних и друштвених користи и трошкова. Корективни порези⁴ треба да изједначе граничне приватне трошкове саграничним друштвеним трошковима. У случају наплате износа који одговара висини граничних трошкова загађења, гранични приватни и друштвени трошкови се изједначују (Тодоровић, 2010: 12).

Постојећа пореска структура треба да се прилагоди утврђеним еколошким циљевима. Циљ је укључивање износа еколошког пореза у цену одређених производа. Постојећи порези (порез на додатну вредност, други облици општег пореза на промет, акцизе и др.) проширују се на производе који евентуално могу да угрозе животну средину и да штете људском здрављу, као што су на пример: батерије, амбалажа, мазива уља, цигарете, алкохолна пића и др. Фискалне дажбине које се уграђују у цену производа приморавају произвођаче, односно потрошаче да приликом доношења својих економских одлука обавезно узму у обзир и трошкове загађивања

⁴ Економиста А.С. Пигу је први истакао у својој познатој књизи „Економија благостања“, да када постоји екстерналија, држава треба да опорезује страну која је узрокује, у износу једнаком екстерном трошку. Овај начин решавања проблема екстерналија назван је Пигуовим порезима

околине као и друге екстерне трошкове (нпр. трошкове због стварања појачане буке у близини аеродрома и друге) (Тодоровић, 2010: 13).

На тај начин држава политиком подстицаја стимулише произвођаче да интернализују негативне екстерне ефекте производних процеса, између осталог инвестицијама у иновативне механизме производње који ће бити еколошки прихватљиви, сагледавањем дугорочне анализе трошкова и користи пореза у односу на накнаде изазване штете (Јанковић, 2015: 59).

Тако, на пример, када би се увео порез на емисије штетних гасова, предузеће-загађивач имало би на располагању две могућности: или да плати пун износ пореза и да настави даље да емитује загађујуће материје, или да користи одговарајућу опрему и уређаје за смањивање загађивања и да на тај начин смањи пореску обавезу. Међутим, да би се предузеће одлучило за ову другу алтернативу потребно је да порези буду довољно високи, тако да се предузећу више исплати да набави опрему за контролу загађивања, него да плаћа порезе, у противном, ако су порези ниски онда ће предузеће једноставно да настави да загађује околину и да плаћа мали порез (Тодоровић, 2010: 13).

Негативни аспект еколошких пореза огледа се у смањеном подстицају на очување животне средине са жељеном пажњом за предузимање превентивних мера или умањивања штете код оних који на име претрпљене штете добију компензацију. Може се десити да лица која су оштећена губе интерес да се постарају да до штете не дође, уколико се из државног буџета врши исплата компензација, што има за последицу да потпуно нестане основни смисао настанка овог инструмента (Мојашевић, 2009: 207).

Постоје и порези који имају неповољне еколошке ефекте. У том смислу се посебно издаваја област саобраћаја. Тако, на пример, одобравање посебних пореских погодности за коришћење компанијских аутомобила, као и добијање накнаде на име трошкова превоза на посао, односно са посла, повећавају коришћење путничких аутомобила, због чега долази до већих саобраћајних гужви на путевима, повећаног загађивања ваздуха, повећаног нивоа буке и слично (Тодоровић, 2010: 13).

4.6. Субвенционисање трошкова за смањење загађења

Активнији начин учешћа државе у смањењу загађења је кроз субвенционисање смањења загађења. Уместо да опорезује загађење, држава је у могућности да субвенционише издатке на смањењу загађења. Уколико не очекује директну корист од смањења загађења, предузеће није мотивисано да инвестира у контролу и редукацију загађења. У случају

могућности избора, загађивачи се радије опредељују за субвенционисање смањења загађења, него за казне, јер субвенције су трошкови који иду на терет пореских обвезника, с једне стране, а омогућавају већу добит предузећима, с друге стране. Ако се примени систем казни, цене конкретне производње ће бити веће, те ће бити угрожени и потрошачи, јер се еколошки трошак индиректно преваљује на њих. Порески обвезници, из чијег пореза се финансира субвенционирање, биће више заинтересовани за систем казни. Према концепту субвенционисања смањења загађења, произвођачи се не суочавају са стварним друштвеним трошковима сопствене производње, као у случају система казни када то јесте случај.

Директне субвенције, које држава одобрава из свог буџета, имају често неповољне импликације на животну средину, посебно имајући у виду чињеницу да износи таквих субвенција често нису мали. Међу субвенцијама које потенцијално угрожавају животну средину посебно се издвајају: субвенције које се дају авио-компанијама (што може да доведе до пада цене авионских карата, а тиме и до повећања броја летова, услед чега долази до појачане буке), субвенције које се одобравају аутомобилској индустрији (што може да снизи продајну цену аутомобила, и на тај начин повећа тражњу за аутомобилима, а повећана тражња за аутомобилима значи повећање гужве у саобраћају, повећање концентрације издувних гасова), субвенције које се дају рударској индустрији и др (Тодоровић, 2010: 14).

4.7. Тржишне дозволе за загађење окружења

Овај економски инструмент је све популарнији, јер омогућава „промет дозволама“ између учесника у тржишној утакмици. У овом случају, држава је превасходно заинтересована за смањење општег нивоа загађења, али не и за то који је произвођач својом активношћу узроковао загађење. Уколико из неких разлога предузеће смањи обим производње, и не потроши „своју квоту у загађењу“, постоји могућност да прода своје неискоришћено право загађења, продајом тржишне дозволе предузећу које проширује производњу (и има потребу за додатним загађењем, преко дозвољене висине загађења).

У пракси су се показала два проблема као значајна за тржишну регулацију путем дозвола. Први проблем се односи на правичност у вези са почетним издавањем дозвола. Дискутабилно је шта треба да се постави као основа за издавање дозвола, да ли ће то бити обим производње, уложена средства или савремена технологија. Други проблем се односи на локацију загађивача. Систем тржишних дозвола даје добре резултате у случају

ирелевантности локације загађивача. Међутим, загађење ваздуха је много осетљивији проблем у близини великих градова. Својевремено уведене тржишне дозволе за контролу киселих киша нису довољно размотриле овај проблем (Тодоровић, 2010: 14).

5. Закључак

Нужност заштите животне средине у светлу економске реалности активира читав низ еколошко-економских инструмената међу којима су најзаступљенији порези, субвенције, стандарди и дозволе за загађење. Порези су свакако најстарија мера државне интервенције, док су дозволе за загађење најсавременији инструмент у политици заштите животне средине. Порези, као инструмент заснован на перформансама, циља на смањење загађења успостављањем пореског оптрећења над прозводима и производним чиниоцима који загађују животну средину, и тако врши корекцију кроз сам прозводни процес. Зелени порези су се показали као јако ефикасан инструмент будући да имају стимулативно дејство на преусмеравање производних процеса ка еколошки пријатељској производњи, што даље може усмерити и преференције потрошача као еколошким производима. Производи са еколошким екстерним ефектима као што су батерије, амбалажа, цигарете, алкохолна пића, односно производи који могу да угрозе животну средину и могу да буду штетни по здравље људи, све више се опорезују од стране државе не би ли се на тај начин смањила њихова потрошња. Уколико се прати ова ланчана рекација, јасно је зашто се зелени порези сматрају прилично адекватном еколошко-економском мером.

Ипак зелени порези, као ни један до сада осмишљен еколошко-економски инструмент, нису у потпуности остварили своју сврху без негативних ефеката те се ради на сталном усавршању постојећих и креирању нових механизма. Једна од новина представља стварање новог тржишта – тржишта за трговину дозволама за загађење. И овим инструментом се не спречава загађење у потпуности већ се омогућава да се загађење смањи куповином права на загађење у одређеној мери. Очигледно је да ће тржиште трансфербилних дозвола бити будућност заштите животне средине, како се може наслутити из тренутног развоја овог тржишта пре свега у Европској унији која постепено улази у трећу фазу реализације овог тржишта са комбинацијом две врсте трансфербилних дозвола. Посебно важан аспект овог инструмента јесте градацијско прикупљање података о нивоима загађења што може увелико помоћи приликом смањења граничних вредности.

Литература

Ambec, S. A. Cohen, M. Elgie, S. Lanoie, P. (2011). The Porter Hypothesis at 20: Can Environmental Regulation Enhance Innovation and Competitiveness?, Resources for the Future Discussion, in: Resources for the Future Discussion Paper No. 11-01, [Electronic version].

Аџемовић, М. (2012). Дизајнирање еколошко-економских инструмената заштите животне средине; у: Сварог, бр. 4. Бања Лука: Независни Универзитет Бања Лука. 260 – 272
Васић, С. (2004). Улога државе у неутралисању еколошких екстерних ефеката. Ниш.

Ђукановић, М. (1996). *Životna sredina i održivi razvoj*. Beograd: Elit.

European Commission (2006) EU Sustainable Development Strategy. Преузето са: <http://ec.europa.eu>.

Закон о заштити животне средине. Службени гласник РС. Бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 -др. закон, 43/2011 - одлука УС и 14/2016.

Здравковић Д. (2009). Теорија и политика цена. Универзитет у Нишу, Економски факултет.

Илић-Попов Г. (2000). Еколошки порези. Преузето са: <http://www.ius.bg.ac.rs/prof/Materijali/ilpgor/EKOLOSKI%20POREZI.pdf>.

Јанковић, Ј. (2015). Европски стандарди у заштити животне средине – правни и економски аспект. Универзитет у Нишу, Правни факултет. Мастер рад, mimeo.

Јовановић Гавриловић, Б. (2006) Одрживи развој – суштина концепта и могућност мерења, Одрживи развој у СЦГ: институционално прилагођавање решењима и пракси у ЕУ, редактори : Вујошевић, М., Филиповић, М., Економски факултет Универзитета у Београду, Институт за архитектуру и урбанизам Србије, Београд

Jovanović, S. Radukić, S. Petrović – Randelović, M. (2011). Teorijski i institucionalni okvir održivog razvoja. Niš: Ekonomski fakultet.

Kitanović, D. Golubović, N. Petrović, D. (2009). *Osnovi ekonomije*. Niš.

Kostić, M. (2007). Pravo na pristup informaciji o životnoj sredini. Institut za uporedno pravo, Beograd. *Strani pravni život*, (3): 48-63.

Miltojević, V. (2006). Održivi razvoj i kvalitet života. *Časopis Teme*, br. 3: 427-440.

Зборник радова студената докторских студија права

Мојашевић, А. (2009а). Економска анализа накнаде штете. Магистарски рад, mimeo.

Мојашевић, А. (2009б). Економска анализа еколошког права и политике; у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 53. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Национална стратегија одрживог развоја. Службени гласник РС. Бр. 57/2008 од 3.6.2008. године.

Nikolić, Lj. (2011). Osnovi ekonomije. Niš: Centar za publikacije Pravnog fakulteta u Nišu.

Pareto, V. (1897). The New Theories of Economics; in: Journal of Political Economy, Volume 5, Issue 4. 485-502. [Electronic version].

Pigou, A. C. (1932). The Economics of Welfare. [Electronic version]. Преузето са: <http://www.econlib.org/library/NPDBooks/Pigou/pgEW.html>

Тодоровић Ј. (2010). Екстерни ефекти. Универзитет у Нишу, Економски факултет, mimeo.

United Nations (2005) Millennium Development Goals: EU Contribution to the Review of the MDGs at the UN 2005 High Level Event. Преузето са: <http://www.un.org/millenniumgoals>.

Harris, M. J. (2002). Basic Principles of Sustainable Development, Global Development and Environment Institute. Working Paper 00-04:1-26. merenja, Održivi razvoj u SCG: institucionalno prilagođvanje rešenjima i praksi u EU. Redaktori: Vujošević, M., Filipović, M., Ekonomski fakultet Univerziteta u Beogradu, Institut za arhitekturu i urbanizam Srbije, Beograd.

Coase, R. (1960). The problem of social cost; in: The Journal of Law and Economics Volume III. Chicago: The University of Chicago Press. pp. 1-44.

World Summit on Sustainable Development (WSSD) (2002) Johannesburg Declaration on Sustainable Development. Преузето са: <http://www.johannesburgsummit.org>.

<http://www.d.umn.edu/cla/faculty/jhamlin/4111/Readings/Pareto.pdf>

Aleksandar Janić, LL.M.,
PhD student at Faculty of Law, University of Niš

EXTERNAL EFFECTS AND ENVIRONMENT

Summary

External effects are effects caused by business entities in their immediate or wider environment and which don't have to be a part of business's forecast of cost/expenses and income. "External economy" consists of external savings and external expenses. The term external savings stands for positive external effects, while external expenses stands for negative external effects. Environmental pollution, primarily of water and air, are occurrences that economists label as "External ecological effects". They are a direct consequence of the imperfect functioning of market mechanisms. The specifics of each country's market climate determine a combination of specific instruments that will be implemented (among which the most common are taxes, subsidies, standards and permits for pollution). It is important to analyze all available instruments and opt for the combination that will give the best results in set economic circumstances, guided by theory as well as good practices of other countries.

Keywords: *external effects, environment, Republic of Serbia, reduction of pollution.*

ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ НЕЗАКОНИТОГ ОТКАЗА

Апстракт: У правном систему Србије, радни спор је конципиран тако да се у једном истом судском поступку утврђује законитост отказа уговора о раду, као и све правне последице које произилазе из незаконитог отказа. На овакав начин доприноси се ефикасности и економичности у решавању радних спорова и то у обостраном интересу, како запосленог тако и послодавца, а с друге стране и смањивању судских спорова, јер се на тај начин, у једном судском поступку решава о свим захтевима запосленог, а поводом тужбе за незаконит отказ.

Могуће последице незаконитог престанка радног односа, сходно Закону о раду РС су: потпуна реинтеграција запосленог (враћање на рад, накнада штете и уплата припадајућих доприноса за обавезно социјално осигурање); ако запослени захтева, у судском поступку, уместо повратка на рад, суд ће досудити надокнаду штете у виду 18 зарада у зависности одвременаведеног на раду код послодавца; у случају противљења послодавца захтеву запосленог за повратак на рад, суд ће запосленом, уместо повратка на рад, досудити надокнаду штете у износу до 36 зарада

Кључне речи: незаконит отказ, радни однос, штета, накнада штете

1. Уводне напомене

Правне последице незаконитог отказа, у нашем ранијем законодавству, заснивале су се на потпуној реинтеграцији запосленог, односно, повраћај на рад уз признавање свих права из радног односа. Промене у економском смислу, условиле су и промене власничке структуре послодаваца, односно, већа је израженост приватног сектора, што је у пракси створило ситуацију да није оправдано и сврсисходно применити потпуну реинтеграцију запосленог коме је незаконито престао радни однос у сваком случају. Запосленом радни однос може престати само на начин који је у складу са

1 biljanaantic@gmail.com

Законом о раду,² колективним уговором, правилником о раду и уговором о раду. Радни спор представља спор поводом дискриминације и злостављања на раду, отказа уговора о раду и уговарања исплате минималне зараде³. Запослени, који сматра да му је незаконито престао радни однос, може захтевати од суда да се врати на рад, да му се исплати накнада штете и уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме заослени није радио.⁴

Упоређујући последице незаконитог отказа у ранијем нашем законодавству са важећим одредбама закона, може се закључити да је ранија формулација „наредбу о повратку на рад запосленог“ замењена важећим одредбама у виду „захтева за повраћај на рад запосленог“. У важећем Закону о раду РС, новине се односе и на могућност запосленог да, у случају незаконитог отказа уговора о раду, уместо захтева за повратак на радно место, захтева од суда да обавезе послодавца на накнаду штете и то у висини до највише 18 зарада. Законом о раду, предвиђено је да суд процењује код захтева запосленог за повратак на рад, коме је незаконито отказан уговор о раду, о целисходности повратка на рад запосленог, као и да ли је у обостраном интересу, послодавца и запосленог, да се запослени врати на рад, већ да се, уместо тога, послодавац обавезе да запосленом надокнади штету у износу до 36 зарада запосленог.⁵

Поред напред наведеног, постоје и случајеви незаконитог отказа уговора о раду када је послодавац отказао уговор о раду не поштујући законску процедуру, сходно чл.191 ст.7. Закона о раду, а отказ уговора о раду је основан, на основу свих доказа, у таквим случајевима, послодавац надокнађује штету запосленом у износу од 6 месечних зарада.⁶

2. Незаконит престанак радног односа и његове правне последице

Отказ од стране послодаца запосленом, у складу са Законом о раду, може бити законит и незаконит.

Основно начело законитог отказа уговора о раду по вољи послодавца је да запосленом може престати радни однос против његове воље под условима и на начин утврђен законом и колективним уговором.⁷

² Закон о раду РС („Сл.гласник РС“ бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014)

³ Закон о мирном решавању радних спорова („Сл.гласник РС“ бр. 125/2004 и 104/2009), чл.3 ст.1.

⁴ Закон о раду РС, чл.191.ст.1.

⁵ Закон о раду РС, чл.191 ст.6

⁶ Закон о раду РС чл.191 ст.7.

⁷ Д. Паравина, Радно право, Службени гласник, 1998, стр. 145

Сам појам „незаконит отказ“, подразумева отказ уговора о раду који је супротан Закону, колективном уговору или уговору о раду. Изменама Закона о раду предвиђене су „правне последице незаконитог престанка радног односа“, а које чине: а) враћање на рад; б) накнада штете и в) уплата припадајућих доприноса за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио.

Упоредивши раније законске прописе, у погледу повратка на рад запосленог услед незаконитог односа, може се закључити да је у Закону о раду (Сл. гласник РС бр. 55/1996) поред утврђивања незаконитог отказа и поништаја такве одлуке, послодавац био у обавези да запосленог врати на рад, уколико је запослени то захтевао. У важећем Закону о раду РС је предвиђено „Ако суд у току поступка утврди да је запосленом престао радни однос без правног основа, на захтев запосленог, одлучиће да се запослени врати на рад, да му се исплати накнада штете и уплате припадајући доприноси за обавезно социјално осигурање за период у коме запослени није радио“.⁸ Увидом у саме законске формулације ранијег и важећег Закона о раду може се утврдити да је обавеза послодавца код незаконитог престанка радног односа, раније била у смислу наредбе о повраћају на рад, док у садашњем Закону о раду, законодавац наводи да запослени и послодавац имају могућност „одлуке о враћању запосленог на рад“.

Последица незаконитог отказа, сходно Закону о раду, јесте накнада штете, која се утврђује у виду изгубљене зараде, а која у себи садржи припадајуће порезе и доприносе. Међутим, сходно Закону, у овај износ који се исплаћује запосленом, не спадају накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца. Ранијим Законом о раду, у случају реинтеграције запосленог, послодавац је био у обавези да запосленом исплати и накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту или уговору о раду и уплати доприносе за обавезно социјално осигурање. Изменама Закона о раду из 2014. године, у накнаду штете у виду изгубљене зараде не улази накнада за исхрану у току рада, регрес за коришћење годишњег одмора, бонуси, награде и друга примања по основу доприноса пословном успеху послодавца.⁹

Поставља се питање, да ли трошкови превоза улазе у накнаду штете по основу изгубљене зараде, пошто законом није стриктно предвиђено, као што је случај са регресом и исхраном.

⁸ Закон о раду РС, чл.191 ст.1.

⁹ Закон о раду РС, чл.191 ст.2.

Обзиром да запослени није радио у периоду потраживања накнаде штете, самим тим није имао ни трошкове превоза, а осим тога под појмом „зарада“, не подразумевају се трошкови превоза.

Могуће је да запослени, коме је незаконито престао радни однос, у поступку пред судом, оствари, накнаду штете уместо реинтеграције. Услов за накнаду штете је да не тражи реинтеграцију или да одустане од захтева за реинтеграцију.

Право на накнаду штете може се остварити на захтев запосленог и на захтев послодавца.

Запослени, коме је неосновано престао радни однос, уместо повратка на рад, може захтевати да суд обавезе послодавца на исплату накнаде штете у износу од највише 18 зарада запосленог које би остварио да ради, а да ли ће бити толико или мање зависи од времена проведеног у радном односу, година живота запосленог и броја издржаваних чланова породице.¹⁰

Право на накнаду штете запосленог код незаконитог отказа, на захтев послодавца, суд ће досудити у висини до 36 зарада запосленог које би остварио да ради. Овакву одлуку, по захтеву послодавца, донеће суд када утврди да наставак радног односа није могућ, уз уважавање интереса и околности обе стране.¹¹

Сходно Закону о раду, приликом одлучивања о износу висине накнада штете, суд ће, по најновијим изменама Закона о раду, водити рачуна, и о времену проведеном у радном односу и то само код послодавца од кога је уследио незаконити отказ, а не о укупном времену у радном односу, године живота запосленог, броја издржаваних чланова породице запосленог.

Треба напоменути, у случају захтева послодавца да се запосленом исплати накнада штете уместо реинтеграције, да износ накнаде штете запосленом у висини до 36 месечних зарада представља неку врсту казне послодавцу, где услед поремећених односа послодавца и запосленог, суд процени да није целисходно враћање запосленог на рад, у таквим случајевима висина накнаде штете износи у висини до двоструке вредности од накнаде штете коју запослени захтева уместо повратка на рад.

Новине у Закону о раду односе се и на случајеве непоштовања процесних услова приликом отказивања уговора о раду запосленом, где се послодавцу даје могућност да у судском поступку буду исправљени ти процесни недостаци, тако што суд неће поништити одлуку о отказу уговора о раду,

10 З. Ивошевић, Радно право, Службени гласник, Београд, 2006

11 Закон о раду РС чл. 191 ст.6

већ ће суд обавезати послодавца да запосленом надокнади штету у виду шест зарада запосленог. Ово решење већ је изазвало критику стручне јавности јер, не само да је на штету запосленог, већ и додатно привилегује послодавце тако што их сам закон ослобађа од одговорности за кршење одредаба закона који се тичу поступка престанка радног односа.¹²

У ситуацији када запослени, након престанка радног односа оствари одређене приходе, накнада штете се умањује за износ тако остварених прихода у складу са законом. Овакво умањење накнаде штете се односи на приходе које је остварио по основу рада, а не поклона, наследства, игре на срећу и сл.¹³

3. Незаконит отказ и право на нематеријалну штету

Запослени, који је отпуштен са рада противно закону, може у судском поступку да захтева да се врати на рад, као и да послодавац надокнади штету коју је незаконитим отказом проузроковао - да исплати сву зараду коју би запослени остварио да је радио, да уплати припадајуће доприносе за социјално осигурање за време од доношења решења о незаконитом отказу па до повратка на рад.

Поред наведеног, запослени може да тражи и накнаду нематеријалне штете због претрпљеног стреса и повреде угледа и части (у случајевима да је решење о отказу образложено неистинитим тврдњама, а што је суд тврдио у радном спору).

Према Закону о облигационим односима, постоје материјална и не материјална штета. Под материјалном штетом се сматра „умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), док под нематеријалном штетом подразумева се наношење другог физичког или психичког бола или страха“.¹⁴

Под физичким болом подразумевају се непријатни субјективни осећаји, који настају услед штетних дражи на специфичне нервне завршетке,

12 Закону о раду предвиђене су и чл.191 ст.7 „ако суд у току поступка утврди да је постојао основ за престанак радног односа, али да је послодавац поступио супротно одредбама закона којима је прописан поступак за престанак радног односа, суд ће одбити захтев запосленог за враћање на рад, а на име накнаде штете досудиће запосленом износ до шест зарада запосленог“.

13 Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67/2014

14 Закон о облигационим односима (Сл. лист СФРЈ, бр.29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр.31/93 и Сл. лист СЦГ, бр.1/2003 и Уставна повеља), чл.155

у медицини се користи термин бол, а термин физички део је правног одређења, у циљу диференцирања од душевних болова.¹⁵

Душевни болови називају се још и психичке патње и означавају емоционалне поремећаје који настају услед директног повређивања или посредном повредом или смрћу блиског лица. Душевни болови, сходно нашем Закону о облигационим односима, могу настати због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности и смрти блиског лица.

Неимовинска штета, у случају незаконитог отказа, може се потраживати по два основа: накнада неимовинске штете због претрпљених душевних болова због повреде части и угледа и повреде права личности.

С обзиром да повреда права личности може да проузрокује нематеријалну штету повређени има право да поднесе тужбу суду са различитим захтевима да се нематеријална штета надокнади. То се може постићи објављивањем осуђујуће пресуде, исправљањем радње којом је изазвана нематеријална штета, повлачењем изјаве којом је штета нанета, извињењем или предузимањем друге радње, укључујући и новчану накнаду нематеријалне штете.

Душевни болови услед незаконитог престанка радног односа огледају се у боловима који су претрпљени због повреде части и угледа и повреде права личности. Они могу да доведу до поремећаја психичке равнотеже код оштећеног, и то без обзира да ли је већ присутна или не нека од психијатријских дијагноза. Другим речима, претрпљени или будући душевни болови не представљају само менталне поремећаје, већ и различита и бројна „нормална“ негативна осећања које је штетно дејство проузроковало. Тако је могуће да и уобичајена жалост, забринутост, постиђеност, нарушено достојанство буду могући основ за новчану сатисфакцију¹⁶

Лице коме је незаконито престао радни однос, по природи ствари, може бити изложено душевним боловима услед повреде части и угледа и повреде права личности. Осим субјективног осећаја повређености, потребно је узети у обзир и став средине у којој то лице живи (родбина, пријатељи, суседи). У зависности од тога шта је наведено као разлог за отказ (проневера, пијанство на радном месту, разна недолична понашања

15 Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67/2014

16 Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67/2014

и сл) и осталих околност случаја, и реакција средине може бити различита, од подозрења и прекора, па све до непосредне осуде и омаловажавања и избегавања. Наравно, то не значи да ће то бити тако увек када је у питању незаконит престанак радног односа, али као могућност постоји. На суду је да утврђује основаност тужбеног захтева за накнаду неимовинске штете због незаконитог отказа.

Страх је код престанка радног односа, редовна појава. Лице коме је радни однос (незаконито) престао налази се у стању страха, како за свој опстанак, тако и за опстанак породице чије издржавање може бити угрожено губитком средстава. Сатисфакција за претрпљени страх може се одредити само ако је он интензиван и трајан. Страх се јавља као примарни и секундарни. Примарни је непријатно мучно осећање које постоји непосредно пре, за време и кратко време након егзистенцијалноопасних ситуација, а дели се на лак, средњи, јак и веома јак.¹⁷

У условима високе незапослености, каква постоји у нашој земљи, страх због губитка посла свакако не може бити слабог интензитета. И наша судска пракса је временом мењала став по питању новчане накнаде неимовинске штете услед претрпљеног страха. Према ранијој пракси, за овај вид душевног поремећаја равнотеже, новчана накнада неимовинске штете досуђивала се само у случају када је проузроковани страх нарочито интензиван, а поремећај њиме изазван трајније је природе. Садашња судска пракса прихвата досуђивање новчане накнаде и за страх који је био интензиван и дужег трајања.

4 Судски спорови поводом незаконитог отказа запосленом

Запослени има право да против решења којим је повређено његово право или кад је запослени сазнао за повреду права, да у року од 60 дана од дана достављања Решења или повреде права покрене спор пред надлежним судом.¹⁸

У споровима из радног односа, приликом одређивања рокова и рочишта, суд ће увек обраћати пажњу на потребу хитог решавања спорова.¹⁹

У пресуди којом се налаже извршење неке чинидбе суд ће одредити рок од осам дана за њено извршење, рок за жалбу је 15 дана, а ревизија је увек дозвољена у споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа.

¹⁷ Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, Дисциплинска одговорност запослених, Београд (2016)

¹⁸ Закон о раду, чл.195

¹⁹ Закон о парничном поступку (Сл.гласник РС, бр.72/2011, 49/2013-одлука УС, 74/2013- одлука УС и 55/2014)чл.439-434

Тужба у радном спору мора да садржи захтев у погледу главне ствари и споредних тражења, чињенице на којима тужилац заснива свој захтев, доказе којима се утврђују ове чињенице, вредност спора и друге податке које мора имати сваки поднесак.²⁰

Најбројнији радни спорови у пракси Врховног суда Србије настали су поводом престанка радног односа запосленом.²¹

Пре измена и допуна Закона о раду из 2014. године, запослени је у судском поступку могао да тражи повраћај на рад услед незаконитог отказа, међутим, основ потраживања накнаде штете је била судска пресуда којом је утврђено да је запосленом незаконито престао радни однос. Везано за рок застарелости потраживања накнаде штете, постоји мишљење Министарства за рад да се застарелост потраживања накнаде штете не утврђује од настанка штетног догађаја или сазнања за штетну радњу, већ од правоснажно окончаног поступка ради утврђивања незаконитог отказа.²² Практично, прво је у поступку поводом отказа уговора о раду утврђено да ли је отказ уговора био незаконит, а тек по правоснажности тог поступка, запослени је могао да покрене поступак за утврђивање висине накнаде штете, односно да исту захтева од послодавца. У таквим случајевима потраживање накнаде штете није застарело, јер је основ потраживања

20 Закон о парничном поступку, чл.187

21 Када су у питању спорови поводом незаконитог престанка радног односа сходно чл.191 Закона о раду коме је право повређено незаконитом одлуком послодавца о престанку радног односа (отказом, решењем или споразумом о престанку радног односа) има прво да захтева да се врати на рад ако је правоснажном судском одлуком утврђено да му је радни однос незаконито престао. Поред враћања на рад, послодавац је дужан да запосленом исплати накнаду штете у висини изгубљене зараде и других примања која му припадају по закону, општем акту или уговору о раду и уплати доприноса за обавезно социјално осигурање, умањену за износ прихода који је запослени остварио по било ком основу, по престанку радног односа. Међутим, уместо враћања на рад запослени може захтевати и накнаду штете у износу од од највише 18 зарада које би запослени остварио да ради, зависно од временаведеног у радном односу и година живота запосленог, као и бројева издржаваних чланова породице. Одлуку о исплати накнаде штете уместо враћања на рад, суд може донети и на захтев послодавца ако постоје околности које оправдано указују да наставак радног односа, уз уважавање свих околности и интереса обе уговорне стране, није могућ, с тим да се накнада штете досуђује запосленом у двоструком износу од 36 зарада, под истим условима.

22 Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад, бр.011-00-888/2015-02 од 13.11.2015. године „запослени који је покренуо поступак пред судом због незаконитог престанка радног односа пре измене Закона о раду из 2014. године није могао да тражи накнаду штете све до правоснажног окончања тог поступка, те у том смислу није могла да наступи застарелост потраживања накнаде штете“

заснован на правоснажној пресуди којом је утврђен незаконит престанак радног односа.

5. Напомене за крај

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

Да постојеће законско решење није у складу са циљем због кога постоји новчана компензација уместо враћање на рад, најбоље осликавају две чињенице. Прво, ако је исплата зараде уместо враћање на рад заиста накнада штете, онда се нарушава принци потпуне накнаде штете. Односно, до потпуне накнаде штете доћи ће само када је износ који је досуђен да послодавац исплати уместо уместо враћања на рад исти као и износ штете коју је запослени претрпео због незаконитог отказа. У свим осталим случајевима накнада штете неће бити потпуна. Друго, постојећа законска формулација ставља у неравноправан положај лица која су незаконито отпуштена а не могу да се врате на рад (због тога што сами то захтевају или због тога што се томе противи послодавац), у односу на лица која се после незаконитог отказа враћају на рад и којима припада накнада штете у виду изгубљене зараде.

Уколико суд утврди да да је сарадња између запосленог и послодавца није могућа, а запослени не тражи да се врати на рад, односно, послодавац се томе противи, новчани износ који се мери просечним зарадама запосленог има карактер компензације уместо враћања на рад.²³

То није накнада штете због незаконитог отказа, која се огледа у накнади изгубљене зараде, осталих примања која би запослени остварио, уплати доприноса за обавезно социјално осигурање као и накнади нематеријалне штете. Уосталом о томе говоре критеријуми од којих зависи износ те надокнаде (време проведено на раду, године живота и број издржаваних чланова породице). Да је заиста у питању штета износ надокнаде био би у корелацији са висином штете, а не са годинама живота оштећеног.

Оправдано би било за запосленог да накнада штете и новчани износ уместо враћања на рад да таква права, у случају незаконитог отказа оствари кумулативно, а не алтернативно како стоји у Закону о раду.

²³ Г. Обрадовић, О потпуној накнади штете код незаконитог отказа, Зборник радова са саветовања 1-3 октобар, Интермекс, Београд, 2009

Литература

Љ. Ковачевић, Ваљани разлози за отказ уговора о раду, Правни факултет у Београду, 2016.

Ж. Кулић, С.Перић, Радно право, Завод за уџбнике, Београд, 2016.

З. Лазић, С. Богдановић, Ј. Чворо, С. Милајић, Д. Рајковић, Ј. Старчевић, П. Трифуновић, М. Поповић, Г. Марковић, М. Илић, Водич за примену Закона о раду, Параграф лекс доо, Београд, јул 2016.

Б. Живковић, стручни чланак, Радно и социјално право, часопис за теорију и праксу радног и социјалног права, бр.2/2014, 2008.

Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, Дисциплинска одговорност запослених, Београд (2016).

Закон о раду РС (Сл. гл.РС бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013 и 75/2014).

Закон о облигационим односима РС (Сл. лист СФРЈ, бр. 29/78, 39/85, 45/89 - одлука УСЈ и 57/89, Сл. лист СРЈ, бр.31/93 и Сл. лист СЦГ, бр. 1/2003 и Уставна повеља).

Закон о парничном посупку РС (Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 - одлука УС и 55/2014).

Мишљење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, Сектор за рад, бр. 011-00-888/2015-02 од 13.11.2015. године.

Г. Обрадовић, О потпуној накнади штете код незаконитог отказа, Зборник радова са саветовања 1-3 октобар, Интермекс, Београд, 2009.

Г. Обрадовић, С. Ковачевић Перић, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 67/2014.

Biljana Antić,
Lawyer from Niš

LEGAL CONSEQUENCES OF UNLAWFUL DISMISSAL

Abstract

In the Serbian legal system, labor disputes are resolved in the same judicial proceeding, where the competent court establishes the legality of the termination of the employment contract as well as all legal consequences arising from an unlawful dismissal. Such procedure contributes to the efficiency and cost-effectiveness in resolving labor disputes, and it is in the interest of both the employer and the employee; on the other hand, given that all disputable issues concerning the employee's complaint on unlawful dismissal are resolved in a single proceeding, it contributes to reducing the backlog of labour disputes.

Pursuant to the Labor Act of the Republic of Serbia, possible consequences of unlawful termination of employment are: full reintegration of the employee (return to work, compensatory damages, and payment of corresponding contributions for compulsory social security); upon the employee's requests, instead of returning the employee to work, the court may award compensatory damages in the amount of 18 monthly salaries depending on the period of employment with the specific employer; in case the employer disagrees with the employee's request to be returned to work, the court will compensate the employee in the amount of 36 monthly salaries.

Keywords: *unlawful dismissal, labor relations, damage, damages.*

НАУЧНО-ТЕОРИЈСКО ДЕФИНИСАЊЕ КРИВИЧНОГ ДЕЛА ТЕРОРИЗМА

Апстракт: *Сведоци смо да трансформација природе терористичких претњи са собом носи опште неслагање око природе схватања кривичног дела тероризма, Проблематика научно-теоријског дефинисања тероризма дужи низ година заокупља пажњу научне и стручне јавности. У раду се разматрају различита теоријска схватања тероризма кроз преглед и анализу најважнијих правних, безбедносних и политиколошких одређења појма тероризма и праве паралеле са проблемима дефинисања тероризма у пракси. Настоји се указати на конститутивне елементе појма тероризма, које несумњиво у себи носи сваки терористички акт и које олакшавају појмовну дистинкцију тероризма од других сличних безбедносних претњи.*

Кључне речи: *појам, тероризам, страх, претња, схватања.*

1. Увод

Кривично дело тероризма на први поглед представља одлику безбедносне претње модерног друштва, где се са напретком технике и технологије, традиционални облици претњи замењују новим, модерним, софистициранијим претњама. Међутим, ако направимо осврт на прошла времена и извршимо компарацију са одређеним облицима угрожавања каква су постојала у историји, видећемо да се све оно што карактерише модерни тероризам примењивало и много раније, углавном се радило о терору у складу са степеном политичког и друштвеног развоја тадашњег друштва. Многа забрањена понашања морала су бити регулисана прецизним и недвосмисленим правним нормама и ту је оправдање и потреба за појавом кривичног права.

Анализе научно-теоријског дефинисања кривичног дела тероризма обухвата историјски контекст, настанак и развој тероризма као метода насилног политичког деловања, проблеме и различита теоријска одређења тероризма и на крају приступамо дефинисању савременог тероризма.

¹ matijasevic@fb.bg.ac.rs.

2. Правни и лексички покушаји одређења тероризма

Проблематика која се односи на феномен тероризма спада у ред важних и актуелних питања данашњице, као и савременог кривичног права, а једно од почетних питања од којих се полази јесте питање порекла и значења речи „тероризам“, са циљем упознавања и што адекватнијег одређивања појма тероризма. Познато је да у литератури која се бави овим феноменом ни до данашњих дана не постоји општеприхваћен појам тероризма. Управо, како Бонанате истиче, дефиниције су многобројне, по једна за сваког аутора који се бавио тероризмом (Bonanate, 1979: 149). Појам „тероризам“ тесно је повезан са етимологијом и расправља се са таквим изразима као што су терор, терористички акти, међународни тероризам, државни тероризам, политички тероризам, и др (Јаковљевић, 1997: 22). Тероризам се одређује тако што се у великом броју случајева полази од терора, који садржајно подразумева речи као што су страх, застрашивање, суровост, свирепост.

У правној литератури истиче се да се реч тероризам не налази у латинском језику, већ да је то француска реч (*terrorisme, terroriser*, што значи средство застрашивања, насиља, уништавање вредности и људских живота) настала у време Француске револуције са задатком да обележи историјски период назван Терор, између 1793. и 1794. године, тј. систем владавине изузетног уништавања физичким насиљем свих форми опозиције, да би се установио нови економски, друштвени и политички поредак. Истовремено се истиче да у латинском језику постоји само терор, реч која не припада политичком речнику, већ емоционалном, реч која обележава велики страх, ужас (Lamga, 1985: 32).

Мада је у прошлости проблем тероризма у више наврата пленио пажњу правника, сама реч тероризам појавила се, изгледа, по први пут у правном животу у време одржавања Међународне конференције за унификацију кривичног права, у Бриселу 1930. године, али тероризам у језику правника, још увек није добио тачну и опште прихватљиву дефиницију његовог појма. У речницима српског језика, као на пример Вујаклијином лексикону, тероризам се дефинише као владавина застрашивањем, начин владавине уливањем страха и насиљем; борба путем индивидуалног терора (Вујаклија, 1996: 947). Израз тероризам није много прецизније представљен ни у речницима других језика. Тако у речнику француског језика Петит Роберт, тероризам се тумачи као скуп аката насиља које нека политичка организација врши да би утицала на становништво и створила специфичну климу несигурности (Raubert, 1979: 1950).

У речнику енглеског језика тероризам се прецизира као метод владавине или супротстављања некој влади покушавајући да проузрокује страх.

У речнику италијанског језика тероризам се представља као средство екстремног и илегалног насиља у политичкој борби (Јаковљевић, 1997: 23). Политичка енциклопедија, из 1975. године дефинише тероризам као: „доктрину и метод борбе за одређене циљеве систематском употребом насиља“. Потом се даље додаје: „мотиви за терористичке акције могу бити веома различити: реакционарни, реваншизам, реакциони покушај рестаурације старих режима, очајничка безизлазност или нада групација људи над којима се иначе одвија терор, демонстрација снаге и др (Јаковљевић, 1997: 23).“ У Војној енциклопедији из 1975. године дефинише се терор, али не и тероризам, и то као акција (владавина) насиља чији је циљ застрашивање, односно уништавање противника (Војна енциклопедија, 1975: 775).

У Правној енциклопедији, из 1989. године тероризам се разматра као изазивање терора, страха и несигурности код грађана, групе грађана или појединаца. Затим се додаје: „Врши се модерним средствима разарања, са великом безобзирношћу уз проузроковање губитака људских живота и велике материјалне штете“ (Правна енциклопедија, 1989). У нешто старијој енциклопедији друштвених наука, из 1937. године, тероризам се тумачи као метод или методолошка доктрина посредством које нека организација или нека политичка партија покушава да постигне своје циљеве прибегавањем начину склоном насиљу (Hardman, 1937: 575). Из наведених излагања запажа се да понашања која припадају дефиницијама тероризма понуђеним у речницима језика и енциклопедијама, служе више једној општој употреби овог израза у обичном језику. Али, истовремено се може приметити да се и у научном језику користи и преузима таква употреба израза много пута при одређивању појма тероризма.

Такође, може се уочити тенденција да су ова значења појма „тероризма“ формирана у зависности од историјског искуства и облика политичких проблема и који су постојали у одређеној држави, а заједничка карактеристика им је изазивање и ширење великог страха у друштву.

3. Теоријска схватања природе појма тероризма

У периоду 30-их година један број еминентних специјалиста кривичног права тога времена посветио је велику пажњу изучавању проблема тероризма, али без снаге да се сложи у погледу једне општеприхватљиве дефиниције појма новог деликта тероризам. Предлагане дефиниције од стране неких аутора, биле су помешане са таутологијом, недостајала им је прецизност и једном речју, биле су некомплетне и недоречене (Јаковљевић, 1997: 42).

Тако проф. Т. Живановић сматра да тероризам „карактера политичког или не, означава акте који по природи изазивају код неког осећај страха од ма којег зла, акте који су застрашујући... (Givanovitch, 1936: 5)“ Др Р. Лемкин је мишљења да се у најширем смислу тероризам састоји у застрашивању људи извршењем насиља (Lemkin, 1935: 189). Др. А. Сотиле је сматрао да у најширем смислу „тероризам означава криминални метод који се карактерише терором, насиљем, у погледу постизања одређеног циља, док га на један општи начин дефинише као: криминални акт извршен са застрашивањем, насиљем у погледу постизања одређеног циља (Sottile, 1938: 96)“.

Са друге стране, Ј. Вациорски под тероризмом подразумева „метод криминалне активности којим починилац намерава да путем терора наметне своју превласт у друштву или држави да би сачувао, изменио или порушио друштвене везе јавног поретка“ (Waciorski, 1939: 113). Међу цитиране ауторе желимо да уврстимо и једно велико име француског кривичног права, проф. Донеди де Вебрес, говорећи о тероризму, сматра да га „његове спољне манифестације не разликују од кривичних дела општег права. Политички циљ дела није нужно потребан. Његова оригиналност налази се у скупу следећих карактеристика: 1) он је дело банди, често међународних, онај ко га врши нарочито је ефикасан; 2) поступци које употребљава су такве природе да изазивају терор: експлозије, разарања железничких возова или зграда, рушење брана, тровање воде за пиће, ширење заразних болести, итд; 3) он ствара општу опасност (danger commun)“ (Donnedieu, 1947: 123).

Изложене дефиниције и описи општих карактеристика (обележја) тероризма били су примљени са задовољством у доктрини времена у коме су настали, али треба истовремено подвући да су поменуте дефиниције и схватања појма тероризма користили овај израз да обележе реализацију кривичних дела општег права, тј. кривичноправно релевантних понашања која сеју страх и општу несигурност. Посматрајући у том светлу наведена схватања, може се рећи да она садрже одређена обележја тероризма објективног и субјективног карактера, која по мишљењу њихових аутора треба да конституишу нови деликт, односно кривично дело назива тероризам (Јаковљевић, 1997: 43). Према до сада изложеном, може се рећи са ослонцем на повезивање захтеваних конститутивних обележја (елемената) за постојање појма тероризма у цитираним дефиницијама, односно схватањима, да је доктрина 30-их година тражила за појам кривичног дела тероризма постојање следећих његових карактерних обележја и то са објективне стране: 1) почетни акт мора да буде криминални, односно криминално дело; 2) употребу насиља, средстава способних да

изазову општу опасност или страх (терор); са субјективне стране; 3) побуде садржане у стварању неког стања узбуне, страха, застрашивања; и, најзад, 4) циљ политички, који се код неких дефиниција назначује, а код других претпоставља да би могао да буде (Јаковљевић, 1997: 44).

Упркос напорима који су чињени да се дође до једне прецизне и општеприхватљиве дефиниције појма тероризма и у савременој правној доктрини постоји оскудица у оваквој дефиницији, али уочавају се дубоке промене до којих је дошло у значењу израза тероризам у односу на доктрину из 30-их година.

4. Ка савременом одређењу тероризма

Наведена схватања терора, терористичког акта и тероризма која ће бити приказана нису случајно изабрана, она представљају репрезентативни покушај дефинисања тероризма у 60-им, 70-им и 80-им годинама прошлог века и упркос ограничењима која поседују, заједничко свим овим схватањима је да сви аутори у основи сматрају да насиље представља једно конкретно обележје тероризма.

П. Вилкинсон у својој студији *Political Terrorism*, објављеној 1974. године пише да терор представља „коришћење застрашивања у сврху принуде од стране револуционарних покрета, режима или појединаца, с политичким мотивима, а тероризам систематско спровођење организованог терора, било од стране државе, покрета или фракције, или од стране мале групе појединаца“ (Wilkinson, 1974: 25). На нашим просторима В. Димитријевић као један од првих аутора који се бави појмом тероризма указује да „уместо синтетичке дефиниције тероризма жели да укаже на оне елементе који постоје у актима који се сматрају терористичким“. По мишљењу овог аутора то су: политичка природа тероризма, насиље, изазивање страха код противника, утицај на ширу околину и „ненормалност тероризма“ (Димитријевић, 1982: 122).

По америчком аутору Рекорд-у, Стејт Департмент је још 1988. године у свом истраживању утврдио да постоји 109 дефиниција тероризма, као и да се, у њима, користе 22 различита елемента за дефинисање појма тероризма (Record, 2003: 12).

И поред овако бројних покушаја одређивања јединствене дефиниције, Бурк сматра да је сваки начин дефинисања тероризма, досад употребљен, произвољан и да још увек не постоји ваљана дефиниција тог појма (Burke, 2004: 22). Џесика Стерн сматра да су суштински елементи појма

тероризма „усмереност на цивилна лица и намерно изазивање страха међу становништвом или другом циљном групом“ (Стерн, 2004: 8).

Томашевска сматра да се терористички акти разликују од сличних образаца криминалног понашања по средствима, које ауторка назива екстранормалним (Томашевски, 1973: 22); посредном начину остваривања циљева, због чега га Томашевска назива још и „ратом комуникација“; својој неморалности; противзаконитости, то јест особини да је акт који је правом забрањен; и усмерености на стварање осећаја застрашености у јавности.

Шо предлаже једноставну дефиницију тероризма: „употреба терора да би се постигао неки политички циљ“ (Shaw, 2004: 1048). Ово је, ипак, чини се, сувише сумарна одредница за један тако компликован феномен. Лакуер сматра да је употреба силе или претња употребом силе једини заједнички елемент свих дефиниција, али да он није довољан да се ваљано одреди појам тероризма. Он тероризам дефинише као „нелегитимну употребу насиља да би се изазвала паника у друштву и постигао политички циљ, а мету напада представљају невини људи“ (Laqueur, 1996: 87).

Игњатовић констатује да је најчешће одређење тероризма у литератури оно које га формулише као „облик политичког криминалитета којим се путем непредвидивог насиља теже остварити промене у друштву (Игњатовић, 2007: 283)“. Ово је широка дефиниција која у себи обједињује основне елементе коришћене у различитим одређењима терористичког криминалитета. Игњатовић инсистира и на раздвајању појмова „терора“ - који се своди на облик владања, попут тираније, то јест на употребу насиља од стране субјеката који поседују политичку власт и „тероризма“ као „облика борбе друштвених група које немају моћ да утичу на друштвене токове или бар не на начин који је позитивним правом одређен“ (Игњатовић, 2007: 283).

Ове дефиниције, потврђују горе изнете тврдње о социјалном механизму и методама којима се терористи служе да би произвели жељене резултате од изазивања страха код циљане публике, преко повратног притиска јавности на главну мету власт или међународну организацију, до остваривања политичког или социјалног циља и изнуђивања доношења одређене одлуке или уздржавања од истог, добијања медијске пажње и ширења утицаја, управо ове појаве одсликавају тероризам XXI века са свим његовим карактеристикама.

5. Операционализација појма тероризма

Анализирајући етимологију речи „терор“, која почиње од латинске речи *terrere* - „изазивати јак страх“, може се уочити да је терор, или радња која

подсећа на овај феномен, постојао давно и у античком свету, али у овом облику је први пут прихваћен и ушао је у политички и научни речник од 1794. године, после Француске револуције, односно у време јакобинаца, под „владавином терора” и Робеспјера (Robespierre) (Бошковић, 2005: 239).

Познато је да у литератури која се бави овим феноменом ни до данашњих дана не постоји општеприхваћен појам тероризма. Управо, како Бонанате истиче, дефиниције тероризма су многобројне, по једна за сваког аутора који се бавио тероризмом (Јаковљевић, 1997: 22). Појмом „тероризам” означава се у последња два века (намерна, злокобна, застрашујућа, ужасавајућа, гнусна, неморална, нечовечна, ирационална, незаконита, изнуравајућа) друштвена појава, за коју се везују сви они који су опседнути приоритетно политичким циљевима и прибегавају физичком насиљу с намером да тежишно изазову психолошке последице, (страх) код онога кога нападају (Vajt, 2004: 27).

Овде се јавља веза и проблем са политичким одређивањем, Војин Димитријевић примећује да: „Треба пре свега констатовати да је тероризам средство политичке борбе... да терор има политички циљ” (Димитријевић, 1973: 44). Норис (Pipa Noris), Монтањ (Montanj Kern) и Марион (Marion Džast) дефинишу тероризам као: „систематску употребу насилног застрашивања против цивили зарад политичких циљева” (Pirpa, 2003: 6). Слично њима, Шо (Shaw) истиче дефиницију тероризма као: „употребу терора да би се постигао неки политички циљ” (Shaw, 2004: 1048).

Под тероризмом руски Законик подразумева сваки акт који се састоји из „подметања експлозије, пожара или било које друге акције која угрожава људске животе, проузрокује знатну материјалну штету или изазива друге последице опасне по друштво, а извршен је с циљем угрожавања јавне безбедности, застрашивања становништва или вршења утицаја на вршење власти од стране државних органа” (<http://www.legislationline.org>, 20.05.2016).

У одређењима Кеглија (Čarls Kegli) и Виткофа (Judžin Vitkof), може се видети да они дефинишу тероризам као: „унапред смишљено политички мотивисано насиље које против неборбених циљева спроводе субнационалне групе или тајни агенти, обично са намером да утичу на јавност”. Јасно се може видети да дефиниција нагиње као одређењима која посматрају тероризам са аспекта државно спонзорисаног тероризма (Kegli et al., 2004: 622).

Неки аутори пак, као Вајт (Jonathan White), дају класификацију на основу врсте терористичких акција и деле га на пет типова: једноставан - насиље или претња насиљем у намери да се изазове страх или нека промена;

противзаконит - криминалне радње или насиље којим се нарушава законски поредак државе и које подлезу кривичном гоњењу; аналитички – иза терористичких акција стоје специфични политички или друштвени фактори; под заштитом државе – терористичке акције које су обично помагале током периода хладног рата владе малих земаља или земаља комунистичког блока у намери да угрозе интересе Запада; државни – сила коју владе користе вршећи терор над својим поданицима (White, 1991: 68).

Посебно су са аспекта рада интересантна виђења Хофмана (Brus Hofman), који посматра тероризам као: „насилни акт који се предузима нарочито да би привукао пажњу, а онда да би путем створеног публицитета пренео поруку” (Hofman, 2000: 118). Његово виђење тероризма, већ конкретније узима психолошке и социолошке критеријуме као полазни основ у одређењу тероризма.

По америчком аутору Рекорду (Record), Стејт Департмент је још 1988. године у свом истраживању утврдио да постоји 109 дефиниција тероризма, као и да се, у њима, користе 22 различита елемента за дефинисање појма тероризма (Record, 2003: 12).

Тако су, рецимо, Шмид (Schmid) и Јунгман (Yongman) анализирали 109 дефиниција тероризма и идентификовали 22 елемента који се најчешће помињу у овим дефиницијама (Schmid et al., 1988: 5). Ти елементи су: *употреба насиља; политичко насиље; изазивање страха или ужаса, претња, психолошки ефекат и очекиване реакције; разликовање жртве и шире мете напада; циљано, планирано и организовано деловање, метод борбе, стратегија, тактика; кршење прихваћених правила; одсуство хуманитарних разлога; уцена, принуда и навођење на послушност; жеља за публицитетом; самовоља, безличност, насумичност, одсуство дискриминације; жртве цивили, неборци, лица без везе са самом ствари; застрашивање; невиност жртава; извршилац, група, покрет или организација; симболичка природа; непредвидљивост појаве насиља; тајност и прикривеност, понављање кампања насиља; криминални, злочиначки карактер; захтеви постављени трећим странама.*

Ганор (Ganor), наводи да је само у периоду од 1990. до 1996. године у свету од последица терористичких напада страдало 51.797 људи, док је 58.814 лица рањено. Терористи широм света изврше преко 300 напада годишње, а црни биланс тих акција се тешко може мерити са било којим другим обликом криминалне активности (Шикман, 2005: 95). Готови сваки од ових терористичких напада садржао је у свом бићу неки од ових 22 елемента.

Анализирајући терористичку активност у погледу непосредних жртава по регијама, уочљиво је да Европа, Латинска Америка и Блиски Исток имају

највиши степен терористичких претњи. Такав тренд жртава настављен је током XXI века, што је резултирало стотинама терористичких операција у свету (Honderich, 2003: 69). Када је реч о специфичностима организовања и терористичким организацијама, видан је постојан раст броја појединаца и организација које су вољне да спроводе тероризам. Од деведесетих година уочљива је регрутација терориста широм света, успостављање терористичких кампова за обуку, уједињење милитантних група у Индонезији, Филипинима, Сингапуру, Малезији, Тајланду и Мјанмару (Honderich, 2003: 88).

Брус Хофман (Hoffman) тврди да је дошло до суштинских промена у функционисању и организационој структури Ал-Каиде и других моћних терористичких организација (Hofman, 2000: 57), каква је данас рецимо Исламска држава. Ал-Каида је идеја глобалног џихада која је имала подружнице у огромном броју држава, а основ организације и врбовања је пропагирање глобалног џихада путем интернета. Док са друге стране, Исламска држава представља облик метаморфозе, има методе деловања сличне Ал-Каиди, посебно када је у питању ширење пропаганде путем интернета и извођење терористичких напада по свету, а са друге стране организациони облик класичне војне формације на територији на којој делује. Бруталност метода ове терористичке организације, не утиче на смањење интересовања великог броја младих муслимана широм света за/и приступање овој терористичкој организацији. Упоредо са страхом и ужасом који тероризам производи, он обрнуто сразмерно утиче и на изазивање симпатија код појединих категорија људи. Да би смо што боље разумели еволуцију постмодерног тероризма и психолошке аспекте које са собом генерише, неопходно је да се окренемо на корене, односно узроке тероризма.

У прву групу се убрајају (Петровић, 2004: 275): стална окупираност и пресија коју је наметнула нека страна културна, етничка и религиозна група, праћена осећајем безнађа и понижења; национални фанатизам или лојалност некој организацији кога карактерише љубав и тотална преданост организацији; мржња према одређеној циљној групи; религијски фанатизам и веровање у мучеништво и његова глорификација; неуспеси у личном животу - припадност терористичкој организацији може да буде одговор на безнађе настало као резултат неуспеха у личном животу; интензивна индоктринација (ово се посебно односи на самоубилачки тероризам) или тзв. испирање мозга од стране терористичке организације“.

6. Закључак

Анализирајући наведена одређења појма тероризма може се јасно видети промене праваца схватања у складу са променом карактера и природе терористичких претњи, у различитим историјским епохама преовладавају различита схватања и одређења тероризма. Рецимо, у периоду анархистичког тероризма и тероризма мотивисаног идејама црвених револуција преовладавају политиколшка одређења тероризма у којима се као објекат претње искључиво идентификују носиоци власти. У периоду бујања етнонационалистичког тероризма одређења тероризма у свом бићу обухватају правне карактеристике, па се може уочити да је акценат таквих дефиниција на заштити уставног уређења.

Јачање исламског екстремизма и тероризма уз правне, политиколошке са собом носи и религијске аспекте одређења појма тероризма, док одређења савременог глобалног тероризма у свом бићу носе мултидисциплинарни приступ где се у схватању природе тероризма уважавају правни, безбедносни, политиколошки, али и социолошки и психолошки аспекти одређења тероризма.

Практично, колико постоји истраживача из области студија тероризма, толико постоји и различитих одређења у зависности од вокације самих истраживача и аутора који се баве овом проблематиком. У операционалном смислу значајније је обухватити аспекте који несумњиво указују да је одређени акт, уствари терористичких акт, а не неки други безбедносни догађај, типа диверзије, саботаже или нечег трећег, у том смислу уместо закључка, неопходно је навести запажања аутора Саше Мијалковића и Младена Бајагића, који су у анализи садржаја појма тероризма идентификовали конститутивне чиниоце тероризма, груписане у девет елементата који морају постојати код сваког терористичког акта: сам акт насиља мора обухватати свесну и намерну употребу насиља или претњу насиљем, мора бити изражена политичка, верска и етничка мотивисаност, уз постојање политичких, верских или етничких циљева и порука, у свом бићу мора садржати незаконит и криминалан чин са посебно израженим злочиначким карактером, непредвидивошћу, суровости и безобзирности према жртвама, један од циљева мора бити стварање атмосфере страха, ужаса, панике и неповерења, уз невинне (намерне или насумичне) цивилне жртве (неборце); и мора имати карактер јавности, односно жељу за публицитетом, односно, тероризам као акт комуникације (Мијалковић et al., 2012: 333).

ЛИТЕРАТУРА

- Bonanate, L., (1979). *Dimensioni del terrorismo politico*, Milano.
- Burke, J., (2004). *Al Qaeda: The True Story of Radical Islam*, Penguin Books, London.
- Бошковић, М., (2005). *Криминалистика методика*, Полицијска академија, Београд.
- Donnedieu de Vebres, H., (1947). *Traite de droit criminel et legislation penale comparee*, Paris.
- Димитријевић, В., (1982). *Тероризам*, Београд.
- Димитријевић, Војин., (1973). „Антиколонијални и ослободилачки покрети и тероризам“, Међународни радни покрет, бр. 4, 1973, стр. 44.
- Givanovitch, Th., (1936). *Terrorisme, Rapport presente a la VI Conference internationale pour Unification du Droit penal*, a Copenhagen, Paris.
- Hofman, B. (2000). *Unutrašnji terorizam*, Narodna knjiga i Alfa, Beograd.
- Honderich, T., (2003). „*After the Terror*“, Revised and expanded edition, McGill-Queen's University Press, Montreal.
- Hardman, J. B. S., (1937). *Encyclopedia of Social Science*, New York.
- Игњатовић, Ђ., (2007). *Криминологија- осмо измењено издање*, Службени Гласник, Београд.
- Јаковљевић, Д., (1997). *Тероризам с гледишта кривичног права*, Новинско издавачка установа Службени лист СРЈ, Београд.
- Kegli, Č., Vitkof, J., (2004). *Svetska politika*, Centar za studije Jugoistočne Evrope, Beograd.
- Lemkin, R., (1935). *Actes de la Conference de Copenhagen pour Unification du droit penal*, aout 1935, Pedone, Paris.
- Laqueur, W., (1996). *Postmodern Terrorism: New Rules for an Old Game*, Foreign Affairs.
- Мијалковић, С., Бајагић, М., (2012). *Организовани криминал и тероризам*, Криминалистичко-полицијска академија, Београд.
- Pippa, N., Montague, K., and Marion, J., (2003). „*Framing Terrorism: The News Media, The Government and the Public*“, Routledge, New York.

Зборник радова студената докторских студија права

Петровић, Д., (2004). „Самоубилачки тероризам“, у: Примена Међународних кривичних стандарда у националним законодавствима, Удружење за Међународно кривично право Интермекс, Београд.

Политичка енциклопедија., (1975). Савремена администрација, Београд.

Правна енциклопедија., (1989). Савремена администрација, Београд.

Raubert, P., (1979). Dictionnaire de la langue francais pae, redaction dirig. par A. Reyet, J. Rey - Debove, Pariz.

Record, J., (2003). Boundng the Global War on Terrorism, Strategic Studies Institute, Washington.

Ruski Krivični zakonik, dostupan na: <http://www.legislationline.org> 20.05.2016.

Record, J., (2003). Boundng the Global War on Terrorism, Strategic Studies Institute, Washington.

Schmid, A., Jongman, J., (1988). Political Terrorism: A New Guide to Actors, Authors, Concepts, Data Bases, Theories, and Literature, Transaction Books, New Brunswick, New Jersey.

Стерн, Ц., (2004). Екстремни терористи, Alexandria press, Београд.

Shaw, M., (2004). International Law, Cambridge University Press, Cambridge.

Sottile, A., (1938). Le terrorisme international, Recueil des Cours, Paris.

Шикман, М., (2005). Утицај глобалних друштвених промена у свету на могући и актуелни тероризам, магистарски рад, Факултет безбедности, Универзитета у Београду, Београд.

Томашевски, К., (1973). Изазов тероризма, Напредак, Аранђеловац.

Вујаклија, М., (1996). Лексикон страних речи и израза, Просвета, Београд.

Војна енциклопедија, том IX., (1975). Војноидавачки завод, Београд.

Waciorski, J., (1939). Le terrorisme politique, Pedone, Paris.

Wilkinson, P., (1974). Political Terrorisme, Macmillan, London.

Vajt, R.Dž., (2004). Terorizam, Alexandria Press, Beograd.

White, R.J., (1991). Terrorism: An Introduction, New York.

Martin Matijasevic, LL.M.,
PhD student at the Faculty of Law, University of Niš

THEORETICAL DEFINING THE CRIME OF TERRORISM

Summary

We are witnessing the transformation of the nature of the terrorist threat carries a general disagreement about the nature of understanding the criminal acts of terrorism, Problems of scientific-theoretical definition of terrorism for many years, attracting attention of scientists and experts. This paper discusses the different theoretical conceptions of terrorism through the review and analysis of the most important legal, security or political science definition of the concept of terrorism and make parallels with the problems of defining terrorism in practice. The goal is to point out the constituent elements of the concept of terrorism, which undoubtedly carries every terrorist act and that facilitate terrorism conceptual distinction from other similar security threats.

Keywords: *concept, terrorism, fear, threat perceptions.*

Владимир Милетић,¹
Судија Првог основног суда у Београду,
Докторанд Правног факултета Универзитета у Нишу

UDK: 343.35(497.11)

ЗЛОУПОТРЕБА ПОЛОЖАЈА ОДГОВОРНОГ ЛИЦА У ПРИВРЕДНОМ ПОСЛОВАЊУ

Апстракт: У раду се анализирају са аспекта позитивног права и правне теорије појам, карактеристике, обележја и облици испољавања новог привредног кривичног дела у кривичноправном систему Републике Србије. То је злоупотреба положаја одговорног лица из члана 227. Кривичног законика. Ради се о различитим облицима и видовима злоупотребе положаја, овлашћења или дужности у привредном пословању од стране одговорног лица у предузећу и другом субјекту привредног пословања чиме се другом физичком или правном лицу, па и читавој држави проузрокује имовинска штета. И ово дело спада у тзв. корупцијска кривична дела против чијих се учинилаца држава супротставља системом кривичних санкција. На тај начин се не само испуњавају обавезе из Поглавља 23. које се односе на спречавање и сузбијање корупције на свим нивоима, већ се доприноси и владавини права и успостављању и успешном функционисању правне државе у области привредног пословања, како у унутрашњем робном промету, тако и у спољнотрговинском пословању. Ради се о изузетно друштвено опасним облицима противправних понашања одговорних лица у субјектима привредног пословања којима се крше прописи у области привредног пословања уопште или у појединим областима привреде (трговина, производња, платни промет, финансијски или фискални систем, осигурање итд.) и којима се проузрокује штета имовини других правних лица или друштвеној заједници у целини.

Кључне речи: закон, привреда, злоупотреба, одговорно лице, кривично дело, одговорност, санкција

1. Увод

Привредна делинквенција представља свеукупност противправних, забрањених, кажњивих понашања физичких и правних лица којима се

1 vlad.miletic@gmail.com.

крше закони, други прописи и општи акти у области привредног пословања и којима се проузрокује штета (најчешће имовинског, материјалног карактера) другим физичким и правним лицима, па и целој држави, односно међународној заједници у целини. То су различити облици испољавања чињења (Selinšek, 2007:218-221) или нечињења (пропуштања) којима физичка или правна лица као субјекти привредног пословања у већој или мањој мери проузрокују повреде или угрожавају привреду у целини или поједине видове, сегменте привредног пословања (царински систем, фискални – порески систем, финансијски систем, трговину, производњу, унутрашњи робни промет, спољнотрговинско пословање, осигурање итд).

Најтежи и најопаснији облик привредне делинквенције представљају привредна кривична дела или кривична дела против привреде. Она су првенствено уперена против друштвених односа који владају у процесу производње, вршења услуга и расподеле добара, односно на њихову повреду или угрожавање. То су различите делатности којима се повређује, угрожава или омета нормалан и законит ток процеса производње, удруживање рада и средстава и слободно одвијање пословања и промета робе и услуга на целокупној територији Републике Србије или угрожава поверење у новац, знакове за вредност и хартије од вредности (сигурност платног промета) или се пак, повређују поједина привредна добра (Orlović, 2009:9-25). Посебан значај са аспекта кривичноправне заштите имају царински и порески систем као важан сегмент монетарно-фискалног система државе у целини (Ibrahimpašić, 1956:55-62).

2. Карактеристике привредних кривичних дела

Најтежи облик привредне делинквенције, дакле, представљају привредна кривична дела. То су кривична дела против привреде која су предвиђена у: а) Кривичном законнику из 2005.године² у глави двадесет другој и б) споредном, помоћном или допунском кривичном законодавству. Као што и сам назив ове главе каже, објект заштите привредних кривичних дјела је тројако одређен. То су (Јовашевић, 2017:156-162): 1) привреда (као свеукупност привредних активности домаћих и иностраних привредних субјеката), 2) јединствено тржиште Републике Србије у смислу несметаног кретања робе, средстава, новца и људи и 3) финансијски, порески и царински систем (Пихлер, 1990:79-87).

Под привредом (Гајић, 1989:39-41) се подразумева скуп делатности којима се остварује производња и расподела добара и врше услуге неопходне

² Службени гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

за живот људи. Производња је услов постојања друштва и покретач његовог развоја. Као таква она представља непрекидан процес којим се задовољавају људске потребе за добрима и услугама, а с друге стране, којим се стварају услови за опстанак, па и даљи развој друштва у целини. Односи који владају у процесу производње, вршења услуга и расподеле добара представљају најважније друштвене односе. То је и разлог зашто се ови односи не препуштају стихији, већ се организовано уређују и усмеравају. Тако систематски уређени односи, који се заснивају на одређеном власништву над средствима за производњу, чине привредни систем државе (Kovčo Vukadin, 2007:435-493).

Кривична дела против привреде треба разликовати од привредног криминалитета (Даничић, 2007:1055-1078). У привредни криминалитет спадају, поред кривичних дела из ове главе Кривичног законика, и кривична дела која су предвиђена у другим главама Законика, али којима се, поред привреде, нападају и друга друштвена добра и вредности која имају претежнији, превалентнији значај, па су она и систематизована у друге одговарајуће главе као кривична дела против нпр. (имовине, службене дужности, животне средине, опште сигурности људи и имовине, безбедности јавног саобраћаја итд.). Према томе, привредни криминалитет је шири појам од кривичних дела против привреде. У привредни криминалитет, поред кривичних дела против привреде, улазе и сва друга кривична дела којима се угрожавају односи у привреди или наноси штета привредном пословању или њеним добрима, било да су предвиђена у основном кривичном законодавству или у споредном, помоћном или допунском кривичном законодавству (Kos, 2000:381-398).

Поред кривичних дела којима се угрожавају привредни односи, добра и вредности постоје и друге кажњиве делатности којима се остварују сличне последице. То су привредни преступи и привредни прекршаји који представљају делатности правних лица и њихових одговорних лица, односно предузетника којима се повређују правне забране у области привредног пословања.

Већи број кривичних дела из ове главе има бланкетни карактер (Vešović, 1981:30-38). За утврђивање бића тих дела потребно је да се консултује други закон или подзаконски пропис из области привредног права или привредног пословања, односно други општи акт. Таква дела су нпр. пореска утаја, недозвољена трговина, недозвољена производња, као и сва остала дела где је употребљен израз „неовлашћено“ или „недозвољено“. Радња извршења се овде састоји управо у поступању противно тим другим прописима, њиховом свесном кршењу или непоступању по њима.

Нека дела из ове главе имају карактер *delicta propria*, јер могу бити учињена само од одређених лица, лица које имају одређено законом предвиђено својство одговорног лица у привредном друштву или другом привредном субјекту (Терек, 1998:144-146). Највећи број ових дела се може учинити само у поступању привредног друштва, установа или организација које обављају привредну делатност (Orlović, Рајчић, 2007:695-738), а то је према члану 112. тачка 21а. КЗ свака делатност производње и промета роба, вршења услуга и обављања других делатности на тржишту ради стицања добити или остваривања другог економског интереса.

Као одговорно лице (Rogić Hadžalić, Novosel, 2006:56-98) у смислу учиниоца ових дела према члану 112. тачка 5. КЗ (после новеле из децембра 2012. године) сматра се лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, затим лице коме је фактички поверено обављање тих послова, као и службено лице ако се не ради о кривичним делима против службене дужности.

Привредна кривична дела (Novoselec, 2009:78-92) или кривична дела против привреде, пословања, сигурности платног промета, јединства тржишта, те кривична дела из области царина или области пореза су углавном умишљајна дела. Из нехата може бити учињен само мали број дела : проузроковање стечаја, одавање пословне тајне, прање новца.

Специфично привредно кривично дело које истовремено има и обележја корупцијског кривичног дела је предвиђено у члану 227. КЗ под називом: „Злоупотреба положаја одговорног лица“. По својим карактеристикама, обележјима и облицима испољавања је у великој мери слично „службеном“ кривичном делу из члана 359. КЗ које носи назив: „Злоупотреба службеног положаја“.

3. Злоупотреба положаја одговорног лица

3.1. Појам и елементи кривичног дела

Новелом Кривичног законика³ из новембра 2016. године извршене су обимне измене у глави двадесет другој под називом: „Кривична дела против привреде“ и уведено је више нових привредних кривичних дела, уз нову систематику, којима је у већој мери и на ефикаснији начин требало да се обезбеди законито и квалитетно привредно пословање у Републици Србији. Међу новим кривичним делима која имају двојаку правну природу:

³ Службени гласник РС, бр. 94/2016.

а) привредног кривичног дела и б) корупцијског кривичног дела посебно се истичу: 1) злоупотреба положаја одговорног лица (члан 227. КЗ), 2) злоупотреба у вези са јавном набавком (члан 228. КЗ), 3) злоупотреба у поступку приватизације (члан 228а. КЗ), 4) примање мита у обављању привредне делатности (члан 230. КЗ) и 5) давање мита у обављању привредне делатности (члан 231. КЗ).

У оквиру ових кривичних дела „хибридног“ карактера посебно се истиче по свом значају, природи, карактеристикама и последицама кривично дело злоупотребе положаја одговорног лица из члана 227. КЗ. То је основно, опште корупцијско привредно кривично дело. Наиме, сва одговорна лица у привредном пословању су дужна да у вршењу својих овлашћења, дужности или службе поступају законито и у складу са циљевима и интересима службе коју врше. Свако вршење службе противно законима, другим прописима и општим актима, па чак и правилима струке (тзв. узансама), представља облик злоупотребе положаја или овлашћења уопште. Појам злоупотребе овлашћења или положаја није јединствено одређен. У најширем смислу злоупотреба (*abusus*) је свако понашање које је противправно и противно интересима службе, а посебно оно које је противно Уставу, закону или другом правном пропису или општем акту. Према томе, свако одговорно лице чије делатности нису у сагласности са интересима службе злоупотребљава своју службену дужност (група аутора, 1995:854-855). То се може учинити на различите начине. У теорији кривичног права разликује се појам злоупотребе положаја у објективном и у субјективном смислу. Тако се положај, овлашћење или дужност може злоупотребити у објективном смислу када одговорно лице делује противно интересима службе тако што прекорачује своја овлашћења или не врши своје дужности. Сама дужност се злоупотребљава у субјективном смислу када одговорно лице предузима своје радње у пословању које су, истина, у оквиру његовог овлашћења, али то не чини у интересу свог привредног субјекта (у чије име и за чији рачун поступа), већ да би се постигао неки други циљ.

„Злоупотреба положаја одговорног лица“ из члана 227. КЗ се састоји у искоришћавању свог положаја или овлашћења, у прекорачењу граница свог овлашћења или у невршењу своје дужности чиме се себи или другом физичком или правном лицу прибави противправна имовинска корист или се другоме нанесе имовинска штета. При томе је Законик изричито одредио да ово кривично дело постоји само ако у конкретном случају нису остварена обележја неког другог, подразумева се, привредног кривичног дела. То указује да се овде ради о кривичном делу супсидијарне природе

чија правна егзистенција зависи од непостојања неког другог, у закону прописаног кривичног дела.

Објект заштите јесте законито, квалитетно, ефикасно, целисходно и благовремено обављање дужности у привредном пословању уопште или у некој од области привредног пословања (производња, трговина, услуге, увоз, извоз, осигурање итд.). Циљ заштите јесте заправо да се обезбеди ефикасно вршење дужности и послова у привредном пословању, уз потпуно поштовање законитости и поштен и савестан однос према пословним партнерима како би се истовремено очувало и њихово поверење, па и у целокупни правни поредак. Као привредна делатност се према члану 112. тачка 21а. КЗ сматра свака делатност производње и промета робе, вршења услуга и обављање других делатности на тржишту ради стицања добити или остваривања неког другог економског интереса.

Последица предузете радње извршења која се јавља у три облика (па тако постоје и три основна облика дела) се испољава у проузроковању имовинске штете другом субјекту привредног пословања. У смислу члана 112. тачка 21. КЗ субјект привредног пословања може бити привредно друштво, друго правно лице које обавља привредну делатност или предузетник. Правно лице које поред своје основне делатности обавља и привредну делатност такође се сматра субјектом привредног пословања у смислу овог кривичног дела, али само за време и док обавља, врши ту привредну делатност (Симић, Трешњев, 2010:94). Дело је довршено када је наступила последица тј. када је прибављена противправна имовинска корист за учиниоца или друго физичко или правно лице или када је другоме нанета имовинска штета у било ком износу.

Извршилац овог дела може бити само одређено лице – лице са одређеним својством (*delicta propria*), а то је одговорно лице у правном лицу. Као одговорно лице у правном лицу у смислу члана 112. тачка 5. КЗ (после новеле Кривичног законика⁴ из децембра 2012.године) сматра се а) лице које на основу закона, прописа или овлашћења врши одређене послове управљања, надзора или друге послове из делатности правног лица, б) лице коме је фактички поверено обављање тих послова и в) службено лице ако се не ради о кривичном делу против службене дужности.

У погледу кривице ово се кривично дело врши са умишљајем (који може бити и директни и евентуални). За основно кривично дело без обзира о ком се облику испољавања ради прописана је казна затвора од три месеца до три године. Но, поред или уместо у Законику прописане казне затвора, учиниоцу овог кривичног дела суд у конкретном случају може да изрекне и

⁴ Службени гласник РС, бр. 121/2012.

једну од следећих кривичних санкција : 1) новчану казну у износу од 10.000 до 10. 000.000 динара ако је кривично дело извршено из користољубља (Јовашевић, 2007:122). Новчана казна као споредна се може изрећи и за кривично дело за које користољубивост није садржана у законском обележју кривичног дела ако је мотив извршења дела прибављање противправне имовинске користи, што је код овог кривичног дела случај⁵ и 2) две мере безбедности и то: а) забрана вршења позива, делатности и дужности (из члана 85. КЗ) и б) одузимање предмета (из члана 87. КЗ), као и 3) специфичну кривичноправну меру – одузимање имовинске користи прибављене извршењем кривичног дела (чл. 91-92. КЗ).

3.2. Облици испољавања кривичног дела

Зависно од предузете радње извршења, разликују се три основна облика кривичног дела из члана 227. КЗ. То су : 1) искоришћавање положаја или овлашћења, 2) прекорачење овлашћења и 3) невршење дужности.

Искоришћавање свог положаја или овлашћења у привредном пословању је први облик испољавања кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица. Овај облик дела постоји када одговорно лице предузима радњу која се истина налази у оквиру његовог положаја или овлашћења, али то не чини у интересу свог субјекта привредног пословања, него да би на тај начин прибавио себи или другом физичком или правном лицу противправну имовинску корист или да би другоме нанео имовинску штету. То је облик злоупотребе положаја у субјективном смислу. Радња извршења је искоришћавање положаја или овлашћења. То искоришћавање значи у ствари користољубиво коришћење положаја или овлашћења или пак његово малициозно коришћење (како би се другоме нанела имовинска штета). Оваква ситуација је нарочито могућа код дискреционих овлашћења. То су случајеви када је одговорно лице овлашћено да процењује целисходност предузимања радње у привредном пословању, при чему критеријум за процену ове целисходности треба да буде интерес субјекта привредног пословања у чије име и за чији рачун управо поступа одговорно лице, а не неки други интерес (лични интерес учиниоца дела или неког другог лица (Novoselec, 2002:1-14).

Уколико се одговорно лице код процене целисходности не руководи пословним интересом свог субјекта привредног пословања, већ тежњом да оствари себи или другом противправну имовинску корист или да другоме нанесе имовинску штету, онда постоји ово кривично дело. Ако се, дакле, одговорно лице при тој оцени не руководи интересима свог привредног

⁵ пресуда Врховног суда Србије Кж. 832/86.

субјекта, већ своју одлуку заснива на интересима неког другог физичког или правног лица (или чак свом интересу), иако делује у оквиру свога положаја или овлашћења, оно га злоупотребљава. Наиме, дело се може извршити, како искоришћавањем свог положаја, тако и искоришћавањем свог овлашћења. Смисао овог раздвајања је у томе што су за одговарајуће положаје везана и посебна овлашћења. Свако одговорно лице располаже с одговарајућим овлашћењима, али одговорна лица која се налазе на одређеним положајима имају и посебна овлашћења која управо произилазе из тог положаја, па их оно и може користити само док се налази на том положају.

Положај је искоришћен када одговорно лице искористи управо овлашћења везана за тај положај у организацији привредног пословања да би делујући противно његовим потребама и интересима остварило свој или туђи противправни имовински интерес. Уколико се пак искоришћавају овлашћења која припадају одговорном лицу по основу вршења послова управљања, надзора или других делатности из оквира привредног пословања, а не с обзиром на положај који има у привредном субјекту, тада постоји злоупотреба овлашћења. До овог облика злоупотребе тако може доћи при вршењу сваке дужности, односно у вези било код положаја (група аутора, 1995:856). Такође је положај искоришћен и када одговорно лице користи овлашћења која произилазе из његовог положаја у привредном субјекту. Сваки положај одређује обим и природу овлашћења одговорних лица и, по правилу, ствара одређени хијерархијски однос међу њима. Искоришћавање положаја или овлашћења значи коришћење права којима располаже одређено одговорно лице и која, по правилу, припадају њему, а не произилазе из његовог посебног положаја, већ управо из самог својства одговорног лица.

Прекорачење овлашћења представља други облик извршења кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица. Ово прекорачење постоји када одговорно лице предузима радњу изван свог овлашћења, а у циљу прибављања противправне имовинске користи за себе или друго физичко или правно лице. Ово дело постоји и када одговорно лице има овлашћење да у привредном пословању у име и за рачун свог привредног субјекта предузима одређене радње, али само до одређених граница или у одређеном обиму које су утврђене законом, другим прописом, општим актом или наредбом вишег органа управљања (управног или надзорног одбора) и прекорачењем те границе или тог обима овлашћења се чини ово кривично дело.

Прекорачење граница овлашћења постоји, дакле, када одговорно лице врши радњу у привредном пословању која је изван његовог овлашћења, а која произилази из његовог положаја у привредном субјекту. У овом случају учинилац дела предузима радњу која је у надлежности другог одговорног лица или другог органа у привредном субјекту, при чему није од значаја да ли се то друго лице налази у односу надређености или подређености према одговорном лицу које прекорачује своје овлашћење или пак оно предузима радње које уопште нису у надлежности лица или органа коме припада. Такође овај облик кривичног дела постоји и када одговорно лице без претходног одобрења или сагласности предузима радњу у привредном пословању у оквиру свог овлашћења, за чије је вршење међутим потребно претходно одобрење или сагласност неког другог одговорног лица или другог органа (Лазаревић, 1993:305). За прекорачење свог овлашћења неопходно је да одговорно лице предузима делатности у привредном пословању које саме по себи нису незаконите и на чије је вршење неко овлашћен, али није овлашћено управо оно лице које их и предузима у конкретном случају. Тако када оптужени као одговорно лице поступа супротно одлуци органа управљања којом је забрањен пријем уплата за робу коју испоручују купцима па уплате прима и новац присваја, тиме прекорачује границе свог службеног овлашћења и чини кривично дело злоупотребе свог положаја⁶.

Трећи облик извршења кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица јесте неизвршење дужности. Ово дело постоји када одговорно лице свесно и вољно пропушта да изврши све или поједине радње из оквира своје дужности у субјекту привредног пословања које је дужно да изврши или када те радње врши само формално на такав начин, таквим средствима, у такво време или на таквом месту да ни у ком случају оне не могу да остваре очекивани циљ или ефекат у привредном пословању који иначе, редовно, по правилу, уобичајено, и треба да буде остварен. Дакле, неизвршење дужности постоји у оним случајевима када одговорно лице не изврши радњу из оквира своје дужности, положаја или овлашћења коју је било дужно да изврши (то је формално и материјално невршење дужности) или када ту радњу извршава на такав начин да се њоме не може постићи циљ који се управо њеним предузимањем и требао остварити (када постоји формално вршење, а материјално невршење дужности) (Стојановић, 2002:232). То другим речима значи да се овај облик кривичног дела може извршити и чињењем (активном, позитивном делатношћу) и нечињењем (пасивном, негативном делатношћу).

⁶ пресуда Врховног суда Србије Кж. 1058/81.

3.3. Тежи облици кривичног дела

Из законског описа кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица из члана 227. КЗ разликују се, поред основног облика, још и два тежа, квалификована облика дела за која је предвиђено поштрено кажњавање.

Први тежи облик овог кривичног дела постоји када је услед злоупотребе положаја, овлашћења или дужности од стране одговорног лица у било ком облику испољавања радње извршења прибављена противправна имовинска корист за учиниоца дела или за друго физичко или правно лице у износу који прелази 450.000 динара (Јовашевић, 2002:468) . Дакле, код овог првог квалификованог облика овог кривичног дела квалификаторна околност је висина остварене противправне имовинске користи која прелази законом прописани новчани износ. Приликом утврђивања висине противправне имовинске користи, по правилу, је меродавна тржишна вредност према времену предузимања радње извршења. Међутим, изузетно ако је извршилац кривичног дела постигао имовинску корист већу од тржишне вредности ствари прибављених кривичним делом, онда је за правну квалификацију дела одлучна стварно постигнута висина имовинске користи и то према времену извршења радње кривичног дела⁷. За први тежи облик овог кривичног дела предвиђена је казна затвора у трајању од шест месеци до пет година.

Други тежи, квалификовани облик кривичног дела злоупотребе положаја одговорног лица постоји ако је предузимањем радње извршења основног дела у било ком облику учинилац за себе или друго (физичко или правно лице) прибавио противправну имовинску корист у износу који прелази милион и петсто хиљада динара. И за постојање овог најтежег облика кривичног дела из члана 227. став 3. КЗ се као квалификаторна околност јавља висина прибављене противправне имовинске користи. Она се утврђује према тржишној цени у време предузимања радње извршења. За најтежи облик овог кривичног дела прописана је казна затвора од две до десет година.

4. Закључак

Од најстаријих времена историја бележи различите случајеве појавног испољавања кажњивих, противправних и забрањених понашања појединаца и група у разним сферама друштвеног живота, а посебно у области привређивања, пословања, производње и промета добара и вршења услуга. Укупност таквих недозвољених, забрањених и кажњивих

⁷ пресуда Врховног суда Србије Кж. 246/77.

понашања физичких и правних лица у области привреде, односно привредног пословања назива се привредна, економска или финансијска делинквенција.

Најтежи и најопаснији облици и видови испољавања привредне делинквенције сматрају се привредна кривична дела. Она су предвиђена у Кривичном закону (права привредна дела) или у споредном, допунском кривичном законодавству (неправа привредна кривична дела) за чије учиниоце – одговорна лица и правна лица су прописане казне и друге врсте кривичних санкција. Ради се о веома бројној групи кривичних дела са различитим облицима испољавања радње извршења (у виду чињења – активне радње или нечињења – пасивне радње), са различитим последицама које се огледају на привреду у целини или поједине видове, сегменте привредног пословања са намером прибављања противправне имовинске користи за учиниоца или друго физичко или правно лице.

Међу привредним кривичним делима после новеле Кривичног законика из новембра 2016. године се посебно истичу привредна корупцијска кривична дела. С обзиром на значај ефикасног, законитог и квалитетног сузбијања свих облика коруптивног понашања, посебно у привредном пословању, као битног елемента испуњења обавеза из Поглавља 23. Акционог плана Републике Србије за приступање Европској унији, то је логично да се очекује да државни органи у наредном периоду остваре видљиве резултате. Међу корупцијским привредним кривичним делима се као основно дело јавља злоупотреба положаја одговорног лица. Оно обухвата различите облике и видове искоришћавања положаја или овлашћења у привредном пословању од стране одговорног лица у субјекту привредног пословања, прекорачења граница својих овлашћења или неизвршења дужности. На тај начин учинилац за себе или друго физичко или правно лице прибавља противправну имовинску корист или другоме наноси имовинску штету. Учиниоцу овог дела се, поред законом прописане казне затвора, могу изрећи и друге врсте кривичних санкција (мере безбедности), односно посебна мера – одузимање имовинске користи која је прибављена кривичним делом.

Литература

Даничић, М. (2007). Фактолошка анализа кривичних дјела привредног криминалитета у периоду 1996-2005. године на подручју Републике Српске, Безбједност, полиција, грађани, Бања Лука, 2, стр. 1055-1078.

Гаџић, В. (1989). Neki novi pojavni oblici privrednog kriminaliteta, Pravna misao, Sarajevo, 9-10, str.39-41.

Зборник радова студената докторских студија права

Група аутора. (1995). Коментар Кривичног закона Републике Србије, Београд: Савремена администрација.

Ibrahimpasić, B. (1956). Razvitak privredno krivičnog prava, Godišnjak Pravnog fakulteta u Sarajevu, Sarajevo, str. 55-62.

Јовашевић, Д. (2002). Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд: Службени лист.

Јовашевић, Д. (2007). Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд: Службени лист.

Јовашевић, Д. (2017). Кривично право, Посебни део, Београд: Досије.

Kos, D. (2000). Kaznenopravna odgovornost za kaznena djela gospodarskog kriminaliteta, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2, str. 381-398.

Kovčo Vukadin, I. (2007). Gospodarski kriminalitet – kriminološka obilježja, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2, str. 435-493.

Лазаревић, Љ. (1993). Кривично право, Посебни део, Београд: Савремена администрација.

Novoselec, P. (2002). Zlouporaba položaja i ovlasti kao gospodarsko kazneno djelo, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 9, str. 1-14.

Novoselec, P. (2009). Uvod u gospodarsko kazneno pravo, Zagreb: Pravni fakultet.

Orlović, A., Pajčić, M. (2007). Policijski izvidi kaznenih djela gospodarskog kriminaliteta, Hrvatski ljetopis za kazneno pravo i praksu, Zagreb, 2, str. 695-738.

Orlović, A. (2009). Gospodarski kriminalitet u Kaznenom zakonu – modus operandi, Policija i sigurnost, Zagreb, 1, str. 9-25.

Pihler, S. (1990). Osnovni činioci privrednog kriminaliteta i nova kriminalna politika, Pravna misao, Sarajevo, 3-4, str. 79-87.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 246/77.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 1058/81.

Пресуда Врховног суда Србије Кж. 832/86.

Rogić Hadžalić, D., Novosel, D. (2006). Pokazatelji gospodarskog kriminaliteta 1998-2004.godine, Zagreb: Narodne novine.

Selinšek, Lj. (2007). Kazensko pravo, Splošni del in osnove posebnega dela, Ljubljana: Založba GV.

Симић, И., Трешњев, А. (2010). Кривични законик са краћим коментаром, Београд: Инг про.

Стојановић, З. (2002). Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд Службени лист.

Službeni glasnik RS, br. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/1013, 108/2014 i 94/2016.

Terek, D. (1998). Prikaz nekih kaznenih djela vezanih za gospodarsko poslovanje, Računovodstvo i financije, Zagreb, 1, str. 144-146.

Vešović, M. (1981). Problematika blanketnih krivičnih djela na štetu društvene imovine, Pravna misao, Sarajevo, 9-10, str.30-38.

Vladimir Miletić,

Judge of the First Basic Court in Belgrade,

PhD student at the Faculty of Law, University of Niš

MISUSE OF RESPONSIBLE PERSON POSITION IN ECONOMIC ACTIVITIES

Summary

In this paper the author analyzes notion, characteristics and forms of the relatively new criminal offence in the criminal law of Serbia, namely misuse of responsible person position, provided for in the art. 227 of the Penal Code of Serbia. The issue is about different forms of misuse of the position, responsibilities or duties in economic activities by authorized persons, causing material damage to other person or legal entity, including the state. It belongs to the group of so called "corruptive criminal offenses" punishable through criminal sanctions. It is only the criminal system meets obligations from the Negotiation Chapter 23 of the Treaty of accession of Serbia to the European Union, dealing with the duty to prevent all kinds of corruption at all levels, but also it contributes to the rule of law and successful functioning of the legal state in the field of economic activities. The issue is about very dangerous forms of illegal conduct of responsible persons in economic activities in general, but particularly in trade, manufacturing, system of payment, financial or fiscal system, insurance etc., as it causes damage to other persons, legal entities and society in general.

Keywords: *law, economy, violation, endangerment, criminal offence, responsibility, sanction.*

УСЛОВНИ ОТПУСТ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ²

Апстракт: Питања која се обрађују у овом раду превасходно се односе на недовољно прецизне одредбе Кривичног законика Републике Србије којима се регулише условни отпуст. Разлози за измене одредаба које уређују условни отпуст састоје се у томе што је примећено да у пракси судови условни отпуст доста ретко користе, а томе је допринела одредба која захтева испуњавање услова које је врло тешко утврдити. У раду ће се такође испитати одредбе других правних аката које регулишу материју условног отпуста, а и провериће се да ли постоји несагласност између ових одредби и одредби Кривичног законика. Такође је неопходно прецизирати које то обавезе суд налаже условно отпуштеном. Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера предвиђа да се могу налагати обавезе уз заштитни надзор предвиђене Кривичним закоником, а саме одредбе Кривичног законик раније нису биле прецизне када су у питању те обавезе. Циљ рада је да се укаже на специфичности правног регулисања института условног отпуста у позитивном кривичном праву Републике Србије и на могуће начине његове делотворније примене. Закон о изменама и допунама Кривичног законика је почео да се примењује од 1. јуна 2017. године, а очекује се да ће измене и допуне које регулишу ову материју омогућити да условни отпуст оствари улогу која му је намењена.

Кључне речи: условни отпуст, казна затвора, заштитни надзор.

1. Увод

Условни отпуст се састоји у отпуштању осуђеног лица са издржавања казне затвора пре него што ју је у потпуности издржао под условом да до истека времена за које је изречена казна не учини ново дело (Јовашевић,

1 golubovic_bojana@hotmail.com

2 Овај научни чланак је резултат истраживања спроведеног у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који је финансиран од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (бр.179046).

2012: 271). Условни отпуст је сличан условној осуди јер се оба института састоје у ослобађању учиниоца кривичног дела од издржавања казне, с тим што је код условне осуде то ослобођење у потпуности, а код условног отпуста се ради о делимичном ослобођењу од казне (Јовашевић, 2015: 33). Требало би поменути да је условни отпуст саставни део изречене казне затвора и да утиче на њену садржину, јер се институционални третман у заводској установи замењује третманом на слободи. Условни отпуст је у праву Републике Србије регулисан одредбама Кривичног законика, иако је његова правна природа мешовита – кривичноправна и пенолошка (Мрвић-Петровић, 2014: 252-253).

Када је у питању условни отпуст као институт општег дела Кривичног законика, требало би поменути одредбу која је захтевала испуњавање услова које је тешко утврдити.

Савремене тенденције у казненој политици, широка примена затварања и феномен дужевременог раста затвореничке популације, наметнуле су потребу преиспитивања сврхе условног отпуста, и указале на нову интерпретацију функције условног отпуста (Соковић, 2014).

Пре измена и допуна Кривичног законика требало је утврдити да ли је у односу на условно отпуштеног постигнута сврха кажњавања. С обзиром на то да је тешко утврдити да ли је у односу на условно осуђеног постигнута сврха кажњавања, одустало се од овог услова, тј. дошло је до његовог модификовања. Сматра се да је поред две трећине издржане казне довољно да се у току издржавања казне осуђени тако поправио, да се с основом може очекивати да за време трајања условног отпуста неће учинити ново кривично дело. Стога, након измена и допуна, тај услов је дефинисан на следећи начин: „При оцени да ли ће се осуђени условно отпустити узете се у обзир његово владање за време издржавања казне, извршавање радних обавеза с обзиром на радну способност, као и друге околности које указују да осуђени док траје условни отпуст неће извршити ново кривично дело.“³ Могло би се рећи да када је овај институт у питању најтеже је било проценити да ли је постигнута сврха кажњавања. Судови нису благи када је у питању разматрање молби о пуштању на условни отпуст, па не би било погрешно рећи да је примена одредби о условном отпусту доста рестриктивна. Поред судова, мишљења стручних служби завода су од великог значаја, јер су наводи у извештају завода често подлога за доношење одлуке о давању условног отпуста.

³ Чл. 3. став 1. Закона о изменама и допунама Кривичног законика, Службени гласник РС, 94/16.

Осуђени је навео да је поштовао сва надређена службена лица, да је своје понашање ускладио са одредбама ЗИКС-а, да је радно ангажован, да га је породица максимално подржавала, те да се током издржавања казне толико поправио да се са основом може очекивати да ће се на условној слободи добро владати, а нарочито да до истека казне неће учинити ново кривично дело, и да је самим тим постигнута сврха кажњавања како генералне тако и специјалне превенције. Осуђеном је утврђен средњи степен ризика, па веће сматра да постоји још простора за напредак и да није окончан процес ресоцијализације. На основу извештаја може се закључити да је осуђени био функционалан у Одељењу, ангажован, да има очуване капацитете, да је свестан последица које је проузроковао, да му је постпенални прихват обезбеђен, а да осуђени прихвата програм поступања и активно учествује у његовој реализацији. Завод је у извештају истакао мишљење да би условљавање преосталог дела казне било несврхисходно с обзиром на све изнето.

Из свега изложеног, према ставу већа, произилази да су спроведене мере преваспитног третмана, у понашању осуђеног оствариле одређени позитиван утицај на њега, али те промене, према мишљењу већа, још увек нису таквог карактера да би се на основу истих неспорно могло закључити да се осуђени у толикој мери поправио да се од њега може очекивати да ће се на слободи добро владати и да неће учинити нова кривична дела. Веће сматра да сврха кажњавања још увек није постигнута како у смислу генералне тако и у смислу специјалне превенције, па је, молбу осуђеног за условно отпуштање са издржавања казне затвора одбило као неосновану.⁴

Осуђени је у молби навео да је радио на пољопривредној економији и да је сваки постављени задатак извршавао савесно, да је схватио одговорност за дело које је учинио, те да је одлуком о накнадном разврставању осуђеног дана 24.06.2016. године накнадно разврстан у групу А2 и упућен у отворено одељење Завода, да је у досадашњем току издржавања казне поступно и са успехом остварио постављене индивидуалне циљеве пеналног третмана, а да је накнадном применом упитника за процену ризика утврђен низак степен ризика од понављања неприлагођеног понашања, те да је предложена промена програма поступања и он је накнадно разврстан у групу са већим степеном права уз упућивање у одговарајуће одељење Завода, као и то да је на бази достављених стручних мишљења и предлога, а пажљивим одмеравањем утврђених чињеница и вредновањем његовог залагања и понашања током издржавања казне закључено од стране надлежних да су испуњени услови за његово накнадно разврставање у

⁴ Решење Вишег суда у Новом Саду КУО бр.174/16 од 07.09.2016.

групу са већим степеном посебних права у складу са чл. 33 Правилника о третману, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица.

Суд је у складу са чл. 564, ст. 2. ЗКП – а затражио ивештај од Управе КПЗ –а у Сомбору. У извештају се наводи период адаптације на пеналне услове протекао нормално и уредно, да је одлуком о програму поступања разврстан у полуотворени третман, да је у току издржавања казне постепено напредовао у третману, да је накнадно утврђен низак степен ризика од понављања кривичног дела, да је показао заинтересованост за рад, итд. Ипак, на основу навода у извештају се закључује да сагледавајући досадашњи ток издржавања казне, стручне службе завода сматрају да процес ресоцијализације није окончан, а на основу тога закључује да сврха кажњавања није остварена, те да ресоцијализација тече позитивним током, да индивидуални циљеви пеналног програма поступања нису испуњени у целости, да нису у потпуности учвршћени друштвено пожељни ставови понашања и окончани у смислу превенције могућег рецидива и нарушавања друштвених норми, те да се не предлаже примена института условног отпуста.⁵ Овако рестриктивна примена одредби о условном отпусту је последица тога што одлука да ли ће молба за одобрење условног отпуста бити усвојена у многоме зависи од мишљења службе за третман казнено-поправног завода у коме осуђени издржава казну затвора, као и од тога да ли је у конкретном случају постигнута сврха кажњавања. Пре измена и допуна Кривичног законика требало је утврдити да ли је у односу осуђеног постигнута сврха кажњавања. Могло би се закључити да измена одредбе која се односи на сврху кажњавања има за циљ делотворнију примену условног отпуста. Закон о изменама и допунама Кривичног законика је почео да се примењује од 1. јуна 2017. године, а надамо се да ће измене и допуне које регулишу ову материју омогућити да условни отпуст оствари улогу која му је намењена.

2. Појам и услови за примену условног отпуста

Веома је занимљива етимологија синтагме „условни отпуст“, која језички одражава дугу традицију примене овог кривичноправног и пенолошког института. Наиме, термин *parole* није био у употреби, у смислу поправљања делинквената, све до 1846. године, иако пракса условног отпуштања има дугу историју. Сама реч потиче од француске именице, која значи „реч“ или „обећање“ и одражава дуго примењивану праксу у војсци о отпусту

⁵ Решење Вишег суда у Новом Саду КУО бр.202/16 од 21.09.2016.

појединих осуђеника, пошто би они дали реч да неће употребити оружје против својих заробљивача (Константиновић-Вилић и Костић, 2011: 267).

Условни отпуст представља криминалнополитичку и пенолошку меру којом се врши допунска индивидуализација казне и остварује ресоцијализација осуђеног уз његово лично и активно учешће када се, с обзиром на постигнуте резултате специјално превентивног садржаја, може скратити претходно одмерено трајање одузимања слободе (Јовашевић, 2015: 35). Он се може дати сваком лицу које издржава: а) казну затвора, б) меру безбедности обавезног психијатријског лечења и чувања у здравственој установи, в) васпитну меру упућивања у васпитну установу, г) васпитну меру упућивања у васпитно поправни дом и казну малолетничког затвора (Јовашевић, 2010: 217).

Условни отпуст се обавезно даје: а) ако је осуђени издржао две трећине изречене казне затвора, при чему се овај рок рачуна од дана када је започето извршење казне и б) ако се осуђени у току издржавања казне тако поправио да се с основом може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна не учини ново кривично дело (Јовашевић, 2016: 243). На тај начин је условни отпуст у складу са принципом индивидуализације казне, јер се своди управо на ону меру која је стварно потребно у конкретном случају за остварење циљева кажњавања (Јовашевић и Костић, 2012: 323).

Поменућемо чл. 63 КЗ који носи наслов „Урачунавање притвора и раније казне“. Овим чланом је предвиђено да се време проведено у притвору урачунава у изречену казну затвора. Познато је да члан 46, ст. 1 КЗ захтева да је осуђени издржао две трећине казне, може се десити, а и дешава се, да је након урачунавања притвора у изречену казну већ „издржао“ две трећине казне, а да није крочио у установу за извршење казне затвора (Вуковић, 2016). Ово другим речима значи, да у односу на осуђено лице није ни израђен програм поступања нити му је претходно утврђен степен ризика, на начин како је то предвиђено ЗИКС и Правилником о третману, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица (Вуковић, 2016: 192). Остаје неразјашњено како утврдити испуњеност најважнијег критеријума, а то је да се осуђени у току издржавања казне тако поправио да се с основом може очекивати да ће се на слободи добро владати, а нарочито да до истека времена за које је изречена казна неће учинити ново кривично дело.

Ово је нарочито спорно имајући у виду поступање судске праксе. Наиме, решењем Апелационог суда у Београду – Посебног одељења Кж2. По1. Бр. 212/12 од 22. 5. 2012, је је утврђено да суд није дужан да проверава

владање осуђеног у притвору, јер приликом одлучивања о молби за пуштање на условни отпуст то није од значаја, већ извештај завода у којем осуђени издржава казну (Вуковић, 2016). Интересантно је поменути одлуку Врховног Касационог суда који је заузео специфичан став. Сама по себи чињеница да је осуђени на издржавању казне затвора провео краћи временски период не искључује могућност условног отпуста, уколико из списка произилази да се рецидив код осуђеног не очекује и када се има у виду да је осуђени, с обзиром на време проведено у притвору издржао више од једне половине изречене казне (Решење Врховног суда Србије Кж-П-2006/04 од 25. фебруара 2004. године (Билтен Врховног Касационог суда Србије, 2004). Уколико се замисли, да је осуђени који је издржао“ две трећине изречене казне затвора у притвору, након што је дошао на издржавање казне затвора или пре него што је уопште добио позив да се јави на издржавање казне затвора, а у сваком случају пре него што је утврђен степен ризика и пре него што му је утврђен програм поступања, поднео молбу за пуштање на условни отпуст, остаје енигма како је суд утврдио (не)испуњеност услова за пуштање на условни отпуст (Вуковић, 2016: 192). Вуковић је нагласио да није циљ анализирати конкретан предмет у којем је то решење донето, већ заузети став. Управо из тог разлога је претходно наведени аутор користио израз „уколико се замисли». Са оваквим ставом Врховног касационог суда се не можемо сложити, јер је остало нејасно на основу којих параметара ће се утврдити испуњеност услова за пуштање на условни отпуст. Ако би се сложили са ставом Врховног касационог суда, то би значило да су списи предмета довољни за пуштање на условни отпуст, па би само прибављање извештаја о владању и понашању осуђеног од стране суда било сувишно.

Кључна ствар на коју се скреће пажња је чињеница да се одредба чл. 46, ст. 1 КЗ у којој се наводи када ће се осуђени условно отпустити „допуњује“ критеријумима које предвиђа чл. 567 ЗКП, а међу којима се налази и процена ризика која је дефинисана подзаконским актом (Вуковић, 2016). Члан 46, став 1 КЗ нигде не спомиње процену ризика. Према Законику о кривичном поступку суд доноси решење којим одбија или усваја молбу за пуштање на условни отпуст при чему ће посебно имати у виду процену ризика осуђеног, успешност у извршавању програма поступања, ранију осуђиваност, животне околности и очекивано деловање условног отпуста на осуђеног. Сви критеријуми из члана 567, став 1 ЗКП – а су садржани у једном критеријуму, а то је процена ризика. Често долази до двоструког вредновања истих критеријума који су већ служили за процену ризика. Први пут од службе за третман КПЗ, а затим од суда, јер суд несумњиво прихвата као утврђен степен ризика о којем га у Извештају о владању и

понашању осуђеног обавештава служба за третман. Није на одмет указати и на несагласност чл. 74, ст 3 Закона о извршењу кривичних санкција и одредби Правилника о третману, програму поступања и накнадном разврставању осуђених лица које се односе на утврђивање степена ризика (Вуковић, 2016: 195 - 196).

Разврставање осуђеног врши се на основу процењеног степена ризика, врсте кривичног дела, висине изречене казне, здравственог стања, односа осуђеног према кривичном делу, облика кривице, раније осуђиваности и других критеријума утврђених прописом министра надлежног за послове правосуђа који уређује третман, програм поступања, разврставање и накнадно разврставање осуђених.⁶ Правилник утврђује процену ризика према свим критеријумима које користи ЗИКС за разврставање осуђеног.

При разврставању осуђеног води се рачуна о: дужини казне; начину доласка на издржавање казне, односу према кривичном делу и казни; врсти и тежини кривичног дела; ранијој осуђиваности; другом кривичном поступку или изреченој казни; психолошким, педагошким, социјалним особеностима, безбедносном ризицима и потребама осуђеног; понашању током ранијег издржавања кривичне санкције у одговарајућој институцији, као и другим чињеницама битним за разврставање.⁷ Ипак, Правилник у чл. 16 такође уређује критеријуме за разврставање осуђеног, али не прави грешку као ЗИКС у чл. 74 ст. 3, јер не наводи процену ризика (Вуковић, 2016: 196). Процена ризика се у утврђује управо на основу оних критеријума које користи и ЗИКС за разврставање осуђеног, али ЗИКС сматра да се за разврставање осуђеног користи и процена ризика, па можемо закључити да поново долази до двоструког вредновања већ вреднованог критеријума (Вуковић, 2016). Иако Кривични законик не помиње процену ризика, сматрамо да је било битно поменути овај критеријум којим се допуњује одредба чл. 46. ст. 1 КЗ – а у којој се наводи када ће се осуђени условно отпустити.

Не може се условно отпустити осуђени који је током издржавања казне два пута кажњаван за теже дисциплинске преступе и коме су одузете додељене погодности.

И Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима⁸ из априла 2013.

6 Чл. 74. ст. 3 Закона о извршењу кривичних санкција, Службени гласник РС, бр. 55/14.

7 Чл. 16 Правилника о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица, Службени гласник РС, бр. 66/15.

8 Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, Службени гласник РС, бр. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11, 101/11 и 32/13.

године (члан 5, став 2) искључио је давање условног отпуста учиниоцу следећих кривичних дела: силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом, обљуба злоупотребом положаја, недозвољене полне радње, подвођење и омогућавање вршења полног односа, посредовање у вршењу проституције, приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију, навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу под условом да су ова дела извршена према малолетним лицима (Јовашевић, 2016: 244).

Уколико испуњава законом прописане услове суд може условно отпустити и осуђеног: 1) који издржава казну затвора од 30 до 40 година, 2) који је осуђен за кривична дела против човечности и других добара заштићених међународних правом, кривична дела против полне слободе, кривично дело насиља у породици, кривично дело неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога, кривична дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије, кривично дело примања мита и кривично дело давања мита, 3) који је осуђен од стране надлежних судова, односно њихових посебних одељења, у поступцима који су вођени у складу с надлежношћу Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела⁹ и 4) који је више од три пута правноснажно осуђен на казну затвора¹⁰, а није извршено брисање или не постоје услови за брисање неке од осуда (Јовашевић, 2016: 244).

2.1. Давање и опозивање условног отпуста

За разлику од ранијег решења када је о условном отпусту одлучивала посебна комисија за условни отпуст коју је образovalo Министарство правде, према чл. 563 – 568 ЗКП – а о условном отпусту сада одлучује суд који је донео одлуку у првом степену (Јовашевић, 2016: 244). Поступак за давање условног отпуста подноси осуђени или његов бранилац. Ако суд молбу не одбаци (ако је поднета од неовлашћеног лица или пре испуњавања законом прописаног минимума две трећине издржане казне), судско веће у поступку обавезно тражи извештај од завода у коме осуђени издржава

⁹ Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела, Службени гласник РС, бр. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11, 101/11 и 32/13.

¹⁰ Закон о изменама и допунама Кривичног законика у чл. 46. ст. 2 брише се реч „бесусловна“ и користи и термин казна затвора.

казну затвора о његовом владању и другим околностима које указују да је постигнута сврха кажњавања, као и извештај повереника управе за извршење кривичних санкција (члан 564 ЗКП – а) и саслушава надлежног јавног тужиоца (Јовашевић, 2016: 244). У решењу о условном отпусту веће може одредити да је осуђени дужан да испуни одређене обавезе предвиђене Кривичним законом, а може одлучити и да осуђени за време условног отпуста буде под електронским надзором.¹¹ Закон о изменама и допунама Кривичног законика у чл. 46. став 3, предвиђа да суд у одлуци о условном отпусту може одредити да је осуђени дужан да испуни неку од обавеза из чл. 73. овог законика, као и неку другу обавезу предвиђену кривичноправним одредбама.

На предлог управника завода, директор Управе може превремено отпустити осуђеног са издржавања казне, најмање три месеца пре истека казне, ако је издржао девет десетина казне и није добио условни отпуст. Предлог управника завода подноси се након прибављеног мишљења свих стручних служби завода о понашању осуђеног (Константиновић-Вилић и Костић, 2006: 58).

У савременом кривичном праву позната је и парцијална условна осуда. Њу познају нпр.: члан 132- 31 француског Кривичног законика, члан 43 аустријског Кривичног законика и члан 57. Казненог закона Хрватске. Овим законским решењима је предвиђена могућност условног одлагања извршења само дела утврђене казне. У том случају се условна осуда претвара у антиципирани условни отпуст. Према Казненом закону Хрватске суд може учиниоцу који је осуђен на новчану казну или казну затвора у трајању већем од једне, а мањем од три године, изрећи условну осуду за само део казне ако оцени да постоји висок степен вероватноће да и без извршења целе казне неће убудуће чинити кривична дела.¹² Према члану 132 – 31 Кривичног законика Француске, суд може дозволити суспензију делимичне условне осуде током неког дела периода, максимум 5 година, а сам период одређује суд (*Criminal Code of France, 2005*).

Ако условно отпуштени не оправда указано поверење долази до опозивања условног отпуста и његовог поновног враћања у заводску установу (Јовашевић, 2015: 37). До обавезног опозивања условног отпуста долази ако су испуњени следећи услови: а) када условно отпуштени за време док се налази на условном отпусту изврши кривично дело или када му се суди

11 Чл. 567. Законика о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

12 Казнени закон Хрватске, НН 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 на снази од 30.05.2015. године.

за кривично дело које је раније учинио, али се за њега није знало у време давања условног отпуста и б) да је за новоизвршено или новооткривено кривично дело изречена казна затвора преко једне године (Јовашевић, 2016: 245). До факултативног опозивања условног отпуста долази у случају: а) када условно отпуштени за време трајања условног отпуста учини једно или више кривичних дела или му се суди за кривична дела која је раније учинио, а за која је изречена казна затвора до једне године и б) када условно отпуштени не испуни неку од обавеза које су предвиђене кривичноправним одредбама, а које му је суд одредио (Јовашевић, 2015: 37). При оцени у овом случају да ли ће опозвати условни отпуст или не, суд нарочито узима у обзир: а) сродност учињених кривичних дела, б) побуде из којих су дела учињена и в) друге околности које указују на оправданост опозивања условног отпуста (Јовашевић, 2016: 245).

Када суд опозове условни отпуст, тада изриче казну применом правила о одмеравању казне за дела у стицају узимајући раније изречену казну као утврђену (Јовашевић, 2015: 38). Део казне који је осуђени издржао по ранијој осуди се урачунава у нову казну, а време које је провео на условном отпусту се не урачунава (Јовашевић, 2016: 245). Ако условно отпуштени буде осуђен на казну затвора до једне године, а суд не опозове условни отпуст, продужава се условни отпуст за време које је осуђени провео на издржавању те казне затвора. Кривични законик је поставио ограничење према коме се условни отпуст може опозвати најкасније у року од две године од дана кад је условни отпуст истекао (Јовашевић, 2015: 38).

3. Извршење условног отпуста

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера предвиђа мере надзора над извршењем условног отпуста, без обзира да ли је он дат пунолетном или малолетном лицу, и без обзира о којој се кривичној санкцији институционалног (заводског) карактера ради (Јовашевић, 2015: 38).

Надзор над условно отпуштеним лицем обавља Повереничка служба ако је у одлуци о условном отпусту суд одредио да је осуђени дужан да испуни неку од следећих обавеза: 1) јављање органу надлежном за извршење заштитног надзора; 2) оспособљавање учиниоца за одређено занимање; 3) прихватање запослења које одговара способностима учиниоца; 4) уздржавање од посећивања одређених места, локала или приредби, ако то може бити прилика или подстицај за поновно вршење кривичних дела; 5) благовремено обавештавање о промени места боравка, адресе или радног места; 6) уздржавање од употребе дроге или алкохолних пића; 7) посећивање одређених професионалних и других саветовалишта или

установа, и поступање по њиховим упутствима; 8) испуњење и других обавеза које су предвиђене кривичноправним одредбама.¹³

Суд који је донео одлуку о условном отпусту којом одређује испуњење једне или више обавеза из става 1. овог члана, дужан је да извршну одлуку без одлагања достави Повереничкој служби.

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера предвиђа да се могу налагати обавезе уз заштитни надзор предвиђене Кривичним закоником, а сам Кривични законик раније није био прецизан када су у питању ове обавезе. Међутим, након измена и допуна Кривичног законика (у ставу 3, чл. 46 КЗ РС) речи: „обавезе предвиђене кривичноправним одредбама“ замењују се речима: „неку од обавеза из члана 73. овог законика, као и неку другу обавезу предвиђену кривичноправним одредбама“.¹⁴

Ако упоредимо претходно наведене чланове (чл. 44. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера и чл. 73. Кривичног законика РС), видећемо да су обавезе предвиђене овим члановима скоро идентичне. Поред обавеза које су предвиђене Законом о извршењу ванзаводских санкција и мера, Кривични законик је предвидео још и : 1) испуњавање обавеза издржавања породице, чувања и васпитања деце и других породичних обавеза, 2) лечење у одговарајућој здравственој установи и 3) отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, а нарочито измирење са жртвом учињеног кривичног дела.¹⁵ Надзор над условно отпуштеним лицем спроводи Повереник, који утврђује и прати програм извршења условног отпуста (Јовашевић, 2015: 38). Суд може донети одлуку о условном отпусту којом је одредио да је осуђени дужан испунити обавезе предвиђене кривичноправним одредбама уз примену електронског надзора, који не може трајати дуже од годину дана, а ни дуже од трајања условног отпуста.¹⁶

Чланом 47. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера предвиђена су права и дужности Повереника и осуђеног лица које се налази на условном отпусту. Према овом законском решењу осуђени је дужан да се одмах јави надлежној Повереничкој канцеларији (Јовашевић, 2015: 39). Повереник је дужан да одмах по пријему одлуке о условном отпусту успостави

13 Чл. 44. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

14 Чл. 3. Закона о изменама и допунама Кривичног законика, Службени гласник РС, бр. 94/16.

15 Члан 73. Кривичног законика Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

16 Члан 46. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

контакт са службом третмана у заводу, предузме потребне радње за њено извршење, као и да по потреби успостави контакт са породицом осуђеном, полицијом, установама здравствене и социјалне заштите, послодавцем и другим установама, организацијама и удружењима.¹⁷ Повереник је такође дужан да у року од осам дана од пријема одлуке о давању условног отпуста осуђеном лицу, донесе програм, узимајући у обзир утврђени програм припреме за отпуст из завода у коме је осуђени издржавао казну затвора (Јовашевић, 2015: 39). Повереник упознаје осуђеног са утврђеним програмом, као и са последицама неизвршења постављених обавеза (Јовашевић, 2015: 39). Затим ће Повереник доставити програм суду који је донео одлуку о условном отпусту, као и одговарајућем органу, установи, организацији (Јовашевић, 2015) Како би се успешно спровео програм извршења обавеза осуђени се мора јављати Поверенику у време, на начин и на месту које Повереник одреди.¹⁸ Условно отпуштени је дужан да се придржава постављених обавеза које су прописане члановима (48 – 54, Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера. Повереник је дужан да обавести суд о испуњености свих постављених обавеза од стране условно отпуштеног лица.¹⁹ Ако кривицом осуђеног извршење обавеза не отпочне у року од 15 дана од израде програма или осуђени не испуњава обавезе које су му одређене, односно испуњава их делимично, Повереник је дужан да одмах о томе обавести надлежни суд.²⁰ У случају из претходно наведеног става 2, чл. 55, Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, суд ће у року од осам дана или опозвати условни отпуст или ће обавестити Повереника и осуђеног о наставку извршења условног отпуста.

4. Постпенална помоћ

Ресоцијализација учиниоца кривичног дела не завршава се у заводској установи са издржавањем казне, већ и после издржане казне када осуђени изађе на слободу (Јовашевић, 2016: 245). Она се практично састоји у пружању помоћи отпуштеној особи да се укључи у нормалан друштвени живот и рад на слободи. Све те разнолике мере помоћи, старања, бриге и надзора се називају постпенална помоћ или мере постпеналне помоћи

17 Члан 47. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

18 Члан 48. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

19 Члан 55. ст. 1, Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

20 Чл. 55. ст. 2, Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

(Петровић и Јовашевић, 2006: 125). Након изласка из заводске установе на слободу, осуђени може наићи на бројне потешкоће материјалне, социјалне, стамбене, психолошке природе које не може сам да савлада, тако да пред искушењима може поклекнути и вратити се вршењу кривичних дела (Јовашевић, 2016). Да би се спречило поновно враћање осуђене особе на пут криминала предвиђене су мере пружања помоћи отпуштеној осуђеној особи које се, са једне стране састоје у моралној подршци и поможи да истрају у савладавању свакодневних потешкоћа у животу, те да се на тај начин избегну околности које могу довести до учињења неког кривичног дела.

Према члану 56. Закона о извршењу ванзаводских санкција и мера, ако служба за третман процени да постоји потреба за пружањем помоћи осуђеном лицу након изласка са извршења казне затвора или ако сам осуђени затражи такву помоћ, Повереник најкасније у року од месец дана пре отпуста осуђеног лица започиње израду програма помоћи (Јовашевић, 2015: 51). Програм помоћи се састоји од више предвиђених мера као што су: 1) пружање помоћи приликом проналажења смештаја и исхране, 2) пружање помоћи у истваривању права на здравствену и социјалну заштиту, 3) давање савета у циљу усклађивања породичних односа, 4) пружање подршке и поможи приликом проналажења запослења, односно довршавања школовања или стручног оспособљавања, 5) успостављање сарадње са надлежним центром за социјални рад у циљу давања новчане подршке за подмиривање најнужнијих потреба, 6) пружање подршке и помоћи у уздржавању од употребе опојних дрога и алкохола и 7) пружање других облика помоћи и подршке (Јовашевић, 2015: 51).

5. Закључак

Огроман значај условног отпуста је у томе што осуђени има могућност да се након две трећине издржане казне нађе на слободи (Вуковић, 2016: 171). Размере ове могућности постају најјасније код дуготрајних казни затвора Слободно се може рећи да не постоји законско ограничење за тражење условног отпуста, чак ни када су у питању најтежа кривична дела или дела организованог криминала.

Ипак, Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе малолетника није био благ, па је искључио давање условног отпуста учиниоцу следећих кривичних дела: силовање, обљуба над немоћним лицем, обљуба са дететом, обљуба злоупотребом положаја, недозвољене полне радње, подвођење и омогућавање вршења полног односа, посредовање у вршењу проституције, приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног

лица за порнографију, навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу под условом да су ова дела извршена према малолетним лицима.

У протеклих пет година у Србији се бележи стално увећање броја условно отпуштених затвореника. По свему судећи тај тренд ће се наставити и ове године. Ипак, тај проценат је далеко од стандарда модерних европских земаља, којима тежимо, рекао је и професор Шкулић (Бојовић, 2016). Закон о изменама и допунама Кривичног законика је почео да се примењује од 1. јуна 2017. године, а очекује се да ће измене и допуне које регулишу ову материју омогућити да условни отпуст оствари улогу која му је намењена. У модерној пракси, институт условног отпуста стекао је популарност као једно од средстава које осуђенике мотивише на коректно понашање приликом издржавања казне. У кривичном законодавству европских земаља већ дуго превејава став да се условни отпуст даје и осуђенима на доживотни затвор.

„Условни отпуст је корисна ствар, а наша јавност то лоше схвата. У Европи се он стимулише. Идеја је да проценат условног отпуста буде већи, а не мањи, рекао је професор Шкулић“ (Бојовић, 2016). Упркос општој тенденцији ка смањењу затвореничке популације, условни отпуст још увек не може остварити функцију која му је намењена, али се очекује да ће актуелне измене и допуне Кривичног законика омогућити његову учесталију примену.

Резиме

Разлози за измене одредаба које уређују условни отпуст састоје се у томе што је примећено да у пракси судови условни отпуст доста ретко користе, а томе је допринела одредба која захтева испуњавање услова које је јако тешко утврдити. Измене Кривичног законика у делу који регулише условни отпуст односе се на одредбу која је захтевала испуњавање услове који је тешко утврдити, а то је да је у односу на условно отпуштеног постигнута сврха кажњавања. У протеклих пет година у Србији се бележи стално увећање броја условно отпуштених затвореника. По свему судећи тај тренд ће се наставити и ове године. Може се закључити да ће актуелне измене и допуне Кривичног законика заиста омогућити учесталију примену условног отпуста.

Литература

Вуковић, Н. (2016) Изузеће судије и други процесноправни проблеми у примени условног отпуста, *Анали Правног факултета у Београду*, vol. 64, бр. 2, стр. 171 - 199.

Јовашевић, Д. (2010) *Кривично право - Општи део*, Београд: Номос.

Јовашевић, Д. (2012) *Кривично право - Општи део*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу.

Јовашевић, Д. (2015) Условни отпуст у праву Републике Србије и европски стандарди, *Европско законодавство*, vol. 13, бр. 54/15, стр. 32 - 53.

Јовашевић, Д. (2016) *Кривично право, Општи део*, Београд: Досије студио.

Јовашевић, Д. и Костић, М. (2012) *Политика сузбијања криминалитета*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета.

Константиновић - Вилић, С. и Костић, М. (2006) *Извршење казни и других кривичних санкција у Републици Србији*, Ниш: Свен.

Кпнстнтинновић-Вилић, С. и Костић, М. (2006) *Извршење казни и других кривичних санкција у Републици Србији*, Ниш: Свен.

Петровић Мрвић, Н. (2014) *Кривично право, Општи део*, Београд: Службени гласник.

Петровић, Б. и Јовашевић, Д. (2006) *Извршно казно право*, Сарајево: Правни факултет Универзитета у Сарајеву.

Соковић, С. (2014) Условни отпуст - Спорна питања и савремена нормативна решења, *Crimen*, vol. 5, бр. 1, стр. 35 - 48.

Criminal Code of France, (2005), [Online], Available: <http://www.legislationline.org/documents/section/criminal-codes> [21 август 2017].

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

Зборник радова студената докторских студија права

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

Закон о извршењу ванзаводских санкција и мера, Службени гласник РС, бр. 55/14.

Закон о извршењу кривичних санкција, Службени гласник РС, бр. 55/14.

Закон о изменама и допунама Кривичног законика у чл. 46. ст. 2 брише се реч „бесусловна“ и користи и термин казна затвора.

Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени гласник РС, 94/16.

Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени гласник РС, бр. 94/16.

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других тешких кривичних дела, Службени гласник РС, бр. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11, 101/11 и 32/13.

Закон о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима, Службени гласник РС, бр. 42/02, 27/03, 39/03, 67/03, 29/04, 45/05, 61/05, 72/09, 72/11, 101/11 и 32/13.

Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

Казнени закон Хрватске, НН 125/11, 144/12, 56/15, 61/15 на снази од 30.05.2015. године.

Кривични законик Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05 – испр., 107/05 – испр., 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

Правилник о третману, програму поступања, разврставању и накнадном разврставању осуђених лица, Службени гласник РС, бр. 66/15.

Решење Вишег суда у Новом Саду КУО бр.174/16 од 07.09.2016.

Решење Вишег суда у Новом Саду КУО бр.202/16 од 21.09.2016.

Решење Врховног суда Србије Кж-II-2006/04 од 25. фебруара 2004. године (Билтен Врховног Касационог суда Србије (2004), преузето, <http://www.vk.sud.rs/sites/default/files/files/Bilteni/VrhovniSud/bilten%202004-2.pdf> [21 август 2017].

Bojana Golubović, LL.M.,

PhD student at Faculty of Law, University of Niš

CONDITIONAL RELEASE IN THE LAW OF REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The questions that are discussed in this paper are mostly related to insufficiently precise regulations of Criminal law of the Republic of Serbia which regulates the conditional release. The reasons for changing the laws which regulated the conditional release consist of the fact that it is not being used often, and the regulations which requires the fulfillment of some conditions it made it hard to be determined.

In this paper, the conditions of other legal acts which regulates the matter of conditional release will be analyzed, and checked if there is any inconsistencies between these regulations and regulations of Criminal law will be checked.

It is also necessary to specify which obligations the court orders to a person getting the parole. Act of the Executions of Non – custodial Sanctions and Measures stipulates that the obligations of surveillance can be executed by the Criminal Code, and the Criminal Code itself was not precise earlier when it comes to these conditions. The aim of this paper is to point out the particularity of legal regulation of the institute of conditional release in the positive Criminal law of the Republic of Serbia and to the possible ways of its more effective use. Law about the changes and amendments of the Criminal Code started to apply on June 1. 2017, and it is expected that changes and amendments which regulates this matter will enable the conditional release to carry out the role which is intended.

Keywords: *conditional release, prison time, surveillance.*

ПРИМЕНА НАЧЕЛА ОПОРТУНИТЕТА КРИВИЧНОГ ГОЊЕЊА У ПРАКСИ ОЈТ НИШ - КРИТИЧКИ ОСВРТ

Апстракт: Предмет овог рада је примена начела опортунитета у кривичном поступку у Србији. Овај институт у раду је обрађен на тај начин што су пре свега дате уводне напомене са теоријског аспекта о појму и облицима начела опортунитета као и о условном одлагању кривичног гоњења који представља један од облика испољавања начела опортунитета. Централни део овог рада састоји се из разматрања примене института условног одлагања кривичног гоњења у пракси тужилаштва, као најзначајнијег облика начела опортунитета, с посебним освртом на правну праксу Основног јавног тужилаштва у Нишу и на аналитичку обраду података добијених из КТ и КЕО уписника, списка предмета и разговора са тужиоцима, што ће показати на који начин је прихваћено ново законско решење о овом институту, а добијени резултати упоређени су са ранијим истраживањима вршеним у односу на исти предмет. У закључним напоменама аутор, уз осврт на претходно речено, даје завршне предлоге и сугестије у вези са применом начела опортунитета и условног одлагања кривичног гоњења у нашем праву.

Кључне речи: начело опортунитета, условно одлагање кривичног гоњења, јавни тужилац, суд, окривљени, положај оштећеног.

1. Појам и облици начела опортунитета кривичног гоњења

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 да ли је опортуно (целисходно) покретати кривични поступак (В. Ђурђић, 2014: 68). Начело опортунитета

1 milojevicm989@gmail.com

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

У нашем кривичном процесном праву, када се ради о пунолетним учиниоцима кривичног дела, начело опортунитета се испољава преко следећих института: 1) условног одлагања кривичног гоњења, 2) одбацивања кривичне пријаве из разлога правичности, 3) уступања гоњења страном држави, 4) одобрења за кривично гоњење, 5) примене начела опортунитета у поступку екстрадиције и 6) примене начела опортунитета у оквиру споразума о признању кривичног дела.³ Прва два облика начела опортунитета регулисана су у Законнику о кривичном поступку, док су остали уређени како Кривичним закоником тако и Законом о међународној правној помоћи. Условно одлагање кривичног гоњења представља облик начела опортунитета који се најчешће примењује у пракси. Разлог његове честе примене је и већа слобода дата јавним тужиоцима приликом примене овог института (не тражи се сагласност суда) као и околност да је у овом случају одлагање кривичног гоњења условљено испуњењем одређених обавеза од стране окривљеног, па се из тих разлога овом установом у одређеној мери може остварити и сврха кривичног санкционисања с обзиром на карактер обавеза које имају сличности са неким кривичним санкцијама (нпр. са новчаном казном и са радом у јавном интересу) (С. Бејатовић, В. Ђурђић, М. Шкулић et al., 2012:32-33).

Условно одлагање кривичног гоњења представља основну форму начела опортунитета у нашем кривичном поступку (В. Ђурђић, 2014: 69). У новом Законнику о кривичном поступку који се примењује од 01. октобра 2013. године, овај облик начела начела опортунитета предвиђен је у чл. 283 ЗКП који носи назив „Одлагање кривичног гоњења“. Овом одредбом предвиђено је да јавни тужилац може одложити кривично гоњење за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до пет година, ако осумњичени прихвати једну или више следећих обавеза: да отклони штетну последицу насталу извршењем кривичног дела или да накнади причињену штету; да на рачун прописан за уплату јавних прихода уплати одређени новчани износ, који се користи за хуманитарне или друге јавне

² Чл. 6 ст. 1 Законика о кривичном поступку.

³ Др В. Ђурђић у облике начела опортунитета не сврстава примену начела опортунитета у оквиру споразума о признању кривичног дела. Према: В. Ђурђић, op.cit., стр. 68-72.

сврхе;⁴ да обави одређени друштвено корисни или хуманитарни рад; да испуни доспеле обавезе издржавања; да се подвргне одвикавању од алкохола или опојних дрога; да се подвргне психосоцијалном третману ради отклањања узрока насилничког понашања; да изврши обавезу установљену правноснажном одлуком суда, односно поштује ограничење утврђено правноснажном судском одлуком. Рок за испуњење наведених обавеза по новом законском решењу не може бити дужи од годину дана, док је по ранијем законском решењу износио шест месеци, а надзор над извршењем обавеза обавља повереник из органа управе надлежног за послове извршења кривичних санкција у складу са прописом који доноси министар надлежан за послове правосуђа. Ако осумњичени испуни обавезу из ст. 1 овог члана, јавни тужилац ће решењем одбацити кривичну пријаву и о томе обавестити оштећеног који у том случају неће имати право на подношење приговора непосредно вишем јавном тужиоцу. Више се не тражи сагласност оштећеног за налагање неких обавеза осумњиченом што је било предвиђено претходним законским решењем⁵.

У даљем раду биће анализирана примена условног одлагања кривичног гоњења у пракси тужилаштва, имајући у виду чињеницу да се други облик начела опортунитета, предвиђен Закоником о кривичном поступку, одбацивање кривичне пријаве из разлога правичности, због неодређених критеријума за његову примену ретко примењује у пракси. Тако је у Основном јавном тужилаштву у Нишу у периоду од 01.01.2014.-31.12.2014. године, дошло до примене овог вида начела опортунитета у само пет случаја и то за различита кривична дела што показује неуједначену праксу и у оквиру самог тужилаштва као последицу недовољно прецизног законског

4 Чл. 283 ст.1 тач.2 раније је гласила: „да плати одређени новчани износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе“. Такође најновијом изменом (Сл. гласник бр. 55/2014) додати су ставови 4-8 овог члана, којима је прописано да се средства из ст.1 тач.2 овог члана додељују хуманитарним организацијама, фондовима, јавним установама или другим правним или физичким лицима по спроведеном јавном конкурс који расписује министарство надлежно за послове правосуђа, да јавни конкурс спроводи комисија образована од стране министра надлежног за послове правосуђа, која изузетно може на захтев физичког лица и без спровођења јавног конкурса, предложити да се наведена средства доделе ради лечења детета у иностранству, ако средства за лечење нису обезбеђена у Републичком фонду за здравствено осигурање. Даље је предвиђено да се, спровођење јавног конкурса, критеријуми за расподелу средстава, састав и начин рада комисије, уређују актом који доноси министар надлежан за послове правосуђа. Одлуку о расподели средстава из ст.1 тач.2 овог члана доноси Влада.

5 Сагласност оштећеног била је потребна за плаћање одређеног новчаног износа у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе и обављање одређеног друштвенокорисног или хуманитарног рада.

регулисања. Кривична пријава је била одбачена по основу чл. 284 ст.3 када се радило о кривичним делима угрожавања јавног саобраћаја, самовлашћа, скидања и повреде службеног печата и знака, недавања издржавања и крађе.

2. Примена чл. 283 ЗКП у пракси тужилаштва

Када добије кривичну пријаву, јавни тужилац, ако се ради о кривичном делу за које је запређена новчана казна или казна затвора до пет година, и ценећи све околности конкретног случаја⁶, одлучује да ли постоји могућност примене одлагања кривичног гоњења према пријављеном лицу. Осумњичени се позива у тужилаштво да би се изјаснио о околностима кривичног дела, да ли исто признаје и да ли жели да се према њему примени институт одложеног гоњења. Изјава осумњиченог се уноси у записник који осумњичени потписује. Није јасан разлог зашто неки сматрају да оваква изјава осумњиченог не представља признање кривичног дела како га и поучавају, већ да осумњичено лице може из неких других разлога прихватити примену овог института према њему (нпр. ради уштеде времена и трошкова као и избегавања стигматизације које кривични поступак са собом несумњиво носи). Мера одложеног кривичног гоњења предлаже се само лицима према којима претходно није примењен опортунитет, па се у том циљу од Републичког јавног тужилаштва прибављају подаци о ранијем коришћењу ове могућности. Када су испуњени сви услови за примену овог института, кривична пријава се преводи из КТ у КЕО уписник где добија нов број (пракса неких тужилаца је да сачекају са превођењем у КЕО уписник све док осумњичени не испуни наложену обавезу када се доноси решење о одбацивању кривичне пријаве, чиме се повећава проценат решених предмета у КЕО уписнику и смањује број предмета враћених у КТ уписник). Предмет се враћа у КТ процедуру ако дође до неиспуњења обавеза од стране осумњиченог.

На основу потписаног записника о саслушању осумњиченог, доноси се наредба о одлагању кривичног гоњења која садржи личне податке осумњиченог, назив кривичног дела за које је осумњичен, обавезе које је прихватио да испуни, рок њиховог извршења као и последице неиспуњења преузетих обавеза. Наредба се, поред осумњиченог, доставља и хуманитарној организацији ако је наложена мера из ст. 1 тач.2, као и

6 Јавни тужилац прво узима у обзир чињеницу да ли се ради о кривичном делу које задовољава услове према Упутству Републичког јавног тужиоца А бр.246/08 од 28.08.2008. године којим се подстиче примена условљеног опортунитета за одређена дела, па затим цени и околности под којима је дело учињено, степен кривице, ранију осуђиваност осумњиченог лица као и његову личност.

оштећеном уколико је наложена накнада штете. Као доказ испуњења новчаних обавеза, осумњичени прилаже уплатнице које предаје писарници тужилаштва. Приликом одређивања новчане обавезе која се има уплатити на рачун хуманитарне организације, дозвољава се исплата у више рата а висина износа одређује се на основу имовног стања учиниоца. У зависности од става јавног тужиоца, могуће је продужити рок исплате новчаног износа али у оквиру законског рока. Ако протекне рок од годину дана, а осумњичени не исплати целокупну суму, постоји могућност опроштаја неисплаћеног износа у зависности од висине истог као и имајући у виду све околности случаја. У случају испуњења обавезе, јавни тужилац доноси решење о одбачају кривичне пријаве⁷, а у случају да до испуњења наложене обавезе не дође, кривична пријава се враћа у редовну КТ процедуру а кривично гоњење према осумњиченом се наставља. У теорији постоји спор око тога да ли одлуке јавног тужиоца могу имати снагу пресуђене ствари. Једна схватања говоре у прилог чињеници да решење о одбацивању кривичне пријаве по испуњењу наложених обавеза представља *res iudicata* на основу кога се лице не може више пута кривично гонити за исто дело⁸, а и саме наложене обавезе испуњавају сврху кривичног санкционисања и имају сличности са неким кривичним санкцијама (С. Бејатовић et al., 2012:32-33). Међутим, имајући у виду формулацију чл.34 ст.4 Устава РС по којој се начело *ne bis in idem* распростире само на одлуке суда, произилази да одлуке јавног тужиоца не могу стећи правну снагу па тако, по мишљењу аутора, ни решење о одбацивању кривичне пријаве неће имати снагу пресуђене ствари.⁹

3. Условно одлагање кривичног гоњења у пракси ОЈТ Ниш

Увидом у КТ и КЕО уписнике¹⁰ ОЈТ Ниш, списе предмета, као и разговорима са јавним тужиоцем, његовим заменицима и тужилачким сарадницима,

7 Решење би требало да буде образложено. С. Бејатовић, В. Ђурђић, М. Шкулић и остали, *op.cit.*, стр. 48.

8 „Чињенични опис кривичног дела потребан је како би на несумњив начин био одређен идентитет кривичног догађаја на који се пријава односи и како би осумњичени тиме био заштићен од могућег покушаја да се за то дело поново предузме кривично гоњење.“ С. Бејатовић, М. Шкулић, Г. Илић, Приручник за примену Законика о кривичном поступку, Београд, 2013.године, стр. 222. На тај начин би се, по мишљењу наведених аутора, олакшала примена процесног начела *ne bis in idem*.

9 У наведеном случају нарушено је начело правне сигурности јер би значило да иако постоји одлука тужиоца у конкретној кривичној ствари кривични поступак може поново бити покренут против истог лица на основу истог чињеничног стања јер јавног тужиоца не везује наведено начело. Према: В. Ђурђић, *op.cit.*, стр. 99-105.

10 КТ уписник представља редовни уписник сваког тужилаштва, где сваки предмет у раду добија свој КТ број по пријему кривичне пријаве у тужилаштво, док је обавеза вођења КЕО

дошли смо до података о поступању истих при примени чл.283 Законика о кривичном поступку. Истраживање је обухватило период од 01.01.2014.-31.12.2014.године на подручју Основног јавног тужилаштва у Нишу.

4. Анализа података добијених истраживањем примене чл. 283 ЗКП у ОЈТ у Нишу

Пре свега, добијени су подаци о уделу броја кривичних пријава код којих је примењен институт одлагања кривичног гоњења у односу на укупан број кривичних пријава у раду тужилаштва у предметном периоду (види табелу).

Број кривичних пријава	01.01.2014.-31.12.2014.год.
Укупан број у раду кривичних пријава	4249 (новопристигле) + 3874 (из претходног периода) = 8123
Укупан број одбачених кривичних пријава	2271 (27.96 % од укупног броја кривичних пријава)
Број одбачених кривичних пријава по чл. 283 ЗКП	773 (9.52 % од укупног броја кривичних пријава)
У току је рад по опортунитету (примена чл. 283 ЗКП)	762 (9.38 % од укупног броја кривичних пријава)
Примењен члан 283 ЗКП	1535 (18.9 % од укупног броја кривичних пријава)

Увидом у табелу можемо доћи до закључка да је дошло до знатног пораста примене чл. 283 ЗКП у раду ОЈТ Ниш у односу на раније вршена истраживања.¹¹ Овакав пораст приписује се с једне стране, новом концепту

уписника регулисана Правилником о управи у јавном тужилаштву из 2010.године. У КЕО уписнику налазе кривичне пријаве где је покушана примена начела опортунитета према чл. 283 и 284 ст. 3 ЗКП. У почетку се кривична пријава преводила из КТ у КЕО уписник чим је тужилаштво добило кривичну пријаву за дело за које је могућа примена условног одлагања кривичног гоњења, међутим касније је пракса тужилаца била да са превођењем у КЕО уписник сачекају док осумњичени не прихвати наложене обавезе, чиме се повећава проценат успешности примене овог вида опортунитета.

11 У периоду од 1.8.2012. до 1.8.2013.године проценат примене овог института није прелазио 2% од укупног броја поднетих кривичних пријава, у 2008. и 2009. години се кретао око 1 %, а само је у 2010. забележио приближан резултат (око 16 % од укупног броја кривичних пријава). Према: И. Илић, Одлагање кривичног гоњења у теорији и

јавнотужилачке истраге који је уведен у нашем праву, као и великом терету који је пао на јавно тужилаштво које за то није било ни кадровски ни организационо припремљено, где је примена опортунитета представљала један вид растерећења рада тужилаштва, а са друге стране, чињеници да је јавном тужиоцу новим законским реформама дат шири простор за одлучивање у погледу овог начела.

Што се тиче структуре кривичних дела у примени овог института у пракси ОЈТ Ниш у предметном периоду забележен је највећи удео кривичног дела угрожавања јавног саобраћаја из чл. 289 КЗ са 21.43 %, а затим следе остала кривична дела против државних органа са уделом од 12.38 % (међу којима је најзаступљеније кр. дело скидање и повреда службеног печата и знака из чл. 327 КЗ), кривична дела крађе из чл. 203 КЗ са 11.66 %, неовлашћеног држања опојних дрога из чл. 246-а КЗ са 8.9 % и насиља у породици из чл. 194 са 7,5 %. У односу на претходни период где је имало највећи удео у примени чл. 283 ЗКП, кривично дело самовлашће забележило је спорадичну примену, а што се тиче структуре осталих кривичних дела она се није битније мењала у односу на прошли период.¹² Од осталих кривичних дела треба издвојити још и угрожавања сигурности, насилничко понашање, недавање издржавања, лака телесна повреда, пореска утаја и фалсификовање исправе али у којима је примена овог вида опортунитета била далеко мања. Оваква примена условног одлагања кривичног гоњења у складу је са упутством РЈП А бр. 246/08 од 28.08.2008. године према коме се препоручује примена чл. 283 ЗКП управо у погледу кривичних дела која су на листи најзаступљенијих у пракси ОЈТ Ниш (угрожавања безбедности јавног саобраћаја ако се ради о делу које је учињено из нехата, за кривично дело неовлашћеног држања опојних дрога из чл. 246-а КЗ али само ако се ради о количини опојне дроге марихуане која не прелази 5 гр¹³). Код кривичног дела пореске утаје примена начела опортунитета је дозвољена али постоји обавеза плаћања пореза поред налагања обавезе уплате новчаног износа у хуманитарне сврхе. Још једном напомињемо да се услед недостатка прецизнијих критеријума у законском

пракси, Међународна конференција - Изградња модерног правног система, Сарајево, 2014. године, стр. 94.

12 У питању је период од 1.8.2012.-1.8.2013.год.

13 Пракса се разликује у погледу примене опортунитета у овом случају, па је у ОЈТ Ниш заузет став да се код кр. дела неовлашћено држање опојних дрога може радити само о лакшим опојним дрогама у првом реду о марихуани. Када је реч о Првом ОЈТ у Београду, заузет је став тужилаца да се чл. 283 ЗКП може применити и када се ради о држању тежих опојних дрога али под рестриктивнијим условима. Према: ⁶ Петровић, Начело опортунитета кривичног гоњења у пракси-поступања тужилаштва и проблеми с његовом применом, Тужилачка реч, бр.25, Београд, 2013.године, стр.20.

решењу овог института пракса примене чл. 283 ЗКП међу тужилаштвима разликује, па постоји потреба унифицирања његове примене.¹⁴

Извршена анализа примене чл. 283 ЗКП у пракси ОЈТ Ниш обухватила је и структуру мера које су налагане учиниоцима кривичних дела. Најчешће налагана обавеза је убедљиво плаћање одређеног износа у хуманитарне сврхе која је наложена у чак 77% случајева, а затим следи обавеза отклањања последице извршеног дела или надокнада штете која је примењена у 21.7% случаја. Занемарљива је примена осталих мера предвиђених чл. 283 ЗКП што и не чуди јер је обавеза плаћања износа у хуманитарне сврхе по свом карактеру таква да се може применити код свих кривичних дела, док су остале мере специфичније а њихов карактер прилагођен само одређеним кривичним делима (отклањања последице извршеног дела или надокнада штете се примењује углавном код имовинских кривичних дела и где је последица таква да се може санирати, испуњење обавезе издржавања карактеристично је за кривично дело недавање издржавања, обавеза подвргавања одвикавању од алкохола или опојних дрога углавном се налаже код кривичних дела која су учињена под дејством алкохола или опојних дрога-угрожавања јавног саобраћаја, насиље у породици). Имајући у виду да по новом законском решењу надзор над извршењем обавеза обавља повереник из органа управе надлежног за послове извршења кривичних санкција, надамо се да ће овакво решење деловати охрабрујуће на јавног тужиоца у налагању обавеза чију је контролу по претходним прописима вршио сам без икаквих смерница па се из тих разлога и устручавао у њиховом налагању.¹⁵ Када се ради о обавези плаћање одређеног износа у хуманитарне сврхе, установе којима је налагана уплата су следеће: Дом за децу и омладину без родитељског старања, Христина Маркишић Алексицац, Градска организација глувих и наглувих Ниш, Нурдор, Даунов синдром Ниш, Удружење Дистрофичара, Удружење лица са

14 Када се анализира примена кр. дела насиља у породици можемо закључити да је опортунитет у односу на ово дело у пракси ОЈТ Ниш у знатној мери заступљен као и на југу Србије (Врање-16 %), док се у Београду његова примена не препоручује. Постоји дилема о оправданости примене начела опортунитета код кривичног дела насиља у породици с обзиром да се ради о делу са елементима насиља, али се његова примена показала у појединим случајевима значајном јер се тако отклањао узрок насиља ако су према учиниоцу налагане обавезе подвргавања одвикавању од алкохола или опојних дрога као и психосоцијалној терапији. Према: С. Бејатовић, В. Ђурђић, М. Шкулић и остали, *op.cit.*, стр. 86-87. Мера уплате одређеног износа у хуманитарне сврхе не би се, у овом случају показала адекватном, јер не решава корен проблема и не делује на учиниоца специјално превентивно.

15 Ради се, пре свега, о мерама одвикавања од алкохола и опојних дрога као и о подвргавању психосоцијалном третману, чије је испуњење тешко пратити. *Ibid.*, стр. 63-64.

менталним инвалидитетом Ниш, Дом за незбринуту децу „Душко Радовић“ Ниш, Град Ниш, Завод за плућне болести и туберкулозу Ниш, Установа за дневни боравак за децу и омладину ометену у развоју „Мара“ Ниш, Влада Републике Србије за отклањање ванредних околности - поплаве и другим организацијама. Највећи износ, после рачуна града Ниша, уплаћен је на рачун Владе РС за отклањање последица нанетих поплавама јер је по налогу јавног тужиоца, после ванредних околности изазваних поплавама, обавеза плаћања одређеног новчаног износа у хуманитарне сврхе налагана само у ове сврхе.

5. Закључак

Институт условног одлагања кривичног гоњења је један од најзаступљенијих видова начела опортунитета у нашој земљи. Разлог његове честе примене је, поред веће слободе дате јавним тужиоцима приликом примене овог института (не тражи се сагласност суда), и околност да је у овом случају примена начела опортунитета у закону много боље регулисана него када се ради о случају одбацивања кривичне пријаве из разлога правичности за чију примену је потребно 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.

Аутор је мишљења да у одредбу чл. 283 ЗКП треба унети критеријуме за оцену целисходности нпр. природа кривичног дела и околности под којима је учињено, као и ранији живот и лична својсва учиниоца као што је то урађено у Закону о малолетницима или „нижи степен кривице“ који као услов постоји у немачком кривичном процесном праву. У циљу уједначења тужилачке праксе сматрамо да је потребно у закону забранити примену овог института када је реч о поновним учиниоцима кривичног дела (посебно ако је реч о специјалном поврату). Што се тиче положаја оштећеног, неопходно је ојачати његов процесни положај враћањем права на сагласност оштећеног за налагање обавеза из чл. 283 ЗКП као и увести могућност подношења приговора на решење о одбацивању кривичне пријаве по испуњењу наложених обавеза од стране осумњиченог.

Институт условног одлагања кривичног гоњења већ сада представља најзначајнији пример консесуалне и ресторативне правде са сврхом рационализације кривичног поступка (С. Бејатовић, et al., 2012:13). На основу анализе приказаних података у пракси ОЈТ Ниш за 2014. годину закључује се да је примена овог института забележила велики пораст (у 18.9 % случајева од укупног броја кривичних пријава) те да је његова

сврха растерећења кривичног правосуђа од багателних кривичних дела постигнута. Наредне измене би требало да се крећу у правцу спречавања арбитрности и могућих злоупотреба од стране јавних тужилаца приликом примене условног одлагања кривичног гоњења због постојања широке слободе у одлучивању. Управо би прецизно регулисање критеријума примене условног одлагања кривичног гоњења као и јачање положаја оштећеног створило потребну равнотежу између широких дискреционих овлашћења јавног тужиоца ради рационализације кривичног правосуђа с једне, и неопходне контроле његовог поступања с друге стране.

Литература

Бејатовић, С., (2014), Жртва кривичног дела и начело опортунитета кривичног гоњења, Међународна конференција - Изградња модерног правног система, Сарајево, стр. 201-219;

Бејатовић, С., Шкулић, М., Илић, Г., (2013), Приручник за примену Законика о кривичном поступку, Београд;

Бејатовић, С., Ђурђић, В., Шкулић, М., и остали, (2012), Примена начела опортунитета у пракси - изазови и препоруке, Београд;

Бејатовић, С., (2009), Начело опортунитета кривичног гоњења у немачком кривичном процесном праву, Ревивија за криминологију и кривично право бр. 1/09, Београд, стр.19-38;

Бркић, С., (2014), Кривично процесно право 1, Нови Сад;

Грубач, М., (2011), Кривично процесно право, Београд;

Ђокић, И., Начело опортунитета кривичног гоњења, стр. 303-316,

(http://www.harmonius.org/sr/publikacije/clanci/ivan-djokic/Nacelo_oporituniteta_kvivicnog_gonjenja.pdf);

Ђурђић, В., (2014), Кривично процесно право-општи део, Ниш;

Ђурђић, В., (2011), Начело опортунитета кривичног гоњења у кривичном поступку Србије, Ревивија за криминологију и кривично право - Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, бр. 2-3, стр. 199-220;

Ђурђић, В., (2011), Дискреционо гоњење малолетних учинилаца кривичних дела, Теме, Ниш: Универзитет, бр.2, стр. 403-420;

Ђурђић, В., (2010), Дискреционо кривично гоњење, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш: Правни факултет, бр.55, стр 1-28;

Ђурђић, В., (2009), Компаративноправна решења о претходном кривичном поступку и њихова имплементација у српско кривичнопроцесно законодавство, Ревизија за криминологију и кривично право бр. 1/09, Београд, стр.39-61;

Ђурђић, В., (1996), Начело опортунитета, Правни живот: Тематски број. Постојеће и будуће право.- Београд: Удружење правника Србије, Том 1, бр. 9, стр. 421-437;

Илић, Г., П., Мајић, М., Бељански, С., Трешњев, А., (2012), Коментар Законика о кривичном поступку, Београд;

Илић, И., (2014), Одлагање кривичног гоњења у теорији и пракси, Међународна конференција - Изградња модерног правног система, Сарајево, стр.85-100;

Петровић, С., (2013), Начело опортунитета кривичног гоњења у пракси - поступања тужилаштва и проблеми с његовом применом, Тужилачка реч, бр. 25, Београд, стр.18-23;

Стевановић, Ч., Ђурђић, В., (2007), Кривично процесно право-општи део, Ниш;

Тешовић, О., (2014), Дело малог значаја и начело опортунитета кривичног гоњења - потреба њиховог истовременог законског регулисања, CRIMEN (V) 1/2014, стр. 89-102;

Циглер, С., (1992), Начело легалитета и опортунитета кривичног гоњења-магистарски рад, Нови Сад;

Чворовић, Д., (2008), Начело опортунитета кривичног гоњења, Ревизија за криминологију и кривично право вол. 46 бр. 1/08, Београд, стр.153-168;

Шкулић, М., Илић, Г., (2012), Реформа у систему „Један корак напред - два корака назад“, Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, Београд; Шкулић, М., (2009), Кривично процесно право-општи део, Београд;

Шкулић, М., (2007), Коментар Законика о кривичном поступку, Београд.

Marija Milojević, LL. M.,
PhD student at the Faculty of Law, University of Niš

**THE APPLICATION OF THE PRINCIPLE OF
JUSTIFIABILITY IN THE BASIC PUBLIC PROSECUTOR'S
OFFICE IN NIŠ - CRITICAL POINT OF VIEW**

Summary

The subject of this paper is application of the principle of opportunity in criminal procedures in Serbia. This institute is discussed in the paper, above all, by presenting introductory notes from the theoretical perspective on the concept and forms of the principle of opportunity, as well as on delay of the criminal prosecution as one manifestation of the principle of opportunity. The central part of this paper deals with applications of the institute of delaying criminal prosecution in the practice of public prosecution, as the most important form of the principle of opportunity, and with special emphasis on legal practice of The Basic Public Prosecutor's Office in Niš, as well as analytical data processing received from KT and KEO entry files, case files and interviews with the prosecutors, which indicate that there has been a considerable increase in application of article 283 of the Criminal Procedure Code (CPC) in the activity of the Basic Public Prosecutor's Office in Niš, as compared to research conducted earlier. The author concludes that the provision of the principle of opportunity should be supplemented with the criteria for assessment of the integrity, as has been done in the example of Law on Juvenile Delinquency, or, a "lower degree of guilt", which exists as a condition in the German Code of Criminal Procedure. Furthermore, in order to harmonize prosecutorial practice, we are of the opinion that application of this institute should be banned by law, when it comes to repeat offenders, while it is necessary to strengthen the position of the victim in the criminal procedure, by reversing the victim's right to consent for imposing obligations according to article 283 of CPC.

Keywords: *principle of justifiability, conditional delay of the prosecution, Public Prosecutor, The Court, the accused, the position of the victim.*

Томислав Трајковић,¹
Судија Вишег суда у Нишу,
Докторанд Правног факултета Универзитета Унион

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ СВЕДОЧЕЊА КАО ДОКАЗНОГ СРЕДСТВА У БОРБИ ПРОТИВ ОРГАНИЗОВАНОГ КРИМИНАЛА И ПРЕДЛОЗИ ЗА ЊЕГОВО ЗАКОНСКО УНАПРЕЂЕЊЕ

Апстракт: *Организовани криминал, као и разни статуси сведока у његовом откривању имају своју историју настанка и развоја коју смо ми инкорпорирали у наше законодавство. Иако организовани криминал има кратку историју јер се у наше законодавство појавио тек 2002. године доношењем посебног закона који је ову материју регулисао, након потписивања Палермо Конвенцију 2000. године, толико је сложен да су се у његову борбу сви инструменти моћи укључили. Аутор у раду анализира три статуса сведока: сведоке сараднике, заштићене сведоке и прикривене иследнике (посебна доказна радња) који су од велике важности у борби против организованог криминала и то од њиховог настанка и развоја кроз наш законодавни систем, након чега ће указати на одредбе које треба мењати и унапредити, а које се темеље на историјску анализу ових иснтитута. Поред тога аутор ће се осврнути и на настанак и увођење појма организованог криминала у наше законодавство.*

Кључне речи: *сведок сарадника, заштићени сведок, прикривени иследник, организовани криминал, историја, законодавство.*

1. Увод

Организовани криминал је најтежи и насложенији вид криминала, па је Република Србија 2000. године ратификовала Конвенцију Уједињених Нација против транснационалног организованог криминалитета (Службени лист СРЈ – Међународни уговори, број 6/2001) и његове Протоколе којом приликом је показала спремност да се против овог облика криминала и бори што је било и неопходно.

1 tomitrajkovic@gmail.com

Да би се против њега борило потребно је доћи до сазнања да он постоји у чему много помажу информације које долазе из самог његовог састава, односно из организоване криминалне групе која ове облике криминала и врше. То су сведоци који долазе из редова криминала и који могу дати погодне информације о његовом деловању.

У раду се указује најпре на историјски развој статуса сведока у нашем законодавству, као и на обавезу државе да заштити лица која сведоче (у току и након кривичног поступка), имајући у виду да се заштита сведока обично не третира као право, већ само као потреба или обавеза државе. Разматрају се одређени аргументи који се износе као разлози за постојање, односно који се противе постојању института сведока сарадника. Наводе се општа својства и услови за стицање статуса сведока сарадника, а све чињенице се темеље на њихов настанак и развој кроз наше законодавство.

2. Појам и настанак института сведока – сарадника, заштићеног сведока и прикривеног иследника

Тешкоће откривања, спречавања и доказивања кривичних дела организованог криминала намећу потребу постојања таквих законских решења којима ће се омогућити адекватна заштита лица која могу пружити важне информације и доказе о кривичним делима и њиховим извршиоцима. Та лица - сведоци, због садржаја свог исказа у току кривичног поступка, могу бити изложена различитим облицима претњи и застрашивања. Због тога обавеза државе јесте њихова заштита како за време, тако и након кривичног поступка, а степен заштите мора бити у складу са значајем датог исказа и последицама које такав исказ може да произведе. Специфичну групу сведока чине сведоци сарадници, односно лица која долазе из саме криминалне организације али која, под одређеним условима, могу добити статус сведока.

Борба против организованог криминала исказала је потребу заштите сведока и примену посебни истражних радњи, што је препознато најпре у англоамеричком праву за институтом заштићеног сведока, прикривеног иследника и сведока сарадника. Поред сталног развоја егзактних наука које омогућавају примену ефикасних метода доказивања у кривичном и другим поступцима, судска пракса је показала да то није довољно у циљу ефикасног сузбијања организованог криминалитета те да је неопходан развој института који омогућавају законито прибављање информација. Ови институти су настајали поступно, изазвани и условљени великим бројем чинилаца, почев од основних начела правног система (начело непосредности, начело једнаког оружја), преко интереса учесника

кривичног поступка у посматраном праву (право на одбрану), са захтевом за већом ефикасношћу и економичношћу кривичног поступка као политичким елементом. Ова нова решења такође су условљена бројним кривично-правним институтима карактеристичним за конкретан правни систем у који су нови институти морали бити инкорпорирани.

Примена ових института први пут је уведна у правни систем Сједињених Америчких Држава. Програм заштите сведока Сједињеним Америчким Државама омогућен је Законом о контроли организованог криминала из 1970. године који је касније измењен Општим законом о контроли криминала из 1984. године (*Comprehensive Crime Control Act of 1984, Pub. L. No. 98-473, 98 Stat. 1976*). Од 1971, када је програм започео, Служба Маршала САД која води програм је заштитила, релоцирала и обезбедила нове идентитете за преко 7700 сведока и 9800 чланова њихових породица.

Појам института „сведока – сарадника“ у борби против организованог криминала је релативно нов појам у српском кривичном законодавству. Амандмани на Закон о кривичном поступку из 2001. године (Службени лист СРЈ, број 70/2001 и Службени гласник РС, број 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009 и 72/2009) који су настали до доношења новог Законика о кривичном поступку и који се састоје у измени члана 504. ЗКП омогућили су по први пут, под одређеним условима, коришћење сведока - сарадника као сведока у случајевима организованог криминала и ратних злочина. Успостављање снажне владавине права је основ сваке демократске земље. Економски развој и просперитет зависиће од праведног и правичног кривично-правног система. Заштита сведока и жртава је витално средство и интегрални елемент за успешно успостављање владавине права и борбу против домаћег и транснационалног криминала. Успешна заштита сведока ће, не само побољшати сарадњу самих сведока већ и олакшати добијање неопходних и важних сведочења у поступцима против организованих криминалних група.

Карактеристика организованих група је како сама реч каже групно деловање, а тако да се сведок не осећа угрожено само од извршиоца већ и од осталих припадника организоване криминалне групе, који нису процесуирани и самим тим са слободе у стању да врже утицај и угрожавање сведока. Србија има основне норме које омогућавају заштиту сведока, али давање заштите и могућности ослобађања од кривичног гоњења у виду заштите сведоцима - сарадницима и директним учесницима у кривичним делима може да изгледа као назадан концепт. У највећем броју случајева сведоци – сарадници који добијају заштиту су криминалци. Ипак, такви сведоци су особе које имају најбољи увид у ситуацију и могу пружити доказе за раскринкавање криминалне организације.

Самим тим, ови сведоци би највероватније били убијени уколико би сведочили против својих дојучерашњих сарадника и саизвршилаца у кривичним делима, чиме је њихова безбедност на највишем нивоу. Просечни грађани ретко могу да сведоче о унутрашњем уређењу и активностима криминалне организације. Наравно, упркос коришћењу сведока ове врсте, информација добијена од њих мора бити проверена. Приликом процене да ли неко лице може добити статус сведока - сарадника или не, судија мора да узме у обзир многе факторе који укључују казнену евиденцију особе, алтернативе заштити, могућност обезбеђења сведочења из других извора као и важност сведочења особе у конкретном случају. Штавише, треба да постоје и додатни докази којима се поспешује истинитост исказа таквог сведока.

3. Историјски настанак и развој појма организованог криминала у нашем законодавству

Организовани криминалитет (Шкулић, 2003) је уведен у законодавство Републике Србије након ратификације Палермо Конвенције, као и постојања у законима других земаља који су нашој земљи послужили као узор при одређању овог појма.

Законик о кривичном поступку из 2001. године (Службени лист СРЈ, број 70/2001) је први пут у свој текст увео појам организовани криминалитет у глави XXIXа чланом 504а., ставом 3. и 4. У ставу 3. овог члана Закона о кривичном поступку се наводи да одредбе ове главе примењују се на случајеве основане сумње да је извршено кривично дело резултат организованог деловања више од два лица чији је циљ вршење тешких кривичних дела ради стицања добити или моћи.

Став 4. члана 504а. наведеног закона одређује да поред услова из става 3. овог члана, за постојање кривичног дела организованог криминала мора да су испуњени још најмање три од следећих услова: да је сваки члан криминалне организације имао унапред одређени задатак или улогу; да је делатност криминалне организације планирана на дуже време или неограничено; да се делатност организације заснива на примени одређених правила интерне контроле и дисциплине чланова; да се делатност организације планира и врши у међународном размерама; да се у вршењу делатности примењује насиље или засташивање или да постоји спремност за њихову примену; да се увршењу делатности користе привредне или пословне структуре; да се користи праће новца или незаконито стечене добити; да постоји утицај организације или њеног дела на политичку власт, медије, извршну или судску власт или на друге друштвене или

економске чиниоце (Службени лист СРЈ, број 70/2001 и Службени гласник РС, број 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009 и 72/2009)

Законом о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала (Службени гласник РС, број 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 45/2005, 61/2005 и 72/09) који је ступио на снагу 2002. године (у наредном периоду је претрпео више измена и допуна), уведени су посебни органи за откривање, гоњење и суђење учинилаца кривичног дела организованог криминалитета. *Организовани криминалитет у смислу овог закона представља вршење кривичних дела од стране организоване криминалне групе, односно друге организоване групе или њених припадника за која је предвиђена казна затвора од четири године или тежа казна. У члану 3. Закона о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала под организованом криминалном групом подразумева се група од три и више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за које је предвиђена казна затвора од четири године или тежа казна, ради стицања, посредно или непосредно, финансијске или друге материјалне користи. Под другом организованом групом подразумева се група која није образована у циљу непосредног вршења кривичних дела, нити има тако развијену организациону структуру, дефинисане улоге и континуитет чланства својих припадника, али је у функцији организованог криминала.*

Законом о изменама и допунама Законика о кривичном поступку (Службени гласник РС број 72/2009) учињене су измене у наслову главе ХХИХа (Посебне одредбе о поступку за кривична дела организованог криминала, корупције и друга изузетно тешка кривична дела) и глави ХХИХа које су дале одређене предности у односу на раније одређење појма организованог криминалитета у смислу овог закона, али доношењем новог Законика о кривичном поступку 2011. године, појам организованог криминалитета је далеко једноставније одређен, те представља вршење кривичних дела од стране организоване криминалне групе или њених припадника, док организована криминална група представља групу од три или више лица која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за која је потписана казна затвора од четири године или тежа казна ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи.

4. Предлози за унапређење института сведока у борби против организованог криминала

Наш кривично-правни систем захтева одређене промене ради усвајања нових института, до којих је и дошло у изменама и допунама Законика о кривичном поступку, који су инкорпорирани и у новом Законику о кривичном поступку који је ступио на снагу дана 01.10.2013. године. Поставља се стога и питање да ли и у којој мери мора доћи до оваквих промена нашег кривично-правног система у сусрет новим законодавном решењима и питање да ли поред оваквих промена треба усвојити измене у другим деловима кривично процесног права и то:

- Изменити одредбе које се односе на поступање и овлашћење органа унутрашњих послова приликом прибављања обавештења од грађана пре него што добију статус сведока, обзиром да се докази прикупљени саслушањем сведока у преткривичном поступку не могу користити иако је неспорно да је сећање сваког човека временом бледи те је инерпретација виђеног и доживљеног најтачнија и најверодостојнија одмах након опажања неког догађаја или усвајања неке информације.

Такође, неспорно је да сваким тренутком одлагања саслушања сведока расте могућност и шанса недозвољеног утицаја на сведока, а тако и самоиницијативног кориговања мишљења у циљу избегавања непријатности, трошкова, губитка времена. Протоком времена повећава се вероватноћа да ће сведок бити недоступан односно да ће његов долазак бити отежан и изазвати знатне трошкове. У проналажењу нових законских решења за овај проблем неопходно је бити обазрив и наћи праву меру односно флексибилно законско решење којим ће се очувати принцип контрадикторности, обзиром да у стадијуму поступка пре покретања истражног поступка постоји реална опасност да извршилац још није идентификован односно да још није добио статус осумњиченог. Стога је неопходно дати одбрани окривљеног могућност да се благовремено упозна са доказима у чијем спровођењу у првој фази није могла учествовати и одредити обавезу органа који води поступак да одговори на примедбе одбране на веродостојност оваквог доказа (сведока).

- Овлашћења прикривеног иследника приликом прикупљања доказа и обавештења, која нису детаљно описана, нити све ситуације у којима може да се нађе прикривени иследник у циљу приближавања учиниоцима кривичних дела и прикривању свог правог идентитета. Мора се размотрити могућност учествовања у извршењу кривичних дела прикривеног иследника у ситуацијама крајње нужде као и ситуацијама када је то неопходо ради заштите свог идентитета. Такође, постоји потреба учествовања у извршењу кривичних дела прикривеног иследника у ситуацијама када је то неопходо ради приближавања циљаној криминалној групи.

- У теорији и пракси није разматрана граница чијим прекорачењем се може извршити кривично дело „навођење на извршење кривичног дела“ од стране прикривеног иследника. Може се очекивати да ће често одбрана окривљених често бити усмерена у том правцу.

- Начин чувања и доступност података о сведоцима, осталим учесницима у поступку и самим тим ограничавање права које је постављено учесницима у поступку одредбама чл. 163, 170, чл. 177 ст.1., чл.251 ЗКП захтева детаљнију правну регулативу. Наиме, треба размотрити потребу заштите идентитета заштићеног сведока, сведока сарадника и прикривеног иследника у случају да прикупљени докази не омогуће покретање кривичног поступка обзиром да непокретање кривичног поступка не искључује даље постојање претње по физички интегритет сведока и прикривеног иследника. Законик о кривичном поступку и Закон о програму заштите учесника у кривичном поступку („Службени гласник РС”, број 67/2003, 101/2005, 90/2007, 72/2009, 111/2009 и 104/2013) не предвиђају и самим тим искључују такву могућност.

- Постоје нејасноће и контрадикторности у ЗКП вези са процедуром поступања суда и датих овлашћења приликом оцене валидности информација и доказа прикупљених посредством сведочења окривљеног сарадника и осуђеног сарадника (сведока сарадника) и сходно томе давања ове процесне улоге одређеном учеснику у кривичном поступку и обрнуто одузимање ове погодности сведоку сараднику који је дао лажан исказ или одбио да сведочи на главном претресу.

Нејасно је да ли сходно чл. 320 ЗКП да ли тужилац треба да саслуша сведока пре склапања споразума. Не наводи се да треба узети исказ на претресу, у ком облику, ко може а ко мора бити присутан. У законском тексту стоји да ће пре закључења споразума о сведочењу тужилац позвати окривљеног да самостално и својеручно истинито опише све што зна о кривичном делу поводом којег се води поступак, али се не наводи да ли може да се консултује са браниоцем. Уколико би се оваква изјава окривљеног могла користити у даљем поступку било би угрожено право на одбрану окривљеног сарадника пре него што евентуално стекне ову нову процесну улогу у поступку.

Такође, у следећем члану се наводи садржина споразума о сведочењу, где се као обавезни елементи споразума наводе упозорења окривљеном о његовим правима и обавезама поводом склапања споразума, која могу бити спроведена само на рочишту пред тужиоцем где ће се исти непосредно уверити да је окривљени разумео упозорења и то потврдити бранилац који би такође морао бити присутан. У сваком другом случају долази у питање валидност

упозорења и не искључује се могућност мане воље окривљеног поводом склопљеног споразума.

- Споразум о сведочењу окривљеног и споразум о признању осуђеног има дејство ако окривљени односно осуђени у потпуности призна дело, међутим законодавац за прихватање споразума у чл. 323 ЗКП не поставља услов да сведочење мора бити истинито и да не може пресуда засновати само на основу овог исказа. Овакво ограничење за ову врсту доказа на основу сведочења законодавац је предвидео и ограничио вредност исказа при саслушању прикривеног иследника као сведока у чл. 187 ЗКП, где наводи да се судска одлука не може заснивати искључиво или у одлучујућој мери на исказу прикривеног иследника. Није јасно из којих разлога већу доказну снагу може имати исказ окривљеног као сведока за кога се претпоставља да је извршилац кривичног дела од исказа прикривеног иследника.

При том, овакво ограничење признања окривљеног приликом признања сопствене кривичне одговорности постоји у одељку о споразуму о признању кривичног дела у чл. 317 ЗКП, где се захтева да постоје и други докази осим признања окривљеног који указују да је учинио дело које признаје. Значи, иако се претпоставља да нико неће себе оптужити и да је тужилац оптужницу саставио на основу основане сумње, ипак се априори не прихвата признање већ се оставља резерва, која се може отклонити само другим доказима који указују да је признање истинито. Стога је несумњиво, неопходно да постоје докази који ће указивати да је сведочење окривљеног односно осуђеног истинито, обзиром да само признање и затим сведочење о признатом делу окривљеног или осуђеног повлачи бенефиције у односу на одлуку о казни, које могу утицати на заинтересованост оваквих сведока да потврде оптужницу.

Мора се имати у виду да је борба против организованог криминала у превасходној надлежности Министарства унутрашњих послова, јер заштиту сведока и других учесника у поступку спроводи Јединица за заштиту као специјализована организациона јединица Министарства унутрашњих послова а не како би по логици ствари требало бити у надлежности суда. При том преношење ове надлежности у оквир Министарства правде како се то предлаже у јавности не би представљало суштинску промену обзиром да је свако министарство па и Министарство правде део извршне власти а не судске. Сходно Закону о програму заштите учесника у кривичном поступку, одлуку о укључењу, продужењу, обустави и престанку Програма заштите доноси Комисија за спровођење Програма заштите а не суд који би иначе требао да одлучује о статусу учесника у кривичном поступку. Управо из тих разлога у Законику о кривичном поступку прописано је да је суд дужан да сведока и оштећеног заштити од увреде, претње и сваког другог напада.

5. Закључак

Стиче се закључак да је у циљу борбе против организованог криминала исказана потреба за сведочењем као доказним средством у овом тешком облику криминала, што је препознато најпре у англосаксонском праву за институтом заштићеног сведока, прикривеног иследника и сведока сарадника. Изменама и допунама које су уследиле више пута након доношења Законика о кривичном поступку из 2001. године, у чл. 109 је у наше право први пут уведен институт „заштићени сведок“, док је чланом 504о уведен је институт „сведок сарадник“ а чланом 504м институт „прикривени иследник“. С обзиром да се ради о „правним трансплантима“, из англо-саксонског правног система који почива на битно другачијим начелима у односу на правни систем Републике Србије, неопходно је утврдити развитак нових института, разлоге њиховог стварања, компатибилности ових института са домаћим правним системом, односно, могућност њиховог ефикасног инкорпорирања у домаће кривично законодавство.

Предлози који су у раду дати могу у многоме да помогну ефикаснијем процесним измена које би унапредиле институте сведока сарадника, заштићеног сведока и прикривеног иследника у борби против организованог криминала, а који су били неопходни да се уведу и у наше законодавство и унапређују и мењају. Наведени предлози се темеље на историјској основи одређења ових института, као и појма организованог криминала а који су својој примени у пракси указали на потребе њихових измена што је таксативно у раду наведено.

Историјска анализа ових института у краткој историји нашег законодавства није имала за циљ да прикаже само њихово тадашње одређење у борби против овог тешког облика криминала, већ да укаже да се на историјским чињеницама заснива садашњост, али и будућност правних норми и тако наведене институте који су, на темељима свог одређења и развоја, указали своје недостатке који су предложени да се мењају како би се унапредила процесна пракса и ефикасније овим институтима борили против организованог криминала.

Литература

Abraham, H. J. (1968). *The Judicial Process: An Introductory Analysis of the Courts of the United States, England, and France*. New York: Oxford University Press.

Водинелић, В. (1991). Идентитет особа и ствари као елемент предмета доказивања у кривичном поступку. Загреб: Наша законитост.

Грубач, М. (2006). Критика Предлога „новог“ Законика о кривичном поступку, Зборник радова „Ново кривично законодавство: дилеме и проблеми у теорији и пракси“, стр. 45-66. Београд: Институт за крим. и социолошка истраживања.

Зборник радова студената докторских студија права

Закон о организацији и надлежности државних органа у сузбијању организованог криминала, корупције и других посебно тешких дела. Службени гласник РС. Број 42/2002, 27/2003, 39/2003, 67/2003, 29/2004, 45/2005, 61/2005 и 72/2009, 72/11, 101/11 и 32/13.

Законик о кривичном поступку. Службени лист СРЈ. Број 70/2001. Службени гласник РС. Број 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009 и 72/2009.

Законик о кривичном поступку. Службени гласник РС. Број 72/11, 10/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела. Службени гласник РС. Број 97/2008.

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела. Службени гласник РС. Број 32/13 и 94/16.

Закон о Програму заштите учесника у кривичном поступку. Службени гласник РС. Број 67/2003, 101/2005, 90/2007, 72/2009, 111/2009 и 104/2013.

Игњатовић, Ђ. (1998). Организовани криминалитет. Београд: Полицијска академија.

Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала. Службени лист СРЈ – Међународни уговори. Број 6/2001.

Лазин, Ђ. (2004). Правна дефиниција организованог криминала и њен практични значај. Ревизија за криминологију и кривично право. Бр. 1/2004. Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања.

Милошевић, М. (2007). Специјални истражни методи у борби против организованог криминала – Организовани криминал. Београд: Интернекс.

Comprehensive Crime Control Act of 1984, Pub. L. No. 98-473, 98 Stat. 1976.

Шкулић, М. (2003). Организовани криминалитет - појами кривичнопроцесни аспекти. Београда: Досије.

Шкулић, М. (2005). Кривично дело прикривеног иследника учињено у крајњој нужди. Правни живот. Бр. 9, стр. 661-690. Београд: Копаоничка школа природног права.

Шкулић, М. (2013). Доминантне карактеристике основних великих кривичнопроцесних система и њихов утицај на реформу српског кривичног поступка. Crimen – часопис за кривичне науке, стр. 176-234. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Tomislav Trajković, LL.M.,
Judge of the High Court in Niš,
PhD student at the Faculty of Law, University of Union

HISTORICAL DEVELOPMENT OF WITNESSES AS A PROVISIONAL MEASURE IN FIGHT AGAINST ORGANIZED CRIMINALS AND PROPOSALS FOR THEIR LEGAL ADVANCE

Summary

Organized crime, as well as various witness statuses in its inception, have their own history of creation and development that we have incorporated into our legislation. Although organized crime has a short history because it came into our legislation in 2002 only by adopting a special law that regulated this matter, after signing the Palermo Convention in 2000, it is so complex that in its fight all instruments can be included. The author analyzes the three witnesses' status: Witness collaborators, protected witnesses and covert investigators (special evidentiary action) that are of great importance in the fight against organized crime from their creation and development through our legislative system, after which it will point out the provisions that should be changed and improved, based on the historical analysis of these instituts. In addition, the author will also look at the emergence and introduction of the concept of organized crime into our legislation.

Keywords: *associate witness, protected witness, covert investigator, organized crime, history, legislation.*

Тијана Митровић¹, докторанд,
Правни факултет Универзитета у Нишу,
Сарадник Апелационог суда у Нишу

УТВРЂИВАЊЕ УДЕЛА У СТИЦАЊУ И САСТАВА ЗАЈЕДНИЧКЕ ИМОВИНЕ СУПРУЖНИКА

Апстракт: Заједничка својина је специфичан институт имовинског права, који се огледа у плуралитету титулара својине на истој ствари, неодређености удела заједничара, са посебним правилима која се односе на управљање и располагање заједничком ствари. Заједничка својина се у нашем стварном праву може дефинисати као посебан облик својине више лица на неподељеној ствари, при чему њихови удели нису одређени, али су одредиви.

У раду смо анализирали нормативни оквир заједничке имовине супружника, као једног од облика заједничке својине, који у пракси изазива највише нејасноћа, управо због бројних имовинских односа који настају између супружника за време трајања заједнице живота, који утичу на утврђивање удела сваког од супружника, уколико дође до деоба заједнички стечене имовине. У уводном делу рада су анализирани услови настанка заједничке имовине, да бисмо након тога анализирали поједине предмете за које је у пракси спорно да ли улазе у састав заједничке имовине, и ако улазе под којим условима. Поступак утврђивања удела и допринос у стицању заједничке имовине су анализирани у следећем поглављу, док смо у закључку указали на спорна питања која се јављају у пракси у вези са заједничком имовином и на уочене законске непрецизности, са предлозима за њихово унапређивање у будућем периоду.

Кључне речи: имовинска права супружника, заједничка имовина супружника, сувласништво, стицање својине, деоба заједничке имовине, покретне ствари, непокретности.

1. Увод

Укупну имовину физичког лица које је у браку, чине заједничка и посебна имовина, као две имовинскоправне целине. Заједничка својина је, дакле,

1 tijana.mitrovic@gmail.com

један од фондова у оквиру укупне имовине супружника. Специфичан правни режим који овај део имовине издваја у посебну целину огледа се у постојању два титулара. Имаоци брачне тековине су муж и жена са неопредељеним уделима (Тешић, 2006: 260). Док постоји заједница, имовина им припада заједнички, они треба заједнички да користе предмете те имовине и да заједнички располажу њима (Гамс, 1996: 35). Овде дакле, постоји разлика у односу на сусвојину, које право се огледа у томе што је сваки сувласник потпуни власник свог аликвотног дела, са самосталним овлашћењима коришћења и располагања, док заједничари све правне послове врше заједнички и споразумно, зато што њихов удео у заједничкој имовини није одређен (Босиљчић, 1980: 21).

Имовина коју су брачни другови стекли радом у току трајања њихове заједнице живота представља њихову заједничку имовину.² Примена ове одредбе у пракси је веома сложена, а најчешће је спорно који се све рад мора валоризовати приликом удела супружника у заједничкој имовини и од каквог је значаја била употреба посебне имовине супружника при стицању заједничке имовине (Сворцан, 2006: 158). Заједничка имовина настаје само ако супружници остварују заједницу живота, а када заједница живота престане, у том моменту заједничка имовина престаје да се ствара. Иако заснивање заједнице имовине почиње након ступања супружника у брак, оно може престати и пре развода брака или смрти брачног друга, ако се прекине заједница живота.

Уколико нема споразума супружника у погледу састава заједничке имовине и њихових удела, приступа се утврђивању тих чињеница од стране суда, што је веома сложен задатак, посебно када се ради о браковима који су дуже трајали, ако је стечена имовина веће вредности и ако је током трајања заједнице живота дошло до преливања посебне имовине у заједничку и обрнуто. Иако је законом уведена претпоставка једнаких удела супружника у заједничкој имовини, чести су случајеви у пракси да супружници доказују да су својим радом и примањима остварили већи допринос у стицању, па је потребно утврдити ко је више привређивао у заједници, при чему се цене сви облици рада, а не само рад којим се стварају нове економске вредности.

Заједничка својина као правна установа је *genus proximus* за њене различите модалитете присутне у стварном, наследном и породичном праву, чија анализа показује различите разлоге њиховог постојања. Дакле, заједничка својина је основа заједничке имовине, коју карактерише плуралитет титулара и неодређеност њихових удела. Иако се у практичној примени

² Чл. 171. ст. 1. Породичног закона, Сл. гласник РС, 18/2005, 72/2011 - др. закон и 6/2015.

најчешће везује за супружнике и њихову брачну заједницу, несумњиво је да иста није ексклузивитет породичног права. Ова правна установа има своје место и у наследном праву (Радић, 2011: 299).

2. Заједница живота супружника као услов настанка заједничке имовине

Заједничка имовина је релативно редак појам у иностраним законодавствима, јер углавном постоји само сувласништво. Заједничка имовина се не помиње ни у Француском ни у Аустријском грађанском закону. У Немачком грађанском закону се помиње као један од облика сувласништва и јавља се у друштву, заједници добара и наследничкој заједници,³ док је најпотпуније уређена у Швајцарском грађанском закону из 1907. године, којим је прописано да заједничка својина настаје на основу закона или уговора, те да права и обавезе заједничара зависе од правног основа. Заједничка својина обухвата целу ствар, а деоба и право располагања делом заједничке ствари нису допуштени док заједница траје (Белај, 2012: 133).

Основне карактеристике заједничке имовине брачних другова, у режиму заједничке имовине, ком припада и наш правни систем, односе се на садржину, управљање и располагање и поделу имовине. Имовина која има карактер заједничке имовине је сва имовина стечена у браку, а не и имовина која се уноси у брак. Осим тога, изузима се и имовина добијена за време трајања брака бестеретним правним послом, поклоном или наслеђем (Ковачек – Станић, 2002: 44). Управљање и располагање имовином је споразумно и важи законска претпоставка једнаких удела.⁴ У режиму одвојености имовина, који законски имовински режим је предвиђен у праву Велике Британије, за време трајања брака не долази до стварања заједничке имовине супружника, осим ако су они другачије уговорили. На њихове имовинске односе примењују се општа правила имовинског права, при чему судије имају могућност да одступе од строгог режима одвојености имовина, кроз прихватање принципа да се имовинска права оба супружника штите преко установе породичног дома, како би се уважили сви напори и улагања супружника које су имали за време трајања заједнице живота (Bromley, Lowe, 1987: 503-505). Међутим, у ситуацији када један од супружника улаже средства у одржавање или реновирање непокретности која се налази у својини другог супружника, сматра се поклоном другом супружнику, уколико се нису другачије споразумели.

³ Чл. 705, 1415, 2032, Немачког грађанског законика.

⁴ Чл. 174. и 180. Породичног закона.

Уколико су у питању улагања веће вредности, у ком случају би било неправично да се иста сматрају поклоном, судови полазе од претпоставке да су супружници закључили споразум, са садржином споразума којом би разумни људи у сличној ситуацији заштитили своје интересе (Канјата, 2002: 13-15).

Заштита имовинских интереса супружника се у нашем праву остварује кроз режим заједничке имовине, за чији је настанак неопходно постојање заједнице живота супружника, без обзира да ли је брак пуноважан или ништав. Постојање заједнице треба да буде испуњено садржином заједничког живота (Точанац, Ненчић, 2003: 35). Заједница живота заправо и јесте резултат сагласности супружника, односно нужна последица закључења брака, и без њеног успостављања брак остаје само форма, без остваривања циља ради кога је закључен (Радић, 2016: 266). Помоћ једног брачног друга другоме, вођење домаћих послова, старање о одржавању имовине, сарадња у управљању, одржавању и повећању имовине, учвршћују уверење да и оно што купује један брачни друг за време брака из посебне имовине, може под одређеним условима представљати и имовину другог брачног друга, који је својим радом и залагањима учествовао у очувању и увећању вредности те имовине (Барат, 1957: 11).

Дакле, заједничка имовина брачних другова је она имовина која је добијена радом у току трајања брачне заједнице, а не она имовина коју су брачни другови добили након што су њихови односи захладнели и дошло до престанка економске заједнице.⁵ Елементи који су потребни за настанак брачне заједничке имовине су брак, рад и заједница живота, при чему је брак елемент од најмањег значаја, с обзиром да заједничка имовина настаје не само када је закључен пуноважан брак, него и када је брак поништен (Ковачек – Станић, 2009: 114).

Поставља се питање може ли заједничка имовина настати пре брака, ако су брачни другови пре брака имали такву животну заједницу која је по садржини иста или слична брачној заједници. Одговор је потврдан, с обзиром да заједничка имовина може настати и пре брака, од почетка

⁵ „За стицање заједничке имовине, сходно одредби чл. 171. Породичног закона, поред заједничког рада супружника, неопходно је и постојање и остваривање заједнице живота међу њима, односно није довољно само формално постојање брака, већ је нужно да та брачна заједница фактички постоји односно да се остварује заједница живота међу њима. Уколико између брачних другова није постојала заједница живота, односно ако су они на несумњив начин изразили вољу да се та заједница живота прекине при чему су живели самостално, онда имовина стечена у таквим условима има карактер посебне имовине оног супружника који је ту имовину стекао као посебну имовину“. Пресуда Апелационог суда у Нишу, 26 Гж. 2516/2016 од 15.03.2017. године.

ванбрачне заједнице, ако се та ванбрачна заједница претвори у брак, ако ванбрачни другови закључе брак (Гамс, 1966: 43).

Чести су случајеви у пракси да један од супружника има посебну имовину, на пример, земљишне парцеле, па да те парцеле редовно обрађују супружници за време трајања заједнице живота и тако стичу одређени доходак, а тај доходак користе заједнички за стицање заједничке имовине (Сворцан, 2006: 158, 159). У случају када је приход стечен радом на пољопривредном имању власнику посебне имовине признаје се као посебна имовина онај део који доноси земља, са образложењем да плодови земље нису само резултат рада (Стаменковић, Пантић, 2000: 10).

Иако питање правне природе прихода од имовине није посебно регулисано у ПЗС, може се рећи да приходи од заједничке имовине улазе у заједничку имовину без обзира да ли су настали радом, или из саме имовине. Међутим, да би приходи од посебне имовине супружника били квалификовани као заједничка имовина, неопходно је да буду остварени за време трајања заједнице живота супружника, док се као други услов захтева да су приходи од посебне имовине стечени радом супружника. Већи допринос једног од супружника се мора доказати, при чему треба водити рачуна да фаворизовање заједничке имовине у овом случају не угрози правну позицију титулара имовине која се користи. Правично решење подразумева би да се титулару посебне имовине исплати накнада за коришћење његове имовине, или да му се ангажовање сопствене имовине призна као његов посебан, увећан допринос у заједничкој имовини по том питању (Радић, 2016: 128; Сворцан, 2006: 158).

Уколико је за време трајања заједнице живота дошло до увећања вредности посебне имовине једног од супружника, радом и залагањем у заједници од стране другог супружника – невласника, онда се утврђује облигационоправни (мањи допринос) или стварноправни (већи допринос) другог супружника.⁶ Ако је, на пример, један супружник власник породичне стамбене зграде, а други супружник је својим доприносом учествовао у незнатном увећању вредности посебне имовине, тада он има право на новчано потраживање сразмерно свом доприносу. Другачија је, међутим, ситуација ако је током трајања заједнице живота наступило знатно увећање вредности посебне имовине (сазидан је још један спрат куће или је кућа потпуно реновирана) у ком случају други супружник има право

⁶ Чл. 170. Породичног закона.

на стварноправни захтев односно на удео у тој имовини сразмерно свом доприносу.⁷

3. Предмет заједничке имовине

Предмет заједничке имовине чине стварна права, пре свега право својине, службености, залогe, као и тражбена (облигациона) права, потраживања која имају супружници према трећим лицима која су везана за њихов рад. Уколико нема сагласности супружника у погледу састава заједничке имовине, односно шта све улази у заједничку имовину, потребно је утврдити шта је све радом стечено у току трајања брачне заједнице, што није нимало лак задатак када су у питању брачне заједнице које су трајале дуже време. У наставку рада ће бити речи о појединим стварима и правима за које се у пракси јављају недоумице, да ли и под којим условима улазе у заједничку имовину супружника.

3.1. Имовина стечена радом – зараде и пензије

Зараде (плате) и други облици накнаде за рад супружника део су заједничке имовине, при чему се ови приходи остварени радом у највећој мери троше за вођење заједничког домаћинства и остале потребе брачне, односно породичне заједнице, у ком случају зарада излази из заједничке имовине у коју улазе ствари и права која су том приликом прибављена. Зарада по правилу улази у заједничку имовину оног тренутка када супружник стекне

⁷ Одредбом чл. 170. ст. 1. Породичног закона је прописано да ако је током трајања заједничког живота у браку дошло до незнатног увећања вредности посебне имовине једног супружника, други супружник има право на потраживање у новцу сразмерно свом доприносу, а у ставу 2. да ако је током трајања заједничког живота у браку дошло до знатног увећања вредности посебне имовине једног супружника, други супружник има право на удео у тој имовини сразмерно свом доприносу. Тако је у одлуци Апелационог суда у Београду Гж. бр. 274/13 закључено да „првостепени суд није имао у виду напред наведене одредбе материјалног права, те је пропустио да цени чињеницу да су парничне странке супружници, да је у време адаптације стана између њих постојала заједница живота и да је тужилац радове на стану изводио уз сагласност тужене. Адаптацијом, реконструкцијом или доградњом туђег објекта се не стиче право својине, изузев ако законом или уговором није другачије одређено. У ситуацији када је један супружник улагао средства у посебну имовину другог супружника и ако је о томе постојао споразум између њих, као изузетак од правила да се адаптацијом туђег објекта не стиче право својине, за стицање права својине није нужно да је адаптацијом створена нова ствар. Имајући у виду напред наведено, првостепени суд је пропустио да утврди вредност изведених радова, како би у смислу напред наведеног законског прописа извео закључак да ли је радом тужиоца имовина тужене незнатно увећана (у ком случају може према туженој остварити облигационоправни захтев) или знатно увећана (у ком случају може остварити стварноправни захтев)“

право на зараду, уколико је тада постојала заједница живота, што значи да је релевантан тренутак стицање право на зараду, а не њена исплата. Међутим, ако је право на зараду стечено пре брака, а њена реализација уследи у току трајања брака или након престанка брака, онда тренутак извршења обавезе, односно време обављања рада представља важан критеријум. И у ситуацији када је правни посао закључен и накнада за рад исплаћена пре закључења брака, односно исплата зараде је извршена унапред, предност треба дати моменту извршења посла (Радић, 2016: 122-124).

У заједничку имовину, дакле, улази зарада, али и накнада зараде и друга примања која послодавац исплаћује запосленом у вези са радом и то: накнада запосленом током плаћеног одсуства, накнада зараде за време привремене спречености за рад (боловања, породилског одсуства),⁸ отпремнина због одласка у пензију, накнада штете због повреде на раду или професионалног обољења,⁹ и друга примања, као што је јубиларна награда.¹⁰

У заједничку имовину улази и отпремнина која се запосленом исплаћује због престанка потребе за његовим радом, пре отказа уговора о раду, а на основу програма решавања вишка запослених.¹¹

Зараде, накнаде зараде и друга примања улазе у заједничку имовину, без обзира на то да ли је до њихове исплате дошло пре или по престанку брачне заједнице, под условом да је њихово потраживање, макар посредно, последица ефективног рада код послодавца, оствареног за време брака (Тешић, 2006: 265).

За разлику од зарада, пензије остварене током заједнице живота улазе у заједничку имовину, без обзира што је рад по основу кога је стечено право

⁸ Видети чл. 115. и 116. Закона о раду, *Сл. гласник РС*, 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014.

⁹ Видети чл. 119. Закона о раду. Потраживање накнаде штете која је настала услед доношења телесне повреде или нарушавања здравља неког лица се може поделити на два дела. Потраживање накнаде штете за трошкове лечења и изгубљене зараде током опоравка улази у заједничку имовину. С друге стране, накнада за претрпљени физички бол, за трпљење душевних болова због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части слободе или права личности, смрти блиског лица, као и за страх не могу улазити у заједничку имовину (чл. 200. 300). Повређено добро је овде нераскидиво повезано са телесним и духовним интегритетом личности оштећеног, стога је деоба овог потраживања са супружником противна циљу коме служи ова накнада (Тешић, 2006: 264, 265).

¹⁰ Видети чл. 120. Закона о раду.

¹¹ Видети чл. 158. Закона о раду.

на пензију евентуално био предузет и пре настанка заједнице живота. Ово из разлога што ови приходи деривирају из рада, односно посредан су резултат рада супружника-осигураника. Међутим, уколико један од супружника врши уплату премије добровољног осигурања из своје посебне имовине, онда остварени приходи представљају његову имовину, али уколико је премија уплаћивана из заједничких средстава супружника онда би супружнику који није осигураник добровољног пензијског фонда требало признати облигационоправни захтев за исплаћену накнаду по основу добровољног пензијског осигурања, сразмерно његовом уделу у заједничкој имовини (Радић, 2016: 124, 125).

3.2. Ствари купљене на кредит

Приликом утврђивања садржине заједничке имовине, једно од питања које се поставља јесте и припадност ствари које су купљене на кредит. Чести су случајеви да уговор о кредиту буде закључен пре закључења брака супружника, а да отплата рата по узетом кредиту уследи делимично или у целини током трајања брака, при чему је у сваком конкретном случају потребно утврдити да ли је исплата рата по кредиту вршена из средстава из посебне имовине супружника који је подигао кредит, при чему ће стан представљати његову посебну имовину, али уколико се докаже да је други супружник у незнатном делу учествовао у отплати кредита, онда ће он имати право на облигационоправни захтев за повраћај тог новчаног износа.

У ситуацији када је непокретност купљена и његов упис и предаја извршена у току трајања брака, иста улази у режим заједничке својине, без обзира да ли је отплата кредита окончана по престанку заједнице. У том случају, отплата кредита је још један од трошкова који терети домаћинство брачних другова, па га у том смислу треба и посматрати (Босиљчић, 1980: 26).

Отплата кредита по престанку брака од стране једног брачног друга, за ствари које чине заједничку имовину, није од утицаја на величину његовог удела у стицању (Вуковић, 2005: 146).¹² Ипак, супружник који је из своје

12 На сличном становишту је и одлука Врховног суда Србије у случају престанка брака смрћу једног од супружника: „Када су странке подизањем кредита у току трајања брака купиле стан, онда он представља њихову заједничку имовину. Отплатом преосталог кредита након смрти супруга, тужила не може стећи већи својински удео на купљеном стану од удела који је већ утврђен правноснажном судском одлуком, јер се отплата остатка кредита не може узети као посебан допринос тужиле који би водио повећању њеног својинског удела, већ она само стиче тражбено право према осталим законским наследницима супруга“. Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2514/2003 (Тешић, 2006: 271).

посебне имовине подмирио заједничку обавезу има право на накнаду од другог супружника сразмерно његовом уделу у заједничкој имовини (Тешић, 2006: 271).

3.3. Стан стечен откупом

Заједничку имовину супружника представља и право својине на стану откупљеном по чл. 16. Закона о становању у току заједнице живота супружника у браку¹³, па се поставља питање права супружника који није закључио уговор о коришћењу стана на основу кога је стечено станарско право, односно оног супружника који није закључио уговор о откупу стана.

„Када је у току брака, до правноснажности пресуде о разводу брака брачни друг који је уговорни носилац станарског права, закључио уговор о откупу стана, право на стан улази у режим заједничке имовине брачних другова. Други брачни друг нема овлашћења да тражи поништај уговора али може да тражи како у току, тако и после развода брака утврђење свог удела у стицању“ (Накић – Момировић, 2006: 437).¹⁴ Приликом доделе стана на коришћење, давалац стана је, по правилу, узимао у обзир бројне околности на страни сауговарача (потенцијалног носиоца станарског права), посебно оне које су везане за чланове његове породице, којом приликом су нарочито цењене чињенице да ли је потенцијални корисник стана у браку, да ли има деце, да ли супружник има решено стамбено питање. Са друге стране, лице које се налази у браку са носиоцем станарског права, није могло стећи исто право на другом стану, чак и када би конкурисало за стан код различитог даваоца стана, па имајући у виду наведено јасно је да је и други супружник имао значајну улогу, тј. одређене заслуге за доделу стана (Бабић, 2010: 132, 133). Чињеница да је откуп стана извршен средствима из посебне имовине не мења његову правну судбину, јер откупна цена стана није заснована на тржишним критеријумима, већ се утврђује на основу посебних мерила која су у релацији са оба супружника (Панов, 2010: 332).¹⁵

Могућа је и ситуација да је један супружник добио стан као дефицитарни или изузетан кадар, и да у процесу добијања стана његово брачно стање

13 Закон о становању, Сл. гласник РС, 50/92, 76/92, 84/92, 33/93, 53/93, 67/93, 46/94, 47/94, 48/94, 44/95, 16/97, 46/98, 26/2001, 101/2005, 99/2011.

14 Правно схватање Грађанског одељења Врховног суда Србије утврђеној на седници одржаној 21.06.1993. године.

15 „Чињеница да је у току трајања заједнице стан отплаћен новцем који представља посебну имовину једног супружника није од значаја за измену режима заједничке имовине, јер се тиме не искључује допринос другог супружника у стицању имовине, већ супружник који је уложио сопствена средства стиче тражено право“ – Врховни суд Србије, Рев. 269/00.

није пресудно или није нимало утицало на додељивање стана (мали број бодова на основу брачног статуса и других породичних околности). У таквим случајевима може да се обори претпоставка да је откупљени стан у саставу заједничке имовине (Панов: 2010: 334).

Одступање од наведеног општег правила да својина на откупљеном стану током брака улази у режим заједничке имовине у судској пракси постоје: када порекло откупљеног стана води из експропријације посебне имовине супружника или његовог претходника и када је својина откупом стана супружника током брака стечена уступањем права на откуп, сагласношћу трећег лица као носиоца станарског права, односно закупца.¹⁶

У овим ситуацијама својина на откупљеном стану не улази у режим заједничке имовине. Други супружник не може имати својинско већ евентуално облигационо право поводом учешћа у исплати откупне цене.¹⁷

Такође, када је откупна цена стана додељеног на коришћење пре закључења брака једном супружнику исплаћена само стамбеним доприносом носиоца станарског права, откупљен стан не постаје заједничка својина супружника.¹⁸

3.4. Акције и удели у привредним друштвима

Супружници могу средства из заједничке имовине, осим за подмиривање текућих потреба, уложити у оснивање привредних друштава или куповину акција, односно удела у истима. Ово питање је од значаја на пословање привредних друштава због евентуалног уплива трећег лица у статусне и имовинске односе привредних друштава. Привредна друштва уписом у регистар постају одвојени правни субјекти са посебном имовином, независни од правног субјективитета оснивача. Другачија је ситуација

¹⁶ Чл. 16. ст. 2. Закона о становању.

¹⁷ Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 4270/01, 2779/05; (Накић - Момировић, 2006: 438).

¹⁸ Тако је Врховни суд Србије у пресуди Рев. 182/05 од 19.04.2005. године закључио да се „у конкретном случају тужиља не сматра суносиоцем станарског права зато што у моменту добијања стана није била брачни друг носиоца станарског права. Но и под условом да је тужиља била суносилац станарског права, нису испуњени услови из чл. 321. Закона о браку и породичним односима за примену правила о заједничком стицању у брачној заједници. Наиме, по тој одредби основни услов за стицање заједничке својине је да је ствар стечена радом у брачној заједници. У конкретном случају, откупна цена није исплаћена радом брачних другова већ само стамбеним доприносом носиоца станарског права. Како тужиља није својим радом или приходима од своје посебне имовине суделовала у исплати откупне цене, то ствар није постала заједничка својина, па се нису стекли услови за деобу у смислу чл. 328. Закона о браку и породичним односима“.

када се ради о предузетнику, односно о физичком лицу које обавља делатност ради стицања добити, и нема одвојени субјективитет од свог власника.

Дакле, радња нема статус посебног правног субјекта а делатност се обавља средствима и опремом власника услед чега имовина предузетника, која често потиче из улагања и рада супружника, може бити, као и приходи предузетника, предмет заједничке имовине супружника, уз посебан, привилеговани режим ствари за вршење заната или занимања при деоби (Накић – Момировић, 2006: 438). Ове ствари увек припадају предузетнику при деоби у искључиву својину са урачунавањем у његов део.¹⁹

Другачија је ситуација када се ради о имовини привредних друштава, основаних средствима физичких лица, која често воде порекло из заједничке имовине супружника и ванбрачних партнера. Приликом утврђивања удела у стицању заједничке имовине код привредног друштва не може се утврђивати својина на конкретној имовини друштва, већ предмет деобе представља оснивачки удео једног од супружника. Наиме, оснивачким актом односно уговором оснивача, се регулише шта је имовина односно удео конкретног члана приликом оснивања друштва односно које су ствари и у којој вредности унете као удео у друштву, што може представљати доказно средство приликом утврђивања доприноса у стицању. Дакле, за утврђивање доприноса у стицању потребно је прибавити извештај из регистра привредних субјеката како би се утврдио облик привредног друштва, као и оснивачки акт (одлуку о оснивању или уговор о оснивању) да би се утврдило која имовина је унета на име оснивачког улога и колико је износила њена новчана вредност, као и друге околности од значаја за утврђивање доприноса у стицању. Предмет тужбеног захтева може бити утврђивање удела у стицању оснивачких права што значи удео у целом привредном друштву или удео у уделу конкретног члана друштва ако је исто основало више физичких лица.

У овом случају треба применити иста правила као кад се ради о другим добрима, стеченим средствима из заједничке имовине. Сваки од супружника има право на акције и права која из њих произилазе сразмерно свом уделу у заједничкој имовини. Чак и када се ради о једноперсоналном акционарском друштву, основаном од стране једног супружника, други супружник ће имати право на број акција сразмеран свом уделу у заједничкој имовини.²⁰

¹⁹ Чл. 184. Породичног закона.

²⁰ Ово становиште заузето је на саветовању привредних судова, а објављено у Билтену судске праксе привредних судова бр. 3/98, стр. 29; (Митровић, 1998: 243, 244).

Има и другачијих мишљења по којима се искључује могућност стицања удела привредног субјекта а тиме и права управљања и права стицања добити по правилима о заједничкој имовини, полазећи од правног значаја одвојености правног субјективитета привредних друштава од физичких лица, која их оснивају, норми које регулишу положај привредних субјеката и правне природе заједничке имовине супружника. У том случају, супружнику треба признати облигационо потраживање за учешће посебном и заједничком имовином у оснивању и функционисању привредног субјекта (Накић – Момировић, 2006: 243, 244).

Међутим, нема дилеме да привредно друштво има правни субјективитет и своју имовину којом одговара за обавезе што не спречава супружнике као осниваче, власнике капитала, да ризикујући оснивачки улог управљају привредним друштвом и остварују добит. Супружници могу бити заједнички власници основног капитала, док је привредно друштво титулар имовине која му припада, па је оправдано становиште да капитал у привредном друштву буде заједничка имовина супружника, чак и када је у јавне регистре уписан само један од њих, што се односи на све облике привредних друштава, без обзира на облик њихове организације, уколико је порекло оснивачких улога из заједничке имовине (Радић, 2016: 146, 147).

3.5. Поклони учињени супружницима као пару

Поклон који је учињен неком од супружника у току трајања заједнице живота улази у посебну имовину поклонопримца. Наравно, поклон може бити дарован и супружницима као пару па се поставља питање ко је од супружника власник поклона, уколико нема изричите воље поклонодавца, приликом чињења поклона, што је чест случај у пракси, посебно на прославама венчања.

У одсуству поменуте чињенице, власништво поклона одређује се према врсти поклона (по некад по природи ствари, на пример женска козметика, новац за плаћање школарине или куповине уџбеника) недвосмислено говоре о вољи поклонодавца. Понекад се намера поклонодавца може јасно одредити и сходно поводу за поклон, а ако се ради о полно неутралним поклонима као што су књига, стан, слика, примениће се критеријум припадности поклонодавца, тј. субјективне релације поклонодавца и поклонопримца. Трошкови организације свечаности где је поклон учињен, представља следећи критеријум за утврђивање власништва поклона, обзиром да би било неправично да једна страна сноси трошкове свечаности, а друга страна се „истиче“ скупоценим поклоном који припада члану те породице (Панов, 2010: 321). Ако у конкретном случају није могуће

применити неки од наведених критеријума, супружници стичу право својине на поклону, са једнаким уделима.

Изгледа да су намера поклонодавца, природа дароване ствари и пригода поводом које је поклон учињен, примерени критеријуми за одлучивање о судбини поклона учињених супружницима као пару. Ипак, ови поклони, по правилу, подразумевају узвратне (ренумерационе) поклоне, у сличним приликама, који се прибављају из средстава заједничке имовине, те често „обавеза благодарности“ према поклонодавцу терети оба супружника, па се чини примереним поћи од претпоставке да поклони учињени супружницима као пару улазе у заједничку имовину, осим ако један од супружника докаже супротно (Тешић, 2006: 274).

4. Поступак утврђивања удела супружника у заједничкој имовини

Након што суд утврди шта све чини посебну имовину супружника, а које ствари и права улазе у састав заједничке имовине, приступа се утврђивању удела сваког од супружника. Деобом заједничке имовине супружници од заједничара постају сувласници са уделима који су тада познати или суповериоци ако се ради о њиховом заједничком потраживању према трећим лицима.²¹

Утврђивање удела брачних другова је веома сложен и деликатан посао, јер се ради о мноштву околности које треба утврдити, нарочито када су у питању бракови који су дуже трајали, стечена имовина већег обима, да је у тим случајевима постојала и посебна имовина коју треба такође доказати. За случај да се догодило преливање имовина, заједничке у посебну, и обрнуто, потребно је утврдити чињенице, околности и услове под којима је то урађено, као и вољу брачних другова испуњену у вези са тим (Шемић, 1994: 96).

Активну легитимацију за подизање тужбе имају супружници, наследници умрлог супружника и повериоци оног супружника из чије се посебне имовине нису могла намирити њихова потраживања.²² Пасивну легитимацију у парници за деобу заједничке имовине може имати брачни друг или оба брачна друга, која се јављају као јединствени супарничари, ако парнични поступак покрене поверилац, као и наследници брачног друга, ако у оставинском поступку други брачни друг тражи од наследника да се издвоји његов део на име стечене заједничке имовине, а остали наследници му то оспоравају.

²¹ Чл. 177. Породичног закона.

²² Чл. 181. Породичног закона.

Правилно постављеним тужбеним захтевом тражи се утврђење шта је предмет заједничке имовине (ствари, права, дугови), као и колики је удео једног брачног друга у стицању заједничке имовине, а колики другог. На тај начин се дотадашња заједничка имовина претвара у сувласничку, са аликвотним уделом сваког од супружника.

Када је реч о критеријуму деобе заједничке имовине, одредбом чл. 180. ПЗС је уведена претпоставка о једнаком уделу супружника у заједничкој имовини. Полази се од равноправности супружника у браку и чињенице да је њихов допринос у стицању заједничке имовине, углавном једнак. Обзиром да је у питању оборива процесна претпоставка, то сваки од супружника који није задовољан поделом на једнаке делове, може захтевати да се утврди његов већи удео и на њему лежи терет доказивања чињеница које обарају наведену процесну претпоставку. Већи удео у стицању заједничке имовине једног од супружника, сходно одреби чл. 180. ст. 3. ПЗС, зависи од његових остварених прихода, вођења послова у домаћинству, старања о деци, старања о имовини и других околности од значаја за одржавање или увећање вредности заједничке имовине.²³

Да би суд могао да изврши деобу заједничке имовине, најпре је потребно да утврди имовинску масу која чини заједничку имовину. Затим је потребно да суд из те имовинске масе издвоји стварна и тражбена права, као и обавезе које чине њихову посебну имовину. Сва она имовина која преостане након издвајања посебне имовине, чини заједничку имовину супружника. У случају спора, да ли нека ствар улази у посебну или заједничку имовину, важи претпоставка да улази у заједничку имовину, а странка која тврди другачије треба то и да докаже.

Следећи задатак суда је да утврди колико је сваки од супружника радом допринео настанку заједничке имовине, водећи рачуна и о свим осталим околностима таксативно наведеним у закону. Дакле, при утврђивању удела супружника у заједничкој имовини, потребно је валоризовати сваки користан рад који су супружници обављали заједнички или посебно у току трајања заједнице живота.²⁴

²³ Чл. 180. Породичног закона.

²⁴ „За остваривање права на удео у заједничкој имовини брачних другова - стамбеној згради, неопходан је услов да су брачни другови ту имовину стекли радом у току брачне заједнице, а није довољно само да је спорна имовина стечена за време трајања брачне заједнице. Није, дакле, довољно само то што је спорна стамбена зграда стечена за време трајања брачне заједнице, будући да није прибављена њиховим заједничким радом и средствима, већ из других извора, и то из посебне имовине тужиљине мајке“. Пресуда Окружног суда у Зрењанину Гж. 263/97 од 30.12.1997. године; (Вуковић, 2005: 143).

Активности, односно послови које супружници у том смислу предузимају, веома су разноврсни. Једни су везани за професију (занимање), други за вођење заједничког домаћинства, трећи искључиво за децу итд. Неки од послова супружника за резултат имају одређену материјалну корист или накнаду, најчешће новчану. Међутим, бројни су, али и важни они послови супружника чије предузимање није мотивисано остваривањем прихода, нити се исти награђују материјалним вредностима (Радић, 2016: 109). Иако се таквим радом супружника не ствара нова економска вредност, то се омогућава другом супружнику да то чини. Имовина која се на овај начин стиче резултат је њихове координисане активности са циљем стицања имовинске вредности ради обезбеђења материјалног положаја супружника и породице у целини (Поњавић, 2007: 355).²⁵ Уколико су супружници били запослени онда се тај њихов рад цени у односу на висину зараде коју су остваривали.²⁶

Након овога, суд утврђује удео сваког од супружника у заједничкој имовини, који се изражава разломком или процентима, а означава колики део од укупне заједничке имовине припада једном, колики другом брачном другу, односно доноси се одлука о подели имовине на једнаке делове или према доприносу у њеном стицању, ако је такав захтев постављен.

Већи удео у стицању заједничке имовине утврђује се у истој сразмери за сва права и обавезе у тренутку престанка заједнице живота у браку.

²⁵ „Код утврђивања доприноса брачних другова у стицању заједничке имовине и с тим у вези одмеравању њихових удела, цене се сви облици рада, а не само они који непосредно остварују нове новчане вредности“ – Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2326/03.

²⁶ „Према схватању Врховног суда, сругостепени суд је, код утврђивања удела супружника у смислу одредбе члана 180. Породичног закона, правилно поступио када је као критеријум узео у обзир њихова лична примања-зараде, с обзиром на то да се тај критеријум у конкретном случају појављује као основни критеријум за утврђивање доприноса у стицању наведене уштеђевине. Тако је на основу потврда које је тужени приложио утврђено да је у периоду од 1994. године до раскида брачне заједнице средином лета 2002. Године, тужени остварио укупну зараду у нето износу од 1.354.563 динара, док је тужиља за исти период остварила зараду у износу од 512.595 динара. На тај начин утврђен је већи удео једног супружника – туженог – у свему у складу са одредбама чл. 180. Став 3. Породичног закона, и то у сразмери са његовим уделом у настанку уштеђевине од 72,5%, уз допринос тужиље од 27,5%. Тачан је навод ревизије тужиље да се у складу са чланом 180. став 2. Породичног закона претпоставља да су удели супружника у заједничкој имовини једнаки. Међутим, у складу са наведеним, а у ситуацији када је допринос супружника мерљив једино на основу критеријума њихове остварене зараде – прихода, ова претпоставка је оборива, што даље значи да ће се допринос у оваквој ситуацији ценити према критеријуму оствареног прихода“ - Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3044/09 од 13.10.2009. године.

Већи удео једног супружника у стицању појединог права из заједничке имовине може се утврдити само ако је то право економски самостално у односу на остала права из заједничке имовине, а супружник је у стицању тог права учествовао и приходима од своје посебне имовине.²⁷ Након утврђивања удела сваког од супружника у заједничкој имовини, они се могу споразумети које ће ствари припасти у својину и државину једном а које другом супружнику, а уколико такав споразум изостане физичку деобу ће извршити суд.²⁸

Законодавац је, прихватајући мешовити систем једнаких удела у поступку деобе заједничке имовине, дефинисао претпоставку да су удели супружника у заједничкој имовини једнаки, остављајући при том могућност тужиоцу да докаже да је његов допринос у стицању заједничке имовине очигледно већи од доприноса другог супружника.

Систем једнаких удела, који апсолутно потврђује једнакост животних и имовинских партнера и са истом пажњом уважава њихове улоге у браку и породици, представља конкретизацију принципа равноправности супружника и на пољу имовинских односа. Наиме, супружници као учесници имовинских односа имају преко потребну сигурност у смислу ефикасне правне заштите њихових постигнућа, а истовремено им се пружа гаранција да ће се исплатити сваки облик рада и уважити напори које они улажу у материјално обезбеђење брачне, односно породичне заједнице (Радић, 2016: 218).

5. Закључак

Имајући у виду претходно изложене карактеристике заједничке имовине, јасно је да се ради о врло софистицираном правном институту, конструисаном профилисањем пажљиво одабраних посебних правила, која су уграђена у шири нормативни оквир утемељен на основним принципима имовинског права. Тиме је обезбеђена потребна компатибилност овог правног института са општим правилима имовинског права, са једне стране, и уважене све посебности имовинских односа између лица која су везана браком и који су креатори породице, са друге стране (Радић, 2016: 119).

Из правне природе заједничке имовине, односно чињенице неодређености удела супружника као њених титулара произилази низ правила везаних за правни режим управљања и располагања предметом заједничке имовине.

²⁷ Чл. 180. ст. 4., 5. Породичног закона.

²⁸ Чл. 180. ст. 1. Породичног закона.

Анализом законских решења закључује се да наше позитивно право познаје одређене критеријуме приликом утврђивања предмета односно састава заједничке имовине супружника, као и у погледу начина утврђивања доприноса у стицању удела у заједничкој имовини, кроз прихватање мешовитог система једнаких удела са могућношћу доказивања већег удела у стицању од стране једног супружника.

Међутим, законска решења нису лишена одређених непрецизности и правних празнина, те има простора да се следећим законским реформама унапреде.

Позитивно-правни прописи не дају јасна решења у погледу заштите трећих савесних лица код стицања права својине на непокретностима као предмету заједничке својине, ако је преносилац један од супружника, који је у јавним регистрима уписан као власник, што у практичној примени одредаба Породичног закона које се односе на располагање предметом заједничке имовине без сагласности другог супружника доводи до сукоба начела *nemo plus iuris* и начела поуздања јавне књиге односно начела правне сигурности у промету.

Осим тога, домаће право нема довољно јасне критеријуме код утврђивања предмета заједничке имовине супружника у погледу ствари купљених на кредит, станова стечених откупом, учињених поклона, као и акција и удела у привредним субјектима, а недостају и јаснији и потпунији критеријуми у погледу оцене доприноса код различитих облика рада у стицању удела у заједничкој имовини.

Следеће измене закона могле би ићи у правцу њиховог унапређења, чиме би се повећала правна сигурност и отклониле недоумице у практичној примени овог института.

Литература

Бабић, И. (2010). Заједничка својина. Правни живот. 10 (LIX). 659-675.

Барат, К. (1957). Заједничка тековина. Гласник адвокатске коморе за А. П. Војводину. 3 (VI). 5-15.

Белај, В. (2012). О заједничком власништву. Правна ријеч – Часопис за правну теорију и праксу. 32 (IX). 131-145.

Босиљчић, М. (1980). Право заједничке својине. Правни живот. 11 (XXIX). 19-34.

Зборник радова студената докторских студија права

Bromley, P. Lowe, N. (1987). *Family law*. Лондон: Butterworth & Co (Publishers) Ltd.

Вуковић, С. (2005). Коментар породичног закона. Београд: Пословни биро ДОО.

Гамс, А. (1966). Брачно и породично имовинско право. Београд: Научна књига.

Канјата, С. (2002). *Family law digest: Matrimonial property*. Кампала: Law Africa publishing.

Ковачек – Станић, Г. (2002). Упоредно породично право. Правни факултет Универзитета у Новом Саду Универзитет у Новом Саду.

Ковачек – Станић, Г. (2009). Породично право: партнерско, дечије и стааратељско право. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Митровић, Ј. (1998). Права разведеног брачног друга на акције друштва које је основао други брачни друг. Правни живот. 11/98. 237-250.

Накић – Момировић, С. (2006). Имовински односи супружника и ванбрачних партнера - вануговорни режим. Поњавић, З. (Прир.). Зборник радова Ново научно законодавство. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу. 429-449.

Панов, С. (2010). Породично право. Правни факултет Универзитета у Београду.

Поњавић, З. (2007). Породично право. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Радић, Д. (2011). Располагање заједничком ствари – релативизација забране располагања стварима у заједничкој својини без сагласности свих заједничара. Правна ријеч. 28. (VIII). 297-309.

Радић, Д. (2016). Имовински односи у браку. Правни факултет Универзитета у Бања Луци.

Радић, Д. (2016). Заједничка имовина као механизам заштите имовинских права и интереса супружника. Бубић, С. (Прир.). Зборник радова – Дани породичног права. Правни факултет Универзитета „Џемал Биједић“ у Мостару. 263-276.

Сворцан, С. (2006). Имовински односи супружника према Породичном закону Републике Србије. Станковић, Г. (Прир.). Зборник радова – Новине у породичном законодавству. Правни факултет Универзитета у Нишу. 153-161.

Стаменковић, В. Пантић, Г. (2000). Заједничка имовина и њена искушења. Избор судске праксе. 9 (VIII). 10-14.

Тешић, Н. (2006). О заједничкој имовини супружника. Правни живот. 10 (LV). 259-277.

Точанац, А. Ненчић, А. (2003). Заједничка својина. Билтен Округног суда у Београду. 61. 34-43.

Шемић, М. (1994). Заједничка имовина у брачној, ванбрачној и широкој породичној заједници. Право – теорија и пракса. 10-12 (XI). 86-125.

Породични закон. Службени гласник РС. Бр. 18.2005, 72.2011 - др. закон и 6.2015.

Закон о раду. Службени гласник РС. Бр. 24.2005, 61.2005, 54.2009, 32.2013, 75.2014.

Закон о становању. Службени гласник РС. Бр. 50.1992, 76.1992, 84.1992, 33.1993, 53.1993, 67.1993, 46.1994, 47.1994, 48.1994, 44.1995, 16.1997, 46.1998, 26.2001, 101.2005, 99.2011.

Tijana Mitrović, LL.M.,

PhD student at the Faculty of Law, University of Niš,

Associate at the Appellate Court in Niš

ESTABLISHING THE CONTENT AND SPOUSES' SHARES IN JOINT MATRIMONIAL PROPERTY

Abstract

Joint ownership is a specific property law institute which entails multiple ownership titles on the same property, undefined shares of joint owners, and special rules on the use and disposition of jointly owned assets. In Serbian real property law, joint ownership can be defined as a special form of ownership on indivisible property, where the joint owners' shares are not clearly specified but may be explicitly designated.

In this paper, we analyze the normative framework concerning the matrimonial property of spouses, as a form of joint ownership which generates most dilemmas

in practice. During their life in the matrimonial community, the spouse may be involved in diverse property relations, which have a significant role in determining each spouse's share in the jointly acquired matrimonial property. The introductory part provides an overview of the general conditions for the creation of joint matrimonial property. Then, the author considers individual property items which are disputable in terms of whether they are part of the joint matrimonial property and, if so, under what circumstances. The second part of the paper analyzes the process of determining one's share in matrimonial property and contribution to the acquisition of joint assets. In conclusion, the author discusses the disputable issues observed in practice in relation to joint matrimonial property, points to the ambiguity caused by insufficiently precise legal provisions, and gives suggestions for their prospective improvement.

Keywords: *spouse's property rights, joint matrimonial property, co-ownership, acquisition of property, division of joint property, movable property, immovable property.*

ИЗДРЖАВАЊЕ СУПРУЖНИКА И БИВШИХ СУПРУЖНИКА

***Апстракт:** У раду се говори о законском издржавању по основу брака. Анализоване су одредбе Породичног закона Републике Србије, решења предложена у Преднацрту будућег српског Грађанског законика и одговарајућа правила упоредног права. Применом компаративног метода долази се до закључка да супружанско издржавање није свуда уређено на исти начин. Разликују се прописани услови, обим, трајање, заштита права на издржавање. Ове разлике постоје и у сфери издржавања за време трајања брака и у домену издржавања бивших супружника. У сваком случају, супружанско издржавање представља изузетно значајну установу, како за појединце – (бивше) супружнике, тако и за друштво у целини. Због тога се треба стално бавити начином на који је оно уређено и могућим методима његовог усавршавања. У раду је на одговарајућим местима истакнуто која су важећа решења, по мишљењу аутора, добра, па их не треба мењати, а такође и она која треба осавременити или прецизније, потпуније изразити.*

***Кључне речи:** издржавање, супружници, бивши супружници, особине издржавања, услови издржавања, висина издржавања, трајање и престанак издржавања.*

1. Увод

Издржавање (бивших) супружника представља законом прописано право и обавезу брачних партнера да један другом обезбеде неопходна животна средства, према својим потребама и могућностима. Оно је израз породичне солидарности и поимања брака као заједнице најважнијих животних активности. Од огромног је значаја не само за појединца – необезбеђеног супружника, већ и за читаво друштво. Како има не само правни, него и економски и шири социјални аспект, одувек је побуђивало велику пажњу стручњака из различитих области. Реч је о установи чији се елементи могу различито обликовати, па треба стално испитивати

1 adv.mmilena@gmail.com

да ли су пожељне извесне промене, које би више одговарале савременим правним и друштвеним потребама.

У овом раду смо се бавили материјалноправним аспектима супружанског издржавања. Проучавали смо појам и природу издржавања по основу брака, његове особине, услове под којима је могуће, видове у којима се јавља и његов обим, као и његово трајање и престанак. Очекивано, предмет истраживања су првенствено била правила српског породичног права. Упоређивали смо их са решењима из правних поредака појединих земаља из окружења. Предмет нашег интересовања биле су и породичноправне норме немачког, француског и руског права. Анализовали смо их јер су саставни део законика који су најснажније утицали на остала европска права. Желели смо, такође, да предочимо различите приступе у уређењу супружанског издржавања. Истицали смо решења која су савремена, оригинална и која могу послужити као узор српском законодавцу. Дужну пажњу посветили смо и Преднарту нашег будућег Грађанског законика и Принципима европског породичног права². У очекивању Грађанског законика Републике Србије ваља се осврнути на правила предложена у његовом Нацрту и указати на пожељне правце развоја института супружанског издржавања. Принципи, с друге стране, завређују нарочиту пажњу јер су замишљени као корак ближе усаглашавању породичноправних норми различитих европских земаља.

2. Појам и правна природа издржавања супружника

Издржавање супружника представља законску облигацију³ личноимовинске природе – дужничко-поверилачки однос заснован на чињеници брака с циљем подмиривања (основних) животних потреба супружника који нема довољно материјалних средстава, а не може сам да их обезбеди услед неспособности за рад или незапослености. Природно је и етички

2 *Principles of European Family Law regarding divorce and maintenance between former spouses*, у даљем тексту: Принципи. Реч је о тексту академског карактера, израђеном од стране Комисије за европско породично право, који може послужити као појмовни оквир у процесу усаглашавања породичноправних правила појединих европских земаља. У раду Комисије је учествовало двадесет осам стручњака из двадесет две европске земље. Први део Принципа, који се односи на развод брака и издржавање бивших супружника, објављен је 2004. године (Видети: *Boele – Woelki, Martiny*, 2007:126. Текст Принципа је доступан на веб сајту: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-English.pdf>, приступ 23.08.2017. год.).

3 Под облигацијом се подразумева правни однос између најмање два лица, који једно од њих овлашћује да захтева од другог да нешто учини или не учини (Радишић, 2008: 36). Како је издржавање дефинисано као право и дужност чланова породице одређених Породичним законом („Сл. Гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015, у даљем тексту: ПЗ РС), најприкладније је назвати га (законском) облигацијом.

исправно да се свако првенствено сам стара о свом животу и здрављу⁴, али када неко није у могућности да то чини, о њему мора бринути његова породица или држава. У односу на чланове породице, одговорност државе је супсидијарна, што је последица њене тежње (коју остварује посредством законодавне власти) да се што ређе нађе у улози дужника (Видети: Панов, 2010: 296; Поњавић, 2002: 9-11).⁵ С друге стране, треба имати у виду да је смисао, суштина породице развијање осећања сваке врсте сигурности, па и економске, код јединки које је чине.⁶

Као што је једна од функција породице узајамна брига о материјалном благостању њених чланова, тако је једна од последица брака обавеза старања о необезбеђеном брачном партнеру. Иза сажете законске дефиниције брака као законом уређене заједнице живота жене и мушкарца⁷, а нарочито иза великог броја одредаба о правима и обавезама супружника, налази се најпотпунија заједница у животу и праву - заједница најважнијих животних активности, вредности, осећања. Због тога је међусобно издржавање, поред законом прописане обавезе, такође и природно својство заједничког живота супружника. Следствено томе, у току трајања брака, оно се најчешће одвија спонтано, на основу прећутног договора супружника и без посредовања суда. Насупрот томе, након престанка брака, право на издржавање се чешће остварује судским путем. Учешће суда је могуће и у току трајања брака, уколико један супружник располаже

4 Принципи европског породичног права садрже изричиту обавезу бивших супружника да сами обезбеде неопходна средства (чл. 2:2 Принципа).

5 У некадашњем Закону о браку и породичним односима („Службени гласник СРС“ бр. 22/80, 24/84, 11/88, +22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/01, у даљем тексту ЗБПО) било је истакнуто да је држава супсидијарни дужник када се издржавање не може остварити унутар породице. Слична одредба и данас постоји у Породичном закону Црне Горе („Службени лист РЦГ“, бр. 1/2007, у даљем тексту: ПЗ ЦГ. Видети чл. 253). У позитивном праву Републике Србије обавезе државе према необезбеђеним грађанима уређене су прописима из области социјалног осигурања (Видети: Вујовић, 2006:179).

6 Породица је животна заједница лица везаних браком или ванбрачном заједницом и сродством или само сродством (крвним или грађанским) која имају међусобна права и обавезе. Поред економске, породица има социјалну и репродуктивну функцију. Економску функцију претежно остварује у улози потрошача, јер је као произвођачка јединица у савременом друштву изгубила на значају, ако изузмемо сеоска домаћинства и породично предузетништво. Социјална улога породице се састоји у преношењу правила понашања и вредности с генерације на генерацију, а репродуктивна у стварању најприкладнијег окружења за рађање и подизање деце (Видети: Поњавић, 2007: 37, 39-40). Иако се налази изван овира непосредног законског уређења, не сме се занемарити ни допринос породице успостављању емотивног, психолошког мира, стабилности и осећања сигурности сваког појединца.

7 Чл. 3 ст. 1ПЗ РС.

приходима остављајући свог партнера без нужних средстава, као и у случају када брак постоји само формалноправно, будући да је заједница живота престала.⁸

Закључујемо да је издржавање супружника једно од дејстава брака и једна од последица његовог престанка (Видети: Ковачек-Станић, 2005 :112). Сматрамо да је реч не само о законској, већ и о моралној обавези, проистеклој из брака као заједнице живота у најпотпунијем смислу. Иако је неспоран интерес друштвене заједнице да терет издржавања материјално угроженог лица не сноси она, већ неко други, мишљења смо да заштита јавног поретка није одговарајуће објашњење основа и природе супружанског издржавања.⁹ Законском одредбом, ма колико

8 Видети пресуду бр. Гж 508/97 од 30.04.1997. године (доступна на веб сајту: www.sirius.rs/praksa/23670, приступ 22.08.2017. год.), у којој се наводи да то што заједница формално постоји није препрека да супружник (у време доношења пресуде брачни друг) захтева издржавање. У конкретном случају, тужени је самостално располагао својом пензијом подмирујући основне потребе домаћинства, али не и потребе своје супруге (тужиље) за храном и одевањем. Првостепени суд је усвојио тужбени захтев, а у жалби је истакнуто да га је требало одбити, јер странке живе у заједници, тако да тужени обезбеђује све потребе тужиље. Међутим, суд правног лека је правилно закључио да тужиља има право на издржавање од свог супруга (без обзира што још увек формално постоји заједница живота), јер јој он не даје новац за свакодневну исхрану, нити је обезбеђује на други начин. У упоредном праву има примера прецизнијег уређења супружанског издржавања у току трајања брака и остварења овог права судским путем. Тако Породични законик Руске федерације (Семейный кодекс Российской Федерации, у даљем тексту: ПЗ РС) прописује узајамну обавезу издржавања супружника у току трајања брака. Уколико супружник који има довољно средстава избегава ову своју обавезу према супружнику који је неспособан да сам обезбеди нужна средства, захтев за издржавање се може остварити посредством суда, под условом да супружници претходно нису могли да постигну споразум о спорним питањима. Супруга ће свакако имати право на издржавање за време трудноће и у периоду од три године након порођаја. Посебну заштиту ужива и супружник који се стара о заједничком детету са инвалидитетом, јер ће право на издржавање остваривати све до пунолетства детета, док ово право супружника који се стара о заједничком детету – инвалиду прве категорије није временски ограничено (Видети: чл. 89 ПЗ РФ). Решење из руског права сматрамо добрим, јер штити посебно угрожене категорије лица. Осим тога, мишљења смо да је корисно отклонити сваку недоумицу у вези са принудним остварењем права на издржавање у току трајања брака и условима под којима је то могуће, јер има места ставу да је вођење судског поступка између супружника неспојиво са природом брака и да би санкција за недавање супружанског издржавања могла да буде једино развод брака. Међутим, ми се, у складу са принципом *favor matrimonii*, опредељујемо за раније изложено становиште, јер погодује очувању брака када разлози имовинске природе, ипак, нису довели до непоправљивог поремећаја брачних односа (Сличног става је и Цвејић - Јанчић (2002:14)).

9 Теорију о закону као непосредном извору облигације издржавања и ону о заштити јавног поретка заступа, између осталих, Слободан Панов (Видети: Панов, 2010 :296).

строга она била, не може се наметнути обавеза коју њени адресати не сматрају бар донекле правичном. Због тога истичемо да оправдање издржавања по основу брака треба тражити у сложеној природи брачних односа. Мишљења смо да се ова теза односи и на издржавање бивших супружника, јер се престанак брака, због поменуте његове сложености, не може поистоветити са престанком било ког правног односа.¹⁰ Осим тога, преклузивним роком за истицање захтева и ограниченим трајањем издржавања по престанку брака, заштићен је интерес бившег супружника - дужника да у одређеном тренутку, ипак, буде ослобођен свих дејстава заједнице која више не постоји.¹¹

3. Особине законског издржавања по основу брака

Обавеза издржавања између супружника је прописана законом, и то одредбама императивног карактера. Строгост правних норми којима је ова установа уређена огледа се пре свега у томе што се супружници не могу одрећи права на издржавање.¹² Треба ипак имати у виду да се законска забрана располагања овим правом односи на евентуални споразум којим би супружник унапред, лакомислено искључио могућност да од свог партнера, у случају нужде, захтева помоћ у обезбеђивању основних животних средстава. До фактичког одрицања увек може доћи, било да је оно мотивисано стицањем бољег преговарачког положаја у фази престанка брака или емотивним чиниоцима. Често је разлог одустајања од захтева за издржавање обећање друге стране да ће у том случају пристати на развод брака, а неретко се дешава и да повређени супружник у томе види начин да очува своје достојанство и осећање поноса (Видети: Јовић, 2013 :285-286; Панов, 2010 :296).¹³ Међутим, није сваки уговор супружника који се тиче

10 Поњавић (2004:166) сматра, међутим, да од свих облика законског издржавања онај који постоји између бивших супружника због непостојања правног основа има најмање оправдања.

11 О условима издржавања бивших супружника биће више речи у одговарајућем делу рада.

12 Према општем правилу у области законског издржавања, одрицање од овог права нема правног дејства (чл. 8 ст. 2 ПЗ РС).

13 Вучковић (2002 :41) наводи да је у време важења ЗБПО Грађанско одељење Врховног суда Србије заузело правно схватање по коме се разведени супружник може одрећи права на издржавање. Треба ипак имати у виду да су овом схватању претходиле пресуде засноване на чињеници да је разведени супружник који се одрекао права на издржавање заузврат добијао неку имовину. Исти аутор закључује да би се о одрицању од права на супружанско издржавање уопштено могло говорити само ако би се дала предност уговорном уређењу брачних имовинских односа, али се опредељује за заштиту права на издржавање пре него за поштовање воље странака.

издржавања ништав, јер је према изричитој законској одредби могуће договарање о начину испуњења обавезе издржавања и њеној висини.¹⁴ Слична решења налазимо и у упоредном праву. Одређивање висине и начина давања издржавања у Породичном законнику РФ уређено је на начин приближан оном предложеном у Преднацрту. У одсуству споразума између брачних партнера, висину издржавања (у фиксном износу који ће се плаћати на месечном нивоу) одређује суд (на основу имовинског стања и породичног статуса супружника и осталих заинтересованих лица).¹⁵ Приметна је, иначе, тежња руског законодавца ка постизању споразума о издржавању кад год је то могуће, јер су одредбе с овим предметом бројне и детаљне.¹⁶ У немачком праву је допуштено споразумевање бивших супружника о обавези издржавања. Ако је споразум постигнут пре коначног раскида брака, мора бити оверен од стране нотара.¹⁷ У Принципима је прихваћен писани споразум супружника о обиму, начину испуњења, дужини, престанку и поновном настанку облигације издржавања. У истом члану је напоменуто да суд задржава право контроле пуноважности овог споразума, вероватно с циљем наглашавања друштвеног значаја правилног остваривања издржавања.¹⁸

Издржавање супружника представља лично имовинско право, јер је за разлику од других права чији се предмет може новчано изразити везано

14 Видети: чл. 161 и 162 ПЗ РС. У Преднацрту српског Грађанског законика (у даљем тексту: Преднацрт), у понуђеној алтернативи у којој се овлашћује суд да одлучи о висини и начину издржавања супружника који се о томе нису споразумели, предност је очигледно дата аутономији воље, с крајњим циљем неутралисања што већег броја извора супружанског неслагања (Видети: чл. 2395). Да би имао својство извршне исправе, споразум мора бити сачињен у писаној форми пред органом старатељства и мора бити оверен од стране јавног бележника. Јовић (2013 :288) примећује да није наведено у ком се моменту може закључити споразум, као и то да његово закључење у току трајања брака може да доведе будућег повериоца издржавања у неповољан положај.

15 Видети: чл. 91, чл. 99 и чл. 106 ПЗ РФ. Стилизација овог члана упућује на то да се приликом одлучивања о висини издржавања, сасвим оправдано, узимају у обзир и интереси заједничке деце и других лица која су бивши супружници дужни да издржавају.

16 Издвајамо решење по коме се у случају непоштовања споразума (бивших) супружника тужба може поднети увек, дакле, без временских ограничења. Правило је да се издржавање досуди за убудуће, а за протекли период (највише три године) само ако је поверилац предузео неопходне мере за обезбеђење потраживања, али без успеха (Видети: чл. 107 ПЗ РФ).

17 Видети: § 1585ц Немачког грађанског законика (Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch) – у даљем тексту: BGB.

18 Видети: чл. 2:10 Принципа.

за личност титулара. Персонална суброгација у овом случају није могућа, ни правним послом *inter vivos* ни *mortis causa*, а потраживање по основу издржавања не може бити предмет извршења нити пребијања (Јовић, 2013: 282-283; Ковачек-Станић, 2005 :109).¹⁹ Међутим, у правном промету се могу наћи појединачни, доспели оброци издржавања.

Незастаривост права је још једна особеност супружанског издржавања. Док само право на издржавање не подлеже застарелости, потраживања повремених давања у којима се оно исцрпљује престају услед пасивности супружника – титулара по протеклу три године од доспелости сваког појединог давања.²⁰ За време трајања брака застарелост не тече.²¹

Издржавање представља узајмно право и обавезу супружника.²² Да ли ће се један супружник наћи у улози повериоца или дужника зависи од конкретних околности. Супружник који је због недостака основних средстава у одређеном периоду био поверилац издржавања, у наредном периоду може бити дужник у односу на другог супружника, кога је касније задесила иста ситуација.

Издржавање у току или након престанка брака не може се захтевати за протекло, већ само за будуће време, јер се сасвим оправдано претпоставља да је супружник истакао захтев за издржавање управо у тренутку када је остао без сопствених средстава за задовољење нужних потреба.²³ С друге стране, супружник који из оправданих разлога није поднео тужбу

19 Јовић (2013:282) цитира Комара, Кораћа и Поњавића наводећи да се права и обавезе из законског издржавања не могу преносити на трећег, јер би могла да буду доведена у питање основна овлашћења из којих се оно састоји, попут овлашћења на промену начина давања и висине издржавања (услед промењених околности). Истичемо да би могућност располагања законским издржавањем представљала *contradictio in adjecto*, јер је његова сврха обезбеђење основних услова за живот тачно одређеног лица, због чега се разликује од свих других имовинских права и обавеза.

20 Видети: чл. 372 ст. 1 Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/1978, 39/85, 45/89 и 57/89, „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/9, у даљем тексту: 300). Видети и: Рев. 363/03 од 04.02.2004. год., www.sirius.rs/praksa/20991, приступ 23.08.2017. год.

21 Видети: чл. 381 ст. 1 т. 1 300.

22 „Супружници су дужни да се узајмно издржавају под условима одређеним овим закон(ик)ом“ (чл. 28 ПЗ РС и чл. 2240 Преднацрта).

23 У немачком праву, издржавање се може тражити и за протекли период (*ex tunc*) - поверилац са нарочитим потребама, чак, без икаквих временских ограничења. У осталим случајевима, у овом смислу су правно значајни дан подношења захтева дужнику да се изјасни о својим приходима или имовини, дан када је дужник прекршио обавезу и дан подношења захтева за издржавање суду. За период дужи од годину дана пре подношења захтева, издржавање се може тражити само ако је дужник умишљајно повредио своју обавезу (§ 1585б BGB-а).

за издржавање до закључења главне расправе у брачном спору, може то учинити у року од годину дана од дана престанка брака, односно од дана када је примио последње фактичко давање на име издржавања. Да би суд могао да усвоји тужбени захтев, поред осталих претпоставки, потребно је да постоје услови за давање издржавања, како у време престанка брака, тако и у тренутку подношења тужбе.²⁴ Панов (2010 :307) наглашава да се по стилизацији предметне законске одредбе може закључити да услови за издржавање не морају постојати непрекидно до момента истицања захтева. Насупрот томе, ПЗ ЦГ прописује да услови од којих зависи одлука о издржавању морају постојати у континуитету, од времена пре развода брака, па све до закључења главне расправе у алиментационој парници. Право на издржавање има и бивши супружник чија је неспособност за рад проузрокована телесном повредом или нарушењем здравља из времена пре развода брака.²⁵ По правилима хрватског права неопходно је да услови за издржавање постоје од закључења главне расправе за развод или поништење брака до закључења главне расправе у парници за издржавање, која се, иначе може покренути у року од шест месеци од престанка брака.²⁶

Обавеза издржавања (бившег) супружника је променљивог обима, јер је како у зачетку, тако и за све време постојања омеђена потребама повериоца и могућностима дужника издржавања, што су променљиве категорије. Право на промену висине издржавања, већ утврђене пресудом или споразумом, омогућава да се издржавање, због промењених субјективних или објективних околности (*rebus sic stantibus*), прилагоди својој намени – обезбеђењу редовног снабдевања једног лица материјаним добрима, ради подмирења његових потреба (Станковић, 1986 :49). Дужник ће тражити смањење обавезе због мањих прихода, повећаних потреба, обавезе да издржава друга лица итд.²⁷ Поверилац ће, тражећи повећање висине

24 Видети: чл. 279 ст. 1-4 ПЗ РС. У предмету с пословним бројем Гж 1237/96 суд је закључио да се мора утврдити да ли су испуњени сви прописани услови за позитивну одлуку о издржавању у корист супружника, који је из оправданих разлога такав захтев поставио у посебној парници. Одлука доступна на: www.sirius.rs/praksa23449, приступ 18.08.2017. год. Видети и: Рев.170/00 од 26.09.2000. год. www.sirius.rs/praksa20499, приступ 18.08.2017. год.

25 Видети: чл. 263 ст. 2 ПЗ ЦГ.

26 Видети: чл. 218 Обитељског закона (Народне новине, бр. 01-081-03-2596/2, у даљем тексту: ОЗ РХ).

27 Примера ради, сматраће се да су се стекли услови за измену одлуке о издржавању, када је обвезник плаћања издржавања засновао нову породицу, те је дужан да издржава две малолетне ћерке и незапослену супругу (Рев. 455/03, www.sirius.rs/praksa5091, приступ 23.08.2017. год.). Станковић (1986 :52), иначе, негативно оцењује уобичајену

издржавања, указивати на повећање трошкова живота, погоршање здравља, смањење сопствених средстава итд. Када је одређено издржавање у одређеном проценту од сталних месечних примања супружника – дужника, истовремено с променама њихове висине мењаће се и висина издржавања. То значи да у овом случају до промене висине дугованог износа може доћи и без подношења тужбе суду од стране повериоца или дужника издржавања.

Издржавање по основу брака је првенственог ранга у односу на друге врсте издржавања, јер је правило да се основна животна средства имају добити најпре од другог супружника.²⁸ Лице које је фактички давало издржавање, иако није било у обавези да то чини, има право на накнаду, тј. регрес од супружника – дужника издржавања.²⁹ Право на накнаду постоји ако је издржавање дато *animo obligandi*, а не *animo donandi* (Кораћ, 2002 :35). Породични закон садржи правну празнину о праву на регрес лица које је давало издржавање од дужника пречег ранга. У Преднацрту су предложене две варијанте - по једној се трошкови издржавања могу захтевати за период од три године пре подношења захтева за накнаду, док по другој право на накнаду не постоји.³⁰

Законско издржавање уопште, па тако и издржавање с обзиром на чињеницу брака, има привилегован статус у односу на друга потраживања, у парничном и извршном поступку. Супружник који тражи издржавање тужбу може поднети како суду опште месне надлежности, тако и оном на чијем се подручју налази његово пребивалиште, односно боравиште.³¹ Суд је дужан да нарочито хитно поступа у споровима с овим предметом.³² Средства за издржавање изузета су од извршења, а потраживање по основу основу намирује се одмах након трошкова поступка приликом продаје непокретности.³³ Приоритет у намирењу ове врсте потраживања прописан је одредбама о извршењу на покретним стварима, новчаном потраживању, као и на заради и другим сталним новчаним примањима извршног

синтагму о промени или преиначењу одлуке о издржавању, подвлачећи да је ту реч о промени садржине већ постојећег односа издржавања, до чега долази у новом парничном поступку у коме се решава нови алиментациони спор.

28 Видети: чл. 166 ПЗ РС.

29 Видети: чл. 165 ст. 1 ПЗ РС.

30 Видети чл. 2400 Преднацрта.

31 Видети: чл. 43 Закона о парничном поступку (Сл. гласник РС, бр. 72/2011, 49/2013 - одлука УС, 74/2013 одлука УС и 55/2014), као и: Мандић, 2006:214;

32 Видети: чл. 280 ПЗ РС, као и Станковић, 2006:205.

33 Видети: чл. 218 и чл. 253 Закона о извршењу и обезбеђењу („Сл. Гласник РС“, бр. 106/2015 и 106/2016 - аутентично тумачење, у даљем тексту: ЗИО).

дужника.³⁴ Најзад, потраживање на основу издржавања и потраживање новчане ренте за издржавање изгубљене услед смрти дужника издржавања може бити намирено чак и извршењем на примањима ратних и мирнодопских војних инвалида на основу инвалиднине, ортопедског додатка и инвалидског додатка, али само до њихове половине.

Право издржавања установљено законом заштићено је и одредбама наследног и кривичног права. Тако је тежа повреда обавезе издржавања један од разлога недостојности супружника - наследника, а тиме и губитка права на наслеђивање.³⁵ Такође, једно од кривичних дела прописаних Кривичним закоником Републике Србије³⁶ јесте и недавање издржавања, које може извршити свако ко је по закону дужан да издржава одређено лице, па тиме и (бивши) супружник.³⁷

Повраћај онога што је дато на име издржавања није могућ.³⁸ То значи да лице које је примало издржавање, а није имало то право, или је примило већи износ од дугованог, не мора да врати стечено (Ковачек – Станић, 2005 :110). Бивши супружник неће моћи да захтева враћање онога што је

34 Видети: чл. 257, чл. 269 и чл. 292 ЗИО.

35 Видети: чл. 4 ст. 1 т. 4 Закона о наслеђивању („Сл. Гласник РС“, бр. 46/95, 101/93 – одлука УСРС и 6/2015).

36 „Сл. Гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 – испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016, у даљем тексту КЗ.

37 Објект заштите овог кривичног дела јесте право на издржавање између чланова породице. Обавеза издржавања по неком другом основу, попут накнаде штете, није објект извршења овог кривичног дела. Радња извршења је негативно одређена, представља пасивну делатност, нечињење. Најчешће се састоји у непријављивању запослења или прихода и имовине. Недавање издржавања је по својој природи трајно кривично дело. За постојање дела је потребан умишљај, дакле, свест о постојању обавезе, њеној висини, року и начину испуњења. Кривично гоњење се предузима по службеној дужности у скраћеном поступку пред основним судом (Видети: Јовашевић, 2006 :226-231). Прописаном новчаном казном или казном затвора до две године неће бити кажњено лице које из оправданих разлога није давало издржавање у складу са извршном судском одлуком или извршним поравнањем пред судом или другим надлежним органом. Ако је изречена условна осуда, учиниоцу може бити наложено да измири доспеле оброке и да убудуће уредно даје издржавање. Тежи облик дела, са запређеном казном затвора од три месеца до три године, постоји уколико су за издржавано лице наступиле тешке последице. (Видети: чл. 195 КЗ.)

38 Породични законик РФ је изричит, прописујући да се примљени износи издржавања морају вратити, ако је одлука о издржавању заснована на лажним чињеницама или исправама, или је поништена због преваре или заблуде изазване од дужника или његовог законског заступника (Видети: чл. 116 ПЗ РФ). У српском праву, до повраћаја датог на име издржавања, из ових разлога, може доћи једино путем одузимања противправно стечене имовинске користи у кривичном поступку.

по основу издржавања испунио партнеру који се касније обогатио (Панов, 2010 :301). Уколико ранији поверилац издржавања стекне обавезу да даје издржавање некадашњем дужнику, није реч о враћању онога што је претходно примљено на име издржавања, већ о настанку нове облигације (Видети: Петрушић, Константиновић – Вилић, 2012 :16).

4. Претпоставке супружанског издржавања

Облигација издржавања између супружника настаје кад се испуне законом прописани услови. У улози повериоца издржавања може се наћи супружник који нема довољно средстава за издржавање³⁹, а истовремено је неспособан за рад или је незапослен.⁴⁰ Право на издржавање имаће супружник који уопште нема сопствених средстава, али и онај који није у стању да самостално подмири све животне потребе. Уколико супружник има извесну непокретну имовину, од њега се не може захтевати да је уновчи да би обезбедио средства за издржавање. Речено не важи за луксузна добра попут викендице, супоценог накита или аутомобила (Видети: Поњавић, 2007 :324).⁴¹ Неспособност за рад као последица разних догађаја или стања може бити трајног или привременог, потпуног или делимичног карактера.⁴² Панов сматра (2002 :72) да издржавање не може да оствари лице које је само узроковало неспособност за рад.⁴³ Право да захтева издржавање има и супружник који, мада је способан за рад, не може да пронађе

39 Недоумице у вези са утврђивањем износа довољног за издржавање аналогне су потешкоћама у вези са утврђивањем обима повериочевих потреба које треба задовољити. Овом сегменту супружанског издржавања посветићемо више пажње у наставку рада.

40 Видети: чл. 151 ст. 1 ПЗ РС, као и чл. 2385 ст. 1 Преднацрта.

41 У Хрватском Обитељском закону је прецизно прописано да право на издржавање има супружник који нема довољно средстава за живот или их не може остварити из своје имовине (Видети: чл. 217 ОЗ РХ).

42 У предмету означеном бројем Гж2. 729/12 Апелациони суд у Новом Саду је закључио да то што је захтев тужиље за инавалидску пензију одбијен с образложењем да не постоји потпуни губитак радне способности, још увек не значи да је она радно способна у смислу одредаба Породичног закона о издржавању (Пресуда доступна на веб сајту www.ns.ap.sud.rs, приступ 23.08.2017. год.). Пресудом Гж. 1342/06 од 30.05.2006. год. утврђено је, пак, да је радна способност тужиље само делимично смањена и да она није покушавала да допунским пословима (оним за које јесте способна) побољша своје имовинске прилике, па је суд закључио да тужбени захтев треба одбити (www.sirius.rs/praksa24234, приступ 23.08.2017. год.).

43 Поменути аутор се позива на принцип *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, чије је значење да нико не може имати користи од сопствених рђавих поступака. Цитира и професорку Драшкић да ће се сматрати да је супружник знао за проузроковану неспособност, ако је она настала у току брака, те да је пристао на њене алименатационе

запослење и на тај начин остварује приходе. Овај услов ће бити испуњен уколико супружник – поверилац безуспешно предузима најразличитије активности с циљем радног ангажовања, али се од њега не може очекивати да прихвати радно место са много нижом стручном спремом од његове или оно које изискује претеране животне промене.⁴⁴ У литератури се наводи да се издржавање не може добити ако је лице дало отказ или га је добило због теже повреде радне обавезе, или је незапосленост проузрокована другим скривљеним разлогом (Ковачек – Станић, 2005 :112; Панов, 2002

последнице. Ипак, наведена је и одлука Врховног суда Србије Гж.423/85 о неважности узрока неспособности за рад.

44 Чини се да овде има места примени правног стандарда о разумним очекивањима с обзиром на просечне особине и понашање лица истог образовања и струке. Има мишљења да Породични закон, за разлику од ранијих прописа, издржавање везује за чињеницу да је супружник незапослен, независно од било каквих субјективних (његове жеље) или објективних (могућност за запослење) околности (Видети: Вујовић, 2006 :180). Ми се залажемо за другачије, раније описано тумачење предметне норме и напомињемо, такође, да је активно понашање незапосленог лица општи услов остварења гарантованих права, јер се по дефиницији из Закона о запошљавању и осигурању за случај незапослености („Сл. Гласник РС“, бр. 36/2009, 88/2010 и 38/2015) незапосленим сматра лице од петнаесте године живота до испуњења услова за пензију (најкасније до 65 године), способно и одмах спремно да ради, које није засновало радни однос, или на други начин остварило право на рад, а које се води на евиденцији запослених и активно тражи запослење (чл. 2 ст. 1). У пресуди Апелационог суда у Новом Саду Гж.2. 113/11 истакнуто је да није довољно да је супружник пријављен на евиденцији незапослених, већ се од њега очекује додатни напор, између осталог да покушава да обавља и привремене и повремене послове и допунски рад (Пресуда доступна на веб сајту www.ns.ap.sud.rs, *пpиступ 23.08.2017. год.*). Разведени супружник је у обавези да предузме све што је у његовој могућности да пронађе изворе прихода за своју егзистенцију. Према чињеничном стању, противтужиља је незапослена и нема довољно материјалних средстава, али је здрава и радно способна, а није испољила минимум иницијативе за радно ангажовање на привременим и повременим пословима и сл. Осим тога, она поседује непокретност која јој може обезбедити извесна средства, давањем у закуп. Противтужени, с друге стране, нема имовине, живи као подстанар, помогао је да се њихова заједничка деца радно ангажују, а породичну кућу је уступио противтужиљи и деци. Жалба тужене – противтужиље је одбијена као неоснована, јер је суд заузео став да би прихватање њеног захтева за издржавање представљало очигледну неправду за другог супружника. У немачком праву, супружник је у обавези да прихвати запослење које се сматра одговарајућим с обзиром на његове квалификације, вештине, претходно запослење, године живота, здравствено стање, али и стандард у току брачног живота. Уколико је неопходно, супружник се мора подврћи усавршавању или преквалификацији, ако се може очекивати да ће то дати резултате (§ 1574 BGB-а). Уколико се разведени супружник није школовао или је прекинуо процес образовања или професионалног усавршавања због закључења брака, имаће право да од бившег партнера добије средства за ову намену, под условом да је вероватно да ће на овај начин засновати радни однос и трајно решити проблем свог издржавања (§ 1575 BGB-а).

:72; Поњавић, 2007 :325).⁴⁵ На страни супружника - дужника постоји само један услов - могућност да даје издржавање.⁴⁶ Не може се, наиме, очекивати да један супружник обезбеди другом потребна средства по цену сопствене оскудице, јер по природи ствари и закону такву обавезу могу имати само родитељи према деци.⁴⁷ „Квантификација могућности конкретног повериоца врши се на основу његових остварених и реално остваривих прихода, уз умањење средстава потребних за властито издржавање и судски утврђених обавеза издржавања других (Панов, 2002:77).“

Породични закон садржи и два корективна правила по којима право на издржавање не може остварити супружник који је у време склапања

45 Панов се залаже за релативну, правичну примену објективних услова супружанског издржавања, јер, примера ради, треба обезбедити минимум животних средстава и лицу које јесте у радном односу, али не остварује зараду, што у домаћој привреди није тако ретко. Осим тога, треба имати у виду да радни ангажман може постојати и у зони сиве економије (Видети: Панов, 2002 :71).

46 Чл. 151 ст. 1 ПЗ РС, као и чл. 2385 ст. 1 Преднацрта. Исто правило важи и у руском праву (Видети: чл. 89 ст. 2 и чл. 90 ст. 1 ПЗ РФ). Може се рећи да је стандард могућности дужника применљив и у немачком праву. Једно лице ће бити обавезно да даје издржавање (бившем) супружнику у мери у којој је то правично - уколико је у стању да ову обавезу испуни без угрожавања сопственог издржавања. Од њега се неће захтевати да прода непокретности, уколико је то економски нерационално или неправично, имајући у виду приходе и имовину оба супружника. Анализом немачког права о супружанском издржавању закључујемо да су општи критеријуми правичност и имовно стање оба супружника. Висина издржавања треба да обезбеди стандард из времена трајања брака, односно да буде довољна за све што је неопходно (§ 1578 BGB-a). Принципима су на сличан начин дефинисани услови супружанског издржавања. На ово право једног од бивших супружника одлучујући утицај има његова оскудица и могућност другог супружника да подмири његове основне потребе (чл. 2:3 Принципа). Наведени су, примера ради, конкретнији критеријуми попут могућности за запослење, здравља, година живота, старања о деци, поделе обавеза за време трајања брака, дужине брака и животног стандарда за време његовог трајања, евентуалног новог брака или трајније заједнице (чл. 2:4 Принципа). Приликом утврђивања могућности супружника - дужника да даје издржавање, морају се пре свега имати у виду његова обавеза издржавања свог малолетног детета, а затим и новог супружника (чл. 2:7 Принципа).

47 Породичним законом РС је прописано да родитељи имају право и дужност да издржавају дете, при чему се уопште не помињу могућности родитеља као дужника (чл. 74) (Видети и: Петрушић et al 2012 : 26). У предмету са пословним бројем Гж. 16/06 суд је заузео став да треба одбити тужбени захтев, као неоснован, када се издржавање тражи од супружника који нема довољно средстава за сопствено издржавање, јер би другачије решење било неправично имајући у виду чл. 151 Породичног закона (Одлука доступна на сајту www.sirius.rs/praksa/20777, приступ 23.08.2017. год.).

брака знао за разлог ништавости, односно рушљивости⁴⁸, или ако би то представљало очигледну неправду за другог супружника⁴⁹. Како ни примера ради нису наведене околности због којих би прихватање захтева за супружанско издржавање представљало очигледну неправду, обавеза је суда да узме у обзир значајне чињенице из брачног живота, а нарочито насилничко понашање према другом супружнику, дужину и разлог престанка брака и сл.⁵⁰

48 Савесност у односу на разлоге ништавости или рушљивости брака, у црногорском праву има сличан значај, јер је прописано да ће савесни супружник из поништеног брака остваривати право на издржавање под истим условима као да је брак престао разводом (Видети: чл. 267 ПЗ ЦГ).

49 Видети: чл. 151 ст. 2 и 3 ПЗ РС. Тако је у пресуди Врховног суда у Београду Рев.1369/02 од 09.08.2003. год. наведено да се може одбити захтев за издржавање супружника који је злонамерно или без оправданог разлога напустио свог партнера (www.sirius.rs/praksa3561, приступ 23.08.2017. год.). Околности које искључују право супружника на издржавање могу се истицати и у брачном спору у коме није истакнут захтев за издржавање, ако постоји правни интерес за њихово утврђење.

50 Према раније важећем ЗБПО могући разлози губитка права на издржавање били су: злонамерно или неоправдано напуштање супружника (у случају прекида заједнице живота), грубо или недолично понашање, или очигледна неправда (у случају развода брака), несавесност (у случају поништења брака). Након престанка брака, право на издржавање се могло изгубити и због дугогодишњег одвојеног живота пре развода у току кога су супружници самостално обезбеђивали средства за издржавање, као и услед кратког трајања брака, а реч је о захтеву за издржавање супружника који не подиже заједничко малолетно дете (Ковачек – Станић, 2005 :113; Панов, 2002 :72-75; Цвејић - Јанчић, 2002 :14-23). У Немачком грађанском законнику прописано је да се захтев за супружанско издржавање може одбити услед изражене грубе неправичности (§ 1361 ст. 3 BGB-а). Захтев за издржавање бивших супружника може бити потпуно или делимично одбијен или временски ограничен ако је то оправдано због кратког трајања брака, заснивања нове заједнице дужег трајања, умишљајног извршења лакшег кривичног дела или извршења тежег кривичног дела према дужнику или његовом сроднику. Осим дужине брака, све остале околности се односе на повериоца издржавања. Он ће сносити последице и ако је изазвао сопствену неспособност или је занемарио битне имовинске интересе дужника, у случају да је у току трајања заједнице живота грубо повредио обавезу издржавања или се грубо понашао према дужнику. Може постојати и неки други, подједнако озбиљан разлог за одбијање захтева за издржавање (§ 1579 BGB-а). Породични законик РФ санкционише губитком издржавања супружника који је сам изазвао стање сопствене неспособности за привређивање злоупотребом дрога или умишљајним извршењем кривичног дела, као и оног који се недолично понашао према члановима породице. Захтев за издржавање може бити одбијен и због кратког трајања брака (Видети: чл. 92 ПЗ РФ). У црногорском праву, разлози одбијања захтева за издржавање могу бити: грубо или недолично понашање супружника, злонамерно или неоправдано напуштање брачног партнера, очигледна неправда за другог супружника (Видети: чл. 262 ст. 2 ПЗ ЦГ). Слично решењу из ЗБПО, суд може одбити захтев за издржавање и када је разводу брака претходио дугогодишњи

Привилегован статус има мајка детета, јер може добити издржавање од његовог оца у периоду од три месеца пре порођаја и годину дана након рођења детета, под јединим условом да нема довољно средстава за издржавање.⁵¹

Услови за издржавње супружника и бивших супружника су дефинисани јединствено у српском праву. У појединим страним правима, уређени су одвојено. Услови за издржавање бивших супружника, попут оних важећих за супружанско издржавање у току трајања брака, подробно су уређени у руском праву. Трудна жена, породиља и бивши супружник – старалац о детету са инвалидитетом, посебно су заштићени и овим правилима. Осим њих, право на издржавање од бившег супружника има лице које је неспособно да само обезбеди основна средства, из разлога насталих у току трајања брака или у периоду од годину дана по његовом престанку. Истакнут је и значај година живота, па ће право на издржавање имати и бивши супружник који је испунио старосни услов за пензију у периоду до пет година по престанку брака дужег трајања.⁵² По правилима *BGB*-а⁵³ супружници су дужни да у одговарајућем обиму својим радом и имовином доприносе издржавању целе породице.⁵⁴ У случају престанка заједнице живота, супружник је по изричитој законској одредби дужан да се сам стара о свом издржавању, па ће његов захтев бити одбијен ако се с обзиром на његове личне прилике и раније радно ангажовање може очекивати да ће пронаћи запослење. Од значај су и дужина брака и имовно стање оба партнера.⁵⁵ Право на издржавање по разводу брака има: 1. незапослени супружник или онај који не остварује довољно средстава по основу рада⁵⁶, 2. супружник за кога се због старости или болести, односно неког физичког или менталног недостатка, може претпоставити да неће пронаћи запослење, при чему право на издржавање има од момента развода или

одвојени живот супружника у току кога су самостално обезбеђивали средства за издржавање (Видети: чл. 265 ПЗ ЦГ). Према решењу садржаном у чл. 2:6 Принципа, суд може ускратити или ограничити издржавање, уколико оно представља превелики терет за дужника због понашања бившег супружника - повериоца.

51 Видети: чл. 153 ПЗ РС.

52 Видети: чл. 90 ПЗ РФ.

53 Систематика *BGB*-а је таква да су правила о издржавању супружника изложена у делу о дејствима брака, док се норме о издржавању бивших брачних партнера налазе у делу о разводу брака.

54 Видети: § 1360 *BGB*-а.

55 Видети: § 1361 ст. 2 *BGB*-а.

56 Видети: § 1573 *BGB*-а.

престанка обавезе издржавања по другом основу⁵⁷, 3. супружник који се стара о заједничком детету⁵⁸, који може примати издржавање у трајању од најмање три године од рођења детета. Право на издржавање има и бивши супружник за кога се због других озбиљних разлога, осим набројаних, може очекивати да неће пронаћи запослење, при чему би одбијање захтева за издржавање било неправично с обзиром на све околности⁵⁹. Општи услов је да супружникови приходи и имовина нису довољни за подмиривање основних животних потреба.⁶⁰

5. Одређивање, трајање и престанак издржавања између супружника

5.1. Одређивање и висина издржавања

Према изричитој законској одредби издржавање се, по правилу, одређује у новцу (чл. 161 ст. 1 ПЗ РС).⁶¹ Како је реч о диспозитивној правној норми, супружници могу, и то у облику јавнобележничког записа, закључити споразум о давању издржавања *in naturam* - обезбеђивањем хране, одеће, обуће, огрева и сл.⁶² Могуће је да дужник повериоцу уступи одређену непокретност на уживање, нпр. кућу ради становања у њој, или локал ради обављања неке делатности (Видети: Поњавић, 2007: 344-345).⁶³ У српском

57 Видети: §§ 1571 - 1572 BGB-а.

58 Видети: § 1570 BGB-а.

59 Видети: § 1576 BGB-а.

60 Видети: § 1577 BGB-а.

61 Када давалац издржавања остварује приходе у валути земље у којој има боравиште, прималац издржавања може захтевати издржавање управо у тој валути (Видети пресуду Рев. 5498/96 од 12.07.1997. год., доступну на веб сајту www.sirius.rs/praksa5418, приступ 22.08.2017. год.).

62 У Преднацрту је додатно истакнуто да ће се поштовати споразум супружника о начину одређивања издржавања (Видети: чл. 2396).

63 У француском праву, супружнику – повериоцу може бити досуђена одређена непокретност у својину, на привремено или доживотно коришћење, становање, плодуюживање. Уколико је реч о непокретности стеченој наслеђивањем или уговором о поклону, неопходно је да се супружник – дужник с овим уступањем сагласи (чл. 274 ст. 1 т. 2 СС). Као што смо напоменули, у руском праву досуђивање непокретности може бити једно од средстава заштите повериоца, у ситуацији када дужник издржавања намерава да трајно напусти земљу. Осим тога, уступање непокретности на име издржавања могуће је на основу споразума повериоца и дужника (Видети чл. 104 ПЗ РФ). Такође, уколико примања и новчана средства дужника нису довољна за испуњење обавезе, издржавање ће бити управљено на непокретност која би била предмет извршења у извршном поступку (Видети: чл. 112 ПЗ РФ).

праву, издржавање се може одредити у фиксном месечном износу, или у одређеном проценту од редовних месечних примања дужника издржавања (зараде, накнаде зараде, пензије, ауторског хонорара итд.), према вољи повериоца.⁶⁴ У циљу заштите, како повериоца, тако и дужника, законом је прописано да висина издржавања не може бити мања од 15% нити већа од 50% редовних месечних примања дужника издржавања, умањених за порезе и доприносе за обавезно социјално осигурање.⁶⁵ Правило је да се издржавање исплаћује периодично, у месечним износима, јер се највећи део прихода (плата, пензија итд.) и расхода (трошкови кирије, електричне енергије, комунални трошкови итд.) остварује на месечном нивоу. Међу другим европским правима има и другачијих примера, па је тако у Француском грађанском законнику⁶⁶ прописана исплата једнократне накнаде бившем супружнику, која се изузетно има плаћати периодично, у одређеним временским интервалима, а у укупном периоду од осам година.⁶⁷ Чланом 275 француске кодификације прописана је могућност

64 Став домаће судске праксе јесте да се обавеза издржавања не одређује процентуално, већ у номиналном месечном износу, ако дужник издржавања не остварује стална месечна примања, али се бави неком делатношћу од које остварује доходак. Наиме, Врховни суд Србије је 1996. године објавио правно схватање по коме се изузетно, када околности случаја то оправдавају, издржавање може досудити у фиксном износу (Видети: Гзз. 105/96, www.sirius.rs/praksa589, приступ 18.08.2017. год. Поњавић (2002:6) појашњава да је интервенција највишег суда у земљи била неопходна, јер ЗБПО није садржао одговарајуће решење о одређивању издржавања када дужник не остварује доходак у виду сталних месечних примања). Када је давалац издржавања земљорадник издржавање се одређује у проценту од износа најниже зараде у Републици Србији за претходни месец, а изузетно, када прилике то оправдавају, процентуално у односу на просечну зараду у Републици за претходни месец (Рев. 2932/01, www.sirius.rs/praksa4375, приступ 23.08.2017. год.).

65 Видети: чл. 162 ПЗ РС. Највећа прописана висина процентуално одређеног издржавања мора бити узета у обзир у спору за остваривање издржавања против лица које је већ дужник издржавања према трећим лицима. Тужбом морају бити обухваћена и лица која су већ остварила право на издржавање, уколико висина њима досуђеног издржавања онемогућава тужиоца, у целини или делимично, да оствари своје право на издржавање. Примера ради, не може се тужиљини на име супружанског издржавања досудити износ од 30% од примања туженог, ако је тужени претходно обавезан да својој мајци плаћа 40% од истих примања (У том смислу: Рев. 5387/94, www.sirius.rs/praksa5387, приступ 23.08.2017. год.). У Преднацрту је предложена алтернатива по којој се брише став о најмањем и највећем обиму процентуално одређеног издржавања (Видети: чл. 2397). Мишљења смо да изостављање ових ограничења не би штетило дужницима и повериоцима издржавања. Суду би, пак, било омогућено да одлучи о суми издржавања искључиво на основу пажљиве оцене свих чињеница, а нарочито висине прихода и укупног имовног стања супружника – дужника.

66 *Code Civil*, у даљем тексту: СС.

67 Видети чл. 274 ст. 1 т. 1 СС.

досуђивања доживотне ренте бившем супружнику који због старости или здравственог стања не може да подмирује сопствене потребе. Издржавање у виду периодичних, месечних давања је, попут српског, правило и у немачком праву.⁶⁸ Међутим, поверилац - бивши супружник може с успехом захтевати исплату једнократног износа, ако има ваљани разлог и ако тиме дужник није претерано оптерећен.⁶⁹ Право на издржавање заштићено је и могућношћу обезбеђења потраживања у виду једнократне исплате периодичних износа за период од годину дана, или дужи период, ако постоје оправдани разлози.⁷⁰ Породични законик РФ прописује да се, у одсуству другачијег споразума супружника, повериоцу може досудити једнократна сума или одређена непокретност на име издржавања, ако је намера дужника да се трајно настани у другој држави.⁷¹ У Принципима је предложена могућност исплате једнократне суме, на захтев оба или било ког бившег супружника, а да ли ће одлука суда бити таква, зависи од свих околности.⁷²

Два су критеријума одређивања издржавања прописана Породичним законом – потребе повериоца и могућности дужника издржавања (чл. 160 ст. 1).⁷³ Реч је о правним стандардима, па је само примера ради наведено да потребе повериоца зависе од његових година,⁷⁴ здравља, образовања, имовине, прихода, а могућности дужника од његових прихода, могућности за запослење и стицање зараде, његове имовине, личних потреба, обавезе да издржава друга лица (чл. 160 ст. 2 и 3 ПЗ РС).⁷⁵

68 Видети: § 1361 ст. 4 и § 1585 ст. 1 BGB-а.

69 Видети: § 1585 ст. 2 BGB-а.

70 Видети: § 1585а BGB-а.

71 Видети: чл. 118 ПЗ РФ.

72 Видети: чл. 2:5 Принципа.

73 У сваком случају, независно од могућности даваоца, морају се утврдити све потребе примаоца издржавања, коришћењем свих доказних средстава.

74 Старосно доба супружника, као што је поменуто, има нарочит значај у немачком праву, јер представља посебан основ издржавања, уколико је реч о супружнику за кога се из овог разлога може претпоставити да неће моћи да пронађе запослење (§ 1571 BGB-а). Исто важи када је реч о болести или неком физичком или менталном недостатку супружника (§ 1572 BGB-а).

75 У чл. 271 СС-а прецизно су означени критеријуми од којих зависи одлука суда о накнади дугованој бившем супружнику, и то су: трајање брака, старост и здравствено стање супружника, њихове професионалне квалификације и ангажовање, пропуштање пословних прилика од стране једног супружника због бриге о дечијем образовању у току заједничког живота или због потреба каријере другог супружника, процењена и очекивана укупна имовина супружника након поделе брачне тековине, њихова садашња и предстојећа права, као и очекивања у вези с пензијом.

Обавеза је суда да приликом одређивања издржавања узме у обзир минималну суму издржавања – накнаду за храњенике и лица на породичном смештају, коју периодично утврђује министарство надлежно за породичну заштиту.⁷⁶

Несумњива је обавеза суда да утврди укупан износ потребан за издржавање, али се поставља питање обима и природе потреба повериоца које треба задовољити – да ли је реч о нужним или свим (па и луксузним) потребама повериоца издржавања? Стамбене потребе, као и оне у вези с исхраном, лековима, одећом, обућом, будући да се уобичајено сматрају основним, свакако морају бити задовољене. У томе и јесте општа сврха законског издржавања. Када су, пак, у питању образовне, културне и сличне потребе (нпр. жеља за путовањима, за посећивањем изложби или концерата, за похађањем курсева језика итд.) мишљења смо да и оне могу бити обухваћене обавезом издржавања, ако је то у складу с могућностима дужника (Тако и: Панов, 2010 :305). С друге стране, сматрамо да извесне луксузне потребе, попут оне за скупоценим накитом, или становањем у стану на одређеном месту, одређене квадратуре и опремљености, не могу бити критеријум одређивања супружанског издржавања. Супротно решење би погодовало циљевима неспојивим са његовом суштином. У замишљеној ситуацији, различити стандарди супружника у току трајања брака довели би до поремећаја брачних односа и развода. У ситуацији када је брак престао, тешко би се могла оправдати обавеза једног лица да задовољава потребе другог лица које нису нужне, а по основу заједнице која више не постоји. Сматрамо да је законодавац ову недоумицу разрешио изричитим прописивањем обавезе родитеља – дужника да детету – повериоцу омогући најмање такав ниво животног стандарда какав сам ужива.⁷⁷ Како је веза између родитеља и деце трајног карактера и с обзиром на одсуство сличне правне норме у делу ПЗ РС о издржавању супружника, можемо рећи да обавеза подмиривања луксузних потреба (бившег) супружника у српском праву не постоји.

⁷⁶ Наведену законску одредбу сматрамо недореченом. У одсуству јасније везе између висине накнаде за храњенике и висине суме издржавања, она свакако не остварује своју сврху. Томе у прилог говори и чињеница да нисмо наишли на пресуду у којој је суд нарочито ценио ову околност, нити можемо да закључимо од каквог је она утицаја, с обзиром на просечну вредност досуђених износа издржавања. Према Решењу Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања, бр. 338-00-00010/2017-09 од 27.06.2017. године ова накнада, иначе, износи 24.984,00 динара. Решење доступно на: <http://demo.paragraf.rs/demo/documents/editorial/statistika/27>. Породични законик РФ висину издржавања повезује с минималном ценом рада (Видети: чл. 117 ПЗ РФ).

⁷⁷ Видети: чл. 162 ст. 3 ПЗ РС.

Поњавић (2007:345) тврди супротно, тј. да супружанским издржавањем не треба да буду обухваћене само основне потребе повериоца у ситуацији када дужник води луксузни живот. Панов (2002:80) закључује да издржавање може да буде квантификовано да задовољава и стандардне, чак и све потребе повериоца, сходно могућностима даваоца. Ипак, исти аутор инсистира на томе да треба имати у виду правно - етички елемент, тј. одговорност за престанак брака. Ми још једном указујемо на то да су законски услови издржавања супружника (по разводу брака) рестриктивни, из чега, по нашем мишљењу, произлази да се њиме имају задовољити основне потребе повериоца. Подвлачимо да је једна од претпоставки издржавања чињеница да (бивши) супружник нема довољно средстава за издржавање. Овај услов, за који сматрамо да је комплементаран повериочевим потребама које се подмирују издржавањем, процењује се с аспекта основних, а ни у ком случају са становишта луксузних потреба повериоца. Противимо се и концепцији издржавања бившег супружника као казни за престанак брака. Сматрамо да су интереси (бивших) супружника у домаћем праву ваљано уравнотежени, не само посредством норми о издржавању, него и правилима о подели брачне тековине и издржавању заједничке деце. На крају, није безначајно ни то што алиментација као синоним за издржавање потиче од латинског глагола *alere*, што значи хранити, што донекле упућује на задовољавање основних, нужних потреба. У француском праву, прихваћено је решење слично ставу проф. Поњавића и проф. Панова, јер се може досудити накнада која има за циљ да бивши супружници и након развода брака живе у приближно истим условима, уколико правичност, општи критеријуми за одређивање ове накнаде и околност ко је крив за развод брака то дозвољавају.⁷⁸

У немачком праву, као што је поменуто, обавезом издржавања је обухваћено све што се разумно може сматрати неопходним, с обзиром на животне околности дужника и повериоца.⁷⁹ У случају престанка заједнице живота, циљ је да супружници уживају исти стандард, који се процењује према приходима и имовини дужника издржавања.⁸⁰ Интересантна је одредба *BGB*-а која прописује обавезу супружника да сноси трошкове заступања, тј. одбране у парничном, односно кривичном поступку, за свог партнера који није у могућности да их подмири, под условом да то није неправично.⁸¹ Издржавање након развода брака бившем супружнику – повериоцу треба да обезбеди стандард из времена трајања брака и да обухвати све што је неопходно (§ 1578 ст. 1 *BGB*-а).⁸²

78 Видети: чл. 270 ст. 2 и 3 СС.

79 Видети: § 1360а *BGB*-а.

80 Видети: § 1361ст. 1 *BGB*-а.

81 Видети: § 1360 а ст. 4 *BGB*-а.

82 Видети: § 1578 а ст. 1 *BGB*-а.

Најзад, како су потребе повериоца и могућности дужника променљиве категорије, паралелно с њиховом променом, може се мењати и висина издржавања.⁸³

5.2. Трајање и престанак издржавања

У току трајања брака, издржавање по правилу траје неодређено време, док је након његовог престанка законом ограничено на период од пет година. Ако нарочито оправдани разлози спречавају супружника - повериоца да ради, издржавање се може продужити и после истека рока од пет година.⁸⁴ Издржавање аутоматски престаје протеклом времена свог трајања, као и смрћу повериоца и дужника.⁸⁵ Оно може престати и када супружник - поверилац постане способан да се самостално издржава, или заснује нови брак или ванбрачну заједницу.^{86, 87} Право издржавања од истог супружника, кад је већ једном престало, не може се поново успоставити.⁸⁸

83 Видети: чл. 164 ПЗ РС.

84 Чл. 163 ПЗ РС.

85 Немачки грађански законик садржи оригинално решење, по коме обавеза издржавања прелази на дужникове наследнике, и то до висине издржавања које би поверилац остваривао да није дошло до престанка брака (§ 1586b BGB-a). Законом о облигационим односима (чл. 194) прецизно је одређено да има право на новчану ренту од лица које је проузроковало нечију смрт лице које је погинули издржавао или је имало право да захтева од њега издржавање, и то до висине износа који би оштећени добијао да није дошло до смртног случаја.

86 Заснивање ванбрачне заједнице биће разлог за престанак права на издржавање, без обзира на то да ли је она трајала дуже време. Овакав став суд је заузео у предмету у коме је ванбрачна заједница разведеног супружника трајала свега петнаест дана (Видети: Рев. 5545/97, www.sirius.rs/praksa5429, приступ 23.08.2017. год.). У немачком праву, један од разлога престанка издржавања јесте и заснивање регистроване заједнице (§ 1586 BGB-a).

87 Чл. 167 ПЗ РС. Идентично решење је предложено и у Принципима (чл. 2:9). На готово истоветан начин издржавање престаје и по правилима руског права, с тим што издржавање супружника по престанку брака није временски ограничено у самом зачетку (Видети: чл. 120 ПЗ РФ). Породични законик РФ прописује и рок застарелости потраживања издржавања проистеклог из споразума супружника или пресуде и он износи три године. Поверилац има право на наплату пенала, као и на накнаду штете изазване недавањем издржавања које се може приписати у кривицу супружнику – дужнику. Међутим, суд може ослободити дужника обавезе плаћања укупног износа на име издржавања, за протекле три године, уколико дужник није могао да даје издржавање из разлога који му се не могу приписати у кривицу, попут болести, његове имовинских прилика и породичног статуса (Видети: чл. 114 и чл. 115 ПЗ РФ). У породичном праву Црне Горе и Хрватске издржавање престаје и када суд оцени да је поверилац постао недостојан права на издржавање од бившег супружника (Видети: чл. 266 ПЗ ЦГ и чл. 221 ОЗ РХ). У хрватском праву, судска одлука има ретроактивно дејство, од момента настанка околности које изазивају престанак издржавања.

88 У немачком праву, у случају престанка новог брака или регистрованог партнерстава, право на издржавање од супружника из претходног брака или заједнице, може се

У Преднацрту су предложене значајне новине у погледу трајања издржавања, за које је замишљено да траје неодређено време, док за то постоје законски услови. Ако је изгледно да ће поверилац у неком тренутку стећи средства за издржавање, оно, ипак, може бити досуђено за одређено време. Осим тога, суд може одлучити о одређеном трајању издржавања и у случају кратког трајања брака, под условом да се поверилац не стара о заједничком малолетном детету. Продужење издржавања је могуће само на основу захтева поднетог пре истека времена на које је оно првобитно досуђено.⁸⁹ Овакво решење већ постоји у црногорском праву. Породични закон Црне Горе прописује да суд може временски ограничити обавезу издржавања ако се може очекивати да ће поверилац у догледно време постати способан да се сам издржава. Уколико је брак кратко трајао, а тражилац се не стара о заједничком малолетном детету, суд је овлашћен да, зависно од осталих околности, а пре свега утицаја брака на имовно стање тражиоца, ограничи трајање издржавања или да захтев одбије.⁹⁰ Обитељским законом РХ је прописано да се трајање издржавања може ограничити на период од годину дана, пре свега уколико је брак кратко трајао или је вероватно да ће тужилац у скорије време осигурати потребна средства на други начин.⁹¹ У Принципима је наведено да издржавање треба досудити за одређени временски период, а изузетно без временског ограничења.⁹²

6. Закључак

Законско издржавање по основу брака, било да он још увек траје или је престао, има огроман значај, како за супружнике, тако и за друштво као целину. Реч је о изузетно корисној установи, утемељеној на савременом схватању брака и породице, којом се обезбеђује материјална сигурност оних лица која нису у стању да сама подмире основне животне потребе. Морално је и логично да се свако првенствено сам стара о тим потребама, али је исто толико природно да брачни партнери, који заједно обављају најзначајније животне активности, пруже једно другом економску подршку, у случају нужде. Мишљења смо да је природа брака таква да је подједнако основана и обавеза издржавања бивших брачних партнера

поново успоставити ако се поверилац стара о заједничком детету. Дужник издржавања ће првенствено бити супружник из каснијег брака или заједнице (§ 1586a BGB-a).

89 Видети: чл. 2398 Преднацрта.

90 Видети чл. 256 ПЗ ЦГ.

91 Видети: чл. 220 ОЗ РХ.

92 Видети: чл. 2:8 Принципа.

који оскудевају у материјалним добрима, уколико су услови под којима она постоји правично дефинисани и примењени.

Компаративном анализом правила о супружанском издржавању и разматрањем изложених теоријских ставова, установили смо да се овој установи може приступити на различите начине. Међутим, закључили смо да је реч само о различитим начинима остварења истог циља. Условне под којима се право на издржавање може остварити у току трајања брака треба дефинисати тако да се необезбеђеном супружнику пружи економска сигурност, али и да се очува брак, уколико је то могуће. Као што смо у раду већ истакли, сматрамо да је овај задатак у домаћем праву успешно остварен, будући да супружник може право на издржавање остварити судским путем, без икаквих последица по сам брак. Мишљења смо такође да су правила о издржавању бивших супружника у српском праву одмерена на одговарајући начин. Одобравамо прописивање истих услова у овом и у претходном случају, јер је временским ограничењем и применом општег начела правичности у довољној мери заштићен интерес бившег супружника – дужника. Другим речима, уважен је захтев да у неком тренутку буду елиминисане и последње правне последице заједнице која више не постоји. Из истог разлога нисмо сагласни са предлогом из Преднацрта о неодређеном трајању супружанског издржавања, без обзира на додатне услове.

Закључујемо, најзад, да су правила српског права о супружанском издржавању добра и да их у овом тренутку не треба мењати. Напомињемо, ипак, да их треба повремено преиспитивати и посветити нарочиту пажњу њиховој правилној примени, јер се њихова сврха једино тако може успешно остварити.

Литература

Boele – Woelki, K. Martiny D. (2007). The Commission on European Family Law (CEFL) and its Principles of European Family Law regarding Parental Responasabilities. *Era Forum*. 8. 125-143.

Code Civil. 1804.

Deutsches Bürgerliches Gesetzbuch, vom 2. Januar 2002.

Principles of European Family Law.

Вујовић, Р. (2006). Право на законско издржавање по новом Породичном закону. Зборник: Новине у породичном законодавству. Ниш: Правни факултет. Центар за публикације. 178-188.

Зборник радова студената докторских студија права

Вучковић, В. (2002). Располагање правом на издржавање. У Поњавић, З. (Прир.). Остваривање и заштита права на законско издржавање. Крагујевац: Правни факултет. 41-45.

Закон о браку и породичним односима. Службени гласник РС. Бр. 22.80, 24.84, 11.88, +22.93, 25.93, 35.94, 46.95, 29.01.

Закон о запошљавању и осигурању за случај незапослености. Сл. Гласник РС. Бр. 36.2009, 88.2010 и 38.2015.

Закон о извршењу и обезбеђењу. Сл. Гласник РС. бр. 106.2015 и 106.2016 - аутентично тумачење.

Закон о наслеђивању. Сл. гласник. РС. Бр. 46.95, 101.2003 - одлука УСРС и 6. 2015.

Закон о облигационим односима. Сл. лист СФРЈ. Бр. 29.78, 39.85, 45. 89 – одлука УСЈ и 57.89. Сл. лист СРЈ. Бр. 31.93 и Сл. лист СЦГ. Бр. 1.2003 - Уставна повеља.

Закон о парничном поступку. Сл. гласник РС. Бр. 72.2011, 49.2013 - одлука УС, 74.2013 одлука УС и 55.2014.

Јовашевић, Д. (2006). Кривичноправна заштита права на издржавање чланова породице. Зборник: Новине у породичном законодавству. Ниш: Правни факултет. Центар за публикације. 223-234.

Јовић, (2013). (Не)могућност располагања правом на законско издржавање. Зборник радова „Хармонизација грађанског права у региону“. Сарајево: Правни факултет. 279-291.

Ковачек – Станић, Г. (2005). Породично право. Нови Сад: Правни факултет. Центар за издавачку делатност.

Кораћ, Р (2002). Право на накнаду алиментационих трошкова. У Поњавић, З. (Прир.). Остваривање и заштита права на законско издржавање. Крагујевац: Правни факултет. 3-11.

Кривични законик. Сл. Гласник РС. Бр. 85.2005, 88.2005 – испр., 107.2005 – испр., 72.2009, 111.2009, 121.2012, 104.2013, 108.2014 и 94.2016.

Мандић, Љ. (2006). Поступак у парницама за издржавање. Зборник: Новине у породичном законодавству. Ниш: Правни факултет. Центар за публикације. 211-221.

Панов, С. (2010). Породично право, Друго, измењено и допуњено издање. Београд: Центар за издаваштво и информисање.

Панов, С. (2002). У Поњавић, З. (Прир.). Одређивање и промена висине издржавања – неколико дилема. Крагујевац: Правни факултет. 67-83.

Петрушић, Н. Константиновић – Вилић, С. (2012). Остваривање права на законско издржавање пред правосудним органима у Врању, Бујановцу и Босилеграду. Врање: ЈУ Народни универзитет у Врању. ОЦД Одбор за људска права Врање.

Поњавић, З. (2007). Породично право, Друго, измењено и допуњено издање. Крагујевац: Правни факултет.

Поњавић, З. (2004). Издржавање после развода брака. *Грађанска кодификација: Зборник радова*. Ниш: Правни факултет. Центар за публикације. 157-168.

Поњавић, З. (2002). Између породичне и друштвене солидарности. У Поњавић, З. (Прир.). Остваривање и заштита права на законско издржавање. Крагујевац: Правни факултет. 3-11.

Породични закон Црне Горе. Службени лист РЦГ. Бр. 1.2007.

Породични закон. Сл. гласник РС. Бр. 18. 2005. и 72. 2011.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије.

Радишић, Ј. (2008). Облигационо право, Општи део, Осмо, прерађено издање. Београд: Номос.

Семейный кодекс Российской Федерации. 1995.

Станковић, Г. (2006). Заштита права на издржавање у Породичном закону Републике Србије. Зборник: Новине у породичном законодавству. Ниш: Правни факултет. Центар за публикације. 191-209.

Станковић, Г. (1986). Поступак за валоризацију издржавања. Зборник радова. Св. 14. Ниш: Правни факултет. 49-62.

Цвејић – Јанчић, О. (2002). Одбијање захтева за издржавање. У Поњавић, З. (Прир.). Остваривање и заштита права на законско издржавање. Крагујевац: Правни факултет. 13-27.

Одлуке

Пресуда бр. Гж 508/97. www.sirius.rs/praksa/23670. приступ 22.08.2017. год.

Пресуда Врховног суда Србије Рев. 363/03. www.sirius.rs/praksa/20991. Приступ 23.08.2017. год.

Пресуда Гж 1237/96. www.sirius.rs/praksa23449. приступ 18.08.2017. год.

Зборник радова студената докторских студија права

Пресуда Рев.170/00. www.sirius.rs/praksa20499. приступ 18.08.2017. год.

Пресуда Врховног суда Србије Рев. 455/03. www.sirius.rs/praksa5091. приступ 23.08.2017. год.).

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж2. 729/12. www.ns.ap.sud.rs. приступ 23.08.2017. год.

Пресуда Гж. 1342/06. www.sirius.rs/praksa24234. приступ 23.08.2017. год.

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж.2. 113/11. www.ns.ap.sud.rs. приступ 23.08.2017. год.

Пресуда Гж. 16/06. www.sirius.rs/praksa/20777. приступ 23.08.2017. год.

Пресуда Врховног суда Србије Рев.1369/02. www.sirius.rs/praksa3561. приступ 23.08.2017. год.

Пресуда Гзз. 105/96. www.sirius.rs/praksa589. приступ 18.08.2017. год.

Пресуда Врховног суда Србије Рев. 2932/01. www.sirius.rs/praksa4375. приступ 23.08.2017. год.

Пресуда Врховног суда Србије Рев. 5387/94. www.sirius.rs/praksa5387. приступ 23.08.2017. год

Решење Министарства за рад, запошљавање, борачка и социјална питања бр. 338-00-00010/2017-09 од 27.06.2017. год. www.paragraf.rs/demo/documents. приступ 23.08.2017. год.

Пресуда Рев. 5498/96. www.sirius.rs/praksa5418. приступ 22.08.2017. год.

Пресуда Врховног суда Србије Рев. 5545/97. www.sirius.rs/praksa5429. приступ 23.08.2017. год.

Milena Milošević, LL.M.,

Lawyer and PhD student at Faculty of Law, University of Niš

MAINTENANCE BETWEEN SPOUSES AND FORMER SPOUSES

Summary

This paper is about maintenance between spouses and former spouses. Research included Serbian Family code, future Civil code of the Republic of Serbia and relevant comparative law provisions. The author comes to conclusion that law on maintenance between spouses and former spouses is not the same everywhere.

There are differences regarding conditions, limits, duration and protection of spousal maintenance. Those differences are present no matter the fact that the marriage still exists or it is terminated. Nevertheless, spousal maintenance is very significant for individuals – (former) spouses and for whole society also. Therefore, it is useful to analyze it from time to time, in order to make it better. The author emphasized existing rules which are good and don't need to be changed, but also those which must be modernized or made more precisely, more complete.

Keywords: *spouses, former spouses, maintenance, characteristics of maintenance, conditions for maintenance, amount of maintenance, duration and termination of maintenance.*

ДРУШТВЕНЕ ГРУПЕ У ДЕМОКРАТИЈИ И ПРИВРЕДНИ РАСТ: ЕКОНОМСКА АНАЛИЗА

Апстракт: *Демократија представља државно уређење које подразумева постојање легалних механизма промене власти. Како је циљ оних који су на власти – максимизација политичког профита, односно што дужи останак на власти, они, у току трајања мандата, предузимају активности које ће им омогућити добијање наредног мандата – реизбор. То знају и грађани и друштвене групе који, у замену за подршку властима, траже успостављање нових и очување постојећих привилегија. Како би лакше утицали на власт, грађани се удружују на основу сличности интереса које желе да остваре и формирају друштвене групе. Како су у демократији, политичка права призната најширем кругу становништва, властима је потребна подршка великог броја грађана, што имплицира да друштвене групе које теже остварењу интереса за своје чланове морају бити велике. Између власти, са једне, и друштвених група, са друге стране, успоставља се, својеврсно, политичко тржиште, са елементима понуде и тражње.*

С друге стране, институционално окружење у земљи има посредни утицај на привредни раст. Због тога, свако проучавање феномена привредног раста, укључује и анализу политичких процеса који се одвијају у односној држави. У овом раду тежићемо да извршимо економску анализу узрочно-последичне везе између деловања друштвених група у демократији и привредног раста земље.

Кључне речи: *демократија, друштвене групе, привредни раст, економска анализа, ефекти.*

1. Увод – О демократији уопште

Демократија представља државно уређење, односно облик владавине који карактерише широка партиципација грађана који на слободним

1 vladica.maricic@live.com

изборима поверавају власт изабраним представницима. Отуда произилази да демократија има два основна елемента: политичку вољу народа као носиоца власти, и њено остварење путем таквог везивања државне организације за народ које обезбеђује извршење воље народа (Лукић, 1960: 128). Супротан од појма демократије, јесте појам аутократије. Аутократија искључује било какав институционални механизам утицаја грађана на долазак и останак на власти (Лукић, 1960: 142). Мало је примера где се демократија, односно аутократија, појављује у свом чистом, теоријском облику. Тачније, тешко је рећи да постоји потпуна демократија, као и потпуна аутократија. Најчешће се може говорити о варијацијама демократије, односно аутократије, а могуће су и одређене комбинације ова два облика владавине. Те комбинације, иако могу бити статични модели, већином су динамични. Тако имамо аутократије које су у процесу демократизације, као и демократије које клизе ка аутократији (Беговић, 2011: 295).

Основна карактеристика демократског облика владавине јесте легална променљивост власти која се манифестује кроз постојање слободних и легитимних избора који се периодично одржавају (сваке четврте или пете године, на пример). На њима грађани својим изабраним представницима поверавају мандат за управљање државом. Демократије се међу собом могу разликовати у погледу организације извршне и законодавне власти, као и у погледу изборних система које примењују. Према начину организовања извршне власти и њеног односа према законодавној власти разликујемо председничке и парламентарне демократије². Према начину на који се спроводе избори за парламент, као централно тело представничке демократије, демократије можемо поделити на оне са већинским и оне са пропорционалним изборним системом. Пропорционални изборни систем погодује укључивању већег броја политичких партија у парламент и коалиционе владе, док већински изборни систем омогућава владу једне партије, али и чланове парламента који су одговорнији грађанима, а самим тим и независнији у свом деловању (Стојановић, 2007: 85).

² Пример председничког система су, свакако, Сједињене Америчке Државе, где је целокупна извршна власт у рукама председника, док Конгрес има законодавну власт. Парламентарни систем примењен је у Великој Британији или Немачкој, где је извршна власт произашла директно из законодавне и зависи од већине у парламенту. Ове државе, такође, имају шефа државе који нема, готово никакве, извршне ингеренције. Могући су и такозвани полупредседнички системи, у којима имамо владу произашлу из парламента, али која своје извршне ингеренције дели са „јаким“ председником који се, обично, непосредно бира. Примери оваквих система јесу Француска или Руска Федерација.

Свака од наведених варијација демократски уређених држава може се посебно анализирати из аспекта начина деловања друштвених група у њој (Беговић, 2009: 26), као и утицаја које такво деловање производи на привредни раст. То у овом раду нећемо чинити. Циљ нам је само да испитамо постојање узрочно-последичне везе између привредног раста и деловања друштвених група у демократији – генерално, без обзира на то који се изборни систем и каква се организација извршне власти примењују.

2. Демократија као политичко тржиште

Зависност власти од грађана и утицај грађана на власт приликом доношења одлука успоставља својеврсно политичко тржиште, са елементима понуде и тражње. Као што су за тржиште у економском смислу потребни одређени услови да би настало и да би се развило и опстало, тако је и за политичко тржиште потребно обезбедити погодно окружење које му омогућује настанак и развој. Демократија, којој је главна карактеристика зависност власти од грађана, односно друштвених група, због могућности легалне промене власти и потребе оних који су тренутно на власти да је и у наредном периоду задрже, представља погодно тло за утицај појединаца и група на државу, односно власт, у процесу доношења политичких одлука. Због тога се сматра да је управо представничка демократија политички систем који омогућује настанак и постојање политичког тржишта.

Било какво успостављање сличног политичког тржишта у аутократији немогуће је. Разлог је што аутократија ни на који начин не зависи од грађана (поданика) и њихових група. Аутократски режими нису изабрани, односно останак на власти им не зависи од грађана.

Као што је речено, демократија представља погодно тло за развој политичког тржишта, јер јој је главна карактеристика периодично преиспитивање подршке власти од стране грађана. Свако полагање рачуна власти, пред онима који су је изабрали, може да доведе до њене промене. Како је циљ сваке власти што дужи опстанак (максимизација политичког профита у политичком смислу представља освајање и останак на власти) то је онима који су на власти јако важно да одлуке које доносе, док су на власти, одговарају већини грађана и њихових интересних група у тренутку преиспитивања подршке – избора. Владање које одговара мањини грађана на политичком тржишту није исплативо, односно, опортунитетни трошак³ владања био би већи од оствареног политичког профита који

3 Опортунитетни трошак у економији је профит који је неко пропустио да оствари, а који би присвојио да је донео алтернативну пословну одлуку. У овом случају: политички

владање које подржава мањина доноси, па би на наредним изборима на власт дошла опција коју подржи незадовољна већина. Између две или више опција, грађани и интересне групе опредељују се за ону која више одговара њиховим преференцијама – интересима. Политичка је истина да на изборима не побеђује бољи, већ онај који (најчешће краткорочно) одговара већини који гласају (Прокопијевић, 2007: 167).

3. Зависност привредног раста од институционалног окружења

Привредни раст представља повећање обима производње у једној земљи, мерен њеним бруто домаћим производом. Он је значајан зато што доноси повећање расположивог дохотка, па увећава богатство једне земље и животни стандард њених становника. Зато привредни раст представља пожељан друштвени циљ, будући да је кључан за кретање једне земље од сиромаштва ка просперитету (Мојашевић, 2013а: 1734). Будући да је привредни раст битан чинилац развоја једног друштва, у најширем смислу те речи, и они који су на власти, и грађани и друштвене групе, треба да теже да стимулативно делују на чиниоце привредног раста, а у циљу његовог повећања.

Привредни раст, дакле, представља пораст укупног обима производње, односно пораст укупне новостворене вредности у некој земљи у конкретном периоду. Привредни раст има два извора: један је повећање акумулираних фактора производње, односно раст њихове ангажоване количине, а други увећање факторске продуктивности (Беговић, 2011: 57). Из ове дефиниције се може закључити да се привредни раст може повећати стимулативним деловањем на један од два његова чиниоца – већом акумулацијом производних фактора или повећањем њихове продуктивности.

Како деловање друштвених група у демократији није у директној узрочно-последичној вези са привредним растом, поставља се питање да ли постоји индиректни каузалитет између ова два феномена. Зато је прво и основно питање које треба поставити, да ли деловање друштвених група може да има икаквог утицаја на привредни раст, а затим, уколико закључимо да има, какви су ефекти тог утицаја.

Знамо да се све активности, како политичке тако и економске, одигравају се у одређеном институционалном окружењу. Институционално окружење, схваћено као постављена правила игре, ствара подстицаје

профит који је пропустио да оствари због доношења једне политичке одлуке, а који би остварио доношењем алтернативне политичке одлуке.

људима да акумулирају факторе производње и да раде на увећању факторске продуктивности (Беговић, 2011: 108). Како се институционални аранжмани разликују међу собом, разликују се и подстицаји људима⁴. Ти подстицаји могу бити позитивни или негативни по привредни раст.

Такође је важно знати да институционално окружење није егзогеног карактера већ ендогеног, институције нису наметнуте споља него их појединци и друштво сами креирају и прихватају. Без обзира на то да ли се ради о правним, политичким, или економским институцијама⁵, процес њиховог креирања је у суштини политички процес у коме актери (у демократији, гласачи или њихове групе) бирају на тржишту институција оне које су ефикасније и њима замењују мање ефикасне институције (Јовановић, 2008: 38). Како од оног ко бира, наравно и од његовог утицаја на коначни исход избора, зависи и сам квалитет избора – квалитет изабраних институционалних аранжмана, корисно је испитати мотиве којима је приликом избора вођен.

4. Деловање друштвених група у демократији

Грађани, односно друштвене групе, на политичко тржиште, као и на класично тржиште, укључују се, најједноставније речено, ради максимизације профита. И док се максимизација профита оних који су на власти манифестује останком на власти и задржавањем владајуће позиције (обезбеђивањем наредних мандата), дотле је максимизација профита друштвених група исказана благостањем које она обезбеђује својим припадницима. Ово благостање може бити у успостављању нових и очувању постојећих привилегованих положаја од којих чланови групе имају корист.

Мотив грађана у политици, као и у другим активностима, углавном је себичан. Ако је појединац у привредној активности и свакодневници вођен себичним интересима, нелогично је да он постане алтруистичан у политичком процесу, односно, нелогично је да појединац суштински мења природу и понашање када мења активност којом се бави. Гласајући грађани кажу колико им је политички програм који се нуди прихватљив, односно купују их вођени сопственим интересом. Они се, као што је речено, опредељују на основу својих краткорочних интереса, па то што је неки

⁴ У овом раду полазимо од претпоставке да су појединци рационални и да рационално реагују на подстицаје (Мојашевић, 2013b: 181).

⁵ Правне, политичке и економске институције једне земље су нераскидиво повезане. Извор одговарајућих правних институција у некој земљи намеће и избор политичких и економских институција, и обратно.

програм – институционални аранжман, добио више гласова, не значи да је и бољи (Прокопијевић, 2007: 167).

Корист нагони појединце и да припадају одређеној друштвеној групи. Појединци се удружују како би лакше утицали на власт да влада у њихову корист, односно да би спречили доношења одлука противних њиховим интересима. Како су интереси у једном друштву бројни, то је неограничен број група које могу да се формирају. Оне су често супротстављене, јер су и интереси који их окупљају често супротни. Ово не чуди, зато што политичке одлуке нису неутралне – оне су увек у нечију корист, а на нечију штету (Беговић, Лабус, Јовановић, 2008: 414). Држава, као политички ентитет, не ствара никакву нову вредност у друштву, већ постојећу вредност прераспоређује. Сваки појединац и група теже да баш они буду ти који ће том прерасподелом добити, односно неће изгубити. Ова тежња опредмеђује се стварањем група у којима чланови имају истоветни интерес.

За величину и снагу друштвене групе и успешност њеног деловања, од кључног је значаја величина и значај интереса око кога је окупљена. Што је интерес за који се залажу већи и значајнији, то ће група бити јача, јер ће на располагању имати веће ресурсе за остварење циља. Важи и обратно, да тог интереса нема, грађани се не би ни удруживали у интересне купине, нити би били спремни да улажу ресурсе (Беговић et al. 2008: 411). За успешно остварење циља, интересна група не мора да буде велика. Штавише, мања група понашање сваког свог члана лакше контролише и надзире и лакше може да га убеди да учествују у трошковима лобирања (Павловић, 2009: 186). У мањој групи, мања је могућност да неко од њих примени стратегију слепог путника⁶ и избегне да узме учешће у деловању групе, од кога ће и он имати корист (Николић, 2011: 211).

Иако су мале друштвене групе ефикасније у остварењу својих циљева него велике, економске институције које оне намећу не морају да буду ефикасније од оних које су њима претходиле, односно не мора да узрокују већим привредним растом. Штавише, постојање широког обима политичких права чини да до промена економских институција у политичком процесу спорије долази, али када до те промене дође, постоји већа вероватноћа да су новоусвојене институције ефикасније од претходних. Ово је важно да знамо, зато што демократија, због општег права гласа, имплицира постојање великих политичких организација – друштвених група, док је

⁶ Из коришћења јавних добара, а због њиховог карактера, немогуће је искључити кориснике који не плате цену њиховог коришћења. Како политичке одлуке имају карактер јавног добра, корист од њиховог доношења имају и они који нису финансирани лобирање за њих, па се неки одлучују да у финансирању не учествују, знајући да неће моћи да буду искључени из користи од донете одлуке.

постојање мањих политичких организација карактеристично за државе у којима политичка права нису призната великом броју људи. Стога се приликом ове анализе морамо усредсредити на деловање великих друштвених група.

На другој страни политичког тржишта имамо оне који су на власти. То су они на које појединци и друштвене групе својим деловањем покушавају да утичу, па морамо знати шта њих опредељује да владају у корист неке, конкретне друштвене групе.

Да би они који су на власти остварили свој политички профит, а то је наредни мандат – останак на власти, мора да обезбеде ресурсе који ће им то омогућити. Ти ресурси могу се исказати кроз број гласова, али и као материјални ресурси за финансирање кампања који могу бити у новцу и услугама, типа времена у медијима, простора и опреме за политичке скупова и слично. Из тога следи да они, уз помоћ буџета којим располажу, у току трајања мандата мора да максимизирају вероватноћу да ће бити поново изабрани, тако што ће владати у корист већинских друштвених група (Јовановић, 2008: 125).

Овакав институционални аранжман подстиче друштвене групе да расипају ресурсе, односно да их пребацују из продуктивне у непродуктивну активност, како би преко механизма државе обезбедили редистрибуцију ресурса у своју корист, а на туђу штету. Овакво рентоносно понашање последица је политичког и институционалног аранжмана који подржава интервенцију државе – регулацију, редистрибуцију, дискрециона права, високо опорезивање и у најширем смислу схваћено умањење приватних својинских права (Јовановић, 2008: 126).

5. Утицај политичких процеса на привредни раст

Пошто смо представили механизам функционисања политичког тржишта у демократији и утврдили да на привредни раст утиче свеукупно институционално окружење једне земље, потребно је испитамо узрочно-последични однос између деловања друштвених група у демократији и привредног раста.

Знамо да демократија, нити деловање друштвених група у њој, и привредни раст нису у директној корелацији. Демократска држава, за разлику од аутократских, у којима се примењује систем планског и административног одлучивања о привредним токовима, нема могућности да директно одлучује о чиниоцима привредног раста – повећању акумулације производних фактора и повећању њихове продуктивности.

Утицај политичких процеса у демократској држави на привредни раст може бити само индиректан.

Демократија, као политички институционални аранжман, омогућује широком кругу грађана и њихових група да исказују своје преференције према одређеним економским институцијама. Грађани, учешћем у политичком процесу и давањем гласа једној или другој политичкој опцији, бирају између различитих политичких програма који представљају институционалне аранжмане, а који се пак рефлектују на привредни раст.

Економска анализа политичких процеса, у овом случају деловања друштвених група у демократији, осветлиће нам какав они утицај могу да имају на привредни раст.

Важно је нагласити да циљ ове анализе није да идентификује друштвену групу чије деловање је предодређено да генерише привредни раст, која би, као таква, била супериорнија у односу на друге. Знамо да је свака друштвена група, приликом свог деловања, вођена пре свега сопственим интересима. Циљ нам је да идентификујемо каузалитет једног политичког феномена – деловања друштвених група у демократији, и једног економског феномена – привредног раста, који, као такав, доноси просперитет заједници. Треба, такође, да знамо да се не може тачно, емпиријски, утврдити које деловање у коликој мери утиче на привредни раст. Разлог томе је што је у стварности привредни раст сложени феномен, који зависи од много фактора, па се не може везати само за политичке процесе у земљи.

6. Деловање друштвених група у демократији и економске слободе

Према дефиницији коју користи Фрејзер институт (Fraser Institute), појединац ужива економске слободе када је његова имовина, коју је стекао без употребе силе, преваре или крађе, заштићена од инвазије од стране других и када може слободно да је користи, размењује или даје све док овим активностима не нарушава идентична права других појединаца⁷. Како би економске слободе биле мерљива величина, Институт је установио индекс економских слобода, који се састоји од пет компоненти, од којих свака детерминише постојање и величину економских слобода. Тих пет компоненти јесу: величина јавне (државне) потрошње; правни систем и заштита својинских права, приступ здравом новцу; слобода међународне размене и заштита од државне регулације (при чему се ова пета компонента састоји од три поткомпоненте: регулација тржишта зајмововног капитала, регулација тржишта радне снаге и регулација пословања, уопште.)

⁷ Преузето 22.08.2017. <https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/>

Из саме наведене дефиниције економских слобода, јасно се види да постојање и широк обим економских слобода у једној земљи ствара позитивне импулсе код инвеститора за инвестирање у акумулацију производних фактора и повећање њихове продуктивности, а самим тим и на повећање привредног раста. Детаљна анализа компонената које улазе у појам економских слобода говори нам да су све оне у великој зависности од политичких процеса у земљи, односно да представљају институционални аранжман на који политички чиниоци – друштвене групе, могу имати утицаја.

6.1. Деловање друштвених група и величина јавне потрошње

Величина јавне потрошње детерминише висину пореза у некој земљи, односно, у којој мери држава алоцира ресурса од приватних субјеката ка буџету. Рекли смо да држава, као политички ентитет, нема улогу да ствара нову вредност, већ прераспоређује, алоцира и редистрибуира, постојећу. Ово не треба да чуди јер су кључне функције буџета, који служи остварењу политичких циљева, управо алокација ресурса у друштву и редистрибуција дохотка.

Јасно је да свако умањење својинских права појединаца негативно утиче на привредни раст јер умањује очекивану стопу приноса и слаби подстицаје за инвестирање, како у акумулацију производних фактора, тако и у увећање факторске продуктивности. Приликом анализе утицаја опорезивања на привредни раст треба такође имати на уму да се део јавне потрошње усмерава ка понуди јавних добара и услуга – алокација, што утиче позитивно привредни раст, а да део иде у трансфере и друге облике прерасподеле дохотка – редистрибуција, која се негативно одражава на привредни раст (Беговић, 2011: 211).

Са аспекта деловања друштвених група у демократији није нам од велике важности анализа алокативне функције буџета, односно алокација ресурса из приватног сектора ка буџету у циљу понуде јавних добара и услуга. Од много већег значаја јесте утицај друштвених група на редистрибуцију дохотка у виду трансфера. Наиме, под утицајем великих друштвених група, које захтевају прерасподелу дохотка, власт може, а у циљу придобијања њихове подршке, посезати за све већом редистрибуцијом дохотка ка тим масовним групама, а на штету производног сектора.

Како смо већ раније установили да се максимизација политичког профита власти остварује владањем у корист великих друштвених група, овакав савез популистичке власти и друштвених група које захтевају сталну и све већу прерасподелу дохотка, може се сматрати политички исправним

за обе стране. Власт себи обезбеђује опстанак јер има подршку већине, док грађани удружени у такву групу себи обезбеђују очување постојећих и успостављање нових привилегија – благостање.

Иако стална редистрибуција и умањење својинских права оних од којих се узима, креира негативне подстицаје за инвестирање у кључне чиниоце привредног раста, чини се да оваква ситуација представља „магични круг“ који је немогуће разбити јер, иако неефикасна из аспекта привредног раста, даје политички исплатив исход. Међутим, треба узети у обзир и то да негативна промена у стопи привредног раста може имати политичке последице. Негативан привредни раст, односно сваки пад привредне активности, за последицу има губитак легитимитета оних који су на власти, нарочито ако они свој легитимитет граде на благостању грађана. А губитак легитимитета пак, повећава притисак за променом власти, па ће њени носиоци на наредним редовним (или ванредним) изборима бити промењени. Носиоци власти не могу лакомислено посегнути за што већом редистрибуцијом дохотка, јер, иако политички исплатива на кратке стазе, дугорочно не максимизује политички профит, односно, они који свој политички легитимитет базирају на прерасподели дохотка, остајаће без њега како буде све мање дохотка за прерасподелу.

6.2. Деловање друштвених група и регулација тржишта радне снаге

Државна интервенција на тржишту радне снаге утемељена је на радном и сродном законодавству, којим се спутава слобода учесника на тржишту радне снаге, тако што им се, пре свега послодавцима, налаже одређено деловање (Беговић et al. 2008: 473). Регулација тржишта радне снаге, дакле, представља доношење прописа који обавезују учеснике на тржишту, најчешће послодавце, на одређена понашања. Пример овакве регулације јесте државно одређивање износа минималне зараде, испод кога послодавци на тржишту радне снаге не могу да уговарају зараде, или отежавање отпуштања радника.

Евидентно је да свака регулација тржишта радне снаге ствара негативне подстицаје за инвестирање код инвеститора – потенцијалних послодаваца, јер их обавезује на одређено понашање, на пример: одређује им минималну зараду или отежава отпуштање радника, иако им у тренутку доношења инвестиционе одлуке није извесна добит од инвестиције. Због свега тога, (претерана) регулација тржишта радне снаге лоше утиче на инвестирање у чиниоце привредног раста. С друге стране, радници и њихова удружења – раднички синдикати, представљају значајну друштвену групу која потражује од власти већу уплив државе на тржиште радне снаге, односно већу регулацију.

Основни циљ формирања радничких синдиката јесте борба за већа права радника кроз преговарање са послодавцем – колективно преговарање (Беговић et al. 2008: 481). Радници удружени у синдикат ступају у преговоре око услова рада са послодавцем, са или без посредовања државе, и закључују колективни уговор, који је двострано обавезујући. Поред колективног преговарања, радничким синдикатима на располагању стоји и утицај на државну власт како би се, путем радног законодавства, регулисало тржиште радне снаге. За разлику од колективног уговора, који представља двострано обавезујућу норму, радно законодавство делује према свима, односно представља обавезу за све послодавце, садашње и будуће. Зато се раднички синдикати, као значајна друштвена група, укључују посредно или непосредно⁸ на политичко тржиште како би остварили свој циљ – регулацију тржишта радне снаге.

Овакав савез, оних који су на власти са једне, и радничких синдиката са друге стране, иако неповољно утиче на инвестиције у чиниоце привредног раста, може се показати политички оправданим. Подршка радника, као велике друштвене групе, може онима који су на власти донети политички профит на наредним изборима. Међутим, као и код редистрибуције дохотка, дугорочни пад привредног раста повлачи са собом и пад политичке користи за оне који су на власт. Пад привредне активности може да резултира падом броја запослених и повећањем незапослености, па ће у једном тренутку, онима који су на власти постати политички исплативије да на политичком тржишту доносе одлуке у корист незапослених, односно оне које погодују инвестирању и отварању нових радних места.

7. Деловање друштвених група у демократији и стабилност власти

Како у демократији постоји механизам легалне промене власти, може се десити да на изборима на власт дође опција која има потпуно другачији програм институционалног организовања државе (привреде, законодавства) од оног који је имала ранија власт. Оваква политичка нестабилност, сама по себи, доноси и економску нестабилност. Гледано из угла економских субјеката, када доносе неку одлуку са економским последицама, на пример инвестициону одлуку, они рачунају да се правила игре током реализације те инвестиције неће драстично мењати (Беговић, 2011: 247). Наиме, инвестициона одлука доноси се на основу претходне (*ex ante*) процене будућег приноса од капитала. Уколико се власт у некој држави карактерише као стабилна, онда инвеститор рачуна с тим да се

⁸ Познати су примери у политикој историји где су раднички синдикати оснивали радничке, односно лабуристичке политичке партије.

правила игре у фази реализације те инвестиције неће мењати, па може релативно тачно да предвиди ефекте те инвестиције – колико ће приноса имати од инвестираног капитала.

С друге стране, уколико је власт политички нестабилна, односно ако јој прети промена на наредним изборима, тешко је унапред предвидети да ли ће постојати и колики ће бити принос од уложеног капитала, што производи конкретне последице. Нестабилност власти повећава ризик од инвестирања, што доноси поскупљење инвестиционог капитала у виду повећања камате⁹, али и повећава могућност да инвеститор одустане од инвестирања. Услед аверзије инвеститора према ризику и вишој цени капитала, они се радије одлучују да не инвестирају у земљу са нестабилном влашћу. Стабилна власт је, на неки начин, гаранција да до промена правила игре у току инвестиционог циклуса неће доћи. Важи и обрнуто, нестабилност власти повећава могућност да до суштинских промена правила игре дође.

Како је циљ оних који су на власти максимизација политичког профита, односно обезбеђивање наредних мандата, они, вођени сопственим себичним интересима, доносећи одлуке које ће највише погодовати већинским друштвеним групама, генеришу политичку стабилност, која, пак, повољно утиче на привредни раст.

Ипак, констатацију да власт поспешује привредни раст тако што се, доношењем одлука у корист већине, успоставља политичка стабилност, морамо прихватити са резервом. „Зреле“ демократије у којима постоји развијено грађанско друштво имају постигнут национални консензус око најбитнијих питања економског и правног уређења земље, па учесници у политичком процесу (политичке странке које су на власти и оне које желе да освоје власт) не могу, у својим политичким решењима која нуде бирачима, много да одступају од онога што је друштвеноприхваћено (Беговић, 2011: 254). Дакле, само промена власти у демократијама „у повоју“ са собом носи велику политичку и економску нестабилност, која лоше утиче на привредни раст.

Важи и да је стабилност власт лакше постићи у држави која има значајан привредни раст, јер је свим политичким чиниоцима и грађанима лакше да прихвате постојеће политичке механизме који подразумевају прерасподелу дохотка. Они који су на изборима победили добијају могућност да примене свој модел прерасподеле, док они који су изборе изгубили чекају да после наредних избора они буду ти који ће креирати модел прерасподеле. С

⁹ Камата представља премију на ризик – што је ризик већи и камата је већа и обрнуто (Беговић et al. 2008: 515).

друге стране, већина грађана, која је гласала за владајући политички програм, нема разлога да буде незадовољна јер власт има могућности да испуни оно због чега је изабрана. У друштвима која нису богата, победник не може да испуни предизборна обећања, јер нема шта да прерасподели, што дестабилизује власт (Беговић, 2011: 244)

8. Закључак

Циљ овог рада био је да анализира узрочно-последични однос између једног политичког феномена, какво је деловања друштвених група у демократији и једног економског феномена, какав је привредни раст земље.

Демократија као облик државног уређења представља погодно тло за деловање друштвених група и за постојање политичког тржишта са елементима понуде и тражње. На једној страни политичког тржишта појављују се они који су на власти, који нуде свој политички програм, а потражују подршку већине грађана, како би максимизирали свој политички профит – обезбедили што дужиостанак на власти. На другој страни политичког тржишта налазе се грађани и друштвене групе, који за себе потражују благостање у виду успостављања нових и очувања постојећих привилегија, а заузврат нуде подршку оном политичком програму који им то омогућује. Ово је могуће зато што је основна карактеристика демократије постојање механизма легалне промене власти. Онај који је на власти, а који у току мандата не тежи максимизацији подршке грађана, на наредним изборима биће промењен.

Привредни раст представља сложени економски феномен, јако важан за просперитет сваког друштва. Два извора привредног раста јесу акумулација производних фактора и повећање њихове факторске продуктивности. Инвестирање ресурса у један или оба извора привредног раста резултира повећањем привредног раста. С обзиром на то да инвестирање представља пожељну економску активност, морамо установити како се може стимулативно деловати на инвеститоре да доносе инвестициону одлуку.

Свака економска активност, па и инвестирање, одвија се у одређеном институционалном окружењу, које креира позитивне или негативне економске подстицаје. Треба знати да економске, правне и политичке институције нису егзогеног карактера, односно нису задане споља, већ се на њих може утицати – подложне су изменама. Грађани и друштвене групе, учествујући у политичком процесу, утичу на избор и промену институционалног окружења. Промена може повољно утицати на привредни раст, када се економски неефикасније институције замењују

ефикаснијим, а може бити и неповољна по привредни раст, онда када се предност даје институцијама које креирају негативне подстицаје.

Када смо установили да политички процеси, као саставни део институционалног окружења, имају утицај да привредни раст, а како би установили постојање двосмерног каузалитета, морамо поставити питање, како промена стопе привредног раста може да утиче политичке процесе.

Свака од страна на политичком тржишту вођена је сопственим себичним интересима, па је политички оправдано свако деловање које онима који су на власти доноси политички профит, односно максимизира могућност њиховог останка на власти, а грађанима и друштвеним групама повећава или чува благостање засновано на привилегијама. Тако можемо доћи у ситуацију где, вођени сопственим интересима који су политички оправдани, учесници на политичком тржишту бирају економски неефикасне институционалне аранжмане, које умањују економске слободе, па, самим тим, креирају негативне подстицаје за инвестирање.

Примери оваквих ситуација били би савези оних који су на власти и великих друштвених група, које потражују све већу редистрибуцију дохотка у друштву или све већу регулацију тржишта радне снаге. И редистрибуција дохотка и регулација тржишта радне снаге представљају негативне стимулације инвеститорима да инвестирају у чиниоце привредног раста, па самим тим, умањују привредни раст. Овакви савези, иако исплативи са аспекта политичког тржишта, на дуже стазе умањују политички профит оних који су на власти. Значи да могућност снижења стопе привредног раста у будућности умањује утицај на власт оних друштвених група чији би захтеви креирали негативне подстицаје инвеститорима. Односно, власт не може да прихвати захтеве друштвених група који, иако на политичком тржишту краткорочно максимизирају политички профит, дугорочно политички нису исплативи.

Анализирали смо и утицај на привредни раст деловање друштвених група у демократији са аспекта стабилности власти. Свака промена власти са собом носи и могућност промене институционалног окружења, па негативно утиче на доносиоце инвестиционих одлука. Међутим, промена власти у друштвима „зреле“ демократије, где постоји развијено грађанско друштво, не може да донесе велику промену институционалног окружења, јер у друштву постоји национални консензус о битним питањима уређења државе. Дакле, само у државама „младе“ демократије, владањем у корист најбројнијих друштвених група обезбеђује се политичка стабилност која је потребна привредном расту.

Литература

- Беговић, Б. Лабус, М. Јовановић, А. (2008). Економија за правнике. Београд: Издавачки Центар Правног факултета Универзитета у Београду.
- Беговић, Б. (2009). У основи свега су политичке институције. Фокус: Квартални извештај о институционалним реформама. 26-31.
- Беговић, Б. (2011). Институционални аспекти привредног раста. Београд: Службени гласник и Центар за либерално-демократске студије.
- Јовановић, А. (2008). Теоријске основе економске анализе права. Београд: Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду.
- Лукић, Р. (1960). Увод у правне науке. Београд: Завод за издавање уџбеника Народне Републике Србије.
- Мојашевић, А. (2013а). Импликације владавине права на привредни раст. Теме 4(XXXVII). 1731-1748.
- Mojašević, A. (2013b). Economic and Psychological Approach to the Study of Human Rationality. *M-Sphere Association for Promotion of Multidisciplinarity i Science and Business: Book of Proceedings / 2nd M Sphere Conference, Dubrovnik, 10th-12th October 2013.* - [s.l. : s.n.]. 181-189.
- Николић, Љ. (2011). Основи економије. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.
- Павловић, Д. (2009). Политичка економија – стање дисциплине. Годишњак ФПН, I део: Политичка теорија, политичка социологија, политички систем. 170-199.
- Прокопијевић, М. (2007). Џејмс Бјукенен или како је јавни избор постао наука. Економски анали, Вол. 52, бр. 173. 159-175
- Стојановић, Д. (2007). Уставно право. Ниш: Свен.
<https://www.fraserinstitute.org/economic-freedom/>

Vladica Maričić, LL.M.,
PhD student at the Faculty of Law, University of Niš

SOCIAL GROUPS IN DEMOCRACY AND ECONOMIC GROWTH: ECONOMIC ANALYSIS

Summary

Democracy is government regulation which implies the existence of legal mechanisms of change in state government. As the goal of those in power - the maximization of political profit, that is, the longer stay in power, they, during their mandate, undertake activities that will enable them to get the next mandate - re-election. This is also known by citizens and social groups who, in exchange for supporting the authorities, are seeking to establish new and preserve existing privileges. In order to influence government more easily, citizens are united on the basis of the similarity of interests that they want to achieve and they form social groups. As in democracy, political rights are recognized by the widest circle of the population, because of that the authorities need the support of a large number of citizens, implying that social groups that aim to realize the interests of its members must be large. Between the authorities, on the one hand, and social groups, on the other hand, a political market is established, with elements of supply and demand.

On the other hand, the institutional environment in the country has an indirect impact on economic growth. Therefore, any study of the phenomenon of economic growth includes an analysis of the political processes taking place in the respective country. In this paper, we will aim to conduct an economic analysis of the cause-and-effect relationship between the activities of social groups in democracy and the economic growth of the country.

Keywords: *democracy, social groups, economic growth, economic analysis, effects.*

ФУНКЦИЈЕ ЈЕДНОЧЛАНИХ ДРУШТАВА СА ОГРАНИЧЕНОМ ОДГОВОРНОШЋУ СА ОСВРТОМ НА ПОТЕНЦИЈАЛНЕ ЗЛОУПОТРЕБЕ

Апстракт: *Настанак овог рада подстакнут је подацима из пословне и судске праксе који показују присуство злоупотреба у пословању једночланих друштава са ограниченом одговорношћу у Републици Србији. Полазећи од чињенице да се свако привредно друштво оснива са неким циљем, намеће се питање сукоба интереса које је нарочито изражено у случају оснивања друштва од стране једног лица. Циљ рада јесте да испита узрочно – последичну везу између актуелног законодавства и злоупотреба, да представи идеје присутне у правним системима других земаља и коначно, да спроведе упоредну анализу различитих решења. У оквиру рада изложени су и фактори који представљају препреке ефикаснијој елиминацији злоупотреба. Следствено томе, дат је преглед стања домаћег законодавства у делу који се односи на систем одговорности, као и образложење недовољног коришћења института пробијања правне личности.*

Кључне речи: *једночлано друштво, функције привредних друштава, сукоб интереса, злоупотребе, пробијање правне личности.*

1. Увод

Постојање једночланих привредних друштава није новина како у домаћем, тако ни у упоредном праву. Ипак, доминација ове форме друштва на тржишту уз тенденцију повећања броја истих, чини ову тему једнако актуелном и данас. Поред тога, захваљујући специфичној природи друштава са ограниченом одговорношћу, често може бити постављено питање злоупотреба приликом пословања, нарочито када се ради о једночланим привредним друштвима. У том смислу, аутор ће настојати да укаже на потенцијалне злоупотребе приликом оснивања и пословања једночланих друштава; да испита везе између наведених злоупотреба и

1 antic.d.jelena@gmail.com

постојеће законске регулативе, али и повезаност злоупотреба и устаљене пословне праксе, у смислу непоштовања пословне етике.

У уводном делу кратко ћемо изложити проблематику повезану са природом овог специфичног облика привредног друштва.² Према институционалној теорији привредног друштва, друштво има правни субјективитет и као такво одвојено је од личности оснивача. Овим се омогућује раздвајање њеног правног режима од правног режима физичког или правног лица оснивача привредног друштва.³ С обзиром на овакву одвојеност у погледу правног субјективитета и имовине, могуће су две ситуације које воде сукобу интереса. Прво, ако је оснивач друштва са ограниченом одговорношћу (у даљем тексту: д.о.о.) физичко лице, његови интереси се не морају поклапати са интересима друштва. На пример, у интересу привредног друштва (поред неспорног профитног мотива) јесте стабилност и континуитет у пословању, ликвидност, као и очување угледа на тржишту; Са друге стране, из угла физичког лица - оснивача, најчешће ће превладати материјални интерес у виду максимизације профита. Друго, ако је оснивач и једини члан д.о.о. друго правно лице, оно само може имати више чланова чији се лични интереси неће увек поклапати са интересима д.о.о.; као што се не морају поклопити интереси правног лица оснивача и основаног д.о.о.

У вези са наведеним, намеће се потреба за испитивањем проблема привада правне личности. Наиме, у пракси се дешава да једини члан друштва предузима правне радње као његов заступник, а заправо поступа искључиво у личном интересу. У том случају могу бити примењена правила о одговорности по основу члана 18. Закона о привредним друштвима (у даљем тексту: ЗПД). Наведени члан дефинише „пробијање правне личности“ као одговорност командитора, члана друштва са ограниченом одговорношћу, акционара или законског заступника тог лица које злоупотреби правило о ограниченој одговорности.⁴ Чини се да ова установа у нашем Закону егзистира као могућност, а у наставку ћемо изнети могуће разлоге за ретко коришћење ове законске могућности.

Приликом израде рада коришћени су бројни методи: историјскоправни, социолошки, догматички, нормативни и други; а читав текст прожет је упоредноправним методом који за предмет проучавања има законодавства

² Детаљније на страни 3, наслов: Појам и правна природа друштва са ограниченом одговорношћу

³ Васиљевић, 1999: 41, 31

⁴ Чл. 18. Закона о привредним друштвима Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015)

већег броја земаља у области привредног права. Наиме, у општеприхваћеној пракси интензивне сарадње (привредне, научне и друштвене) између држава, свака изолација је погубна. Зато је све мање разлика између појединих института привредног права, без обзира на степен привредног развоја земаља.⁵

2. Појам и правна природа друштва са ограниченом одговорношћу

Друштво са ограниченом одговорношћу је правно лице које свој правни субјективитет стиче моментом уписа у регистар привредних субјеката. Као самостални субјект, оно има сопствену имовину, правну способност на основу које ступа у правни промет, специјалну пословну способност и одговара за испуњење обавеза сопственом имовином.⁶

Законом о привредним друштвима друштво са ограниченом одговорношћу се дефинише као друштво у коме један или више чланова друштва имају уделе у основном капиталу друштва, с тим да чланови друштва не одговарају за обавезе друштва осим у случајевима предвиђеним чланом 18. овог закона.⁷ Из законске дефиниције закључујемо да се одговорност за обавезе д.о.о. не протеже на његове чланове, већ постоји правило о одвојености имовине ових субјеката. Ипак, проширење одговорности д.о.о. на његове чланове, под одређеним условима, свој *ratio* налази у самој природи овог облика привредног друштва. Природа овог облика привредног друштва јесте двојака – карактеришу га обележја друштава капитала са једне, и друштава лица са друге стране.

Са аспекта судске праксе једно од најважнијих питања јесте питање одговорности, која је код д.о.о. ограничена на обавезе друштва што је својствено друштвима капитала. Са друге стране, за осниваче, односно чланове д.о.о. значајна је и личност свих чланова и везе међу њима су тешке, налик оним у друштвима лица. Отуда у правној теорији има различитих схватања, па се тако д.о.о. најчешће сврстава у друштва капитала, чему иду у прилог одредбе ЗПД-а, иако постоји тенденција издвајања овог облика привредних друштава и његово обрађивање у посебном делу. Могло би се рећи да је по унутрашњим (суштинским) карактеристикама ближе друштвима лица, а по спољашним (формалним) својствима друштвима

5 Миленовић, 2013: 19

6 Стефановић, 2013: 419

7 Чл. 139. Закона о привредним друштвима Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015. Наведеним чланом 18. истог закона уређен је институт пробоја правне личности, у ком случају се примењују другачија правила о одговорности чланова друштва, о чему ће у наставку бити речи.

капитала. У сваком случају, нема једногласног решења да ли је боље правни институт посматрати у духу важећег закона који га дефинише, или суштински, без обзира на његово место у актуелном законодавству које је свакако подложно променама. Постојање и образлагање супротстављених ставова поводом оваквих питања је пожељно, јер се управо на тај начин може сагледати најшира слика проблема. Иако је вредност сазнања суштине института неоспорна, морамо имати у виду и да је пракса (којој теорија настоји да пружи допринос) везана законодавством у складу са принципом правне сигурности. Дакле, д.о.о. би требало посматрати као друштво капитала, а у прилог томе иде и основно заједничко обележје ове две форме – ограничена одговорност. Поред тога, ЗПД предвиђа сходну примену одређеног броја одредаба које уређују положај акционарских друштава на друштва са ограниченом одговорношћу.⁸

Коначно, кратко ћемо се осврнути на сам назив „друштво са ограниченом одговорношћу“, који је и у теорији и у пракси оцењен као неодговарајући с обзиром на то да може навести на погрешан закључак да д.о.о. одговара ограничено за своје обавезе. С обзиром на одвојеност личности и имовине привредног друштва и његових чланова, разуме се да чланови не одговарају за обавезе друштва, па стога није било потребе ту чињеницу наглашавати. Назив свакако јесте резултат непромишљености његовог творца, а опстао је захваљујући дуготрајној употреби, тј. недостатку сагласности ширег круга стручњака из области привредног права око новог назива.

3. Приказ историјског развоја друштава са ограниченом одговорношћу

Без познавања историјског развоја права уопште, али и појединачних института, није могуће са довољно података проучавати ни позитивно право, које је у великој мери производ историјских околности и утицаја из прошлости. Овде ћемо историјскоправни метод применити пре свега са циљем проучавања права динамички. Другим речима, покушаћемо да објаснимо промене које се дешавају у праву и њихову повезаност.⁹ Историјски посматрано, први пут је могућност оснивања д.о.о. као форме привредног друштва уведена у немачком законодавству 1892. године. Могло би се рећи да је немачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу „праотац“ свих законских регулатива о друштвима са ограниченом одговорношћу на међународном нивоу, с тим што се мора

⁸ На пример, Закон у чл. 149. предвиђа сходну примену правила која важе за повећање и смањење основног капитала акционарских друштава и др.

⁹ Лукић, 2003: 196

констатовати да ни у овом случају сви потомци не наликују много свом „оцу“. Осим тога, на право друштва са ограниченом одговорношћу као правну област у одређеним подручјима утицало је и право Европске уније (европске директиве). Отуда немачки закон може послужити земљама у транзицији и као пример усклађеног права.¹⁰

Неспорно је да су друштва са ограниченом одговорношћу настала у жељи да се искористе предности које имају друштва лица и друштва капитала. Како у Србији, тако и у иностранству, уочава се тенденција преласка из предузетништва у форму д.о.о, што законодавац подржава пружајући могућност оснивања друштва од стране само једног физичког или правног лица.¹¹ Међутим, као противтежа ограниченој одговорности, јавила се потреба за тзв. „скидањем вела“. Пробијање правне личности (енг. *lifting the veil – piercing the corporate veil*) односи се на ситуацију када се одступа од начела правне раздвојености и самосталности правног лица, те се омогућава повериоцима правног лица да се, осим из имовине правног лица које је њихов дужник, наплате и из имовине чланова, односно оснивача.¹² Главна сврха института пробијања правне личности је довођење у склад правног и фактичког стања. Наиме, нико не може заснивати право на сопственом неправу, па отуда злоупотреба правног субјективитета као правила, за последицу има пробијање правне личности као изузетка.¹³

4. Функција и циљ једночланих друштва

„Закон циља гласи: нема поступка, као ни хтења без циља.“ Јеринг

Циљ увођења могућности оснивања д.о.о. од стране једног лица можемо сагледати са два аспекта. На нивоу појединца циљ законодавца је пружање подстицаја физичким и правним лицима у виду ограничења њихове одговорности приликом обављања привредне делатности. Са становишта самог друштва, циљ је обављање регистроване делатности. На нивоу државе циљ оваквог законског решења јесте повећање укупне привредне активности у земљи.

Сматра се да су главне привредне функције овог друштва ограничена одговорност, неспособност за појављивање на берзи и флексибилност.

¹⁰ Немачка фондација за међународну правну сарадњу (IRZ), Немачки закон о друштвима са ограниченом одговорношћу у преводу, Београд, 2016, стр. 9.

¹¹ Ову могућност првенствено је познавало француско право, а након тога је уведена на међународном нивоу, Дванаестом директивом ЕУ из 1989. године.

¹² Стефановић, 2013: 457

¹³ Васиљевић, 1999: 50

Оснивачи одговарају за обавезе друштва само имовином коју су уложили. Друштво није отворено за приступање било којих лица, односно за прикупљање капитала од великог броја лица, због чега се забрањује да се његови удели (акције и не може да издаје) појављују на берзи. Позитивна права углавном остављају оснивачима, односно члановима широке могућности да прилагоде структуру органа управљања својим потребама, због чега се сматра да је овај статусни облик прилагодљив потребама оснивача.¹⁴ Ово нарочито потврђује чињеница да Закон допушта оснивање једночланих д.о.о, те је у овом случају поједностављено пословање у смислу да једини члан нема обавезу обавештавања самог себе, нити потребу за усклађивањем међусобних интереса чланова, што је неминовност у случају функционисања друштва са већим бројем чланова. Следствено томе, Закон изричито прописује да у случају постојања личног интереса јединог члана друштва, није потребно одобрење правног посла или радње.¹⁵ Такође, што се тиче ограничења прописаног законом, које се односи на заступника који без посебног овлашћења не може као друга уговорна страна са друштвом закључивати уговоре, оно не важи за законског заступника који је једини члан друштва.¹⁶

Једночлано д.о.о, дакле, треба схватити као компромисно решење приликом доношења одлуке о покретању посла у својству предузетника или привредног друштва. Изложићемо кратак упоредни приказ карактеристика, односно предности једне и друге форме. Прво, главна предност д.о.о. и одлучујући фактор приликом избора ове форме (која чини преко 90% свих привредних друштава у нашој земљи), односи се на питање одговорности. Према ЗПД предузетник за све обавезе настале у вези са обављањем своје делатности одговара целокупном својом имовином, а одговорност не престаје ни брисањем предузетника из регистра.¹⁷ Са друге стране, члан д.о.о. одговара за обавезе друштва само до висине свог улога. Заправо, питање је да ли се овде и може говорити о одговорности члана, с обзиром на то да д.о.о. има правни субјективитет и имовину одвојену од имовине својих чланова, а поменути улог чини имовину друштва од тренутка уношења. Друго, питање процедура везаних за оснивање и пословање иде у прилог форми предузетника. Поступак регистрације у Агенцији за привредне регистре

14 Стефановић, 2013: 420

15 Чл. 66. Закона о привредним друштвима Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015

16 Чл. 42. Закона о привредним друштвима Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015

17 Чл. 85. ст. 1) и 2) Закона о привредним друштвима Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015

знатно је једноставнији и производи ниже трошкове за предузетнике у односу на поступак регистрације и трошкове д.о.о. Треће, предузетник може плаћати порез паушално, док д.о.о. мора водити књиге по систему двојног књиговодства. Стопа пореза на приходе од самосталне делатности (предузетника) износи 10%.¹⁸ Што се тиче положаја д.о.о, према одредбама Закона о порезу на добит правних лица, стопа пореза на добит износи 15%,¹⁹ а остварена добит не подлеже годишњем опорезивању у смислу Закона о порезу на доходак грађана.²⁰ **Даље, узимање из имовине и коришћење услуга привредног друштва од стране власника друштва за њихове приватне потребе, према новом законском решењу, опорезује се као приход од капитала, а пореска стопа износи 15%.**²¹ На овај начин је измењен досадашњи порески третман те врсте прихода који је био опорезован као други приход (пореска стопа од 20%). Иначе, **узимање из имовине и коришћење услуга привредног друштва од стране власника друштва за њихове приватне потребе, било је већ предмет опорезивања порезом на приходе од капитала до 30. маја 2013. године.**²² Треба поменути и ситуације када је уговором између правног лица и физичког лица, његовог оснивача, уговорено коришћење непокретности у власништву

18 Чл. 38. Закона о порезу на доходак грађана, Сл. гласник РС, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн. и 7/2017 - усклађени дин. изн. Ипак, предузетник мора да плати 10% пореза на доходак грађана уколико његов профит буде већи од 20. 000 евра, а на део преко 30 000 евра мора да плати 15%.

19 Чл. 39. Закона о порезу на добит правних лица, Сл. гласник РС, бр. 25/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 - др. закон, 142/2014, 91/2015 - аутентично тумачење и 112/2015

20 Чл. 3, 5. и 6. Закона о порезу на доходак грађана, Сл. гласник РС, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн. и 7/2017 - усклађени дин. изн.

21 Чл. 61. ст. 4), чл. 64. Закона о порезу на доходак грађана, Сл. гласник РС, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн. и 7/2017 - усклађени дин. изн.

22 Коментар најновијих измена и допуна Закона о порезу на доходак грађана, Сл. гласник РС, бр. 112/2015

физичког лица без плаћања закупнине, а правно лице изврши извесна улагања како би непокретност прилагодило својим потребама. У случају постојања обавезе да по истеку периода закупа непокретност врати у првобитно стање, физичко лице неће остварити приход који се опорезује. Међутим, у случају када није могуће извршити повраћај у првобитно стање, па правно лице врати физичком лицу непокретност којој је на тај начин увећана вредност, а давалац закупа (физичко лице) не накнади овом вредност извршеног улагања, физичко лице остварује приход који подлеже опорезивању порезом на доходак грађана.²³ Напоследку, новчане казне за прекршаје су много мање за предузетнике него за привредна друштва. По Закону о прекршајима, новчана казна за предузетнике може се одредити у распону од 10.000 до 500.000 динара, а за привредна друштва у распону од 50.000 до 2.000.000 динара и за **одговорно лице у распону од 5.000 до 150.000 динара.**²⁴ У сваком случају, оснивање и пословање било које форме привредног друштва захтева виши степен одговорности, упркос „ограниченој одговорности“ чланова друштва капитала која може створити привид о постојању мањег ризика за чланове.

5. Стање домаћег законодавства

Поред чланова 139-244. ЗПД, на питања повезана са оснивањем, пословањем и престанком д.о.о. примењују се и посебни закони попут Закона о порезу на добит правних лица, Закона о прекршајима, Закона о стечају итд. Српски ЗПД је свеобухватан, те поред одредаба које уређују све форме привредних друштава, исти регулише и положај предузетника као физичких лица.²⁵ У неким земљама, пак, различите форме привредних друштава су регулисане различитим законима.²⁶

23 Мишљење министарства финансија бр. 413-00-1173/2011-04(II) од 30.04.2012. године, <http://www.overa.rs/poreski-tretman-zakupa-nepokretnosti-bez-naknade-i-ulaganja-u-tu-nepokretnost-zakupac-pravno-lice-zakupodavac-fizicko-lice.html>

24 Чл. 39. Закона о прекршајима Сл. гласник РС, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 - одлука УС

25 Иако поводом оваквог решења домаћег законодавца има више различитих ставова, мишљење аутора је да је проблем у већој мери формалне природе него суштинске, с обзиром на то да се према наслову Закона закључује да уређује само положај привредних друштава, а то физичка лица нису.

26 Кратко ћемо се осврнути на ситуацију у Немачкој: Док је у овој земљи грађанскоправна материја кодификована Грађанским закоником (нем. Bürgerliches Gesetzbuch) и обухвата, поред облигационог права и стварно, породично и наследно право, област права привредних друштава уређена је на начин супротан наведеном. Наиме, за разлику од већине европских земаља које имају свеобухватне законе о привредним друштвима (нпр. српски ЗПД), у Немачкој је ова област подељена на више закона

Када говоримо о стању у нашој земљи, јасно је да је законодавац, пре свега, пратио тренд развоја европског законодавства. Питање је, међутим, да ли је остао доследан приликом прилагођавања права, с обзиром на то да се домаће трговинско право у погледу одређених питања као што су минимални основни капитал друштва и пробијање правне личности, налази на раскршћу правних схватања европскоконтиненталног и англосаксонског права.²⁷

Једна од најспорнијих законских одредаба у домаћој теорији и пракси односи се на висину минималне вредности основног капитала потребног за оснивање доо.²⁸ Наиме, ЗПД прописује износ од 100,00 динара, па се основано поставља питање да ли овај износ може покрити трошкове пословања привредног субјекта и на који начин исти обезбеђује потенцијалне повериоце. Јасна је жеља законодавца да на овај начин пружи подстицај оснивању што већег броја оваквих привредних друштава и покретању сопствених (често породичних) послова, али неспорно је и постојање опасности у смислу злоупотреба од стране оснивача.

Ипак, у теорији су присутни различити ставови поводом питања висине основног капитала. Једна група сматра да је прописивање висине минималног основног капитала неопходно за обављање делатности и обезбеђење поверилаца. Дакле, капитал друштва је важан инструмент заштите поверилаца, установљен као одговор на ограничену одговорност друштва. Наиме, од тренутка оснивања привредног друштва и касније током његовог пословања, неопходно је да постоје одређена средства којима оно послује и која представљају покриће повериоцима. Због тога се предвиђа да вредност основног капитала мора да се одржава током пословања.²⁹ Друго мишљење је да функција основног капитала уопште није заштита поверилаца (јер колики год он био, неће бити довољан за намирење свих обавеза, нарочито у случају стечаја), већ се повериоци штите на друге начине, пре свега захваљујући транспарентности пословања. Према овом становишту, прописивање висине износа основног капитала

(нпр. немачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу (GmbHG), Закон о деоницама (AktG) и др.) Треба напоменути и да између ових посебних закона и немачког Трговачког законика важе правила о односу посебних закона према општем. На пример, чл.13. ст. 3) Закона о друштвима са ограниченом одговорношћу прописује да се „друштво сматра привредним друштвом у смислу одредби Трговачког законика.“

27 Наш правни систем традиционално прати кретања европскоконтиненталног права.

28 Чл. 145. ЗПД: „Основни капитал друштва износи најмање 100 динара, осим ако је посебним законом предвиђен већи износ основног капитала за друштва која обављају одређене делатности.“

29 Јевремовић Петровић, 2011: 115, 166

врши се у циљу онемогућавања оснивања „неозбиљних друштава“. Дакле, онсовна идеја правила о минимуму капитала није усмерена на повериоце. Штавише, има мишљења да капитал друштва повериоцима даје само привид сигурности. У земљама англосаксонског правног система сматра се да је повериоцима пружена заштита забраном вршења исплата члановима друштва пре измирења обавеза према повериоцима; Даље, одговорност свих чланова је солидарна, док се у нашој земљи проширење одговорности врши по основу кривице, применом института пробоја правне личности.³⁰

У прилог схватању да главна сврха основног капитала није заштита поверилаца, иде и чињеница да Закон за акционарска друштва предвиђа минимални основни капитал у износу од 3.000.000 динара, а имајући у виду делатности које обављају друштва основана у овој форми, јасно је да овај износ не може служити као покриће потраживања њихових поверилаца.³¹ На пример, код осигуравајућих друштава повериоцима већу гаранцију пружа реосигурање основног капитала, док код банака ову функцију врши Агенција за осигурање депозита.

Треба напоменути и то да чланови д.о.о. често врше његово финансирање зајмовима које дају друштву уместо да улажу у његов основни капитал, те такав члан друштва у евентуалном стечајном поступку може имати само статус повериоца са необезбеђеним потраживањем и исплаћује се тек након исплате обезбеђених поверилаца. Такође, чланови често поткапиталишу друштво и тако што му дају опрему на коришћење, тако да ако дође до стечаја врше његово излучење из стечајне масе.³²

Са друге стране, неретко капитал потиче из екстерних извора, а не од стране оснивача. Стога, ако је капитал позајмљен, онда је спорно да ли он уопште може да буде гаранција повериоцима.³³ На пример, узимањем кредита од банака, не повећава се основни капитал, а с обзиром на то да се кредити одобравају уз камату, повраћај укупних новчаних средстава која су већа од позајмљених, води смањењу капитала. Уосталом, циљ узимања кредита и није повећање капитала него очување ликвидности друштва, која је један од кључних фактора заштите поверилаца.³⁴

30 У теорији се као једна од важних улога минимума капитала истиче и превентивна функција кроз онемогућавање наступања стечаја. Више: др Татјана Јевремовић Петровић, Заштита поверилаца путем правила о капиталу друштва, Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније, 2011, стр. 119.

31 Чл. 293. Закона о привредним друштвима

32 Васиљевић, 2011: 201

33 Било би добро ставити акценат на структуру капитала: однос између власничког и позајмљеног капитала. Видети: Јевремовић Петровић, 2011: 134

34 Златко, Компанијско право, Београд, 2013, стр. 424.

Усаглашавање правила привредног права присутно је како на европском нивоу, тако и на светском.³⁵ Основ правила о капиталу привредних друштава чине правила Друге директиве о минимуму капитала која односе се само на отворена акционарска друштва, док за оснивање осталих облика привредних друштава не постоји минимални износ. Разлике у националним правима, међу којима у неким није неопходан никакав минимум основног капитала за д.о.о, док у другим правима тај износ није занемарљив довео је до случајева изигравања закона путем оснивања друштава у другој земљи чланици ЕУ.³⁶

Српско законодавство је у том погледу усклађено са европским прописима, док нпр. немачки Закон о друштвима са ограниченом одговорношћу, иако не одступа од правила комунитарног права, садржи нешто другачије решење. Наиме, овај Закон чл. 5. ст. 1) прописује минимални износ основног капитала д.о.о. у вредности од 25.000 еура. Међутим, овај закон оставља могућност оснивања тзв. „једноставног друштва са ограниченом одговорношћу“, које се оснива са основним капиталом мањим од наведеног, уз обавезу да у називу фирме користи назив „једноставно друштво са ограниченом одговорношћу“ (нем. *Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)*).³⁷ Употреба ове ознаке је од велике важности за повериоце друштва, попут ознаке „у стечају“ која прати правно лице у овом статусу и пружа повериоцима и трећим лицима информације о солвентности друштва.

Питање на које треба дати одговор јесте да ли постоји адекватна подлога (и у законодавству и у пракси) за постојеће законско решење у ЗПД. Закључак аутора је да је схватање англосаксонског система на бољи начин аргументовано, али не треба занемарити чињеницу да они судбину поверилаца друштава не препуштају случају већ их штите на други начин. Уосталом, и сам институт пробијања правне личности потиче из Енглеске, што говори о свести за потребом заштите поверилаца и спречавањем злоупотреба од стране јединог или контролног члана. Друго, у случају пробоја чланови друштва су солидарно одговорни, што значи да ће у том случају сви одговорати целокупном својом имовином, док се код нас ова одговорност другачије уређује.

35 И док су тенденције међународне унификације привредног права уобичајена појава, дотле су правила грађанског права израз специфичности једног друштва. На доношење правила грађанског права велики утицај врше: традиција, морална схватања друштва, историјски развој, менталитет народа ...” Видети: Миленовић, 2013: 19

36 Петровић, 2011: 117, 120

37 Чл. 5а. ст. 1) Немачког закона о друштвима са ограниченом одговорношћу у преводу, Београд, 2016.

6. Злоупотребе правила о ограниченој одговорности

У случају једночланих привредних друштава, однос оснивача и друштва карактеришу испреплетени интереси који често воде фактичком сједињавању њихових личности, када физичко лице као оснивач остварује највећи профит. То је, према Јерингу, пут повезивања сопственог циља са туђим интересом који води подударности узајамних циљева и интереса.³⁸ Сукобљени интереси привредног друштва и његових чланова „природна“ су последица одвојености правне личности и имовине друштва и његових чланова.

У којој мери је једини члан повезан са друштвом, показује случај из судске праксе у коме је оснивач тужен за намирење потраживања које је тужилац имао према д.о.о. над којим је у међувремену спроведен стечајни поступак. Наиме, тужилац је као јемац туженог, исплатио дуг који је тужени имао према банци по основу уговора о кредиту. *Иако у теорији преовладава став о бестеретности јемства, то ипак не значи да се јемац одриче права да захтева од дужника плаћено, јер би то био индиректан поклон а не јемство, већ да не постоји накнада за јемчење, директна или индиректна корист коју јемац од закључења уговора о јемству очекује.*³⁹ У тренутку закључења уговора о јемству, тужени је потписао бланко менице без протеста у корист тужиоца. Околност која није релевантна за судски поступак, да су парничне странке у сродничким односима, потврђује „правило“ да се ова форма друштва често оснива као породична фирма, те су стране добро упућене у све сегменте пословања овог другог. У поступку је постављено неколико основних питања. Прво, питање активне и пасивне легитимације, из разлога што су стране уговора о јемству била привредна друштва над којима је спроведен стечај. Друго, који је разлог покретања парничног поступка уколико тужилац поседује менице које му омогућавају наплату? И треће, за ову тему најважније, где се налази граница између интереса и обавеза друштва и његовог оснивача?

Узрок првог проблема јесте тај што се у улози туженог налази физичко лице, оснивач друштва које је дужник банке и према коме тужилац има регресно право. Прихватање приговора недостатка пасивне легитимације који је изнео тужени, несумњиво би водио крајњем формализму. Са друге стране, не сме се занемарити да поштовање форме у било ком погледу представља израз правне сигурности, као темељног правног начела.

Објашњење за покретање парничног поступка у ситуацији када тужилац поседује менице које је добио од туженог налази се у чињеници да он ни

³⁸ Јеринг, 1998: 29, 34

³⁹ Хибер, 2015: 65

на тај начин није успео да наплати дуг јер је оснивач као физичко лице учинио своју имовину «невидљивом» на тај начин што је подигао новчана средства са рачуна у банци и пренео право својине на стварима другим лицима која су у одговарајућем регистру наведена као власници ствари. Дакле, не постоји краћи правни пут наплате потраживања путем менице нити путем пријављивања потраживања у стечајну масу, јер тужилац у овом случају није стекао својство стечајног повериоца, имајући у виду одредбе Закона о стечају,⁴⁰ мада би учешће у стечајном поступку могао остварити у својству трећег лица у смислу овог Закона.⁴¹ Коначно, тужилац је пред Вишим судом затражио заштиту у смислу наплате читавог износа који потражује од туженог, док би у стечајном поступку успео да добије само проценат износа сходно исплатном реду коме припада.

Потребно је истаћи да, упркос правилима о избегавању сукоба интереса, подударност личности и интереса оснивача и друштва може такође имати негативне последице. Тако, у случају поклапања интереса наведених лица, привредно друштво постаје само средство за остварење циља оснивача. У вези са тим, наведени случај је пример постојања вишеструког привида који је створен оснивањем д.о.о. од стране једног лица, а управљањем од стране другог, такође сродника.⁴² Оснивач заправо није имао никакву контролу над пословањем, као ни лични интерес који је неизоставна претпоставка бављења већ било којом делатношћу.

Што се тиче сукоба интереса и мешања имовине друштва и чланова, овде би се могле подвести честе ситуације у нашој пракси, на пример да се са рачуна привредног друштва плаћају лични рачуни.⁴³ Треба приметити да наше право не санкционише и обрнуту ситуацију – употребу сопствених добара за потребе друштва, што се у упоредном праву такође санкционише.⁴⁴ На

40 Стечајни поверилац је лице које на дан покретања стечајног поступка има необезбеђено потраживање према стечајном дужнику. (чл. 48. Закона о стечају)

41 У стечајном поступку могу да учествују лица која су солидарни дужници, јемци, гаранци и сл. на начин прописан овим Законом. Ова лица могу као стечајни повериоци захтевати да им се врати оно што су за стечајног дужника платили пре или после дана покретања стечајног поступка, ако имају регресно право према стечајном дужнику. (чл. 53. Закона о стечају)

42 Ради се о ситуацији када иза сваког корака у пословању стоји лице чије име се не наводи ни у оснивачком акту, нити је видљиво из било какве трансакције, преписке итд.

43 Дужност избегавања сукоба интереса имају лица која не могу да у свом интересу или у интересу са њима повезаних лица: 1) користе имовину друштва; 2) користе информације до којих су дошли у том својству, а које иначе нису јавно доступне; 3) злоупотребе свој положај у друштву; 4) користе могућности за закључење послова које се укажу друштву.

44 Стефановић, 2013: 424

тај начин може се створити привид о већој вредности основног капитала, давањем зајмова друштву или давањем опреме на коришћење, о чему је било речи.

Овде не говоримо нужно о ситуацијама када се ангажује институт пробоја правне личности, јер је у том погледу неопходно испуњење законских услова да би се акт могао подвести под „злоупотребу правила о ограниченој одговорности“. Напротив, циљ овог излагања је ширење свести о евентуалним последицама стварања привида правне личности, када физичко лице поступа искључиво у свом интересу, како доношењем одлуке о оснивању д.о.о, тако и током каснијег пословања. Резултат оваквог поступања јесте успоравање правног промета и стварање ситуације у којој су на губитку и повериоци и држава, нарочито у случају стечаја друштва.

7. Пробијање правне личности

Институт пробоја правне личности настао је у Енглеској, као прецедент у случају *Salomon vs. Salomon and Co.* из 1897. године.⁴⁵ Овај облик заштите поверилаца прихваћен је и у земљама европскоконтиненталног правног система, са мање или више разлика које се односе на претпоставке за ангажовање овог института.

Према члану 18. ЗПД, члан друштва који злоупотреби правило о ограниченој одговорности, одговара неограничено солидарно за обавезе друштва. У домаћем праву, за разлику од неких упоредноправних решења, важи

⁴⁵ Арон Саломон био је предузетник које је решио да промени форму пословања у д.о.о. Услов за оснивање било је најмање седам чланова, те је у посао укључио и чланове своје породице. Он је компанији позајмио новац као обезбеђени поверилац, па је у току стечајног поступка постављено питање да ли треба исплатити прво њега или необезбеђене повериоце, да би потом уследиле тужбе усмерене ка члановима лично. Суд је закључио да је Саломон одговоран за дугове јер је основао д.о.о. само у циљу ограничења одговорности. Апелациони суд потврђује ову одлуку уз образложење да је Саломон злоупотребио правила о ограниченој одговорности и успоставља концепт „скидања вела“. Са друге стране, Дом Лордова једногласно је оборио ову пресуду и одлучио у корист Саломона. Са његовог становишта образложење Апелационог суда је конфузно јер „правно лице не може у исто време да постоји и да не постоји.“ Уколико постоји, посао и дугови припадају друштву а не Саломону, а уколико не постоји, Саломон тим пре не може бити његов заступник. Овај орган се нарочито позива на уредно спроведену процедуру остивања и пословања у складу са законом, чиме даје примат форми над садржином. Видети: *Avv. Serena de Palma COMPARATIVE LEGAL ENGLISH*, <http://www00.unibg.it/dati/corsi/65081/62134-Salomon%20v%20Salomon%20&%20Co.pdf>
У теорији се наводи и да је овај случај довео до прећутног, незваничног одобрења пословања једночланог друштва, много пре него што је ова могућност уведена законом 1992. године. Видети: *Natalie Cole, Salomon v Salomon Case Summary*, https://www.academia.edu/19605685/Salomon_v_Salomon_Case_Summary

правило да се пробијање правне личности односи само на члана који је извршио злоупотребу. Иако може деловати неправично према осталим члановима, проширење одговорности на све чланове друштва, односно њихова солидарна одговорност води већем степену контроле између самих чланова. Постојеће решење у нашем праву наводи на закључак да је претпоставка овог облика одговорности кривица.

Правни институт пробоја правне личности подразумева испуњење неког од следећих услова. Прва претпоставка је да оснивачи, односно чланови нису солидарно одговорни са правним лицем по самом закону, нити су се обавезали да солидарно одговарају; Други услов је противправно понашање или понашање на начин за који право прописује пробијање правне личности као последицу; Одговорност чланова за обавезе правног лица заснива се на њиховој кривици, али се у неким случајевима објективизира. Основ за пробој правне личности заснива се на понашању оснивача, односно чланова. Такав је случај са понашањем које се може квалификовати као злоупотреба имовине правног лица. Овде се кривица претпоставља јер је незамисливо да таква радња буде учињена без намере оштећења поверилаца или стицања противправне користи. Међутим, некада се не води рачуна о кривици, као на пример у случају ако право предвиђа да је сама чињеница да је друштво основано као једночлано довољан разлог за пробој правне личности.⁴⁶ У ЗПД су набројана четири разлога за пробој правне личности,⁴⁷ мада није реч о позитивној енумерацији, већ о набрајању „примера ради“ (*exempli causa*). Сви разлози су засновани на противправности или злоупотреби самог друштва или његове имовине. Још увек нема, као у упоредном праву, разлога који су објективни (нпр. да је друштво једночлано, да се седиште друштва налази на адреси на којој се налази и пребивалиште неког од оснивача и слично).⁴⁸ Затим, задатак судске праксе је утолико сложенији што ЗПД наводи неколико ситуација у којима се може ангажовати овај институт, али се овај члан Закона може применити и на друга суштински слична понашања, која су предмет оцене суда. Сасвим је јасно да се пробијању правне личности не сме олако прибегавати јер би се у том случају нарушила правна сигурност. Ипак, проширење одговорности д.о.о. на његове чланове, под законом

46 Стефановић, 2013: 157-158

47 Према одредбама ЗПД, сматраће се да постоји злоупотреба правила о ограниченој одговорности нарочито ако то лице: 1) употреби друштво за постизање циља који му је иначе забрањен; 2) користи имовину друштва као да је његова; 3) користи друштво или његову имовину у циљу оштећења поверилаца; 4) ради стицања користи за себе или трећа лица умањи имовину друштва, иако је знало или морало знати да друштво неће моћи да извршава своје обавезе.

48 Цвијетићанин, 2017

одређеним условима, свој *ratio* налази у разумевању саме природе овог облика привредног друштва.

Постојећа решења још увек се разликују од уобичајених у упоредном праву. Норме нису написане тако да би лако биле применљиве. Према својој садржини, оне су оријентисане на намеру и циљеве, а не на ефекте појединих радњи. Додатно отежава примену увођење категорије злоупотребе која уопште није неопходна за пробој правне личности. Због оваквих формулација у нашој судској пракси скоро да се и не бележе поступци по основу пробоја правне личности.⁴⁹

Један од разлога за ретко покретање питања одговорности по основу чл. 18. ЗПД налази се у чињеници да је повериоцима друштва недовољно јасан поступак „скидања вела“. Испуњеност услова за пробој правне личности утврђује суд у поступку који води по тужби повериоца ради наплате потраживања од правног лица. Овај поступак није самосталан, већ је само саставни део поступка за наплату потраживања од правног лица. У овом поступку суд утврђује да ли су испуњени услови за пробој и налаже испуњење обавеза члановима солидарно са правним лицем. Дакле, једино повериоци могу захтевати пробој правне личности. Друга лица (ни сами чланови) не могу захтевати примену овог института, нити суд води рачуна о постојању ових околности по службеној дужности.⁵⁰ За поступак по тужби за пробијање правне личности, иако је поверилац физичко лице, стварно је надлежан Привредни суд, с обзиром на то да је предмет спора у вези са применом ЗПД.⁵¹

Случајеви евазије пореза такође могу бити основ за пробијање правне личности. Следствено томе, овај правни институт треба да нађе већу примену и у пракси Пореске управе, посебно у смислу испуњења пореске обавезе у случају ликвидације друштва.⁵² Закон о пореском поступку и пореској администрацији прописује да пореску обавезу правног лица у ликвидацији испуњава ликвидациони управник из новчаних средстава правног лица, а ако правно лице у ликвидацији нема довољно новчаних средстава да испуни обавезу у целости, преостали дуг платиће чланови, ако су солидарно одговорни за обавезе правног лица, што се односи и на утврђену одговорност члана друштва за пореске обавезе друштва у случају пробијања правне личности.⁵³

49 Стефановић, 2013: 164

50 Стефановић, 2013, 157-158

51 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 3176/2012 од 3.4.2013. године

52 Стефановић, 2017

53 Чл. 20. Закона о пореском поступку и пореској администрацији Сл. Гласник РС, бр. 80/2002, 84/2002 - испр., 23/2003 - испр., 70/2003, 55/2004, 61/2005, 85/2005 - др.

Занимљиво је да се у судској пракси дешавају и ситуације супротне уобичајеним – када једини члан друштва сматра себе активно легитимисаним у поступку у случају неисплате дуга друштву од стране његових дужника. Иако је тужилац једини члан д.о.о, он се не може сматрати оштећеним када због неизвршења уговорне обавезе коју је тужени био дужан да испуни према друштву са којим је закључио уговор, друштво трпи штету.⁵⁴ Овакав став Привредног апелационог суда је оправдан, с обзиром на то да погодност у виду ограничења одговорности, такође формира оквир његових овлашћења.

Што се тиче праксе у земљама у окружењу, Закон о трговачким друштвима Хрватске познаје овај институт и уређује га готово идентично нашим одредбама, позивајући се на присуство злоупотребе: „Онај ко злоупотребљава околност да као члан привредног друштва не одговара за обавезе друштва не може се позвати на то да по закону не одговара за те обавезе.“ Појам злоупотребе из овог става ближе је одређен у следећем ставу у коме је наведено четири случајева у којима ће доћи до пробијања правне личности.⁵⁵

Насупрот наведеним законским решењима, стоји решење Закона о привредним друштвима Мађарске, који садржи и објективну претпоставку за пробијање правне личности, односно довољан услов је чињеница да је друштво једночлано. Овакво решење је непотребно, јер, иако се у највећем броју случајева ради о једночланим друштвима, то не мора да буде правило, с обзиром на то да и у друштву са већим бројем чланова контролни члан може имати положај сличан једином члану. ***Сматра се да је одређено лице контролни члан друштва увек када то лице самостално или са повезаним лицима поседује већинско учешће у основном капиталу друштва и на тај начин има могућност да врши контролни утицај на***

закон, 62/2006 – др. закон, 63/2006 – испр. др. закона, 61/2007, 20/2009, 72/2009 – др. закон, 53/2010, 101/2011, 2/2012 – испр. 93/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014, 105/2014, 91/2015 – аутентично тумачење, 112/2015, 15/2016 и 108/2016

54 Решење Привредног апелационог суда, Пж. 5452/2013 од 23.1.2014. године

55 Чл. 10. Закона о трговачким друштвима Народне новине, број 111/93, 34/99, 52/00 – Одлука УСРХ, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11 – Казнени закон, 152/11 (пречишћени текст), 111/12, 68/13 и 110/15 „Сматра се да је испуњена претпоставка за одговорност члана друштва из ставка 3. овога чланка нарочито: 1) ако користи друштво за то да би постигао циљ који му је иначе забрањен; 2) ако користи друштво да би оштетио вјеровнике; 3) ако противно закону управља имовином друштва као да је то његова имовина; 4) ако у своју корист или у корист неке друге особе умањи имовину друштва, иако је знао или морао знати да оно неће моћи подмирити своје обвезе.“

пословање друштва на основу учешћа у основном капиталу.⁵⁶ У вези са тим, ЗПД говори о лицима која имају посебне дужности према друштву.⁵⁷

У вези са одговорним лицем, било оно једини или контролни члан, у пракси је постављено неколико питања која се односе на проблем сувласништва на уделу, заједничке имовине супружника, као и третман удела повезаних лица. Прво питање је можда најспорније, јер, као што смо поменули, наше право заснива пробијање правне личности на кривици члана, а с обзиром да би он одговарао својим уделом, тиме не би смео угрозити члана који је сувласник на уделу уколико се не ради о солидарној одговорности. Други проблем односи се на проширење одговорности на физичко лице и његову имовину, у случају постојања заједничке имовине супружника. Наиме, за сопствене обавезе супружник одговара својом посебном имовином, као и својим уделом у заједничкој имовини, што ствара потребу утврђивања дела имовине одговорног супружника.⁵⁸ И треће, супружници или сродници у правој линији као повезана лица која имају посебне уделе чији збир чини преко 50% укупне вредности основног капитала, сматрају се контролним чланом у смислу ЗПД.⁵⁹

8. Закључак

Како бисмо утврдили сврху једночланих друштава, осврнућемо се још једном на израз „ограничена одговорност“, који стоји у називу ове форме друштва. Управо овај термин представља разлог опредељења највећег броја лица да оснују привредно друштво баш у овој форми. Ипак, одговорност друштва уопште није ограничена, а питање одговорности чланова се по

56 Према чл. 62. ЗПД: Значајно учешће у основном капиталу постоји ако једно лице, самостално или са другим лицима која делују заједно са њим, поседује више од 25% права гласа у друштву; Већинско учешће у основном капиталу постоји ако једно или више наведених лица поседује више од 50% права гласа у друштву.

57 Према томе, чланови д.о.о. који поседују значајно учешће у основном капиталу друштва или члан д.о.о. који је контролни члан, као и директори, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи дужни су да у том својству извршавају своје послове савесно, са пажњом доброг привредника и у разумном уверењу да делују у најбољем интересу друштва (чл. 64. ЗПД). Друштво може поднети тужбу против неког од наведених лица за накнаду штете коју му то лице проузрокује повредом дужности пажње. Уколико лице докаже да је поступало у складу са овим одредбама није одговорно за штету која је настала као последица његовог понашања (чл. 63. ЗПД)

58 Чл. 186. Породичног закона, Сл. гласник РС, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015)

59 Чл. 62. Закона о привредним друштвима Сл. гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015)

правилу не поставља у случају наплате потраживања од стране друштва.⁶⁰ Главни проблем јесте идентификација члана са друштвом и неразликовање послова које предузима у своје име и за свој рачун, од оних које предузима у име и за рачун друштва. Наиме, сам оснивач оваквим поступцима пружа повод за сумњу о постојању злоупотреба. У супротном не би било тако великог броја поступака у којима повериоци друштва захтевају намирење потраживања од оснивача уместо од друштва.

Резултати истраживања указују на то да у овом тренутку у Србији не постоји адекватна законска основа чија би функција била двојака. Пре свега превентивна, у смислу спречавања злоупотреба од стране јединих оснивача привредних друштава. Постојећем стању у великој мери доприноси недоследност законодавца, односно његова неопредељеност између система правила англосаксонског и европскоконтиненталног права. Иначе, домаћем законодавцу је својствено спровођење површне хармонизације правила у области трговинског права, без темељнијег испитивања могућности примене и целисходности истих. Затим, требало би да закон на јасан начин одреди услове за примену правила о одговорности по основу вршења злоупотреба.⁶¹ Другим речима, потребно је дати одговор на питање да ли је основ за пробијање правне личности понашање субјекта (намера) или резултат (последица). Друга функција закона састоји се у предвиђању санкција и, коначно, уређењу поступка утврђивања одговорности.

У вези са наведеним, треба напоменути да се правила пословне етике поштују уколико насупрот њима стоји претња санкцијама. Ако овај битан елемент изостане, тј. ако субјекту који врши злоупотребу права није стављена у изглед примена санкција, не може се очекивати ни поштовање правила. При том, санкционисање не мора увек да подразумева изрицање казне, стога ову улогу имају, на пример, правила о солидарној одговорности чланова друштва у случају пробијања правне личности (решење енглеског права). На тај начин се формира заједнички интерес чланова у виду контроле над пословањем друштва, али и њихове међусобне, интерне контроле.

У духу евентуалних измена и допуна закона можемо закључити да је неопходно прилагођавање закона стварним потребама, и то првенствено

60 Са друге стране, уношењем улога члан друштва стиче удео, а улог постаје имовина друштва, тако да се не може говорити о „одговорности члана до висине улога“, јер то више није део његове личне имовине.

61 У вези са овим, најпре би требало увести као посебан основ за пробијање правне личности коришћење личне имовине у корист друштва.

изменом прописа процесноправне природе. Захваљујући томе повериоци би чешће иницирали поступке пробијања правне личности, што би, на другој страни, подигло степен пажње дужника на виши ниво. Коначно, задатак суда јесте да препозна несклад између правног и фактичког стања, уз претпоставку постојања адекватне законске регулативе, која отклања недоумицу око придавања већег значаја суштини или форми.

Литература

Чланци и монографије

Бунчић Ј, Институт за право и финансије, <http://promocije.net/proba/kompanijsko-pravo/probijanje-pravne-licnosti/> приступ: 27.05.2017.

Васиљевић М, Привредна друштва – домаће и упоредно право, Београд, 1999.

Васиљевић М, Компанијско право, Београд, 2011, стр. 201.

Јевремовић Петровић Т, Заштита поверилаца путем правила о капиталу друштва, Усклађивање пословног права Србије са правом Европске уније, 2011.

Јеринг Р, Циљ у праву, Београд, 1998, стр. 18.

Лукић Р, Методологија права, Београд, 2003.

Миленовић Д, Право друштава, Ниш, 2013.

Palma S COMPARATIVE LEGAL ENGLISH, <http://www00.unibg.it/dati/corsi/65081/62134-Salomon%20v%20Salomon%20&%20Co.pdf> приступ: 22.05.2017.

Стефановић З, Компанијско право, Београд, 2013.

Стефановић М, Probijanje pravne licnosti: Zašto su uhvatljivi, ipak, nedodirljivi? Бизнис и финансије, <http://bif.rs/2014/04/probijanje-pravne-licnosti-zasto-su-uhvatljivi-ipak-nedodirljivi/> приступ: 02.06.2017.

Хибер Д, Побијање уговора о јемству у стечајном поступку, Анали Правног факултета у Београду, <http://ojs.ius.bg.ac.rs/index.php/anali/issue/view/4> приступ: 28.05.2017.

Цвијетићанин Н, Коментар новог ЗПД, „Pro bono“ Портал за бесплатну правну помоћ, <http://www.besplatnapravnapomoc.rs/prilozi-saradnika/komentar-novog-zakona-o-privrednim-drustvima/> приступ: 25.05.2017.

Cole N, Salomon v Salomon Case Summary, https://www.academia.edu/19605685/Salomon_v_Salomon_Case_Summary приступ: 22.05.2017.

Прописи

Закон о привредним друштвима („Сл. гласник РС“, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015)

Закон о порезу на доходак грађана („Сл. гласник РС“, бр. 24/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 135/2004, 62/2006, 65/2006 - испр., 31/2009, 44/2009, 18/2010, 50/2011, 91/2011 - одлука УС, 7/2012 - усклађени дин. изн., 93/2012, 114/2012 - одлука УС, 8/2013 - усклађени дин. изн., 47/2013, 48/2013 - испр., 108/2013, 6/2014 - усклађени дин. изн., 57/2014, 68/2014 - др. закон, 5/2015 - усклађени дин. изн., 112/2015, 5/2016 - усклађени дин. изн. и 7/2017 - усклађени дин. изн.)

Закон о порезу на добит правних лица („Сл. гласник РС“, бр. 25/2001, 80/2002, 80/2002 - др. закон, 43/2003, 84/2004, 18/2010, 101/2011, 119/2012, 47/2013, 108/2013, 68/2014 - др. закон, 142/2014, 91/2015 - аутентично тумачење и 112/2015)

Закон о прекршајима („Сл. гласник РС“, бр. 65/2013, 13/2016 и 98/2016 - одлука УС)

Закон о стечају („Сл. гласник РС“, бр. 104/2009, 99/2011 – др. закон, 71/2012 - одлука УС и 83/2014)

Закон о предузећима („Сл. лист СРЈ“, бр. 29/1996, 33/1996, 29/1997, 59/1998, 74/1999 и 36/2002)

Породични закон („Сл. гласник РС“, бр. 18/2005, 72/2011 – др. закон и 6/2015)

Закон о трговачким друштвима (Народне новине, број 111/93, 34/99, 52/00 – Одлука УСРХ, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11 – Казнени закон, 152/11(прочишћени текст), 111/12, 68/13 и 110/15)

Коментар најновијих измена и допуна Закона о порезу на доходак грађана - „Сл. гласник РС», бр. 112/2015

Мишљење министарства финансија бр. 413-00-1173/2011-04(II) од 30.04.2012. године, <http://www.overa.rs/poreski-tretman-zakupa-nepokretnosti-bez-naknade-i-ulaganja-u-tu-nepokretnost-zakupac-pravno-lice-zakupodavac-fizicko-lice.html>

Немачка фондација за међународну правну сарадњу (IRZ), Немачки закон о друштвима са ограниченом одговорношћу у преводу, Београд, 2016.

Зборник радова студената докторских студија права

Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж 3176/2012 од 3.4.2013. године
Решење Привредног апелационог суда, Пж. 5452/2013 од 23.1.2014. године

Jelena Antic, LL.M.,
PhD student at the Faculty of Law, University of Niš

FUNCTIONS OF SINGLE MEMBER LIMITED LIABILITY COMPANIES AND POTENTIAL ABUSE CONSIDERATIONS

Abstract

This paper is motivated and informed by data from business and judicial practice which indicate the presence of abuse in single member limited liability companies in the Republic of Serbia. Starting from the fact that any company is established with a specified purpose in view, the question of a conflict of interest arises, since it is particularly pronounced in the case of a single person establishing a company. The aim of the paper is to examine the cause-and-consequence relationship between the standing legislature and abuses, and to present the concepts which are operative in the legal systems of other countries; and finally to conduct a comparative analysis of variant solutions. Included in the scope of the paper are factors which represent obstacles to a more efficient elimination of abuses. Accordingly the paper provides a review of the status of national legislature dealing with the system of responsibility, and also elucidates why the regulation of lifting of the corporate veil is not implemented more often.

Keywords: *single member company, functions of business companies, abuse, lifting of corporate veil.*

Мане Наранчић¹, докторанд
Правни факултет Универзитета у Нишу

МОРАЛНА ОДЛУКА ЉУДСКИХ ПРАВА У РАТНИМ ДЕЈСТВИМА

Апстракт: Људска права се убрајају у основне вредности савремене цивилизације и она постају предмет опште бриге и међународне одговорности. Њихова заштита има универзални карактер и не може се заштитити искључиво границама суверених права држава. Кроз демократизацију друштва огледа се и поштовање најважнијих људских права, као и степен заштите сваког појединца коме се гарантују сва уставна и законска права у држави. У току извођења борбених дејстава појам демократије једноставно не постоји и сведен је на најнижи ниво. Државни апарат је та институција која у законском оквиру може да ограничи, укине сва демократска права која не важе у ратном стању или да их потпуно маргинализује. Демократија је „слободан избор владе која представља интересе већине и поштује основно право свих људских бића да живе у складу са својим уверењима и основним интересима” (Allain, 1991: 268). У демократији важи закон већине. Већина може све, али само не може две ствари: прво да стави ван снаге основна и људска права, јер ова важе пре државе, и друго држава их не одобрава, она само треба да за њих гарантује и да их штити. Ако пођемо од доктрине хуманитарне интервенције, како је то изложио Хуго Гротиус у 17. веку, као и други рани међународни правници, који су ову доктрину признавали као закониту при чему су тврдили „да једна или више држава употребе силу да би зауставиле злостављања која држава врши према сопственим грађанима, када је такво поступање толико брутално и раширено да вређа савест заједнице народа” (Thomas, 1997: 31). Наведена доктрина је широко злоупотребљавана у прошлости и то под изговором да се одређена држава окупира или изврши инвазија на неку слабију државу. Сама доктрина је изразила оцену да постоје неке границе слободе коју држава ужива на основу међународног права у понашању према својим грађанима. Савет безбедности УН је институција где се решава питање кршења људских права при чему

1 manenarancic.1969@gmail.com

се одобравају принудне мере на основу овлашћења која му даје Глава VII Повеље УН. Ова глава се односи на ситуације сваке „претње миру, нарушавање мира или акта агресије”. У члану 39. Повеље УН, Савет безбедности је преузео такве мере у одлукама која су се односиле на Курде у Ираку, бившу Југославију и Хаити. Формирање Међународног трибунала за бившу Југославију одлуком Савета безбедности има за циљ кажњавање оних који су одговорни за злочине против човечности, масовна кршења људских права, геноцид и ратне злочине у ратним сукобима на тим подручјима како би се у догледно време извршило помирење државе и народа који су учествовали у рату. Ми сматрамо да уколико постоји бојазан о озбиљном степену кршењу људска права у одређеној држави, хуманитарна интервенција је недопустива и није у складу са међународним правом, уколико се иста изврши без одобрења Савета безбедности УН.

Кључне речи: Морал, моралне норме, људска права, дискриминација, демократија, једнакост, морална вредност, правда, слобода, истина.

1. Демократија, слобода и праведност као највеће вредности система и његове примене

Свака демократија захтева вишепартијски систем. Свако онај који сматра да је једино сопствено мишљење истинито становиште такав не може бити демократа. „Боже, како то да смо ми увек у праву, а да други никада нису у праву” (Cahiers, 1941: 309). Демократија се увек јавља у једном корелационом односу према правној држави. Уколико је више слободе и људских права таква држава добија епитет правна, јер уважава основне постулате демократије и слободарских традиција сваког народа који се у свакој заједници изузетно много цени и уважава. „Демократија је свакако једно добро вредно хвале, али правна држава је као насушни хлеб, као вода за пиће и као ваздух за дисање, а најбоље у демократији је управо то што је само она подобна да обезбеди правну државу” (Kaufmann, 1998: 331). Полазећи од теоријско сазнајног плурализма не можемо а да се не осврнемо на појам истине. Сматрамо да нико не поседује целовиту и неподељену истину. Заправо сам плурализам би требао да нас доведе до пуне истине. Откривање истине се готово никада не дешава на неком издвојеном путу већ она изискује одређен кооперативан приступ у сарадњи са више издвојених мишљења који у сучељавању и постављању заснованог чињеничног става доводе нас у сазнајну компоненту истине. Овде се посебно издваја истина која би требало да буде носилац развоја државне власти. Енглески лорд Ектон је изрекао мисао: „Власт квари,

али апсолутна власт квари апсолутно” (Томас, 1996: 63). Кроз сам процес формирања идеје власти, можемо доћи до идеје права која не може бити ништа друго него правда. Знамо да је праведно уједно и истинито, добро, лепо и да представља вредност која се не може извести ни из какве друге вредности, јер „право је она стварност чији је смисао да служи правној вредности, идеји права” (Radbruch, 1973: 44). Човек може пасти у искушење да у правди види само један појавни облик – морално добро. Правда у ствари то и јесте, уколико се посматра као људска особина, тј. врлина. У субјективном смислу се она дефинише као духовна настројеност која је усмерена на објективну правду, као рецимо истинитост на истину. Овде је само реч о тој објективној правди. Она као објекат свог вредновања узима сасвим други предмет, а не онај на који је усмерен морални вредносни суд: морално добар је увек само неки човек, нека људска воља, или неки човеков карактер. Праведан у смислу објективне правде може бити само неки однос међу људима. Сам идеал морално доброга представља се у идеалном човеку, док се идеал правде представља у идеалном друштвеном поретку. Правду можемо дефинисати и са неког другог гледишта, са једне стране праведним се могу назвати примена неког закона или покоривање том закону и иста се онда назива законитом. Овде у сваком случају није реч о оној праведности која се мери по позитивном праву, него о оној по којој се мери позитивно право. Правда може да се схвати и да представља одређену једнакост. Она се може везивати за добра или за људе: праведна је награда она која одговара вредности рада, али и казна која погађа једнога исто као и другога. Са друге стране, она по своме мерилу може бити апсолутна или релативна једнакост: награда равна раду, али кажњавање неколицине сразмерно њиховој кривици. Аристотелово учење разликује две врсте правде и то: кумутативна правда где постоји једнакост вредности рада, али и казна која погађа једнога исто као и другога, сразмерна правда – једнакост у поступању са различитим лицима нпр. опорезивање сразмерно својој имућности, дистрибутивна правда – награђивање и кажњавање према заслуги и кривици (Radbruch 1973:46). Комутативна правда захтева најмање два лица, док дистрибутивна захтева најмање три лица и важи у односу надређености и подређености. Њихове заједничке вредности се појављују у правди и правичности, јер се ови термини могу дефинисати на један од следећих начина „ правда и правичност нису различите вредности, него различити путеви да се дође до јединствене правне вредности” (Radbruch 1973:48). До реализације правде је веома дуг и трновит пут који захтева много упорности и одрицања, како би се човек изборио са свим неприликама које се налазе на том путу јер „правда је много више од просте врлине, јер се, да би била ефикасна и оперативна, мора материјализовати кроз законодавство, кроз институције. То је крајњи циљ

коме мора да тежи демократско друштво и не може да се сведе на квалитет или начин битисања појединаца” (Kamps, 2007: 23). Сваки човек да би успео да се избори са својим унутрашњим бићем и да психички буде што боље припремљен, мора да буде веома јак како би савладао све недаће које стоје на том путу у току реализације правде. Посебно је проблематично што се правда мора оперативно материјализовати кроз институције система тј. кроз законодавство. На правди засновано друштво је могуће само када се прокламована политичка грађанска права избора, контроле власти, опозиције, слободног удруживања, преобразе у право на непосредно одлучивање, или да нам укаже да је свака „борба за правду као једнакост уствари није борба за праведну расподелу у оквирима постојећег начина производње, већ за такав облик производње који искључује могућност себичног присвајања друштвеног богатства” (Животић, 1986: 204). Један од неопходних услова постизања правде јесте слобода за сва жива бића, јер без слободе нема основних услова развијања било каквог људског удруживања у један организовани систем, каква је држава. Људи су између себе тако повезани да могу да одговоре свим изазовима у циљу борбе за опстанак. Сви људи су повезани у један јединствени систем који се зове држава. „Човек не може познавати слободу, а да је не поседује: он мора бити слободан, да би био слободан. Слобода није једноставно положај (стање) што га он има, него делатност које он прихвата као самосвестан субјект” (Marcuse, 1966, 57). Постављамо питање да ли слобода мора бити неограничена или у тој слободи мора постојати неко ограничење које сваки систем са собом носи? Сматрамо да уколико слобода човека не угрожава друге људе она мора бити апсолутна и неограничена, али ако та слобода угрожава права осталих људи, она се мора ограничити и ставити у један одређени однос који ће заштитити пре свега људска права осталих људи у држави јер „слобода човечанства састоји се у томе да се не повинује никаквом другом закону доли оном којем сам ум даје своју сагласност” (Ласк, 2005: 34). Зато је реч толеранција веома значајна, јер је она у одређеном односу између слободе, истине и једнакости свих људи. Толеранција је јавља као „нужно зло што се намеће друштву које не може да угњетава оне који друкчије мисле” (Kaufmann, 1998: 335). Она изискује способност комуникације и тиме, пре свега врлину да се други саслуша, да се другоме може прићи и да се може схватити озбиљно. Поседује високу меру духовне слободе и способности да се за себе образује поуздано мишљење. Нетолерантни људи се најчешће узнемиравају од мишљења других. Они нису у стању да савладају своју комплексност јер нису отворени за плурализам у друштву. Не желе да своје ставове и мишљења ревидирају, јер имају одређене предрасуде о ставовима других људи. Награда за толеранцију је истинска слобода и независност. Кроз разне токове историје налазимо различите термине и

појмове како држава може да злоставља и злоупотребљава права својих грађана, а да им притом ускраћује елементарне слободе које вређају сваког припадника те заједнице.

2. Правне ситуације у ратним дејствима

Када се креће у проучавању права, прво се мора проучити анализа садржаја права, али служећи се бихејвиористичком методом откривамо, пре свега, његов спољашни облик као и чињенице који одликују неку правну ситуацију. Све правне ситуације се могу поделити на три групе (Кожев, 2012: 27): - када имамо право, - када немамо право, - када имамо обавезу да нешто учинимо или не учинимо. Да би ова ситуација постојала, довољно је да радња буде материјално могућа и да субјекат као такав може да је исискује или жели у појединим случајевима. Неостварљиви и немогући предмети воље било ког човека стварају једну неподесну правну ситуацију. Међутим, није довољно да један чин буде пожељан и остварљив па се онда створи правна ситуација. Постоје услови који стварају правно неутралну ситуацију и не доводе до правног односа. Да би се створила правна ситуација потребно је да се правно неутралној могућности хтења и остварење неке радње додају било право, било правна обавеза да се она учини, било напокон на то да се на њу нема права. Тврдњом да немамо право на неку дату радњу, значи бити правно обавезан да се од ње уздржимо, и обрнуто. Ако немамо право да се уздржимо од неке радње, значи да смо обавезни да је учинимо. Сматрамо да постоји правна ситуација онда и само онда, уколико имамо било право или било обавезу да нешто учинимо или не учинимо. Свакако право не може да се сведе само на право да се то учини или не учини. Елемент право садржи у себи још један елемент а то је „обавеза”, јер чим смо обавезни да нешто учинимо, самим тим имамо и право да то учинимо или не учинимо. Из свега овога можемо речи да правне ситуације нема све док недостаје елемент „имати право да ...”, а да такву ситуацију имамо чим је тај елемент присутан. Овде морамо посебно разликовати два феномена који немају исту идентичност а имају суштински правну вредност, и то су „деловање” и „уздржавање од деловања”. Понашање мора бити садржано у правној ситуацији и објективно да има неки учинак. Ово понашање мора било да створи или измени нешто у самом том субјекту, али тако да се то може установити споља. Ако се радња одвија онда се ради о позитивној правној ситуацији, или негативна ако изостаје одсуство било каквог деловања. Сматрамо да постоји правна ситуација или правни однос свуда и само тамо где има право на неко ефективно понашање или на неку радњу (било позитивну било негативну). Остваривањем права, посредује се требање и бивство,

штавише „право је прикладност требања и бивства” (Kaufmann, 1982: 18). Законодавство врши уједначавање идеје права и будућих могућих животних чињеничних околности. За овакво уједначавање требања и бивства потребан је посредник између законодавног поступка и поступка налажења права а то је смисао „*ratio iuris*”. Смисао је методско место повезивања стварности и вредности, при чему доспевамо до типолошког мишљења које представља један од најактуелнијих проблема у правној филозофији. Тип чини средину између општега и посебнога, он је нешто сразмерно конкретно, *universal in re*. Он има једно чврсто језгро, али нема границе, и разликује се од појма. Ако је појам (као апстрактно општи појам, појам „роде”, појам „класе”) затворен, тип је отворен. Појам зна само за оштро „или-или” при чему врши раздвајање мишљења. Насупрот томе, тип (појам „поретка”, „појам функције”, „појам смисла”) прилагођава се ономе „више-мање” разнолике стварности при чему се опште схвата очевидно. Нешто једнократно не може бити типично. Тип постоји само у оквиру онога што је упоредиво и оно што се не може разликовати. Ми не можемо произвољно стварати типове. Тип је пра-ствар у Гетеовом смислу. Сматрамо да је тип оно што је претходно дато сваком законодавцу у стварању права. Законодавац има задатак да опише типове и има извештај маневарски простор, нпр. убиство може бити учињено умишљајно или убиство које је изведено на подмукао и опасан начин или из ниских побуда. Самим тим законодавац не може да пређе преко типа убиства као посебног тешког облика убиства с предумишљајем. Некада је немогуће да се тип тачно опише. Опис увек може типу само да се приближи и никада он не обухвата све до последњих истанчаности. Питање за Канта, појам или тип је више пута пренаглашено констатацијом да појмови без типова јесу празни, а типови без појмова јесу слепи. Циљ законодавства је заправо потпуно претварање типова у појмове. Овакав циљ је недостижан и зато се код конкретног налажења права стално мора посезати за типовима које је закон имао на уму. Позитивно право је скуп свих правних правила, то јест, правила која одређују понашање трећег који интервенише приликом датих интеракција међу физичким и правним лицима. Ова интервенција има за циљ да утврди усклађеност интеракција са извесним идеалом правде. До ове интервенције не мора доћи уколико стране изврше договорени споразум, а уколико он изостане до интервенције може доћи спонтано или на захтев једне стране у интеракцији. Правна правила су усклађена и у потпуној сагласности са идеалом правде. У различитом временском периоду може се десити да су она противуречна. Што значи да у једном правном поретку важи систем правних правила, а да у другом правном поретку важи други систем правних правила који представља позитивно право и који се разликује од претходног. Сматрамо да систем правних

норми мора да има еквивалентан и једнак приступ према сваком правном поретку јер најчешће долазе до изражаја праве вредности који поредак жели да промовише, а то су: слобода, доброта, праведност, једнакост, толеранција за све људе у друштву. Значајно је напоменути да само слободни људи могу да развијају све остале вредности које су најважнији у свим историјским епохама и на којима се темељи свака правна власт у држави. Постоје одређене аномалије уколико се деси ситуација да једно правило буде дефинисано у Законику, а да никада не буде примењено, јер интеракције које оно уређује никако да наступе, или пак интеракција може да наступи од стране трећег лица без унапред предвиђеног правила. Када говоримо о интервенцији трећег лица која је неизбежна морамо имати у виду да она мора бити усклађена са правним правилима, и да се субјекти интеракције не могу супроставити. Постоји могућност да интеракција не буде неизбежна већ само могућа, ако извршење пресуде зависи од пристанка странака који учествују у поступку. Сам појам права служи регулисању заједничког живота људи у циљу остварења правде. Право има ону вредност уколико има смисао да служи правној вредности и састоји се из укупности правних прописа или норми.

3. Морална одлука у ратним дејствима

Многи теоретичари су појам морала различито дефинисали, међутим постоје неке заједничке карактеристике које дају одређени смисао појму, настанку и развоју морала. Морал представља „облик људске праксе, облик делатног, практичног одношења човека према свету, према другим људима и према самом себи” (Павичевић, 1974: 11). Разликује се од других облика праксе и вредносног процењивања пре свега у погледу објекта моралне праксе и објекту моралне оцене, при чему може да „активно човека обликује и оцењује како себе и других људи као добрих и злих” (Павичевић, 1974: 12). Ми сматрамо да морал увек носи неку вредност која у сваком човеку буди унутрашњи немир и могућност да се одлучује између добра са једне стране или зла са друге стране. Његова вредност је у томе што прихватањем добра као највеће вредности, човек се увелико дистанцира од свих недаћа које намеће живот и тиме доказује да је он пре свега једно свесно и креативно биће према свету, другим људима и према самом себи. Морал се најбоље испољава у току животних активности у непосредном контакту са другим људима, јер сам за себе представља као „један од облика испољавања људског живота и може се разумети само у оквиру целине животних манифестација” (Животић, 1986: 189). Посматрајући са становишта особености моралне праксе имајући у виду да је њен објекат сам човек, док је рецимо у радно производној пракси

објекат је сама природа, односно сами природни објекти. Ова два облика су у одређеној узајамној корелацији и различитости саме људске праксе, јер човек не би могао ништа да мења без да обликује своју властиту природу и систем моралних врлина, уколико не би мењао и спољашњу природу и обрнуто са променом природе мења се и сам човек. Сваки човек у себи носи неке врлине које временом испољава. У зависности од ове манифестације можемо да сагледамо које моралне и етичке вредности са собом носи. У овом случају можемо рећи да „морал или етика није ништа друго до скуп врлина или размишљање о њима: низ квалитета које морају поседовати људска бића како би заиста постојала и како би могла да формирају друштво које је исто човечно” (Kamps, 2007:13). Морал представља одређену праксу исправног понашања. За разлику од морала, етика се дефинише као одређена теорија исправног понашања, скуп правила и критеријума којима се одређује које је понашање добро, а које је лоше како за себе тако и за заједницу. Посебан осврт је на систему норми и дужности који се испољавају у облику савести при чему „морал као посебна сфера друштвене свести постоји у облику система норми дужности и врлина који имају опште важење у датом друштву, система који се испољава у облику савести. Савест представља систем важећих норми којима се одређује шта је добро, а шта зло за појединца, другог човека, дато друштво и људски род” (Животић,1986: 187). Код моралне свести појединци почивају на одређеној аутономији и то пре свега свести о личној и властитој одговорности за своје поступке, као и према односу према другим људима, као и према друштву у целини. „Морална свест је свест о ономе што човек треба да чини да би био човек. Ово „треба да” има два често супростављена садржаја: један који проистиче из прихватања постојећег система друштвених норми и други који је усмерен на властито трагање за условима и садржајима живота” (Животић,1986: 189). Из ове корелације проистиче један узајамни однос којег називамо поштовање другог. Кант истиче да човек није само средство другог човека, већ и циљ. Он проналази бит морала у свести о дужности, а сама дужност је облик поштовања моралног закона. У самој основи моралне свести је свест о властитим дужностима као услову делања. У моралу као друштвено важећем систему дужности и врлина, постоји стални сукоб који се одвија на релацијама између друштвене присиле и личне савести. На основу испитивања моралних свести кроз проучавање етичких теорија може се доћи до закључка о основном смислу моралности преко норми највишег добра. Етика највишег добра одређује бит морала као тежњу за срећом (еудајмонизам), као делање усмерено ка усаглашавању личних интереса са општим (утилитаризам), као свест о дужности (Кантова етика), као усавршавање личности (перфекционизам). Сва противуречја етике

највишег добра решава деонтолошка етика. Она се заснива на становишту да је највиши принцип моралног живота - „праведност” и „промишљена рационалност”. Ова рационалност није заснована ни на рачуну интереса, ни на врлини или дужности, или тежњи за срећом, већ „на увиду у рационалне основе доброг живота” (Rawls, 1971: 423). У овој етици се тачно истиче да се праведност моралних норми може мерити не моралним већ рационалним мерилима. Код моралних норми човек као морални субјект поседује слободу избора. Морална свест регулише понашање свих група и појединаца према мерилима добра и зла, врлине и порока. Морално понашање је уствари једно практично понашање које у себи садржи и субјективну и објективну компоненту. Вредности су у основи морала и представљају нешто пожељно или вредно за одређену друштвену групу, а што се током времена показало као такво. Савест као морална самооцена је заправо објективно огледало сваког субјекта. Типови морала су: породични – специфичне моралне вредности за сваку породицу, традиционални - настаје током дугог временског периода, утилитарни - где се први план истиче стицање, нормирани - где се у први план истиче ауторитет прописа и реформистички који се формира у складу са новим друштвеним тековинама (Kamps, 2007: 15). Реч морал се у једном значењу може употребити у вредносно - неутралном смислу, при чему означавамо особености начина понашања појединца, неке групе, неке заједнице без обзира да ли је реч о понашању добром или рђавом, позитивном или негативном. У сваком случају овде је реч о моралном лику човека, мислећи на понашање уопште. У другом значењу се одређује у супротности са неморалом, тј за ознаку самих позитивних, добрих особина. Вредност морала најчешће исказујемо као одређени образац који је уочљив и лако се манифестује, а то се пре свега односи на морални суд. Сви се ми данас упуштамо о одређену оцену говорећи шта је добро а шта зло, јер знамо да „морални суд представља неки поступак, држање, понашање или карактер неког човека или нас самих који такав суд изричемо и о себи као и о властитој личности” (Павичевић, 1974: 9). Да би се неки поступак оценио као морално добар или лош потребно је одредити одређене критеријуме или мерила по коме ће се доносити суд. Ови критеријуми или мерила се испољавају у облику норми или правила која представљају облике начина понашања којих се свако треба држати. (пример: одржати реч коју смо дали пријатељу). Моралне оцене -добро и зло се јављају само у људском друштву при чему дефиниција моралног човека преставаља сам човек који својим поступцима даје позитиван смер одржавања заједничких услова егзистенције, и своја знања користи тако да унапређује заједничка добра. У појмовном одређењу норме и обавезе нужно се претпоставља, као и основа појма вредности. Посматрајући социолошко формалистички начин

дефинисања морала где теоретичари покушавају да прикажу појам заснивања морално друштвених норми као обавезним и да је довољна чињеница да је прописана од стране друштва. У овом смислу прописивати нешто има смисла уколико се извршавањем овог прописа остварује нека вредност или сврха која се сматра и оцењује као вредна. Уколико се прописује нешто што је безвредно у овом случају губи смисао јер је бесмислено. Ако повежемо појам позитивно вредног то се рефлектује и претпоставља и постојање супротних вредности или вредносно негативно. Свака вредносна особина има насупрот себе супротну особину. (пример: лепо – ружно, искрено - неискрено). Међутим шта је супротно од браон боје? Знамо да ниједна боја није супротна браон боји, али ако довођењем у везу неку боју са тим шта човек жели да уради и постигне, дошли бисмо до тога да се запитамо да ли је делатна радња корисна или штетна, добра или лоша. Битна особина вредности је и њихова хијерархијска постављеност. Лична срећа има несумљиву вредност, али уколико је подредимо добру заједнице и слободи домовине она још више добија на значају, јер некада се не могу непосредно остварити. У моралне категорије се налазе: морални суд, поступак, карактер, савест, обавеза, правило вредност и хијерархија вредности. У оквиру наведених категорија можемо извршити поделу на две основне групе испољавања морала и то: субјективна страна (осећај обавезности, дужности) и објективна страна где појединац доживљава и осећа да вредност и важење не зависи само од индивидуалног признавања или непризнавања (добро – зло, треба - не треба, исправно - неисправно) при чему можемо рећи да основа морала није религија већ хуманизам, тј. схватање о човеку и његовој природи. „Добро у људски живот није унео неко споља, већ се оно као могућност налази у самој људској природи. Човек је биће у коме се стално води борба између добра и зла” (Марковић, 1994:18). Сматрамо да сваки човек поседује одређене карактеристике који га издвајају од свих осталих бића. Као прво сваки човек има генетску склоност ка слободи и тежи да прошири оквире својих могућности, сазнајући их врши избор међу њима на основу сопственог критеријума. У овом случају се примењује аутономност, за разлику од хетерономности где се врши избор на основу неког критеријума који је наметнут споља и самим тим свака слобода повлачи за собом одређену одговорност. Што је човек слободнији има могућност да бира између разних могућности свог деловања и у којој је одлучио шта да чини, у тој мери је и одговоран за своје поступке. Из страха од одговорности многи се одричу слободе јер као прво, појединцима је много лакше да буду послушници и извршиоци и да на тај начин пребацују сву одговорност на онога који је наређивао шта да чине. Обе ове склоности се налазе у генетској структури људског бића. Једна води добру, јер само слободна и одговорна личност може бити

морално биће, док друга води злу: онај који није одговоран за своје поступке, у стању је да прекрши сваку норму моралног понашања под изговором да је само извршавао наређење. Друго, у сваком човеку присутне су латентне диспозиције за разне стваралачке делатности. Стваралаштво омогућава лични развој, задовољава разноврсне потребе и не наноси никакву штету. Оно је дакле изразито добро, али у човеку постоје и сасвим супротне тенденције ка разарању и рушењу, тј. у најбољем случају ка нераду и ленчарењу. Бекство од рада неминовно води у неморал као што су: губљење самопоштовања, паразитизам, искоришћавање других људи за нека своја ситно сопствена интереса. Треће, део људске природе тежи ка друштвености, ако узмемо пример детета можемо да видимо да оно иако припада људској врсти постаје људско биће тек у друштву. У заједници оно научи језик, обичаје, моралне норме. Захваљујући језику оно учи најбитније елементе целокупног човечанства, као и на основу искуства. Појединац тежи да живи у заједници, идентификује се са њом, и залаже се да буде признат од стране те заједнице, и четврто, човек се рађа са способношћу за рационално, појмовно мишљење. Након изученог језика и елементарне логике у пракси човек своја стечена знања примењује у пракси и даје једну нову вредност. Све ове способности се једном речју називају разум, а ако се развију у још већу способност, онда је то ум. Особине ума карактерише синтетичност (мишљење о целини на основу знања о деловима) и критичност (откривање унутрашњих ограничениости у стварима, бићима, заједницама, са становишта одређених вредносних начела). Захваљујући уму човек је у стању да уочи ограничениости морала у једном друштву и да открије начине превазилажења ових ограничениости при чему „човек, остварујући себе, а то је онда када испуњава своју дужност у козмосу, остварује заправо оно што је човјечанство називало богом.” (Scheler, 1987: 182). Сматрамо да колико су људи рационална, толико су и ирационална бића. Највећи део мотива за њихову делатност потиче из сећања, страсти, амбиције за личном афирмацијом. Емоције и страсти су контролисане разумом. У Фројдовој делу „Его и Ид“ из 1923. године се користи терминологија где је его резултат уравнотежења несвесног, ирационалног, ида и друштвене свести, супер-ега, или другим речима, у рационалном понашању принцип задовољства бива усклађен са принципом реалности. Поставља се питање да ли се човек увек придржава свих вредности морала и притом успева да се рационално понаша у реалности, при чему „на досадашњем нивоу развоја филозофије и друштвене науке, морал се може извести из хуманизма, из модерне идеје људске природе” (Марковић, 1994:21). Ми сматрамо да идеја хуманизма није супростављена природном закону, као и да са развојем људске природе, морал човека постаје све присутнији у свакодневном животу и „као што природно право

није појмовно ван система природних закона, тако једини начин да се схвати шта значи морал јесте да се доведе у везу са моралним законима, иако никада није јасно који је њихов статус, као што уосталом није никада било јасно који је статус природних закона” (Bobio, 2008: 14). У овај статус се сублимирају сва „морална права” која се лакше разумеју када се доведу у везу са појмом „морална обавеза”. Постоји старо тумачење које инсистира на томе да се не могу давати права без одговарајућих обавеза, али да се обавезе могу давати захваљујући постављеном нормативном систему вредности. Може се захтевати да једној моралној обавези одговара једно легално право, јер једној моралној обавези може одговарати само једно морално право. Ако ја имам неко морално право у односу на некога, то значи да постоји неко други ко има моралну обавезу према мени. Што значи да потврда једног права повлачи за собом потврду једне дужности и обнуто. Ова тема се може посматрати и са друге тачке гледишта ако узмемо права будућих генерација у односу на нас. Потомци имају права у односу на нас зато што ми имамо обавезу према њима, али може да се посматра и обрнуто. Морални понос је увек повезан са оним што човек избори од самога себе, у субјективном смислу повезан је са оним што човек избори од неког другог и „моје право је у основи право да извршим своју моралну обавезу - и зато је, обрнуто, моја обавеза да чувам своје право” (Radbruch, 1973: 63). У своје праву, човек се бори за своју обавезу то пре свега за своју моралну личност. Идеалан тип борбе за право где човек у облику свог интереса штити своју моралну вредност се развија у две крајности: Прво се може издићи на степен чисте борбе за моралну личност; Друго, може се спустити на степен голе борбе за интерес, без икакве моралне позадине, па чак и до пуке борбе за премоћ, лишене уопште било каквог интереса. Право је могућност морала али зато и могућност неморала. Право може само да омогући морал, а не и да га изнуди, јер морално дело може да буде само дело слободе, али пошто право може да омогући само морал свакако може да омогући у овом случају и неморал јер се „однос између морала и права појављује се као однос богат напетостима” (Radbruch, 1973: 64).

4. Карактеристике моралних вредности у ратним дејствима

Моралне вредности представљају етичке принципе којима би требало да се воде сви појединци у друштву јер их сматрају исправним и важним. Оне се најчешће односе на поштење, слободу, самоконтролу, поштовање према животу, праштање. Ове моралне вредности утичу на све поступке код људи, на приоритете као и на односе према другим људима. Иако су ове вредности веома важне, сви људи их не доживљавају подједнако и не цене их сви исто.

Сви људи не могу да размишљају на истоветан начин. Постоје размишљања која говоре у смислу: „Ради оно што мислиш да је добро, и послушај своје срце“. Да ли је ово правилан начин размишљања? Ми сматрамо да не треба слепо веровати свом срцу цитирајући Библију где се каже: „Ко се узда у срце своје, безуман је, а ко поступа мудро, избавиће се“ (Библија, 28:26). Срца сваког појединца морају бити усмерена у правцу правих вредности, како би из тих вредности извукли „добро“ као највећу вредност и самим тим показали да „моралан човек о свему правилно суди, и у појединачном случају оно што се њему чини добро, то уистину и јесте добро“ (Аристотел, 1970:39). Међу моралним вредностима најважнији су: љубав, идеал, врлина, добро, великодушност, поштење, морална одговорност, срећа, морални дуг, савест, слобода. Љубав је сигурно најважнија морална вредност. Свим људима је потребна љубав како би могли да буду испуњени животом и били потпуно срећни. Срећа и љубав су две категорије које се међусобно допуњују и условљени су једна наспрам друге. Права љубав је она иза које стоје принципи, а не ради се овде искључиво о физичкој привлачности. Таква љубав подстиче да се увек помогне човеку у невољи и да не размишљамо увек у правцу „коју корист имам од тога“. Љубав се не радује неправди, не памти зло, већ се иста радује истини. Љубав има свог подмуклог непријатеља а то је материјализам. Постоји једно усађено веровање код људи да су материјална удобност и задовољство најважније ствари у животу. Управо то материјално богатство је разлог великог броја несрећа које се појављују у животима људи. Породица је један од најважнијих стубова за чврст ослонац сваког човека. Одговорност према деци и правилан однос у породици доприноси стабилној заједници која ће у свакој ситуацији пружити преко потребну подршку у најкритичнијем периоду живота сваког човека. Идеал (грч. *eidōs*) јесте узор, циљ, сврха, смисао и представља човеков регулатив опстанка, живота хтења и делања. Он представља максимално савршенство као највишег циља коме треба тежити које се остварује владањем и делањем. Истински и стварни идеали су они који се непосредно остварују и потврђују у садашњости и којима је ношено свако конкретно делање човека. Појам идеала се први пут појављује у хришћанском моралу као резултат спознаје несагласности између достојанства човека и његових реалних услова живота. Он је одређен односом између облика земаљског човека и лика Исуса Христа. У хришћанском моралу за квалитет идеала се поставља лик мученика или аскете. Идеал је виши образац морала личности. Ако организацију чине конкретни људи онда је потребно да се дефинише лични морални идеал човека. Овај идеал није ништа друго до стремљење ка срећи и задовољству животом. Аспекти личног идеала су: чулно-емоционални, схватање циља и смисла живота, мотиви делатности, као и односи према другим људима

у окружењу. Садржина идеала је одређена организационо-социјалном средином. Формирање идеала представља процес претварања средине која човека окружује у његов унутрашњи свет. У основи идеала свакако су садржани позитивни примери, узор, циљеви организације као и индивидуални морални програм. Основне функције идеала су: одређивање циља моралне делатности човека, побуђивање човека на моралне поступке, и одређивање моралног облика човека (Аристотел, 1970:32). Организацију и управљање обележава смена идеала. Човек током времена мења свој садржај променом услова рада и посредством организације, тј. дешава се корекција идеала. Ова корекција значи укључивање у идеал нових моралних оријентација. Представе о квалитетима се мењају у зависности од објективних услова и субјективних претпоставки људи. Смена идеала се дешава у условима појачаних противуречности, конфликта између организације и личности, организације и групе, као и групе и личности. Она је праћена моралним конфликтом запослених како по вертикалној тако и по хоризонталној хијерархији. Ови конфликти, као вид противуречности јесу резултат неподударања организационих и индивидуалних циљева, моралних оцена, садржаја мотива. Елементи конфликта у организацији су: морални карактер личности, могућности избора понашања, као и могућности избора средстава и путева решења. Врлине (грч. *arete* - извршеност) укључује и значење као што су снага, храброст, одважност. Можемо их класификовати на: кардиналне (врлине Античке Грчке) - умереност, храброст, мудрост, праведност; теолошке (хришћанске врлине) - вера, нада, љубав; интелектуалне (мудрост, наука, уметност) и моралне (праведност, умереност). Платон је поделио врлине по следећем: мудрост, храброст, умереност, и праведност. Аристотел је поделио врлине по следећем: интелектуалне (теоријски живот) и етичке (практичан живот). Он је тврдио за постизање етичких врлина је потребно неговати навике које ће омогућити правилан избор између крајности у понашању јер „врлина је одабирачка наклоност воље која се држи средине у односу на нас, разумом одређене, и то одређене тако како би то урадио разуман човек. У ствари то је средина између два рђава смера: претеривања и заостајања за мером” (Аристотел, 1970:40). Ми сматрамо да су врлине разумом одређене и да се временом могу надограђивати и стварати у току развоја личности човека. Да би врлина опстала у дужем временском периоду потребно је да има свој смисао и намену при чему сама „врлина је оно што нешто мора садржати да би добро функционисало и на задовољавајући начин испунило сврху која му је намењена.” (Kamps, 2007:33). Викторија Кампс у свом делу „Јавне врлине”, врлине назива јавним, а не приватним и за то има два јака разлога: Први, зато што је морал јаван а не приватан при чему морал представља подручје делања и одлука које има за последице по заједницу или које су од

заједничког интереса. Делање које можемо назвати колективном срећом, што није исто као и појединачна срећа. Друго, друштва поседују лицимерни морализам, са јасном тенденцијом да се заборави на јавни морал у корист приватног. Добро (грч. *agathon*) представља врховни смисао живота у етичком одређењу док је у пословној етици врховни смисао вредновање људског делања. Добро се дели на: инструментално (своју вредност добијају тако што чине могућим друга добра) и вредносно (јесу оне ствари које су добре саме по себи) (Аристотел,1970:37). Филозофи су различито тумачили највише добро. За Платона је врховно добро трансцендентални принцип који делује на свет, Аристотел сматра да је то срећа (еудаимонија), Епикур да је то задовољство, Томас Мор изједначава *summum bonum* са највећом количином задовољства, Перс сматра да логика, естетика и етика заједно производе највише добро, Р. Б. Пери схвата највише добро као најобухватнији скуп вредности, а К. И. Луис подразумева добар живот који нам открива морално когнитивно и естетско вредносно искуство. „Срећа као крајњи циљ свих људских делатности је нешто савршено и потпуно довољно само по себи” (Аристотел,1970:14).

5. Резиме

Са аспекта организације и функционисања међународне заједнице и њених институција, човек као појединац постаје све више важан субјект утицаја, а људска права тежишни објект заштите у међународном друштву. И поред придавања оваквог значаја у заштити људских права, као и све веће демократизације држава у свету, савремену цивилизацију и даље карактеришу појаве масовног кршења људских права, често праћене окрутним злочинима против човечности. Иако је после хладног рата смањена опасност од међудржавних сукоба већих размера, у први план избијају ратови (верски - унутар државни и регионални) који такође изазивају огромне патње и страдање људи. Управо тај унутрашњи конфликт у једној држави, у коме сама власт такве државе врши масовно кршење људских права представља најтежи изазов за организовану и правно засновану интервенцију међународне заједнице у циљу заштите људских права. У овим изузетним приликама међународна заједница позива владе чланица УН да помогну и интервенишу у спречавању људске патње, пружању помоћи при појави избеглица или ублажавању одређене унутрашње кризе у једној држави. За делотворност овакве хуманитарне интервенције остварује се искључиво употребом силе. Свака држава мора да гарантује за људска права и то не само на основу донешених закона већ и из саме природе државе која организује заједнички живот свих грађана у замену за сигурност и благостање које су им потребни

у остваривању људских права. Одговорност државе у области људских права има своје конкретне облике и то као обавезу државе да поштује људска права и да их не руши како својим активностима тако и законима. Држава мора појединцу обезбедити поштовање свих људских права посебно приликом обраћања судовима од стране појединаца, посебно право на правично суђење и на једнаки третман свих појединаца у држави. Држава у остварењу људских права мора предузимати активне мере и циљу исправљања повреда која су наступила немарним односом државе и њених институција. Право на живот не подразумева да њени органи самовољно лишавају људе живота, јер је држава та која мора да предузима низ мера да би свим људима омогућила да могу да уживају у гарантованим људским правима и слободама. Приликом стварања услова за уживања људских права држава мора да створи и услове за културу људских права. То подразумева понашање сваког појединца које треба да буде толерантно према свима у друштву, у циљу остваривања пуне сарадње и слободе личности без презира и мржње према другим људима. Моралне вредности су и те како важне у самом настанку људских права. Оне су историјски обележене и без њиховог разумевања не можемо на правилан начин да схватимо сам појам људских права. Ове вредности подразумевају константност у протоку времена, али то не значи да оне нису променљиве категорије, и да, ако су важиле у једном времену сигурно ће важити и у другом времену. Веома је важно природно право које је дато сваком човеку и које је садржано у самој структури људског постојања. Без постављања одређених сублимата и остварења основних услова нема напретка у развоју личности сваког човека. Моралност извире из психичког доживљаја и схватања природе људског друштва. Наслеђеност моралних компонената се показује у току целовитог развоја личности. Највећа вредност код човека је морално добро који достиже сам врх уживања и задовољства учињеним у животу. То унутрашње задовољство је осећај који се тешко може објаснити и дефинисати, а представља највеће достигнуће које сваког човека одваја у развоју личности. За људе који су достигли овај ниво нема препрека ни потешкоћа са којим не могу да се изборе у најразличитијим ситуацијама који намеће живот. У животу срећа је веома важна приликом постављања и остваривања циљева од стране људи који живе у заједници. Огроман значај ове теме повезан је са два највећа проблема нашег времена, а то су демократија и мир. Признавање и заштита људских права у основи су у доношењу демократског Устава, који би једнако третирао све грађане без обзира на расу, пол, и верску припадност свих грађана у држави. Мир је најважнији услов за заштиту људских права у појединим државама као и у међународном систему. Идеал вечног мира може се достићи једино прогресивном демократизацијом међународног система и да се та

демократизација не може одвојити од постепене и ефективније заштите људских права изнад нивоа појединачних држава. Без признатих и ефективно заштићених људских права нема демократије. Уколико има моћ једног ова два елемента, мања је слобода другог и обрнуто. Борба за права је за противника имала прво верску, затим политичку и на крају економску моћ. На данашњем степену технолошког и индустријског развоја веома важну компоненту чине наука и знање. Она држава која има превласт у овим категоријама веома лако може да влада другим државама и људима. Са технолошким напретком постоји перманентна опасност која прети животу, слободи и безбедности свих људи. Са технолошким развојем појављују се нека „нова“ права као нпр. „право на живот у незагађеној средини“, од ког су кренули и еколошки покрети који су својим настанком уздрмали политички живот унутар многих држава. Право на приватност даје могућност властима да региструју све податке које се тичу живота једне особе и да тим чином успоставе и надзиру све поступке, а да та особа уопште није свесна шта се заправо ради у циљу потпуног праћења и контроле сваке приватности. Тежња људског рода је увек ка бољем, мада у данашњем времену може да остане без правог одговора. Ако не постоји минимум вере у победу, битка ће бити унапред изгубљена. Само са вером у поштовању људских права и толеранције код сваког човека као припадника групе, заједнице, државе можемо у овој битци изаћи као победник и успоставити један савршени систем заштите свих људи без обзира на расу, пол и националну припадност.

Литература

Аристотел. 1970, *Никомахова етика*, Култура, Београд.

Бери. Н. 2007, *Увод у модерну политичку теорију*, Београд.

Бургентал. Т., 1997, Т., *Међународна људска права у сажетом облику*, Београд, СОЛПИ – Институт за уставну и законодавну политику Београдски центар за људска права.

Бобио. Н., 2008, *Доба права*, Дванаест есеја о људским правима, Службени гласник.

Vidal. М., 1992, *L'etica christiana*, Edizioni Borla, Roma.

Димитријевић. В., 1997, Пауновић, М., Ђерић, В., *Људска права – уџбеник*, Београдски центар за људска права, Београд.

Deborah. R. L., 2000, *Ethics in practice*, Oxford University press, Oxford.

Игњатијев. М., 2006, *Људска права као политика и идолопоклонство*, Београд.

Зборник радова студената докторских студија права

- Kamps, Viktorija., 2007, *Јавне врлине*, ИП Филип Вишњић.
- Ласк. Е., 2005, *Филозофија права и краћи списи*, Београд.
- Канторовић. Х., 2006, *Борба за правну науку*, Београд.
- Колер. П., 2005, *Право, морал и врлина*, Анали Правног факултета у Београду, Правни факултет Универзитета у Београду.
- Келзен. Х., 2000, *Чиста теорија права*, Гутенбергова галаксија, Београд.
- Келзен. Х., 1951, *Општа теорија права и државе*, Архива за правне и друштвене науке, Београд.
- Мабот. Д. Ј., 1981, *Увод у етику*, Нолит, Београд.
- Марковић. М., 1994, *Етика и политика*, Бигз, Београд.
- Обрадовић. К., 1997, *Почетница за људска права*, Београдски центар за људска права.
- Павићевић. В., 1974, *Основи етике*, БИГЗ, Београд.
- Павићевић. В., 1958, *Однос врједности и стварности у немачкој идеалистичкој аксиологији*, Култура, Београд.
- Раз. Џ., 2005, *Етика у јавном домену*, ЦИД, Подгорица.
- Radbruch. G., 1973, *Филозофија права*, Нолит, Београд.
- Рудић. М., 2001, *Људска права-приручник за наставнике*, Београдски центар за људска права, Београд.
- Сартори. Ђ., 2001, *Демократија шта је то?*, Подгорица.
- Сингер. П., 2004, *Увод у етику*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Сремски Карловци, Нови Сад.
- Сингер. П., 2000, *Практична етика*, СИГНАТУРЕ, Београд.
- Трајковић. М., 2007, *Морални релативизам у англо-америчкој јуриспруденцији*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш.
- Трајковић. М., 2007, *Моралност правног система као основа савремене правне државе*, Правни живот, бр. 12, Београд.
- Трајковић. М., 2010, *Морал у беспућу политике*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2, Нови Сад.
- Фулер. Л., 2001, *Моралност права*, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд.

Флајнер. Т., 1996, *Људска права и људско достојанство*, Гутенбергова галаксија.

Животић. М., 1986, *Аксиологија*, Загреб.

Зборник радова 1999, - остваривање економских и социјалних права, Београдски центар за људска права, Београд.

Hardie. W. F. R., 1980, *Aristotel's Ethical Theory*, Oxford University Press, Oxford.

Sheler. М., 1987, *Положај човјека у козмосу*, Човјек и повијест, Веселин Маслеша - Светлост, Сарајево.

Димитријевић Војин, 1993, *Неизвесност људских права на путу од самовлашћа ка демократији*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад.

Врачар Стеван, 1995, *Структуралност филозофије права*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад.

Кауфман Артур, 1998, *Право и разумевање права*, Гутенбергова галаксија, Ваљевска штампарија.

Кожев Александар, 2012, *Нацрт за једну феноменологију права*, Издавачка књижарница Зорана Стојановића, Нови Сад.

Mane Narančić, LL.M.,

PhD student at the Faculty of Law, University of Niš

MORAL DECISIONS OF HUMAN RIGHTS IN THE WAR OPERATIONS

Summary

In terms of organization and functioning of the international community and its institutions, man, as an individual, becomes increasingly important subject of influence, and human rights gravity object of protection in the international society. Despite the attribution of such importance in the protection of human rights, as well as the increasing democratization of the countries in the world, modern civilization is still characterized by the appearance of massive human rights violations, often accompanied by brutal crimes against humanity. Although the post-Cold War

reduced the risk of large-scale inter-state conflicts in the forefront of wars (religious - within the national and regional), which also cause enormous torment and suffering of the people. It is this internal conflict in a country, where the government itself of such a state performs mass violation of human rights, where there is the most difficult challenge for the organized and legally based international intervention to protect human rights. In these exceptional circumstances the international community calls on UN member governments to assist and intervene to prevent human suffering, providing assistance in response to refugee or alleviating certain internal crisis in one country. Effectiveness of such humanitarian intervention is carried out exclusively by force. Each state must guarantee human rights, and not just on the basis of the adopted laws, but also from the very nature of the state which organizes the coexistence of all citizens in exchange for the safety and well-being that they need in the exercise of human rights. The responsibility of the state in the field of human rights has its concrete forms, and that state has an obligation to respect human rights and not to tackle both its activities and laws. The state must ensure respect for individual human rights of all, especially when recourse to the courts by individuals, especially the right to a fair trial and equal treatment of all individuals in the country. Country, in the realization of human rights, must take active measures to remedy the violations that have occurred as a result of the careless attitude of the state and its institutions. The right to life does not mean that its authorities arbitrarily deprive people of life, because it is the state that must take a series of measures to enable all people to be able to enjoy the guaranteed human rights and freedom. When creating conditions for the practice of human rights, the state must create the conditions for a culture of human rights. This implies that the behavior of each individual should be tolerant towards everyone in society, in order to achieve full cooperation and personal liberty, without the contempt and hatred towards other people. Moral values are crucial in the emergence of human rights. They are historically marked, and without their understanding, we cannot properly understand the very concept of human rights. These values include consistency in the flow of time, but that does not mean that they are not variable categories, and that if they are effective during a period of time will surely survive the second time. It is very important natural right given to every man and is contained in the very structure of human existence. Without setting specific sublimates and realizing the basic conditions, there is no progress in the development of the personality of every man. Morality arises from the psychic experience and understanding of the nature of human society. Inheritance of moral components is shown in the course of a comprehensive personality development. The maximum value of a man is morally good, which reaches the top of the enjoyment and satisfaction made in life. This inner satisfaction is a feeling that is difficult to explain and define, and represents the biggest achievement that separates every man in personality development. For people who have reached this level there are no obstacles or

difficulties which they cannot cope with in various situations which life imposes. In life, luck is very important when setting and achieving goals by people who live in the community. The enormous importance of this issue is associated with the two most important issues of our time, such as democracy and peace. Recognition and protection of human rights are essentially making a democratic Constitution, which would equally treat all citizens regardless of race, gender, and religion of all citizens in the country. Peace is the most important condition for the protection of human rights in individual countries and in the international system. The ideal of perpetual peace can be attained only by the progressive democratization of the international system, and that this democratization cannot be separated from the gradual and effective protection of human rights beyond the level of individual countries. Without recognized and effectively protected human rights there is no democracy. If one of these two elements has power, the freedom of the other is diminished, and vice versa. Fighting for the rights of the opponents firstly was first religious and then political and economic power in the end. At today's level of technological and industrial development, an important component consists of science and knowledge. The state that has dominance in these categories can very easily rule the government and people of other countries. With technological advances, there is a permanent danger that threatens the life, liberty and security of all people. With technological developments appear some "new" rights, for example "the right to live in an unpolluted environment", from which started environmental movements, whose origin rocked the political life within many countries. The right to privacy is the ability of authorities to register all information concerning the life of a person, and that with this act of setting up and monitor all procedures the person is not aware of what is being done in order to complete the monitoring and control of each policy. The tendency of the human race is always to better, although nowadays can remain without real answers. If there is a minimum of faith in victory, the battle will be lost in advance. Only with faith in human rights and tolerance in every human being as a member of the group, the community, the country, can we come out of this battle victorious, and establish a perfect system of protection of all people regardless of race, gender and ethnicity.

Keywords: *Morale, moral norms, human rights, discrimination, democracy, equality, moral value, justice, freedom, truth.*

ТЕЛЕСНЕ ПОВРЕДЕ И УВРЕДЕ У РУСКОЈ ПРАВДИ²

Апстракт: Руска правда, као зборник обичајног словенског права и закона руских кнежева, представља најзначајнији древноруски правни споменик. Поред убиства, овим зборником регулисане су и телесне повреде и увреде, као посебна кривична дела против личности. Како ова кривична дела у Руској правди чине јединствену целину, те имајући у виду да је кривично дело увреде према тексту Правде могло бити учињено различитим ударцима, а понекад је подразумевало постојање телесне повреде, то је веома тешко утврдити које је од ова два дела у питању у конкретној одредби. Основни циљ овог рада биће да покуша да пронађе критеријуме према којима се може закључити када Руска правда предвиђа телесну повреду, а када увреду, као и да укаже на установе словенског обичајног права које су у тесној вези са наведеним кривичним делима.

Кључне речи: Руска правда, словенско обичајно право, кривично дело, телесне повреде, увреде.

1. Увод

Руска правда је најзначајнији древноруски правни споменик. Она је званичан акт законодавне власти и представља зборник обичајног права и обједињених закона и уредаба појединих руских кнежева.³ Познате су две њене редакције: Кратка правда и Шира (проширена) правда.

Кратка правда има три целине. Прва је настала у време Јарослава Мудрог (По Несторовом Летопису 1016. године), обухвата првих осамнаест одредби, а у науци је позната као Правда Јарослава, или најдревнија Правда. Другу целину чини део који обухвата правне норме уобличене током владавине

1 stojanovicst91@gmail.com

2 Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

3 Николић Д. : Древноруско словенско право, стр. 93-94.

тројице синова кнеза Јарослава Мудрог, највероватније у интервалу 1054. до 1076. године. Овај део Кратке правде, од члана 19. до члана 41, познат је и под именом Правда Јарославича. Трећу целину чине два члана (42. и 43.), који су у науци познати под називима Покон вирни и Урок мостњикам.⁴

Шира правда је зборник нешто познијег древноруског права. Заснована је на неком тексту Кратке правде, затим на „Уставу“ кнеза Владимира II Мономаха (1113-1125) и на законодавству других руских кнежева с краја XI и из XII века. Шира редакција Руске правде садржи 121. члан.

Руска правда познаје две врсте кривичних дела – против личности (убиство, телесне повреде, увреда, туча) и против имовине (разбојништво, крађа, повреда међа, незаконито коришћење туђе имовине).⁵ Предмет овог рада су телесне повреде и увреде у Руској правди. Ова кривична дела биће сагледана пре свега преко одредби Шире правде, али свакако, уз упућивање на одговарајуће чланове Кратке правде.

2. Телесне повреде и увреде у Руској правди

Телесне повреде у Руској правди заједно са кривичним делом увреде чине јединствену целину. У Широј правди то је група чланова од 23. до 31. члана заједно са члановима 65, 67. и 68, којој одговара група чланова од 2. до 10. члана Кратке правде заједно са чланом 17.

Правда не познаје увреду речју (вербалну увреду), већ само увреду делом (тзв. реалну увреду), тј. различите поступке којима се делује на тело другог лица који га омаловажавају, а који у неким случајевима подразумевају постојање телесне повреде, па је због тога веома тешко одредити када постоји дело увреде, а када телесна повреда, будући да су елементи ових кривичних дела „испреплетани“. Ипак, могу се уочити одређени критеријуми по којима нека кривична дела имају више обележја телесне повреде, а нека увреде.

Први критеријум, који је поставио Т. Тарановски је висина новчане казне. Он каже: „Руска правда одређује, да ако ко кога истуче, плаћа 3 гривне, а ако ли удари батином, или мотком, или песницом, или чашом, или рогом, или тупом страном мача, или мачем у корицама, или дршком мача, онда плаћа 12 гривни; ако коме отсече прст, плаћа глобе 3 гривне, а ако ишчупа бркове или браду, онда 12 гривни. Из наведеног упоређења јасно је, да се казна за неке ударце и за чупање бркова и браде поштравала због тога, што се њима признавао други значај, - нису се сматрали као повреда тела,

⁴ Ibidem, стр. 92.

⁵ Николић Д.: Историја права – стари и средњи век, стр. 244.

него као увреда части.⁶ Истог је мишљења и А. Соловјев: „За сваки ударац чашом, песницом, мачем у корицама плаћа се 12 гривни, исто и за брк и за браду, јер то су све увреде части. Међутим, за телесне повреде (одсечен прст или модрице) плаћа се само 3 гривне.“⁷

Други критеријум би могла бити и сама номотехника законодавца. Наиме, када су у питању телесне повреде, акценат је стављен на последицу кривичног дела (нпр. рука отпадне или се осуши – чл. 27. Ш.П; одсечен прст – чл. 28. Ш. П; окрвављен муж – чл. 29. Ш. П; смртна рана (повреда) – чл. 30. Ш. П). С друге стране, код увреда у први план се истиче радња дела, као и средство којим је дело извршено, без нужног постојања телесне повреде (нпр. ударци неисуканим мачем или дршком – чл. 23. Ш. П; потезање мача – чл. 24. Ш. П; ударци батином, чашом, рогом, тупом страном оружја – чл. 25. Ш. П; ударац холопа – чл. 65. Ш. П). Оно што је такође уочљиво, јесте да се увреда задаје тупим предметом – неисукани мач, дршка мача, батина, чаша, рог, тупа страна оружја, док је код телесних повреда потребна последица, а то је најчешће постојање крви на телу повређеног, што посредно наводи на закључак да се оне наносе оштрим предметом (сечивом) – мачем, ножем и сл. Једино се код кривичних дела чупања браде и избијања зуба не може применити овај критеријум. Наиме, у овим случајевима захтева се постојање телесне повреде (... ишчупа браду и види се траг ... – чл. 67. Ш.П.; ... избије зуб, а види се крв у устима ... – чл. 68. Ш.П). Међутим, према правном схватању оног времена ова кривична дела представљају дело увреде части, јер је брада представљала симбол достојанства слободног човека, а избијање зуба последица је јаког ударца у лице. Уосталом, овде нам може помоћи први критеријум.

Једна од основних карактеристика Кратке правде је легализована приватна освета. У првом члану Кратке правде дозвољава се крвна освета уз одређена ограничења: „Ако (слободан) човек убије (слободног) човека, осветиће брат брата, или синови оца, или отац сина, или братанац, или сестрићи; ако не буде (ових) који ће да освете, тада 40 гривни за главу (убиство); ако буде Русин, или гридин, или трговац, или јабетник, или мечњик, или изгој, или Словенин, тада 40 гривни положити (дати) за њега.“⁸ Приватна освета је била дозвољена и код телесних повреда и увреда, и то у виду тренутне освете. Наиме, уколико неко некога претуче толико да му потече крв или буде у модрицама, а повређени „не може да му се освети“ (К.П. 2.), платиће му за повреду три гривне и трошкове лечења.⁹ Ако га удари мотком,

6 Тарановски Т. : Историја српског права у Немањићкој држави, стр. 342.

7 Соловјев А. : Историја словенских права, стр. 184.

8 Николић Д, Ђорђевић А. : Законски текстови старог и средњег века, стр. 115.

9 Николић Д. : Древноруско словенско право, стр. 110.

штапом, дланом, чашом, рогом из кога се тада пило, или тупом страном оштрог оруђа, а повређени, одн. увређени, није могао одмах да се освети (узврати), платиће му 12 гривни за повреду - увреду, и „ту је крај“ (К.П. 3).¹⁰

Шира правда укида крвну освету. Иако први члан Шире правде заправо само понавља одредбу о легализованој крвној освети из Кратке редакције (вероватно због правног конзерватизма оног доба), већ у наредном, другом члану Ш. П. прописано је: „*После Јарослава опет сакупише се синови његови: Изјаслав, Свјатослав, Всеволод и мужеви њихови: Косњачко, Перењег, Никифор, и укинуше убијање (освету) за главу (убиство), већ да се откупљује (убиство) новцем; а све остало како је Јарослав судио, тако и синови његови установише*“.¹¹ Уместо крвне освете, предвиђено је плаћање тзв. вире (композиције, крвнине, откупа за убиство).¹² Да је укидање приватне освете доследно извршено и када су у питању телесне повреде и увреде говоре нам и аналогни чланови Шире правде (25. и 29.), у којима уопште нема помена о праву на тренутну освету. Једина кривична санкција за телесне повреде и увреде коју предвиђа Шира правда је новчана казна – продажа.

2.1. Телесне повреде у Руској правди

Телесне повреде представљају кривично дело против телесног интегритета. Телесне повреде инкриминисане су у Широј правди следећим одредбама: 27. (К.П. 5,6), 28. (К.П. 7), 29. (К.П. 2,30), 30. и 31. (К.П. 10).

Руска правда не познаје јединствен појам овог кривичног дела, већ га регулише казуистички, тј. предвиђа различите случајеве телесних повреда. Међутим, у овом смислу, посебно је занимљив члан 29. ШП (Ако дође окрвављен муж), који говори о поступку доказивања телесних повреда, будући да се њиме на један уопштенији начин регулише ово кривично дело: „*Ако окрвављен муж или син дође на (кнежев) двор, нису му потребни видоци (сведоци), већ да се плати за њега (њему?) 3 гривне продаже (казне); ако на њему нема трагова (повреда), тада да доведе видоке реч по реч (да потврде оптужбу); ко је отпочео (тучу) да плати 60 куна; ако је дошао окрвављен, а сам је започео (тучу), те се јаве послуши (овде: сведоци), платиће, иако је претучен.*“ (К.П. 2, 30)¹³ Уколико су постојали видљиви докази, као што је крв на телу повређеног, учинилац овог кривичног дела био је дужан да плати новчану казну (продажу) у износу од 3 гривне. Ако није било трагова телесних повреда, онда је оштећени морао да доведе сведоке.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Николић Д, Ђорђевић А.: Законски текстови старог и средњег века, стр. 119.

¹² У старом српском праву ова установа позната је под називом „вражда“.

¹³ Николић Д, Ђорђевић А.: Законски текстови старог и средњег века, стр. 121.

По руском обичајном праву, као доказно средство пред судом у делима телесног повређивања, признавани су „видљиве повреде“ и заклетва. Јарослав је укинуо заклетву и увео сведоке као ново доказно средство, које је вероватно, на руску земљу дошло са византијским правом.¹⁴ Такође, сведоци су могли да изјаве да је сам оштећени започео тучу и тада би он кривично одговорао, без обзира на то што је био окрвављен и претучен. Овај члан значајан је и због тога што нам казује да је кнежев двор имао улогу врховног суда за кривично дело телесних повреда.¹⁵

Насупрот овој генералној одредби, Руска правда предвиђа и конкретне случајеве телесних повреда. Тако је у чл. 28. Шире правде предвиђено кажњавање одсецања прста: „Ако прст било који одсече, 3 гривне продаје (казне), а самом (повређеном) гривна куна.“ (К.П. 7)¹⁶

Шира правда регулише и тешку телесну повреду, када је уништен неки виталан, за живот важан део тела или орган. Оваква врста повреде је кажњавана знатно већом новчаном казном (полувира од 20 гривни, као и накнада повређеном од 10 гривни)¹⁷, за разлику од новчане казне за наношење лакших телесних повреда, када је новчана казна (продажа) износила 3 гривне. Наиме, у чл. 27. Шире правде предвиђено је: „Ако засече руку, па рука отпадне или се осуши, или нога, или око¹⁸, тада полувира 20 гривни, а накнада (повређеном) 10 гривни.“ (К.П. 5,6)¹⁹

Поред разликовања телесних повреда на лаке и тешке, Шира руска правда познаје и категорију телесних повреда које су довеле до смртног исхода. За ову врсту телесне повреде предвиђена је иста казна као за убиство – вира²⁰ од 40 гривни (чл. 30 ШП²¹): „Ако удари мачем, али не рани смртно, тада 3 гривне (казне), а повређеном гривна за лечење ране; ако смртно рани, тада (плаћа) виру“.²²

14 Николић Д. : Древноруско словенско право, стр. 111-112.

15 Детаљније: Ђорђевић А. : Постанак и развој судства код Словена, стр. 29.

16 Николић Д, Ђорђевић А. : Законски текстови старог и средњег века, стр. 121.

17 Кратка руска правда за ово кривично дело предвиђала је новчану казну од 40 гривни.

18 У неколико других преписа и „нос одсече“.

19 Ор. cit., стр. 121.

20 Вира је новчана казна која се плаћала кнезу за кривично дело убиства. Виру плаћа или сам убица, када је до убиства дошло у разбојништву или онда када је он ван система „дикаја вира“, или је плаћала општина што се у том случају називало „дикаја вира“. Детаљније: Николић Д. : Древноруско словенско право, стр. 67.

21 Члан 30. Шире руске правде нема свој узор у Краткој правди.

22 Николић Д, Ђорђевић А. : Законски текстови старог и средњег века, стр. 122.

Проф. Д. Николић истиче да за разлику од члана 10. Кратке редакције који „гурање“ третира као увреду, њему одговарајући члан 31. Шире правде, изгледа да ову радњу квалификује као телесну повреду, набрајајући је заједно са ударцима по образу и ударцима мотком.²³ Наиме, члан 31. Шире редакције предвиђа: „Ако човек човека привуче к себи или га одгурне, или га удари по образу, или га удари дугачком мотком, а има 2 видока (сведока), тада 3 гривне продажа (казна); ако је тај Варјаг или Колбјаг, тада (нека доведе) пуни број²⁴ видока који ће положити заклетву.“ (К.П. 10)²⁵ Код ових кривичних дела, странци су изгубили ранију привилегију да не морају доводити сведоке (по Краткој правди, било је довољно да положи заклетву).²⁶

2.2. Увредe у Руској правди

Увреда је кривично дело против части. Увреда части може се извршити делом или речју. Према Т. Тарановском, старо право истиче првобитно увреду делом и тек затим увреду речју.²⁷ И заиста, Руска правда чак и не познаје вербалну увреду (увреду речју), док са друге стране садржи низ чланова којима се казуистички регулише тзв. реална увреда (увреда делом), односно различити поступци којима се делује на тело другог лица који га омаловажавају, потцењују и понижавају. У Широј руској правди предвиђена је у следећим члановима: 23. (К.П. 4), 24. (К.П. 9), 25. (К.П. 3), 26, 65. (К.П. 17), 67. (К.П. 8) и 68.

Увреда је могла бити учињена ударцима путем различитих предмета: неусуканим мачем, дршком мача, батином, чашом, рогом, тупом страном оружја. У свим тим случајевима новчана казна (продажа) износила је 12 гривни. Тако је у чл. 23. Ш. П. регулисано: „Ако удари неусуканим мачем или дршком, тада 12 гривни продаже (казне) за обиду²⁸.“ (К. П. 4)²⁹, а чл. 25. Ш. П. предвиђа: „Ако неко некога удари батином, или чашом, или рогом, или тупом страном оружја, тада 12 гривни.“ (К. П. 3)³⁰

23 Николић Д. : Древноруско словенско право, стр. 133.

24 По једнима, пуни број сведока је 2, а по другима 7.

25 Николић Д, Ђорђевић А. : Законски текстови старог и средњег века, стр. 122.

26 Николић Д. : Древноруско словенско право, стр. 133.

27 Тарановски Т. : Историја српског права у Немањићкој држави, стр. 342.

28 Изразом „обида“ у Руској правди означава се кривица, понегде и само кривично дело, а у другачијем контексту и повреда права, неправда. „Обида“ је један од најстаријих израза за кривично дело и српског средњовековног кривичног права. О томе детаљније: Соловјев А. : Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка, стр. 448.

29 Николић Д, Ђорђевић А. : Законски текстови старог и средњег века, стр. 121.

30 *Ibidem*.

Будући да Ши́ра руска правда укида приватну освету, остаје помало нејасан члан 26. Ш. П, који се надовезује на претходни и даје могућност увређеном да узврати ударцем мача: „Не уздржи ли се, и тога (који га је изазвао) удари мачем, није за то крив“.³¹ Овај члан је у литератури тумачен различито. По једнима, овде је реч о некажњивој одбрани од увреде, по другима о приватној освети, односно тренутној одмазди. Дакле, руски законодавац овде регулише ситуацију када увређени увреду узврати увредом. Једно лице је већ извршило кривично дело увреде (према чл. 25. Ш. П. ударцем батином, чашом, рогом, тупом страном оружја). Ако увређени одмах након тога удари мачем оног који га је претходно увредио, за то неће бити крив. Могуће да се смисао овог члана крије у формулацији „не уздржи ли се...“ Из овог закључујемо да Ши́ра руска правда има у виду и субјективне елементе кривичног дела, и то пре свега урачинљивост увређеног. Наиме, када је неко лице ударено неким предметом, односно увређено, код њега тренутно настаје афекат гнева (беса, јарости), који доводи до сужења свести и смањене урачинљивости. Из тог разлога најчешће и не може да се уздржи, те чини кривично дело увреде без претходног умишљаја према лицу које га је изазвало. Члан 26. Ш. П. управо регулише ову ситуацију и предвиђа да лице које не може да се уздржи због увреде која му је учињена, па због тога и учини кривично дело увреде према изазивачу (односно узврати увредом), неће бити криво за то дело, што значи да неће бити дужно да плати новчану казну (продажу), док ће изазивач, наравно, због кривичног дела из члана 25. Ш. П. бити дужан да плати 12 гривни продаже. Поставља се и питање зашто наведени члан нема свој узор (пандан) у Краткој правди? Могуће да је одговор у постојању права на тренутну освету (чл. 2. и 3. К.П.), којим је фактички била обухваћена и ова ситуација.

Са друге стране, наведени случај некажњиве увреде неодољиво подсећа на установу „заподевања“, која је у старом пољском и чешком праву носила назив „почетак“.³² Овај институт препознајемо и у члану 29. Ш. П, који проглашава кривим оног који је започео тучу, па макар и сам био претучен, али и у Душановом законику, и то код кривичног дела убиства (чл. 86): „Где се обрете убиство, он-зи који-но буде зарвал, да јест крив, ако се и убије.“³³ На основу наведеног закључујемо да „заподевање“ (вероватно општесловенски институт), полази од субјективног елемента кривичног дела – кривице и представља основ искључења кривичне одговорности и отпадања казне. Према овом институту, искључиви кривац је жртва кривичног дела, а њена

31 *Ibidem*.

32 Детаљније: Тарановски Т. : Историја српског права у Немањићкој држави, стр. 327-330.

33 Николић Д, Ђорђевић А. : Законски текстови старог и средњег века, стр. 159.

кривица је како Т. Тарановски објашњава, у изазивању, које се само по себи сматра као противправна и кажњива радња.³⁴

Лакши облик кривичног дела увреде представља само потезање мача без ударања њиме. Предвиђен је у члану 24. Ш. П.: „Ако потегне мач, а не убоде, тада гривна куне“. (К. П. 9)³⁵

Тежи облик увреде регулисан је чланом 65. Ш. П. (А ово ако холоп удари) и представља ударање слободног човека од стране холопа (роба): „А ово ако холоп удари слободног мужа, па побегне у хором (господареву кућу), а господар га не изручи: за њега господар да плати 12 гривни; ако затим онај који је ударен наиђе негде на онога што га је ударио, Јарослав је био прописао да се убије, али синови његови после њега прописаше новчану казну, било да се свезан туче, било да се узме гривна куна за претрпљену срамоту.“ (К. П. 17)³⁶

Шира руска правда познаје и два специфична облика овог кривичног дела: чупање браде и избијање зуба. За разлику од других кривичних дела увреде, ова кривична дела нужно подразумевају и постајање телесних повреда (... ишчупа браду и види се траг ... – чл. 67. Ш.П.; ... избије зуб, а види се крв у устима ... – чл. 68. Ш.П). Дакле, овде је у питању наношење телесних повреда другом лицу, али оно према ондашњем правном схватању представља кривично дело увреде. То се уосталом види и по висини новчане казне која је забрањена за ова дела. Чупање браде и избијање зуба кажњавало се новчаном казном од 12 гривни, која је чак четири пута већа од казне која је предвиђена за тежу повреду, каква је одсецање прста, на пример. Поред постојања телесне повреде, за доказивање ових кривичних дела били су неопходни и сведоци.

Чл. 67. Ш. П. (О бради) забрањује чупање браде: „Ако неко (другоме) ишчупа браду и остане траг, а јаве се људи (сведоци), тада 12 гривни продаже (казне); ако нема сведока, већ само оптужује, тада нема казне.“ (К.П. 8)³⁷ Занимљиво је и да средњовековно српско право познаје кривично дело чупање браде, и то под називом „мехоскубина“. Оно је било предвиђено још у Светостефанској хрисовуљи из 1313. године и Грачаничкој из 1321. године.³⁸ Чланови 97. и 98. Душановог законика регулишу ово кривично дело. Тако је у чл. 98. ДЗ предвиђено: „И ако се оскубета два себра, мехоскубина 6 перпер.“³⁹ Дакле,

34 *Op. cit.*, стр. 330.

35 *Ibidem*, стр. 121.

36 *Ibidem*, стр. 126.

37 *Ibidem*.

38 Соловјев А. : Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године, стр. 256.

39 Николић Д, Ђорђевић А. : Законски текстови старог и средњег века, стр. 160.

видимо да и српско право ово кривично дело кажњава имовинском казном. С друге стране, одредба чл. 97. Законика која гласи: „*Кто се обрете искуб браду властелину или добру човеку, да се тому-зи обе руке отсеку*“⁴⁰ свакако је, у погледу казне, претрпела утицај византијског законодавства. Осим тога, кривично дело „мехоскубина“ овде добија и класни карактер који се огледа у квалитативно различитој кривичноправној заштити властеле и себара.⁴¹

Посебно дело увреде части према Руској правди јесте избијање зуба које је предвиђено у члану 68. Ш. П. (О зубу): „*Ако избије зуб, а види се крв у устима, па се јаве људи (сведоци), тада 12 гривни продажа (казна), а за зуб (једна) гривна.*“⁴²

3. Закључак

Телесне повреде и увреде припадају групи кривичних дела против личности. У Руској правди одредбе о овим кривичним делима налазе се одмах после кривичног дела убиства. Веома је тешко утврдити да ли се у одређеном члану говори о телесној повреди или увреди, будући да Правда различите нападе на тело другог лица, који понекад подразумевају и проузроковање телесне повреде третира као увреду. Ипак, уочавају се извесни критеријуми према којима можемо, барем у одређеној мери, да установимо о којем кривичном делу се ради. Вероватно се ни тада са сигурношћу не може тврдити које је дело у питању, али нам ови критеријуми указују да ли у конкретном члану преовладавају елементи кривичног дела увреде или телесних повреда.

Поред груписања чланова према томе да ли регулишу телесну повреду или увреду (које треба узети крајње условно), циљ овог рада био је и да укаже на старе установе словенског обичајног права из предржавног периода, које су своје место нашле у Руској правди. У првом реду то је крвна (приватна) освета, легализована уз ограничења у Краткој правди (чл. 1 К.П.), а која се код телесних повреда и увреда јавља као право на тренутну освету (чл. 2. и 3. К.П.). Укинута је чланом 2. Шире правде, тако да су као једине кривичне санкције за ова дела остале новчане казне у различитим износима. Како Т. Тарановски објашњава „оне потичу непосредно од предржавних или вандржавних композиционих платежа“,⁴³ дакле, из

40 *Ibidem.*

41 Ђорђевић А.: Старо српско кривично право у Душановом законнику, Историјски архив Ниш.

42 Николић Д, Ђорђевић А. : Законски текстови старог и средњег века, стр. 126.

43 Тарановски Т.: Историја српског права у Немањинској држави, стр. 297.

Зборник радова студената докторских студија права

приватноправне установе мирења, путем које је превазилажена приватна освета. „Заподевање“ као основ искључења кривичне одговорности, такође је било предвиђено у Широј правди (чл. 26. и 29. Ш. П).

Извори и литература

Ђорђевић Александар, Постанак и развој судства код Словена, Ниш 2008.

Ђорђевић Александар, Старо српско кривично право у Душановом законику, Историјски архив Ниш.

Николић Драган, Древноруско словенско право, Београд 2000, Службени лист СРЈ.

Николић Драган, Историја права – стари и средњи век, Ниш 2010, Свен Ниш.

Николић Драган, Ђорђевић Александар, Законски текстови старог и средњег века, Ниш 2013, Правни факултет у Нишу, Центар за публикације. 2003.

Соловјев Александар, Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године, Београд 1980, Српска академија наука и уметности, Одељење друштвених наука.

Соловјев Александар, Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка, Београд 1998, Класици југословенског права, Службени лист СРЈ.

Соловјев Александар, Историја словенских права, Београд 1998, Класици југословенског права, Службени лист СРЈ.

Соловјев Александар, Постанак и значај Душановог Законника, Београд 2001, Досије.

Тарановски Теодор, Историја српског права у Немањинској држави, Београд 2002, Издавачко предузеће „Лирика“.

Stefan Stojanović, LL.M.,
PHD student of the Faculty of Law, University of Niš

BODILY HARMS AND INSULTS IN RUSSKAYA PRAVDA

Summary

Russkaya Pravda, as a collection of Slavic customary law and the laws of the Russian princes, represents the most significant ancient Russian legal monument. In addition to the murder, this collection also regulates bodily harms and insults, as special criminal acts against the person. How these criminal acts in Russkaya Pravda constitute a single entity, and bearing in mind that an insult to the text of Pravda could have been committed by various strikes, and sometimes it involved the occurrence of a bodily harm, it is very difficult to determine what the criminal offense is in a particular norm. The basic aim of this work will be to try to find the criteria according to which it can be concluded when Pravda regulates a bodily harm, and when it insult, as well as ordering institutions of Slavic customary law that are closely related to the mentioned criminal offenses.

Keywords: *Russkaya Pravda, Slavic customary law, criminal act, bodily harms, insults.*