
UDK 34(058)



ISSN 0350-8501

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

БРОЈ 78 | ГОДИНА LVII | 2018

**COLLECTION OF PAPERS
FACULTY OF LAW, NIŠ**

№ 78 | YEAR LVII | 2018

НИШ, 2018.

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Ниш, 2018.

Издавач

Правни факултет у Нишу

За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Ирена Пејић

Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Драган Николић
Проф. др Невена Петрушић
Проф. др Мирослав Лазић
Проф. др Марина Димитријевић
Проф. др Небојша Раичевић
Доц. др Душица Миладиновић
Стефановић

Чланови Редакционог одбора из иностранства

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија
Проф. др Иванова Светлана Анатољевна, декан Правног факултета Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан Први, Скопље, Македонија
Груцина Людмила Јурјевна, доктор правних наука, Катедра грађанског права Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Проф. др Анатолий Капустин, професор Финансијског универзитета Владе Руске федерације
Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа, Бафало, САД
Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског арбитражног суда при Привредно-индустријској комори Украјине
Проф. др Шагиева Розалина Васильевна, проректор Академије адвокатуре и нотаријата Руске федерације

Секретар Редакционог одбора: Доц. др Милош Прица

Преводи: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Александра Гојковић

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: Медивест Ниш, **Тираж:** 100

Зборник радова Правног факултета у Нишу под називом Collection of papers, Faculty of Law, Nis је у пуном тексту доступан у HeinOnline бази података, EBSCO бази Legal Source, као и у бази Central and Eastern European Online Library – CEEOL.

COLLECTION OF PAPERS, FACULTY OF LAW, NIS
NIŠ, 2018

Publisher:

Faculty of Law, University of Niš

For the Publisher:

Prof. dr Saša Knežević, Dean

Editor-in-Chief:

Prof. dr Irena Pejić

Editorial Board of the Law Faculty Journal

**Editorial Board Members
(Faculty of Law):**

Prof. dr Dragan Nikolić
Prof. dr Nevena Petrušić
Prof. dr Miroslav Lazić
Prof. dr Marina Dimitrijević
Prof. dr Nebojša Raičević
Doc. dr Dušica Miladinović
Stefanović

Editorial Board Members (international):

Prof. dr Michael Geistlinger, Department of Public International Law, University of Salzburg, Salzburg, Austria
Prof. dr Ivanova Svetlana Anatol'evna, Dean, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Sašo Georgijevski, Faculty of Law "Iustinianus Primus", Ss. Cyril and Methodius University, Skopje, FRY Macedonia
Prof. dr Grucina Lyudmila Yur'evna, Civil Law Department, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Anatolij Kapustin, Faculty of Law, Finance University of the Government of the Russian Federation, Moscow, Russian Federation
Prof. dr Isabel S. Marcus, Buffalo Law School, University of Buffalo, USA
Selivon Nikolaj Fedosovich, Academician, Chairman of the International Trade Arbitration Court, Ukrainian Chamber of Commerce and Industry, Ukraine
Prof. dr Shagieva Rozalina Vasil'evna, Vice-Rector, the Academy for Advocacy and Notary Services of the Russian Federation, Russian Federation

Technical Secretary of the Editorial Board: Miloš Prica, LL.D.

Translation: Gordana Ignjatović (English)

Proofreading: Aleksandra Gojković

Desktop publishing: Nenad Milošević

Print: Medivest Niš, **Circulation:** 100

PUBLICATION CENTRE, Faculty of Law, University of Niš
Trg kralja Aleksandra 11, Niš 18000, Serbia
Telephone: +381 18 500 201,
E-mail: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Website: <http://www.prafak.ni.ac.rs>
<http://www.ebscohost.com/public/legal-source>
<http://home.heinonline.org/titles/Law-Journal-Library/Collection-of-Papers-Faculty-of-Law-Nis/?letter=C>
Central and Eastern European Online Library – CEEOL

САДРЖАЈ

Уводна реч.....IX

I ЧЛАНЦИ

У ФОКУСУ

УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У СРБИЈИ

Др Јасминка ХАСАНБЕГОВИЋ,
Ка уставним амандманима о правосуђу: ка независном правосуђу у Србији, или пак у супротном смеру 13

Др Драган СТОЈАНОВИЋ,
Да ли и како реформисати Уставни суд?..... 31

Др Зоран РАДИВОЈЕВИЋ,
Др Весна КНЕЖЕВИЋ ПРЕДИЋ,
Поступак закључивања уговора Европске уније са трећим државама и међународним организацијама..... 47

Др Жељко МИРЈАНИЋ,
Утицај глобализације на радно право (пост)транзиционих земаља 67

Др Предраг ЦВЕТКОВИЋ,
Начело националног третмана у функцији забране дискриминације „сличних“ производа у оквиру Општег споразума о царинама и трговини..... 83

Др Милош ПРИЦА,
Јединство правног поретка као уставно начело и законско уређивање области правног поретка – уједно излагање о унутрашњем правном систему..... 103

Dr Gabrijela MIHELČIĆ,
Dr Maša MAROCHINI ZRINSKI,
Utjecaj konvencijskih načela tumačenja na pojedine građanskopravne institute (odabrana pitanja) 127

Živko KULIĆ, Ph.D Goran MILOŠEVIĆ, Ph.D Luka BATURAN, Ph.D Labour Market and Collective Bargaining in the Republic of Serbia.....	149
Др Драган ЈОВАНШЕВИЋ, Казна малолетничког затвора Законодавство, теорија и пракса Србије.....	169
Др Дејан Р. ВУЧЕТИЋ, О глобалним трендовима у кодификовању управног поступања.....	197
Др Марија ИГЊАТОВИЋ, <i>Capacitas iuridica</i> и <i>status familiae</i> у римском праву	217
Др Сања МАРЈАНОВИЋ, Међународно остваривање издржавања чланова породице – бирајући између Конвенције УН (1956) и Хашке конвенције (2007).....	235
Ivan SOKOLOV, Ph.D Local Financial Investment Policy.....	255
Др Зоран КЕСИЋ, Појам „полицијског насиља“	271
Др Александра ПОПОВИЋ, Радноправна заштита дојиља у праву Републике Србије и Европске уније.....	289
Др Горан МАРИЧИЋ, Сазивање седнице скупштине акционарског друштва.....	309

II СУДСКА ПРАКСА

Др Анђелија ТАСИЋ, Терет доказивања у антидискриминационим парницама на примеру одлуке Врховног касационог суда.....	325
---	-----

III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Марија ДРАГИЋЕВИЋ, Могуће измене домаћег законодавства о судском решавању радних спорова по угледу на немачки модел радног судства.....	339
Милош РАДОВАНОВИЋ, Подношење акционог плана и акционог извештаја у пошту извршења пресуде Европског суда за људска права	365
Стефан СТОЈАНОВИЋ, Ирационална доказна средства као део правне традиције Словена.....	383
Бојана АРСЕНИЈЕВИЋ, Тајно завештање у појединим савременим европским правним системима	405
Упутство за ауторе.....	423

CONTENTS

Editor's Introductory Note..... X

I ARTICLES

IN FOCUS

CONSTITUTIONAL REVISION IN SERBIA

Jasminka HASANBEGOVIĆ,
TOWARDS THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS
ON THE JUDICIARY: Towards the Independent Judiciary in
Serbia or in the opposite direction..... 13

Dragan STOJANOVIĆ,
Should the Constitutional Court be reformed and how?..... 31

Zoran RADIVOJEVIĆ,
Vesna KNEŽEVIĆ PREDIĆ,
Procedure for conclusion of EU Treaties with
Third States and International Organizations 47

Željko MIRJANIĆ,
Influence of Globalisation on Labour law in
(Post)transitional Countries 67

Predrag CVETKOVIĆ,
National Treatment Principle as an Instrument for Prevention
of Discrimination in case of “like“ products“ in the General
Agreement on Tariffs and Trade 83

Miloš PRICA,
The unity of Legal order as a Constitutional principle and
Statutory Regulation of the Legal order, with reference to the
Internal Legal system 103

Gabrijela MIHELČIĆ,
Maša MAROCHINI ZRINSKI,
The impact of the ECtHR interpretative methods and
principles on selected Civil law Institutes..... 127

Živko KULIĆ, Goran MILOŠEVIĆ, Luka BATURAN, Тржиште рада и колективно преговарање у Републици Србији.....	149
Dragan JOVAŠEVIĆ, Juvenile prison sentence: Law, theory and practice in Serbia.....	169
Dejan R. VUČETIĆ, On global trends in the Codification of administrative procedure	197
Marija IGNJATOVIĆ, <i>Capacitas iuridica</i> and <i>status familiae</i> in Roman Law	217
Sanja MARJANOVIĆ, Family maintenance in Private International law: Choosing between the UN Convention (1956) and the Hague Convention (2007).....	235
Ivan SOKOLOV, Финансијска и инвестициона политика локалних самоуправа.....	255
Zoran KESIĆ, Concept of „Police violence“	271
Aleksandra POPOVIĆ, Labour law protection of breastfeeding Women in the Law of The Republic of Serbia and The European Union	289
Goran MARIČIĆ, Convening the Session of the shareholders' meeting	309

II JUDICIAL PRACTICE

Anđelija TASIĆ, Burden of Proof in Antidiscrimination Cases: Case law of the Supreme Court of Cassation.....	325
---	-----

III PHD STUDENTS' PAPERS

Marija DRAGIĆEVIĆ, Potential Amendments of National Legislation on Judicial Settlement of Labour Disputes, based on the German model of Labour Judicature	339
Miloš RADOVANOVIĆ, Submission of an Action plan and an Action report in the procedure for the Execution of Judgments of The European Court of Human Rights.....	365
Stefan STOJANOVIĆ, Irrational evidence as part of the Legal tradition of the Slavs.....	383
Bojana ARSENIJEVIĆ, Secret will in some Contemporary European legal systems.....	405
Guidelines for Authors.....	423

Уводна реч

Поштовани читаоци,

У броју Зборника радова Правног факултета у Нишу (бр. 78/2018), који се налази пред вама, садржано је преко 20 научних радова који су категорисани као оригинални и прегледни чланци, једна научна критика и један стручни чланак. У фокусу овог броја налази се актуелна тема у националном правном систему, „Уставне промене у Србији“, о чему аутори аргументовано разматрају неопходност независног правосуђа у светлу уставних амандмана и потребу реформисања уставног правосуђа. Остали научни радови на српском, енглеском и хрватском језику баве се анализом тема различитог опуса међународног јавног и приватног права, кривичног, грађанског, радног права и других ужих научних области.

Због повећаног обима и прилива радова аутора из земље и региона, редакција часописа жели да обавести читаоце да ће почев од ове године динамика публиковања бити повећана са три на четири броја годишње.

У Нишу, јун, 2018.

*Проф. др Ирена Пејић,
главни и одговорни уредник*

Editor's Introductory Note

Dear Readers,

This issue of the scientific journal Collection of Papers of the Law Faculty, University of Niš, (No. 78/2018) includes 20 original papers and review articles, a critical commentary and a professional paper. The focal point of this publication is the topical issue in the national legal system: "Constitutional Changes in Serbia". In light of the proposed constitutional amendments and the need to reform the constitutional judiciary, the authors argue for ensuring the independent judiciary. The other scientific papers, published in Serbian, English and Croatian language, cover various subject-specific topics in the field of international public and private law, criminal law, civil law, labor law and other scientific fields.

Due to the growing influx of academic papers which are submitted by authors from the country and the region, the editorial staff would like to inform the readership about the change in the publication dynamics. Starting from the year 2018, instead of three issues per year, the Law Faculty will be publishing four issues per year.

Niš, June 2018.

Prof. Irena Pejić, LL.D.

Editor-in-Chief

І ЧЛАНЦИ

У ФОКУСУ

УСТАВНЕ ПРОМЕНЕ У СРБИЈИ

Др Јасминка Хасанбеговић*
Редовна професорка Правног факултета,
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrpfni1878013H

UDK: 340.131:342.4(497.11)
Рад примљен: 01.05.2018.
Рад прихваћен: 14.05.2018.

КА УСТАВНИМ АМАНДМАНИМА О ПРАВОСУЂУ: КА НЕЗАВИСНОМ ПРАВОСУЂУ У СРБИЈИ, ИЛИ ПАК У СУПРОТНОМ СМЕРУ

Апстракт: Ауторка се бави критичком анализом Радног текста Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије, и то само из угла три уставна принципа: принципа легитимитета, принципа *checks and balances* и принципа владавине права тј. правне државе. То стога што су се у тзв. јавној расправи током 2017. године, дакле, и пре појаве Радног текста Амандмана, представници Министарства највише позивали на те принципе као аргументе у прилог решењима која ће се појавити у Радном тексту. Циљ овог разматрања јесте да покаже да ли су и, ако јесу, зашто су и на који начин су поменути три принципа релевантни или ирелевантни за ваљано правосуђе те да се на основу те анализе дође до закључка о вредности уставних решења која у свом Радном тексту заговара Министарство правде.

Кључне речи: Радни текст уставних амандмана о правосуђу Министарства правде, Правосуђе Србије, Легитимитет, *Checks and balances*, Владавина права, тј. правна држава.

Током више од четврт века транзиције Србије ка модерној демократији (или током више од двадесет и пет година, што је много времена не само за сваког појединца у било којој држави већ је респектабилно и са становишта социјалне историје, јер обухвата целу једну генерацију, то јест смену генерација) спроведено је у Србији превише не само правних него и правосудних реформи у којима се понављало исто искуство. Наиме, мислили смо: *то се ипак неће десити*. И сваки пут се десило, и то се десило у

* hasanbegovic.j@gmail.com

још горем виду него што смо мислили.¹ С тим сазнањем треба приступити и расправи о овом *Радном тексту уставних амандмана о правосуђу*, који је сачинило Министарство правде.² Дакле, не можемо више да мислимо да се то неће десити, јер, уз претходно искуство, има и других озбиљних показатеља да ће промене у нашем правосуђу бити промене нагоре. Који су то показатељи?

У политичком смислу, после реформе правосуђа и реформе те реформе (2008–2012) коју су спровеле, пре свих, Демократска странка и Демократска странка Србије, као и многе друге тада владајуће странке, када је после тога, после парламентарних избора 2012. године успостављен нови политички режим, чији су носиоци и дан-дањи Српска напредна странка, Социјалистичка партија Србије и остале владајуће странке, сведоци смо да се тај нови политички режим уопште није одредио према оној такозваној реформи правосуђа која је довела скоро до уништења правосуђа у нашој земљи, нити је био спреман да правним средствима реагује и позове на одговорност – пре свега кривичноправну одговорност – оне који су наше правосуђе једном реформом, па онда такозваном реформом реформе, не реформисали нити реорганизовали, већ прилично уништили. Реч је, пре свега, о кривичноправној одговорности за несавестан рад у служби а евентуално и за друга кривична дела чланова ондашњег Високог савета судства, почев од председнице тог савета. Питање њене кривичноправне одговорности јесте формалноправно покренуто, али није макло даље од почетка. Могло би се чак рећи да су, штавише, и многи други чланови ВСС-а

1 О томе више вид. Хасанбеговић, 2016: 105–145, а за раумевање ширег друштвеног оквира транзиције вид. такође и остале ту публиковане прилоге. Затим вид. Хасанбеговић, 2014а: 99–121, као и прилоге других аутора који су ту објављени. За раумевање најширег оквира и разлога тих збивања вид. Хасанбеговић, 2014б: 8–31.

2 *Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије)* идентичан је у два електронска издања, од којих друго садржи и *Уводне напомене*, а доступан је од 22. јануара 2018. на електронској страници Владе Р. Србије.

Због значаја и актуелности документа под називом *Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије)*, који се појавио тек на крају такозване јавне расправе вођене током 2017. године о уставним променама у правосуђу Србије, чиме је изазван нови, још већи талас расправа о новом уставном уређењу нашег правосуђа, овај рад је ауторкин прилог за 2017. годину у оквиру стратешког пројекта Правног факултета Универзитета у Београду „Идентитетски преображај Србије“ уместо првобитно најављеног рада на тему *Ка новом уставу – Зашто судска пракса не сме бити формални извор права у Србији*, који ће бити објављен као прилог за 2018. годину.

веома добро награђени за своје правосудно-штеточинско деловање под именом реформе.³

Према томе, и нови политички режим СНС–СПС, конституисан после избора 2012. године, наставио је с политиком неодговорности и некажњивости, као и с тим да се састав правосуђа занавља на неприхватљив начин, са становишта струке.⁴ Штавише, не само што није било политичке воље да се правним средствима позову на одговорност они који су уништавали правосуђе него се стиче утисак да се овим уставним амандманима наставља и сада у том – за правосуђе и даље разарајућем – правцу. Опет дакле, они који немају знања – чак ни елементарног знања – имају пак јаку политичку вољу да уреде и „дисциплинују“ а, у ствари, себи још више подреде правосуђе, па да тако, непросветитељски и ауторитарно, утичу и на могућност остваривања једног од основних људских права – права на природног, или праведног, што ће рећи стручног и независног судију, као и на ставове и знање обичних људи и на њихову правну културу о томе шта је добро уређена држава и шта је независно судство као један од основних стубова владавине права или правне државе.

Због тога ће овде бити речи само о оном основном што се односи на *три принципа* које су представници Министарства правде најчешће помињали у такозваној јавној расправи, позивајући се управо на грађане, на народ, на сувереност грађана, односно народа, легитимитет власти и слично, да би оправдали решења садржана у *Радном тексту Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије*, тексту који су сами сачинили. И будући да су се у тим приликама упорно понављали сасвим неприхватљиви ставови, да су се као аксиоми или постулати уређења правосуђа узимали потпуно нетачни ставови, овде треба подсетити на одавно познате научне ставове и упозорити на оно што се спрема ако се уопште више може спречити то што је оваквим уставним амандманима о правосуђу припремљено.

Реч је о следећа три принципа:

– Први је принцип легитимитета;

3 Томе су током последњих десетак година посвећени многи радови Драгане Бољевић. Овде је довољно упутити на један њен рад с почетка реформе судства у Србији и један када се учинило да је тај процес завршен: Бољевић, 2009: 20–23, као и Бољевић, 2014: 135–159, посебно 135, 137–138, 152 и даље.

4 За разумевање међународнополитичке критике постојећих решења довољно је упутити на *Националну стратегију реформе правосуђа за период 2013–2018. године*. За критику пак постојећих решења коју је у нас изрекла струка и наука, уместо многих овде поменутих и непоменутих списа, обухватно о томе вид. Бољевић, 2016: 1–132, посебно 1–28 *et passim*, као и литературу коју је она ту користила.

– Други је принцип *checks and balances*;

– Трећи је принцип правне државе, *то јест* владавине права. Треба одмах напоменути и нагласити оно што ће шире бити објашњено мало доцније: Данас се *не* може говорити о принципима *правне државе* и *владавине права* као *суштински различитим* принципима, па се сходно томе никако не може говорити да је једна концепција независног судства примерена правној држави, а да другачија концепција независног судства одговара владавини права. Напротив. Сва релевантна, модерна правна историја говори да су у савременом свету *од друге половине XX века* концепти или принципи правне државе и владавине права *садржински идентични*, па су и те две синтагме – правна држава и владавина права – у језичком смислу *данас синоними*.⁵

Дакле, после ове кратке напомене, треба поћи редом и рећи унајкраће:

Прво. *Легитимитет правосуђа* никако се не изводи из *легитимитета представничког тела народа*, односно из легитимитета већине која се у представничком телу народа формира на основу резултата на изборима, то јест на основу страначке изборне победе или постизборне коалиције. То је толико елементарно и стога би то заиста било сувишно помињати да пак представници Министарства правосуђа у такозваној јавној расправи нису упорно и вехементно истицали да то мора бити тако и да је једино исправно да то буде тако.⁶

Познато је – и спада у елементарно знање – да постоје две врсте легитимитета (државних, и не само државних) власти: један – формалноправни и други

5 О англосаксонској идеји владавине права и њеној историји, на српском је још увек најбоља расправа Л. Басте (1982), која потом има и издања из 1984. и 2012. О немачкој пак идеји правне државе и њеној историји унутар немачке филозофије државе и права од времена просвећеног либерализма до националсоцијализма, најбоља је расправа Е. Шарчевића (1991), потом доступна и као лајпцишко издање из 1996.

6 О томе како је вођена и како је изгледала та такозвана јавна расправа може се видети и из извештавања неких дневних новина и недељника током 2017. и почетком 2018. године, али се најбоље може сагледати из обавештења која су на својим електронским страницама дали позвани учесници: Друштво судија Србије, Удружење тужилаца Србије, ЦЕПРИС, Београдски центар за људска права, YUCOM – Комитет правника за људска права и др., што јасно показује каква је (не)култура дијалога коју негује извршна власт задужена за правосуђе. Уместо бројних упућивања, довољно је само као најфлагрантије илустрације те културе и тог дијалога вид. електронски доступна документа *Актуелности из Друштва судија Србије*, затим документ *Коментари Друштва судија Србије на Радни текст Амандмана на Устав РС од 8. марта 2018.* (нарочито стр. 14), као и *Обавештење Удружења тужилаца о збивањима на округлом столу Министарства правде одржаном у Новом Саду 19. фебруара 2018.*

– садржински.⁷ Наравно да, *формалноправно*, легитимитет свих власти (како државних – у тројној подели: законодавне, извршне и судске; или у четворној подели: законодавне, егзекутивне, судске и уставно-судске; или у петорној, или шесторној, или свакој другој подели; а исто тако и недржавних власти – нпр. црквене, школске, родитељске и сваке друге) *потиче*, у крајњој линији, *из устава на снази*. Али, знамо и да, *стварно*, постоје различити уставни: и уставни фасаде, и уставни ауторитарних поредака, и уставни демократских поредака, и оних либералних, и нелибералних, илилибералних, и тако даље.

Према томе, није довољно да правосуђе буде уређено онако како каже устав на снази, па да самим тим буде ваљано и да у резултату да оно што желимо: независно судство као стуб правне државе или владавине права. Зашто то није довољно?

Зато што је овде реч о две врсте државних органа: једни су политички, а други су стручни (Лукић са Кошутићем, 1975: 129–131). Спада у азбуку теорије државе и права сазнање да су у модерној држави законодавство и егзекутива – политички органи, а да су правосудни органи – стручни. Легитимитет једних и других никако не може бити исти. И једни и други су у основи, наравно, регулисани уставом, и утолико им је *формалноправни* легитимитет у крајњој линији исти и налази се у важећем уставу. Али, стварни, *садржински* легитимитет стручни органи – што ће рећи, правосудни органи пре свих осталих – могу имати само у својој показаној, доказаној, контролабилној, контролисаној и осведоченој стручности.

Ноторно је да нема тог народног представника као појединца, нити народног представништва као целине, тј. скупа тих појединаца, који може бити *стручан за све* и који би стога (као стручан за све) могао гарантовати стручност и својим избором дати легитимитет сваком службеном лицу које улази у састав стручних органа (Лукић са Кошутићем, 1975: 126–129). То је нешто што спада у азбуку теорије легитимитета.

7 Остављајући по страни историју идеје легитимитета, која сеже чак до најстарије кинеске филозофије од пре више од хиљаду година пре наше ере, идеја легитимитета је у оквирима *модерне европске филозофије* свакако већ рођена у оквирима етичког формализма Кантове правне државе. Стога уместо многих упућивања, довољно је – као огледало *преовлађујућих схватања струке у наше време* – видети један од најцитиранијих прегледа тих схватања у Craig, 1997: 467-487, где Крејг излаже разне врсте легитимитета, прецизније, владавине права, па каже да формалну концепцију заступају Џозеф Раз, Алберт Вен Дајси и Роберто Мангаберија Унгер, а садржинску Роналд Дворкин, Сер Џон Лоз и Тревор Р.С. Алан, допуштајући и средњи пут (у новијим Разовим делима и код Џефрија Џовела).

Треба подсетити и на то да постоје још две врсте легитимитета власти, односно државних органа: легитимитет *конституисања* и легитимитет *делања*.⁸ Легитимитет конституисања односи се на начин настанка, формирања, конституисања државних органа: Стручни органи треба да се конституишу тако да процедура њиховог формирања гарантује да ће у те органе ући најстручнији, што само по себи значи да о томе не могу одлучивати нестручни људи из политичких органа. Политички органи пак конституишу се тако да процедура њиховог формирања гарантује да ће у те органе ући они који имају, тј. уживају највећу политичку подршку у датом друштву, што се показује резултатима на изборима; или пак већ дуготрајно прихваћеном традицијом, нпр. наслеђивањем одређених функција или положаја у државним органима; или можда чак харизмом, која може потиснути претходне две врсте политичке легитимације. О томе нас је поодавно поучио Макс Вебер, разликовањем традиционалног, харизматског и рационално-процедуралног легитимитета политичких носилаца власти односно политичких органа (Вебер, 1976: I/21–25, 167–238 и II/297–396).

Дакле, легитимно конституисање стручних органа није само оно које је сагласно уставним одредбама било какве садржине него је то конституисање које ће омогућити да заиста стручни, и то најстручнији људи буду у стручним органима, па и у судству и у тужилаштву наше земље.

8 Опет остављајући по страни историју ове идеје разликовања (не)легитимно конституисане власти и власти која се, пошто је конституисана, (не)легитимно врши, што је идеја која се – поводом (не)оправданости тираноубиства – разматра и у антици и у средњем веку, а свакако на почетку модерног доба (можда најпознатије, у чувеном делу *Vindiciae contra tyrannos – Одбрана слободе од тирана* из 1579. године), и овим поводом, сматрамо, треба указати само на најновија разматрања. Тако Фриц Шарпф разликује улажући легитимитет (*input legitimacy*, заправо, легитимитет конституисања), који потиче од онога ко (тј. субјекта, субјеката) и из онога шта и како (тј. критеријума и процедура) који пак заједно, у садејству, конституишу носиоце власти, док легитимитет учинковитости (*output legitimacy*, заправо, легитимитет делања) потиче од квалитета резултата и од делотворности тих носилаца власти (Scharpf, 1999; и Scharpf, 2010). Вивиен Шмит додаје овим двама врстама легитимитета и трећу, прелазну врсту – *throughput legitimacy*, пропусно-прелазни легитимитет (Schmidt, 2013: 2–22). Треба такође назначити да Уриел Абулоф разликује, с једне стране, позитивни легитимитет (у ствари, легитимитет конституисања), који говори о извору легитимности и о ономе ко је „легитиматор“, ко легитимише другога, даје легитимитет другоме, то јест носиоцима власти, и, с друге стране, негативни легитимитет (у ствари, легитимитет делања), који говори о томе шта је легитимно, то јест шта је добро а шта зло (делање) носилаца власти (Abulof, 2017: 55–79). Дакле, реч је само о употреби друкчије терминологије да се означе исте врсте легитимитета.

Легитимитет делања државних органа значи да, пошто се једном легитимно конституишу, државни органи треба потом такође легитимно – у складу с правом и моралом – да врше власт која им припада: да исправно, ваљано и одговорно врше надлежности које су им поверене, што се обезбеђује контролом њиховог рада и могућношћу позивања на одговорност уколико то не чине. Отуда следи да ни легитимитет делања државних органа не може бити идентичан у стручних и у политичких органа.

Контролу рада стручних органа и позивање на одговорност службених лица која послове из своје надлежности не врше исправно, ваљано и одговорно, тј. у складу с правом и професионалним моралом – могу обављати само такође стручни или још стручнији органи. То је контрола правоваљаности, тј. уставности и законитости њиховог рада, а унутар ње понекад и контрола целисходности тог рада, као и контрола њивог поступања у складу с професионалном етиком.

Контролу рада политичких органа и позивање на политичку и политичко-правну одговорност политичких лица за акте и послове из њихове надлежности (тј. политичке и правне акте и одлуке) могу вршити они који су их бирали у те органе и тела (народ, грађани, њихова представничка тела, каткад уставни суд или неко друго тело за контролу уставности – тамо где постоји, а каткад и нека специјална тела). То је политичка и политичко-правна контрола, односно одговорност (Лукић са Кошутећем, 1975: 126–131 *et passim*).

Правосудни органи као *стручни* органи, према томе, морају имати и један и други легитимитет: и легитимитет конституисања и легитимитет делања баш као *стручни* органи. Њих треба да формирају и надзиру стручњаци у области правосуђа и само они могу ваљано одлучивати о њиховој одговорности. Утолико су решења предложена у *Радном тексту уставних амандмана* по којима је министар правосуђа члан Високог савета тужилаца, а и надлежан је да покреће поступак за утврђивање дисциплинске одговорности, као и да предлаже разрешење носилаца правосудних функција⁹ – потпуно неприхватљива решења. Стога доследно уставно регулисање и једног и другог типа легитимитета правосудних

9 О томе вид. амандман VIII став 3 *Радног текста Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије)*: „Дисциплински поступак и поступак разрешења судија и председника судова може покренути и министар надлежан за правосуђе.“

Такође вид. и амандман XXI став 1: „Високи савет тужилаца чини једанаест чланова: четири заменика јавних тужилаца које бирају јавни тужиоци и заменици јавних тужилаца, пет истакнутих правника које бира Народна скупштина, Врховни јавни тужилац Србије и министар надлежан за правосуђе.“

органа као стручних органа посебне врсте мора – на нивоу доследно постављених уставних принципа, дефиниција и решења – у будућем уставу да омогући да сутра и у нашој правној стварности постоје оба ова легитимитета правосудних органа.

Када је реч о легитимитету политичких органа, он би, наравно, у европској Србији XXI века требало да буде рационални, а не ни харизматски нити традиционални на начин деветнаестовековне Србије. А тај рационални легитимитет подразумева не само одређене процедуре него и одређену садржину.

Сад долазимо на тешко питање односа и евентуалног међусобног утицаја политичких и стручних – посебно правосудних – органа. О том питању биће више речи одмах, при разматрању другог принципа *checks and balances*, а сада само о ономе што је у тзв. јавној расправи било површно и погрешно а највише истицано и најупадљивије. И када се поставља питање регулација односа стручних правосудних органа, с једне, и политичких, с друге стране, позивамо се најчешће на земље које имају дугу традицију и развијену правну и политичку културу. Свакако, треба се увек угледати на најбоље, али то угледање не сме да буде површно. Када је реч о томе ко бира судије у Сједињеним Америчким Државама, треба знати да је систем избора, односно именовања судија на свим нивоима (локалним, појединих држава чланица и федералном) врло разноврстан и компликован, да има веома различитих решења, као и да се о њима непрестано води дебата (Carp, Stidham, Manning, Holmes, 2017). Зато, прво, не треба сматрати да се све судије у САД бирају онако како се бирају судије за Врховни суд САД.¹⁰ И друго, такође важно, а можда и још значајније, треба знати да избор судија Врховног суда САД није резултат пуких политичких преференција Председника САД и Сената. То није тако. Кључна је оцена *стручности* кандидата (неквалификован, квалификован, веома квалификован) коју даје *American Bar Association*, мада та оцена формално-правно није ни услов, ни предлог, па ни историјско-фактички посматрано није пресудна.¹¹ Ту седе људи који су најстручнији у области правосуђа и, уопште, у области права САД и они оцењују стручност предложених и,

Такође вид. и амандман XXIII став 3: „Министар надлежан за правосуђе и Врховни јавни тужилац Србије могу покренути дисциплински поступак и поступак разрешења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца, али не могу да учествују у дисциплинском поступку, нити у поступку разрешења ако су га покренули.“

10 Осим ове управо поменуто књиге, за Врховни суд САД треба посебно вид. Ваун, 2016, а за критику федералног судства вид. Posner, 2017.

11 Поред већ наведених трију књига, вид. и *American Bar Association* (посебно одељак *Rating of judicial nominees*) у Википедији.

уопште, потенцијалних кандидата, а Председник најчешће међу тим без сумње најстручнијим од најстручнијих предлаже по свом политичком укусу некога Сенату. Према томе, Председник по правилу не предлаже судије мимо струке а камоли противно ставовима струке оличене у АБА, па тако и председничке политичке наклоности бивају евентуално изражене његовим предлогом тек као нијансе (конзервативна или пак либерална) унутар стручно неспорних. Свему томе треба додати и улогу масовних медија и јавног мњења, које није теледириговано, да би се схватило да стручност кандидата за судије Врховног суда САД далеко претеже у односу на њихову политичку подобност (конзервативци vs. либерали), а да се и не говори о очекиваној лојалности оној партији (и њеној идеологији) чијим је предлозима и гласовима судија изабран, јер је тако штогод за било ког судију непојмљиво.

Треба ли уопште наглашавати да *American Bar Association* (као удружење америчких правника пре свега с правосудним испитом, али и оних других, па и студената права) никако није исто што и Удружење правника Србије; да би правна трансплантација тог америчког решења код нас дала катастрофалне резултате; и да с правним трансплантима уопште треба бити веома опрезан? Било би добро да Удружење правника Србије стварно постоји, и то као право професионално правничко удружење, али ту тему на овом месту није могуће ваљано отворити. Ситуација у којој се налази то наше заправо непостојеће професионално удружење јесте огледало наше правне (не)културе и професионалне (не)одговорности. Треба следити најугледније и угледати се на правно и политички најразвијеније земље Европе и света, али треба најпре добро а не само површно познавати и разумевати решења која имају други и имати јасну свест и знање да се та решења не могу преносити механички.

У том смислу, укратко и о следећа два принципа:

Checks and balances је принцип којим се у оној такозваној расправи о предстојећој реформи правосуђа и о *Радном тексту уставних амандмана* најчешће оправдава посредни или непосредни утицај нашег народно-представничког тела – односно партијске већине у њему – на избор судија и тужилаца у нашој земљи. Међутим, принцип *checks and balances* уопште није неопходан за добру организацију власти у држави. Објаснимо зашто. Принцип кочнице и равнотеже (или теже и противтеже – како се још назива) јесте принцип односа између *законодавства* и *егzekutive* и може, али не мора, постојати у модерној демократској правној држави. У њој морају постојати деконцентрација власти, тј. *подела власти* на (бар) технички одвојене власти: законодавну, извршну и судску власт, као и – међу тим

(бар) трима технички одвојеним властима – *независно судство* (Лукић са Кошутићем, 1975: 183–197, посебно 185–192). Зато треба нагласити да је независно судство више од принципа организације власти: оно је *аксиом* модерне државе. Независност судства не постоји у предмодерној држави као захтев за добру организацију државне власти – ни на нивоу принципа а камоли аксиома. Ако посматрамо античке, средњовековне и модерне државе, онда запажамо да се независност судства тек у модерној држави појављује као аксиом добре организације државне власти. Однос пак између законодавства и егzekутиве и у модерној држави може бити веома различит: може бити организован на начин председничког, полупредседничког, парламентарног, конвентског (тј. скупштинског) система или као нека варијанта, односно подваријанта ових система (Марковић, 2013:176–207). Али, само у председничким, полупредседничким и парламентарним системима, као и у њиховим разним подваријантама, однос законодавства и егzekутиве јесте организован на принципу *checks and balances*, док у конвентским (тј. скупштинским) системима и њиховим разним подваријантама то није случај: у њима однос законодавства и егzekутиве *није* организован на принципу *checks and balances*, напротив, постоји јасна превласт законодавног народно-представничког тела у односу на егzekутиву. То се веома често губи из вида, а нарочито америчке колеге професори, теоретичари и практичари губе из вида швајцарски модел.¹²

Швајцарска је земља у којој однос законодавства и егzekутиве *није* организован на принципу *checks and balances*. Швајцарска има независно судство, јесте правна држава, јесте владавина права, јесте демократија, и то, наравно, модерна демократија, јесте земља конституционалне демократије, јесте по свему узорна, а није организована на принципу *checks and balances*. У односу егzekутиве и законодавства у Швајцарској постоји јасна превласт представничког тела у односу на егzekутиву. И то ништа не смета владавини права у Швајцарској. Зашто? Зато што постоји независно судство. Тај аксиом је поштован, постављен и остварен, а не принцип *checks and balances*.

Коначно, треће, правна држава и владавина права. Познато је да су те две идеје (правна држава, немачка идеја, и владавина права, англо-америчка), када су као модерне идеје настале и теоријски уобличене у

12 Поред управо помињаних уџбеничких дела Радомира Д. Лукића и Ратка Марковића, треба скренути пажњу на и данас релевантно дело Јовичић, 1984: 179–214, а од новије литературе Fleiner & Basta Fleiner, 2004; односно Fleiner & Basta Fleiner, 2009.

XIX веку, биле садржински различите.¹³ Међутим, после Другог светског рата и искуства нацизма, та два принципа правног уређења државе и друштва конвергирају, приближавају се, и имају идентичну садржину. Најједноставније објашњено, ако се данас консултују правни речници и погледа како је у њима одређена садржина идеја правне државе и владавине права, ако се данас погледају елементарна одређења појмова правне државе и владавине права у уџбеницима за почетнике, увидеће се да међу њима нема суштинске разлике.¹⁴ Међутим, ако се стане на становиште да су то и данас, као и пре Другог светског рата, два садржински различита принципа правног уређења државе, тј. владавине као вршења власти, и да сходно томе један принцип независности судства одговара правној држави, а други, другачији принцип независног судства одговара владавини права, онда се мора прихватити и становиште да је нацистичка Немачка, Немачка Трећег рајха, свакако једна од најправнијих држава на свету, ако не и најправнија држава од свих, јер је у њој све рађено по праву: Ниједан концентрациони логор није изграђен без плана и дозволе, сва одузета имовина и сви који су попаљени, поубијани, угушени – све је то чињено по законима и другим важећим прописима и све педантно пописано. То, засигурно, није и не може нигде да буде идеја правне државе на почетку XXI века, а поготово не у Европи и не у Србији. Научили смо из туђег и из сопственог искуства да правна држава и владавина права данас и убудуће морају имати суштински идентичну садржину. И научили смо да је главни стуб правне државе, тј. владавине права – независно судство, односно независно правосуђе.

И будући да су судство и тужилаштво као органи правосуђа – стручни органи, о стручности лица која треба да уђу у њихов састав и о стручности њихових већ обављених послова могу да одлучују, тј. да их стручно оцењују, само стручни правници, а не политичка лица, лаици, неправници. Где год је потребна стручност, ту одлучивање на основу принципа мајоритета, већине, и то које год, какве год, колике год већине (укључив и једногласност), не може јамчити, обезбеђивати да ће одлуке бити *исправне* ако тело које одлучује није састављено од лица *одговарајуће стручности*. Стога предложена амандманска решења конституисања Високог савета

13 Вид. о томе пре свега књиге Лидије Басте односно Едина Шарчевића наведене *supra* у нап. бр. 5.

14 Уместо многих, вид. Koetter, 2013, као и ту наведену најзначајнију новију литературу од 1969. до 2009. године о томе; литературу која је превасходно али не искључиво немачка, односно на немачком језику.

судства, Високог савета тужилаца и Врховног јавног тужиоца Србије¹⁵ нису прихватљива. Уосталом, добро је познато да ни сама модерна демократија не може да се сведе на већински принцип, принцип владавине већине, већ мора – да би се могла разликовати од охлократије, популизма и других привидно демократских а суштински ауторитарних поредака – да има и своје супстанцијалне елементе и одређења. И то такође спада у азбуку доброг организовања државе.

15 Вид. амандман I став 2 тачке 2 и 3 *Радног текста*: “[... Народна скупштина...] 2. бира и разрешава судије Уставног суда; 3. бира и разрешава Врховног јавног тужиоца Србије, пет чланова Високог савета судства и пет чланова Високог савета тужилаца,” Поред тога, вид. амандман II став 2 тачка 11: “[... Народна скупштина...] 11. бира судије Уставног суда и одлучује о њиховом разрешењу и престанку мандата,”

Уз то, вид. амандман II став 4: “Већином од три петине гласова свих народних посланика Народна скупштина бира пет чланова Високог савета судства, Високог савета тужилаца и Врховног јавног тужиоца Србије, а ако тако не буду изабрани, у наредних десет дана бирају се већином од пет деветина гласова свих народних посланика, с којом се и разрешавају.”

Посебно је занимљива одредба у амандману VII став 2: “Исто лице не може бити поново бирано за председника Врховног суда Србије.”

Јасан наум егzekутиве, као израза политичке већине у народном представништву, да оствари превласт над судством види се и у амандману VIII ставовима 2 и 3:

„Високи савет судства бира и разрешава председника Врховног суда Србије и председнике осталих судова, бира судије и судије поротнике и одлучује о престанку њихове функције, прикупља статистичке податке од значаја за рад судија, вреднује рад судија и председника судова, одлучује о премештају и привременом упућивању судија, именује и разрешава чланове дисциплинских органа, одређује број судија и судија поротника, предлаже Влади средства за рад судова у питањима из његове надлежности и одлучује о другим питањима положаја судија, председника судова и судија поротника одређеним законом.

Дисциплински поступак и поступак разрешења судија и председника судова може покренути и министар надлежан за правосуђе.“

Премада је номотехнички погрешно и лоше понављати нормативна решења унутар истог акта, Министарство правде то чини у *Радном тексту* као да жели да потврди превласт егzekутиве над судством понављајући садржину става 4 амандмана II опет у амандману IX став 2: „Народна скупштина бира пет чланова Високог савета судства на предлог надлежног одбора Народне скупштине после окончаног јавног конкурса гласовима три петине свих народних посланика, а ако тако не буду сви изабрани, преостали се у наредних десет дана бирају гласовима пет деветина свих народних посланика, иначе се изборни поступак после 15 дана понавља за онај број чланова који нису изабрани.“

Једнако су мањкава и решења садржана у: амандману X став 2; ам. XI ст. 2; ам. XII ст. 1; ам. XV ст. 1; ам. XVII ст. 1 и 2; ам. XVIII ст. 3; ам. XIX ст. 2; ам. XXI ст. 1 и 2; ам. XXII ст. 2; ам. XXIII ст. 1 и 3.

На крају, питање стручности, па и правничке стручности, по природи ствари неминовно отвара питање правничког образовања односно знања, како елементарног – факултетског (које имају сви припадници правничке заједнице), тако и стручно вишег које је гарантовано положеним правосудним испитом (а имају га припадници квалификоване правничке заједнице), али и оног највишег стручно-правничког правосудног образовања. И да је све у најбољем реду у овој области (а познато је да уопште није – чиме се нимало не умањује одговорност самог правништва за стање у правничкој струци, то јест у правничким професијама), такође је добро познато да институција која би према *Радном тексту Амандмана* требало да убудуће буде ексклузивно надлежна за формирање најстручнијих у правосуђу, наиме, Правосудна академија, никако не спада у оно што се регулише уставом, нити пак треба да буде ексклузивна институција тог типа.

Професори права, као посебан стручни део правничке заједнице у нашој земљи, део који је стога и специфично одговоран за стање и у нашем правништву и у нашем правном поретку, али и судије и тужиоци и адвокати такође, направили су већ много пропуста¹⁶ и на много шта ћутке пристали, само примерице, да у Стразбуру судија из наше земље, дакле, онај који у последњој инстанци решава о томе да ли су повређена или поштована људска права појединаца у нашој земљи, буде неко ко нема правосудни испит и не може у нашој земљи да буде судија.

Дакле, најстручније правништво у нашој земљи има посебну одговорност за правно конституисање наше земље као модерне демократије у којој влада право. Зато је укључивање у расправу о *Радном тексту Амандмана* питање професионалне одговорности, честитости, знања и савести, обавеза да се реагује на решења која се очигледно косе са знањима која спадају у правну азбуку. Ту, примерице, спада и то да акт насловљен као *Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије* правно не сме бити насловљен тако јер амандманска измена Устава захтева доношење одлуке Владе о томе, а не одлуку Министарства правде, а потом захтева и започињање одређене процедуре, која је такође изостала, тако да ће Венецијанска комисија бити у заблуди о правној природи овог текста, који пак ни садржински правна струка у Србији уопште не подржава. Гора од оволиког незнања могла би бити само намера да се на овај начин „прогурају“ ове измене Устава у области правосуђа. Но, независно од узрока (незнање или намера), последице ће за правосуђе и владавину права у Србији бити исте – злокобне.

¹⁶ О одговорности правништва за нереаговање на стање, збивања и на предлагана решења у правном поретку, али и о ретким примерима реаговања струке вид. Хасанбеговић, 2016: нарочито 123–129, 136–142; затим вид. Хасанбеговић, 2014а: нарочито 110–120.

Литература / References

Abulof, U. (2017). 'Can't buy me legitimacy': the elusive stability of Mideast rentier regimes, *Journal of International Relations and Development*. 20–1/2017: 55–79.

Актуелности – Друштво судија Србије, <http://www.sudije.rs/index.php/aktuelnosti/2017-09-25-10-54-45/349-2018-02-26-09-09-41.html>. Преузето 5. 4. 2018.

American Bar Association, in Wikipedia, https://en.wikipedia.org/wiki/American_Bar_Association. Преузето 5. 4. 2018.

Basta, L. (1982). *Anglosaksonski konstitucionalizam u teoriji i praksi – Ideja o ograničavanju i kontroli političke vlasti i njena primena u Engleskoj*, doktorska disertacija. Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Baum, L. (2016). 12th ed. *The Supreme Court*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: CQ Press – Sage.

Бољевић, Д. (2016). *Уставни суд Републике Србије и правосудна реформа*, мастер рад. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Бољевић, Д. (2014). Улога судства у успостављању правне сигурности – контроверзе и предуслови. У Васић, Р. и Крстић, И. (Прир.), *Правна сигурност у условима транзиције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 135–159.

Бољевић, Д. (2009). Поглед на реформу судства у Србији – Угрожена добра решења. *Правда у транзицији* (Београд: Тужилаштво за ратне злочине). 12: 20–23.

[Brutus, Stephen Junius], (1579). *Vindiciae contra tyrannos*. <http://www.yorku.ca/comninel/courses/3020pdf/vindiciae.pdf>. Преузето 5. 4. 2018.

Вебер, М. (1976). *Привреда и друштво*, прев. Олга и Тихомир Кострешевећ. Београд: Просвета.

Jovičić, M. (1984). *Veliki ustavni sistemi: Elementi za jedno uporedno ustavno parvo*. Beograd: „Svetozar Marković“.

Koetter, M. (2013). *Rechtsstaat and Rechtsstaatlichkeit in Germany*, <https://wikis.fu-berlin.de/display/SBprojectrol/Germany>.

Коментари Друштва судија Србије на Радни текст Амандмана на Устав РС од 8. марта 2018, http://www.sudije.rs/images/2018_03_08_Komentari_Dru%C5%A1tva_sudija_Srbije_na_Radni_tekst_amandmana.pdf. Преузето 5. 4. 2018.

Лукић, Р. Д. са Кошутећем, Б. (1975). *Увод у право*. Београд: Научна књига.

Марковић, Р. (2013). 18. изд. *Уставно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Национална стратегија реформе правосуђа за период 2013–2018. године. <https://www.mpravde.gov.rs/files/Nacionalna-Strategija-reforme-pravosudja-za-period-2013.-2018.-godine.pdf>. Преузето 5. 4. 2018.

Обавештење Удружења тужилаца о збивањима на округлом столу Министарства правде одржаном у Новом Саду 19. фебруара 2018: <http://www.uts.org.rs/aktivnosti/vesti/1440-sudije-tuzioci-advokati-napustili-javnu-raspravu-u-novom-sadu-zbog-pomocnika-ministra>. Преузето 5. 4. 2018.

Posner, R. (2017). *The Federal Judiciary: Strengths and Weaknesses*. Cambridge (MA): Harvard University Press.

Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије). <https://www.mpravde.gov.rs/files/amandmani%20za%20objavljivanje1.pdf>. Преузето 5. 4. 2018.

Радни текст Амандмана Министарства правде на Устав Републике Србије – Са образложењима (референцама Венецијанске комисије) и Уводне напомене. [https://www.mpravde.gov.rs/files/Radni%20%20tekst%20amandmana%20na%20Ustav%20Republike%20Srbije%20sa%20obrazlo%20%20Eenjima%20\(referencama%20Venecijanske%20komisije\).pdf](https://www.mpravde.gov.rs/files/Radni%20%20tekst%20amandmana%20na%20Ustav%20Republike%20Srbije%20sa%20obrazlo%20%20Eenjima%20(referencama%20Venecijanske%20komisije).pdf). Преузето 5. 4. 2018.

Scharpf, F. (1999). *Governing in Europe: Effective and democratic?* Oxford, New York: Oxford University Press.

Scharpf, F. (2010). *Community and Autonomy: Institutions, Policies and Legitimacy in Multilevel Europe*. Frankfurt am Main: Campus Verlag (Publication Series of the Max Planck Institute for the Study of Societies – Book 68).

Schmidt, V. (2013). Democracy and Legitimacy in the European Union Revisited: Input, Output and 'Throughput', *Political Studies*, 61–1/2013: 2–22.

Fleiner, Th. Basta Fleiner, L. (2009) *Constitutional Democracy in a Multicultural and Globalised World*, Berlin, Heidelberg: Springer.

Fleiner, Th. Basta Fleiner, L. (2004). 3rd ed. *Allgemeine Staatslehre: Über die konstitutionelle Demokratie in einer multikulturellen globalisierten Welt*. Berlin, Heidelberg, New York, Hongkong, London, Mailand, Paris, Tokio: Springer.

Хасанбеговић, Ј. (2016). Последњих двадесетак година демократске транзиције у оквиру нешто више од два века модернизације у Србији: Биланс без перспективе. У Вранић, Б. и Дајовић, Г. (Ур.), *Демократска транзиција Србије: (Ре)капитулација првих 25 година*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 105–145.

Хасанбеговић, Ј. (2014а). Правна сигурност у Србији у условима такозване реформе правосуђа и бриселског Споразума из 2013. У Васић, Р. и Крстић, И. (Прир.), *Правна сигурност у условима транзиције*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду. 99–121.

Хасанбеговић, Ј. (2014б). О препрекама владавине права у Срба, *Годишњак Правног факултета у Источном Сарајеву*. 1(V), 8–31.

Carp, R. Stidham, R. Manning, K. Holmes, L. (2017). 10.ed. *Judicial Process in America*. Los Angeles, London, New Delhi, Singapore, Washington DC: CQ Press – Sage.

Craig, P. (1997). Formal and substantive conceptions of the rule of law: an analytical framework, *Public Law*, 1997: 467-487.

Šarčević, E. (1991). *Begriff und Theorie des Rechtsstaats (in der deutschen Staats- und Rechtsphilosophie) vom aufgeklärten Liberalismus bis zum Nationalsozialismus*, Dissertation. Saarbrücken: Universität Saarland.

Jasminka Hasanbegović, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Belgrade

**TOWARDS THE CONSTITUTIONAL AMENDMENTS ON THE
JUDICIARY: TOWARDS THE INDEPENDENT JUDICIARY
IN SERBIA OR IN THE OPPOSITE DIRECTION**

Summary

The author presents a critical analysis of the Working Paper on the Ministry of Justice Amendments to the Constitution of the Republic of Serbia from the perspective of three constitutional principles: legitimacy, checks and balances, and the rule of law (legal state). In effect, during the purported public discussion in 2017, even before the Working paper came into light, Ministry representatives had been advancing those principles as arguments for the normative solutions that appeared in the Working paper. The aim of this article is to examine whether those three principles are relevant or irrelevant for the good judiciary and, if they are, why and in what way. Upon this analysis, the author draws a conclusion on the values of constitutional proposals that the Ministry of Justice is promoting in its Working paper.

Keywords: *Ministry of Justice Working Paper on Amendments to the Constitution in the field of the judiciary, Serbian judicature, legitimacy, checks and balances, rule of law/legal state.*

Др Драган Стојановић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878031S

UDK: 347.97/.99:342.565.2(497.11)

Раџ примљен: 08.04.2018.

Раџ прихваћен: 08.05.2018.

ДА ЛИ И КАКО РЕФОРМИСАТИ УСТАВНИ СУД?

Апстракт: Извесно је да у скорије време предстоји промена Устава Републике Србије од 2000. године. У досадашњим политичко-правним расправама и изјавама политичара, међутим, показује се да уставно правосуђе није обухваћено планираном уставном реформом која ће, бар у првом таласу доношења уставних амандмана, бити ограничена само на редовну правосудну власт. Стиче се утисак да је Уставни суд институција која не захтева никакве корекције на нивоу формалног уставног права. Наше мишљење је управо супротно овом пређутном закључивању. Закони су све лошији и очигледно неуставни, а Уставни суд се не оглашава. Не само због тога, предстојећа уставна реформа требало би, *inter alia*, да изврши темељну реконструкцију садашњег модела уставног правосуђа у свим његовим димензијама. Промена Устава би обухватила како организацију и надлежност, тако и процедуре одлучивања, као и правно дејство мериторних одлука Уставног суда. Предмет овог рада управо су питања: да ли и како реформисати Уставни суд?

Кључне речи: Уставни суд – уређење, надлежност, поступак одлучивања, дејство одлука.

1. Реформа уставног правосуђа

Као уставно правосуђе једне федералне јединице, Уставни суд је конституционализован пре више од пола века, на основу Устава од 1963. године. Установљен као уставно судство ондашње Социјалистичке Републике Србије, постојао је и деловао паралелно, поред федералног, Уставног суда Југославије. Не само због федералне државне структуре, тадашње уставно судовање углавном је следило аустријско-немачки модел уставног правосуђа. Према официјелном разумевању, сматрано је, ипак, интегралним делом скупштинског система заснованог на принципу јединства власти,

* stojand@prafak.ni.ac.rs

који је догматски само потврђивао фактички политички монопол комунистичке партије. Тиме су његове акционе могућности, у поређењу са праксом познатијих европских уставних судова, суштински биле ограничене. У уставном систему „интегралног самоуправљања“, дејство уставног судства, које би своје место свуда требало да изнађе на пресеку права и политике, једва да се осећало. Готово искључиво, Уставни суд се бавио маргиналним питањима уставног система. Тек са Уставом од 1990. године, увођењем принципа поделе власти за водећи принцип државне структуре, Уставни суд формално постаје независна и самостална институција уставне контроле. Ни за све време важења овог Устава, међутим, Уставни суд није израстао у функционално независни, делотворни орган уставне контроле који политичку власт своди у границе уставног права. Неки значајнији утицај на законодавство и извршну власт није се примећивао, јер је Уставни суд показивао много више склоности да буде лојалан владајућем ауторитарном режиму, него што је био вољан да буде лојалан само и једино Уставу. Своју контролну функцију Уставни суд је далекосежно „самоограничио“, и тиме је у потпуности компромитовао. Од критичара је био схваћен и препознат само као продужена, формално-правна рука режима.

Значајније институционалне импULSE и нову прилику, нарочито ширењем уставних компетенција, сложенијом унутрашњом организацијом и ванпланарним модалитетима одлучивања уставно правосуђе добија након доношења Устава од 2006. године. Пракса првог састава Уставног суда у овом периоду (2008–2016) постаје знатно богатија и озбиљнија, не само по броју и врсти решених уставних спорова, него и по правном квалитету, значају и домашају донетих одлука. Упадљиво је да према политичким властима Уставни суд иступа знатно оштрије.

Функционисање Уставног суда од његовог конституисања 2008. године, сагласно новом Уставу, па све до сада, дозвољава да се прилично поуздано оцени његова пракса и улога у остваривању владавине права, прецизније заштити и остваривању Устава. Ако се искључиво имају у виду најизразитији аспекти деловања уставног судовања, нормативна контрола права и одлучивање о уставним жалбама грађана, произлази најопштији закључак да су за знатније унапређивање правног квалитета уставног правосуђа делом неопходна, делом пожељна институционална кориговања положаја, уређења и задатака Уставног суда у систему заснованом на принципу поделе и равнотеже власти који је Уставом прихваћен за водећи организациони и функционални принцип државног живота. Нема сумње да је пажљивија анализа периода од десет година примене Устава и досадашња пракса уставног судовања довољна да потврди овај најопштији

закључак. Тај закључак се уосталом може наћи и код појединих чланова Уставног суда који су доста критички процењивали како институционалне оквири уставног правосуђа, тако и домете властите уставносудске праксе. Чини се да, за разлику од политичке власти, у погледу реформе уставног правосуђа постоји општа сагласност теоретичара уставног права (Упор. *Улога и значај Уставног суда у очувању влдавине права 1963–2013*, Зборник радова, Београд, 2013). Све су чешће оцене да се Уставни суд налази у великој кризи.

У погледу праваца и обухватности реформе уставног судства јединство мишљења није у тој мери присутно. Независно од тога што вероватно неће бити једно од главних питања предстојеће уставне ревизије, пожељно је да у склопу целовите реформе правосудног система одговарајуће разрешење достигну сва спорна питања начелне природе која сада евидентно оптерећују функционисање Уставног суда. Институционалне трансформације, корекција и доградња функције уставног правосуђа, мора да буде свеобухватна и „системска“. У ствари, да би се успоставили што складнији и „чистији“ односи између садашње функције уставне контроле и заштите, која је поверена Уставном суду, са другим функцијама државне власти, посебно односи са судском функцијом, који још увек нису лишени напетости и нејасноћа, али и да би се интензивирала контрола уставности закона, негде ће бити неопходне дубље негде мање радикалне уставне корекције појединих аспеката функције уставног правосуђа, почев од прешироких компетенција, потом састава и избора, уређења и организације, па све до поступка одлучивања и правног дејства одлука Уставног суда. Према томе, да би уставно судство остварило своју мисију и доиста заузело место у уставном систему које му начелно припада, ваљало би концепт уставног правосуђа преиспитати у свему.

Институционалне промене би подразумевале како делимично мењање постојећег уставног оквира, тако и одговарајуће ревидирање њему комплементарног законског уређивања функције уставне контроле и заштите. Акцент би требало свакако да буде на уставној институционалној динамици, уз задржавање и још јасније потврђивање досадашње оријентације највише рангираног права које уставно правосуђе обликује у посебну, четврту грану државне власти – независну и самосталну власт уставне контроле. Законска конкретизација би принципијелно следила, дограђивала и даље развијала целовити уставни пројект, нарочито у погледу кључних елемената процедуре одлучивања и конкретних правних последица одлука Уставног суда. Тиме би прва премиса уставног правосуђа – квалитетна институционализација – постала у свему нормативно стабилна, функционално непротивуречна, логички кохерентна и практично одржива.

2. Сужавање надлежности Уставног суда

Уставни суд сада има изузетно обимну надлежност, тако да његове компетенције знатно превазилазе стандарде европског модела уставног правосуђа. Уставотворац је претерао у „оптерећевању“ Уставног суда, нагомилавши му како задатке које уставно правосуђе нужно не мора да обавља, тако и компетенције за које је било очекивано да ће остати надлежности Уставног суда само на „папиру“. Оправдано изражавајући бојазан да ће Уставни суд бити „један од најоптерећенијих уставних судова Европе“, О. Вучић је својевремено оцењивала да је на њему „велики терет да безмало све, а велику већину поуздано, незаконитог и неуставног поступања утврди, и својим одлукама у границама својих уставних овалашћења, исправи“ (О. Вучић, 2010: 93). Ова бојазан није била претерана. Показало се да Уставни суд, функционално преоптерећен, није способан да адекватно и правовремено одговори својим широко постављеним уставним задацима. Због тога би будућа уставна реформа требало да доведе до далекосежног смањивања уставних задатака и компетенционог растерећења Уставног суда. При томе, главне компетенције уставног правосуђа биле би углавном задржане, али у најнужнијем обиму. Само језгро уставне надлежности образовале би апстрактна и инцидентна нормативна контрола права и одлучивање о уставним жалбама појединаца. Свакако, уставна листа компетенција Уставног суда била би и надаље затворена, тако да се не би могла проширивати законом.

Правило је да уставни судови оцењују само уставност подзаконских аката, тако да испитивање њихове законитости није њихова универзална надлежност. Најчешће ову оцену дају редовни судови према систему ексцепције незаконитости (*exceptio illegalis*), одлучујући о приговору незаконитости подзаконског акта, као прејудиционом питању. Важећи Устав је пошао другим путем, установљавајући монопол Уставног суда не само у контроли уставности, него и у оцени законитости нормативних аката. Све генералне правне норме начелно се могу подвргнути уставној контроли, независно од њиховог ранга, како са аспекта њихове конформности Уставу, тако и у погледу њихове супротности закону. Овај монопол снажно потврђује члан 63 Закона о Уставном суду, када судовима опште и посебне надлежности намеће обавезу, ако се у поступку који се пред њима води постави питање сагласности неког општег акта са законом, да застану са својим поступањем и покрену поступак пред Уставним судом. Тиме је практично одузето право редовним судовима да самостално врше оцену законитости подзаконских аката, али је зато Уставни суд сада оптерећен решавањем хипотетичких и мање значајних уставних спорова, који би могли да се окончају ексцепцијом незаконитости. Како је реч о спроведбеним прописима којима се,

иначе, не могу изворно прописивати права и обавезе физичких и правних лица, њихово изузимање од апстрактне уставносудске контроле не би се суштински одражавало на квалитет и обим уставне заштите права и слобода грађана, нити би битније утицало на стање уставности и законитости. За Уставни суд се садашњи модел апстрактне оцене уставности подзаконских прописа показује само као згодан начин за побољшање своје статистике решених уставних спорова. Резултати контроле законитости би могли озбиљније да се вреднују једино под условом да је оцена законитости прописа захтевана инцидентно, дакле, од редовних судова, или бар поводом уставних жалби, као претходно питање. Апстрактно решавање спорова о законитости подзаконских прописа једва да иде даље од непотребног губљења времена. Пренатрпан иницијативама за испитивање подзаконских аката Уставни суд нема довољно времена и енергије за решавање „крупних“ уставних спорова. Уосталом, посматрано са начелног становишта, док је идеја уставне контроле права везана за гарантовање супремације права уставног ранга, дотле је обухватна заштита законитости домен редовног правосуђа.

До правог растерећења Уставног суда дошло би, дакле, ако би се у склопу уставне контроле норми, својој најважнијој надлежности, Уставни суд заустављао на оцени уставности, било апстрактно било инцидентно, пре свега, међународног уговора, закона и уредбе, док би се оцена законитости општих аката примењивала само инцидентно, поводом судијског предлога. Апстрактна оцена законитости, поводом иницијативе појединаца, била би искључена. То значи да би се испитивање законитости прописа или других општих аката прелиминарно препустила редовном, односно управном правосуђу, које би било овлашћено на примењивање института ексцепције противзаконитости (*exceptio illegalis*). У спорном правном случају редовни суд би морао непосредно да примењује закон, али не обавезно и спорни подзаконски акт. Позивом на незаконитост, његова примена може да буде одбијена. Уколико је, дакле, питање законитости подзаконског акта прејудицијално, а није могуће да се конкретни спор успешно реши непосредном применом закона или ако суд није спреман и одлучан да самостално реши ово претходно питање, редовни суд би био овлашћен, било самостално, било преко највише судске инстанце, да поводом инцидентног случаја покрене уставносудски поступак. Тих случајева вероватно не би било сувише, јер подношење судског предлога подразумева дужи прекид поступка.

Да покретањем уставносудског поступка редовни суд не би ризиковао да повреди право на суђење у разумном року, судске предлоге у овом смислу треба прогласити захтевима за хитно одлучивање. У датом случају

одлука Уставног суда би морала да падне у веома кратком року који се не мери месецима, него недељама.

С друге стране, када је спорна законитост подзаконског прописа прејудиционо питање, које је решавано тако што је подзаконском пропису ускраћена примена, или ако је суд одбио да призна подзаконском акту својство прејудицијалности, појединцу би био отворен други правни пут – уставна жалба. Није искључено, дакле, да судски акт, односно интерпретација суда којом је одбијена примена подзаконског акта буде претходно преиспитана у поступку по уставној жалби у којој је постављена тврдња да је неоснованом ексцепцијом противзаконитости или одбијањем прејудицијалности повређено Уставом гарантовано право на правично суђење. Разуме се, због задржавања монопола Уставног суда у оцењивању уставности права, овлашћење судова опште и посебне надлежности на ексцепцију противуставности закона или уредбе било би и надаље ускраћено. У случају да има озбиљну сумњу у уставност закона, суд би увек морао да прекине поступак и тражи одлуку Уставног суда. Према томе, за разлику од строге везаности судских одлука за Устав, закон и потврђени међународни уговор, суд не би требало да буде везан прописом за који налази да није донет на основу закона, односно да није у складу са законом.

Пракса Уставног суда је показала да превентивна контрола уставности закона нема никаквог смисла, ако већ постоје апстрактна и инцидентна контрола њихове уставности. Она никада није ни била примењена, што је такође, уз њено лоше нормативно уређивање, додатни аргумент да се одбаци из система уставне контроле. Уосталом, ни сама уставна теорија није била нимало одушевљена њеним увођењем (упор. Ђурић, 2007: 386, Пејић, 2008: 753, Петров, 2010: 130, Ненадић, 2009: 77). Уколико се, међутим, жели задржавање неког облика *a priori* контроле норми, онда би несумњиво могло да има рационално оправдање једино претходно испитивање уставности међународног уговора, дакле, оцењивање уставности међународног уговора пре окончања поступка парламентарне ратификације.

Када је реч о осталим компетенцијама Уставног суда, нема разлога да се не задржи постојеће уставно решење по коме о законитости избора за општа представничка тела у свему принципијелно одлучује управно правосуђе. Једино ако решавање изборног спора укључује непосредно одлучивање о заштити субјективног изборног права, односно одлучивање о непосредном стицању, задржавању или одузимању општег представничког мандата, могао би да се призове Уставни суд, али не у самосталном

(инстанцијом) поступку, него путем уставне жалбе. У овом случају изборни спор би индиректно могао да буде обухваћен заштитом Уставом гарантованог изборног права наводно повређеног одлуком Управног суда. С друге стране, због посебног значаја и политичке деликатности одлучивања о парламентарном мандату, слично широко примењеном упоредном решењу, Уставом би требало предвидети посебну жалбу не само против одлуке Народне скупштине у вези са потврђивањем мандата народних посланика, него и против сваке одлуке највишег представничког тела којом се утврђује престанак мандата народног посланика. Без обзира што није представничка функција, сличним разлозима се може правдати задржавање посебне жалбе Уставном суду на престанак судијске или тужилачке функције.

Са одлучивањем о забрани деловања удружења, верске заједнице или синдикалне организације необјашњиво је проширен домен надлежности Уставног суда. Ова одлука уставотворца није наишла на одобравање правне теорије, која сматра, скоро без изузетка, да би било далеко боље да се уставотворац ограничио само на уставносудско испитивање деловања политичких партија, док би правна оцена деловања и забрана других удружења отишла у домен виших инстанци редовног, односно управног судства (Д. Стојановић, 2016: 71). Уставни суд би једино могао, у поступку по уставној жалби, да испитује одлуку суда о забрани удружења, искључиво са становишта повреде Уставом гарантованог права на слободу удруживања, односно забрани верске или синдикалне организације са становишта уставних граница слободе вероисповести и синдикалне слободе.

Деловање политичких странака, као институција уставног живота, с једне, и деловање „обичних удружења“, од којих већина нема политички карактер, с друге стране, не може да се изједначава. Противуставно деловање политичких партија које примењују или пропагирају насилна, борбена средства за освајање државне власти само по себи јесте озбиљна опасност која оправдава предузимање радикалних мера државе, као и одговарајуће укључивање Уставног суда у одбрани демократског и државноправног поретка. Мера забране деловања и распуштања политичке партије, уколико је чињенично оправдана, неопходна и сразмерна опасности коју би требало да отклони или предупреди, представља адекватан одговор, *ultima ratio* демократског поретка на покушаје за његовим насилним мењањем или укидањем. Такав степен друштвене опасности тешко може да постоји код осталих удружења, не спорећи да њихови циљеви или деловање могу да буду у озбиљном сукобу са кривичним законом и уставним поретком.

Када је реч о осталим уставним споровима који би се налазили на коначној листи надлежности, одлучивање о уставним жалбама би остало у пуном обиму компетенција Уставног суда, с тим што би, као и нормативна контрола права, требало да буде знатно потпуније уређено највише ранжираним правом. Правно дејство одлуке Уставног суда по уставној жалби такође би требало да буде регулисано Уставом. Посебан тип уставне жалбе била би „комунална тужба“, тј. заштита Уставом гарантованих права јединица локалне самоуправе, општина и градова. Преостале компетенције Уставног суда, као што су решавање сукоба надлежности и одлучивање о повреди Устава од стране председника Републике, остале би, мање-више у непромењеном обиму, и надаље искључива надлежност уставног правосуђа.

3. Јачање независности Уставног суда и положаја његових чланова

Уставни суд је свуда и свагда замишљен као самостална и независна уставна власт. Не може се спорити да самосталност Уставног суда, његов независни положај у систему заснованом на подели и равнотежи власти, као и стварна и лична независност његових чланова имају и данас снажну потврду и јемства важећег Устава. То не значи, међутим, да нема потребе за додатним уставним гаранцијама које ће још више нагласити и оснажити његову независну, самосталну и политички неутралну позицију, како у вези са његовим саставом и начином избора његових чланова, тако и у погледу његове унутрашње организације и могућих „техника“ одлучивања. У правној теорији су ове гаранције јасно препознате (Упор. Стојановић, 2016: 110–134; Ненадић, 2012).

Начелно посматрано, састав Уставног суда, број његових чланова и дужина њиховог мандата углавном одговарају стандардима европских уставних судова. То не би могло да се тврди за уставну могућност да се деветогодишњи судијски мандат обнови. Уместо што се Уставом дозвољава поновни избор, тј. обнављање мандата, рационалније је повећати дужину мандата, на пример, на 12 година. Супротно строго правном карактеру функције судије Уставног суда, која није и не сме да буде политичка функција, могућност да једно лице може бити бирано или именовано за судију Уставног суда два пута дозвољава реалним да судија обавља први мандат на начин за који верује да ће му обезбедити његово поновно добијање. Лојалност Уставу тада може, и обично јесте, у другом плану. Уз дужи мандат могла би да иде и нешто виша старосна доб, на пример, најдуже до 70 година живота, за навршетак радног века судије Уставног суда.

У садашњем избору чланова Уставног суда на одговарајући начин учествују све три гране државне власти, бирајући свака од њих трећину његовог састава, тако да је начин избора и конституисања Уставног суда на први поглед у складу са принципом поделе власти. За сваки избор, независно од тога да ли се бира цео састав Суда или се попуњава само једно упражњено судијско место, неопходно је да изборни предлог садржи имена двоструко већег броја кандидата од броја судија које треба изабрати. Овом правилу које јасно произлази из Уставом одређеног начина избора судија Уставног суда може се замерити што је из утврђивања предлога или избора који врши Народна скупштина, а то је заправо две трећине састава Уставног суда, практично искључена парламентарна мањина. Да би се гарантовао и њен утицај на избор судија Уставног суда неопходно је да се у Народној скупштини избор судија, односно утврђивање предлога за избор судија Уставног суда врши квалификованом већином. Тиме би за већински састав Уставног суда који одређују политички државни органи био неопходно потребан консензус парламентарних група у Народној скупштини. Иста већина била би потребна и за случај доношења одлуке о разрешењу судије Уставног суда. На овај начин добио би значајно на снази услов да кандидат за судију Уставног суда буде доиста „истакнути“ правник.

Извесно да је за први, али још више за актуелни састав Уставног суда, испуњеност овог услова прилично олако прихватана од парламентарне већине. Практично, захтев да се 15 година има радно искуство у правној струци узимао се довољним за констатацију да је кандидат стварно „истакнути“, познати и признати правни стручњак. У стварности, без обзира што формално нису чланови владајуће политичке странке, чини се да поједина лица изабрана за судије Уставног суда више дугују за свој избор неким недокучивим политичким радњама, а далеко мање изванредним, личним стручним и моралним квалитетима. Из њихових објављених биографских података презентираних Народној скупштини тешко се може прихватити да је реч о „истакнутим“ правним стручњацима. Ако је неко непознат не само најширој јавности, него је, независно од вишегодишњег правног искуства, потпуни „анонимус“ у правничкој струци, дакле, непознато име, како у правној теорији тако и правној пракси, онда је тиме главни уставни услов за избор, због прешироког разумевања, потпуно дискредитован. С друге стране, додатни генерални услов да са сваке предложене листе бар један од изабраних кандидата мора да буде са територије аутономних покрајина може да буде у још напетијем односу са општим, стручним условима за избор судија Уставног суда. Независно од тога, овај услов наговештава некакав „федералистички акценат“ ове институције. Зато би од њега требало одустати.

Када је реч о начину на који судска власт бира, односно именује трећину састава Уставног суда, посматрано са начелног становишта, њему се може посебно приговорити. Општа седница Врховно касационог суда не би требало да буде везана предлогом ниједног другог уставног органа, па ни садашњег Високог савета судства и Државног већа тужилаца. У саставу ових органа налазе се формално истакнути представници законодавне и извршне власти, тако да њихов утицај на утврђивање предлога сада може бити од пресудне важности. Судска власт мора да поседује уставно овлашћење да потпуно самостално и независно одреди „своју“ квоту чланова Уставног суда. Уколико из састава Високог савета судства, односно Државног већа тужилаца, наговештеном променом Устава, буду искључени чланови политичких државних органа, онда ће отпасти и овај приговор.

Начелно је прихватљиво уставно решење по коме судија Уставног суда не може да врши било коју другу јавну или професионалну функцију нити посао. Изузетку који је Уставом допуштен – професура на правном факултету – може се, међутим, замерити да принципијелно није довољно одређен, јер на правним факултетима постоје и ванправни предмети или наставни предмети који се само (мањим) делом могу сматрати правним. Тиме што је препуштено закону да прецизно одреди шта обухвата „професура на правном факултету“ заправо је дато овлашћење законодавцу да суштински одреди одступање од начела инкомпатибилности, односно стварни домаћај уставне норме о сукобу интереса. Закон о Уставном суду на који Устав овде упућује под „професуром на правном факултету“ сматра обављање наставе на факултету у звању редовног или ванредног професора, што је само делимично конкретизовање уставне норме. Један овакав изузетак, међутим, мора у свему да буде одређен Уставом. То би се једноставно учинило тако што би Устав декларисао функцију судије Уставног суда спојивом са редовном (и ванредном) професуром права на универзитету.

4. Уређење и облици одлучивања

Устав је у свему препустио закону да постави уређење Уставног суда, уреди поступак и утврди правно дејство његових одлука. У погледу начина одлучивања једина је уставна норма да Уставни суд доноси одлуке већином гласова свих судија Уставног суда. Неспорно је, међутим, да постоји непосредан однос између норме о начину одлучивања Уставног суда и његове структуре, тачније уређење Уставног суда мора бити такво да обезбеђује уставом прописани начин одлучивања. Поједини од доказано успешних начина решавања ових питања у европским моделима уставног

правосуђа, нарочито одлучивање преко ужих тела, типа одбора и малих већа, делују сасвим прихватљиво и представљају рационални пут јачања функционалне способности уставног судства.

Док је према изворној редакцији Закона о Уставном суду увек одлучивано на пленарној седници Суда, изменама закона од 2011. године далекосежно су промењени унутрашње устројство и начин одлучивања Уставног суда. Сада постоје три облика одлучивања Уставног суда: одлучивање на седници Уставног суда, одлучивање на седници Великог већа и одлучивање на седници Малог већа. Прва два облика су примењена за мериторно одлучивање, док се трећа солуција спроводи само за доношење процесних одлука којима се одбија покретање поступка или се поступак окончава без доношења мериторне одлуке. По једном мишљењу које било заступано и од појединих судија Уставног суда установљавање Великих и Малих већа супротно је уставној норми која прописује начин одлучивања Уставног суда. Према овом гледишту, целокупни састав Уставног суда мора бити у прилици да одлучује о било којој одлуци Уставног суда, па ма то била само процесна одлука. Мероводна уставна норма о одлучивању Уставног суда тумачи се крајње рестриктивно. То значи да, без обзира на околност да Велико веће увек одлучује према принципу једногласности, чиме је формално испуњен уставни захтев да свака одлука Уставног суда мора да буде прихваћена већином од укупног броја судија, остаје ипак чињеница да је одлучивањем Великог већа заправо ускраћена могућност за седам судија да учествују у доношењу одлуке. Нико не може, међутим, па ни законодавац, да ускрати право сваком судији да учествује у доношењу било које мериторне одлуке Уставног суда, по некима чак ни одлуке процесне природе. Ову аргументацију, међутим, сам Уставни суд није прихватио, налазећи да се код тумачења уставне норме о начину одлучивања Уставног суда не треба заустављати на њеном најужем значењу. Уско вербалној интерпретацији супротстављена је екстензивна циљна интерпретација одговарајуће уставне норме. Ако се, међутим, екстензивнијом или уставноконформном методом тумачења одлучивање Великог већа ипак може довести у склад са Уставом, дотле се у случају одлучивања Малог већа може једино тврдити да његови закључци о окончању поступка не представљају материјалне одлуке Суда, те се не могу сматрати одступањем од уставног правила о већини неопходној за доношење одлука. Ипак, како би се отклониле све недоумице о начину одлучивања Уставног суда, Устав би требало да предвиди било овлашћење за законодавца да може установљавати посебан претходни поступак за одлучивање о захтевима којима се покреће уставносудски поступак било да експлицитно установи одлучивање путем Великих и Малих већа у Уставном суду. Њихов састав, делокруг и начин одлучивања уређивао би се законом.

5. Рационализација уставног поступка

Устави се ретко упуштају у уређивање поступка пред Уставним судом, тако да је поступање ове институције готово у свему законски резерват. Свуда је обавезни изузетак одређивања субјеката који могу да ставе у покрет механизам уставног контроле и одлучивање о уставним жалбама. Оба начина покретања нормативне контроле које Устав сада предвиђа, предлог и иницијатива, оспорена су, не само у доктрини, него и мишљењем појединих чланова самог Уставног суда. Чини се да и један и други начин активирања уставне контроле норми захтевају преобликовање већ на нивоу уставног права. Иницијатива је прешироко постављена. Како се без било каквих услова може усмерити против свих општих аката, практично је изједначена са петицијом коју грађани могу у свако доба да упуте јавним властима. Уколико се, међутим, жели оријентација уставног правосуђа ка решавању стварних и озбиљних сукоба генералних норми са Уставом, а не решавање само хипотетичких спорова, онда би досадашњу иницијативу од права свакога да захтева нормативну контролу било које генералне норме требало преобликовати у формални индивидуални предлог којим се покреће нормативна контрола, али само против оних нормативних аката којима се непосредно додирује субјективна правна позиција. Индивидуални предлог би био прихватљив једино ако постоји стварни правни интерес за нормативном контролом. То би значило да појединац може да захтева нормативну контролу само под условом да нормативни акт, закон или уредба, непосредно делује према њему, без доношења појединачног акта, дакле, да непосредно и садашње задире у његова права, правне интересе и правни положај. Општи акти који не развијају такво непосредно правно дејство индиректно би се могли оспоравати у поступку одлучивања о уставној жалби, тако што би се о њиховој уставности одлучивало као о претходном питању.

Други начин покретања нормативне контроле, тј. предлог државних органа, односно органа територијалне аутономије и локалне самоуправе, укључујући предлог који потиче од парламентарне мањине, остао би задржан у садашњем уставном облику, али са посебним издвајањем овлашћења судова на иницирање конкретне (инцидентне) нормативне контроле. Закону би било препуштено да диференцира органе и тела која располажу генералним овлашћењем од оних субјеката који могу да имају само специјално овлашћење на покретање поступка нормативне контроле, било у случају да су им повређена властита Уставом гарантована права било да се питање уставности инцидентно постави у поступку који се пред њима води.

Трећи начин покретања поступка нормативне контроле када Уставни суд *ex officio* покреће поступак био би задржан, али само уз резерву прејудицијалности, дакле, једино за случај решавања претходног питања. Тиме би, *inter alia*, претходно одлучивање Уставног суда о уставности општег акта у поступку по уставној жалби такође имало експлицитан уставни основ.

У законском обликовању уставносудског поступка, посебно нормативне контроле и поступка по уставним жалбама, далеко већу релевантност би требало да добије јавна расправа. Већи број јавних расправа би несумњиво јачао ауторитет одлука Уставног суда. Повећање броја предмета за чије расправљање Уставни суд организује јавну расправу значило би сразмерно унапређивање и повећање домашаја начела јавности у поступању Уставног суда, с једне, али и јачање процесне позиције учесника поступка, с друге стране. Неприхватљиво је да Уставни суд највише једном годишње држи јавну расправу, без обзира на предмет уставног спора. Код оцене уставности закона, било по предлогу државних органа било по индивидуалном предлогу, одлука би, по правилу, морала да следи после одржане јавне расправе, осим ако учесници од ње изричито не одустану или ако о спорном правном питању већ постоји стална пракса Уставног суда. *Mutatis mutandis* исти принцип би важио у случају касације пресуде Врховног касационог или Апелационог суда у поступку одлучивања по уставним жалбама, уз додатни одступајући случај када се касацијом судске одлуке извршавају одлуке Европског суда за људска права, односно следи његова стална пракса.

6. Прецизирање правног дејства одлука Уставног суда

Функција уставног правосуђа не може да се претпоставља нити да се тумачењем изводи из класичне судске функције. Није случајно што се од бројних ауторитета због своје специфичне природе сматра четвртом граном власти (Упор. Вучић, 2010: 21). Да би правни ефекти уставносудске контроле били потпуно јасни и неспорни, неопходно је да се већ самим уставом опише њена правна моћ и прихвати касаторно деловање одлуке уставног суда према актима законодавне и судске власти. Док је однос уставног правосуђа и законодавне власти мање-више сада неспоран, дотле се однос уставног према редовним судовима још увек показује као изузетно деликатна, понегде и крајње сложена правна ситуација, како са начелног и правно-догматског, тако још више са становишта праксе. Данас се принципијелно више нигде не доводи у питање правна моћ уставног правосуђа да испитује однос закона према уставу, потом да стави ван снаге, анули-

ра опште одлуке законодавне власти. У пракси нормативне контроле једино може бити спорно до које мере се уставни суд својим новим стилем интерпретације, нарочито интерпретативним одлукама, може удаљавати од своје традиционалне улоге „негативног законодавца“. Та правна моћ према одлукама судске власти, дакле, појединачним судским одлукама, пресудама или решењима, прихвата се са много више опреза, уз значајне резерве, уколико је уопште прихваћена.

Одлука Уставног суда, без обзира да ли погађа општи или појединачни акт, обавезујућа је за орган који је тај акт донео. У складу је са циљем уставне контроле да спорни акт, због своје супротности Уставу, престаје да важи. За законодавца или другог доносиоца нормативног акта настаје обавеза, уколико се остаје при намери да се општим актом уреди спорни друштвени однос или постоји дужност да се то учини, да предузме усклађивање општег акта са Уставом. С друге стране, ако је касиран судски акт који вређа основна права, за суд постоји дужност да донесе други појединачни акт који ће у свему поштовати Уставом гарантована права. Поступање по одлуци Уставног суда увек претпоставља, дакле, стављање ван снаге, касацију било општег било појединачног акта. Разлика је у томе што се у једном случају касација нормативног акта Устав изричито предвиђа, док се касација појединачног акта логички и функционално може претпостављати као намеравани циљ уставотворца који је предвидео уставну жалбу. Касација судског акта је логична последица и рационални пут који води делотворном остваривању циља уставне контроле судских одлука. Уколико Уставни суд не би имао могућности да поништи судски акт, онда би његова констатација, односно одлука да је тим актом повређено Уставом гарантовано право изгубила како својство извршности, тако и опште обавезујуће дејство. Тиме би Уставни суд био стављен у једну потпуно неодрживу позицију, бар у вршењу ове надлежности, да поступа као једно саветодавно тело. Но, имајући у виду још увек велико неповерење судова према одлукама Уставног суда којима се поништавају пресуде редовних судова, што има за последицу и својеврсну „тиху опструкцију“ њиховог извршења, било би рационално када би се Уставом експлицитно потврдило касаторно дејство одлуке Уставног суда којом се усваја уставна жалба.

7. Закључни осврт

Уставно правосуђе у Србији захтева извесну институционалну доградњу у свим његовим димензијама. Уставна реформа би требало да обезбеди растерећење Уставног суда и његову оријентацију ка решавању „крупних“ уставних спорова, пре свега, сужавањем његових уставних компетенција,

да још више ојача самосталност Уставног суда и независни положај његових чланова, да рационализује поступак уставне контроле и процеса одлучивања, али и да прецизно одреди његов однос према законодавној, извршној и судској власти, нарочито да јасно утврди правно дејство одлука како у нормативној контроли тако и поводом уставних жалби. Квалитетан и конзистентан уставни и законски оквир, опсежне институционалне гаранције, једна је од одлучујућих премиса уставног правосуђа, али свакако није сама по себи довољна за оптимално деловање Уставног суда у остваривању функције уставне контроле и заштите. И онда када уставна решења прати квалитетан закон о Уставном суду, главни задатак остаје на самом Уставном суду и његовом свагдашњем саставу. Једино од њега самога зависи разумевање и начин остваривања функције уставне контроле који ће значити такође отклањање свих или бар већине недостатака у раду Уставног суда због којих се уставно правосуђе с правом критикује, како у доктрини тако и широј стручној јавности. У којој мери ће уставно правосуђе задржати своју лојалност према Уставу, да ли ће бити у стању да се одупре притисцима извршне власти који га воде ка политичком промишљању и делању, да ли ће правовремено и без тенденциозног одуговлачења реаговати на сва кршења Устава без обзира од кога она долазе, да ли ће изградити властиту доктрину људских права коју ће следити сви органи стварања и примене права, да ли ће побољшати свој интерпретациони стил и да ли ће доиста постати „суд обичних људи“ – све то зависи од свагдашњег састава Уставног суда. Одговарање овим и другим захтевима кроз које се преламају мисија, значај и перспектива Уставног суда пресудно ће, дакле, да зависе од персоналног потенцијала самог Суда, професионалне способности, моралне чврстине и интелектуалне снаге његових чланова.

Литература/References

- Вучић, О. (2010). *Уставни судови бивших југословенских република*, Београд.
- Ђурић, Вл. (2007). *Устав и међународни уговори*, Београд.
- Ненадић, Б. (2012). *О јемствима независности уставних судова*, Београд.
- Ненадић, Б. (2008). „О контроли уставности међународних уговора“, *Правна ријеч*, (Бања Лука). Бр. 18.
- Пејић, И. (2008). „Уставни суд и контрола уставности међународних уговора“, *Правни живот*, Бр. 14, 741–756.
- Стојановић, Д. М. (2016). *Уставно правосуђе/Уставно процесно право*, Ниш.

Стојановић, Д. М. (2017). *Уставно судство/Уставни суд Србије*, Ниш.

Зборник радова: *Улога и значај Уставног суда у очувању владавине права 1963–2013*, Београд, 2013.

Dragan Stojanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

SHOULD THE CONSTITUTIONAL COURT BE REFORMED AND HOW?

Summary

The heralded constitutional amendment does not seem to encompass the constitutional judiciary, notwithstanding the fact that the Constitutional Court is in a major crisis. For a number of reasons, the forthcoming constitutional reform should include a fundamental reconstruction of the present model of the constitutional judiciary in all its dimensions. The changes to the Constitution should encompass not only the organization and jurisdiction of the Constitutional Court but also the decision-making procedures and the legal effect of the Constitutional Court meritory decisions. In essence, the Constitutional Court should be regulated as the fourth branch of government.

The competences of the Constitutional Court should be significantly narrowed, and reduced to the normative control of international treaties, laws and regulations, as well as deciding on constitutional complaints. Thus, the Constitutional Court would focus on the timely resolution of “real” constitutional disputes. The independence of the Constitutional Court and the independent position of the judiciary should be institutionally reinforced by introducing more stringent conditions for the appointment/election of judges, which would guarantee the genuine political neutrality of the Constitutional Court as an institution and the impartiality of the Constitutional Court judges. The Constitution should validate the complex internal structure of the Constitutional Court and the existing decision-making processes, and provide for the rationalization of the constitutional court procedure. It is also necessary to specify the legal effect of the Constitutional Court decisions, especially constitutional complaints, which would lead to establishing clear relations with the regular judicial power. Thus, qualitative institutionalization, as the first premise of constitutional judicature, would become normatively stable, functionally non-controversial, logically coherent and practically sustainable.

Key words: *Constitutional Court, Competences, Constitutional Review Procedure, Constitutional Court Decisions.*

Др Зоран Радивојевић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

Др Весна Кнежевић Предић,*
Редовни професор Факултета политичких наука,
Универзитет у Београду

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878047R

UDK: 341.242.22(4-672EU)
Раd примљен: 07.03.2018.
Раd прихваћен: 27.03.2018.

ПОСТУПАК ЗАКЉУЧИВАЊА УГОВОРА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ СА ТРЕЋИМ ДРЖАВАМА И МЕЂУНАРОДНИМ ОРГАНИЗАЦИЈАМА**

Апстракт: После ступања на снагу Лисабонског уговора поступак закључивања међународних уговора Европске уније са трећим државама и међународним организација претрпео је значајне промене. Најзначајнију новину на процедуралном плану представља успостављање редовног поступка којим су обухваћени готово сви споразуми ЕУ са трећим субјектима. Према слову Лисабонског уговора, овај поступак подразумева фазе преговора, потписивања споразума и доношење одлуке о закључивању споразума. За закључивање споразума чији предмет искључиво или претежно спада у област заједничке спољне и безбедносне политике предвиђено је неколико одступања од јединствених правила процедуре. Истом одредбом оснивачког уговора регулисани су поступци за измене и допуне и суспензију споразума на снази, као и поступак правосудне контроле споразума који тек треба да буду закључени. Изван редовне процедуре остала су два посебна поступка који се односе на закључење споразума у области заједничке трговинске политике и споразума о курсу евра у односу на валуте држава нечланица. На институционалном плану као најважнији актери у поступку закључивања уговора ЕУ појављују се Савет, Комисија и Европски парламент. Централно место у свим врстама уговорне процедуре задржао је Савет који одлучује о свим битним

* zoranr@prafak.ni.ac.rs

* vesna.knezevicpredic@fpn.bg.ac.rs

** Раd је припремљен у оквиру пројекта „Политички идентитет Србије у регионалном и глобалном контексту“ бр. 179079, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

питањима везаним за ток и исход уговорног процеса. Комисија је остала главни, али не више искључиви иницијатор и преговарач у уговорном процесу, јер се као нови учесници у тој улози, зависно од предмета уговора, појављују Високи представник за спољне послове и политику безбедности и Европска централна банка. Европски парламент ојачао је своју позицију у поступку закључења уговора, посебно кроз повећање броја случајева у којима је његов пристанак неопходан за доношење коначне одлуке о закључењу споразума. Значајан положај у овом поступку има и Суд правде ЕУ, чији је задатак да контролише сагласност споразума са оснивачким уговорима пре него што буду закључени.

Кључне речи: *Европска унија, закључење уговора, редован поступак, посебни поступци, иницијатива, преговори, потписивање, измене и допуне, суспензија, правосудна контрола.*

1. Увод

Међународни уговори Европске уније (даље: ЕУ) представљају израз сагласности воља ове организације (самостално или заједно са њеним државама чланицама), са једне стране, и неког субјекта међународног права (треће државе или међународне организације), са друге стране, којом уређују своје међусобне односе у области која чини предмет регулисања са циљем да створе одређена права и/или наметну одређене обавезе. До момента када правила садржана у уговору постану „закон за стране уговорнице“ (*pacta sunt servanda*) потребно је предузети читав низ корака оличених у једностраним правним актима ЕУ и њених будућих уговорних партнера који у својој укупности творе процес правног настанка уговора. Отуда је закључење уговора ЕУ резултат сложеног поступка, састављеног од неколико фаза, које свака за себе имају посебан значај и за које су везане одређене правне последице (Радивојевић, 1996:228).

Свака међународна организација самостално уређује процедуру закључивања међународних уговора својим интерним прописима. Тим правилима ближе се регулише свака фаза у поступку који води закључењу уговора, учешће различитих органа у овом процесу, као и њихова овлашћења за предузимање одређених радњи. Кад је реч о ЕУ, пре Лисабонског уговора нису постојале јединствене одредбе о поступку закључења међународних уговора. Поред процедуре закључења уговора у оквиру првог стуба која је била најпотпуније регулисана путем опште одредбе¹, постојали су посебни поступци прописани за закључење уговора

1 Чл. 300 (ранији чл. 228) Уговора о Европској заједници (даље: УЕЗ), измењен Уговором из Нице.

у областима заједничке спољне политике и политике безбедности (даље: ЗСППБ или други стуб) и полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима (трећи стуб)².

Након ступања на снагу Лисабонског уговора нестаје стубовска структура и ЕУ се конституише као јединствени субјект међународног права. Иако област ЗСППБ и даље задржава своје особености (Радивојевић, Кнежевић-Предић, 2011: 28–31), овај уговор је створио везе између ње и преосталих области спољног деловања и ЕУ у целини. Једну од тих веза у процесном смислу представља јединствени поступак закључивања међународних уговора, односно тзв. редовна или општа процедура³. У оквиру те процедуре предвиђено је и неколико одступања од општих правила приликом закључења уговора чији предмет у целини или претежним делом спада у област ЗСППБ⁴.

Поред редовне, Лисабонски уговор је прописао и две посебне процедуре које се односе на релативно уске области деловања ЕУ. Конкретно, реч је о закључењу споразума у области заједничке трговинске политике⁵ и споразума којима се уређује курс евра према другим валутама⁶. Коначно, одредбом о редовној процедури посебно је регулисан поступак правосудне контроле уставности споразума који ЕУ тек намерава да закључи⁷, као и поступци за измену, допуну⁸ и суспензију⁹ споразума који су на снази, док је и даље остало отворено питање процедуре која се примењује у случају престанка међународних споразума.

2. Редовни поступак

Према слову оснивачког уговора, редовни поступак закључивања уговора обухвата следеће фазе: преговоре, потписивање споразума и доношење одлуке о закључивању споразума.

2 Чл. 24 (ранији чл. Ј.14) и 38 (ранији чл. К.10) Уговора о ЕУ (даље: УЕУ), измењен Уговором из Нице.

3 Чл. 218 Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ).

4 Ставови 3, 6 и 9 чл. 218 УФЕУ.

5 Чл. 207 УФЕУ.

6 Чл. 219 УФЕУ.

7 Став 11, чл. 218 УФЕУ.

8 Став 7.

9 Став 9.

2.1. Преговори

Предлог да се започну преговори подноси Комисија или Високи представник за спољне послове и политику безбедности (даље: Високи представник) ако се предмет будућег уговора односи искључиво или преваходно на ЗСППБ. Предлог се у форми препоруке упућује Савету. Са своје стране Савет доноси одлуку којом одобрава отварање преговора за закључење одређеног споразума и истовремено именује преговарача или шефа преговарачког тима, ако је реч о мешовитим споразумима¹⁰.

До ступања на снагу Лисабонског уговора Комисија се појављивала као искључиви преговарач. Према новом решењу чини се да је њена позиција знатно ослабљена, будући да је Савету остављена већа слобода одлучивања јер се именовање преговарача везује за „предмет предвиђеног споразума“. Ипак, треба подсетити да је оснивачким уговором управо Комисији, изузимајући област ЗСППБ и друге случајеве који су изричито предвиђени, поверен задатак да обезбеђује спољно представљање ЕУ¹¹. Отуда би ово ново решење ваљало схватити као намеру да се истакне улога Високог представника као преговарача у закључивању уговора који у целини или претежно спадају у област ЗСППБ, док би за уговоре из других области, изузимајући мешовите споразуме, улога преговарача нормално припадала Комисији (Lenaerts, Nuffel, Bray, Cambien, 2011: 1027).

Савет је овлашћен да усвоји директиве које преговарач или шеф преговарачког тима треба да следи током преговора. Поред тога, Савет може именовати посебан комитет који ће учествовати у вођењу преговора¹². Директиве упућене преговарачу нису правно обавезујуће, већ имају само оријентациони карактер. Међутим, с обзиром на централну улогу Савета у процесу закључења уговора, преговарач ће настојати да у потпуности или највећим делом удовољи утврђеним директивама (Blumann, Dubouis, 2010: 393). У супротном, постоји опасност да Савет не одобри потписивање споразума или не донесе одлуку о закључењу споразума. Савет је, наравно, овлашћен да у сваком моменту током преговора измени или допуни усвојене директиве (Jasqué, 2012: 491).

С друге стране, именовање посебног комитета који учествује у преговорима несумњиво негативно утиче на аутономију преговарача и ставља га у позицију да истовремено преговоара „на два фронта“: са државом нечланицом или међународном организацијом и са комитетом, односно посредством њега са Саветом (Schütze, 2012: 209). Ипак, сматра

10 Ставови 2 и 3.

11 Став 1, чл. 17 УЕУ.

12 Став 4, чл. 218 УФЕУ.

се да пракса формирања комитета има своје добре стране јер укључује Савет у саме преговоре и значајно умањује ризик да овај орган одбије да одобри потписивање нацрта уговора о коме су се сагласили преговарач и трећа страна. Тиме се првенствено штити позиција државе нечланице или међународне организације, али, у крајњој инстанци, и кредибилитет ЕУ у процесу уговорног регулисања односа са другим субјектима међународног права.

Европски парламент формално не учествује у преговорима за закључење уговора. Међутим, према изричитој одредби Лисабонског уговора Парламент се „одмах и у путпуности информише о свим фазама процедуре“¹³. Ова одредба ствара неку врсту обавезе за Комисију и Савет да обавештавају Парламент о току преговора. Садржина те обавезе ближе је уређена међуинституционалним споразумима и аранжманима, као и Пословником о раду самог Европског парламента. Тако је Комисија преузела дужност да обавештава Парламент о припремама за вођење преговора и о току самих преговора. Те информације се на поверљив начин упућују надлежном парламентарном комитету¹⁴. Са своје стране Савет је прихватио обавезу да одговарајући комитет обавести о намери да отвори преговоре, а постоји могућност да тим поводом Парламент одржи дебату и усвоји одговарајуће закључке¹⁵. Према Пословнику о раду, Парламент може захтевати да Савет не одобри отварање преговора док му не саопшти свој став о предложеном преговарачком мандату. Исто тако, може усвајати препоруке које Савет узима у обзир пре него што одговарајући међународни споразум буде закључен¹⁶. Ставови и препоруке Парламента у току преговора нису правно обавезујући за Комисију и Савет, али могу имати значајан утицај у оним случајевима где се споразум у питању не може закључити без његовог пристанка (Hartley, 2014: 188).

2.2. Потписивање споразума

Када се током преговора постигне сагласност о садржини споразума, приступа се усвајању његовог текста. Према уобичајеној пракси Комисија или други овлашћени преговарач након окончања преговора парафирају текст нацрта споразума и о томе подносе извештај Савету (Isaac, Blanqu-

13 Став 10, чл. 218 УФЕУ.

14 Framework Agreement on Relations between the European Parliament and European Commission of October 20, 2010, *Off. Journal of the EU*. L 304/47.

15 Овај међуинституционални аранжман познат је под називом Luns-Westerterp поступак и до сада никада није званично објављен. Видети: Working document on the Luns Westerterp Procedure. Committee on External Economic Relations. PE 62.937, 8. 2. 1980.

16 Ставови 3 и 4, чл. 108 Пословника о раду Европског парламента.

et, 2012: 261). У том извештају се истовремено предлаже потписивање споразума. Савет на основу тога доноси одлуку о потписивању споразума, именује потписника у име ЕУ и, ако је неопходно, усваја одлуку о привременој примени уговора пре његовог ступања на снагу¹⁷.

Као потписник споразума у име ЕУ обично се појављује председавајући Савета, док се код споразума који су више техничке природе као потписник именује представник Комисије (Simon, 2001: 285). Уколико је, пак, реч о споразумима који искључиво или претежно спадају у домен ЗСППБ, као овлашћени потписник делује и Високи представник.

Оснивачки уговори ЕУ не регулишу питање функције потписа и правног дејства потписаног споразума. У том погледу се право ЕУ ослања на правила међународног уговорног права која познају две врсте процедуре у којима потпис има различиту улогу. Код првог, поједностављеног поступка потписивање уговора истовремено представља метод за аутентификацију текста уговора и начин за изражавање коначног пристанка на обавезивање уговором. Према другој процедури (тзв. свечани поступак), потписивање уговора има искључиво аутентификациону функцију, тј. установљење дефинитивног текста уговора који се више не може мењати, док је за коначно обавезивање неопходна накнадна акција, односно акт органа који је носилац права на закључење уговора (Радивојевић, 1996: 240–241).

Ослањајући се на ова правила, потписивање споразума може се сматрати начином дефинитивног обавезивања ЕУ само у случајевима када је Савет самим актом којим је дозволио потписивање донео одлуку о закључивању споразума, чиме је у исто време изразио сагласност да се њиме обавезе (Isaac, Blanquet, 2012: 261). У свим осталим ситуацијама потпис је средство аутентификације текста споразума након чега је увек потребно да Савет донесе одлуку о закључењу споразума која има значај изражавања коначног пристанка на обавезивање споразумом. Из тога произилази да потписани споразум нема правно дејство нити ствара права и обавезе за будуће уговорне стране.

2.3. Одлука о закључивању споразума

Након потписивања Савет доноси одлуку о закључивању споразума на предлог преговарача. Ова одлука представља неку врсту пандана установи ратификације уговора од стране држава (Blumann, Dubouis, 2010: 395). Оснивачким уговорима није прописана посебна форма за одлуку о закључивању споразума. У ранијој пракси она се редовно усвајала у облику

17 Став 5, чл. 218 УФЕУ.

регулативе (Jacqué, 2012: 493) док данас има форму одлуке без навођења адресата коју Савет доноси у име Уније (Isaac, Blanquet, 2012: 262).

Право на доношење одлуке о закључењу споразума генерално спада у надлежност Савета. Осим овог органа, ниједна друга институција ЕУ не може пуноважно закључивати међународне уговоре. Само у малом броју случајева право на закључење споразума административне природе може бити поверено Комисији или Високом представнику као овлашћеним преговарачима. Такви изузеци изричито су предвиђени оснивачким уговором у погледу регулисања сарадње у односима са другим међународним организацијама¹⁸ и Протоколом о привилегијама и имунитетима кад је реч о признавању путних докумената које издаје ЕУ (*laissez-passer*) у трећим државама¹⁹.

Савет самостално доноси одлуку о закључивању споразума само уколико његов предмет искључиво спада у домен ЗСППБ. У осталим случајевима тој одлуци претходи изјашњавање Парламента, било као пристанак за закључење уговора или као необавезујуће мишљење. Пристанак Парламента се захтева када се закључују: споразуми о придруживању; споразум којим ЕУ приступа Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода; споразуми којима се, кроз поступке сарадње, ствара посебан институционални оквир; споразуми који производе значајне буџетске последице за Унију; споразуми који спадају у области у којима се примењује редовни законодавни поступак или посебан законодавни поступак у коме се захтева пристанак Парламента²⁰.

Оснивачки уговор не прописује у којој фази поступка Савет мора да затражи пристанак од Парламента. У хитним случајевима Европски парламент и Савет могу утврдити рок за давање пристанка²¹. Како је овде у питању инструктивни, а не преклузивни рок, изостанак пристанка Парламента по истеку рока не даје право Савету да закључи споразум (Hartley, 2014: 188). Према томе, претходни пристанак Парламента представља процедуралну претпоставку за ваљаност одлуке Савета о закључивању споразума.

Парламент одлуку о давању пристанка доноси већином гласова на основу извештаја надлежног комитета. Том приликом се препоручује да предлог комитета буде у целости прихваћен или одбијен тако да није допуштено подношење амандмана. Уколико је Парламент одлучио да ускрати свој

18 Чл. 220 УФЕУ.

19 Чл. 7 Протокола.

20 Став 6, тачка а), чл. 218 УФЕУ.

21 Последња реченица става 6, тачка а), чл. 218 УФЕУ.

пристанак, председник обавештава Савет да споразум у питању не може бити закључен²².

У свим осталим случајевима закључења споразума код којих није потребан пристанак Парламента Савет има обавезу да са овим органом обави консултације²³. Мишљење Парламента није обавезујуће, али се у сваком случају мора затражити пре закључења споразума. Оснивачки уговори, такође, не одређују у ком тренутку Савет треба да се обрати Парламенту са захтевом за давање мишљења. У хитним случајевима Савет може одредити рок у коме Парламент треба да достави своје мишљење. За разлику од давања пристанка, овај рок није ствар међусобног договора ова два органа, већ га једнострано одређује Савет. Друга разлика се огледа у правним последицама неизјашњавања Парламента. Наиме, ако Парламент у прописаном року не достави своје мишљење Савет може пуноважно да приступи одлучивању о закључењу споразума²⁴. Парламент своје мишљење усваја већином датих гласова. Оно није обавезујуће за Савет који може закључити споразум супротно мишљењу Парламента.

Пристанком или мишљењем не исцрпљују се сва овлашћења које Парламент ужива у фази поступка која претходи доношењу одлуке о закључењу споразума. Од посебног је значаја, показаће се у пракси, раније поменута одредба која твори неку врсту резидуалног права Парламента да буде „одмах и потпуно информисан о свим фазама процедуре“²⁵. То право односи се на поступак закључење свих уговора ЕУ, укључујући и споразуме из домена ЗСППБ.

Као што се могло очекивати, Парламент је искористио своју активну легитимацију у поступку оцене законитости одлука Савета како би посредством Суда правде искристалисао домашај својих овлашћења у процесу закључења уговора. Конкретни поводи за тужбе Парламента биле су одлуке Савета о закључивању споразума са Маурицијусом (2011. године)²⁶ и Танзанијом (2014)²⁷. у оквиру војне операције *ATA-LANTA* предузете од стране поморских снага ЕУ (*EUNAFOR*) у циљу заштите бродова Светског програма за храну од напада пирата са обала Сомалије. Тим споразумима регулисани су услови и облици премештаја лица осумњичених за извршење дела пиратерије у наведене две државе

22 Став 7, чл. 108 Пословника о раду Европског парламента.

23 Став 6, тачка б), чл. 218 УФЕУ.

24 Последња реченица става 6, тачка б), чл. 218.

25 Став 10, чл. 218 УФЕУ.

26 Case C-658/11 *Parliament v. Council - Piracy Agreement* (2014).

27 Case C-263/14 *Parliament v. Council - Piracy Agreement II/Tanzania* (2016).

ради истраге и суђења. Одлуку о њиховом закључењу Савет је донео не тражећи претходно сагласност или мишљење Европског парламента, јер је сматрао да је реч о споразумима који се искључиво односе на област ЗСППБ (Радивојевић, 2017: 343).

Као један од разлога ништавости ових одлука у тужбама је наведена повреда права Парламента да одмах и потпуно буде информисан о свим етапама поступка закључења међународних споразума²⁸. У случају споразума са Маурицијусом Савет је обавештење Парламенту упутио после протека више од три месеца од доношења одлуке о његовом закључењу²⁹, док је код споразума са Танзанијом то закашњење износило девет дана³⁰.

У својој пресуди Суд је овај тужбени захтев прихватио као основан и поништио спорне одлуке због пропуста Савета да благовремено обавести Парламент о закључењу ових споразума. Том приликом он је нашао да се право Парламента да буде одмах и потпуно информисан односи на процес закључења свих међународних уговора, укључујући и споразуме који искључиво спадају у област ЗСППБ³¹.

Савет своје одлуке у свакој фази поступка закључивања уговора доноси, по правилу, квалификованом већином. Једногласност се захтева само у изричито предвиђеним случајевима, а то су: када споразум спада у област у којој се једногласност захтева за доношење интерних аката Уније; за споразуме о придруживању; за споразуме о економској, финансијској и техничкој сарадњи са државама које су кандидати за чланство у ЕУ из чл. 212 УФЕУ; за споразум о приступању ЕУ Конвенцији за заштиту људских права и основних слобода код кога се, као додатни захтев за ступање на снагу одлуке о приступању, захтева да је све државе чланице одобре у складу са својим уставним прописима³².

3. Посебни поступци

Поред редовне процедуре, Лисабонски уговор прописује још два посебна поступка који се односе на закључење уговора у жим областима деловања ЕУ, а то су заједничка трговинска политика и девизни курс евра у односу на валуте трећих држава.

28 Чл. 218, став 10 УФЕУ.

29 Case C-658/11, para.79.

30 Case C-263/14, para. 57.

31 Case C-658/11, paras. 69–73.

32 Став 8, чл. 218 УФЕУ.

3.1. Закључивање трговинских споразума

Посебност поступка закључења трговинских споразума³³ испољава се кроз овлашћења која имају три институције ЕУ као главни актери у том процесу. У фази преговора Комисија има јачу позицију него код редовне процедуре. Према слову оснивачког уговора Комисија подноси препоруку Савету да започне преговоре за закључивање трговинског споразума. Савет овлашћује Комисију да води преговоре, а у току преговора обе институције воде рачуна о усаглашености споразума о коме се преговара са политикама и унутрашњим прописима Уније³⁴. Из овог текста јасно произилази да је Комисији поверена улога јединог овлашћеног предлагача и преговарача у процесу закључења трговинских споразума (Eeckhout, 2012: 197). Без иницијативе Комисије Савет не би могао да донесе одлуку о отварању преговора. Исто тако, он није слободан да овласти неког другог за вођење преговора, будући да је као преговарач за ову врсту споразума наведена само Комисија.

Као посебно ограничење о коме се мора водити рачуна приликом преговора предвиђено је да међународни споразуми из области заједничке трговинске политике не могу утицати на поделу надлежности између ЕУ и држава чланица нити могу довести до хармонизације закона и других прописа држава чланица у случајевима у којима таква хармонизација није предвиђена оснивачким уговорима³⁵.

Кад је реч о одлучивању у Савету, задржано је правило да се одлуке о вођењу преговора и закључењу споразума из домена заједничке трговинске политике доносе квалификованом већином. Једногласно одлучивање изричито се захтева само у случају преговора и закључивања следећих врста споразума из ове области; споразума који се односе на трговину услугама, трговинске аспекте интелектуалне својине и директна страна улагања када они спадају у области у којима је за усвајање унутрашњих аката потребна једногласност у Савету; споразума који се односе на трговину у културним и аудиовизуелним услугама уколико постоји опасност да се њима угрози културна и језичка разноликост Уније; споразума који се односе на трговину социјалним, образовним и здравственим услугама ако постоји ризик да се њима угрози организовање пружања ових услуга

33 Овај поступак заправо представља својеврсни *lex specialis* у односу на редовну процедуру која се као *lex generalis* примењује изузев оних одредаба које су са њом неспојиве. Сам чл. 218 прецизира да ће његове одредбе важити и за закључење ове врсте споразума „не дирајући у посебне одредбе из чл. 207 УФЕУ“.

34 Став 3, чл. 207 УФЕУ.

35 Став 6.

на националном нивоу и доведе у питање одговорност држава чланица за пружање таквих услуга³⁶.

Код ових споразума Европски парламент има јачу позицију у фази преговора у поређењу са редовном процедуром. Оснивачким уговором изричито је прописано да Комисија редовно обавештава комитет који је именован Савет и Европски парламент о оствареном напретку у преговорима³⁷. Међутим, за разлику од поменутог комитета са којим се Комисија консултује, таква обавеза није предвиђена у односу на Парламент чиме њему званично није омогућено да утиче на сам ток преговора (München-Oxford, 2015: 761). С друге стране, сматра се да ће сагласност Европског парламента бити неопходна за доношење одлуке Савета о закључењу трговинских споразума (Lenaerts, Nuffel, Bray, Cambien, 2011: 1034). Ово право, без обзира што није изричито наведено у тексту оснивачког уговора, недвосмислено произилази из две његове одредбе (Eeckhout, 2012: 203): посебне која предвиђа примену редовног законодавног поступка за усвајање интерних мера у области заједничке трговинске политике³⁸ и опште која захтева сагласност Парламента за одлуку о закључењу свих споразума који покривају области у којима се примењује редовни законодавни поступак³⁹.

3.2. Закључивање споразума о курсу евра

Други посебан поступак односи се на закључивање споразума о курсу евра у односу на валуте држава нечланица⁴⁰. Особеност овог поступка испољава се како у фази преговора, тако и приликом доношења одлуке о закључењу споразума. У оба случаја централна улога поверена је Савету, док се као нови учесник појављује Европска централна банка (Eeckhout, 2012: 200).

Када постоји потреба да се закључи споразум са трећим државама или међународним организацијама у монетарној области, Савет доноси одлуку о почетку преговора на препоруку Комисије и после консултовања Европске централне банке. Та одлука се доноси квалификованом већином, с тим што у гласању учествују само представници држава чланица чија је валута евро⁴¹. Истом одлуком одређују се аранжмани за вођење преговора и именује преговарач. Ови аранжмани морају да осигурају јединствени

36 Став 4.

37 Став 3.

38 Став 2, чл. 207 УФЕУ.

39 Став 6, тачка а), в), чл. 218 УФЕУ.

40 Чл. 219 УФЕУ.

41 Чл. 138, став 3 УФЕУ.

став Уније у преговорима⁴². Преговарач не мора увек да буде Комисија (Isaac, Blanquet, 2012: 264), већ се та функција може се поверити Европској централној банци или члану Савета (München-Oxford, 2015: 796). Европски парламент не учествује у преговорима чак ни у консултативној улози. Комисија, и онда када није преговарач, мора да буде у пуној мери укључена у преговоре.

После завршетка преговора Савет на препоруку Европске централне банке или на препоруку Комисије и после консултовања са Европском централном банком закључује формалне споразуме о курсу евра у односу на валуте трећих држава. Одлуку о закључењу споразума Савет доноси једногласно, али овај пут након консултовања Европског парламента. Закључени споразуми интерно обавезују само државе чланице чија је валута еврo⁴³.

4. Поступак правосудне контроле уставности споразума

Циљ овог поступка је да се спречи могућност да Унија закључује споразуме који не би били сагласни са одредбама оснивачких уговора, али и да онемогући државе чланице да се уплићу у надлежност ЕУ (Hartley, 2014: 189). Тиме треба да се предупредe могуће компликације у вези са правним споровима између ових субјеката око компатибилности споразума која Унија намерава да закључи са одредбама њеног оснивачког уговора (Радивојевић, Кнежевић-Предић, 2016: 199).

Овлашћење да покрену поступак правосудне контроле имају само државе чланице, Европски парламент, Савет и Комисија⁴⁴. Наведени субјекти имају право, али не и обавезу да затраже спровођење контроле. Пошто је покретање овог поступка факултативно, надлежне институције Уније би могле ваљано приступити закључењу споразума и без претходног обраћања Суду.

Оснивачким уговором није прописано у којој фази поступка овлашћени субјекти треба да затраже оцену усклађености намераваног споразума од Суда. Па ипак, превентивна природа овог поступка налаже да се оно затражи свакако пре него што је Унија изразила свој коначни пристанак да буде везана споразумом. Обраћање Суду може да уследи у сваком стадијуму процедуре закључења споразума који претходи том тренутку, почевши од подношења препоруке овлашћених субјеката Савету да се приступи закључењу споразума и његове одлуке да одобри отварање преговора и

42 Чл. 219, став 3 УФЕУ

43 Став 1.

44 Чл. 218, став 11 УФЕУ.

именује преговарача, преко фазе преговора и потписивања споразума, па све до момента када Савет после пристанка или консултовања са Европским парламентом приступи доношењу одлуке о закључењу споразума (Радивојевић, 2008: 26). Према становишту Суда, захтев за оцену компатибилности изгубио би своју сврху уколико је споразум у међувремену закључен и постао обавезујући за ЕУ. У том случају Суд ће одбити да одговори на захтев уз образложење да је у питању већ закључени споразум⁴⁵.

Лисабонски уговор оставља, такође, отворено питање да ли Суд може да оцењује „уставност“ међународних споразума који се желе закључити уколико њихов предмет спада искључиво или превасходно у области ЗСППБ. Мишљења о томе су подељена у правној доктрини (Сарета, 2009: 107). На једној страни се тврди да је надлежност Суда по слову Лисабонског уговора изричито искључена из области ЗСППБ у односу на питања регулисана одредбама из тог подручја, али и за акте који се на основу њих доносе⁴⁶. У прилог надлежности Суда, пак, говори чињеница да се међународни споразуми који у целости или претежно спадају у домен ЗСППБ закључују по јединственој, редовној процедури која се примењује на готово све споразуме ЕУ. Могућност тражења оцене сагласности споразума који се тек намерава закључити с оснивачким уговором може се сматрати саставним делом те јединствене процедуре без обзира на конкретан предмет његовог регулисања (Tridimas, 2004: 121).

Иако до сада од стране овлашћених субјеката ниједном није затражена оцена „уставности“ међународног споразума који се намеравао закључити у оквиру ЗСППБ, Суд правде је у неким другим случајевима показао недвосмислено опредељење да успостави овај вид надлежности. Од посебног значаја су два раније поменута случаја у којима је Суд право Парламента да буде „одмах и потпуно информисан о свим фазама процедуре“ третирао као део јединствене процедуре закључења свих уговора, укључујући и конкретне споразуме о трансферу пирата са Маурицијусом и Танзанијом склопљене у домену ЗСППБ⁴⁷. По истој логици могло би се закључити да и давање мишљења о усаглашености споразума који се намерава закључити са оснивачким уговорима представља облик јединствене надлежности Суда којом је обухваћен сваки нацрт споразума, без обзира на област деловања ЕУ у коју искључиво или претежно спада његов предмет.

45 Opinion 3/94 *GATT-WTO-Framework Agreement on Bananas* (1995).

46 Видети став Суда у случају 181/73, *R. & V. Haegeman v. Belgian State* (1974).

47 Case C-658/11 *Parliament v. Council - Piracy Agreement* (2014).

Резултат поступка контроле „уставности“ споразума који се намеравају закључити јесте одлука Суда која носи назив „мишљење“, али је заправо обавезујуће и производи одређене правне последице за све субјекте права ЕУ. Уколико је мишљење позитивно, институције Уније могу наставити и окончати поступак закључења намераваног споразума, укључујући доношење пуноважне одлуке којом се изражава дефинитивни пристанак Уније да њиме буде везана.

Негативно мишљење Суда, тј. одлука да намеравани споразум није компатибилан са оснивачким уговорима, може различито да утиче на исход поступка његовог закључивања. Према изричитој одредби Лисабонског уговора споразум неће ступити на снагу уколико се сами оснивачки уговори не измене у складу са за то предвиђеном процедуром⁴⁸. Процес закључења споразума, дакле, налазиће се у фази мировања све док траје поступак за ревизију оснивачког уговора. Управо због сложености, дуготрајности и неизвесности овог поступка друга последица негативног мишљења Суда може да буде одлука институција Уније да једноставно не покрену ревизиону процедуру. У том случају оне ће потенцијалне уговорне патнере обавестити о својој намери да одустану од закључења споразума (Радивојевић, Кнежевић-Предић, 2016: 201) чиме се поступак неуспешно окончава.

Трећи могући исход, који изричито предвиђа оснивачки уговор, састоји се у измени текста самог споразума у складу са примедбама изнетим у мишљењу Суда (Lenaerts, Maselis, Gutman, 2014: 560). Овом приликом поступак се враћа у почетну фазу преговора, па ће бити потребан нови пристанак треће државе или међународне организације са којима Унија жели да закључи споразум за редиговање и утврђивање његовог коначног текста.

5. Поступци за измену, допуну и суспензију споразума

Одредбом о редовном поступку регулисана су још два питања у вези са применом закључених споразума ЕУ. Прво од њих односи се на поступак усвајања измена и допуна уговора који су на снази. У овом случају прописан је изузетак од правила по коме је једино Савет надлежан да изрази пристанак ЕУ да буде везана међународним споразумом. Према изричитој одредби, Савет може овластити преговарача (обично Комисију) да, у име ЕУ, одобрава измене уколико је споразумом предвиђено да се такве измене усвајају према поједностављеној процедури или од стране тела које се образује таквим споразумом. Савет, при том, може утврдити

48 Чл. 218, став 11 УФЕУ.

посебне услове за поверавање таквог овлашћења преговарачу⁴⁹. Сврха ове одредбе је да се избегне сложена и дуготрајна процедура која укључује учешће већег броја органа у оним случајевима када суштина и домашај амандмана не захтевају нити оправдавају њену примену (Koutrakos, 2015: 154).

Друго питање се односи на поступак у случају суспензије међународних споразума. Одлуку о обустави примене доноси Савет на предлог Комисије или Високог представника⁵⁰. Иако одредбе оснивачког уговора то изричито не прописују, претпоставка је да и овде важи опште правило о разграничењу овлашћења између Високог представника и Комисије у погледу иницијативе за закључење споразума (Dashwood, Dougan, Rodger, Spaventa, Wyatt, 2011: 938). Практично то значи да ће Високи представник бити овлашћен да предложи суспензију само оних споразума који „искључиво или превасходно“ спадају у област ЗСППБ, док ће у осталим случајевима то чинити Комисија.

Парламент формално није укључен у поступак одлучивања о суспензији споразума упркос томе што му је кроз давање пристанка или мишљења оснивачким уговорима поверена значајна улога у фази која претходи њиховом закључивању. Одсуство Парламента добрим делом се може објаснити спољнополитичком природом акта којим Савет привремено обуставља примену међународних уговора (Eeckhout, 2012: 209) и потребом да се убрза процес одлучивања у овом органу о том осетљивом питању. Сматра се да би учешће Парламента у том поступку вероватно успорило и продужило доношење одлуке о суспензији (Koutrakos, 2015: 155). Па ипак, он није потпуно искључен из поступка одлучивања о суспензији споразума, јер има право да о таквој одлуци буде одмах и потпуно информисан (Blumann, Dubouis, 2010: 396).

Лисабонски уговор не садржи правила о поступку који се примењује у случају отказивања или код других начина престанка међународних споразума. Поводом овог питања у доктрини су предлагана различита решења. По једном гледишту на престанак споразума треба применити исти поступак који је прописан за случај привремене обуставе његовог дејства (Schütze, 2012: 212). Друго је мишљење да су овде релевантна општа правила међународног уговорног права која регулишу начине за окончање дејства међународних уговора. Највећи број присталица има схватање, засновано на принципу паралелизма, по коме се на престанак међународних споразума примењу иста правила која важе за поступак

49 Став 7.

50 Став 9.

њиховог закључења (Eeckhout, 2012: 209). Савет је у пракси приликом отказивања споразума од стране ЕУ следио поступак коришћен за његово закључивање (Медовић, 2009: 92, 196).

6. Закључак

После реформе спроведене Лисабонским уговором, поступак закључења међународних споразума ЕУ са трећим државама и међународним организацијама претрпео је значајне промене на процедуралном плану које истовремено одражавају измене институционалног баланса. Кад је реч о процедури, најзначајнију новину свакако представља успостављање јединственог, редовног поступка закључења међународних уговора. Унификацијом поступка обухваћени су готово сви споразуми које ЕУ закључује са трећим субјектима, укључујући и споразуме који искључиво или претежно спадају у област ЗСПБП. Они су сада подвргнути општим правилима поступка уз мањи број изричито прописаних одступања.

Изван домаћаја редовног поступка остали су и то само једним делом споразуми закључени у области заједничке трговинске политике и споразуми о курсу евра у односу на валуте држава нечланица. Изузимање трговинских споразума вероватно је последица разлика које и даље постоје у подели надлежности између држава чланица и ЕУ у односу на трговину појединим категоријама услуга и комерцијалне аспекте интелектуалне својине. С друге стране, прописивање посебног поступка за споразуме о девизном курсу евра у односу на монете трећих држава проистекло је из потребе да се обезбеди јединствени став Уније у овој области, као и чињенице да у одлучивању о њиховом закључивању учествују, те су овим споразумима интерно везане само државе чланице чија је валута евро.

На институционалном плану Савет је и после ступања на снагу Лисабонског уговора очувао доминантан положај у свим фазама поступка закључења међународних уговора ЕУ са трећим субјектима. Овај орган остао је и даље *primitus* приликом одлучивања о свим битним питањима везаним за ток и исход уговорног процеса, почевши од отварања и начина вођења преговора, преко давања овлашћења за потписивање текста споразума, све до изражавања коначног пристанка на обавезивање споразумом. Са своје стране Комисија је задржала улогу искључивог преговарача само код споразума који се закључују у области заједничке трговинске политике. У осталим случајевима она се појављује као главни, али не више и као једини иницијатор уговорног процеса и преговарач у том поступку. Према новом решењу, преговарач у име Уније одређује се у зависности од предмета споразума. Стога се као нови актери у овој улози појављују

Високи представник, Европска централна банка или шеф преговарачког тима кога из реда својих чланова одређује Савет.

Европски парламент је значајно ојачао своју позицију у поступку закључења уговора, па се може сматрати највећим „нето“ добитником реформе извршене Лисабонским уговором. Истина, то се у мањој мери односи на његову формалну улогу у току преговора, која се своди само на право да буде одмах и потпуно обавештен о свим етапама поступка закључења уговора, а много више на овлашћења која овај орган има у завршној фази која претходи доношењу коначне одлуке Савета о закључењу споразума. Пристанак Парламента, поред раније прописаних случајева, сада се захтева код закључења свих споразума који се односе на области у којима се на интерном плану примењује законодавни поступак, као и за приступање Европској конвенцији о људским правима. У осталим случајевима овај орган мора бити консултован пре него што споразум буде закључен. Изузетак представљају споразуми чији предмет искључиво спада у домен ЗСППБ код којих се Парламент за своје резидуално право да буде информисан о свим фазама њиховог закључења изборио уз помоћ Суда правде.

Литература/References

Blumann, C. Dubouis, L. (2010). *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Paris: LexisNexis

Case C-658/11 *Parliament v. Council - Piracy Agreement* (2014) ECLI:EU:C:2014:2025.

Case C-263/14 *Parliament v. Council - Piracy Agreement II/Tanzania* (2016) ECLI:EU:C:2016:435.

Ćapeta, T. (2009) *Sudska zaštita u Europskoj uniji nakon Lisabonskog ugovora*. U: Rodin, S. Ćapeta, T. Lang, I. G. (ur.). *Reforma Europske unije: Lisabonski ugovor*, Zagreb: Narodne novine. 89–118.

Eeckhout, P. (2012). *EU External Relation Law*. Oxford: Oxford University Press.

European Union Treaties. *Treaty on European Union. Treaty on the Functioning of the European Union*. (2015). In Geiger R. Khan, D.-E. Kotzur, M. (eds.). München-Oxford: Beck-Hart Publishing.

Framework Agreement on Relations between the European Parliament and European Commission of October 20, 2010. *Official Journal of the European Union*. L 304/47.

Hartley, T. (2014). *The Foundations of European Union Law*. Oxford: Oxford University Press.

- Isaac, G. Blanquet, M. (2012). *Droit général de l'Union européenne*. Paris. Sirey.
- Jacqué, J. P. (2012). *Droit institutionnel de l'Union européenne*. Paris : Dalloz.
- Koutrakos, P. (2015). *EU International Relations Law*. Oxford and Portland: Hart Publishing.
- Lenaerts, K. Maselis, I. Gutman, K. (2014). *EU Procedural Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Lenaerts, K. Nuffel, P. V. Bray, R. Cambien, N. (2011). *European Union Law*. London: Sweet & Maxwell.
- Медовић, Б. (2009). *Међународни споразуми у праву Европске уније*. Београд: Службени гласник.
- Opinion 1/75 *Draft Understanding on a Local Cost Standard drawn up under the auspices of the OECD* (1975) ECR 1360.
- Opinion 3/94 *GATT-WTO-Framework Agreement on Bananas* (1995) ECR I-4577.
- Радивојевић, З. Кнежевић-Предић, В. (2016). *Институционални механизам Европске уније после Лисабонског уговора*. Ниш: Пунта.
- Радивојевић, З. Кнежевић-Предић, В. (2011). *Нова архитектура Европске уније. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1(XLV). 11-37
- Радивојевић, З. (2017). *Правосудна контрола заједничке спољне и безбедносне политике Европске уније. Правни живот*. 14. 427-442.
- Радивојевић, З. (2008). *Индириктна и саветодавна надлежност Европског суда правде. Правни живот*. 14. 5-28
- Радивојевић, З. (1997). *Уговори међународних организација у савременом међународном праву*. Ниш: СКЦ
- Schütze, R. (2012). *European Constitutional Law*. Cambridge: Cambridge University Press
- Simon, D. (2001). *Le système juridique communautaire*. Paris. Presses universitaires de France
- Tridimas, T. (2004) *The ECJ and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?*, In: Tridimas, T. Nebbid, P. (ed.). *EU Law for 21st Century: Rethinking the New Legal Order*. Oxford: Hart Publishing. Vol.1. 118-134.

Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Vesna Knežević-Predić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Political Science, University of Belgrade

PROCEDURE FOR CONCLUSION OF EU TREATIES WITH THIRD STATES AND INTERNATIONAL ORGANIZATIONS

Summary

After the Lisbon Treaty has entered into force, the process of concluding treaties between the EU and third countries or international organizations has sustained significant changes. The most important procedural novelty is the establishment of the ordinary procedure that covers almost all agreements the EU concludes with third parties. Under the Lisbon Treaty, this procedure involves a number of stages: negotiations, signing the agreement, and decision to conclude the agreement. For agreements whose subject matter exclusively or predominantly falls into the domain of common foreign and security policy, there are several derogations from the uniform rules of the ordinary procedure. The same provision of the founding treaty regulates the procedures for amending and suspending the agreement in force, as well as the judicial control procedure of those agreements that are yet to be concluded.

The ordinary procedure does not cover two subject-specific proceedings pertaining to relatively narrow areas of EU action. More specifically, they refer to the conclusion of agreements in the area of common trade policy and agreements on the exchange rate of the Euro against the currencies of non-member states. The exclusion of trade agreements is probably the result of the differences that still exist in the division of competencies between the Member States and the EU regarding trade in the area of some services. On the other hand, the enactment of a special procedure for agreements on the Euro exchange rate in relation to the national currency rates of third countries stems from the need to ensure the Union's unique position in this field.

On the institutional level, the most important actors in the process of concluding EU agreements are the Council, the Commission and the European Parliament. The Council has retained the central role in all types of treaty procedures, and it decides on essential issues related to the course and outcome of the process. The Commission has retained the major role in initiating and negotiating the agreements, but it is no longer the exclusive initiator and negotiator in the agreement process. Namely,

depending on the subject of the treaty, new entrants in that role are the High Representative for Foreign Affairs and Security Policy, and the European Central Bank. The European Parliament has strengthened its position in the procedure for concluding EU agreements and can, therefore, be considered the largest “net” winner of the Lisbon Treaty reform. This is partly due to its new role in the course of negotiations, which implies the right to be immediately and fully informed about all stages of the proceedings, but to a much greater extent it refers to the powers that this body has in the final stage preceding the conclusion of the agreement. Finally, the EU Court of Justice has an important role in this process; its task is to control the compliance of the EU agreements with the founding treaties prior to their conclusion.

Keywords: *conclusion of agreement, European Union, ordinary procedure, special procedures, initiatives, negotiations, signing, amendments, suspension, judicial control.*

Др Жељко Мирјанић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Бањој Луци

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878067M

UDK: 349.2:316.32
Раđ примљен: 08.02.2018.
Раđ прихваћен: 14.03.2018.

УТИЦАЈ ГЛОБАЛИЗАЦИЈЕ НА РАДНО ПРАВО (ПОСТ)ТРАНЗИЦИОНИХ ЗЕМАЉА**

Апстракт: Предмет истраживања је утицај актуелне глобализације и усклађивања (хармонизације) радног права у оквиру европске интеграције као дијела процеса глобализације, на промјене радног права у (пост)транзиционим земљама. Садашња фаза развоја радног права заснива се на усклађивању радног права са радним правом Европске уније, а на концепту социјалне тржишне привреде и на промјени свијета рада под утицајем концепта неолибералне глобализације. У анализи је указано да се идеја глобализације као организованог, постепеног историјског процеса успостављања свјетске заједнице дијелом посредством међународног права, укључујући и међународно радно право, разликује од идеје неолибералне глобализације започете осамдесетих година прошлог вијека. Ток даљег развоја домаћег радног права зависи од прилагођавања европског радног права и радног права у земљама чланицама ЕУ најважнијим промјенама у свијету рада и капитала, а што указује на значај креативног приступа изради програма развоја радног законодавства, исто као и законодавства у цјелини. У анализи се полази од питања да ли су промјене радног права првенствено посљедица прилагођавања глобалним или унутрашњим економским и социјалним околностима. Анализа показује да промјене међународног и европског радног права усљед глобализације, највише утичу на промјене радног права у (пост)транзиционим земљама. То показује и тенденција увођења нових института у области индивидуалног радног права, као што су, на примјер, заштита радноправне сигурности „узбуњивача“, заштита права радника у случају промјене послодавца или у области колективног радног права,

* zeljko.mirjanic@pf.unibl.org

** Раđ усмено изложен на међународној научној конференцији „Глобализација и право“, одржаној у Нишу 21. и 22. априла 2017. године

као што су, на примјер, репрезентативност социјалних партнера, институционализација мирног рјешавања радних спорова и друго.

Кључне ријечи: *глобализација, радно право, хармонизација радног права, „узбуњивач“.*

1. Увод

Глобализација и европска интеграција утичу на пораст значаја међународног и европског радног права за реформске и друге промјене домаћег (унутрашњег) радног права. Глобални извори радног права, а посебно конвенције Међународне организације рада (МОП) садрже међународне стандарде који представљају нормативну подлогу за доношење закона у (пост)транзиционим земљама. Развој радног права у европским (пост)транзиционим земљама условљен је и регионалним европским изворима и усклађивањем (хармонизацијом) домаћег права са правом Европске уније (ЕУ). Ове земље су чланице Савјета Европе и обавезују их Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода и Европска социјална повеља. Истовремено, земља која жели да постане чланица ЕУ је обавезна да претходно усвоји комунитарно право (*acquis communautaire*) и са њим усагласи своје законе. Оно обухвата прописе којима се уређују међусобни односи, права, обавезе и одговорности између земаља чланица, а примјењује се и на физичка и правна лица у овим земљама. Акти комунитарног права имају предност у односу на правне прописе земље чланице ЕУ, а њихово дејство може бити директно (примјењују се без обзира да ли су формално уграђени у законодавство земље чланице) или индиректно (форма и метод примјене препуштени властима и субјектима колективних преговора у земљи чланици). Усклађивање права представља дугогодишњи процес у коме се постепено и дјелимично обавља преношење, примјена и спровођење комунитарног права, а зависно од посебних обиљежја домаћег правног система. Приликом израде и доношења закона који имају за циљ усклађивање права, ствараоци закона проучавају право ЕУ и траже решења која одговарају домаћим правним, економским, социјалним и другим друштвеним околностима и капацитету институција власти (Мирјанић, 2014: 130). Као примјер утицаја међународног и европског радног права на радно законодавство може се навести да је један од разлога за промјене Закона о раду Србије 2014. године потреба даље хармонизације и усаглашавања са правом ЕУ, међународним конвенцијама и директивама, а у погледу измјена и допуна одредби о радном мјесту, радном времену, одморима,

заштити синдикалних представника, раду на одређено вријеме итд. (примјери директива 2003/88, 97/81/ЕЗ, 99/70/ЕЗ, итд.). Привлачење страних инвестиција је повезано са глобализацијом, а као важан економски разлог за промјене Закона о раду наведена је тежња ка порасту страних и домаћих инвестиција (Параграф, 2014: 5). ММФ дефинише глобализацију као растућу економску међусобну зависност свих свјетских земаља, коју је, између осталог, створила и размјена капитала. За објашњење сличних промјена закона о раду у другим (пост)транзиционим земаљама у региону наводе се исти правни и економски разлози.

На развој, континуитет и динамику усклађивања домаћег радног права са правом ЕУ значајно утиче и перспектива, трајање и динамика учешћа поједине земље у процесу европске интеграције, као и однос према европском социјалном моделу. Међусобне разлике у погледу промјене радног права у (пост)транзиционим земљама потичу дијелом због различитог степена учешћа поједине земље у процесу европске интеграције. Предмет ове анализе је стога утицај глобализације, и европске интеграције као дијела процеса глобализације, на развој радног права у земљама Југоисточне Европе које у процесу европске интеграције учествују као кандидат или потенцијални кандидат за пријем у ЕУ. Разлози за промјене радног законодавства у овим земљама су исте природе и промјене радног законодавства у једној земљи посредно утичу на садржај промјена радног законодавства у другим земљама. Развој радног права у овим земљама се разликује у односу на (пост)транзиционе земље чланице ЕУ. То се односи и на (пост)транзиционе земље са простора Југоисточне Европе и поред низа заједничких обиљежја, као што су заједничка правна историја током двадесетог вијека, наслијеђене исте економске, социјалне и друге друштвене околности, европски пут заснован на истим и сличним условима постављеним у појединачним споразумима о стабилизацији и придруживању итд. Земља кандидат или потенцијални кандидат за пријем у чланство ЕУ није адресат и нема исту обавезу усклађивања права као земља чланица. Адресати којима је упућено комунитарно право су земље чланице, правна и физичка лица, организације радника (запослених) и послодаваца у земљама чланицама. Када земља кандидат постане чланица ЕУ, онда правне тековине Уније постају унутрашње право које има већу правну снагу од аката које доносе њени органи. Како се наводи, чињеница је да у оснивачким уговорима није одређено да је национално право подређено комунитарном, али пракса Европског суда правде дефинисала је првенство комунитарног права над националним. Поред овог првенства, друга његова одлика јесте принцип директне примјенљивости, који се односи на могућност индивидуалних

субјеката комунитарног права да захтијевају од националног суда да заштити њихова права која проистичу непосредно из уговора или других комунитарних аката (Маринковић, Маринковић, 2015: 8). Земља кандидат или потенцијални кандидат постепено усклађује своје право у времену чије трајање зависи од непредвидљивог трајања (не)извјесног процеса придруживања. То показује и законодавна пракса да се уз нацрт и приједлог закона као саставни дио образложења достави изјава о усклађености закона са правним поретком ЕУ, а која може да садржи оцјену усклађен, дјелимично усклађен или неусклађен (Мирјанић, 2014: 166). Ове земље не могу да утичу на развој права ЕУ, већ то могу само чланице.

У научној јавности нису до краја разјашњене дилеме о природи, значају и посљедицама процеса глобализације и европске интеграције и утицају који ови процеси имају на промјене правног система у (пост)транзиционим земљама. У том смислу, може се поставити и питање у којој мјери глобализација и европска интеграција доводе у питање самосталност и оригиналност унутрашњег права будући да су ове земље појединачним споразумима о стабилизацији и придруживању закљученим са чланицама Заједнице, прихватиле обавезу да свој правни систем мијењају кроз усклађивање домаћег права са правом ЕУ. Кратак преглед настанка и развоја европског радног права показује да је радно право примарно право земаља чланица, а да се заснива на одређеним заједничким вриједностима, као што су: индустријска демократија, колективно преговарање, забрана дискриминације, једнакост могућности, социјална добробит и солидарност, социјални дијалог и др. (Мирјанић, 2015: 286). Али, законодавна пракса показује да се ове земље ослањају на обавезу усклађивања домаћег права са правом ЕУ као замјену за властите скуштинске програме доношења закона, те изгледа оправдана теза да су нормативне промјене првенствено међународног и европског поријекла. У том смислу, може се очекивати да ће закони којима се реформишу радни односи бити више него до сада писани према изворима европског радног права. У овом тексту се полази од става да је даљи развој радног права у посматраним (пост)транзиционим земљама повезан са наставком правне реформе, независно од тога да ли су реформске промјене више одраз прилагођавања глобалним и европским или унутрашњим околностима. Полазећи од тога, развој радног права је везан за уговорни концепт радних односа и уважавање вриједности и циљева међународног и европског радног права, а што захтијева сарадњу институција власти и социјалних партнера у погледу израде закона, колективног преговарања и социјалног дијалога.

У литератури преовладава став да није могуће дати коначно објашњење утицаја актуелног процеса неолибералне глобализације на развој радног и других грана права, и да није могуће предвидјети трајање и даљи ток процеса. У овом тексту се полази од приступа да остваривање циљева радног права, као и стабилност социјалног развоја зависе између осталог од тога у којој мјери се социјални поредак заснива на идеји социјалне правде, и поред тога што изгледа да је она неостварљива или тешко остварљива у процесу неолибералне глобализације. Социјална правда представља једну од основних вриједности међународног радног права, а што је на симболичан начин уграђено у темељ здања МОР-а у Женеви тако што је на камену-темељцу уписано: *Si vis pacem cole iustitiam* (Ако желиш да живиш у миру, позивај се на правду).

2. Различит однос према глобализацији

Научни ставови у литератури о утицају глобализације на промјене (радног) права одражавају различита, а некад и супротстављена стајалишта о глобализацији и европској регионализацији као дијелу глобализације. На различите вриједносне ставове у научној јавности значајно утиче чињеница да је код нас расправа о феномену и посљедицама глобализације закаснила, а што се може правдати тиме да се израз глобализација користи да првенствено означи међународне економске процесе започете крајем прошлог вијека. Различити приступи феномену глобализације и њеном утицају на промјене права потичу и отуда што се појму глобализације придају разна значења, а зависно и од тога да ли су она посматра кроз процес глобализације, глобалну интеграцију, глобалне институције итд. У овом тексту (као и у другим текстовима о глобализацији истог аутора), глобализацијом се сматра актуелни процес динамичног повезивања разних земаља у свијету на основи неолибералног приступа економији и глобалном тржишту започет осамдесетих година прошлог вијека. Овај процес је различит од идеје о глобализацији као феномену организованог и постепеног историјског успостављања свјетске заједнице посредством међународног права, уз поштивање људских права и слобода и других универзалних вриједности и уважавање културних и других посебности различитих народа. Дефинисање појма глобализације из угла да „актуелни ток глобализације“ у извјесној мјери одступа од „историјског тока глобализације“ садржи бар дјелимично објашњење о томе зашто постоји отпор према процесу глобализације и европској интеграцији као регионалном дијелу тог процеса, и социјалним посљедицама које их прате. У том смислу, поставља се питање како глобализација дјелује на остваривање циљева међународног и европског радног права као што су на

примјер: афирмација достојанства рада, развој индустријске демократије и социјалног дијалога, заштита права радника итд. Ако се као примјер за илустрацију издвоји проблем о томе како обезбједити достојанство рада, онда се може навести да Повеља ЕУ о основним правима издваја људско достојанство у контексту услова рада и то као међународни стандард рада. Поменута повеља у члану 31(1) прокламује да сваки радник има право на услове рада којима се поштује његово или њено здравље, безбједност и достојанство. У извјештају генералног директора Међународног бироа рада из 1999. наведено је да пристојан рад представља глобални захтјев и да много тога зависи од способности да се пронађе рјешење за остваривање пристојног рада, те је указано на стратегијске задатке као предуслове за претварање пристојног рада у глобални циљ: ширење могућности запошљавања, утврђивање система социјалног запошљавања и развој и учвршћивање система социјалног дијалога и права на једнакост. Пристојан рад као синтеза међународних стандарда рада, чија је основна интенција да се рад, односи на раду и свеукупни квалитет запослења сагледа уз примјену ширег спектра стандарда рада допринијеће усаглашавању домаће регулативе, екстензији људских права, нарочито изградњи културе рада и односа на раду, која је *sine qua non* развоја индустријске демократије (Перић, 2013: 344).

У (пост)транзиционим земљама Југоисточне Европе, остваривање поменутих циљева се одвија у оквиру неолибералне глобализације која их удаљава од социјалне правде и европског социјалног модела. На проблеме у (пост)транзиционим земљама указује и извјештај Свјетске комисије о социјалној димензији глобализације (коју је основао МОП), у коме се истиче да је стварање праведне и укључиве глобализације приоритет свугдје у свијету, да су њене предности за многе далеко док су ризици стварни, да глобализација није испунила своје једноставне и легитимне тежње за достојним послом и бољом будућности (World Commission on the Social Dimension of Globalization, 2004). У том смислу, промјена радног права у правцу успостављања индивидуалних и колективних радних односа сличних односима у земљама чланицама ЕУ, може се посматрати и кроз став да процес транзиције није завршен ако нису достигнути европски стандарди, односно европски социјални модел. Европска комисија је у Бијелој књизи о социјалној политици (1994) дефинисала европски социјални модел као вриједности које укључују демократију и индивидуална права, слободно колективно преговарање, тржишну економију, једнаке могућности за све и државу благостања и солидарности. У (пост)транзиционим земљама постоји несклад између утицаја глобализације на садржај и заштиту наведених вриједности, и прихватања да се примјене међународни

стандарди рада и људских права, обезбједе унутрашњи и вањски надзор над примјеном ових стандарда, унутрашња и међународна заштита људских права.

Поред различитих научних ставова о утицају глобализације на промјене (радног) права у (пост)транзиционим земљама, преовлада став да су глобализација и европска интеграција основни чиниоци реформе правног поретка у овим земљама, да воде правној повезаности и сличности унутрашњег права са правом земаља ЕУ, да на обиљежја домаћег (радног) права утичу обиљежја комуниротног (радног) права. Како је констатовано, обе компоненте радног права јединственог по предмету регулисања и титуларима права и обавеза: међународна и унутардржавна морају чинити логичан, свеобухватан, међусобно повезан и непротиврјечан систем правних аката и у њима установљених начелних рјешења (Паравина, 2003: 37). Значајном утицају комуниротног права погодује његова флексибилност која омогућава да разне земље могу прилагодити своје право захтјевима европског права. ЕУ подстиче активности земаља чланица у одређеним областима, као што су унапређење радне средине, услови рада, заступање колективних интереса запослених, социјална сигурност и социјална заштита радника, интеграција лица искључених са тржишта рада, итд. (новелирани Споразум о Европској заједници, чл. 137). Како је подвучено у литератури, правно дејство аката комуниротног права условљено је циљем који се жели постићи. То није „унификација“, већ „хармонизација“ која се састоји у томе да се обезбједи да у свим питањима из надлежности ЕУ прописи држава чланица намећу сличне обавезе грађанима свих тих држава и минимум обавезе у свакој држави (Јашаревић, 2005: 465). Али, глобализам изазива антиглобализам, а неповољне социјалне посљедице изазивају отпор актуелном процесу глобализације, као што и друге појаве тог значаја изазивају своју супротност и отпор. Све већи отпор утицају актуелног процеса глобализације показује да је концепт националне државе задржао свој значај, а посебно у околностима када се међу чланицама ЕУ појављују различити ставови о положају чланица и организацији Уније, као и тежње ка обнови националних вриједности. На односе између чланица утичу и значајане разлике у погледу утицаја земаља чланица на рад Савјета министара, Европске комисије и Европског парламента, а који се појављују као доносиоци европског права, при чему је утицај (пост)транзиционих земаља чланица ЕУ мањи у односу на утицај „старих“ чланица. Поред тога, постоји проблем легитимитета власти од стране ЕУ. Како се наводи, за вршење власти као што је ограничена власт ЕУ над државама чланицама у областима делегиране надлежности, а на основу њиховог вољног пристанка, постављају се иста питања која се

постављају и за вршење власти модерне државе, односно за оправдање њеног постојања и дјеловања: о легитимитету и улози народа (множина) у избору и вршењу власти, или другачије речено, питање о примјени демократије у вршењу власти која је делегирана ЕУ, а које је у најужој вези са улогом бирократије, односно дометом примјене бирократског начела и елемената у њеној институционалној организацији (Лукић, 2015: 321).

На усклађивање радног права поред наведених чинилаца, те перспективе и достигнутог степена придруживања сваке земље појединачно, значајно утиче развој права ЕУ. У тражењу одговора на питање о даљем току усклађивања домаћег (радног) права са (радним) правом ЕУ, јавља се неизвјесност у погледу прилагођавања европског права и права земаља чланица ЕУ економским, техничким, технолошким, информатичким и другим глобалним промјенама. Како је констатовано, праксу развијених земаља чланица ЕУ у погледу промјене начина одвијања радних односа карактерише велика иновативност, а последњих година у европским земљама су и "флексибилне" форме рада које су за нас још увијек релативна новина, у ствари донекле исцрпљене, те се уводе облици рада који су за сада непознати и у многим европским земљама, па и сама ЕУ нема јасну политику у тој области (Јашаревић, 2015: 2). На значај питања о утицају радног права ЕУ на усклађивање радног права, указује и сам настанак комунитарног радног права: почев од Париског самита ЕЕЗ (1972) дошло је до напуштања става *laissez-faire* према материји радног и социјалног права (увјерења да ће функционисање заједничког тржишта само по себи довести до побољшања и уједначавања услова живота и рада радника). Јавила се очигледна потреба да се нагласи да Европа представља "нешто више од заједничког тржишта и уклањања царинских баријера", чиме су створени услови за развој комунитарног радног права (Обрадовић, 2005: 693). Као значајни примјери прилагођавања промјени услова у којима се обавља рад могу се навести "флексибилизација рада", коришћење информатичких технологија, заштита радноправне сигурности „звиждача“ („узбуњивача“) у циљу борбе против корупције.

Успостављање и развој информационог друштва, а које се може описати као постиндустријски привредни и друштвени облик у коме коришћење информација и знања има централну улогу и чини стално растући удио у друштвеном производу (Васковић, 2014: 34), показује да од низа претпоставки на међународном и европском нивоу које значајно утичу на свијет рада и капитала, посебан значај припада коришћењу информатичких технологија. Утицај глобализације на развој радног права не може се одвојити од промјена у свијету рада и капитала које су посљедица коришћења ових технологија, а у основи којих је појава да

информациона привреда у индустријским земљама представља посебну привредну грану која надмашује класичне индустријске гране по обрту и расту. Процеси глобализације и европске регионализације као дијела тог процеса, наслоњени су на коришћење информатичких технологија. Глобална употреба ових технологија пред социјалне партнере и друге субјекте колективних радних односа ставља захтјев да их користе како би побољшали међусобну комуникацију. Социјални партнери су упућени да користе ове технологије како би обезбједили прописани и очекивани ниво обавјештености и комуникације у циљу остваривања права на информисање као колективног права радника на учешће у управљању, информисање и одлучивање. Употреба информатичких технологија омогућава стално, благовремено међусобно информисање и комуникацију о проблемима економског и социјалног развоја и на основи тога успостављање међусобног повјерења. Оно се може градити кроз употребу информатичких технологија будући да оне омогућавају стално информисање о економском и социјалном развоју, насупрот маргинализацији информисања радника и потцјењивању социјалног дијалога (Мирјанић, 2017: 15). Коришћење информатичких технологија убрзава промјене у свијету рада, али радно законодавство не уређује начин употребе ових технологија за информисање субјеката радних односа, информисање и међусобну комуникацију социјалних партнера, и оно представља предмет колективних уговора и аутономних општинских аката.

Развој нових информатичких технологија је омогућио нови концепт рада на даљину. Како се наводи, у питању је концепт по коме се све више успостављају радни процеси који имају глобални карактер, и све већи број људи ради за компаније у другим земљама и на другим континентима. Подаци потврђују да се у цијелом свијету перманентно увећава број послова и број људи који се баве оваквом врстом послова. Појава ове специфичне друштвене групе отвара читав низ питања – редефинисања појма радног мјеста, процеса рада, радне дисциплине, међуљудских односа у процесу рада (Маринковић, Маринковић, 2015: 313).

Увођење нових института у области индивидуалног радног права, као што су на примјер, заштита радноправне сигурности “узбуњивача”, показује како је за развој радног права важно питање повезивања радноправне заштите радника који открију корупцију и борбе против корупције. Усљед спољног утицаја, у (пост)транзиционим земљама у региону постепено преовладава став да је неопходно посебним законом уредити заштиту лица која пријаве или открију информације о корупцији код послодавца супротних јавном интересу. То показује чињеница да су неке земље у региону донијеле закон који за предмет регулисања има заштиту

радноправног статуса узбуњивача или су одредбе о томе уградиле у закон о раду или закон о државним службеницима.¹ Законско регулисање заштите права узбуњивача по узору на законе у појединим европским државама може из нове законодавне праксе прерасти у нормативни тренд у региону. Заштита радноправног статуса запослених који открију информације о корупцији и другим незаконитим радњама код послодавца је обезбјеђена у оквиру заштите права која припада свим запосленим и без законског регулисања заштите узбуњивача, али постепено преовладава став да та заштита није довољна. Ризик од корупције је појачан у оним срединама гдје није пружена одговарајућа заштита узбуњивача (Мирјанић, Чошабић, 2016: 97).

3. Значај сарадње социјалних партнера

Развој радног права у посматраним земљама прати неслагање и сукоб између законских одредби и односа у свијету рада успостављених на основу тих одредби, као што је на примјер, случај између одредби о колективним правима и колективних радних односа (индустријских односа). Постојање значајних разлика, па и супротности између садржаја закона, односно аутономних извора права и њихове примјене, представља велики проблем за учешће (пост)транзиционих земаља у процесу европске интеграције. Склад између доношења и примјене закона и других правних прописа представља обавезу у процесу усклађивања унутрашњег права са правом ЕУ. Споразуми о стабилизацији и придруживању које су земље у региону појединачно закључиле са чланицама ЕЗ, садрже обавезу усклађивања и ефикасног спровођења права. Показало се да је лакше промјенити правне прописе него понашање и правну свијест индивидуалних и колективних субјеката радних односа или на други начин обезбједити њихово понашање према прописима. Како се наводи, последња проширења која су укључила земље Југоисточне Европе указала су да у односу на хармонизацију прописа већу пажњу захтијева њихово спровођење и судска контрола тих процеса. Реално стање у неким новим државама чланицама је показало да не постоје потребни услови за примјену усвојених правних тековина ЕУ, што је указало да ток преговора мора да прати паралелни процес изградње стабилног и оперативног административног и судског капацитета државе (Вукадин, 2015: 197). Претпоставка да би се умањило неслагање између норми и свијета рада јесте сарадња између институција власти и социјалних

1 Закон о заштити узбуњивача ("Сл. гласник Републике Србије", бр. 128/2014); Закон о заштити лица која пријављују корупцију у институцијама Босне и Херцеговине ("Сл. гласник Босне и Херцеговине" бр. 100/13); Закон о спрјечавању корупције („Сл. лист Црне Горе“), бр. 53/14.

партнера у законодавној дјелатности на начин присутан у европским земљама: Закон као извор права (у социјалној држави) карактерише и особеност поступка доношења – у поступку доношења обезбјеђује се учешће социјалних партнера у оквиру трипартитних институција попут социјално-економских савјета, и тако закон као извор права добија додатну легитимност – поред легитимности законодавног органа (у земљи политичке демократије), додаје се легитимност индустријске демократије, засноване на трипартитном консензусу репрезентативних социјалних партнера и државе (Лубарда, 2013: 83). Развој и унапређење социјалног дијалога и других облика дјеловања социјалних партнера у (пост)транзиционим земљама Југоисточне Европе је важно питање и стога што је под утицајем неолибералне глобализације присутно удаљавање од европског социјалног модела. У периоду транзиције и поред настојања да се ублаже посљедице транзиције развојем трипартитних институција, долази до кризе колективног радног права, односно социјалног дијалога, пошто се у овим земљама често прихватао концепт неолиберализма (утицаја америчког модела у условима глобализације) (Лубарда, 2012: 168). Стога је изгледа незамјенљива сарадња институција власти и социјалних партнера да би се обезбједио развој радног законодавства уз уважавање циљева радног права, као и да се избјегне велика учесталост измјена и допуна закона.

Поред сарадње у процесу израде и током поступка доношења закона, репрезентативни синдикати и удружења послодаваца кроз трипартитни социјални дијалог, али и ван њега могу да заједно са другим представницима радника и послодаваца учествују у рјешавању економских и социјалних проблема. Питање социјалних посљедица транзиције у (пост)транзиционим земљама региона још није рјешено, и суочавање са социјалним незадовољством због тога утиче на значај социјалног дијалога. Како је истакнуто, социјални дијалог даје највеће ефекте управо захваљујући својој ширини, разуђености и демократичности. Он треба да прожима све нивое: од предузећа до националног нивоа. Сем тога, иако се назива „дијалогом“, ова форма демократског дјеловања укључује све заинтересоване актере у друштву – почев од предузећа и локалних заједница до највишег државног нивоа, а има шири демократски садржај од трипартизма са којим се често поистовјеђује (Јовановић, 2006: 31). У том смислу, од социјалних партнера се очекује компетентност, способност и воља да се кроз дијалог боре за интересе оних које представљају и да креативно учествује у даљим промјенама радног законодавства. Али, промјене у радном законодавству које пружају нормативну основу за социјални дијалог, како показује правна пракса, прати недостатак воље

и способности социјалних партнера да рјешавају економске и социјалне проблеме, и ризик од социјалних конфликта усљед великих социјалних разлика. Стога, пред радно законодавство се поставља питање како установити примјенљив правни основ за успостављање социјалног дијалога, партнерства и трипартизма у колективним радним односима и радноправну сигурност радника. У основи овог питања је проблем како обезбједити гаранцију за примјену економско-социјалних права и установити процесе путем којих ће се ови принципи и права остваривати (Мирјанић, 2006: 105).

4. Умјесто закључка

У (пост)транзиционим земљама које настоје да постану чланице ЕУ, развој радног права у правцу нормативне уградње међународних и европских стандарда рада одвија се под утицајем процеса неолибералне глобализације. Да промјене међународног и европског радног права значајно утичу на промјене радног права у (пост)транзиционим земљама показује и увођење нових института као што су заштита радноправне сигурности “узбуњивача”, заштита права радника у случају промјене послодавца, рад на даљину везан за коришћење информатичких технологија, мирно рјешавања радних спорова итд. Актуелни процес се разликује од глобализације као постепеног историјског процеса успостављања свјетске заједнице дијелом посредством међународног права, укључујући и међународно радно право. Ова разлика указује на значај креативног приступа изради програма развоја радног законодавства, учешћа социјалних партнера у постуку доношења закона значајних за економски и социјални положај радника (запослених) и послодаваца. Сарадња социјалних партнера међусобно и са институцијама власти је претпоставка за промјену и примјену радног законодавства у правцу заштите циљева радног права као што су социјална правда и радно-социјални мир. Ток даљег развоја домаћег радног права зависи од прилагођавања европском радном праву и утицаја упоредног радног права земаља чланица ЕУ, као и од прилагођавања европског радног права у земљама чланицама ЕУ најважнијим промјенама у свијету рада и капитала, а тај процес је неизвјестан.

Литература/References

Васковић, В. (2014). *Електронско пословање у јавној управи – eGovernment*. Београд: Београдска пословна школа

Водич за примјену Закона о раду. (2014). Београд: Параграф

Вукадин, Е. (2015). Улога хармонизације права са правом Европске уније у процесу евроинтеграција, Зборник радова *Однос права у региону и права Европске уније*. Источно Сарајево.

International labour organization, World Commission on the Social Dimension of Globalization. *A Fair Globalization: Creating Opportunities for All*. (2004)

Јашаревић, С. (2005). Радно право Србије и Европске уније. *Правни систем Републике Србије – усаглашавање са правом Европске уније*, Правни факултет у Нишу. 459–478.

Јашаревић, С. (2/2015). Нове форме рада у Европској унији и Србији. *Радно и социјално право*. 1–22.

Јовановић, П. (2006). Пuteви и странпутице индустријске демократије у Србији, *Тенденције у развоју радног права*. 18–34.

Лубарда, Б. (2012). *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Лубарда, Б. (2013). *Увод у радно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Лукић, Р. (2015). Демократско versus бирократско у институционалној структури Европске уније, Зборник радова *Однос права у региону и права Европске уније*, Источно Сарајево.

Маринковић, Д., Маринковић, В. (2015). *Енциклопедија индустријских односа*, Београд: Службени гласник

Мирјанић, Ж. (2006). Развој законског уређивања радних односа у Босни и Херцеговини и посебно у Републици Српској. *Тенденције у развоју радног права*, Марибор 97–106.

Мирјанић, Ж. (2014). Значај социјалног дијалога у процесу усклађивања домаћег права са правом Европске уније. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. 3/68. 129–142.

Мирјанић, Ж. (2014). *Писање и доношење закона*. Бања Лука: Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

Мирјанић, Ж. (2015). Хармонизација радног права Републике Српске, *Однос права у региону и права Европске уније*. 283–296.

Мирјанић, Ж., Чошабић, Ј. (2016) Protection of whistleblower's employment status, *International Scientific Conference on Economic and Social Development – The Legal Challenges of Modern World*. 97–107.

Мирјанић, Ж. (2017). Influence of technologies to social actors, *Proceedings 9th International Scientific Conference* 14–21.

Обрадовић, Г., (2005) Права запослених у случају промене послодавца у праву Србије и Европске уније, *Правни систем Републике Србије – усаглашавање са правом Европске уније*. 693–694.

Паравина, Д. (2003). Могуће перспективе радног права наше земље у текућој деценији. *Радно и социјално право*. 34–42.

Перић, С. (2013). *Пристојан рад – рад достојан човјека*. Београд: Правни факултет Универзитета у Приштини (са привременим сједиштем у Косовској Митровици).

Željko Mirjanić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Banja Luka

INFLUENCE OF GLOBALISATION ON LABOUR LAW IN (POST)TRANSITIONAL COUNTRIES

Summary

The subject matter of this research is the influence of the current globalization and harmonization of labour law within the European integration as part of the globalization process which is reflected in changes in the field of labour law in (post) transitional countries. The current stage of labour law development is based on the harmonization of labour law with the European Union labour law, the concept of social market economy and the change of the labour world under the impact of the concept of neoliberal globalization. The analyses shows that the idea of globalization as organized, gradual historical process of establishing world community, partly through international law (including international labour law), differs from the idea of neoliberal globalization commenced in the 1980s. The course of further development of national labour law depends on the adjustment of European labour law and labour law in the EU member states to the most important changes in the world of labour and capital. It further points to the importance of a creative approach to making labour legislation development programs and developing labour legislation in general.

The analysis first addresses the question whether the changes of labour law are predominantly the consequence of adjustment to global or national economic and social circumstances. The analysis shows that the changes of international and European labour law, due to globalization, mostly affect the changes of labour law in (post)transitional countries. That view is also supported by the tendency of introducing new institutes in the area of individual labour law, such as: protection of labour security of 'whistleblowers', protection of workers' rights in case of change of employer, or protection in the area of collective bargaining, such as inter alia: ensuring the representativeness of social partners, institutionalization of peaceful labour dispute resolution and settlement, and others.

Keywords: globalization, labour law, harmonization of labour law, 'whistleblower'.

Др Предраг Цветковић,*
Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878083С

UDK: 339.54

Раd примљен: 01.04.2018.

Раd прихваћен: 03.05.2018.

НАЧЕЛО НАЦИОНАЛНОГ ТРЕТМАНА У ФУНКЦИЈИ ЗАБРАНЕ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ „СЛИЧНИХ“ ПРОИЗВОДА У ОКВИРУ ОПШТЕГ СПОРАЗУМА О ЦАРИНАМА И ТРГОВИНИ**

Апстракт: У систему Општег споразума о царинама и трговини (ГАТТ) начело националног третмана садржано је у члану III. У овом члану артикулисан је принцип да је забрањена примена мера за регулисање унутрашњег тржишта на начин који за резултат има додељивање заштите домаћим, а дискриминацију увезених производа. Описани општи правни принцип је ближе уређен у члану III:2 ГАТТ-а којим се дефинишу услови примене начела националног третмана на унутрашње порезе и друге надокнаде. Прва реченица члана III:2 односи се на забрану дискриминаторног третмана „сличних“ увезених производа путем оптерећивања унутрашњим порезима. Примена националног третмана на „сличне“ производе условљена је двостепеним кумулативним тестом којим се утврђује конзистентност мере унутрашњег опорезивања са одредбом члана III:2. Овај двостепени тест генерисан у пракси решавања спорова пред панелима за решавање спорова у оквиру Светске трговинске организације подразумева позитиван одговор на следећа питања: а) да ли су увезени производи и домаћи производи „слични“ у контексту прве реченице члана III:2; б) да ли је увезени производ „оптерећенији“ и више опорезован унутрашњим таксама него што је то случај са домаћим производима. Уколико је одговор на оба питања позитиван, постоји кршење начела националног третмана у смислу прве реченице члана III:2. ГАТТ-а.

Кључне речи: Национални третман, Општи споразум о царинама и трговини, Светска трговинска организација.

* pepi@prafak.ni.ac.rs

** Раd је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. Начело националног третмана у систему Општег споразума о царинама и трговини: предмет, сврха и модалитети забрањене дискриминације

У систему Општег споразума о царинама и трговини начело националног третмана садржано је у одредби члана III названом „Национални третман у домаћем опорезивању и прописима“. Приликом интерпретације ових одредаба од значаја су и напомене уз члан III ГАТТ-а (е. „Note AD Article III“) садржане у Анексу I Општег споразума о царинама и трговини (е. „Notes and Supplementary Provisions“).

Одредбом члана III:1 предвиђено је да

„стране уговорнице признају да се таксе и остале домаће дажбине, као ни закони, уредбе и захтеви који се односе на продају, пуштање у промет, куповину, транспорт, дистрибуцију или искоришћавање производа на унутрашњем тржишту, нити домаћи прописи о количинама које прописују мешање, прераду или коришћење извесних производа у одређеним количинама или сразмерама, неће примењивати на увозне производе или домаће производе како би се на тај начин вршила заштита националне производње“.

Начело националног третмана забрањује директно или индиректно оптерећивање производа са територије државе чланице увезених на територију друге државе чланице, путем пореских или других домаћих дажбина.¹ Такође, начело националног третмана примењује се у односу на третман робе и примену прописа везаних за дистрибуцију и коришћење производа из једне државе чланице увезених на територију друге државе чланице, уз изузетак везан за могућност примене различитих тарифа у домаћем транспорту. Примена овог изузетка условљена је захтевом да различите транспортне тарифе буду засноване на критеријуму економске исплативости, а не пореклу производа.²

1 „Производи са територије ма које стране уговорнице, увезени на територију ма које друге стране уговорнице, неће бити директно нити индиректно оптерећивани порезима или другим домаћим дажбинама било које врсте, које су више од пореза и дажбина који се директно или индиректно наплаћују на сличне домаће производе. Ниједна страна уговорница неће иначе примењивати порезе или остале домаће дажбине на увезене или домаће производе на начин који је противан принципима изложеним у првом ставу“ (чл. III:2 ГАТТ-а).

2 „Производи са територије било које стране уговорнице увезени на територију било које друге стране уговорнице, неће уживати неповољнији третман од третмана који уживају слични производи домаћег порекла када су у питању закони, уредбе, и прописи који се односе на продају, пуштање у промет, куповину, транспорт, дистрибуцију и коришћење ових производа на домаћем тржишту. Одредбе овог става не забрањују примену различитих тарифа у домаћем транспорту ако се ове заснивају искључиво на

Кроз праксу ГАТТ-панела, као и панела и Апелационог тела Светске трговинске организације, видљива је тежња да се на јединствен начин формулише сврха начела националног третмана у систему Општег споразума о царинама и трговини.

У том циљу заузет је став да је циљ начела националог третмана да спречи дискриминацију увезених у односу на домаће производе, при чему је временска разделница од када забрана дискриминације наступа моменат када је роба „ушла“ на тржиште друге државе чланице.³

Такође је препознат значај и могућност да се, не само мером, већ и начином њене примене, дискриминишу увезени у односу на производе домаћег порекла: „Сврха члана III јесте да се осигура да мере на унутрашњем тржишту не буду примењиване на увезене или домаће производе на начин који за резултат има заштиту домаће производње“.⁴

2. Дуализам члана III:2 ГАТТ-а: разлика у примени начела националног третмана на „сличне“ и „директно конкурентске“ производе

Члан III:1 Општег споразума о царинама и трговини артикулише општи правни принцип да је забрањена примена мера за регулисање унутрашњег тржишта, на начин који за резултат има додељивање заштите домаћим, а дискриминацију увезених производа. Одредба члана III:1 водич је за разумевање и интерпретацију специфичних одредаба садржаних у члану III:2 и у осталим одредбама члана III.⁵

економичном искоришћавању превозних средстава, а не на пореклу производа“ (чл. III:4. ГАТТ-а).

3 У спору „Italia-Agricultural Machinery“, ГАТТ панел је утврдио следеће: „Намера креатора споразума била је да се, једном када пређе царину увезени производ третира на исти начин као и производ домаћег порекла. У супротном, уколико таквог једнаког третмана нема, требало би сматрати да је одобрена индиректна заштита домаћем производу“. Предмет спора била је мера којом се установљавају посебни услови за набавку „на кредит“ пољопривредних машина произведених у Италији. Став ГАТТ панела био је да се таквим кредитирањем крши члан III ГАТТ-а 1947. Видети: GATT Report of the Panel, „Italian Discrimination against Imported Agricultural Machinery“, <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/italianmachinery.pdf> §11.

4 Видети: GATT Report of the Panel, „United States-Section 337 of the Tariff Act of 1930“ (даље и: „US-Section 337“), <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/sec337.pdf>, §5.10.

5 Видети: Appellate Body Report, „Japan - Taxes on Alcoholic Beverages II“, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/japan-alcohol\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/japan-alcohol(ab).pdf), §111.

Описани општи правни принцип из члана III:1 елабориран је ближе у члану III:2 (којим се дефинишу услови примене начела националног третмана на унутрашње порезе и друге надокнаде) и члану III:4 (којим се уређује забрана дискриминације увезених у односу на домаће производе у погледу дистрибуције робе, с изузетком тарифа за превоз).

Члан III:2 карактеристичан је по чињеници да обавеза недискриминације, садржана у овом члану, има дуални карактер.

Прва реченица члана III:2 („Производи са територије ма које стране уговорнице, увезени на територију ма које друге стране уговорнице, неће бити директно нити индиректно оптерећивани порезима или другим домаћим дажбинама било које врсте, које су више од пореза и дажбина који се директно или индиректно наплаћују на сличне домаће производе“) односи се на забрану дискриминаторног третмана „сличних“ увезених производа путем оптерећивања унутрашњим порезима.

Друга реченица члана III:2 („Шта више, ниједна страна уговорница неће иначе примењивати порезе или остале домаће дажбине на увезене или домаће производе на начин који је противан принципима изложеним у првом ставу“) тиче се забране дискриминације оптерећивањем унутрашњим порезима „директно конкурентних производа“ или „производа којима се домаћи производ може директно супституисати“ (е. „directly competitive or substitutable product“). Формулације „директно конкурентни производи“ и „директно супституабилни производи“ (којима се могу супституисати домаћи производи који нису предмет пореских оптерећења) нису садржане у самом тексту члана III:2, већ у *Addendum*-у уз члан III:2, садржан у Анексу 1 Општег споразума о царинама у трговини. Ова чињеница, међутим, не одузима правни значај наведених формулација: став апелационог тела је да *Addendum* има једнак правни статус са другом реченицом члана III:2, у смислу да су обе формулације биле предмет јединствених преговора држава чланица и да су усвојене истовремено, те се стога морају читати у конгруенцији.⁶ У наставку следи излагање о два модалитета забране дискриминације из члана III:2 Општег споразума о царинама и трговини: модалитету забране дискриминације сличних производа и модалитету забране дискриминације „директно супституабилних“ производа.⁷

6 Ibidem, стр. 24.

7 На овом месту ваља указати термилошки значај термина „супституабилни“. Наиме, сама формулација „супституабилност“ значи „подобност да се буде супституисан“ (обухвата, дакле, и саму могућност супституције). Њоме се индицира могућност да се однос два производа, који у конкретном временском интервалу није супституабилан, али има потенцијал и капацитет да то постане у будућности,

2.1. Начело националног третмана као инструмент забране дискриминације „сличних“ производа

Примена начела националног третмана на „сличне“ производе, дефинисана првом реченицом члана III:2 („Производи са територије ма које стране уговорнице, увезени на територију ма које друге стране уговорнице, неће бити директно нити индиректно оптерећивани порезима или другим домаћим дажбинама било које врсте, које су више од пореза и дажбина који се директно или индиректно наплаћују на сличне домаће производе“), условљена је двостепеним кумулативним тестом којим се утврђује конзистентност мере унутрашњег опорезивања са одредбом члана III:2.

Овај двостепени тест, утврђен од стране апелационог тела у спору „Canada-Periodicals“, садржи следећа питања:

- да ли су увезени производи и домаћи производи „слични“ у контексту прве реченице члана III:2;
- да ли је увезени производ „оптерећенији“ и више опорезован унутрашњим таксама него што је то случај са домаћим производима.

Уколико је одговор на оба питања позитиван, постоји кршење начела националног третмана у смислу прве реченице члана III:2. ГАТТ-а.⁸

сматра односом „супституабилности“ и „директне конкурентности“ у смислу друге реченице члана III:2 ГАТТ-а.

⁸ Видети: Appellate Body Report, „Canada-Certain-Measures Concerning Periodicals“ (даље и: „Canada-Periodicals“), [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/canada-periodicals\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/canada-periodicals(ab).pdf), стр. 20. Предмет анализе апелационог тела било је да ли тзв. „split run“ периодика увезена из иностранства и домаћа периодика која нема „split run“ карактер, јесу „слични“ производи у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а. „Split run“ периодика укључује одређени број копија које садрже рекламни део, при чему такве рекламе нису укључене у остатак издања; пример овакве периодике је едиција магазина из САД која садржи рекламе намењене канадском тржишту, али му је садржина идентична оној коју има издање за друге државе осим Канаде (видети објашњења на: <http://www.thefreedictionary.com/split+run>). Порески закон Канаде („Excise Tax Act“) наметао је посебно оптерећење „split run“ едиције, у износу од 80 процената вредности свих рекламних огласа садржаних у тој едицији. Апелационо тело оповргло је став панела да је увезена „split run“ периодика сличан производ са домаћом периодиком која нема „split run“ карактер и искључила неконзистентност са првом реченицом члана III:2 ГАТТ-а. Међутим, апелационо је тело нашло да постоји несагласност мере са другом реченицом члана III:2 ГАТТ-а, те да се ради о „директно конкурентним“ и „директно супституабилним“ производима. Видети: „Canada-Periodicals“, Summary of Disputes, http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/cases_e/1pagesum_e/ds31sum_e.pdf.

2.1.1. У Општем споразуму о царинама и трговини изостаје дефинисање концепта „сличног производа“ у контексту примене начела националног третмана из прве реченице члана III:2. Стога су панели и апелационо тело у већем броју извештаја разматрали домет и карактеристике овог концепта.

Мера која је у спору „Japan-Alcoholic Beverages II“ била предмет испитивања у светлу примене прве реченице члана III:2 ГАТТ-а предвиђала је спровођење унутрашњег пореза на алкохолно пиће „саки“. Висина и услови наметања овог пореза били су идентични за увезене и производе домаћег порекла. Стога, *prima facie* дискриминације нема: исти производи третирају се идентично, без обзира да ли се ради о домаћим или увезеним производима. Наведеном мером, међутим, уведен је унутрашњи порез на вотку као алкохолно пиће, опет по критеријуму неутралном у односу на порекло (е. „origin neutral“): за сву вотку важила је и примењивала се иста пореска стопа, без обзира да ли је увезена или домаћег порекла. Узрок спора је била чињеница да је унутрашњи порез за вотку био знатно виши него онај који се плаћао за саки. Стога су Канада, Европска заједница и САД оспориле ову меру Јапана позивањем на кршење одредбе члана III:2 ГАТТ-а (мера је уведена јединственим законом „Japanese Liquor Tax Law“). Од панела је захтевано да као прејудицијелно питање утврди да ли су саки и вотка „слични“ производи у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а: уколико је то случај, опорезивање вотке по стопи вишој него што је то саки супротно је обавези поштовања начела националног третмана, утврђеној наведеним ставом.

Апелационо тело које је поступало у спору „Japan-Alcoholic Beverages II“ подржало је став панела да би прву реченицу члана III:2, односно критеријум опорезивања „сличних“ производа, требало интерпретирати уско (стриктно). Основ наведеног става била је чињеница да друга реченица члана III:2 („*Ниједна страна уговорница неће иначе примењивати порезе или остале домаће дажбине на увезене или домаће производе на начин који је противан принципима изложеним у првом ставу*“), предвиђа могућност испитивања сагласности мере у питању са начелом националног третмана у ситуацијама када производи на које се мера односи нису „слични“ у смислу прве реченице члана III:2. Апелационо тело се стога сагласило са панелом да се, *a contrario*, прва реченица члана III:2 („*Производи са територије ма које стране уговорнице, увезени на територију ма које друге стране уговорнице, неће бити директно нити индиректно оптерећивани порезима или другим домаћим дажбинама било које врсте, које су више од пореза и дажбина који се директно или индиректно наплаћују на сличне домаће производе*“) има интерпретирати стриктно: у супротном поље

примене прве реченице члана III:2 проширило би се на мере које потпадају под дејство друге реченице члана III:2 (која се не односи на сличне, већ на ширу категорију „директно конкурентних производа“ или „производа којима се домаћи производ може директно супституисати“).⁹

Образложење апелационог тела је у складу са тенденцијом израженом у Извештају радне групе за усаглашавање граничних царина (е. „Report of the Working Party on Border Tax Adjustment“). У погледу концепта „сличног“ производа у ГАТТ-у 1947 (дакле, не искључиво у односу на концепт „сличног производа“ из прве реченице члана III:2 ГАТТ-а), Радна група је закључила да интерпретација ове формулације мора бити заснована на „*in concreto*“ анализи, те правичној процени различитих елемената на којима се базира тврдња или негација постојања „сличности“ производа. Као критеријуме од користи за анализу постојања сличности наведени су: крајња намена производа на конкретном тржишту; потрошачке навике које варирају од државе до државе; особине, природа и квалитет производа.¹⁰

Приступ радне групе прихваћен је од стране ГАТТ панела који су решавали спорове након 1970. године,¹¹ али и у „СТО ери“. Међутим, у пракси апелационог тела наглашено је да примена критеријума радне групе може укључити и друга мерила за просуђивање постојања „сличности“ производа у режиму ГАТТ-а 1947: у крајњем, приликом утврђивања чињенице „сличности“ панели „имају дужност да просуђују у складу са најбољим знањем, што неизбежно укључује елемент индивидуалног, дискреционог расуђивања“.¹²

9 Видети: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, *op. cit.*, стр.19.

10 Видети: „1970 Report of the Working Party on Border Tax Adjustments“, BISD 18S/97, §18 (даље и: „Извештај радне групе“). Радна група је додала да је критеријум недефинисан и да има основа да се тежи његовом преформулисању, али и да се није усагласила око могућег алтернативног дефинисања.

11 Видети: GATT Report of the Panel, „EEC-Animal Proteins“, <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/eecproteins.pdf>, стр. 4-5; GATT Report of the Panel, „Spain Unroasted Coffee“, *op. cit.*, стр. 6; GATT Report of the Panel, „Japan-Custom Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages“ (даље и: „Japan Alcoholic Beverages I“), <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/japanliquor.pdf>, стр. 5; GATT Report of the Panel, „US-Superfund“, <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/superfund.pdf>, стр. 13, тач. 5.

12 Видети: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, стр. 20-21. Апелационо тело које је поступало у овом спору се, међутим, није сложило са ставом панела (§6. 22. извештаја), по коме је питање разлике између „сличних“ производа у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а и директно конкурентних односно „супститутабилних“ производа у смислу друге реченице члана III:2, „арбитрарна одлука“: према апелационом

У „СТО ери“ има примера када су панели и апелационо тело ишли „in extenso“ – у односу на услове наведене у Извештају радне групе. У критеријуме за установљавање „сличности“ производа укључено је и питање да ли се ради о производима који потпадају под идентичну тарифну класификацију. Апелационо тело је у свом извештају у спору „Japan-Alcoholic Beverages II“ сматрало да униформна класификација у тарифној номенклатури ГАТТ-а (Хармонизовани систем: „ХС“¹³) може бити од помоћи у дефинисању сличности. Истовремено је упозорило на потребу опрезности приликом коришћења тарифних ставова у овом контексту јер у одређеним случајевима формулисање тарифних ставова је прешироко и не одражава неопходну „сличност“ производа садржаних у тим ставовима. Ово упозорење апелационо је тело образложило чињеницом да „Хармонизовани систем“ садржи листу концесија датих у складу са чланом II ГАТТ-а 1994, те да, на пример, многе од неразвијених држава и земаља у развоју у своје листе укључују производе који се налазе у различитим главама и тарифним насловима Хармонизованог система (апелационо тело навело је пример да многе од ових држава имају широко формулисане обавезе у односу на непољопривредне производе). Тако је Јамајка за највећи део непољопривредних производа предвидела царинску тарифу од 50%. Коришћење таквог класификовања као искључивог критеријума за утврђивање „сличности“ производа је „бесмислено“.¹⁴

телу, та одлука мора бити заснована на карактеристикама производа у конкретном случају, а не на арбитрарном просуђивању. Видети Appellate Body Report, „Japan Alcoholic Beverages II“, стр. 21.

13 “Хармонизовани систем” (е. „Harmonized Commodity Description and Coding System“-HS) је номенклатура робе коју је развила Међународна царинска организација (е. „World Customs Organization“), у форми шестоцифреног дигиталног кода који омогућава свим државама да робу класификују на униформан начин. Више од 200 држава, те царинских и економских унија, које представљају преко 98% светске трговине користи овај систем. То чине и све државе чланице Светске трговинске организације (Dayong, 2008: passim). Више о Конвенцији којом је усвојен овај систем видети на: http://www.wcoomd.org/home_wco_topics_hsoverviewboxes_tools_and_instruments_hsconvention.htm.

14 Видети: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, стр. 22. Ипак, критеријум тарифне класификације коришћен је као допунски у спору „US-Mexico Taxes on Soft Drinks“. Панел који је одлучивао у овом спору применио је критеријуме из „Извештаја радне групе о усклађености граничних пореза“, уз додатак критеријума места производа у „Хармонизованом систему“. Разматрајући ове факторе, панел је закључио да шећер добијен од шећерне трске (е. „cane sugar“) и из шећерне репе (е. „beet sugar“) јесу слични производи у смислу прве реченице члана III: 2 ГАТТ-а, у ситуацијама када се користе као заслађивачи у производњи безалкохоних пића и сирупа. Видети: Report of the Panel, „Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and other Beverages“ (Mexico Taxes on Soft Drinks“, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/mexico-sweetenertax\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/mexico-sweetenertax(panel).pdf), §8. 29; 8. 36.

Спорови решавани у „ГАТТ ери“ анализирали су различите факторе које су стране у спору користиле као аргументе за тврдње да се ради или не о „сличним“ производима у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а. Тако је критеријум тзв. „метода обраде и производње“ (е. „Proces and Production Method-PPM“) одбачен као ирелевантан за утврђивање сличности производа у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а. Наиме, ГАТТ панел који је поступао у спору „U.S-Malt Beverages“ сматрао је да национално законодавство које предвиђа посебну пореску повољност за робу коју производе мала и средња предузећа, врши дискриминацију робе коју производе велике фирме. Тиме се крши обавеза недискриминације из прве реченице члана III:2: производи великих предузећа третирају се мање повољно него слични производи малих и средњих (по правилу домаћих) фирми. Дакле, за панел је „PPM“ метод био ирелевантан као критеријум утврђивања сличности производа: мада је постојала разлика у „PPM“ методу (мала и средња предузећа у односу на велике предузећа) примењеном у функцији критеријума за установљавање различитог нивоа опорезивања, сличност је ипак утврђена и установљена дискриминација у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а 1947.¹⁵

За извештај ГАТТ панела у спору „U.S-Malt Beverages“ је, међутим, значајно да је као елемент за утврђивање сличности производа у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а, увео и критеријум „регулаторне намере“ (е. „regulatory intent“), који се у пракси ГАТТ/СТО извештаја назива и критеријумом „циља и резултата“ (е. „aim and effect test“) (Wille, 1997: passim). Суштина овог приступа била је да се, приликом утврђивања да ли су производи „слични“ у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а, у разматрање морају узети и разлози због којих постоји различит третман производа. Дакле, испитивање сличности мора поћи од претпоставке да сврха члана III није да се државе спрече *a priori* од увођења различитог третмана „сличних“ производа: циљ овог члана је да се такво разликовање у третману „сличних“ производа не спроводи у циљу установљавања повољнијег положаја домаћег (а тиме и дискриминације увозног) сличног производа.¹⁶

У конкретном случају, предмет спора био је повлашћени третман који су правни системи неких држава САД (Мисисипи, Охајо, Мичиген и Роуд Ајланд) обезбедили вину које је произведено од нарочитог типа грожђа које расте само на југоистоку Сједињених Америчких Држава и у региону Медитерана. Панел је сматрао да овакво разликовање

15 Видети: GATT Report of the Panel, GATT Report of the Panel, „US-Malt Beverages“, <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/usmaltbeverages.pdf>), §5. 26.

16 Видети: GATT Report of the Panel, „US-Malt Beverages“ §5.24-5.25.

даје повољнији третман локалним произвођачима вина који имају могућност да производе вино од „повлашћених“ типова грожђа: у исто време, тиме се врши дискриминација у односу на друге произвођаче. Како у царинској тарифи и категоријама робе у пореском законодавству оваква разлика третмана није била присутна, ГАТТ панел је сматрао да се разлика у третману вина начињеног од различитих типова грожђа не може сматрати оправданом, те да се вина имају сматрати „сличним“ производима у контексту просуђивања усаглашености мере која је била предмет спора (закон који су предвиђали преференцијални третман за вина произведена од нарочите врсте грожђа), са првом реченицом члана III:2 ГАТТ-а. При томе је ГАТТ панел навео да САД нису изнеле ниједан аргумент о одређеној регулаторној сврси оваквог разликовања, осим циља подршке и субвенционирања малих локалних произвођача. Ова сврха је по себи супротна циљу члана III ГАТТ-а, укључујући и прву реченицу његовог става 2: спречавање дискриминације између увезених и домаћих производа. *A contrario*, да су САД разлику у третману образложиле одређеном другом регулаторном намером (при чему се ГАТТ панел уздржао од спекулација каква би та намера могла бити), таква би мера могла бити оправдана, а производи се не би имали сматрати „сличним“ у контексту прве реченице члана III:2 ГАТТ-а, нити би постојала дискриминација у смислу забране кршења начела националног третмана. У овом тумачењу лежи основ за тврдњу да је ГАТТ панел суштински усвојио критеријум „регулаторне намере“ као легитимну одбрану од тврдњи да мера у питању није у сагласности са начелом националног третмана из прве реченице члана III:2 ГАТТ-а.¹⁷

Опција коју је изнедрио ГАТТ панел у спору „US-Malt Beverages“ прихваћена је у пуној мери у извештају ГАТТ панела у спору „US-Taxes on Automobiles“. Предмет спора била је мера САД којом су наметнуте одређене акцизе за продају возила скупљих од 30.000 америчких долара. Европска заједница као тужилац у овом спору сматрала је да су аутомобили, без обзира да ли су скупљи или јефтинији од 30.000 америчких долара, „слични“ производи у контексту прве реченице члана III:2 ГАТТ-а, те да је стога мера у питању супротна наведеној одредби Општег споразума о царинама и трговини 1947. Европска заједница је сматрала да су за утврђивање сличности производа у смислу члана III:2 ГАТТ-а, од значаја критеријуми попут крајње намене робе, физичких карактеристика и

17 При томе је ГАТТ панел утврдио да, чак и да се сматрало да постоји оправдање у контексту одговарајуће регулаторне намере која екскулпира државу чија је мера оспорена, у конкретном случају ова вина би се сматрала „директно конкурентним“ односно „супституtabilним“ производима у смислу друге реченице члана III:2. Видети: US-Malt Beverages, §5.26.

места у класификацији „Хармонизованог система“. Са друге стране, САД су сматрале да питање „сличности“ производа у смислу примене прве реченице члана III:2 ГАТТ-а мора бити решено позивањем на критеријум „регулаторног циља“: производи се имају сматрати „сличним“, а мера која их различито третира дискриминаторном, уколико се примењује у циљу протекционизма домаће индустрије. Овај приступ прихватио је и ГАТТ панел у спору „US-Taxes on Automobiles“: регулаторна намера је критеријум који увек мора бити елемент испитивања сагласности мере са захтевом прве реченице члана III:2 ГАТТ-а (захтевом да се домаћи производи не могу третирати повољније него „слични“ увезени производи). У конкретном случају, ГАТТ панел сматрао је да акциза у форми „таксе на луксуз“ није имплементирана да би се обезбедила заштита домаћим произвођачима аутомобила, те да возила изнад и испод 30.000 америчких долара не би требало да се сматрају „сличним“ производима у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а.¹⁸ ГАТТ панел навео је да сврха Општег споразума о царинама и трговини јесте да снизи или отклони баријере у међународној трговини, „а не да хармонизује регулаторни третман производа унутар националних оквира. Стога се прва реченица члана III:2 ГАТТ-а не може интерпретирати на начин који спречава државу да спроводи различите мере, уколико такво разликовање нема за циљ установљавање заштите за домаће производе“.¹⁹

СТО панели и апелационо тело изричито су одбили примену критеријума „регулаторне намере“ који су промовисали ГАТТ панели у споровима „US-Malt Beverages“ и „US-Taxes on Automobiles“. Такво изричито одбијање садржано је у извештају панела у спору „Japan-Alcoholic Beverages II“ из 1996. године. Ово одбацавање „регулаторне намере“ као релевантног критеријума за утврђивање сличности производа из члана III:2 Општег споразума о царинама и трговини 1994. засновано је на више аргумената.

Први је тумачење да основ примене теста „циља и резултата“ јесте формулација члана III:1 ГАТТ-а (да стране уговорнице признају да се „таксе и остале домаће дажбине.....неће примењивати на увозне производе или домаће производе како би се на тај начин вршила заштита националне производње“ – е. „so to afford protection to domestic production“). Како ова формулација није присутна у првој реченици члана III:2 ГАТТ-а, овај критеријум („заштита националне производње“, који је у сржи теста „регулаторне намере“: а *contrario*, ако таква заштита није циљ мере, нема

18 Значајно је, међутим, напоменути да овај извештај, сачињен 11. октобра 1994. године (дакле, пар месеци пре ступања на снагу Споразума о оснивању СТО) државе уговорнице ГАТТ-а никада нису усвојиле. (Meier, 1997: 262-266).

19 Видети: GATT Report of the Panel, „US-Taxes on Automobiles“, §5. 8.

кршења члана III:1) не може бити релевантан за утврђивање „сличности“ производа у смислу испитивања услова сагласности мере са начелом националног третмана из прве реченице члана III:2.

Друго, усвајање принципа „регулаторне намере“, односно „циља и резултата“, имало би за резултат да алокација терета доказивања буде на тужиоцу, који не само да би морао да доказује постојање различитог третмана који је уведен оспореном мером (резултат мере), већ и правнополитички циљ који иза те мере стоји. Утврђивање оваквог, неретко тешко препознатљивог циља је „*probatio diabolica*“.

Треће, процес утврђивања циља мере усложњава плуралитет правнополитичких оправдања која стоје иза мере чија се сагласност са првом реченицом члана III:2 испитује: дефинитиван суд о преовлађујућем циљу морао би да укључи анализу припремних докумената, легислативних аката, испитивање легислатора етц. Приступ овим документима и могућност добијања наведених података је знатно отежан, готово немогућ у обиму неопходном за добијање одговарајућег и основаног закључка о одређеној регулаторној сврси испитиване мере.

Четврто, усвајање приступа који „регулаторну намеру“ прихвата као легитимно оправдање за различит третман производа (чиме се искључује могућност да се ови производи сматрају „сличним“ у смислу примене забране дискриминације кршењем обавезе поштовања начела националног третмана из прве реченице члана III:2 ГАТТ-а), обесмислило би листу изузетака од примене одредаба ГАТТ-а, садржану у члану XX: наиме, ова листа има карактер „*exempli causa*“, и примена теста „циља и резултата“ значила би да држава увек може да се позове на „регулаторну намеру“ као оправдање за дискриминацију „сличних“ производа. Тиме би се заобишла примена члана XX ГАТТ-а и омогућило држави да одступи од одредаба Општег споразума о царинама и трговини, без обавезе испуњења услова садржаних у преамбули члана XX. На тај начин би се спречило остваривање регулаторне сврхе овог члана (члана XX ГАТТ-а).²⁰

Апелационо тело које је разматрало извештај панела у спору „Japan-Alcoholic Beverages II“ подржало је одбијање панела да примени тест регулаторне намере, односно тест „циља и резултата“ као критеријума установљавања „сличности“ производа, а у сврху испитивања услова за примену забране дискриминаторног третмана (установљене обавезом поштовања начела националног третмана из прве реченице члана III:2 ГАТТ-а).²¹

20 Видети: Report of the Panel, „Japan-Alcoholic Beverages II“, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/japan-alcohol\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanels/japan-alcohol(panel).pdf), §6.17-6.18.

21 Видети: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, *op. cit.*, стр. 32.

2.1.2. У односу на други услов чије је испуњење неопходно да би се сматрало да је мера у питању супротна првој реченици члана III:2 ГАТТ-а (услов да је увезени производ „оптерећенији“ и више опорезован, директно или индиректно унутрашњим порезима него што је то случај са домаћим производима) отворена су два питања.

Прво је: шта се сматра директним или индиректним опорезивањем путем унутрашњих пореза или домаћих накнада у смислу прве реченице члана III:2;

Друго је питање када се сматра да су ови порези већи од оних који се примењују и важе за домаће, „сличне производе“.

Када се ради о „унутрашњим порезима и накнадама“ из прве реченице члана III:2 ГАТТ-а, наведена формулација (е. „Internal taxes or other internal charges of any kind“) обухвата порезе и намете било које врсте који важе на унутрашњем, националном тржишту. Ове надокнаде укључују порез на додату вредност и акцизе. У ове надокнаде нису укључени порез на доходак и надокнаде које се плаћају приликом увоза.

Ширини обухваћених пореза и накнада чија се сагласност процењује у светлу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а доприноси и формулација која у ове порезе и накнаде укључује и намете који се примењују „директно“, али и „индиректно“ на сличне увезене производе. Пример „индиректних“ пореза и надокнада су фискална и друга давања наметнута у односу на финални производ: сировине и полупроизводи од којих се такав производ прави предмет су индиректног опорезивања (предмет директног опорезивања је финални производ).²² Панели и апелационо тело потврдили су овај приступ присутан у извештајима панела из „ГАТТ ере“. Панел који је поступао у спору „Mexico-Taxes on Soft Drinks“ заузео је став да неконзервирани шећерни заслађивачи, чињеницом да се безалкохолна пића посебно опорезују када се у њиховој производњи такви заслађивачи користе, јесу предмет „индиректног“ опорезивања.²³

У пракси ГАТТ панела има и примера када се одређена новчана обавеза није сматрала унутрашњим порезом или дажбином у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а.

Тако је ГАТТ панел који је поступао у спору „ЕЕС-Animal Feed Proteins“ заузео став да осигурање, односно гарантни депозит који даје купац

22 Видети: GATT Report of the Panel, „Japan-Alcoholic Beverages I (Japan-Custom Duties, Taxes and Labelling Practices on Imported Wines and Alcoholic Beverages)“, *op. cit.*, §5. 8.

23 Видети: Report of the Panel, „Mexico-Taxes on Soft Drinks (Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages)“, §8. 45.

биљних протеина, а чији је износ остајао органима Европске заједнице уколико такав купац не испуни обавезу да купи одређену количину млека у праху, није пореска обавеза у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а. Панел је сматрао да је обавеза уплате гарантног депозита само механизам за спровођење захтева за куповину одређене количине млека у праху: стога предмет испитивања конзистентности са одредбама ГАТТ-а не треба да буде тај сепаратни захтев (захтев за уплату гарантног депозита), већ мера којом се утврђује обавеза ове куповине.²⁴

Такође, ГАТТ панел који је поступао у спору „U.S-Tobacco“, сматрао је да одредбе релевантног закона САД којим се предвиђа обавеза плаћања бесповратних накнада за процену тржишта, као и обавеза прибављања додатних количина домаћег сировог и сушеног дувана, не могу бити квалификоване као унутрашњи порези или накнаде у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а. Ове одредбе имале су у конкретном случају карактер казнене одредбе због непоштовања захтева за „локалним учешћем“, односно куповином одређене количине домаћег дувана. Без таквог захтева, обавеза плаћања бесповратне надокнаде за процену тржишта нема сопствени и самостални разлог постојања.²⁵ Дакле, казнени финансијски намети нису „унутрашњи порез или надокнада“ у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а. Оваква регулатива предмет је анализе у светлу сагласности са одредбом члана III:4 Општег споразума о царинама и трговини, која је валидан правни основ њеног испитивања.

За просуђивање да ли одређена мера има карактер „унутрашњег пореза или накнаде“, у смислу прве реченице члана III:2 ГАТТ-а, без значаја је прокламовани регулаторни циљ мере чија се сагласност са релевантном одредбом анализира.²⁶ Панели и апелационо тело СТО не остављају могућност да се држава чланица ослободи одговорности за кршење обавезе из прве реченице члана III:2 позивањем на одређени правнополитички циљ: карактер мере процењује се према њеном стварном дејству на унутрашње тржиште и третман „сличних“ домаћих и страних производа. Пример оваквог приступа је став СТО панела у спору „Argen-

24 Видети: GATT Report of the Panel, „EEC-Animal Feed Proteins“, §4. 4.

25 Видети: GATT Report of the Panel, „U.S-Tobacco (United States-Measures Affecting the Importation, Internal Sale and Use of Tobacco)“. Предмет испитивања биле су четири мере које се тичу трговине дуваном: „Domestic Marketing Assesment“-DMA; „Budget Deficit Assesment“-BDA; „No Net Cost Assesment“-NNCA; „Inspection Fee Provisions“. Видети: <http://www.worldtradelaw.net/reports/gattpanels/ustobacco.pdf>, §80.

26 Видети: Report of the Panel, „Argentina-Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather“, [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanel/argentina-bovinehides\(panel\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtopanel/argentina-bovinehides(panel).pdf) (даље и: „Argentina-Hides and Leather“), §11.144.

tina-Hides and Leather“. Наиме, панел је одбио тврдњу Аргентине да мера која је била предмет спора има за правнополитички циљ остваривање вишег нивоа ефикасности пореске администрације, те да се као таква не може супсумирати под прву реченицу члана III:2 ГАТТ-а. Панел је сматрао да су „државе чланице слободне да, поштујући лимите утврђене чланом III:2, администрирају и сакупљају унутрашње порезе на начин који сматрају одговарајућим“.²⁷ Уколико се, међутим, такво администрирање и прикупљање спроводи у форми унутрашње надокнаде и примењује на производе, ове мере морају бити у складу са чланом III:2. Панел је сматрао да би супротан став о искључивању мера пореске администрације из поља деловања прве реченице члана III:2 суштински омогућио евазију од примене забране дискриминаторног третмана у односу на сличне производе (забране предвиђене чланом III ГАТТ-а).²⁸

Прва реченица члана III:2 санкционише не само више намете и унутрашње порезе којима је оптерећена увезена у односу на домаћу робу: наведена одредба крши се и мерама којима се спречава да увезени производ буде дистрибуиран на одређени начин који би омогућио да порез који се на његов промет плаћа буде мањи, или да се избегне. У овом случају суштински се ради се о плаћању вишег нивоа пореза у односу на ниво који би се плаћао на производ из увоза да такве дискриминаторне мере нема.²⁹

Друго питање на које је неопходно одговорити да би се сматрало да је испуњен други услов постојања супротности мере у питању са првом реченицом члана III:2 ГАТТ-а³⁰ (услов да је увезени производ „оптерећенији“ и више опорезован, директно или индиректно, унутрашњим порезима него што је то случај са домаћим производима), јесте дефинисати када и под којим условима се има сматрати да су унутрашњи порези и друге надокнаде виши од пореза и надокнада које се примењују и важе за „сличне“ домаће производе.

Из праксе панела и апелационог тела најпре се може закључити да је искључен услов „*de minimis*“: за постојање „*in excesso*“ унутрашњих пореза и намета неважан је интензитет који су ове мере имале на трговину (е. „Trade Effect Test“), те стога нема основа за примену „*de minimis*“ стандарда

27 При томе је панел упутио на ограничење које у овом смислу намеће члан X:3а) ГАТТ-а, који предвиђа да свака држава чланица има обавезу да на „једнообразан, непристрасан и правичан начин примењује све своје уредбе, законе и административне одлуке.“

28 Видети: Report of the Panel, „Argentina-Hides and Leather“, *op. cit.*, §11.144.

29 Видети: GATT Report of the Panel, „US-Malt Beverages“, *op. cit.*, §5. 21. i 5. 22.

30 Први је услов да се ради о „сличним производима“; видети излагање *surge* у овој тачки.

као квалификаторног критеријума (супротан став омогућио би да под удар забране из прве реченице члана III:2 ГАТТ-а не потпадну мере чији је ефекат на трговину занемарљив). Разлог искључења критеријума „*de minimis*“ лежи у регулаторном циљу члана III: њиме се штити очекивање држава чланица о постојању једнакости могућности на тржишту (е. „equal competitive relationship“) за увезену и домаћу робу. Стога је ирелевантно да ли је ефекат који различити порези имају на обим увоза производа „сличних“ домаћим значајан, мање значајан и да ли га уопште има.³¹

Искључење „*de minimis*“ критеријума не односи се само на ефекат који виши порези за увезену робу (у односу на порезе на „сличне“ домаће производе) имају на обим увоза. Оно се простире и на питање „временског“ оквира мере. Тако је панел који је поступао у спору „Argentina-Hides and Leather“ одбио да прихвати аргумент којим је Аргентина правдала став да мера којом је уведен виши ниво пореза за увезене производе не крши норму прве реченице члана III:2. ГАТТ-а (аргумент Аргентине био је да је оспорена мера важила само тридесет дана, те да је имала „*de minimis*“ трговински ефекат).³²

У извештају панела у спору „Argentina-Hides and Leather“ садржан је и принцип да се утврђивање „*in excesso*“ опорезивања увезених у односу на домаће производе одређује на бази стварног, а не номиналног пореског оптерећења. Панел је овакав став образложио подсећањем да је „*сврха прве реченице члана III:2 ГАТТ-а да обезбеди једнакост услова конкуренције увезених и сличних домаћих производа*“. Наведена одредба се, дакле, не тумачи у светлу висине пореских стопа *per se*. Уместо тога, анализа сагласности мере са захтевом прве реченице члана III:2 Општег споразума о царинама и трговини мора да обухвати истраживање да ли и у ком обиму мера у питању утиче на једнакост услова конкуренције увезених и сличних домаћих производа. Стога основ такве анализе мора бити упоређивање стварних, а не само номиналних пореских оптерећења. Став је панела да би супротан приступ омогућио да *de jure* нема дискриминације, а да *de facto* (и поред формално једнаких пореских стопа), увезени производи буду опорезовани „*in excesso*“ у односу на сличне домаће производе.

Панел је свој став илустровао могућношћу да се иста пореска стопа обрачунава различитом методом за установљавање пореске основе.³³ При томе се позвао на извештај ГАТТ панела у спору „Japan-Alcoholic Beverages I“, по коме „у евалуацији постојања или непостојања дискриминације на основу различитих пореских оптерећења, у обзир морају бити узете не само пореске

31 Видети: Appellate Body Report, „Japan-Alcoholic Beverages II“, *op. cit.*, стр. 16.

32 Видети: Report of the Panel, „Argentina-Hides and Leather“, *op. cit.*, §11.245.

33 Видети: Report of the Panel, „Argentina-Hides and Leather“, §11.182-11.183.

*стоје, већ и метод опорезивања (да ли се ради о директном опорезивању финалних производа или индиректном опорезивању путем различитог нивоа пореских намета на сировине коришћене током производње³⁴), као и правила о прикупљању пореза, попут метода дефинисања основе обрачуна пореске стопе“.*³⁵

Екстензивно тумачење појма „вишег нивоа пореза и надокнада од оног који се примењује и важи за сличне домаће производе“ илуструје и став панела у већ наведеном спору „Argentina-Hides and Leather“. Наиме, ни чињеница да држава увећане пореске намете на увезене производе (намете који важе у одређеним околностима), компензује таквим (чак и вишим) пореским оптерећењима у односу на домаће производе³⁶, не ослобађа је одговорности због кршења обавезе из прве реченице члана III:2 Општег споразума о царинама и трговини. Овакво балансирање није дозвољено: обавеза поштовања захтева из прве реченице члана III:2 односи се на сваку појединачну увозну трансакцију, а не на увоз робе у једну државу посматран као целина. У конкретном случају, Аргентини као туженој страни није помогла ни чињеница да су порези на домаћу робу (примењивани само у одређеним околностима), били 4%, односно за проценат виши него што су то били намети на увезену робу (примењивани у околностима када за домаћу робу таква пореска оптерећења не важе и за које је утврђено да су противни забрани из прве реченице члана III:2 ГАТТ-а).³⁷

Државе чланице које су земље у развоју, у начелу искључују обавезу поштовања принципа националног третмана у односу на највећи број сектора услуга. Чак и у случају да је прихваћена примена начела националног третмана, таква обавеза праћена је бројним и екстензивним ограничењима.³⁸

34 Видети: Report of the Panel, „Mexico-Taxes on Soft Drinks (Mexico-Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages)“, §8. 45 и излагање *supra* у овој тачки.

35 Видети: GATT Report of the Panel, „Japan—Alcoholic Beverages I“, §5.8.

36 Реч је о наметима који за домаћу робу важе под другим околностима него што су оне у којима су уведени увећани намети за увезену робу.

37 Видети: Report of the Panel, „Argentina-Hides and Leather“, §11. 260. Став о „партикуларном“ карактеру процене сагласности мере са првом реченицом члана III:2 ГАТТ-а, присутан је и у ставовима панела из „GATT ере“. Тако је ГАТТ панел који је поступао у спору „United States-Measures Affecting the Importation Internal Sale and Use of Tobacco“ изричито нагласио да „свака фунта дувана увезена у САД мора да има третман не мање повољан у односу на унутрашња пореска оптерећења дувана домаћег порекла“; видети: GATT Report of the Panel, „US-Tobacco“, *op. cit.*, §98.

38 Листа ограничења и услова које државе чланице постављају за признање националног третмана у односу на пружаоце услуга из других држава чланица

Литература/References

Dayong, Y. (2008). The Harmonized System - Amendments and Their Impact on WTO Members' Schedules. *WTO Staff Working Paper*. No. ERSD-2008-02. 1-25.

Wille, S. B. (1997). *Recapturing a Lost Opportunity: Article III:2 GATT 1994 Japan-Taxes on Alcoholic Beverages 1996*. Harvard Law School.

Meier, M. (1997). GATT, WTO, and the Environment: To What Extent Do GATT/WTO Rules Permit Member Nations to Protect the Environment When Doing So Adversely Affects Trade. *Colo. J. Int'l Env'tl. L. & Pol'y.* 8. 241-280.

Predrag Cvetkovic, LL.D.,
Full Professor,
Faculty of Law, University in Nis

***NATIONAL TREATMENT PRINCIPLE AS AN INSTRUMENT FOR
PREVENTION OF DISCRIMINATION IN CASE OF “LIKE” PRODUCTS“
IN THE GENERAL AGREEMENT ON TARIFFS AND TRADE***

Summary

In the system of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT), the principle of national treatment is contained in Article III. This article articulates the principle which stipulates that the measures for regulation of internal market shall not be applied with the ultimate result of granting the protection to domestic products by discrimination of imported ones. The foregoing principle is more thoroughly regulated in Article III: 2 of the GATT, which defines the conditions for applying the principle of national treatment to internal taxes and other remunerations. The first sentence of Article III: 2 concerns the prohibition of discriminatory treatment of “like” imported products by imposing internal taxes. The application of national treatment to “like” products is conditioned by a two-step cumulative test which aims to determine the consistency of the internal taxation measure with the provision of Article III: 2. This test, generated in the practice of dispute settlement system established within the World Trade Organization, includes the following questions: a) whether imported products and domestic products are “like” in the context of the first sentence of Article III: 2; and b) whether the imported product is more burdened with internal taxes than domestic products. If the answers to both questions are positive, there is a violation of the principle of national treatment (within the meaning of the first sentence of GATT Article III: 2).

Key words: *National Treatment, General Agreement on Tariffs and Trade, World Trade Organization.*

Др Милош Прица,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ОРИГИНАЛНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878103P

UDK: 340.12
Раđ примљен: 01.04.2018.
Раđ прихваћен: 11.05.2018.

ЈЕДИНСТВО ПРАВНОГ ПОРЕТКА КАО УСТАВНО НАЧЕЛО И ЗАКОНСКО УРЕЂИВАЊЕ ОБЛАСТИ ПРАВНОГ ПОРЕТКА – УЈЕДНО ИЗЛАГАЊЕ О УНУТРАШЊЕМ ПРАВНОМ СИСТЕМУ**

Апстракт: У чланку се разматра правни основ и значај примене јединства правног поретка као уставног начела приликом законског уређивања различитих области правног поретка. Полазећи од јуриспруденције Уставног суда Републике Србије о садржини и домаћају примене начела јединства правног поретка, у чланку смо изложили правни основ и карактеристике односа између системских, општих и посебних закона наспрам законског права као система, при чему се у раду посебна пажња посвећује утврђивању разлике између законског права као система, унутрашњег правног система и правног поретка. При томе смо, осим јединства правног поретка као уставног начела, следили и гледиште о лучењу закона у материјалном смислу од закона у формалном смислу, као и разлику између непосредне и супсидијарне примене општег закона. У следству научне критике нормативистичког поимања правног система, у чланку је предочена скица наше теорије о унутрашњем правном систему – засноване на правним облицима.

Кључне речи: јединство правног поретка као уставно начело, системски закон, општи закон, посебан закон, закон у материјалном смислу, закон у формалном смислу, непосредна примена општег закона, супсидијарна примена општег закона.

* pricamilos@prafak.ni.ac.rs

** Раđ је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1. Правни поредак, правни систем и законско право као систем

За присташе нормативистичког гледишта – које је општеприхваћено у нашој правној књижевности – право је првенствено систем правних норми, при чему се стварање права и правно уређивање виде као конкретизација општих правних норми. Наше је мишљење да право превасходно представља поредак субјеката и њима иманентних правотворачких извора, следствено чему правна норма представља један поред других елемената правног поретка. Шмит је значење правног поретка разумео боље од других: „За мишљење конкретног поретка, „поредак“, такође правно, није у првом реду правило или збир правила, него је, обрнуто, правило само саставни део и средство поретка. Сходно томе, мишљење норми и мишљење правила јесте ограничени, и то изведени, део целокупног и потпуног правнонаучног задатка и рада. Норма или правило не стварају поредак; напротив, она само на тлу и у оквиру неког датог поретка има извесну регулативну функцију с једном релативно малом мером у себи самосталног, од стања ствари независног важења. За чисто нормативистички метод, напротив, карактеристично је што норму или правило (насупротив одлуци или конкретном поретку) изолује и апсолутизује, проглашавајући га објективним и неличним – узвишеним.“ (Шмит, 2003: 9-10).

Категоријална детерминисаност права поретком уистину је резултат постојања различитих институционалних поредака под окриљем државе као правно-политичке заједнице, при чему на видело излази нераскидива повезаност између правног поретка и поредака у питању.¹ Генерално

1 Држава је тројство: просторне заједнице, основног институционалног поретка јавне власти и припадајуће им територије. Гледано према споља, територијалност је важно обележје државе, имајући у виду да се у односу на државу као основни просторни поредак јавља само једна држава као основна институција (суверена држава), оличена у врховној власти на датој територији. Но гледано изнутра, још је важнији ниво идентитета између државе као институције и просторне заједнице, а тај однос се пре свега препознаје кроз духовно-телеолошку садржину јавног поретка, изражену у јединству и наткриљујућој снази објективног духа. Треба поћи од тога да државу као основни просторни поредак оличава просторна заједница уоквирена делатношћу и духом својих градивних субјеката. Заједница у питању има своје градивне субјекте (човека као имаоца слободе, нацију, породицу, грађанско друштво и др.), сви они су повезани историјском судбином и прожимајућим дејством објективног духа, што је темељ на коме израста духовно-телеолошка садржина јавног поретка једне просторне заједнице. На делу је идеја о неограниченом трајању, идеја државе као субјекта историје. Стога, да би се разумела и исправно поставила доктрина о правној држави, морало би се подразумевати постојање трију институционалних поредака. То су: 1) просторна заједница као институционални поредак, 2) институционални поредак државне власти и 3) институционални поредак јавне власти (институционални јавни поредак као оваплоћење идеје владавине права). Држава као институција

узевши, правни поредак је устројство једне правно-политичке заједнице и бивство правно уређених односа између субјеката различитих институционалних поредака, детерминисаних правним принципима и правним нормама на темељу којих се остварује делатност дотичних субјеката. Спречити самовољу субјеката институционалних поредака – основни је смисао постојања правног поретка, дочим стварање правних правила не може до краја представљати конкретизацију општих правних норми, имајући у виду нужност да конкретно правно уређивање у материјалном смислу буде и ван закона и изнад закона.

У нашој правној књижевности уврежило се поимање правног система као хијерархијског (непосредног) система и правнонаучног система. Тако, Вукадиновић вели да правни систем постоји као „фактички“, под којим ауторка подразумева систем виших и нижих правних норми, и „научни“ – који представља систематизацију норми по „обележјима свога садржаја тј. врсти друштвених односа који су њима регулисани.“ (Вукадиновић, 2014: 25-34). С друге стране, Аксић учовава постојање појмовне димензије важећег права, али сопствено гледиште о разлици између система права и правног система Аксић излаже у координатама нормативистичког поимања права. (Аксић, 2000-2001:187-207). Нормативистичко поимање права нема у виду разликовање правног поретка и правног система,² при чему

(политичко-правна заједница) је тројство наведених институционалних поредака. (Прица, 2016: 23-26; 33-40).

2 Разликовање поретка и система је од огромног значаја и у погледу појмовног сагледавања државне и јавне власти. Да би се објаснио однос између државе и права, саобразно доктрини о владавини права, кључ лежи у разликовању централистичке и универзалистичке детерминације те у лучењу јединства власти од поделе власти. Централистичка детерминација („одређивање целине елементима“) је израз сталне органске и функционалне повезаности органа државне власти – оличење идеје државног јединства („статичне идеје државе“). Та веза се не успоставља правом и право не може у целости да одреди њен ток. Овде се може говорити о институционалном поретку државне власти и држави као органском систему. Општост и надлични карактер државне службе очитује идеју државног јединства. У функционалном смислу, ради се о старатељско-управној функцији владе и органа државне управе, и ток њихове делатности, духовне и физичке, не може се правом у целости зауздати. Оцена целисходности лежи у бићу те власти, као одраз потребе реаговања на ирационално и непредвидљиво у животу државе и просторне заједнице. (Петровић, 1980: 49-99.) Премда се делатност у питању испољава у погледу свих циљева правног поретка, нарочити нагласак ставља се на заштиту територијалне целовитости, јавног реда и мира и јавне безбедности, што је прворедни државни циљ и разлог постојања старатељско-управне функције (бића државне власти). Мото централистичке детерминације је јединство власти, у органској равни, и *ius inspectionis*, у функционалној. Овде је нужно испољавање државне власти, особито у погледу физичке делатности – када важи претпоставка легалности, оцена целисходности и непосредна извршивост предузетих

у делу правнога система дотично гледиште гледа на право као на правну норму а под правним системом подразумева систем правних норми. Такво гледиште, није основано, из неколико разлога.

Прво, опште правне норме у правно-логичком смислу јесу конкретизовани правни ставови произашли из правних одредаба (уставних, законских и подзаконских), важећи за неодређени број случајева и неодређени број лица, при чему је важно утврдити природу односа између општих правних норми, правних објеката, правних предмета и делатности субјеката правног поретка. Тако посматрано, постоје правни објекти у погледу којих се опште правне норме јављају као довршено и прецизирано правно биће, тако да субјективна права, правне дужности или делатност субјекта непосредно из општих правних норми произлазе (то су генералне правне ситуације). С друге стране, није мали број правних предмета у погледу којих опште правне норме као став требања – „оно што треба да буде“ – не представљају довршено и потпуно прецизирано правно биће, при чему постоје правни предмети у погледу којих општа правна норма не важи као примарно правно биће (диспозитивне правне норме) или законске норме важе као правни оквир који „ограничава и не ограничава“ делатност субјекта правног поретка (нпр. физичка делатност полиције поводом обезбеђивања јавног реда и мира). Из наведеног произлази да правно правило као прецизирани конкретизовани правни став („правно јест“) у односу на правни предмет може произлазити из општег правног акта али и из индивидуалног правног акта, што је основа за откривање и уобличавање правних ситуација, као правних облика који изражавају прецизирана и довршена правна бића у правном поретку. У погледу правног система, то дакако значи да се систематизовати једино могу правна правила као прецизирани правни ставови, следствено чему опште правне норме могу представљати предмет систематизације само када имају својство правних правила у наведеном значењу.

државних радњи. (Шмит, 2001: 307; 322.). Судска контрола делатности владе и управе нужно је ограничена, што значи да подела власти долази више као последица него као прокламовани циљ. Полазећи од свега наведеног, ваљало би разликовати теорију државе од теорије правне државе. Универзалистичка детерминација („одређивање елемената целином“) је повезивање субјеката правом, што је основа теорије о правој држави. За разлику од централистичке детерминације, мото универзалистичке детерминације није јединство власти, већ подела власти. За разлику од идеје система код централистичке детерминације, код универзалистичке детерминације на делу је идеја поретка. Примерице, институционални поредак локалне самоуправе (у погледу изворног делокруга) и институционални поредак државне власти спаја универзалистичка детерминација, тако да (де)централистичка детерминација постоји само у погледу поверених послова. (Прица, 2016: 36-40).

Правне ситуације су правни облици засновани на правним правилима у на-реченом смислу, из којих непосредно произлазе субјективна права, правне дужности те делатност субјеката правнога поретка. Правне ситуације се, према садржини, деле на генералне (опште), специјалне (посебне) и индивидуалне правне ситуације.³ Без правних ситуација разумевање права није могуће нити пак постојање објективног права, из два разлога. Прво, будући да правне ситуације представљају прецизирана (довршена) правна бића, као исправан пут систематизације у праву се може следити једино онај који се темељи на правним ситуацијама, а не на правним нормама. Друго, правне ситуације омогућавају да се одреде границе законодавчеве власти, у погледу забране ретроактивног дејства закона, а особито у погледу непосредног дејства закона. Поврх тога, с обзиром на то да се правне ситуације не успостављају само конкретизацијом општих правних норми, неосновано је правни поредак представљати у облику пирамиде правних норми поређаних по критеријуму правне снаге, што је гледиште својствено присталицама нормативистичког поимања права.⁴ Баш напротив, правни поредак је налик једном великом мноштву водотокова, у сталном току укрштања и везивања генералних, специјалних и индивидуалних правних ситуација, чиме се откривају правни институти као системи правних ситуација, што значи да је правни институт најнепосредније испољавање систематизације права у правном поретку.⁵

3 Примера ради, *habitatio* (лична службеност) установљена на основу уговора о купопродаји, ставља плодуживаоца у индивидуалну правну ситуацију, при чему је садржина ситуације у питању регулисана законом и представља генералну правну ситуацију. Плодуживалац у овоме случају своју ситуацију супротставља свима (опште правно дејство), закон може да промени садржину дотичне ситуације, али закон ситуацију не може да укине, што је доказ њеног индивидуалног карактера. Осим тога, промена права својине на непокретности неће утицати на промену ситуације о којој говоримо, али право допушта да титулар права својине и плодуживалац углаве престанак дотичне службености. Из тога произлази да је у том случају на делу једна специјална правна ситуација. (Прица, 2016: 66-78).

4 Присталице нормативистичког поимања права полазе од императивне садржине опште правне норме, подразумевајући да је императив нужни састојак садржине правне норме, што се не би могло рећи за норме („обећавајуће правне норме“) које под одређеним условима признају субјективна права – без истовременог утемељења правних дужности. Одавде долази да је у потоњем случају императив подлога правне норме, „наредба њеног важења“, али није део њене садржине. (Петровић, 1980: 76.)

5 Рецимо, приватна својина на непокретности се у правном поретку, по природи ствари, испољава као систем правних ситуација. Основна својинска овлашћења и основна стварноправна овлашћења представљају генералну правну ситуацију, али титуларево право својине на непокретности, проистекло из уговора о купопродаји, представља индивидуалну правну ситуацију, при чему правни режим својине на одређеној

Сагласно предоченом, начело законитости нема једнак домашај у свим областима правног поретка. Делатност највиших државних органа може да буде изнад закона (нпр. закључивање међународног уговора), доношење закона самог је израз политичке оцене целисходности једног од тих органа, али делатност у питању не би смела да иде изнад устава, чиме се одржава правни поредак. Даље, типичан грађанскоправни уговор не представља конкретизацију законских норми, следствено чему дотични уговор у материјалном смислу стоји ван закона, али својим дејством уговор не сме да повреди императивне законске норме, што је правило у корист очувања правног поретка. Осим тога, физичка делатност полиције наспрам очувања јавног реда и мира везана је законским нормама, али делатност у питању услед својих својстава не представља конкретизацију законских норми па се не би могло говорити о систему правног уређивања. Дакле, само када се језгро конкретног правног уређивања налази у законској норми и под условом да у погледу тог уређивања важи потпуна правна везаност, исправно је говорити о постојању система, што у ствари значи да се у различитим областима правног поретка развијају различити системи законског права. Повезаност између система законског права остварује се у мери развијања уставности, једнакости пред законом и правних начела владајућих у различитим областима правног поретка.

Научно посматрано, правни поредак садржи саставне градивне ентитете, без којих је незамислива продорност правнонаучне анализе стварања и конкретизације права.⁶ При томе, стварање права се не може разумети док се у обзир не узме разлика између „правностатичког“ и „правнодинамичког“ бића правног поретка. Правна начела, правни стандарди, правне норме и правна правила сачињавају регулативну правну грађу, док се као правотворачки извори (кауза и унутарња концепција правних аката) јављају разумска интерпретација правних правила и правних принципа, политичка оцена целисходности, управна оцена целисходности и слободна воља. Када стварање правних правила очитује континуитет настојања припадника правничког сталежа и посленика правне науке

непокретности подразумева читав сноп генералних, специјалних и индивидуалних правних ситуација. (Прица, 2016: 86-101).

6 То су: 1) правни субјект, 2) субјективно право, 3) правна дужност, 4) правни објект, 5) правни предмет; 6) правни акт, 7) државна радња, 8) правна радња, 9) правне чињенице. У односу на правни поредак, сви поменути елементи имају (конститутивни значај, па би било посве погрешно поменуте елементе смештати у хијерархијску табелу јер би то било исто као када би се у смислу људског организма оцењивало превасходство десне руке у односу на леву руку, онд. крвотока у односу на нервни систем и сл. Материју правног уређивања, по нашем мишљењу, сачињавају правна добра и правни интереси.

у правцу систематско-телеолошке интерпретације права – што је одлика правно развијених европских правних поредака – систематизација права заправо води ка препознавању правних облика, као вишег ступња развијености технике правног уређивања. Наше мишљење је да техника правног уређивања подразумева следеће правне облике: 1) непосредне динамичке: општи правни акти, индивидуални правни акти, државне и правне радње, и 2) непосредне статичке: правне ствари, правне ситуације и правни институти.

Одавде произлази да правни поредак подразумева однос између примарних и секундарних правних облика, што значи да постојање примарних и секундарних правних норми није довољно за очување правног поретка.⁷ За правни поредак подједнако су важна правна правила о апсолутним правним дужностима и правна правила која предвиђају гарантовану суштину субјективних права. Другачије казано, једнако су за правни поредак важне генералне правне ситуације (кривичног законика) о апсолутним правним дужностима (којима се постиже правна заштита основних правних добара) и генералне правне ситуације (непосредна примена уставних норми о људским правима) као основни правни статуси и зајемчена суштина субјективних права, а исте су важности правна правила која санкционишу повреду апсолутних правних дужности и правна правила о санкцији за повреду зајемчених субјективних права. За правни поредак доиста су даље важна правила о идентификацији правотворачких извора и начинима стварања права, правила о надлежности и делатности државних органа и ималаца јавних овлашћења, правила о решавању сукоба између субјеката правног поретка те правна правила о хијерархији општих правних аката. Суштина је да се под окриљем тако постављеног правног поретка развија мноштво различитих система правних правила. Однос примарних и секундарних датости правног поретка може се разумети само када се, поред правних норми и правних правила, узимају у обзир правне ствари и правне ситуације као облици технике правног уређивања. У том смислу, генералне правне ситуације о апсолутним правним дужностима су примарне, кривична ствар као предмет кривичног поступка је секундарна, али су норме законика о кривичном поступку од примарног значаја за

⁷ Расправа о примарним и секундарним правним нормама несумњиво има карактер продорне правнонаучне мисли, али је дотична расправа – будући укотвљена међ нормативистичким струјама правне мисли – успела само достићи тачку са које се види смисао разликовања правног поретка и правног система. (Јеринг, 1998: 152-153.); Харт, 2013: 140-141 и дд); (Бобио, 1988: 69 и дд); (Келзен, 1951, стр. 71). У нашој правној књижевности поглавито је разматрана правно-логичка (логичко-семантичка) структура правне норме без улажења у анализу различитих области правног поретка. (Лукић, 1958, 80-99); Висковић, 1981, 165-182).

постојање правног поретка. Исто тако, посебне (специјалне) правне ситуације приватног права су примарне, парнична ствар је секундарна, али су диспозитивне норме облигационог законодавства од примарне важности за постојање правног поретка итд. Поврх свега тога, као доказ немогућности разматрања односа примарног и секундарног у правном поретку само у светлу правних норми – служе правна начела, имајући у виду да су правна начела примарна у односу на правне норме, што ћемо доцније показати на примеру јединства правног поретка као уставног начела.

Умајући све ово у виду, развијеност једног правног поретка условљена је образовањем тзв. унутрашњег правног система (Larenz, 1991: 457; Canaris, 1983: 48; Петровић, 2015: 154), до чега долази на тачкама сусретања супротстављених ентитета и система под окриљем правног поретка. Унутрашњи правни систем се поглавито развија у јудикатури, као један правнонаучни систем изражен правним ставовима и правним схватањима са зрачећим дејством на правну свест у правном поретку.⁸ Правни систем је тоталитет правних ставова, правних схватања и правних појмова етаблираних у (духовним) областима правног поретка. Стварање правних појмова наспрам правног поретка долази као резултат делатности правних научника, с једне стране, делатности у систему универзитетског правничког образовања, с друге, и припадника правничког staleжа у регулативном правном поретку, с треће стране. Уопштено узевши, правна свест је тачка укрштања поменутих система, а однос система у питању подлеже различитим методима и циљевима. У каквој су вези правни поредак и унутрашњи правни систем, то зависи од природе и домашаја непосредног присуства правне науке у процесу стварања и конкретизације права. У идеалном облику, правнонаучном делатношћу се изграђује унутрашњи систем правних ставова, правних схватања и правних појмова

8 Развој европских континенталних правних поредака у периоду након Француске револуције обележава настојање да се развије јуриспруденција, што је у ствари израз потребе да стварање и примену права обогати правно мишљење, да би се изнад појединачног разумело опште одн. да би се иза појединости откриле целине. Те целине заправо су правни појмови. Непосредна заступљеност правног мишљења у процесу стварања и примене права је темељ на којем и теоријска јуриспруденција подиже своју појмовну зграду. Правно мишљење не мора у знатној мери бити непосредно заступљено у регулативном правном поретку, може унутардржавно право функционисати као ток стварања и примене правних норми, али поставка о значају правног мишљења у процесу правног уређивања је огледало постојаности права, па самим тим и његове развијености. То што данас говоримо о немачком и француском праву као „зрачећим континенталним правним поретцима“, мањим делом разлог је у непосредном утицају материјалног и процесног права на друге правне поретке, а много је више разлог томе снага немачке и француске јуриспруденције, особито оне настале у судским пресудама, што је јасан показатељ значаја правне свести и појмовне сфере права.

у оквиру правног поретка. Другим речима, у том случају развој правне свести утицаће да се унутрашњи правни систем развије као чврсто језгро правног поретка. При свему томе, веома је важно разликовати методе и циљеве универзитетских правних дисциплина у разумевању правних појмова и методе и циљеве правнонаучног разумевања правних појмова.⁹

Из дојакошњих разматрања било би важно закључити да постоји неколико димензија правног система, под окриљем правног поретка или у чистој правнонаучној равни. Прво, најјачи израз правног система под окриљем правног поретка јесте уставноправни систем: утемељен на уставу у фор-

⁹ То се најбоље може видети на примеру тзв. правних грана, које су важна карактеристика универзитетског правничког образовања али су, с друге стране, правне гране несасгласне природи правнонаучног разматрања позитивног права. Правне гране јесу део система универзитетског правничког образовања, као израз потребе да се материја права прикаже аналитички – по својим битним саставним деловима. Следствено томе, постоје правне наставне дисциплине, усредсређене на језгро правних појмова. Но, појмови настали у следству правно-образовне дидактике, због свог обима и мисаоне дубине, не могу се сматрати правнонаучним појмовима, јер се правнонаучна мисао мора кретати у контра смеру, од анализе ка синтези, како би се правни појмови – подељени и стављени под окриље наставних предмета – сагледали у тоталитету као делови јединствених правних појава. Другим речима, факултетско правно образовање нужно захтева да се правне појаве поделе у делове, те да се делови ставе под окриље различитих правних предмета, док правна наука настоји да правну појаву сагледава у тоталитету – дајући појам правне појаве као целине. У средишту пажње универзитетских правних дисциплина леже само језгра правних института, дочим правна наука истражује целину правних института. Имајући то у виду, није у природи ствари да се правнонаучно сазнавање права омеђи домашајем универзитетске правне дисциплине. Штавише, због правној науци иманентне тежње ка синтези прворедних појмова и правних појава правног поретка, образовање другоредних правних појмова захтева неизоставно улажење у све правне области, разуме се и у биће државног живота и државних циљева. Стога би било неопходно одбацити степенасто образовање правног система оличено у тзв. пирамидалној структури правног система, „одоздо“ ка „врху“, при којем гледишту се правни појмови стављају у оквир линерано постављених узлазних и низлазних линија, тако што се нижи правни појмови уливају у више правне појмове: уговор (правни институт), облигационо право (правна грана), приватно право (правна област), правни систем као тоталитет и врх појмовне пирамиде. Дотично становиште иде за тим да на исти начин утврди структуру правне науке: специјална правна наука (наука облигационог права), виша правна наука (приватноправна наука) те општа теорија права као општа правна наука. По нама, правни институт стоји у сржи правнонаучног сазнавања права, дочим је неодрживо становиште о тзв. пирамидалној структури правног система. Јер образовање правног института као правног појма по правилу изискује улажење у све регионе права и државе. Важно је имати у виду да и правни институт може изражавати појмовне линије различитих степена. Поменуте појмовне линије није могуће утврдити уколико би се следила дотична „пирамидална структура правног система“ (правне науке).

малном смислу и уставности чија се садржина обликује и развија ауторитетом систематско-телеолошке интерпретације Уставног суда. Друго, правни систем у непосредном облику почива на правним правилима као довршеном и прецизираном правном бићу и његов израз су правни институти као системи правних ситуација. Треће, правни систем је друго име за унутрашњи правни систем правних ставова, правних схватања и правних појмова усвојених и општеприхваћених у процесу стварања и конкретизације права – у судској јуриспруденцији и правној свести субјекта правног поретка. Напослетку, израз правнога система свакако јесу различити системи законског права који се успостављају у различитим областима правног поретка (грађанско законодавство, кривично законодавство, управно процесно законодавство и др.), као системи укоренењени на различитим правним принципима, што ће потврдити наша каснија анализа односа између системских, општих и посебних закона.

У чистој правнонаучној равни, правна књижевност и правна свест јесу пребивалиште правног система као целине правних појмова заступљених на одређеном правном подручју. Тако гледано, правни систем је одредница којом се означава духовно прегнуће усредоточено на спознају и теоријско разумевање права, следствено чему се под правним системом у нареченом смислу подразумева тоталитет правних појмова заступљених у јуриспруденцији и правној свести подручја једне правно-политичке заједнице или шире – под окриљем породица више правних поредака који припадају истом тзв. великом правном систему. Уз то, правни системом би било исправно означавати постигнуће целовитог теоријског сагледавања права, као одговарајуће теоријске поставке систематизованих правних појмова једног правног мислиоца. Наша теоријска поставка, у том смислу, истиче значај правних облика, под којим подразумевамо: 1) правне ствари (законске, политичке, грађанске, управне и судске) (Прица, 2016: 52-66, 2) правне ситуације (генералне, специјалне и индивидуалне) (Прица, 2016: 66-78) и 3) правне институте (непосредне и више) (Прица, 2016: 78-82). Правнонаучни систем се открива и изграђује на темељу правних облика, као систем правних ситуација и правних института – њихових основних и посебних облика.¹⁰

10 Били тога свесни или не, поимање права суштински је условљено правном свешћу правника, то јест, поимањем правника о начину на који се право уобличује – ствара и примењује, па у том смислу свест правника може да буде и испод и изнад формалних извора права. Нижи ниво развијености права јавља се као чисто нормативистичко гледиште, стављено у чврст оквир формалних извора права, по којем је право исто што и правна норма. При поменутој доктрини истинско правно мишљење се готово и не препознаје, а делатност правника је у служби законодавне технике, и то је правило које важи у трима раније поменутих системима. Виши ниво развијености права

Наше ће настојање бити да у продужетку покажемо да законско право својство система получаје захваљујући правним начелима и градивним правним правилима, при чему се однос између различитих система законског права непосредно успоставља путем систематско-телеолошког испитивања међусобног утицаја законских норми и правних принципа владајућих у различитим областима правног поретка. Притом, предмет разматрања биће и међусобни однос између закона важећих у истој области правног поретка, из чега ће произаћи закључак о постојању системских (основних) закона, општих закона и посебних закона у правном поретку. Управо различите категорије закона у истој области правног поретка – имајући у виду да се закони не могу стављати у хијерархијску табелу правне снаге – белодано сведоче немогућност уобличења правног система као система правних норми разврстаних према критеријуму њихове правне снаге.

2. Јединство правног поретка као уставно начело у јуриспруденцији Уставног суда Републике Србије и законско право као систем. Системски, општи и посебни закони

У правном поретку савремене државе на снази је велика криза законског права и законодавства, у истој мери у којој постоји криза парламентарне представничке демократије. Услед покровитељства политичких странака над државом и снажно набујале страначке протекције, упитно је постојање закона као израза опште воље те и збиљска утемељеност закона у материјалном смислу. Петровић је с тим у вези изрекао знаковиту мисао: „...оне странке Запада које данас држе власт или имају изгледе да дођу на власт, због своје неолибералне оријентације (све су то странке „левог“ и „десног“ „центра“) не разликују се више у погледу схватања садржине општег добра, но ипак довољно у погледу средстава његовог остваривања, да би окупиле бирачке масе ...и могле да остваре битну функцију демократије у правној држави с дифузном влашћу – што већу циркулацију професионалних политичара уз истовремену непроменљивост главних носилаца индиректне власти.“ (Петровић, 2010: 292-293)

Правно посматрано, развијање концепта тзв. интервенционистичке правне државе исходовао је значајне промене у погледу појма закона,

долази као континуитет настојања правног сталеза и посленика правне науке у правцу систематско-телеолошке интерпретације права, што је пут који доводи до сазнања да је норма један поред других регулативних састојака правног поретка, а систематизација регулативних састојака води ка препознавању правних облика и њихових ужих и ширих целина.

његове природе и садржине законског правног уређивања. Прво, у поретку „либералне правне државе“ (настаје крајем 18. и у свом изворном облику битише до Великога рата) подразумевало се постојање закона у материјалном смислу, док се данас у правном поретку јављају закони у формалном смислу, који у суштинском значењу не могу да буду израз опште воље и општег добра.¹¹

Закон у материјалном смислу јесте правна норма или правни пропис, одређење онога „што по праву треба да буде за свакога“. (Шмит, 2011: 314). „Општа и апстрактна правна одредба је закон у материјалном смислу. Индивидуална и конкретна правна одредба је закон у формалном смислу ако проиходи од законодавног органа. С тачке материјалнога становишта, она је, према околностима, управни или судски акт.“ (Петровић, Прица, 2014:11). Код појма закона у формалном смислу – закон је форма којом се у погон стављају конкретизоване заповести у посебним случајевима. Лабанд каже: „Државне радње јесу, тако, обично операције које могу да се састоје од читавога ланца појединих радњи. И тежиште не лежи на завршним карикама тог ланца, којима се коначно постиже успех, него на иницијалној радњи која све остале има за последицу. Државна се радња с тога може извршавати дугим низом наредаба које се унутар самога управног апарата даље разгранављују, пресађују, преображавају у детаљне прописе, подстичу допунске правилнике нижих места итд., да би се тек у завршној тачки преокренуле у радње које развијају деловање према споља...Један закон који налаже изградњу каквога канала, какве железнице, једне тврђаве, или наређује подизање одређенога зајма, почетак је комплекса радњи којима треба да се постигне одређени успех, и због тога је, у материјалном смислу, управни акт.“ (Laband, 1911: 180; Петровић, 2010: 60).

Друго, у данашњим правним поретцима дошло је до прихватања и снажног ширења доктрине о непосредном законском уређивању у свим областима правног поретка, чиме начело законитости у материјалном смислу потискује грађанско друштво и аутономију субјеката просторне заједнице, следствено чему се сужава поље аутономног дефинисања правних ставова под окриљем грађанскога друштва. У поретку „либералне правне државе“

11 Карактер посебног закона и закона у формалном смислу има Закон о подстицању грађевинске индустрије Републике Србије у условима економске кризе („Сл. гласник РС“, бр. 45/10, 99/11 и 121/12). Уставни суд је разматрао уставност дотичнога закона, нашавши да његовим одредбама није учињена повреда јединства правног поретка наспрам правних начела Закона о јавним набавкама („Службени гласник РС“, бр. 116/08). I УЗ-1061/2010 од 13.03.2013. године. Карактер посебног закона у нареченом смислу има Закон о утврђивању јавног интереса и посебним поступцима експропријације и издавања грађевинске дозволе ради реализације пројекта „Београд на води“ („Сл. гласник РС“ бр. 34/2015 и 103/2015), чије ћемо одредбе разматрати у засебном чланку.

такво стање се не би могло ни замислити, неколи прихватити, особито имајући у виду да је доношење грађанских законика замишљено као оваплоћење аутономије грађанског друштва, а постојање грађанског друштва и данас представља неопходну претпоставку, не само за слободан развој личности и слободу уопште, већ и за спонтано испољавање јавности – преваходно у поступку доношења закона. Уосталом, обликовање јавности у нареченом смислу представља услов за постојање демократског друштва!

Напоследку, услед снажне пролиферације прописа (закона и подзаконских аката), у правним поретцима савремених држава правну снагу задобија мноштво законских норми и закона различитих, при чему је у великом броју данашњих држава на делу непостојаност законског права, имајући у виду да се постојећи закони подвргавају режиму сталног нестајања и настајања (изменама и допунама). С обзиром на то, осим критеријума правне снаге у односу општих правних аката, као веома важно се наметнуло питање међусобног односа закона у истој или различитим областима правног поретка. Закони се не могу смештати у хијерархијску табелу правне снаге, дочим је веома важно одрећи могућност испољавања самовоље законодавца. Управо онемогућавање самовоље законодавца – која се може остварити лакше у односу на било коју другу у правном поретку – те везивање законодавца уставношћу али и другим правним принципима – представља основу за доктринарну изградњу јединства правног поретка као уставног начела.

Уставни суд Републике Србије (даље: Уставни суд) је правни став везано за јединство правног поретка као уставно начело заузео у својој Одлуци IУЗ-231/2009 од 22. јула 2010. године („Службени гласник РС”, број 89/10).¹² Правни став Уставног суда гласи: „Полазећи од одредбе члана 4. став. 1. Устава која утврђује начело јединственог правног поретка, као један од основних принципа на којима почива уставноправни систем Републике Србије, Уставни суд указује да иако важећи правни систем у Републици не прави разлику између тзв. органских, основних или других закона који имају јачу правну снагу од осталих, „обичних“ закона, што има за последицу да, сагласно одредби члана 167. Устава, Уставни суд није надлежан да цени међусобну сагласност закона, уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду

12 У питању је правни предмет у којем је Уставни суд установио да је изменама и допунама Закона о јавном информисању („Сл. гласник РС“ бр. 71/09) наступила повреда јединства правног поретка на штету система законског уређивања привредних престапа проистеклог Закона о привредним преступима („Сл. гласник РС“ бр. 101/2005). IУЗ-231/2009 од 22. 07. 2010. године.

испоштовани и у посебним законима, осим ако је тим системским законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања.¹³ Занимљиво је навести да становиште Уставног суда критикују Петров и Симовић (Петров, Симовић, 2014: 124-125), дочим се с наше стране поменуто становиште оцењује као веома важно за функционисање правног поретка, законског права као система и унутрашњег правног система. При томе је важно разликовати испитивање односа између закона који регулишу различите области правног поретка, од ситуације када се испитује однос између закона у истој области правног поретка.

Системски закони су они закони који на целовит начин уређују једну област правног поретка, док посебни закони то не чине. Уставни суд је стао на правно становиште да „уставно начело јединства правног поретка подразумева међусобну усклађеност свих правних прописа у оквиру правног система Републике Србије, што начелно искључује могућност да се законом којим се уређује једна правна област могу мењати, односно допуњавати поједина законска решења садржана у закону којим се уређује друга правна област“ (ИУз – 225/2005 од 19.4.2012.). У предоченом значењу, јединство правног поретка у поступку оцене уставности може подразумевати систематско-телеолошко испитивање двају (системских) закона из различитих области правног поретка, што је једна ситуација, док друга ситуација подразумева испитивање односа између системског (основног) закона који је уредио област правног поретка на целовит начин и закона који према системском стоји у односу посебног према општем. Посебан закон према општем закону може стајати у режиму правне подређености али и у режиму правне упућености, из чега произлази разлика између непосредне и супсидијарне примене општег закона. Један системски закон према другом системском закону може стајати у односу посебног закона према општем закону али само у смислу правне упућености, нипошто у режиму правне подређености. Наведене чињенице чине оправданим употребу трију израза за означавање правног карактера закона: (1) системски (основни) закон, (2) општи закон и (3) посебан закон.

Везаност обимом расправе не допушта нам да изложимо све одлуке Уставног суда, с тим да је овде важно ослонити се на јуриспруденцију Уставног суда онолико колико је потребно за разумевање смисла јединства правног поретка као уставног начела. У погледу односа између закона из различитих области правног поретка, Уставни суд је, руководећи се уставним начелом јединства правног поретка, утврђеног одредбама члана 4 став 1 и члана 194 став 1 Устава, испитивао однос одредаба члана 38а Закона о порезима на имовину („Службени гласник РС“, бр. 26/01, 45/02,

13 ИУЗ-225/2005 од 19. 04. 2012. године.

80/02 и 135/04) и правних правила Закона о основама својинскоправних односа („Службени гласник РС“, бр. 6/80 и 36/90) и („Службени гласник РС“, број 29/06). У овом правном предмету, поставило се питање односа између двају законских система, имајући у виду да су утврђивање и наплата пореза на имовину, на целовит начин регулисани потпуно одвојено предметним Законом о порезима на имовину, сагласно овлашћењу из чл. 97 тачка 6 Устава, према коме Република Србија уређује и обезбеђује порески систем, док су услови за стицање права својине и остала правила о преносу права својине на непокретностима уређена на систематски начин, Законом о основама својинскоправних односа којим се уређују својински односи, сагласно овлашћењу из члана 97 тачка 7 Устава. У овој правној ствари Уставни суд је установио повреду јединства правног поретка – одредбама једног системског закона на штету основних правних принципа и правних правила другог системског закона, са следећим образложењем: „На основу резултата целокупног поступка спроведеног пред Уставним судом утврђено је да се оспореном одредбом члана 38а Закона о порезима на имовину којом је прописано да се упис права на непокретности у земљишним, катастарским и другим јавним књигама не може вршити без доказа о плаћеном порезу на пренос апсолутних права, односно плаћеном порезу на наслеђе и поклон прописује, мимо услова прописаних Законом о основама својинскоправних односа, додатни услов за стицање права својине на непокретности и на тај начин ограничава Уставом зајемчено право на имовину утврђено одредбама члана 58. Устава. ...како је оспореном одредбом члана 38а Закона о порезима на имовину прописан још један услов који треба да се реализује у временском интервалу између закључења пуноважног уговора и уписа у јавне књиге – а то је плаћање пореза на пренос апсолутних права, Уставни суд оцељује да је таквим прописивањем ускраћено право купцу да изврши упис права својине у јавне књиге и тако постане власник предметне непокретности.“¹⁴ Уз то, утврђивање постојања повреде начела јединства правног поретка у односу на један систем законског права може одредити да се у поступку оцене уставности разматрају одредбе неколико (системских) закона.¹⁵

14 IУз-225/2005, од 8.6.2012. године. Пажње је заслужно образложење Уставног суда у предмету оцене односа Закона о радиодифузији и Закона о заштити националних мањина: IУз-27/2011, од 6.11.2013.

15 Реч је о правном предмету оцене уставности Закона о кинематографији, у којем је Уставни суд разматрао однос одредаба неколико закона: Закона о кинематографији („Сл. гласник РС“ бр. 99/2011 и 2/2012), Закона о култури („Сл. гласник РС“, бр. 72/09), Закона о електронским комуникацијама („Сл. гласник РС“, бр. 44/10) и Закона о радиодифузији („Сл. гласник РС“, бр. 42/02, 97/04, 76/05, 79/05, 62/06, 85/06, 86/06 – и 41/09), којом приликом је Уставни суд установио повреду јединства правног поретка, учињену одредбама Закона о кинематографији. IУЗ-128/2012 од 03.04.2014. године.

У погледу односа посебног закона према општем закону, Уставни суд је у више наврата разматрао режим правне подређености посебног закона према општем (системском) закону. Основно гледиште Уставног суда тим поводом гласи: „...да би одређени закон садржавао посебна правила и правне изузетке у односу на системске законе у одређеној области, законодавац са становишта Устава и правног поретка Републике Србије мора преиспитати у поступку прописивања тих посебних правила и правних изузетака испуњеност одређених предуслова. То је, пре свега, постојање оправдане потребе и легитимног циља на коме се заснива одступање од општих, системских правних правила у одређеним успостављеним друштвеним односима у конкретној области. Даље, прецизно се мора сагледати да ли се посебна правила и правни изузеци у потпуности ослањају на системска правила, тако да се у целини посматрано општа правила из системског закона могу несметано применити на сва питања која нису обухваћена и посебно уређена на изузетан, посебан начин. И на крају, мора се сагледати и да ли су посебна правила и правни изузеци у складу са Уставом и целокупним правним системом Републике Србије. Само на тај начин може се успоставити однос тзв. системских закона и тзв. посебних закона који уређују посебна правила и изузетке на начин који не угрожава јединство правног поретка, правну сигурност и остваривање Уставом зајемчених права и слобода.“¹⁶ Предочено гледиште је веома значајно, посебно имајући у виду да се као посебан може усвојити закон у формалном смислу, који по себи није неуставан. Зато је важно да посебан закон буде сагласан како Уставу тако и системском (основном) закону јер у противном није могуће обезбедити једнакост пред законом и очување правног поретка.

Однос општег (системског) и посебног закона, Уставни суд је разматрао у поступку оцене одредбе члана 3 став 1 Закона о висини стопе затезне камате („Службени гласник СРЈ“, бр. 9/01), у делу примене тзв. конформне методе. Оцена је Уставног суда у овоме предмету била да наведена одредба није у сагласности са Уставом, имајући у виду њену несагласност са основним правним начелима Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, 57/89 и „Службени лист СРЈ“, бр.31/93), чиме је повређено јединство правног поретка као уставно начело. Образложење Уставног суда гласи: „...Уставни суд налази да је одредбом члана 279. став 1. Закона о облигационим односима забрањено да се на доспелу, а неисплаћену уговорену или затезну камату, као и на друга доспела повремена новчана давања обрачунава затезна камата, изузев када је то законом одређено. Међутим, у ситуацији када се затезна камата обрачунава конформном методом за обрачунски период који је дужи од

16 ИУз-27/2011 од 6. 11. 2013. године.

периода за који је прописана стопа затезне камате, у пракси се тада доспела камата за период прописане каматне стопе приписује главном дугу и тако чини основицу за обрачун камате у наредном периоду по важећој каматној стопи за тај месец. Оваква примена конформне методе у материји обрачуна затезне камате значи да приписивање камате главници представља у поменутиим случајевима обрачун камате на камату, што је супротно начелу анатоцизма прописаног одредбом члана 279. став 1. Закона о облигационим односима. ...Све у свему, Уставни суд је закључио да се оспореном одредбом Закона о висини стопе затезне камате суспендује генерално правило из Закона о облигационом односима о забрани анатоцизма у материји обрачуна камата, а искључује се и примена других основних правних начела садржаних у Закону о облигационим односима (начело монетарног номинализма, начело лимита камате, забране злоупотребе права), као и других општих правних принципа и темељних вредности заштићених Уставом (принцип владавине права, социјалне правде, правне сигурности и др.), чиме се повређује начело јединства правног поретка...¹⁷

Као веома важно у испитивању јединства правног поретка као уставног начела, Уставни суд узима одредбе општег (системског) закона које допуштају могућност да се посебним законом поједина питања по природи ствари другачије уреде. То, међутим, не спречава Уставни суд да одредбе посебног закона не подвргне систематско-телеолошкој оцени наспрам правних принципа и градивних правних правила општег закона. Узимајући наведено у обзир, илустративан је извод из образложења једне одлуке Уставног суда: „Уставни суд је стао на становиште да, иако је чланом 1. став 2. Закона о државним службеницима прописано да се поједина права и дужности државних службеника у појединим државним органима могу посебним законом уредити и другачије ако то произлази из природе њиховог посла, оспорено решење из чл. 38. Закона не може представљати овакво законом допуштено одступање од системских решења, јер се, у конкретном случају не ради о одређеним правима и дужностима државних службеника која произлазе из специфичне природе посла државног органа у коме су запослени, већ о регулисању начина престанка рада на положају државних службеника у министарствима и посебним организацијама у одређеном временском периоду, без обзира на природу послова које обављају.“¹⁸ С тим у вези, Уставни суд је у једној одлуци обелоданио веома важан правни став у погледу испитивања законског основа за доношење посебног закона: „...имајући у виду да уставно начело јединства правног поретка налаже да основни принципи и правни институти предвиђени

17 IУз – 82/2009 од 27. јула 2012. године.

18 IУз-920/2012 од 27.03.2014.

законима којима се на системски начин уређује једна област друштвених односа буду поштовани и у посебним законима, па и у случају када је системски законом изричито прописана могућност другачијег уређивања истих питања;“ (подвукао М.П.); (I Уз-17/2011 од 25. јуна 2013. године). Одавде произлази да Уставни суд у испитивању јединства правног поретка као уставног начела не следи само језичко тумачење, већ превасходно користи систематско-телеолошку анализу дејства правних правила посебног закона у односу на правне принципе и градивна правила општег закона.

Дошло смо до тачке са које се може уочити да законско право својство система получује захваљујући правним начелима и градивним правним правилима, при чему се однос између различитих система законског права непосредно успоставља путем систематско-телеолошког испитивања међусобног утицаја законских норми и правних принципа владајућих у различитим областима правног поретка. Управо различите категорије закона у истој области правног поретка – имајући у виду да се закони не могу стављати у хијерархијску табелу правне снаге – белодано сведоче немогућност уобличења правног система као система правних норми разврстаних према критеријуму њихове правне снаге. Јединство правног поретка као уставно начело, властити смисао црпе из потребе обезбеђивања да различити системи законског права не угрозе уставност, једнакост пред законом и правна начела владајућа у различитим областима правног поретка, што би требало да обезбеди очување правног поретка. С друге стране, јединство правног поретка као систематско-телеолошко повезивање закона, конкретизацијом правних начела у истој или различитим областима правног поретка, представља само полазиште за изградњу унутрашњег правног система. Јер, уобличавање унутрашњег правног система се постиже систематско-телеолошким повезивањем правних ситуација у типичним правним предметима, дефинисањем правних (супстанцијалних) ставова и правних (телеолошких) схватања.

Примерице, закон о експропријацији је системски (општи) закон који уређује заснивање неколико правних института, а само један од тих института (експропријација у материјалном смислу) остаје у правном режиму нормираном одредбама закона о експропријацији. Тако, службености у општем интересу (административне службености) се успостављају у поступку експропријације али се службености у питању надаље уподобљавају правном режиму службености, који уређује Закон о основама својинскоправних односа, као општи закон за све службености у правном поретку. То значи да административне службености према типичним грађанскоправним службеностима стоје у односу посебног правног инсти-

тута према општем правном институту. С друге стране, на закуп у општем интересу, који се заснива у поступку експропријације, не може се применити правни режим закупа као правног института проистеклог из Закона о облигационим односима, имајући у виду да је наш системски закон о облигационим односима искључио могућност примене својих одредаба на закупе уређене посебним прописима (чл. 568 Закона о облигационим односима). Дакле, административни закуп је посебан правни институт који не може према типичном грађанскоправном закупу стајати у односу посебног правног института према општем правном институту. Правничко резонување које овде следимо читује систематско-телеолошко тумачење правних предмета и њихово повезивање према правном основу, до којег повезивања се не би могло доћи само путем језичког тумачења њиховог законског основа.

Један системски закон може у правном поретку стајати према другом системском закону у односу посебног закона према општем закону – само у режиму правне упућености одн. супсидијарне примене другог системског (општер) закона. Такав пример нуди нам Закон о општем управном поступку („Сл. гласник РС“ бр. 18/2016) који предвиђа (чл. 26) супсидијарну примену одредаба Закона о облигационим односима везано за правни режим управних уговора, а разлог упућивања на системски закон о облигационим односима јесте попуњавање правних празнина у уређивању управног уговора као посебног правног института. Будући да се Законом о општем управном поступку поводом управних уговора утеловљује судска заштита у управном спору, *ratio legis* је да се управни уговор развија као самосталан правни институт, под окриљем императивних законских норми у различитим областима правног поретка и са супсидијарном применом Закона о облигационим односима. Разуме се, на управном и грађанском правосуђу је задатак непосредног доктринарног дефинисања управног уговора као правног института – откривањем и дефинисањем типичних правних предмета (правних ствари) и правних ситуација – на тремећи законског уређивања управних уговора између (1) материјалноправних законских одредаба о управним уговорима у различитим областима правног поретка, (2) одредаба Закона о општем управном поступку и (3) одредаба Закона о облигационим односима.

С друге стране, Закон о општем управном поступку има карактер општег процесног закона са непосредном применом у свим управним областима, при чему се овим законом прецизира основ за доношење посебних закона: „(1) Овај закон примењује се на поступање у свим управним стварима. (2) Поједина питања управног поступка могу посебним законом да се уреде само ако је то у појединим управним областима неопходно, ако је то у са-

гласности са основним начелима одређеним овим законом и не смањује ниво заштите права и правних интереса странака зајемчених овим законом.“ (чл. 3 Закона о општем управном поступку – „Сл. гласник РС“ бр. 18/2016).¹⁹ То значи да у овом примеру важи режим правне надређености општег закона над посебним законима.²⁰ Одавде даље произлази да се однос између Закона о општем управном поступку и посебних закона који регулишу управне области не испитује само у поступку оцене уставности и законитости,²¹ већ је на испитивање тога односа, у следству непосредне примене општег закона, позван сваки доносилац управног акта, а особито Управни суд приликом решавања тзв. управних спорова. Разлог томе је у чињеници да наш важећи Закон о општем управном поступку има непосредну примену – у погледу општих правних начела и гарантованог нивоа заштите права и правних интереса странака – у свим управним областима и свим управним стварима, следствено чему је погрешно говорити о супсидијарној примени општег процесног закона у управним областима. У чему је невоља у нашем правном поретку везано за однос општег и посебних закона у управним областима? У томе што Управни суд не развија јуриспруденцију, дефинисањем правних ставова и правних схватања у типичним правним предметима односа правних правила општег закона и посебних закона. Премда је предмет јудикатуре Управног суда више од две стотине посебних закона из многобројних области правног поретка (управних области), не може се издвојити једно образложење пресуде овога суда усредоточено на конкретну анализу односа општег процесног закона и посебних закона. То уистину значи да се у нас не може говорити о постојању унутрашњег правног система у делу процесног управног законодавства, при чему стање није боље ни у другим областима правног

19 Пример допуштеног одступања од одредаба Закона о општем управном поступку нуди нам Закон о експропријацији („Сл. гласник РС“ бр. 53/95...20/2009, 55/2013), нормирајући у чл. 36 да корисник експропријације може да одустане од предлога за експропријацију до правоснажности решења, упркос томе што се чл. 98 Закона о општем управном поступку предвиђа да странка може одустати од захтева док не буде обавештена о решењу другостепеног органа.

20 При томе, један системски закон може упутити на непосредну примену другог системског закона везано за правно уређивање тачно одређених питања (видети чл. 83 Закона о народној банци Србије („Сл. гласник РС“ бр. 72/2003...40/2015). У погледу непосредне и супсидијарне примене општег закона, занимљиво је видети одредбе чл. 4 Закона о инспекцијском надзору („Сл. гласник РС“ бр. 36/2015).

21 Уставни суд је оценио неуставном одредбу члана 20 став 12 Закона о експропријацији („Службени гласник РС“, бр. 53/95, 23/01 и 20/09), као несагласну са општим правним начелима Закона о општем управном поступку („Службени лист СРЈ“, бр. 33/97 и 31/01 и „Службени гласник РС“, бр. 30/10), чиме је наступила повреда јединства правног поретка у области уређења управног поступка (1 Уз-17/2011 од 25. јуна 2013. године).

поретка – због ниског нивоа заступљености јуриспруденције у процесу стварања и конкретизације права. Одавде произлази наша закључна констатација: да владавина права није могућа без непосредне заступљености правне науке у правном поретку јер се без правнонаучне делатности (јуриспруденције) у правном поретку не може постићи конкретизација права и повезивање правних облика под окриљем унутрашњег правног система. Посебно су највиши судови позвани да унапређују правну свест субјеката правног поретка – као гласоноше зрачећих правних ставова и правних схватања, у правцу образовања унутрашњег правног система као језгра правног поретка. Узимајући наведено у обзир, јединство правног поретка као уставно начело је само полазиште и неопходна претпоставка за образовање унутрашњег правног система, при чему се образовање унутрашњег правног система може остварити искључиво путем непосредно заступљене јуриспруденције у правном поретку – усмерене на откривање и дефинисање правних облика, као највишег нивоа развијености технике правног уређивања различитих области правног поретка.

Литература/References

Аксић, С. (2000-2001). „Појам правног система», *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 1-3, 187-207.

Бобио, Н. (1988). *Есеји из теорије права*, Сплит.

Висковић, Н. (1981). *Појам права*, Сплит.

Вукадиновић, Г. (2014). „Начела правног система”, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, 4, 25-34.

Вуксановић, В. (1931). *О појму правног поретка*, докторска дисертација, Београд.

Јеринг, Р. (1998). *Циљ у праву*, Подгорица.

Canaris, C-W. (1983). *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts*, 2. Aufl., Berlin 1983.

Келзен, Х. (1951). *Општа теорија државе и права*, Београд.

Laband, P. (1911). *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl., II, 1911.

Larenz, K. (1991). *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 6. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York etc. 1991.

Лукић, Р. (1958). *Теорија државе и права*, Београд, 1958.

Петров, В. Симовић, Д. (2014). „Четири питања из новије уставне праксе у Републици Србији”, *Правна ријеч*, 39, 117-127.

Петровић, М. (1980). *Правна везаност и оцена целисходности државни власти и органа*, Савремена администрација, Београд.

Петровић, М. (2010). *Наука о управљању као претпоставка управне политике, 2. исправљено издање*, Ниш.

Петровић, М. у сарадњи са Прица, М. (2014). Посебно управно право са међународним управним правом, Ниш.

Петровић, М. (2015). „Правни поредак у поимању Радомира Д. Лукића и утемељење тријалистичко-телеолошке теорије права”, *Зборник радова: Научно наслеђе Радомира Д. Лукића*, САНУ, Београд, 135-157.

Прица, М. (2016). *Експропријација као правни институт*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Харт, Х. (2013). *Појам права*, Београд.

Шмит, К. (2001). *Легалност и легитимност, Карл Шмит и његови критичари*, Београд.

Шмит, К. (2003). *Три врсте правнонаучног мишљења*, Досије, Београд.

Miloš Prica, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**THE UNITY OF LEGAL ORDER AS A CONSTITUTIONAL PRINCIPLE
AND STATUTORY REGULATION OF THE LEGAL ORDER,
WITH REFERENCE TO THE INTERNAL LEGAL SYSTEM**

Summary

The article examines the legal base and the importance of applying the unity of the legal order as a constitutional principle in the statutory regulation of various areas of the legal order. Relying on the jurisprudence of the Constitutional Court of the Republic of Serbia on the content and scope of application of the principle of unity of the legal order, the article elaborates on the legal grounds and prominent characteristics underlying the relations between systemic, general and special laws as compared to statutory law as a system. In particular, the author focuses on establishing the distinction between statutory law as a system, legal system and legal order. Besides focusing on the unity of the legal order as a constitutional principle, the author observed the doctrinal standpoint on differentiation between substantive laws and formal (procedural) laws, as well as the distinction between direct and subsidiary application of the general law.

The unity of the legal order as a constitutional principle draws its own purpose and meaning from the need to ensure that different statutory law systems do not endanger constitutionality, equality before the law, and legal principles governing different areas of the legal order, which should ultimately provide for the preservation of the legal order. On the other hand, the unity of the legal order as a systematic and teleological correlation of laws, established by specifying the legal principles in the same or different areas of the legal order, is only a starting point for the construction of the internal legal system. In effect, the internal legal system is shaped by establishing systematic and teleological correlations between legal situations in typical legal cases, defining legal (substantive) standpoints and legal (teleological) perceptions.

With reference to the scientific criticism of the normative concept of the legal system, the article provides an outline of the Serbian legal theory on the internal legal system, which is based on legal forms.

Key words: *unity of legal order as a constitutional principle, systemic law, general law, special law, substantive law, formal (procedural) law, direct application of general law, subsidiary application of general law.*

Dr Gabrijela Mihelčić,*
Vanredna profesorka Pravnog fakulteta,
Sveučilište u Rijeci, Hrvatska
Dr Maša Marochini Zrinski,**
Docentkinja Pravnog fakulteta,
Sveučilište u Rijeci, Hrvatska

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878127M

UDK: 340.12:341.24
Раđ примљен: 27.03.2018.
Раđ прихваћен: 19.05.2018.

UTJECAJ KONVENCIJSKIH NAČELA TUMAČENJA NA POJEDINE GRAĐANSKOPRAVNE INSTITUTE (ODABRANA PITANJA)

Apstrakt: Autorice u radu promatraju utjecaj pojedinih načela tumačenja Konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda kojima se služi Europski sud za zaštitu ljudskih prava i dovode ih u vezu s odabranim institutima građanskog prava. Riječ je o načelima: autonomnog koncipiranja pojmova, živućeg instrumenta (evolutivnog tumačenja), učinkovitosti i s tim u vezi polja slobodne procjene država i pozitivnih obveza država. Navedeno je na koji način su tumačenja Konvencije u skladu s ovim načelima utjecala na vindikacijsku i negatorijsku zaštitu.

Ključne riječi: autonomno koncipiranje pojmova, živući instrument, učinkovitost, polje slobodne procjene, pozitivne obveze, vindikacijska zaštita, negatorijska zaštita.

1. Uvod

Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda (dalje u tekstu: Konvencija ili EKLJP)¹ i praksa Europskog suda za zaštitu ljudskih prava (dalje u tekstu: Europski sud ili Sud) značajno su utjecale na nacionalne pravne sustave država ugovornica usprkos činjenici što Sud nije žalbena instancija i intervenira samo kada je nacionalna praksa arbitrabilna i neusklađena s Konvencijom. Jedan je od razloga jest što se Sud koristi načelima i metodama tumačenja kreiranim specijalno za tumačenje Konvencije.

* gabrijela@pravni.rs

** mmarochini@pravni.rs

1 Narodne Novine, dalje u tekstu: NN, Međunarodni ugovori, dalje u tekstu: MU, br. 18/97, 6/99 - pročišćeni tekst, 8/99, 14/02, 13/03, 9/05, 1/06 i 2/10.

U nekim je slučajevima već sama odluka o izboru načela ili metode vrlo važna. U teoriji se vidi više pristupa (Schabas, 2017: 33–53; Merrills, 1990; Mowbray, 2005; Linderfalk, 2010; Bates, 2010; Mahoney, 1990; Omejec, 2013: 1183–1546; Popović, 2011; Bianchi *et al.*, 2015). Jedan od njih je pravno-filozofski gdje, ponajprije, treba izdvojiti stajališta Letsasa (Letsas, 2007; 2010) i Dzehtsiraoua (Dzehtsiraou, 2011; 2015).

Naime, oko tumačenja Konvencije te izbora načela i metoda ne postoji konsenzus. Prije svih, treba spomenuti najpoznatijeg kritičara jednog važnog načela – načela evolutivnog tumačenja, suca Scaliu. Njegovo je stajalište da se odluke o općim vrijednostima ne bi trebale prepustiti vijeću, nedemokratskim putem izabраних, sudaca (Scalia, 2009: 12). Mahoney naglašava i to što „otvorena jezična struktura (engl. *opened textured language*) kao i općenito struktura Konvencije Sudu ostavlja (pre)veliku diskreciju (Mahoney, 1998: 2). Međutim, unatoč kritikama, polazeći od toga da se Konvencijom štite temeljna ljudska prava, Sud od početka inzistira na njezinu učinkovitu² i evolutivnom tumačenju kao živućeg instrumenta.³

U radu se promatraju načela tumačenja kojima je ostvaren utjecaj na pojedine građanskopravne institute. Riječ je o načelima: autonomnog tumačenja konvencijskih pojmova, evolutivnog tumačenja (živućeg instrumenta), učinkovitosti (iz kojeg proizlaze pozitivne obveze država ugovornica) te polja slobodne procjene država. U njihovom je ishodištu jedno ključno načelo, načelo teleološkog tumačenja⁴ koje je, ponajprije, sadržano u odredbi čl. 31. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora (1969.)⁵ kao općem pravilu o tumačenju.

2. Nekoliko crtica o načelu teleološkog tumačenja

Najprije treba reći da se usprkos značaju načela teleološkog tumačenja Sud rijetko na njega poziva, kao ni na čl. 31. BK,⁶ a zapravo, niti na samu Bečku konvenciju.

2 *Soering protiv UK*, zahtjev br. 14038/88, od 7. 7. 1989., § 87.

3 *Loizidou protiv Turske*, zahtjev br. 15318/89, od 18. 12. 1996., § 71, i *Tyrer protiv UK*, zahtjev br. 5856/72, od 25. 4. 1978., § 31.

4 Prema Viskoviću, ciljno odnosno teleološko tumačenje jest glavni način razumijevanja pravnih normi. Dva su odgovora na pitanje što je ciljno tumačenje. Prvi, prema kojem ciljnim tumačenjem treba „tražiti ono što su normotvorci htjeli postići normama (subjektivno ciljno tumačenje), dok je drugi kako bi ciljno tumačenje trebalo tražiti one ciljeve koje društvo postavlja u vrijeme primjene norme, neovisno o tome što su tom normom htjeli postići normotvorci (objektivno ciljno tumačenje).“ (Visković, 2006: 249–253).

5 NN MU 16/93, dalje u tekstu: BK ili Bečka konvencija.

6 Za detaljnije o pravilima tumačenja sadržanim u Bečkoj konvenciji i evolutivnom tumačenju, vidi Bjorge, 2015: 189–204.

To ne znači da se njima ne služi. Pogleda li se odredba čl. 31. st. 1. BK vidljivo je da govori o „... tumačenju u dobroj vjeri prema uobičajenom smislu izraza iz ugovora u njihovu kontekstu i u svjetlu predmeta i svrhe ugovora.“ Kada se promatra u vezi s ostalim stavcima vidi se da traži pri tumačenju imati u vidu uobičajeni smisao nazivlja u ugovoru i svrhovito ih tumačiti. Waibel smatra da je Bečkom konvencijom smanjeno postojeće nesuglasje oko tumačenja međunarodnih ugovora i omogućen idiosinkrazijski pristup njihovoj interpretaciji u granicama širokih interpretativnih načela (Waibel, 2011: 573). Brownlie, pak, kaže da je niz pravila i načela njome ponuđenih, u biti, općenite naravi, čak, i kontradiktorno (Brownlie, 2003: 602).

Neovisno, razvoj načela i metoda tumačenja kojima je oblikovana praksa Europskog suda i te kako je oslonjen na Bečku konvenciju. U njezinoj odredbi čl. 31. st. 3. podst. b) i c) riječ je o tzv. naknadnoj praksi u primjeni ugovora i sporazumu o njegovu tumačenju te mjerodavnim pravilima međunarodnog prava primjenjivim na odnos stranaka. Baš pozivom na tu praksu (sukladno čl. 31. st. 3. podst. b) BK) došlo se do najvažnijeg načela tumačenja Konvencije – kao živućeg instrumenta. Odnosno tumačenja Konvencije u skladu s dosegnutim stupnjem društvenog razvoja (pravnim, socijalnim, gospodarskim i dr.). S druge strane, odredba čl. 31. st. 3. podst. c) BK predstavlja temelj za pozivanje Suda na: europski konsenzus (ili njegov izostanak),⁷ zajedničke vrijednosti,⁸ pravila međunarodnog prava odnosno međunarodne ugovore⁹ (pa i kada ih države ugovornice nisu ratificirale).¹⁰ *Summa summarum*, iako se Sud rijetko poziva na Bečku konvenciju i tek iznimno tumači Konvenciju pozivajući se na čl. 31 i/ili 32.

7 *S.H. i ostali protiv Austrije*, zahtjev br. 57813/00, od 3. 11. 2011.

8 Primjerice kao kada se prihvaća posebna zaštita manjina odnosno prepoznaju njihove posebne potrebe za zaštitom. Dobar je primjer potreba zaštite Roma kao manjine koja treba takvu zaštitu vidi, npr. presudu Velikog vijeća u predmetu *Oršuš protiv Hrvatske*, zahtjev br. 15766/03, [VV] od 16. 3. 2010.

9 Poput Konvencije o pravima djeteta, NN, MU, br. 12/93, dalje u tekstu: KPD, Haške konvencije o građanskopravnim aspektima međunarodne otmice djece, dalje u tekstu: Haška konvencija, (Haška konvencija je objavljena u Sl. l. bivše SFRJ, MU, br. 7/91). Notifikacijom o sukcesiji Republika Hrvatska je postala strankom Haške konvencije 8. listopada 1991. (NN, MU, br. 4/94) te Europske socijalne povelje (Zakon o potvrđivanju Europske socijalne povelje, Dodatnog protokola Europskoj socijalnoj povelji, Protokola o izmjenama Europske socijalne povelje i Dodatnog protokola Europskoj socijalnoj povelji, NN br. 15/02).

10 Vidi presudu *Ž.B. protiv Hrvatske*, zahtjev br. 47666/13, od 11. 7. 2017. gdje se Sud pozvao na Istanbulsku konvenciju koju Republika Hrvatska još nije ratificirala, kao i vrlo značajnu presudu *Marckx protiv Belgije*, zahtjev br. 6833/74, od 13. 6. 1979. gdje se Sud pozvao na dvije Konvencije koje Belgija nije ratificirala (jednu je potpisala, dok drugu nije niti potpisala).

BK¹¹ (koji uključuju naprijed rečeno),¹² to njima ne oduzima važnost. Najvažnijim razlogom zbog kojeg se Sud (navodno) ne koristi Bečkom konvencijom jest što je na njezinu temelju razvio svoja načela i metode tumačenja.

3. Načelo autonomnog tumačenja pojmova

3.1. Općenito

S primjenom načela autonomnog tumačenja pojmova započeto je još 1976.¹³ autonomnim koncipiranjem konvencijskih pojmova. Riječ je o specifičnom načelu tumačenja Konvencije prema cilju i svrsi, davanjem konvencijskim pojmovima autonomnog značenja neovisno o nacionalnom.

Zadaća načela jest osigurati jedinstvenu primjenu konvencijskih pojmova unutar nacionalnih pravnih sustava država ugovornica. Do povrede konvencijskih prava, naime, može doći i onda kada izgleda da su pružena sva jamstva za zaštitu određenog prava. Međutim, davanjem pogrešnog značenja određenom pojmu, u biti mu je uskraćena zaštita. S druge strane, Sud ide tako daleko da određenim pravima daje suprotno značenje od onog koje su autori Konvencije imali u vidu i tako ulazi u polje stvaranja prava. Primjerice, u predmetu *Young, James i Webster protiv Ujedinjenog Kraljevstva*¹⁴ rečeno je da pravo na udruživanje obuhvaća i negativnu slobodu udruživanja. No, usprkos tomu uloga načela autonomnog tumačenja pojmova izrazito je velika.¹⁵ U tekstu koji slijedi osvrnuti će se na

11 Odredba čl. 32. BK i naslov iznad njega glase: "Dopunska sredstva tumačenja Na dopunska sredstva tumačenja, uključujući pripremne radove i okolnosti pod kojima je ugovor sklopljen, može se pozivati da bi se potvrdio smisao koji proistječe iz primjene Članka 31, ili da bi se odredio smisao kad je tumačenje prema Članku 31:

(a) dvosmisleno ili nejasno; ili

(b) dovodi do ishoda koji je očito besmislen ili nerazuman."

12 Vidi presudu *Magyar Helsinki Bizottság protiv Mađarske*, zahtjev br. 18030/11, [VV] od 8. 11. 2016., odluku *Banković i drugi protiv Belgije i drugih*, zahtjev br. 52207/99, [VV] od 12. 12. 2001. te presudu *Johnston i drugi protiv Irske*, zahtjev br. 9697/82, od 18. 12. 1986. Detaljnije kod Marochini, 2014: 63-84 i Letsas, 2010. Vidi, s druge strane, npr. presudu u predmetu *Mamatkulov i Askarov protiv Turske*, zahtjevi br. 46827/99 i 46951/99, od 4. 2. 2005. gdje je Sud naglasio kako „Sud ponavlja da članak 31. stavak 1. Bečke konvencije o pravu međunarodnih ugovora propisuje da ugovori trebaju biti tumačeni u dobroj vjeri i svjetlu njihovog cilja i svrhe, te u skladu s načelima djelotvornosti.“ Dakle, u kojoj se Sud izravno pozvao na odredbe Bečke konvencije zajedno sa načelom učinkovitosti.

13 *Engel protiv Nizozemske*, zahtjevi br. 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, od 23. 11. 1976.

14 Zahtjevi br. 7601/76 i 7806/77, od 13. 8. 1981.

15 Vidi, npr. *Pajić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 68453/13, od 23. 2. 2016. gdje je rečeno da istospolna zajednica spada u koncept „kako privatnog života, tako i obiteljskog života“

određena pitanja koja ovo načelo dovode u vezu s nekim građanskopravnim institutima.

3.2. Autonomni koncepti

3.2.1. Pojam doma

Jedno od intrigantnijih autonomnih tumačenja jest ono koje je Sud ponudio u vezi s pojmom doma.¹⁶ Naime, u kontekstu prava na poštovanje doma iz čl. 8. Konvencije dano mu je značenje koje se razlikuje od pojma nekretnine za stanovanje u našem pravu. Prema Sudu, „... dom će uobičajeno biti mjesto, fizički definirano područje, gdje se razvijaju privatni i obiteljski život.“¹⁷ Može biti i mjesto namjeravanog života,¹⁸ a može obuhvatiti i poslovne prostore.¹⁹

Očito je riječ o širokoj interpretaciji gdje su pod pojam doma svrstane različite vrste nekretnina po namjeni i vrsti, ali i stvari općenito (npr. romske čerge). Suština je što se dom i njegov pojam koncipiraju u faktično-funkcionalnom smislu i tako štite. Ocjena o dva važna pitanja – je li riječ o domu i treba li ga štiti, ovisi o okolnostima konkretnog slučaja. O tomu je bilo riječi u puno predmeta²⁰ kao, npr. i u predmetu *Orlić protiv Hrvatske*²¹ gdje se kaže da „... pojam dom u smislu čl. 8. Konvencije nije ograničen na one prostorije koje su u zakonitom posjedu ili su zakonite izgrađene. Dom je autonomni koncept koji ne ovisi o klasifikaciji u domaćem pravu. Predstavljaju li neke konkretne prostorije dom koji privlači zaštitu čl. 8. st. 1. Konvencije ovisit će o činjeničnim okolnostima, posebice o postojanju dovoljnih i trajnih veza s konkretnim mjestom ... Tako je pitanje treba li

s obzirom na autonomnost pojmova i evolutivnu narav njihova tumačenja a neovisno o nacionalnom shvaćanju te kako je došlo do diskriminacije na temelju seksualne orijentacije podnositeljice imajući u vidu da se prema Zakonu o strancima (NN br. 79/07 i 36/09, dalje u tekstu: ZS) osobe u izvanbračnoj zajednici smatraju članovima uže obitelji dok su osobe u istospolnoj zajednici iz njega potpuno isključene.

16 Autorice su opširno pisale o zaštiti prava na poštovanje doma i objavile rezultate svog istraživanja u: Mihelčić, Marochini, 2014: 163–192. i Mihelčić, Marochini, 2014: 200–213.

17 *Oluić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 61260/08, od 20. 5. 2010., § 44.

18 *Gillow protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 9063/80, od 24. 11. 1986., § 46.

19 Npr. *Niemietz protiv Njemačke*, zahtjev br. 13710/88, od 16. 12. 1992., u kojoj se kaže: „... što se tiče riječi dom koja se pojavljuje u engleskom tekstu čl. 8. Konvencije Sud primjećuje da određene države ... prihvaćaju da taj izraz obuhvaća i poslovne prostorije. Takvo je tumačenje, štoviše, u potpunoj suglasnosti s francuskim tekstom jer riječ ‘domicile’ ima širu konotaciju nego riječ dom i može se proširiti, primjerice i na ured [30].“

20 Vidi u radovima navedenim u bilješci 18. detaljan pregled prakse Suda.

21 Zahtjev br. 48833/07, od 21. 6. 2011., § 54.

neku nekretninu klasificirati kao dom činjenično pitanje i ne ovisi o zakonitosti posjeda na temelju domaćeg prava.“

Određujući pojam doma u navedenom smislu, zaštita koja mu je pružena razlikuje se od tradicionalne zaštite prava vlasništva (na nekretnini za stanovanje) od oduzimanja ili uznemiravanja ili, pak, zbog smetanja posjeda. Sud zahtjeva od država ugovornica da zaštite svakoga u njegovu domu, čak i kada je u njemu bez pravne osnove i neovisno je li vlasnik (ipak, uz ispunjenje određenih pretpostavki). Gleda se postojanje neposredne i trajne veze s prostorom, ali se, ipak, svaki prostor u kojem se boravi ne smatra domom.²² Ovakav pristup posebnu kompleksnost pokazao je kada se radilo o vindikacijskoj zaštiti koju u našem pravu uređuju čl. 161. do 168. Zakona o vlasništvu i drugim stvarnim pravima.²³ Naime, zabilježeni su slučajevi kada je vlasniku uskraćena zaštita, pa time i onemogućeno iseljenje koje bi se provelo u ovršnom postupku radi ispražnjenja i predaje nekretnine (primjenom čl. 255. do 259. Ovršnog zakona)²⁴ onoga tko je bez pravne osnove uživao vlasnikovu nekretninu. Ilustracije radi, jedan od zaključaka predsjednika građanskih odjela najvišeg suda (Vrhovnog suda Republike Hrvatske, dalje u tekstu: VS ili Vrhovni sud) i drugostupanjskih sudova jest da se dom u vindikacijskim parnicama definira prema faktično-funkcionalnom kriteriju (Zaključak 1. 1.2.).²⁵

3.2.2. Pojam imovine/vlasništva

Jednako je zanimljivo tumačenje koje je dano u vezi s vlasništvom/imovinom. I taj je pojam autonomno koncipiran i ima svoje konvencijsko značenje.²⁶ I o nje-

22 Sud je rekao: „... Pojam doma Sud tumači dinamički, međutim vodeći brigu o namjerama stvaratelja Konvencije, kao i o zdravom razumu (*common sense*)... postojanje trajne i neposredne veze s entitetom o kojem je riječ ... moguće je da je veza s tim entitetom u toj mjeri smanjena da se prestaje postavljati kakvo posebno pitanje u smislu 8. Konvencije... Nadalje, iako nije nužno da je podnositelj vlasnik doma kako bi (dom) ušao u doseg čl. 8. Konvencije, činjenica da je podnositelj ranije bio vlasnik može biti relevantna... odnosno imati određena razumna očekivanja...u kojem podnositelj zahtjeva nikada nije imao nikakav posjed nekretnine koja je bila u vlasništvu tvrtke). Pojam dom ne može se interpretirati ni kao sinonim pojma obiteljskih korijena (*family roots*), koji je neodređen i afektivan koncept...“ *Demopoulos i drugi protiv Turske*, zahtjevi br. 46113/99, 3843/02, 13751/02, 13466/03, 10200/04, 14163/04, 19993/04, 21819/04, odluka od 1. 3. 2010., § 136.

23 NN br. 91/96, 68/98, 137/99, 22/00, 73/00, 129/00, 114/01, 79/06, 141/06, 146/08, 38/09, 153/09, 143/12, 152/14, 81/15 - pročišćeni tekst i 94/17, dalje u tekstu: ZV.

24 NN br. 112/12, 25/13, 93/14, 55/16 i 73/17, dalje u tekstu: OZ.

25 VS, Su-IV-264/15 od 17. rujna 2015. http://www.vsrh.hr/custompages/static/HRV/files/Zakljucci/VSRH_GO_Su_246-2015_2015-09-17.pdf posjećeno 24. ožujka 2018.

26 Autorice su se bavile i ovim pitanjem te objavile rezultate svog istraživanja u: Mihelčić, Marochini Zrinski, 2017: 955–982.

mu je Sud govorio u puno predmeta, a jedan od ilustrativnijih jest *Gaćeša protiv Hrvatske*.²⁷ U njemu se kaže kako „... vlasništvo može biti ‘postojeće vlasništvo’ ili ‘imovina’ uključujući potraživanja za koja podnositelj može tvrditi da ima barem ‘legitimno očekivanje’ (koje mora biti konkretnije naravi od same „nade“) tj. da će se ostvariti „djelotvorno“ uživanje prava vlasništva.“ Očito se radi o autonomnom konvencijskom pojmu koji je teško poistovjetiti s našim pojmom prava vlasništva (vidi čl. 30. *et seq.* ZV), čak i s pojmom imovine. On obuhvaća jedan sasvim poseban vid – zaštitu postojeće imovine (pokretne i nepokretne), prema Omejec, „... ekonomske interese vezane uz poslovanje tvrtke, dionice i udjele u tvrtkama, intelektualno vlasništvo, potraživanja i dugove, ugovorna prava, buduće prihode, legitimna očekivanja te pravo na mirovinu i druga socijalna prava *ad personam*.“ (Omejec, 2013: 957)

Jednako kao što je to slučaj i s pojmom doma, tako je i autonomna koncepcija ovog pojma ostavila trag na neke klasične institute građanskog prava. Između ostalog, zanimljivo je vidjeti kako je reflektirala na ugovor o najmu stana za koji je u hrvatskom pravu važno kazati da ga obilježava jedna posebna kategorija – zaštićenih najmoprimaca i sve vezano uz tu domenu. U predmetima koji su se pojavili pred Sudom²⁸ u vezi ugovora o najmu stana sa zaštićenim najmoprimcima došlo je do konfrontiranja prava na poštovanje doma iz čl. 8. st. 1. Konvencije na koje su se pozivali najmoprimci i onog iz čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju, na koje su se pozivali najmodavci (vlasnici). Dakle, radilo se o dvije skupine predmeta. Među „vlasničkim“ ključan je bio *Sergej Statileo protiv Hrvatske*²⁹ nakon kojeg su uslijedila još tri slična predmeta.³⁰ U drugoj su skupini oni u kojima su zaštićeni najmoprimci tvrdili da im je na različite načine, pored povreda prava na poštovanje doma iz čl. 8. Konvencije, povrijeđeno i pravo s naslova čl. 1. Protokola br. 1 uz Konvenciju. U prvoj se skupini predmeta odlučivalo i o tome je li država prekoračila svoje polje slobodne procjene.

3.2.3. Pravo na život u zdravoj životnoj sredini

Primjer još jednog autonomnog koncipiranja konvencijskih pojmova jest i tumačenje prava na poštovanje privatnog života tako da ono danas obuhvaća i pravo

27 Zahtjev br. 43389/02, odluka od 1. 4. 2008., str. 7.

28 Vidi u radu navedenom u bilješci 28. detaljan pregled prakse Suda.

29 Zahtjev br. 12027/10, od 10. 7. 2014.

30 *Bego i dr. protiv Hrvatske*, zahtjevi br. 35444/12, 35576/12, 41555/12, 41558/12 i 48914/12, od 15. 11. 2016.,

Mirošević-Anzulović protiv Hrvatske, zahtjev br. 25815/14, od 4. 10. 2016., *Gošović protiv Hrvatske*, zahtjev br. 37006/13, od 4. 4. 2017.

na život u zdravoj životnoj sredini.³¹ Riječ je o pravu koje je i samo svojevrsni fenomen. Naime, primjenom autonomnog tumačenja pojma privatnog života (iako Sud nije sklon njegovu definiranju upravo kako bi si pridržao mogućnost da ga evolutivno tumači) i doma te njihovim evolutivnim tumačenjem, omogućena je zaštita prava na život u zdravoj životnoj sredini kroz zaštitu prava iz čl. 8. Konvencije o čemu će biti više govora u nastavku.

4. Evolutivno tumačenje pojmova/načelo živućeg instrumenta

4.1. Općenito

Načelo živućeg instrumenata (evolutivnog tumačenja pojmova) jedno je od najvažnijih načela tumačenja. Riječ je o tumačenju Konvencije „u svjetlu današnjih uvjeta“ i zahtjevu da se ona „razvija tumačenjima Suda“ (Wildhaber, 2004: 84). Potreba da se Konvencija evolutivno tumači tj. kao „živi instrument kojeg je potrebno prilagoditi trenutnim zahtjevima društva“ (Tyrer, § 31), proizlazi iz njezine uloge „ugovora“ kojim se štite temeljna ljudska prava, s jedne strane. S druge, primjena tog načela omogućuje fleksibilizaciju zaštite prava zajamčenih Konvencijom (Dzehtsirou, 2011: 1731). Konciznije, načelo evolutivnog tumačenja omogućuje Sudu da slijedi dinamiku društvenih promjena. (Varju, 2009: 172). Takav pristup najprije je bio problematiziran, čak i od samih sudaca kao nedopušteni sudački aktivizam.³² Danas nije tako i načelo evolutivnog tumačenja opće je prihvaćeno načelo, ali to ne znači da i nadalje nije predmetom rasprava.³³

U konvencijskom smislu, brojni autori smatraju primjenu načela opravdanom, a razloge zbog kojih Sud navodi da se služi tim načelom – legitimnima (Dzehtsirou, 2011: 1730–1746; Letsas, 2013: 106–141; Theil, 2017: 587–614). Afirmativni pristup naglašava da je jedino njime (evolutivnim načelom) moguće zadržati učinkovitost prakse Europskog suda imajući u vidu vrijeme od donošenja Konvencije i brojne promjene. U suprotnom bi Konvencija „stagnirala“ (Dzehtsirou, 2011: 1732). Za razliku od zagovornika, kritičari³⁴ primjene načela živućeg in-

31 Autorice su se bavile ovim pitanjem i objavile rezultate svog istraživanja u: Mihelčić, Marochini, 2018 (u objavi).

32 Sudac Fitzmaurice u presudi Tyrer. Zanimljiv komentar „o tumačenju kao igri u kojoj pojedini suci pobjeđuju a pojedini gube,“ s posebnim osvrtom na stajališta suca Fitzmauricea i presudu Tyrer, može se naći u Bianchi, 2016: 39.

33 Vidi stavove, ponajprije britanskih pravnika: Lord Sumption, ‘The Limits of Law’ (27th Sultan Azlan Shah Lecture, 20. 11. 2013), posjećeno 6. ožujka 2017 ili primjerice Hoffmann, 2009. Već je *supra* spomenut sudac Fitzmaurice koji je bio najveći kritičar korištenja doktrine živućeg instrumenta među sucima Europskog suda.

34 Najveće kritike primjeni evolutivnog tumačenja od strane sudaca mogu se pronaći u izdvojenim mišljenjima suca Fitzmauricea, dok se od recentnijih kritičara može izdvojiti

strumenta temeljnu dvojbu vide u legitimitetu Europskog suda da ga primjenjuje. Pitanje legitimiteta polazi od dvije premise. Prema prvoj, praksa koja nastaje primjenom evolutivnog tumačenja pokazuje da se uloga Suda mijenja, da Sud dobiva zakonodavnu funkciju koja mu nije dana, „zaobilaženjem suverenog pristanka država ugovornica“ (Dzehtsirou, 2011: 1735). S druge strane, smatra se da je primjena načela protivna konzistentnosti prakse, pravnoj sigurnosti i predvidljivosti, a posebice, što je često slučaj, kada Sud njegovu primjenu ne opravda postojanjem europskog konsenzusa.

Stoga je pitanje o europskom konsenzusu u kontekstu načela živućeg instrumenta osobito važno. O njemu se puno raspravljalo i ponuđena su različita objašnjenja potrebe njegova postojanja. Koncept europskog konsenzusa referira se na razinu ujednačenosti zakonodavnog okvira država članica Vijeća Europe o određenoj temi.³⁵ Predstavlja uporište legitimnog rada Suda i (prema afirmativnim stajalištima) proizlazi iz same Konvencije i to njezina čl. 46. koji kaže: „Visoke se ugovorne stranke obvezuju da će se podvrgnuti konačnoj presudi Suda u svakom sporu u kojem su stranke.“ Međutim, a to jest i jedan od prigovora, ovim nije odgovoreno na pitanje granica u kojima se Sud trebao kretati kod evolutivnog tumačenja.

Ipak, pitanje svih pitanja jest: „Jesu li stranke Sudu dale *carte blanche* za tumačenje Konvencije?“ Svakako, da nisu. Međutim, smatra Letsas, povjerile su mu mandat (engl. *legal mandate*) za institucionalnu zaštitu povrijeđenih temeljnih ljudskih prava i to „ne onih za koja se misli da ih čovjek ima, već koja zapravo ima.“ Na Sudu je da donese odluku o takvom (trenutnom) stanju (ljudskih) prava, a ona treba biti obrazložena u dobroj vjeri i oslonjena na načela koja opravdavaju (od Suda usvojenu) razinu zaštite ljudskih prava te, kao i svaka druga sudska odluka, sukladna načelima koja čine razumljivu i koherentnu viziju pravde.³⁶ To je okosnica opravdanosti primjene evolutivnog tumačenja: dužnost Suda da stvori koherentan skup načela permanentnim usklađivanjem, mijenjanjem i oblikovanjem opsega i značenja konvencijskih prava. Ključan je pojam koherentnosti, a svako široko tumačenje prava iz Konvencije legitimno je predstavlja li, u dobroj vjeri, primijenjena načela koja se konzistentno koriste.

lord Hoffman koji, zapravo, potpuno odbacuje evolutivno tumačenje kao legitimno. Sudac Fitzmaurice najpoznatiji je po svojim kritikama evolutivnog tumačenja Konvencije, i to u dvije presude ključne za ovo tumačenje: *Golder protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 4451/70, od 21. 2. 1975. i *Tyrrer*. Vidi također: Hoffmann, 2011: 7,8.

35 Council of Europe, Human Rights Education for Legal Professionals, Interpretative mechanisms of ECHR case-law: the concept of European consensus, <https://www.coe.int/en/web/help/article-echr-case-law>, posjećeno 6. ožujka 2018.

36 Ovo Dworkin zove integritetom, cjelovitošću (Dworkin, 1986), prema Letsas, 2013: 140.

Od navedenog Letsasovog stajališta, životniju ulogu ima stajalište Dzehtsiroua koje se zadržava na postojanju europskog konsenzusa. No, kako će se vidjeti, Sud zahtjev za europskim konsenzusom koristi diskrecijski, pa je, zapravo, bio tražen samo na početku primjene načela živućeg instrumenta.³⁷ Nakon 2000. polako se napušta, a više se ne inzistira niti na međunarodnom konsenzusu. Sada se govori o tzv. međunarodnom trendu. Kako god, ovo pitanje označeno je najvećom dvojmom povezanom s legitimitetom i pravnom nesigurnošću koju projicira.

Potrebno je naglasiti da Sud, premda nije vezan svojom praksom, zbog razloga pravne sigurnosti, predvidljivosti i konzistentnosti ne bi trebao od nje odstupati ne ponudi li valjane razloge.³⁸ Takvi su, prema stajalištima njega samoga: razvoj prava, društvene promjene i tehnološki napredak. Dzehtsirou naglašava dužnost Suda da pronade ravnotežu između promjena i konzistentnosti kako bi sačuvao svoj legitimitet. Odnosno, da udovolji zahtjevu da Konvencija i praksa evoluiraju na predvidljiv i konzistentan način (Dzehtsirou, 2011: 1714) za što je najbolji put konsenzus europskih država i njime uvjetovana primjena načela evolutivnog tumačenja.³⁹ Na taj bi način Sud osigurao svoj legitimitet za primjenu ovog načela, a što u nekim predmetima priznaje i sam Sud.⁴⁰

4.2. Utjecaj evolutivnog tumačenja na pravo na život u zdravoj životnoj sredini i veza s negatorijskom zaštitom od imisija

Kako je kazano osobitu ulogu evolutivno tumačenje imalo je u vezi s pravom na život u zdravoj životnoj sredini. Prvi od predmeta⁴¹ u kojem je njegova primjena promatrana zbog povrede prava na život u zdravoj životnoj sredini bio je *Powell i Rayner protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁴² U njemu se radilo o situaciji koja bi najviše nalikovala zaštiti prava vlasništva od uznemiravanja imisijama

37 Kada je započeo primjenjivati načelo živućeg instrumenta premda ni tada nije dao razloge zbog kojih to čini, Sud se, kao što je rečeno, pozivao na europski konsenzus kao, npr. u predmetima *Tyrer, Marckx i Dudgeon protiv Ujedinjenog Kraljevstva* (zahtjev br. 7525/76, od 22. 10. 1981.).

38 *Mamatkulov and Askarov, Vilho Eskinen i drugi protiv Finske*, zahtjev br. 63235/00, od 19. 4. 2007.; *Cossey protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 10843/84, od 27. 9. 1990.

39 Iako, postoji i tzv. „nedemokratski“ pristup, prema kojemu zaštita ljudskih prava ne bi trebala ovisiti o suglasnosti ili čak zakonodavnoj suglasnosti većine zemalja ugovornica s obzirom da Sud treba postavljati opće standarde i ispuniti svoju ulogu „vanjskog čuvara“, što ne može ako traži europski konsenzus za primjenu evolutivnog tumačenja. Vidi Letsas, 2004: 304 i Benvenisti, 1999: 852.

40 *A, B i C. protiv Irske*, zahtjev br. 25579/05, od 16. 12. 2010.

41 Vidi u radu navedenom u bilješci 33. detaljniji pregled prakse Suda.

42 Zahtjev br. 9310/81, od 21. 2. 1990.

(negatorijskoj imisijskoj zaštiti, vidi čl. 167. u vezi čl. 110. ZV). Podnositelji su se žalili zbog buke i njezina štetna utjecaja te, pored ostalih povreda, isticali i povredu prava na mirno uživanje vlasništva/immovine iz čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju (§ 28). Povredom tog prava Sud se nije osobito bavio, budući da je štetne utjecaje prekomjerne buke promatrao u okviru povreda čl. 8. Konvencije (netipično za naše pravo). S tim što je smatrao da do povrede nije došlo ističući pri tomu široko polje procjene ostavljeno konkretnoj državi. Na ovom se odmah vidi razlika između zaštite koja se od štetnih utjecaja na okoliš i životnu sredinu pruža pravu na život u zdravoj životnoj sredini i naše vlasničkopravne zaštite od imisija. Nastavlja se kroz određenje samog pojma štetnih utjecaja s obzirom na imisije i posebne uzročne konvencijske veze. Zaštita pravu na život u zdravoj životnoj sredini ne pruža se u okvirima susjedskih odnosa (vidi čl. 100. do 113. ZV), niti s obzirom na nekretninu, a segment koji se tiče naknade štete traži da je država povrjeđujući svoje obveze (pozitivne ili negativne) povrijedila zaštićeno pravo (najčešće, kao i ovdje, iz čl. 8. Konvencije).

5. Načelo učinkovitosti (pozitivnih obveza država)

5.1. *Općenito*

Načelo učinkovitosti počiva na zahtjevu da se pravima iz Konvencije osigura „djelotvorna i učinkovita,“ a ne „teoretska i iluzorna“ zaštita. Kako bi se ostvarila, državama ugovornicama nameću se brojne pozitivne obveze. Omejec stoga smatra da je iz načela učinkovitosti moguće izvesti tri nova „... načelo impliciranih prava i impliciranih ograničenja, načelo zabrane zlouporabe prava i zabrane zlouporabe ograničenja te načelo pozitivnih obveza“ (Omejec, 2013: 1205–1216). Ne ulazeći detaljnije, za bit načela učinkovitosti može se kazati da uključuje zahtjev prema kojem se usklađenost nekog nacionalnog uređenja s Konvencijom ne može ostvariti samo zabranom određenih ponašanja, već je zbog zaštite prava pojedinca potrebno da država ugovornica poduzme kakve pozitivne radnje. Dakle, temeljna ideja je da se državama nametnu pozitivne obveze. Pitanje nametanja obveza u uskoj je vezi s primjenom načela autonomnog tumačenja pojmova i evolutivnog tumačenja, budući da ista za sobom povlače brojne pozitivne obveze država.

Načelo učinkovitosti prvi je put primijenjeno u predmetu *Golder* i već onda je pobudilo kontroverze, budući da je pravo na pošteno suđenje iz čl. 6. Konvencije tumačeno tako da uključuje i pravo na pristup sudu (zanemarujući namjeru autora Konvencije). Naglašeno je da „... je pravo pristupa sudu element koji je svojstven pravu iz čl. 6. st. 1. toč. 1. Konvencije ... (što) nije široko tumačenje koje nameće nove obveze državama ugovornicama: ono se temelji na samim

odredbama prve rečenice čl. 6. st. 1. ...uzimajući u obzir ciljeve i svrhu Konvencije, zakonodavni ugovor i opća načela prava (§ 36).” Pri tomu su odbijeni prigovori države ugovornice koja se pozivala na ono što je prethodilo Konvenciji (nacrtu Konvencije, franc. *travaux préparatoires*) te na Bečku konvenciju.

5.2. Utjecaj načela učinkovitosti na pravo na poštovanje doma

Načelo učinkovitosti zajedno s načelima slobodne procjene i autonomnih koncepata ključno je za tumačenje pojma doma i zaštitu prava na poštovanje doma. Predmeti u kojima su se pojavile povrede prava na poštovanje doma mogu se podijeliti u tri skupine (Mihelčić, Marochini, 2014: 163–192), a s aspekta pozitivnih obveza države ključna je druga (u prvoj su predmeti u kojima je država povrijedila Konvenciju miješanjem u pravo na poštovanje doma, a u trećoj specifični predmeti koji, iako ulaze u opseg pozitivnih obveza država, nisu smatrani dopuštenima jer se od država tražilo da pruže dom podnositeljima). U tu skupinu (nama zanimljivu) ulaze predmeti u kojima je država propustila zaštititi pravo na poštovanje doma podnositelja ugroženo od drugih pravnih subjekata.⁴³ Osim pozitivnih obveza država u ovim predmetima do izražaja su došle i tzv. horizontalne obveze država. Primjerice, povreda se sastojala u tomu što je država propustila učinkovito provesti ovrhu na temelju sudske odluke zbog zaštite posjeda.

Osim ovih, toj skupini pripadaju i predmeti u kojima su državna tijela provodeći nacionalne propise „ostavila“ podnositelje bez doma, a sami su propisi zbog njihova utjecaja na pravo na poštovanje doma predmet ispitivanja pred Europskim sudom. Sudu nije presudno je li riječ o domu (nekretnini za stanovanje) u pravnom smislu i dovoljno je da se radi o domu u faktičnom značenju. Zbog njegove zaštite ispitivala se razmjernost nacionalnih mjera (propisa, odredbi), čak i kada su podnositelji stanovali u domu bez pravne osnove (i nađene su povrede).⁴⁴

Međutim, unatoč tomu što zbog zaštite prava na poštovanje doma Sud državama nameće brojne pozitivne obveze, ne čini ovo neograničeno. Vidljivo je to u onim predmetima u kojima je usprkos dužnosti države da zaštititi dom podnositelja i pruži mu odgovarajući zakonodavni okvir kazano da država, ipak, nema obvezu i pružiti dom podnositeljima. Ovo je najnovija skupina predmeta u kojoj se na podlozi prava na poštovanje doma pojavljuje jedna nova socijalno-ekonomska dimenzija zaštite ljudskih prava.⁴⁵ Međutim, Sud ih (zahtjeve za pružanje doma) još uvijek proglašava nedopuštenima.

43 *Pibernik protiv Hrvatske*, zahtjev br. 75139/01, od 4. 3. 2004., *Cvijetić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 71549/01, od 26. 2. 2004., *Kunić protiv Hrvatske*, zahtjev br. 22344/02, od 11. 1. 2007.

44 Ovi predmeti prikazani su *infra* kada se govori o polju slobodne procjene države.

45 *Burton protiv Ujedinjenog Kraljevstva*, zahtjev br. 31600/96, odluka od 10. 9. 1996., *Marzari protiv Italije*, zahtjev br. 36448/97, odluka od 4. 5. 1999., *O'Rourke protiv Ujedinjenog*

5.3. Utjecaj načela učinkovitosti na pravo na život u zdravoj životnoj sredini

Jedan aspekt pozitivnih obveza predstavlja dužnost države ugovornice uspostaviti takav zakonodavni okvir koji omogućava učinkovitu zaštitu prava iz čl. 8. Konvencije, a u to ulazi i dužnost odgovarajućeg reguliranja svakog miješanja. Može biti uključena i dužnost poduzimanja određenih mjera u svrhu zaštite konvencijskih prava (Omejec, 2013: 944). U kontekstu čl. 8. Konvencije i prava na život u zdravoj životnoj sredini, naime, Sud je jasno naglasio da su njime državama nametnute brojne pozitivne obveze. One mogu biti vertikalne traži li se od država ugovornica da poduzmu pozitivne mjere kako bi pojedincu omogućile uživanje prava, ili horizontalne, kada je država dužna da zaštititi pojedince od djelovanja drugih pojedinaca koji im se miješaju u zaštićeno pravo. Mogu biti i negativne i, nerijetko, Sud kaže da je teško odrediti o kojoj se vrsti obveze radi. No, ključan je zahtjev da se, neovisno o vrsti obveze, postigne pravična ravnoteža između javnog interesa i prava pojedinca (o ovom se govori u vezi s poljem slobodne procjene).⁴⁶

Glede pozitivnih obveza koje se tiču prava na život u zdravoj životnoj sredini može se izdvojiti ona da se poduzmu mjere protiv štetnih utjecaja na okoliš i životnu sredinu koji utječu na uživanje privatnog života i doma podnositelja. Pa, radi li se uistinu o takvom (štetnom) utjecaju koji se procjenjuje u svakom pojedinom predmetu provjerava se kriterijem minimalnog stupnja ozbiljnosti koji ovisi o okolnostima predmeta, npr. intenzitetu ili trajanju utjecaja, posljedicama koje ima za pojedinca te općem kontekstu (engl. *general environmental context*) (Manual on Human Rights and the Environment, 2006: 14).

Primjer kada država ugovornica nije ispunila svoju pozitivnu obvezu je predmet *Cuenca Zarzoso protiv Španjolske*⁴⁷ u kojem je utvrđeno da „... usprkos propisima o maksimalno dopuštenoj razini buke država nije podnositeljima osigurala uživanje prava na poštovanje privatnog života i doma.“ „Zgodan“ detalj je da je u ovom predmetu jasno istaknuta razlika između pozitivne i negativne obveze države (za razliku, npr. od predmeta *Lopez Ostra* u kojem Sud nije bio tako decidan). Sud je naglasio i to da je osnovna svrha Konvencije jamčiti prava „... koja su praktična i učinkovita, a ne teoretska ili iluzorna (§ 51).“

Nužnost ovakve zaštite naglašena je i u nekim hrvatskim predmetima koji su se ticali prava na život u zdravoj životnoj sredini,⁴⁸ dok je, npr. pozitivna obveza dr-

Kraljevstva, zahtjev br. 39022/97, odluka od 26. 6. 2001.

46 *Lopez Ostra protiv Španjolske*, zahtjev br. 16798/90, od 9. 12. 1994., § 51.

47 Zahtjev br. 23383/12, od 16. 1. 2018., § 54.

48 *Olučić*, § 47.

žave da zaštiti podnositelje od buke neovisno o polju slobodne procjene istaknuta u predmetu *Dees protiv Mađarske*⁴⁹ (kada nije postignuta pravična ravnoteža interesa podnosioca i korisnika ceste s koje dolazi buka i ostale smetnje).⁵⁰

Za razmjere ove analize, posebno treba istaknuti veliku diskreciju koju Sud u procjeni širine slobodnog pola procjene ima provjeravajući okolnosti svakog pojedinog slučaja, a što se kosi sa zahtjevom pravne sigurnosti. Naime, iako primjenom analiziranih načela Sud tumači Konvenciju tako da štiti pravo na život u zdravoj životnoj sredini, ostavljajući državama polje slobodne procjene, ne daje jasne kriterije kada ga bezrezervno štiti.

5.4. Polje slobodne procjene

Iako bi se polje slobodne procjene država trebalo ticati primjene Konvencije, njime je u praksi omogućena određena diskrecija prilikom odlučivanja o opsegu pojedinih konvencijskih prava čime se ušlo u domenu tumačenja Konvencije. U praksi Suda se polje slobodne procjene razvilo u namjeri da se državama ugovornicama omogući određena autonomija, ali u granicama koje jamče ispunjenje obveza iz Konvencije (Greer, 2005: 5) te, da bi se razvila metoda tumačenja za „... razgraničenje lokalnog od onog temeljnog u mjeri da podrazumijeva jednake zahtjeve prema svim državama bez obzira na njihove međusobne razlike“ (Mahoney, 1998:1).

Jedan od ciljeva primjene polja slobodne procjene jest i naglašavanje supsidijarne uloge Suda u zaštiti temeljnih prava, a obično se koristi kao načelo sudačke samoregulacije dopuštajući državama da u određenoj mjeri ograniče konvencijska prava. Njegova širina, međutim, varira, pa u nekim slučajevima može biti suženo, a u drugima ne. Ono što je problematično jest da se unaprijed ne može zaključiti hoće li polje slobodne procjene biti suženo ili ne. Unatoč tomu, Sud se poljem slobodne procjene poslužio odlučujući o brojnim pitanjima. Npr. u predmetima koji su se odnosili na različita prava i odredbe Konvencije kao: čl. 15., čl. 8.- 11., čl. 2. Protokola 1. uz EKLJP, čl. 14., čl. 1. Protokola 1. uz EKLJP te čl. 6. (Marochini, 2014: 70). Polje slobodne procjene najčešće se primjenjuje, zapravo, kada Sud ispituje je li postignuta pravična ravnoteža između pojedinačnog i javnog interesa.

49 Zahtjev br. 2345/06, od 9. 11. 2010.

50 Pitanje povrede čl. 8. Konvencije zbog buke i vibracija koje trpe podnosioci pojavilo se i u predmetima *Grimkovskaya protiv Ukrajine*, zahtjev br. 38182/03, od 21. 7. 2011. u kojem je također Sud utvrdio povredu čl. 8 Konvencije te *Bor protiv Mađarske*, zahtjev br. 50474/08, od 18. 6. 2013. Izvor buke bila je željeznička stanica.

5.4.1. Utjecaj polja slobodne procjene na pravo na poštovanje doma

Najavljena pitanja koja su se ticala polja slobodne procjene u vezi povreda prava na poštovanje doma vide se iz predmeta *Cvijetić* u kojem se radilo o neizvršenju sudskih odluka o iseljenju trećih osoba iz doma podnositeljice. Ispitujući povrede zaštićenog prava Sud je rekao da "... granice između pozitivnih i negativnih obveza države prema čl. 8. Konvencije nije lako precizno definirati. No, primjenjiva su načela, ipak, slična. Pri utvrđivanju postoji li ili ne postoji takva obveza potrebno je uzeti u obzir pravičnu ravnotežu koju valja uspostaviti između općih interesa i interesa pojedinca, a u oba konteksta država uživa određenu slobodu procjene ... Sud ponavlja da njegova zadaća nije zamijeniti nadležne hrvatske vlasti u određivanju najprimjerenijih načina za ovrhu domaćih presuda, već mu je zadaća preispitati, na temelju Konvencije, odluke koje su vlasti donijele u vršenju svoje ovlasti. Sud će stoga ispitati je li Hrvatska postupajući u predmetu podnositeljice zahtjeva prekršila svoju pozitivnu obvezu iz čl. 8. Konvencije (§§ 48–49)."

U predmetu *Bjedov protiv Hrvatske*⁵¹, u kojem su podnositelji tražili zaštitu prava na poštovanje doma (u kojem su bili bez pravne osnove), Sud je uvažavajući činjenicu da su u navedenom stanu stvorili dom ponovio da je mjerodavna načela za procjenu nužnosti miješanja u pravo na poštovanje doma već postavio u predmetu *Connors protiv Ujedinjenog Kraljevstva*.⁵² U tom je predmetu dao temeljne smjernice o određivanju polja slobodne procjene države polazeći od kriterija radi li se o nekom od temeljnih konvencijskih prava (koja nije moguće ograničavati), ili ne. Ovo, ipak, treba uzeti s potrebnim oprezom jer, zapravo, do kraja definirani kriteriji nisu dani. U spomenutom predmetu *Connors* Sud naglašava kako "...sloboda procjene nužno mora biti prepuštena nacionalnim tijelima koja su zbog svog izravnog i neprekidnog kontakta, u boljem položaju procijeniti lokalne potrebe. Ova će se sloboda razlikovati u skladu s prirodom predmetnog prava, njegovoj važnosti za pojedinca te prirodi djelovanja koje se ograničava kao i cilju koji se želi postići tim ograničenjem. Sloboda procjene bit će manja kada je pravo odlučno da bi pojedinac učinkovito uživao temeljna prava ... S druge strane, kod primjene društvenih ili gospodarskih politika postoji široko polje slobodne procjene kao npr. radi li se o urbanističkim pitanjima." Sud je također naveo da će "... u područjima poput stanovanja koja igraju ključnu ulogu u socijalnoj sigurnosti i gospodarskoj politici suvremenih društava poštovati prosudbu nacionalnog zakonodavca o tomu što je u općem interesu, osim ako je očigledno bez razumnog temelja." Valja napomenuti, međutim, da je Sud naglasio kako se ovo odnosi na pitanja vezana uz povredu čl. 1. Protokola br. 1. uz Konvenciju, a ne čl. 8. EKLJP koji se tiče "... prava od ključnog značaja za identitet pojedinca,

51 Zahtjev br. 42150/09, od 29. 5. 2012.

52 Zahtjev br. 66746/01, od 27. 5. 2004., § 82.

njegovo samoodređenje, fizički i moralni integritet, održavanje odnosa s zajednicom te sređen i siguran položaj u zajednici ... U slučajevima u kojima su se opći društveni i gospodarski i politički čimbenici pojavili u kontekstu samog čl. 8. Konvencije, opseg slobode procjene ovisi o okolnostima konkretnog predmeta s posebnim naglaskom na stupanj miješanja u osobnu sferu podnositelja zahtjeva.”

5.4.2. Utjecaj polja slobodne procjene na pravo na mirno uživanje vlasništva/imovine

Sve što je rečeno kod utjecaja polja slobodne procjene na pravo na poštovanje doma moglo bi se ponoviti i ovdje kod analize utjecaja na pravo na mirno uživanje vlasništva/imovine. No, ključno je sadržano u citiranom odjeljku predmeta koji je netom naveden, a isto je vidljivo, primjerice u predmetu *Statileo* u kojem se provjeravala povreda odnosno zaštita prava na mirno uživanje vlasništva/imovine iz čl. 1. Protokola 1. uz Konvenciju u kontekstu tvrdnji podnositelja o povredama njegova prava kao najmodavca zbog iznosa zaštićenih najamnina. U ovom je predmetu rečeno: “... Iako je Sud, mnogo puta naveo da u područjima kao što je stanovanje države nužno imaju široku slobodu procjene ova sloboda procjene bez obzira kako značajna bila nije neograničena i njezina provedba, čak, i u kontekstu najsloženije reforme države ne može dovesti do posljedica koje su protivne standardima Konvencije ... Sud ne pronalazi zahtjeve općeg interesa koji bi mogli opravdati tako sveobuhvatna ograničenja podnositeljevih vlasničkih prava i nalazi da u konkretnom predmetu nije postojala pravedna raspodjela socijalnog i finansijskog tereta koji je nastao kao posljedica reforme u stambenom sektoru. Umjesto toga, na podnositelja zahtjeva kao najmodavca stavljen je nerazmjerni i pretjerani pojedinačni teret, budući da je morao snositi većinu socijalnih i finansijskih troškova stambenog zbrinjavanja zaštićenog najmoprimca (§ 143).”

5.4.3. Utjecaj polja slobodne procjene na pravo na život u zdravoj životnoj sredini

Ipak, najveći problemi s određenjem polja slobodne procjene države, odnosno kriterijima njegova sužavanja pojavljuju se u predmetima u kojima je bila riječ o zaštiti prava na život u zdravoj životnoj sredini. Važnu ulogu u tomu ima činjenica što samo pravo nije zajamčeno Konvencijom već se razvilo praksom Suda primjenom svih onih načela tumačenja o kojima se govorilo. Budući da se relevantne pretpostavke za njegovu zaštitu procjenjuju u svakom pojedinom slučaju, a bez jasnih kriterija o širini polja slobodne procjene država, jasno je da to podriva pravnu sigurnost. Naime, iako je evolutivnim tumačenjem započeta zaštita prava na život u zdravoj životnoj sredini i očekivati bi bilo da je u međuvremenu stabilizirana, nije uvijek tako. Najčešće je to zbog diskrecionog

postuliranja polja slobodne procjene država. Možda najbolji primjer za to kako odsustvo jasnih kriterija može ugroziti pravnu sigurnost jest predmet *Hatton protiv Ujedinjenog Kraljevstva*⁵³, u kojem se radilo o štetnom utjecaju buke iz zračne luke Heathrow na poštovanje privatnog života i doma podnositelja. Jedna od podnositeljica (Ruth Hatton) čak se preselila u drugi dio grada.

Odluke Vijeća i Velikog vijeća znatno su se razlikovale. Vijeće je, naime, smatralo da je povrijeđen čl. 8. Konvencije, jer nije postignuta pravična ravnoteža između javnog interesa – ekonomske dobrobiti i prava oštećenih pojedinaca na poštovanje privatnog života i doma. Presuda je donesena uz tri izdvojena mišljenja (od kojih je jedno bilo suglasno presuđenju). Sutkinja Greve smatrala je da je Sud nedopustivo suzio polje slobodne procjene države po pitanjima okoliša i zdrave životne sredine, a koje bi u takvim slučajevima trebalo biti široko jer zahvaća veći broj ljudi (a ne pojedinca) te, jer se radi o ekološkim pravima nove generacije, a ne predmetu odlučivanja po Konvenciji. Veliko vijeće, pak, nije smatralo da se radi o povredi. Između ostalog, zaključilo je kako odluka kojom je uveden novi sustav noćnih letova zadovoljavajuće optimizira prava pojedinaca i javni interes (ekonomsku dobrobit). Stoga, po njenoj ocjeni, država nije prekoračila svoje polje slobodne procjene, ostvarena je pravična ravnoteža prava pojedinaca na poštovanje privatnog života i doma i interesa zajednice u cjelini te nije bilo temeljnih postupovnih propusta. U zajedničkom izdvojenom mišljenju, za razliku od većine sudaca Velikog vijeća, suci Costa, Ress, Türmen, Zupančič i Steiner smatrali su da čl. 8. Konvencije nije pravilno tumačen tj. nije tumačen evolutivno kao dotada te da presuda odstupa od postojeće prakse.

6. Zaključak

Načela i metode tumačenja kojima se Sud služi prilikom tumačenja Konvencije imaju važan utjecaj i na pojedine građanskopravne institute. Značajna uloga među njima pripada načelu autonomnog tumačenja. Autonomni koncepti konvencijskih pojmova, naime, vode tomu da Sud pojmovima iz Konvencije daje autonomno tumačenje neovisno o njihovu značenju na nacionalnoj razini. To čini kako bi osigurao jedinstvenu primjenu konvencijskih pojmova i sačuvao njihovo izvorno konvencijsko značenje. Jedno od intrigantnijih autonomnih tumačenja jest ono koje je Sud ponudio u vezi s pojmom doma u kontekstu zaštite prava na poštovanje doma kojem je, koristeći ovo načelo, dao značenje u faktičnom, a ne pravnom značenju. Povodom takvog koncipiranja pojma doma i njegove zaštite u hrvatskoj sudskoj praksi preispitane su pretpostavke vindikacijske zaštite. U okviru ovog načela zanimljiva su i tumačenja koja je Sud ponudio u vezi s pojmom vlasništva/imovine i njegovom zaštitom. Ni ono nema obilježja

53 Zahtjev br. 36022/97, od 2. 10. 2001., te [VV] od 7. 3. 2003.

koja ga karakteriziraju u domaćem uređenju. Primjer autonomnog koncipiranja konvencijskih pojmova je i pravo na život u zdravoj životnoj sredini. Ono je i na samoj konvencijskoj razini specifično, budući da je nastalo autonomnim tumačenjem pojma privatnog života i doma te njihovim evolutivnim tumačenjem čime je kreirana njegova zaštita u okviru čl. 8. Konvencije.

Slijedeće promatrano načelo bilo je ono evolutivnog tumačenja pojmova (načelo živućeg instrumenta). Njegova je zadaća omogućiti potrebnu mjeru fleksibilizacije prilikom zaštite konvencijskih prava. Njegova najveća kvaliteta – mogućnost prilagodbe duhu vremena, istodobno je i najveći nedostatak, budući da vodi nepredvidljivosti sudskih odluka. Primjenjujući ga, Sud, naime, nedovoljno obrazlaže razloge koji ga vode i time ugrožava pravnu sigurnost. Najprimjetnije je u predmetima koji su se ticali prava na život u zdravoj životnoj sredini, a čija se zaštita može uspoređivati sa našom negatorijskom zaštitom od imisija.

Posljednje načelo koje je promatrano jest načelo učinkovitosti (pozitivnih obveza država) i s tim u vezi polja slobodne procjene država. Ono proizlazi iz potrebe da prava koja su predviđena i štite se Konvencijom uživaju djelotvornu i učinkovitu zaštitu. S tim se ciljem državama ugovornicama nameću brojne pozitivne obveze. Pitanje nametanja pozitivnih obveza usko je povezano s načelima o kojima je prije bilo riječi – autonomnog tumačenja pojmova i evolutivnog tumačenja, i sva za sobom povlače brojne pozitivne obveze država. Kada je u pitanju pravo na poštovanje doma, primjena načela učinkovitosti, slobodne procjene i autonomnog koncepta ključna je za tumačenje samog pojma doma i zaštitu prava na njegovo poštovanje. Iz kuta pozitivnih obveza država ključni su se pokazali oni predmeti u kojima je država propustila zaštititi pravo na poštovanje doma ugroženo zbog djelovanja trećih ili uslijed nedjelovanja državnih tijela. Jedan aspekt pozitivnih obveza jest i dužnost uspostavljanja odgovarajućeg zakonodavnog okvira što uključuje odgovarajuće uređenje svakog eventualnog miješanja. Što se tiče polja slobodne procjene država, u praksi Europskog suda razvijeno je s ciljem da se državama omogući određena autonomija, a njegova širina varira i to je najproblematičnije, budući da u nekim slučajevima može biti suženo, a u drugima ne. Kada će se to dogoditi nije jasno uređeno i upravo se u odsustvu tih kriterija krije najveći problem. U vezi s pravom na poštovanje doma vidi se u predmetima iz kojih je kao opći zaključak moguće navesti onaj o tomu radi li se o nekom od temeljnih konvencijskih prava ili ne. Ovo, međutim, treba prihvatiti s određenom mjerom opreza, jer se sloboda procjene „daje“ u skladu s prirodom predmetnog prava, njegovom važnosti za pojedinca i ciljem koji se želi postići ograničenjem, a manja je kada je riječ o prvo navedenom slučaju. Što, zapravo, vrijedi i kada se radi o utjecaju polja slobodne procjene na pravo na mirno uživanje vlasništva/imovine. Najveći problem, pak, krije se i ovdje kod prava na zdravu životnu sredinu, a posebno odmaže sve ono što je za to pravo naprijed rečeno.

Literatura/References

- Bates, E. (2010), *The Evolution of the European Convention on Human Rights: From Its Inception to the Creation of a Permanent Court of Human Rights*, OUP, Oxford
- Benvenisti, E. (1999), Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards, 31 *Journal of International Law and Politics* 843.
- Bianchi, A. *et al* (Eds.) (2015), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Bjorge, E. (2015) The Vienna Rules, Evolutionary Interpretation and the Intentions of the Parties in Bianchi, A. *et al* (Eds.), *Interpretation in International Law*, Oxford, Oxford University Press, str. 189–204.
- Brownlie, I. (2003), *Principles of Public International Law*, OUP, 6. izd., Oxford.
- Dzehtsiarou, K., (2015) *European consensus and the legitimacy of the European court of human rights*. CUP, Cambridge.
- Greer, S. (2005), *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human Rights files No. 17, CoE Publishing, Strasbourg.
- Hoffmann, L. Lord (2009), 'The Universality of Human Rights' 125 *Law Quarterly Review* 416.
- Letsas, G. (2010), Strasbourg's interpretative ethic: lessons for the international lawyer, *The European Journal of International Law* Vol. 21 no. 3, 509–541
- Letsas, G. (2004), The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR, 15 *European Journal of International Law* 279
- Letsas, G. (2013), The ECHR as a living instrument: Its meaning and legitimacy u? A. Føllesdal, A., B. Peters, & G. Ulfstein (Eds.), *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context* (Studies on Human Rights Conventions, Cambridge: Cambridge University Press, str. 106–141.
- Linderfalk, U. (2010) , *On the Interpretation of Treaties, The Modern International Law as Expressed in the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties*, Springer Netherlands, 2010
- Letsas, G. (2007), *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, OUP, Oxford
- Mahoney, P. (1990), Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coin, 11 *Hum.Rts.L.J.* 57

Mahoney, P. (1998), *Marvellous Richness of Diversity or Invidious Cultural Relativism*, 19 (1) *Human Rights Law Journal*, Kehl am Rhein. 1

Mahoney, P. (1998), *The Doctrine of the Margin of Appreciation under the European Convention on Human Rights: Its Legitimacy in Theory and Application in Practice*, 19(1) *Hum.Rts.L.J.* 1

Manual on Human Rights and the Environment (2006), Principles Emerging from the case-law of the European Convention on Human Rights, CoE Publishing.

Marochini, M. (2014), *The interpretation of the European Convention Human Rights*, *Zbornik radova Pravnog fakulteta u Splitu*, god. 51, br. 1, str. 63–84.

Merrills, J.G.(1990), *The development of international law by the European Court of Human Rights*, MUP, Manchester

Mihelčić, G., Marochini, M. (2014), *Koneksitet ostvarenja vindikacijskog zahtjeva na nekretnini i tzv. prava na poštovanje doma*, *Zbornik PFR*, (1991) v. 35, br.1. str. 163–192.

Mihelčić, G., Marochini, M. (2014), *Reforma ovrhe na nekretnini u hrvatskom pravu u svjetlu konvencijskog prava*, *Zbornik radova Aktualnosti građanskog i trgovačkog zakonodavstva i pravne prakse*, br. 12, Mostar, 2014., str. 200–213.

Mihelčić, G., Marochini Zrinski, M. (2017), *Utjecaj zaštite konvencijskih prava na ugovor o najmu stana, XIII. Majsko savjetovanje: Uslužno pravo*, *Pravni fakultet Kragujevac, Srbija*, str. 955–983.

Mihelčić, G., Marochini Zrinski, M. (2018), *Suživot negatorijske zaštite od imisija i prava na život u zdravoj životnoj sredini*, *Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci (u postupku objave)*

Mowbray, A. (2005), *The Creativity of the European Court of Human Rights*, 5 *Hum. Rts. L. Rev.* 57

Omejec, J. (2013), *Konvencija za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda u praksi Europskog suda za ljudska prava, Strasburški acquis*, *Novi informator*, Zagreb

Popović, D. (2011), *The Emergence of the European Human Rights Law, An Essay on Judicial Creativity*, Eleven International Publishing, Utrecht

Schabas, W. A. (2017), *The European Convention on Human Rights, A Commentary*, OUP, Oxford.

Theil, S. (2017). *Is the 'Living Instrument' Approach of the European Court of Human Rights Compatible with the ECHR and International Law?. European Public Law*, 23 (3), 587–614.

Varju, M. (2009), Transition as a concept of European human rights law, (2009) European Human Rights Law Review 170.

Visković, N. (2006), *Teorija prava i države*, Birotehnika, Zagreb

Dzehtsiarou, K. (2011). European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights. German Law Journal, 12, 1730–1745.

Waibel, M. (2011), Demystifying the Art of Interpretation, 22 (2) EJIL, str. 571–588.

Wildhaber, L. (2004), The European Court of Human Rights in Action, 21 Ritsumeikan Law Review 83.

Gabrijela Mihelčić, LL.D.

Associate Professor, Faculty of Law, University of Rijeka

Maša Marochini Zrinski, LL.D.

*Assistant Professor, Faculty of Law, University of Rijeka
Republic of Croatia*

THE IMPACT OF THE ECTHR INTERPRETATIVE METHODS AND PRINCIPLES ON SELECTED CIVIL LAW INSTITUTES

Summary

In this article, the authors examine the impact of interpretative methods and principles, as developed by the European Court of Human Rights, when interpreting the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, by interconnecting them to selected civil law institutes. Those methods and principles are: the autonomous concept, the living instrument doctrine (the evolutive interpretation), the doctrine of effectiveness and, in this regard, the margin of appreciation and positive obligations of states. The article shows how the interpretation of the Convention, in accordance with these methods and principles, influenced actio negatoria and vindication complaint.

Key words: *the autonomous concept, the living instrument doctrine, the doctrine of effectiveness, margin of appreciation, positive obligations, actio negatoria, vindication complaint.*

Živko Kulić, PhD,*
Full Professor,
Faculty of Law, Megatrend University
Goran Milošević, PhD,**
Full Professor,
Faculty of Law, University of Novi Sad
Luka Baturan, PhD,***
Senior Assistant,
Faculty of Law, University of Novi Sad

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878149K

UDK: 331.105.24(497.11)
Раđ примљен: 17.12.2017.
Раđ прихваћен: 04.03.2017.

LABOUR MARKET AND COLLECTIVE BARGAINING IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Abstract: *Despite proclaimed equality and parity of subjects in a labour market, workers are actually a weaker party within the system of collective bargaining. Their position in negotiations and negotiating of work and employment terms cannot be made equal with the position of the holders of capital, particularly in cases of collective bargaining with an employer. Along with the rising level of collective bargaining, the position of labour/ trade union negotiating party gets stronger as well. The union power comes to the fore less when bargaining at the level of employer than at the sectoral or national level. At the higher levels of collective bargaining, the unions are more successful in protecting the rights and interests of workers. The process of collective bargaining influences the labour market as well. This influence is particularly noticeable in small or insufficiently developed economies, such as the economy of Serbia.*

Key words: *union, employee, employer, collective bargaining, collective agreement, regional development.*

* zivko.kulic@yahoo.com
** gmilosevic@pf.uns.ac.rs
*** lbaturan@pf.uns.ac.rs

1. Introduction

Efficiency,¹ growth,² development,³ stability⁴ and justice⁵ are the basic goals of economic policy that countries may set for themselves. Among these goals is often a tradeoff effect, which means that achieving one goal excludes the achievement of another. One of the basic economic problems existing in Serbia nowadays is high unemployment rate and low wage rates. In order to achieve full employment, it is necessary to achieve gross domestic product growth that would enable to employ the existing working age population which is currently unemployed. One of the assumptions of economic growth is to enable efficient use of available resources, i.e. productive⁶ use of every factor of production. This, among other things, means the possibility to achieve the highest production value possible from one unit of work used, in other words to achieve the set level of production with the cheapest labour possible.

Economic efficiency and growth require the most flexible legal framework so that the subjects in the market (employers and workers) would harmonize their relationship in the easiest manner. However, if observed from the point of view of Serbia, this could mean easy layoffs of the already employed workers and lowering the wage rates which are in the existing conditions already so low that they bring into question the possibility to meet the bare necessities of life, which is often considered unjust and politically unacceptable. In such a situation, there is a huge pressure of the electorate on political management for these problems to be alleviated and solved as much as possible.

Achieving economic and other set goals, among other things, means good relationship between employers and employees. Unfortunately, these relations are not always satisfactory, which is negatively reflected both on individual and organizational success. This is why it is very important for labour disputes, involving disputes and disagreements between employers and employees, to

1 Economic efficiency means optimum use of available resources.

2 Economic growth is an increase in the scope and value of production which is measured by gross domestic product.

3 Economic development is a dynamic process that in addition to economic growth and structural changes in economy includes also the changes in income distribution which contribute to the increase of standard of living.

4 Economic stability refers to a situation in which gross domestic product is stable or is growing along with high employment rate and low inflation rate.

5 There is no universally applicable definition of justice. In economic theory justice is most often observed alternatively as a socially acceptable outcome of distribution or the process of distribution.

6 Productivity is the ratio of the total output product and engaged input of factors of production.

be settled in a peaceful and democratic manner in accordance with the law. Collective bargaining is one of key preconditions to settle the relations between the representatives of labour and the representatives of capital in a sustainable and mutually acceptable manner. Collective bargaining thus creates necessary assumptions for successful overcoming of tensions and possible differences between social partners, and more permanent preservation of social peace in the interest of all parties concerned.

The negotiations between workers and employers can be conducted on a wide range of topics depending on specific needs and interests of negotiating parties. These are the questions most often related to trade union security, preservation of social peace, participation of employees and employment terms and conditions (wages, salaries, working hours, vacations and leaves of absence, transfer to another workplace, training of employees, promotion system, forced leave of absence, layoffs, safety at work, work discipline, disciplinary and material responsibility, and alike). The subject of bargaining and collective-agreement regulations can also include other important matters in accordance with the law and interests of the representatives of labour and capital, respectively.

Collective bargaining is conducted between employers and employees in order to reach a collective agreement which regulates the conditions of labour and employment. It operates at all levels of union and employment organization and operation, in other words, from the level of employer or the unit of local self-government up to the highest national level. Although the International Labour Organization calls for the collective bargaining to spread to include all employers and all employees, the fact is that it has not yet happened in many countries, including Serbia.

The existing condition in the field of collective bargaining in the Republic of Serbia is not satisfactory, although it is somewhat more favourable than it used to be in the past. The reasons for this are both objective and subjective. Some can be eliminated in a relatively easy and fast manner, but others cannot. This is why it is very important to recognize them properly and to find the appropriate solutions to overcome them with the participation of all interested parties.

2. Labour Market Equilibrium

In order to examine the economic effects of a legal standard regulating the system of collective bargaining, we should go back to the beginning and examine the basic mechanisms of labour market functioning. Economic analysis will then focus on the influence of legal and other regulations in the field of collective bargaining on employers and their businesses, particularly from the point of view of labour allocation.

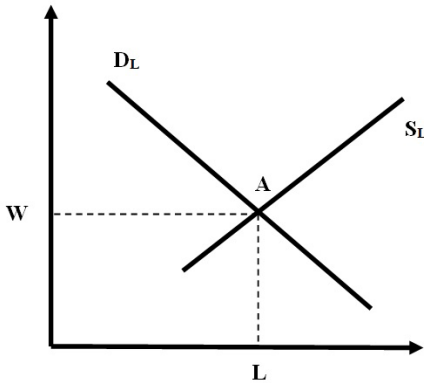
Correlation and intertwining of production functions now, more than ever before, require to include a man and his intellectual and other potentials into the working process. Human labour is of crucial significance for achieving a company's projected goals. However, no matter how perfect human labour is, it has its limitations. There is a natural limit of human endurance. A man can work from 12 to 16 hours a day, after which he needs to rest. As a conscious and rational being, man makes work-related decisions as well as the decisions on the place of work. As a rule, the level of earnings or salary influences this decision, particularly in poor societies such as ours. Higher monthly income means more favourable working conditions and vice versa (Milošević, 2016: 251).

Natural limitation and socio-economic working conditions influence the supply of labour. The labour supply curve is upward sloping. Among other things, this means that, in case of higher wages, the unemployed strive to find a job as soon as possible, while the employed are interested in working more hours than usual. Contrary to this, in case of lower wages the employed are less interested in longer working hours, and the unemployed are interested in seeking jobs. Labour supply is also influenced by demographic factors, real wage level, the measures of social policy, trade union organizing, the condition of social partnership and other factors (Milošević, 2016: 251).

Unlike the labour supply curve, the labour demand curve is downward sloping. Labour demand is determined by the employers. They include manufacturers who combine production factors (work, capital and natural resources) and transform them into useful forms (products, outputs) in order to maximize their own profit. For them, the labour price is a significant parameter value which is formed in the market when demand and supply meet. This is why the employer decides only on the scope of production at the given labour price. What's more, he hires additional personnel until marginal product of labour (or marginal revenue) becomes equal with marginal cost (Baturan, Maksimović, Đuričić, 2014: 386-387).

The demand for human resources depends largely on productivity of work and the price of labour. The demand for labour is derived in the same way as the demand for any other resource since it depends on the demand for a product or service in whose manufacturing or rendering it participates. Accordingly, the labour demand depends on the productivity of work in manufacturing a certain product and the market value (price) of that product (the more productive the labour and the more expensive the product of such labour, the greater and more certain the demand for such labour or product, as a rule).

Figure 1: Labour market equilibrium



Labour market equilibrium is established at the point where labour supply (S_L) and labour demand curves (D_L) intersect (Figure 1). The point of equilibrium (A) represents equilibrium level of wage (W). At that level, labour supply and demand are in equilibrium: all those seeking jobs are employed and all positions are filled (Begović, Labus & Jovanović, 2011: 467). If the wage is above the equilibrium level, the manpower supply exceeds the demand; in other words, the labour supply exceeds the demand, and the demand for labour is less than optimum. This means that there is excess supply of labour. In other words, this means that the problem of unemployment occurs.⁷ In such a situation, there is a possibility to increase wage in order to improve the position of both employers and employees to the mutual benefit.

3. Significance of Collective Bargaining

At the competitive market of production factors, in order to make an optimum choice, the employer is required to select the most desirable set of factors. The employer wants an optimum choice, i.e. such a combination of production factors (labour, capital, natural resources) which will provide the highest benefit within a given budget limit. However, in real life, the labour market is not perfect since there are limitations both on the side of supply and on the side of demand, respectively. In addition to economic issues, the questions relating to labour have a significant political dimension since workers make a considerable part of the electorate. This is why they use their trade union, political and other organiza-

⁷ Contrary to this, if the wage is below the level of equilibrium, there is shortage of the employees. This shortage can most efficiently be eliminated by the increase of wage up to the level of equilibrium.

tions to exert pressure on the politicians in order to get certain privileges they would not get in the market otherwise. Employers do the same thing. Although according to the Constitution the economic system in Serbia is based on free market,⁸ although everyone has equal legal status on the market,⁹ although all acts are prohibited that restrict free competition by creating or abusing monopolistic or dominant status,¹⁰ the fact is that the impact of market economy on social and economic status of the employed is actually reflected on, or is achieved through, the dialogue between trade unions and employers.¹¹

Labour supply, among other things, is also influenced by labour organizing into trade unions. On the side of the labour demand, there are employers, or associations of employers. The presence of trade unions and employers' associations imposes the need for a dialogue and collective bargaining, which, according to the opinion of some authors, primarily in the field of economic sciences, is contrary to the model of perfect competitive labour market. The second question is whether it is always like this, first of all because the things must be observed within a wider context.

Collective bargaining is conducted in order to reach a collective agreement on employment and to regulate the matters which are considered key assumptions for providing social peace and stable economic conditions. In the negotiating process, negotiating parties make efforts to reach compromises and mutually acceptable solutions regarding the issues negotiated about. However, such efforts do not always lead to the desired result. Since the interests of the negotiating parties are basically mutually opposed, compromise solutions are not easy to achieve. There are occasional disputes between the negotiating parties over how certain matters are regulated. The experts, particularly legal experts, most often consider such disputes as collective labour disputes or industrial disputes (Kulić, 2003: 132).

During negotiations, negotiating parties attempt to solve disputed matters in an informal way. The principle of informal negotiations encourages efficiency, considering that the representatives of labour and capital are given the possibility to solve disputed matters on their own, i.e. to reduce transaction costs at the satisfactory level. Solving disputes in such a way makes it possible to avoid complicated and, often, hardly understandable procedural rules characteristic for collective labour disputes using formal methods. In addition, it should be noted

8 Constitution, Art. 82 par. 1

9 Constitution, Art. 84 par. 1

10 Constitution, Art. 82 par. 2

11 Constitution, Art. 82 par. 3

that informal methods help in faster overcoming of disputes between employers and employees, which is particularly important in the negotiating process.

If the disputed issues are not resolved in an informal manner, the disputing parties are left the possibility to try to resolve them by formal methods. Resolving the disputed matters by formal methods is most often institutionalized. Such dispute resolution between the capital owners and employees provides greater security in protection of their collective rights and interests and contributes to further humanization of production relations.¹² Collective bargaining and collective agreements provide for more rights and more favourable employment terms and conditions to the benefit of the employed in comparison with the rights and conditions determined by the law. The lower the level of collective agreement concluded, the higher the rights provided by it, for which reason it is very important to conduct negotiations at all levels at which collective agreements are concluded or may be concluded.

Successful collective bargaining and concluding of collective agreements is not only in the interest of the employed but also in the interests of employers. This is also confirmed by the fact that concluding the collective agreement contributes to: a) more permanent preservation of social peace; b) reducing tensions between partners; c) increasing work satisfaction and motivation for work; d) increasing work productivity and savings; e) increasing work results, etc.

These reasons point to the importance of creating legal and other necessary assumptions for further strengthening and improvement of the collective bargaining system in Serbia. It is in the interest of not only employers and the employed but also in the interest of the society as a whole. Besides constant strengthening of social partnership and tripartite cooperation, this entails other corresponding assumptions, both legal and economic, as well as educational, sociological, psychological, and others.¹³

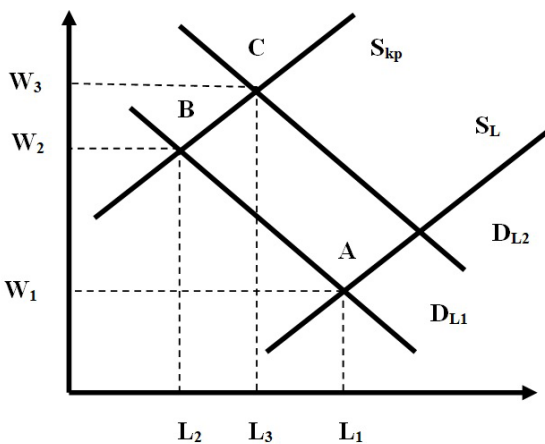
12 Collective bargaining is the basis of social dialogue as one of key preconditions of successful and uniform development of a contemporary society. Without collective bargaining there is no real social partnership. If collective agreements are lacking, there is neither industrial nor political democracy too.

13 In connection with this, we shall further elaborate the difficulties that participants in collective bargaining negotiations most often face in Serbia, in order to contribute to their thorough comprehension and faster overcoming in the interest of employers, the employed, state and society as a whole.

4. Collective Bargaining and Partnership Equilibrium in the Labour Market

It is evident that employees (as individual) as well as trade unions play an active role in the process of collective bargaining. Therefore, labour supply curve of the workers organized in a trade union is not individual but collective labour supply curve. Negotiating power of workers increases through collective bargaining, which is why it is logical to conclude that collective bargaining as a rule provides for more rights and more favourable employment conditions for the employees than the rights and conditions provided for by individual negotiations. This is exactly why the collective labour supply curve is always and only above the individual labour supply curves (Veselinović, 2010: 180). The relationship between individual (S_I) and collective (S_{kp}) labour supply curves and the influence of collective bargaining on the equilibrium at labour market are shown in Figure 2.

Figure 2: Collective bargaining and labour market equilibrium



When there is no collective bargaining, the equilibrium in the labour market is established at W_1 wage. In that case, the number of employed workers stops at level L_1 , as previously explained. The differences in national regulations related to the system of collective bargaining, as a rule, contribute to achieving various effects on the equilibrium established in the labour market observed from both qualitative and quantitative point of view.

If the legal solutions contained in the collective agreement do not provide for redistribution of income but only make the process of individual negotiations easier, which is not always the case, then collective bargaining does not influence the allocation of labour in the market. On the contrary, the solutions drafted in such a way only lower the transaction costs of negotiations. Such ("flexible") solutions enable the contracting parties to harmonize their rights and obligations in direct negotiations in an easier and better way, adapting their relations to market economic conditions.

However, using the system of collective bargaining, the state often attempts to redistribute resources from workers to employers, and vice versa. Such solutions impose to the employers various obligations regarding workers, including the obligations which they would not have to agree to in individual negotiations. Due to legal limitations, both employers and workers are not always able to adequately adapt to market conditions, which disturbs the allocation of labour as a factor of production.

Such ("inflexible") system of collective bargaining often produces artificial growth of wages from equilibrium level ($W1$) to a higher level $W2$. The growth of wages (as wage rates paid by the employers) contributes to (artificial) improvement of material position of the employees. However, this mostly worsens the position of employers, who consequently decrease their labour supply by adapting it to new market conditions (the new level of demand is marked by S_{kp} curve on the graph).

The new equilibrium is established at point B. Supply and demand are equalized at lower level ($L2$). The difference between $L2$ and $L1$ represents the increase of unemployment which is the result of the nature and result of collective bargaining. All in all, it can be concluded that opportunity costs, which occurred in order to improve the position of the employees, worsen the position of employers as well as the position of a part of workers who most often lose jobs.

Economic analysis of market labour equilibrium in the conditions of collective bargaining with unchanged demand leads to the following conclusions:

- Market labour equilibrium is above individual labour equilibrium ($W2$ wage is above $W1$ wage);
- Employment is lower in relation to employment under the conditions of individual negotiations (employment $L2$ is below $L1$);
- Increase of unemployment (difference between $L2$ and $L1$) means that the workers who were part of collective bargaining system (workers who lost jobs) are forced to seek jobs (such state of affairs leads to increased supply of labour and drop of wages, and the collective bargaining provides for more

favourable employment conditions and better wages than the conditions and wages determined by the employment contract, i.e. the system of individual negotiations);

- Individual labour supply is below collective supply which is influenced by trade unions.
- If the increase of labour demand in the market results due to the conditions of collective bargaining, various processes occur, or they may occur:
- There is an increased number of negotiating options for trade unions, so that the expected outcome of negotiations is more favourable as compared with individual position of labour;
- Labour market equilibrium is above individual labour equilibrium (W_3 wage is above W_1 wage);
- Employment shows a tendency of growth (from L_2 it grows to L_3), depending on negotiating power of trade unions and labour demand.

5. Collective Bargaining in the Republic of Serbia as a Factor of Optimum Resource Allocation

Labour legislation of the Republic of Serbia envisages relatively good and flexible solutions related to the system of collective bargaining. Such solutions provide for economic and other subjects in the market to achieve efficient allocation of labour as a production factor.

A collective agreement must not contain provisions which give less rights or set less favourable employment conditions than the rights and conditions determined by the law.¹⁴ And vice versa, a collective agreement can stipulate only more favourable employment conditions (which, among other things, have impact on increased wage rates payed by the employer). However, what is important is that according to the solution contained in the Labour Act, the employer is obliged to bargain.¹⁵ There is not a single provision that forces him to conclude a collective agreement and give more rights to the workers than he wants or can bear.

According to the solutions contained in the Serbian labour-law regulations, the participants in collective bargaining are obliged to bargain but not to conclude a collective agreement. Negotiating parties cannot be forced to accept certain solutions during negotiations, nor to conclude a collective agreement. Whether

14 Labour Law, Art. 8, par. 1.

15 According to Article 254, paragraph 1 of the Labour Law, "the participants in the procedure of concluding a collective agreement shall be obliged to bargain".

the agreement will be concluded or not, and what provisions it will contain, depends on their needs and interests, and this rule must be respected. Such a solution is largely favourable in terms of achieving economic efficiency since it enables both workers and employers to harmonize directly their needs and interests in the best manner possible. If there is a mutual interest, employers will be able to find common grounds with workers within the existing institutional framework. It is obvious that the obligation to participate in negotiations does not imply transaction costs¹⁶ on the part of employers who, as they see things, do not have particular interest in concluding a collective agreement. Namely, a transaction cost does not exist because the law does not provide for any sanction for such a behaviour. However, considering that the Labour Act does not prescribe sanctions for such an action by the employer, it can be argued that even this “obligation” is not the obligation which will be sanctioned in case it is not fulfilled.¹⁷ Legal regulations are such that they do not request to punish the negotiators who are not willing for some reasons to conclude a collective agreement, even though they participate in collective bargaining. In such a situation, the employer regulates the conditions of work and employment independently, taking into account the legitimate rights, interests and expectations of the employees.

Economic analysis of the Labour Act presents a dilemma regarding the issue of allocation efficiency in terms of Article 257 of the Act. Under this Article, the Government has the possibility to determine that a collective agreement or some of its provisions also apply to employers who are not members of the employers' association which is a participant in the collective agreement. The Government may make such a decision in order to achieve the economic and social policy, in order to ensure equal working conditions which represent the minimum rights of employees, or to mitigate the differences in earnings in a particular branch, group, subgroup, or activity which significantly affect the social and economic position of employees, consequently resulting in unfair competition, provided that the collective agreement whose effect is being extended obligates employers who employ more than 50% of the employees in a particular branch, group, subgroup, or activity.¹⁸

16 Costs related to transactions, in other words the activity or a set of activities necessary to do in order for a certain product or service to transit the boundaries of an organization or a part of organization are called transaction costs (costs of transition).

17 If they do not conclude a collective agreement, the participants in collective bargaining negotiations can set up arbitration in order to solve the disputed matters. However, if the agreement is not concluded even after the arbitration has been set up, no one will bear consequences of such a decision.

18 The provisions of Article 257, paragraphs 1 and 2 of the Labour Law, prescribe that at the request of an employer or an association of employers the Government may decide that

According to one standpoint, this solution is inadequate because it disrupts the principles of free decision-making, the rule of competitiveness, the right to choice, and free market operation. It further entails disrupting the conditions of work and business operations, which is of vital importance for work and functioning of economic and other subjects in every country. Such a legal solution results in providing more favourable position to certain legal subjects (as a rule, provided by the state) and destabilizing competitive subjects, which disrupts the optimum resource allocation.

According to another standpoint, the authority of the Government to decide if the collective agreement or some of its provisions are also applicable to the employers who are not members of the employers' association which is a participant in the collective agreement is a good solution. The proponents of this standpoint consider that in certain periods, when there is evidently no equilibrium in labour market, the state must use its measures to regulate the market. In the conditions of disrupted market regularity, which results in unfair competition and destruction of social status of employees, not a single state or Government can allow themselves such a luxury to let economic flows in the market ensue without their interference. The state measures are not aimed at devastating the economic environment; in fact, they establish standards to support certain flows which would re-establish the disrupted equilibrium in the labour market in the interest of not only the employees but also the society as a whole. In this way, the state establishes the system of optimum resource allocation. When the equilibrium in the market is re-established, there will be no more need for excessive interference of the state in market economic conditions.

6. Problems Significant for the Labour Market, most Frequently Faced by the Participants in Collective Bargaining in Serbia

Although in the last fifteen years there have been certain improvements of the system of collective bargaining in Serbia, the fact is that there are still problems that the negotiating parties encounter almost on a daily basis. Their existence makes negotiating process complicated and difficult, including partially even the conclusion or the application of collective agreements as well, which is not in the interest of either employers or employees. There are multiple reasons for such a condition but, basically, they include:

a collective agreement from Article 257 of the Law will not be applied to some employers or associations of employers in the part related to earnings and compensation of earnings. Pursuant to the provisions of Article 258, paragraphs 1 and 2 of the Law, an employer or association of employers may submit a request for exemption from implementation of a collective agreement with the extended effect, should due to financial and business results they be unable to implement the collective agreement.

- the problems occurring during the negotiating process;
- the problems pertaining to the conclusion of a collective agreement;
- the problems during the implementation and interpretation of a collective agreement, and
- the problems related to the participants in collective bargaining, or conclusion of a collective agreement, both on the side of employers and on the side of employees (organization, representation, autonomy, number of participants, etc.)

6.1. The problems occurring during the negotiating process

The system of collective bargaining is based on the negotiating process. For this reason, it is very important for the negotiations to be conducted in the right manner and in good faith. Unfortunately, this is not always the case. The problems most often occurring during negotiations are as follows:

- disagreements on initiation of collective bargaining;
- dilemmas about the structure, number of participants and *modus operandi* of a negotiation board; and
- vagueness related to the participation, status and role¹⁹ of the founders in collective bargaining.

1) *Disagreements on initiation of collective bargaining* are rather frequent. The reasons for this most often include: a) vagueness regarding which party should initiate, i.e. start the negotiation process; b) disputes related to drafting the collective agreement, whose content should be negotiated (for instance, who should draft it: a collective bipartite body, the initiator of the procedure, each party respectively, or an independent expert body), or disputes regarding the use of the existing or earlier text of a collective agreement as a starting point for negotiations; c) disputes on the venue and time of negotiating meetings: the venue where negotiations are conducted should be “a neutral ground”, and the negotiating process should be conducted during or at the expense of working hours and not during free time of the employees.

2) *Dilemmas about the content, number of participants and modus operandi of a negotiation board* are particularly pronounced and very current topic for both

19 Participation of founders in collective bargaining, or concluding of a collective agreement in Serbia is a relevant matter only in case the negotiations are conducted in order to conclude a separate collective agreement for public enterprises, for-profit corporations founded by a public enterprise and public services, or a collective agreement with employers for such enterprises, corporations and public services.

negotiating parties at all negotiating levels. Such dilemmas are especially highlighted if a negotiating party includes several participants, i.e. several representative trade unions and/or several representative associations of employers.²⁰ The dilemmas exist because there is a lack of legal regulations pertaining to the structure of a negotiating board and representation in it, the number of negotiating board members and manner of work of a negotiating board.

3) *Vagueness related to the participation, status and role of the founders in the collective bargaining* which is conducted in order to conclude a collective agreement with employers for public enterprises, corporations founded by a public enterprise and public services result from the fact that these matters are not regulated in a satisfactory manner.

6.2. The problems regarding the conclusion of a collective agreement

Various problems may occur regarding the conclusion of a collective agreement. As a rule, they boil down to three questions as follows: a) Can a collective agreement be concluded in case some of participants in collective bargaining agree to it, and some of them disagree with it? b) Can the collective agreement be concluded in case a certain number of matters is not harmonized, so that its provisions regulate only the harmonized matters? c) Is the founder the signatory to a collective agreement?

1) *The question concerning the possibility of concluding a collective agreement in case where only some participants in collective bargaining agree to it* deserves special attention. The courts in Serbia mostly have negative opinion on this issue, which is among other things due to the fact that there are no legal solutions that would oblige them to act otherwise. Although there are reasons which could be used to justify such stance and practice, the fact is that the arguments suggesting the need for different even opposite reasoning and acting are stronger, more rational and closer to life needs.²¹

The way out from the said state of affairs should be sought in determining the rules according to which a collective agreement could be concluded even in case one or more participants in negotiations disagree with it, naturally, on condition that participants in negotiations interested in its conclusion gather the majority of membership, i.e. enjoy a higher degree of representation than

20 They are not relevant for employer's side only if negotiations are conducted in order to conclude a collective agreement at the employer's seat of business.

21 The stated approach among other things starts from the number of members, i.e. the degree of representation of participants in negotiations. For instance, the participant with the lowest percentage of membership without rational and justified reasons blocks the negotiating process, thus making it impossible to reach a positive outcome.

the participants who are opposed to the conclusion of the collective agreement. This is even more so if they do not have reasonable, rational and objectively acceptable reasons to act like this. It would be the best if such rules, at least the basic ones, are prescribed by the law.

2) *Dilemma related to the possibility to conclude a collective agreement in case a certain number of matters are not harmonized* so that its provisions would regulate only the harmonized matters. Collective agreement can always be concluded to cover the matters that are harmonized, especially if the number of the unharmonized matters is inconsequential, and if it is estimated that their harmonization would not last long. Once these matters are harmonized, it is possible to conclude a new collective agreement or make an annex to the existing one concluded earlier.²²

3) *The founder is a signatory to the collective agreement*, but not every agreement. This matter does not deserve much attention considering that it is closely regulated by the Labour Act. Regardless of whether the founder appears as an independent negotiating party or in the role of one of participants in negotiations at the employer's party, the founder is one of the participants in concluding a collective agreement. Consequently, he is also one of the signatories to the agreement, which cannot be questioned.²³

6.3. The problems during the implementation and interpretation of a collective agreement

There are numerous problems during the implementation and interpretation of collective agreements in practice. They most often relate to disagreements regarding the amount, manner of calculation and schedule of payment of wages or salaries, their compensation, and other income of employees. There are thousands of arbitrations, court and other proceedings or disputes regarding such questions. The disputes usually arise due to various interpretations and wrong implementation of provisions referring to the manner of calculation of compensation for overtime work, night shifts, work hours during state holidays or other

22 The number of collective agreements which can be concluded at the level of employer as well as at higher levels of collective bargaining is not limited, which additionally supports the presented attitudes and assessments.

23 Pursuant to the provisions of Articles 246 and 247 of the Labour Act, a founder is an independent negotiating party and one of the participants in concluding, i.e. signing a collective agreement in case a separate collective agreement is concluded for public companies, corporations established by the public company and public services, and one of the participants in concluding a collective agreement at an employer, i.e. one of the participants in its signing, if a collective agreement is concluded at an employer relating to public companies, corporations established by the public company and public services.

non-working days, work in shifts, payment of jubilee prizes, subsidies for the use of annual leave, charges for meals at work, travelling expenses, etc. The number of disputes could be considerably reduced if the participants in concluding a collective agreement would be more precise in defining their relationship, and if the legal norms would be clearer, more specific and more comprehensive, which is not always easy to achieve.

7. Instead of a Conclusion

Collective bargaining is a dynamic process which leads to the agreement between employees (trade unions) and employers on wages, salaries, benefits, holidays and other conditions of labour and employment. Negotiations are conducted between two parties, i.e. between the representatives of the employer and the employees. Depending on the level at which a collective agreement is concluded, they can be conducted at the level of the employer, at the level of a unit of territorial autonomy or local self-government, at the level of economic branch or activity, at the national level and at the international level. The participants in negotiations endeavour to protect the interests of their negotiating party to the maximum. Trade union representatives represent the interests of their members, trying to get the best solutions acceptable for the employees. On the other hand, the employers' representatives represent the interests of the owners of capital, fighting for the solutions acceptable for them.

The negotiating philosophy implies high level of independence and autonomy of negotiating subjects, but also willingness to find compromises acceptable for both sides. Readiness to seek and find such solutions results from economic and social reality, negotiating maturity and responsibility of social partners. To a certain extent, negotiating philosophy implies a relative balance of negotiating power which should be provided by labour legislation, but which should also be fought for and achieved by social partners in their everyday relations.

The instruments of collective bargaining in Serbia have been improved over time and valuable negotiating experience has also been gained. Negotiating parties manage the negotiation process better than ever before. The members of negotiating teams know what they want and they approach negotiations with more knowledge and skills, which was not the case in the 1990s, for instance. Therefore, the positive shifts are visible in all segments of collective bargaining, which is an encouraging and very significant fact.

Yet, there is a need to overcome and improve the existing state of affairs in the area of collective bargaining in Serbia. Among other things, it implies implementation of certain measures to change things for the better. Such measures include:

- 1) Amendments in the field of labour legislation (adopting new or amending and supplementing the existing laws) in order to overcome the said problems, dilemmas, or for the purpose of closer and more comprehensive regulation of the said issues;
- 2) Using more possibilities related to conclusion of agreements on association of trade unions, or associations of employers, in order to fulfil the condition on representation and participation in collective bargaining, i.e. conclusion of a collective agreement pursuant to the provisions of Article 249 of the Labour Act;
- 3) Using more possibilities related to conclusion of agreements on regulating earnings, compensation of earnings and other income of employees, pursuant to Article 250 of the Labour Act (not only in case a trade union is not established at an employer but also in case the trade union is established but not acknowledged as a representative one);²⁴
- 4) Greater and more frequent involvement of conciliators in the process of collective bargaining in order to provide expert and other possibly required assistance to negotiating parties, and ensure further affirmation of basically preventive conciliating mission in order to improve negotiating process, increase effects of collective bargaining and reduce disputes between employers and employees;²⁵
- 5) Establishing permanent tripartite or multipartite body at the level of the Republic of Serbia, for the purpose of monitoring the implementation of regulations on social partnership and collective bargaining, and harmonizing practice in this important field of social life;²⁶
- 6) Greater media and other support to the efforts aimed at accomplishing the envisaged goals and tasks in the interest of employers, employees, the state and the society as a whole.

24 The provision of Article 250 para. 1 of the Labour Act is illogical and incomplete. It excludes the possibility to conclude an agreement to regulate earnings, compensations of earnings and other income of employees if there is a trade union of any kind at an employer, regardless of the fact that it is not representative. The envisaged goals cannot be fulfilled completely if the existing wording is not expanded to include the employers where there is one or more (small) non-representative trade unions, which is often the case in practice.

25 The possibility of conciliator's participation in collective bargaining should be additionally strengthened and recognized, both by legal regulations and in another appropriate manner.

26 Multipartite character of the proposed body is maybe more acceptable because in addition to the representatives of state, employers and employees it could also include neutral experts, as well as other possible subjects who could contribute to its successful operation with their knowledge and experience in the interest of all parties involved.

References

Text-books, Monographs and Scientific Articles

Baturan, L., Maksimović B. & Đuričić, J. (2014): Jednakost plaćanja muške i ženske radne snage za jednak rad, *Zbornik radova Pravo i društvena stvarnost*, vol. II, Kosovska Mitrovica: Pravni fakultet Univerziteta u Prištini sa privremenim sedištem u Kosovskoj Mitrovici.

Begović B., Labus M. & Jovanović A. (2011): *Ekonomija za pravnike* (3rd edition). Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Kulić Ž. (2003): *Upravljanje ljudskim resursima sa organizacionim ponašanjem*, Beograd.

Milošević G. (2016), *Osnovi ekonomije*, Novi Sad: Pravni fakultet Univerziteta u Novom Sadu.

Veselinović P. (2010), *Ekonomija*, Beograd.

Legislation

Ustav Republike Srbije (Constitution of the Republic of Serbia), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 98/2006.

Zakon o radu (Labor Act), *Službeni glasnik Republike Srbije*, br. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014.

Др Живко Кулић,

*Редовни професор Правног факултета,
Универзитет Мегатренд*

Др Горан Милошевић,

*Редовни професор Правног факултета,
Универзитет у Новом Саду*

Др Лука Батуран,

*Асистент са докторатом Правног факултета,
Универзитет у Новом Саду*

ТРЖИШТЕ РАДА И КОЛЕКТИВНО ПРЕГОВАРАЊЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Резиме

И поред прокламоване равноправности и једнакости субјеката на тржишту рада, радник је фактички слабија страна у систему колективног преговарања. Због свог економског, материјалног и социјалног положаја у друштву, његова позиција у процесу преговарања и уговарања услова рада и запослења не може се изједначити с позицијом власника капитала, нарочито у случајевима колективног преговарања на нивоу послодавца. С повећањем нивоа колективног преговарања појачава се и позиција радничке, односно синдикалне преговарачке стране. Снага синдиката мање долази до изражаја на нивоу предузећа него на гранском и националном нивоу. На вишим нивоима колективног преговарања синдикат успешније штити права и интересе свог чланства и радника у целини.

Кључне речи: *синдикат, запослени, послодавац, колективно преговарање, колективни уговор, регионални развој.*

Др Драган Јовашевић,*
Редовни професор Правног факултета
Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878169J

UDK: 343.224-053.6:343.24(497.11)

Раđ примљен: 13.02.2018.

Раđ прихваћен: 03.04.2018.

КАЗНА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ЗАТВОРА Законодавство, теорија и пракса Србије

Апстракт: У систему кривичних санкција које надлежни судови изричу малолетним учиниоцима кривичних дела разликују се: 1) васпитне мере, 2) мере безбедности и 3) казна малолетничког затвора. Поред кривичних санкција, наше малолетничко кривично право на основу релевантних међународних стандарда предвиђа и алтернативне, диверзионе мере у виду васпитних налога. Васпитне мере су основна, најбројнија и најзначајнија врста малолетничких кривичних санкција. Оне се изричу редовно, по правилу, сваком малолетнику, и млађем и старијем, када су испуњени законом прописани услови. Слично, али никада самостално, према малолетницима се могу изрицати и све мере безбедности које уопште познаје наше кривично право, осим мере забране вршења позива, делатности и дужности.

Будући да и малолетници врше тешка кривична дела, често са елементима насиља и у континуитету, то сва савремена кривична законодавства, па и законодавство Србије предвиђају посебну врсту казне – казну малолетничког затвора. Поред ове казне, нека законодавства предвиђају и друге врсте казни које се могу изрећи малолетним учиниоцима кривичних дела. Казна малолетничког затвора је једина врста казне која се може изрећи малолетном учиниоцу кривичног дела у Србији. Она има елементе и репресије (јер се састоји у одузимању слободе за одређено време) и превенције (поправљање и преваспитање малолетника). Ова казна се изриче изузетно, само старијем малолетнику, који је учинио тешко кривично дело, ако се у конкретном случају сврха кривичног законодавства – заштита друштвених вредности – не може остварити применом васпитних мера. Суд у овом случају доноси пресуду којом изриче казну малолетничког затвора и одређује време њеног трајања од једне до пет, а изузетно до десет година.

Кључне речи: закон, малолетник, кривично дело, казна, кривица, затвор.

* jovas@prafak.ni.ac.rs

1. Увод

Малолетничко кривично право (Симовић, ет ал, 2013: 7–14) предвиђа три основне врсте кривичних санкција које се могу изрећи од стране суда малолетним учиниоцима кривичних дела, на начин, у поступку и под условима који су предвиђени законом. То су: а) васпитне мере, б) казна малолетничког затвора и в) мере безбедности. То су законом предвиђене мере друштвене реакције према малолетним учиниоцима кривичних дела које изриче виши (раније окружни) суд у циљу заштите друштва од криминалитета кроз васпитање, преваспитање и правилан развој малолетника.

Васпитне мере су основна врста малолетничких кривичних санкција, односно основне мере друштвене реакције на малолетнички криминалитет. Оне се изричу редовно, по правилу, уобичајено у законом предвиђеном судском поступку¹. Могу се изрећи свим малолетним учиниоцима кривичних дела (како млађим, тако и старијим малолетницима), а под одређеним условима и млађим пунолетним лицима. Смисао примене ових мера јесте да се малолетнику обезбеди приоритетно васпитање или тачније преваспитање (тзв. социјализација), уз што мање елемената принуде (Ђорђевић, Ђорђевић, 2016: 114–116).

Увођење васпитних мера у систем кривичног права прекинуло је дугу, вишевековну традицију искључивог кажњавања младих делинквената и деце, истина, редукованим казнама које су иначе изрицане и пунолетним (одраслим) учиниоцима кривичних дела. Тако, малолетници сада престају да буду „злочинци у малом“ и постају посебна категорија учинилаца кривичних дела. Супсидијарно, и то само изузетно када су испуњени законом предвиђени услови и када суд дође до уверења да се сврха малолетничких кривичних санкција не може остварити применом васпитних мера, суд може старијем малолетнику изрећи посебну врсту казне – казну малолетничког затвора. Но, ова се казна може изрећи само старијем малолетнику као учиниоцу тешког кривичног дела. Значи, казна малолетничког затвора се никада не изриче обавезно, не може се изрећи сваком малолетном лицу и не може се изрећи за свако учињено кривично дело.

1 Лицу које је у моменту извршења кривичног дела било млађе од 16 година могу се изрећи само васпитне мере без обзира што је у моменту доношења одлуке имао преко 16 година (решење Окружног суда у Пожаревцу Кж. 356/98 од 2. септембра 1998).

2. Примена казни према малолетним учиниоцима кривичних дела

Иако сва савремена кривична законодавства у систему кривичних санкција предвиђају више различитих васпитних мера које се примењују према малолетним учиниоцима кривичних дела, тиме ипак није искључена потреба за њиховим кажњавањем (Singer, 1998: 212–216). Уосталом, и сам историјски развој малолетничког кривичног права показује да су од најстаријих времена према малолетницима примењиване различите врсте и мере казни (Novoselec, 2004: 106–107). Таква је ситуација и данас. Те казне су у почетку биле исте оне које су закони прописивали према пунолетним лицима као учиниоцима кривичних дела, да би се тек касније, после доношења Наполеоновог Кривичног законика из 1810. године (и нарочито под утицајем социолошке школе кривичног права), према малолетницима примењивале посебне врсте казни које су специфичне само за ову категорију учинилаца кривичних дела (Мрвић Петровић, 2005: 185–188).

У систему савременог малолетничког кривичног права преовладавају два система кажњавања малолетних учинилаца кривичних дела (Чејовић, 2002: 559–563).

Према првом систему према малолетницима се за учињено кривично дело изричу казне које се иначе изричу и пунолетним лицима. При томе се „малолетнички узраст“ учиниоца дела цени као олакшавајућа или као ублажавајућа околност (додуше, факултативног карактера). Овакво решење данас усвајају кривична законодавства: Руске Федерације, Шведске, Норвешке и Украјине. Но, такво решење је познавало и наше раније кривично законодавство које је било у примени до 1959. године, када је новелиран Кривични законик ФНР Југославије из 1951. године.

Према другом систему према малолетницима се примењују посебне врсте казне – казна малолетничког затвора. Овакво је решење данас у примени у законодавству: Србије, Црне Горе, Македоније, Хрватске, Аустрије, Италије, Швајцарске, Немачке, Финске и Босне и Херцеговине.

Примена казни према малолетним учиниоцима кривичних дела је оправдана, правична и логична јер се и међу њима јављају лица која показују висок и континуиран степен васпитне запуштености, који често, обично у дужем временском периоду, у поврату врше тешка кривична дела, често са елементима насиља, са проузрокованим тешким последицама (Бабић, Марковић, 2008: 505–511). Тако данас бројна кривична законодавства познају у структури кривичних санкција којима се настоји постићи ефикасна, квалитетна и законита заштита и обезбеђење најзначајнијих друштвених добара и вредности и казну малолетничког затвора као

посебну врсту казне лишења слободе (Grozđanić, Škorić, 2009: 175). Истина, у теорији (Horvatić, 2003: 174) се могу наћи и таква схватања према којима постоји само једна казна затвора (као врста кривичне санкције) која се може јавити у више облика (форми) као што су: а) казна затвора, б) казна дуготрајног (или доживотног) затвора, в) казна „кућног“ затвора и г) казна малолетничког затвора (Selinšek, 2007: 264–266).

3. Казна малолетничког затвора

3.1. Изрицање казне малолетничког затвора

Малолетнички затвор је једина врста казне у систему малолетничких кривичних санкција у Републици Србији (чл. 28–38 Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица² – ЗОМУКД из 2005. године). То је посебна врста казне која се састоји у одузимању слободе кретања старијем малолетном учиниоцу тежег кривичног дела за у судској одлуци одређено време и његовом смештању у одређену установу (Стојановић, Перић, 1996: 51–55). По форми је то казна лишења слободе која је слична казни затвора коју суд изриче пунолетним учиниоцима кривичних дела. Али по садржини, карактеру и циљевима које треба да постигне, ова је казна блиска са васпитним мерама.

У Републици Србији казна малолетничког затвора је хибридна кривична санкција која је по својој форми казнена мера са израженим елементима репресије, али је по садржини, суштини и циљу који треба да оствари васпитна мера. У домаће кривично право је ова казна уведена новелом Кривичног законика ФНРЈ из 1959. године³ (иако је и пре тога под одређеним условима било могуће кажњавање чак и млађег малолетника). Ова казна се може изрећи ако су испуњена два основна услова из члана 28 ЗОМУКД (Мрвић Петровић, 2005 : 188) : а) субјективни услов – кривица старијег малолетника као учиниоца кривичног дела тј. лица које је у време извршења кривичног дела навршило шеснаест година, а није навршило осамнаест година (Horvatić, 2003 : 174) и б) објективни услов – извршење кривичног дела за које је у закону прописана казна затвора преко пет година.

Поред њих, потребно је испуњење и два допунска услова:

а) да висок степен кривице старијег малолетника са којим је извршио кривично дело не оправдава изрицање васпитне мере у конкретном случају.

2 „Службени гласник Републике Србије“, број 85/05.

3 „Службени лист ФНРЈ“, број 30/59.

То је степен кривице изнад уобичајеног, нормалног, просечног степена свесне и вољне управљености учиниоца према извршеном кривичном делу. Да ли постоји висок степен кривице старијег малолетника, представља фактичко питање које суд утврђује у сваком конкретном случају⁴ и

б) да због природе и тежине учињеног кривичног дела није оправдано изрећи васпитну меру. Тежина кривичног дела значи постојање јачег обима и већег интензитета повреде (а изузетно и конкретног угрожавања) заштићеног добра. То указује на обим и интензитет проузроковане последице кривичног дела. У судској пракси је овај услов утврђиван на следеће начине (Јовашевић, 2013: 118–121): „тешке последице“ дела не произилазе искључиво из таквих последица које су настале за оштећеног и његову имовину, већ и из остварених околности које им дају такав карактер (решење Врховног суда Србије Кжм. 20/94 од 27. маја 1994); при опредељењу да изрекне казну малолетничког затвора уместо васпитне заводске мере, суд треба да цени објективне услове за изрицање, тешке последице дела, личност малолетника, његов ранији живот и побуде из којих је дело извршио (пресуда Врховног суда Србије Кжм. 42/2000 од 5. септембра 2000). Али, ову околност треба ценити и у склопу врсте нападнутог добра и потребе друштва да обезбеди његову ефикасну и квалитетну заштиту, што указује на природу кривичног дела. У правној теорији је спорно како треба тумачити овај услов у случају „покушаног кривичног дела када последица дела по природи овог института изостаје“ (Стојановић, 2000: 354).

Допунски услови указују на изузетан карактер примене казне малолетничког затвора чак и у случају када су испуњени законом предвиђени услови. За изрицање казне малолетничког затвора потребна је и оцена суда, заснована на изведеним личним и материјалним изворима доказа, да у конкретном случају не би било оправдано изрећи васпитну меру. Значи, малолетнички затвор је казна супсидијарног карактера чија је примена увек факултативна. Када су испуњени законом предвиђени услови, суд старијем малолетнику одмерава казну малолетничког затвора у границама законом прописане казне за учињено кривично дело имајући у виду сврху малолетничког затвора и узимајући у обзир све околности (олакшавајуће и отежавајуће), а нарочито: а) степен зрелости малолетника и б) време које је потребно за његово васпитавање и стручно оспособљавање (члан 30 ЗОМУКД). При томе суд не може изрећи казну малолетничког затвора у трајању дужем од прописане казне за учињено

4 Битно смањење урачунљивости у време извршења кривичног дела искључује постојање високог степена кривице као једног од услова за изрицање казне малолетничког затвора (решење Врховног суда Србије Кжм. 72/95 од 22. августа 1995).

кривично дело, али он при томе није везан за најмању меру прописане казне – за посебни минимум (Јовашевић, 2011: 123–131).

3.2. Карактеристике казне малолетничког затвора

Основне карактеристике казне малолетничког затвора у домаћем кривичном праву јесу следеће (Lazarević, Vučković, Vučković, 2004: 246–250):

1) то је најтежа врста малолетничке кривичне санкције и једина врста казне која се може изрећи малолетном учиниоцу кривичног дела у Републици Србији, додуше са два ограничења: а) ова се казна не може изрећи сваком малолетнику (већ само старијем малолетнику – дакле, лицу узраста од 16 до 18 година у време извршења кривичног дела) и б) ова се казна не може изрећи за свако учињено кривично дело, већ само за теже дело за које је у закону прописана казна затвора преко пет година (Petrović, Jovašević, Ferhatović, 2016: 189–194),

2) то је санкција којом се остварују циљеви специјалне и генералне превенције, будући да се њеном применом врши појачани утицај на малолетног учиниоца да убудуће не врши кривична дела, као и на друге малолетнике да не врше кривична дела,

3) два су услова за изрицање малолетничког затвора: а) извршено кривично дело и б) кривица учиниоца испољена у високом степену. То је једина малолетничка санкција за чије изрицање је суд обавезан да утврђује постојање и степен кривице учиниоца (Јовашевић, Митровић, Икановић, 2017: 289–293),

4) казна малолетничког затвора се одмерава по посебним правилима, међу којима посебан значај имају субјективне околности везане за личност учиниоца и објективне околности везане за природу и тежину учињеног кривичног дела,

5) казна малолетничког затвора се изриче у трајању од шест месеци до пет година. Ова се казна увек изриче на пуне године и месеце. Но, поред овог општег максимума, Закон познаје још један максимум – од десет година. Малолетнички затвор у трајању до десет година се може изрећи у два случаја: а) када је учињено кривично дело за које је у закону прописана казна затвора од двадесет година или тежа казна и б) када су учињена у стицају најмање два кривична дела за која је у закону прописана казна затвора тежа од десет година. При томе је Закон поставио ограничење према коме се казна малолетничког затвора не може изрећи у трајању које је дуже од законом прописане казне затвора за учињено кривично дело,

б) за кривична дела у стицају⁵ малолетнички затвор се изриче по посебним правилима. То су следећа правила: а) ако старији малолетник учини више кривичних дела у стицају, а суд нађе да за свако кривично дело треба изрећи казну малолетничког затвора, одмериће по слободној оцени за сва дела у стицају једну казну малолетничког затвора у законом одређеним границама, б) ако суд нађе да за неко кривично дело у стицају које је учинио старији малолетник треба изрећи васпитну меру, а за неко дело казну малолетничког затвора, тада ће суд за сва дела у стицају изрећи само једну казну малолетничког затвора, в) ако суд за кривична дела у стицају утврди казну затвора и казну малолетничког затвора, тада изриче јединствену казну затвора сходно правилима за одмеравање казне за дела у стицају учињена од пунолетних лица (систем асперације – члан 60, став 4 Кривичног законика⁶) и г) ако суд нађе да за неко кривично дело у стицају треба изрећи васпитну меру, а за неко дело казну затвора, тада изриче само казну затвора. На исти начин суд поступа и када одмерава казну осуђеном лицу (ако се после изречене осуде утврди да је осуђени пре или после њеног изрицања извршио друго кривично дело),

7) казна малолетничког затвора не повлачи правне последице осуде које се састоје у забрани стицања одређених права (Карамитров, 1981: 176–178),

8) лице коме је изречена казна малолетничког затвора суд може условно отпустити са даљег издржавања казне под следећим условима (Јовашевић, 2016: 221–226): а) ако је малолетник издржао трећину изречене казне, али не пре него што је протекло шест месеци. Ово су знатно блажи услови за давање условног отпуста него што Кривични законик (после новеле из септембра 2009. године) тражи за давање условног отпуста осуђеном пунолетном лицу (када се захтева извршење најмање две трећине изречене казне) и б) ако се на основу постигнутог успеха у извршењу изречене казне малолетничког затвора може очекивати да ће се малолетник на слободи добро понашати и да неће вршити кривична дела. Уз дати условни отпуст суд може малолетнику да одреди и неку од мера појачаног надзора, уз могућност примене једне или више посебних обавеза. Овако дати условни отпуст се може опозвати из разлога, на начин и под условима као што се он опозива и у случају изречене казне затвора пунолетном учиниоцу кривичног дела (Радуловић, 2010: 89–93),

5 Изрицање казне малолетничког затвора применом одредаба о стицају као и за пунолетна лица, представља повреду кривичног закона (решење Врховног суда Србије Кжм. 524/97 од 14. новембра 1997).

6 „Службени гласник Републике Србије“, број 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

9) застарелост извршења изречене казне малолетничког затвора наступа ако је протекло: а) десет година од осуде на малолетнички затвор у трајању преко пет година, б) пет година од осуде на малолетнички затвор у трајању преко три године и в) три године од осуде на малолетнички затвор у трајању до три године,

10) подаци о осуди на казну малолетничког затвора могу се дати само законом изричито одређеним органима и то: а) суду, јавном тужиоцу и органу унутрашњих послова у вези са кривичним поступком који се води против лица које је раније било осуђено, б) органу који учествује у поступку давања амнестије, помиловања, рехабилитације или одлучивања о престанку правних последица осуде, као и в) органима старатељства кад је то потребно за вршење послова из њихове надлежности,

11) ако за време трајања васпитне мере суд изрекне старијем малолетнику казну малолетничког затвора, у том случају васпитна мера престаје са извршењем када осуђени започне са издржавањем изречене казне. Ако пак за време трајања васпитне мере суд изрекне пунолетном лицу казну малолетничког затвора или казну затвора у трајању од најмање једне године, васпитна мера престаје када ово лице започне са издржавањем казне а, ако је изречена казна малолетничког затвора или затвора у краћем трајању, суд ће у пресуди одлучити да ли ће се после издржане казне наставити са извршењем васпитне мере или ће се потпуно обуставити њено извршење (Шкулић, 2011: 189–194),

12) лице коме је изречена казна малолетничког затвора не може за време њеног извршења да врши изборне функције у државним органима, органима територијалне аутономије, органима локалне самоуправе, органима управљања, пословодним органима или другим органима у предузећима или другим организацијама које послују државном имовином, односно организацијама којима је законом поверено вршење одређених јавних овлашћења,

13) евиденцију о изреченим казнама малолетничког затвора води виши суд који је судио у првом степену и

14) осуда на казну малолетничког затвора подлеже рехабилитацији (законској и судској) на исти начин, под истим условима и у идентичном поступку који су прописани за осуде пунолетног лица.

3.3. Извршење казне малолетничког затвора

Казна малолетничког затвора се извршава сходно одредбама чл. 137–145 ЗОМУКД у казнено-поправном заводу за малолетнике. Осуђена лица

казну издржавају заједно, а одвојено само када то захтева здравствено стање осуђеног или потреба осигурања безбедности и одржавања реда и дисциплине у казнено-поправном заводу. Казна изречена женским лицима се извршава у посебном одељењу казнено-поправног завода за жене.

У овим заводима осуђена малолетна лица могу да остану до навршене двадесет треће године живота. Ако до овог узраста лице не издржи изречену казну у потпуности (а не буде пуштено на условни отпуст), упућује се у казнено-поправни завод за пунолетна лица. Изузетно, осуђени старији малолетник који је у међувремену навршио двадесет три године живота може остати у казнено-поправном заводу за малолетнике у два случаја: а) ако је то потребно ради завршавања његовог школовања или стручног оспособљавања или б) ако му је до потпуног издржавања казне остало време до шест месеци, али најдуже до навршене двадесет пете године живота.

4. Примена казне малолетничког затвора у правосудној пракси

О ефикасности примене најтеже врсте малолетничких кривичних санкција – казне малолетничког затвора према малолетним учиниоцима кривичних дела у непосредној практичној примени најбоље говоре статистички подаци о врсти и мери изречених појединих врста санкција на подручју Републике Србије у периоду 2006–2016. године, а према званичним статистичким показатељима Републичког завода за статистику Републике Србије⁷. У периоду примене новог малолетничког кривичног законодавства у Србији до данас (2006–2016. године) анализирали смо врсту и меру изречених кривичних санкција према малолетним учиниоцима кривичних дела, а према различитим критеријумима. Ова анализа је подељена у неколико делова.

7 Билтен Републичког завода за статистику број 491, Београд, 2009; Билтен Републичког завода за статистику број 505, Београд, 2009; Билтен Републичког завода за статистику број 513, Београд, 2010; Билтен Републичког завода за статистику број 528, Београд, 2010; Билтен Републичког завода за статистику број 547, Београд, 2012; Билтен Републичког завода за статистику број 559, Београд, 2012; Билтен Републичког завода за статистику број 577, Београд, 2013; Билтен Републичког завода за статистику број 589, Београд, 2014; Билтен Републичког завода за статистику број 604, Београд, 2015; Билтен Републичког завода за статистику број 618, Београд, 2016. и Билтен Републичког завода за статистику број 630, Београд, 2016.

4.1. Регионална заступљеност изречених казни малолетног затвора

На првом месту смо анализирали обим и динамику примене појединих малолетничких кривичних санкција према регионалној заступљености у Републици Србији.

Табела 1. *Изречене малолетничке кривичне санкције за подручје Београда у периоду 2006–2016. године.*

Година	Укупно малолетника	Мал. затвор	%	Васпитне мере	%
2006.	402	4	0,99	398	99,00
2007.	243	0	0	243	100
2008.	444	5	1,13	439	98,87
2009.	273	4	1,47	269	98,53
2010.	201	1	0,50	200	99,50
2011.	343	4	1,17	339	98,83
2012.	427	0	0	427	100
2013.	405	2	0,49	403	99,51
2014.	313	1	0,32	312	99,68
2015.	278	2	0,72	276	99,28
2016.	249	3	1,20	246	98,80

Из наведених података о броју (обим и динамика) пријављених малолетних учинилаца кривичних дела, односно изреченим санкцијама (политика изрицања санкција од стране судова) према малолетницима у периоду 2006–2016. године на подручју Вишег суда у Београду можемо закључити следеће :

1) број пријављених малолетних учинилаца кривичних дела показује неједнаку расподељеност по посматраним годинама. Тако се он креће од 402 пријављена малолетника у току 2006. године, од када се бележи раст, на 444 пријављена лица у току 2008. године, да би после тога овај број пријављених малолетних учинилаца кривичних дела до краја посматраног периода опадао, тако да је најмањи број ових лица био евидентиран у току 2010. године – „свега“ 201 малолетно лице,

2) казна малолетничког затвора је према малолетним учиниоцима кривичних дела на подручју Београда у посматраном периоду изрицана симболично. Тако се број изречених казни према малолетницима (старијим малолетницима) кретао од минималних 0,32% у току 2014. године или 0,49% у току 2013. године до максималних 1,47% у току 2009. године или 1,20% у току последње посматране 2016. године. Интересантно је да ова казна није изречена ниједном у току 2007. и 2012. године и

3) васпитне мере су убедљиво најчешће изрицане малолетничке кривичне санкције (које се изричу и млађим и старијим малолетницима) на подручју Београда. У 100% случајева ове мере су изречене 2012. године, када су примењене према свих 427 пријављених малолетника, односно 2007. године, када су изречене у односу на сва 243 пријављена малолетника. Најмање је васпитних мера изречено 2009. године и то 98,53% или 2016. године – 98,80%.

Табела 2. *Изречене малолетничке кривичне санкције за подручје Војводине у периоду 2006–2016. године.*

Година	Укупно малолетника	Мал. затвор	%	Васпитне мере	%
2006.	442	9	2,04	433	97,96
2007.	655	4	0,61	651	99,39
2008.	722	3	0,42	719	99,58
2009.	655	0	0	655	100
2010.	558	0	0	558	100
2011.	702	1	0,14	701	99,86
2012.	615	1	0,16	614	99,84
2013.	919	2	0,22	917	99,78
2014.	825	2	0,24	823	99,76
2015.	749	3	0,40	746	99,60
2016.	864	0	0	864	100

Слична је ситуација и у погледу броја пријављених малолетних учинилаца кривичних дела, односно изречених санкција према малолетницима у периоду 2006–2016. године на подручју Војводине, где је, иначе, забележен и највећи број малолетника као учинилаца кривичних дела. Наведени подаци показују следеће:

1) број пријављених малолетних учинилаца кривичних дела показује неједнаку расподељеност по посматраним годинама. Тако се он креће од минимално пријављена 442 малолетника у току 2006. године (број је готово идентичан максималном броју малолетника као учинилаца кривичних дела у Београду, који је 2008. године износио 444 лица), од када се бележи константан раст до максималних 919 пријављених малолетника у току 2013. године или 864 пријављена малолетна учиниоца кривичних дела у току 2016. године,

2) казна малолетничког затвора је према малолетним учиниоцима кривичних дела и на подручју Војводине у посматраном периоду изрицана симболично. Тако се број изречених казни према старијим малолетницима кретао од минималних 0,14% у току 2011. године или 0,16% у току 2012. године до максимална 2,04% у току 2006. године, при чему треба истаћи да ова казна није изречена ниједном пријављеном малолетнику у току 2009, 2010. и 2016. године и

3) васпитне мере су најчешће изрицане малолетничке кривичне санкције и на подручју Војводине. У 100% случајева ове мере су изречене 2009. године, када су примењене према свих 655 пријављених малолетника, односно 2010. године, када су изречене у односу на свих 558 пријављених малолетника или 2016. године, када су изречене према сва 864 пријављена малолетна учиниоца кривичних дела. Најмање је васпитних мера изречено 2006. године и то у 97,96% пријављених случајева.

Табела 3. Изречене малолетничке кривичне санкције за подручје Шумадије и Западне Србије у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно малолетника	Мал. затвор	%	Васпитне мере	%
2006.					
2007.					
2008.					
2009.					
2010.	492	3	0,61	489	99,39
2011.	784	1	0,13	783	99,87
2012.	790	1	0,13	789	99,87
2013.	789	1	0,13	788	99,87
2014.	488	2	0,41	486	99,59
2015.	547	3	0,55	544	99,45
2016.	523	6	1,15	517	98,85

Из наведених података о пријављеним малолетним учиниоцима кривичних дела, односно врсти изречених кривичних санкција према малолетницима у периоду 2010–2016. године (јер подаци нису вођени за период 2006–2009) на подручју Шумадије и Западне Србије закључујемо следеће: 1) број пријављених малолетних учинилаца кривичних дела такође и у овом региону показује неједнаку расподељеност по посматраним годинама. Тако се он креће од минимално пријављена 492 малолетника у току 2010. године до максималног броја од 790 пријављених лица у току 2012. године или 789 лица у току 2013. године, од када бележи пад до краја посматраног периода, 2) казна малолетничког затвора је према малолетним учиниоцима кривичних дела у овом региону у посматраном периоду изрицана изузетно ретко. Тако се број изречених казни према малолетницима кретао од једне изречене казне у току 2011, 2012. и 2013. године, што је износило 0,13% пријављених малолетника, две изречене казне у току 2014. године или три изречене казне у току 2010. и 2015. године и 3) васпитне мере су најчешће изрицане малолетничке кривичне санкције и на подручју Шумадије и Западне Србије, где су у посматраном периоду изрицане од минималних 98,85% случајева у току 2016. године до 99,87% у току 2011, 2012. и 2013. године.

Табела 4. *Изречене малолетничке кривичне санкције за подручје Јужне и Источне Србије у периоду 2006–2016. године.*

Година	Укупно малолетника	Мал. затвор	%	Васпитне мере	%
2006.					
2007.					
2008.					
2009.					
2010.	389	1	0,26	388	99,74
2011.	461	7	1,52	454	98,48
2012.	470	0	0	470	100
2013.	535	3	0,56	532	99,44
2014.	408	1	0,25	407	99,75
2015.	352	1	0,28	351	99,72
2016.	396	0	0	396	100

И коначно подручје Јужне и Источне Србије пружа занимљиве податке о броју пријављених малолетника за различита кривична дела, те о врстама кривичних санкција које су према њима изрицали надлежни виши судови. Наиме, из наведених података у периоду 2010–2016. године закључујемо следеће: 1) број пријављених малолетних учинилаца кривичних дела се кретао од минималног броја од 389 малолетника у току 2010. године до максималног броја од 535 пријављена лица у току 2013. године, 2) казна малолетничког затвора је према малолетним учиниоцима кривичних дела у овом региону изузетно ретко изрицана, па се број изречених казни кретао од: ниједне изречене казне у току 2012. године (од 470 пријављених лица) и 2016. године (од 396 пријављених лица), док је ова казна само једном изрицана у току 2010, 2014. и 2015. године, а три пута само у току 2013. године. Најчешће је казна малолетничког затвора, и то седам пута, изречена у току 2011. године од укупно 461 пријављеног лица и 3) васпитне мере су и на овом подручју најчешће изрицане малолетничке кривичне санкције. Њихов удео у структури санкција према малолетницима се кретао од 100% у току 2012. и 2016. године до минималних 98,48% у току 2011. године.

4.2. Изречене казне малолетничког затвора за поједине врсте кривичних дела

Да би излагање о ефикасности у закону прописаних казни малолетничког затвора било потпуно, на овом месту ћемо анализирати врсте кривичних дела за које су уопште казне малолетничког затвора и изрицане у Републици Србији у периоду 2006–2016. године. Наиме, ове казне, као врста малолетничких кривичних санкција, најчешће су изрицане за кривична дела против: а) живота и тела, б) имовине, в) безбедности јавног саобраћаја и г) јавног реда и мира. При томе је уочљиво да су оне најчешће изрицане углавном за кривична дела са елементима насиља (осим када се ради о саобраћајним делима), а то су управо и кривична дела за која је у Законику прописана казна затвора преко пет година, што иначе представља формални услов, при дискреционом одлучивању суда, за изрицање ове казне.

4.2.1. Кривична дела против живота и тела

Прво ћемо анализирати политику изрицања малолетничких кривичних санкција за малолетнике као учиниоце кривичних дела против живота и тела (крвни деликти) уопште, а потом за следећа кривична дела: а) убиство и б) тешко убиство.

Табела 5. Изречене малолетничке кривичне санкције за кривична дела малолетника против живота и тела у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно крив. дела	Крив. дела против живота и тела	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	158	6	3,80	152	96,20
2007.	1.166	198	4	2,02	194	97,98
2008.	1.237	202	6	2,97	78	38,62
2009.	1.111	170	6	3,53	71	41,76
2010.	970	133	0	0	73	54,89
2011.	1.311	184	6	3,26	75	40,76
2012.	1.318	176	1	0,57	77	43,75
2013.	1.554	184	5	2,72	80	43,48
2014.	1.209	120	2	1,67	55	45,83
2015.	1.182	136	2	1,47	67	49,26
2016.	1.249	141	1	0,71	64	45,39

Криминалитет малолетника у периоду 2006–2016. године на подручју Републике Србије је био заступљен у релативно великој мери. Тај се број кретао до 1.076 пријављених малолетних учинилаца свих кривичних дела у току 2006. године од када расте, да би свој максимум достигао (а што произилази из табела 5–7) 2013. године са 1.554 пријављена малолетника, с изузетком 2010. године, када је забележен најмањи број малолетних учинилаца кривичних дела од 970 пријављених лица. У истом периоду је и висок удео малолетника као учинилаца кривичних дела против живота и тела (који се кретао од 10 до 15%), зависно од анализираних година. Тако се малолетници као учиниоци „крвних“ деликата јављају од минималних 120 пријављених лица у току 2014. године до максимална 184 лица у току 2011. и 2013. године, односно 198 малолетника у току 2007. године и највише 202 пријављена малолетника у току 2008. године.

Табела 6. Изречене малолетничке кривичне санкције за извршена кривична дела убиства од стране малолетника у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно крив. дела	Убиство	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	2	2	100	0	0
2007.	1.166	17	4	23,53	13	76,47
2008.	1.237	13	0	0	13	100

2009.	1.111	2	2	100	0	0
2010.	970	0	0	0	0	0
2011.	1.311	3	3	100	0	0
2012.	1.318	0	0	0	0	0
2013.	1.554	2	2	100	0	0
2014.	1.209	1	1	100	0	0
2015.	1.182	1	1	100	0	0
2016.	1.249	1	1	100	0	0

Табела 7. Изречене малолетничке кривичне санкције за извршена кривична дела тешког убиства од стране малолетника у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно крив. дела	Тешко убиство	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	8	6	75,00	2	25,00
2007.	1.166	1	1	100	0	0
2008.	1.237	1	1	100	0	0
2009.	1.111	4	4	100	0	0
2010.	970	0	0	0	0	0
2011.	1.311	1	1	100	0	0
2012.	1.318	0	0	0	0	0
2013.	1.554	3	3	100	0	0
2014.	1.209	0	0	0	0	0
2015.	1.182	1	0	0	0	0
2016.	1.249	1	0	0	1	100

За „крвне“ деликте уопште, што је изненађујуће јер се ради о тешким кривичним делима насиља против живота и тела других лица са запрећеним тешким казнама затвора, казна малолетничког затвора је изрицана ретко – од ниједне изречене казне у току 2010. године (од 970 пријављених лица), преко 0,57% у току 2012. године до максимална 3,53% (у току 2009. године од 170 пријављених малолетника) или 3,80% у току 2006. године (од 158 пријављених лица). За „крвне“ деликте и код малолетних лица су преовлађујуће врсте изречених кривичних санкција васпитне мере које су изрицане у прве две анализиране године у изузетно високом проценту од 96,20% у току 2006. године или 97,98% у току 2007. године, да би потом њихов удео пао чак и испод половине свих изречених

санкција у односу на број пријављених малолетника. Тако је минималан број васпитних мера изречен 2008. године – „само“ 38,62% или 2011. године – 40,76% до максималних 54,89% у току 2010. године.

У посматраном периоду малолетници су се ретко јављали као учиниоци кривичног дела убиства: ниједном у току 2010. и 2012. године, једном у току 2014, 2015. и 2016. године до максималних тринаест лица (од 1.237 пријављених малолетника) у току 2008. године или седамнаест пријављених лица (од укупног броја од 1.166 лица) у току 2007. године. Но, оно што изненађује јесте чињеница да осим 2007. године, када је казна малолетничког затвора изречена у 23,53% случаја, у свим осталим посматраним годинама су малолетним учиниоцима кривичног дела убиства изрицане искључиво казне малолетничког затвора. Готово је идентична ситуација и са малолетним учиниоцима кривичног дела тешког убиства, где се они ретко јављају као учиниоци: ниједном у току 2010, 2012. и 2014. године, једном у току 2007, 2008, 2011, 2015. и 2016. године до највише осам пута у току 2006. године. У свим посматраним годинама за ово најтеже кривично дело је свим пријављеним малолетницима изрицана једино казна малолетничког затвора, осим 2006. године, када је ова казна изречена у 75% случајева.

4.2.2. Имовинска кривична дела

У погледу структуре изречених кривичних санкција малолетним учиниоцима имовинских кривичних дела ситуација је у Србији у анализираном периоду нешто другачија. Док је број пријављених малолетних лица која су учинила „крвни“ деликт максимално 202 (2008. године), чињеница је да се малолетници чешће јављају као учиниоци кривичних дела против имовине од минималних 536 лица у току 2010. године (од 970 пријављених малолетника, што значи у око 60% случајева) до максимална 903 лица у току 2013. године (од укупно пријављених 1.554 лица, што указује да на имовинска кривична дела отпада 3/5 укупног криминалитета малолетника). О томе нам говоре подаци садржани у табелама 8–11, где смо анализирали обим и динамику следећих кривичних дела: а) тешке крађе, б) разбојничке крађе и в) разбојништва као најчешће извршаваних кривичних дела малолетника.

Табела 8. Изречене малолетничке кривичне санкције за кривична дела против имовине од стране малолетника у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно крив. дела	Крив. дела против имовине	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	667	8	1,20	659	98,80
2007.	1.166	708	22	3,11	686	96,89
2008.	1.,237	722	6	0,83	273	37,81
2009.	1.111	584	10	1,71	234	40,07
2010.	970	536	3	0,56	221	41,23
2011.	1.311	707	7	0,99	294	41,58
2012.	1.318	722	1	0,14	277	38,37
2013.	1.554	903	3	0,33	376	41,64
2014.	1.209	652	2	0,31	297	45,56
2015.	1.182	674	5	0,74	339	50,30
2016.	1.249	672	5	0,74	345	51,34

Табела 9. Изречене малолетничке кривичне санкције за извршена кривична дела тешке крађе од стране малолетника у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно крив. дела	Тешка крађа	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	224	1	0,45	223	99,55
2007.	1.166	325	14	4,31	311	95,69
2008.	1.,237	130	2	1,54	128	98,46
2009.	1.111	143	10	0,70	133	93,00
2010.	970	100	3	3	97	97,00
2011.	1.311	156	4	2,56	152	97,45
2012.	1.318	Нема података				
2013.	1.554	196	3	1,53	193	98,47
2014.	1.209	172	1	0,58	171	99,42
2015.	1.182	Нема података				
2016.	1.249	Нема података				

Из наведених статистичких показатеља произилази закључак да је казна малолетничког затвора ретко изрицана за имовинска кривична дела (од једне до десет осуда) или од 0,31% у току 2014. године до максималних 3,11% у току 2007. године, када су изречене чак 22 казне малолетничког затвора. И за имовинска кривична дела преовладавају васпитне мере према малолетницима у високом проценту од 98,80% у току 2006. године или 96,89% у току 2007. године, од када њихово изрицање бележи драстичан пад на „свега“ 37,81% у току 2008. године или 51,34% у току 2016. године.

Са изузетком 2012, 2015. и 2016. године, када нема података о извршеним кривичним делима тешке крађе од стране малолетника, ово су најчешће извршавана имовинска кривична дела од 100 пријављених малолетника у току 2010. године (од укупно 970 лица) до 196 лица у току 2013. године (од пријављена 1.554 лица). Иако се ради о тешком и често извршаваном кривичном делу малолетника, следи да им је и казна малолетничког затвора често изрицана од 0,45% у току 2006. године до максимална 3% у току 2010. године или чак 4,31% у току 2007. године. И васпитне мере су за ово дело најчешће изрицане кривичне санкције чији се удео кретао од 93% у току 2009. године до 99,55% у току 2006. године.

Табела 10. *Изречене малолетничке кривичне санкције за извршена кривична дела разбојничке крађе од стране малолетника у периоду 2006–2016. године.*

Година	Укупно крив. дела	Разбојничка крађа	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	0	0	0	0	0
2007.	1.166	1	0	0	1	100
2008.	1.237	0	0	0	0	0
2009.	1.111	0	0	0	0	0
2010.	970	0	0	0	0	0
2011.	1.311	0	0	0	0	0
2012.	1.318	0	0	0	0	0
2013.	1.554	0	0	0	0	0
2014.	1.209	0	0	0	0	0
2015.	1.182	2	0	0	2	100
2016.	1.249	57	0	0	57	100

Табела 11. Изречене малолетничке кривичне санкције за извршена кривична дела разбојништва од стране малолетника у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно крив. дела	Разбојништво	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	133	7	5,26	126	94,73
2007.	1.166	66	3	4,55	63	95,45
2008.	1,237	22	3	13,64	19	86,36
2009.	1.111	12	0	0	12	100
2010.	970	Нема података				
2011.	1.311	24	1	4,17	23	95,83
2012.	1.318	24	1	4,17	23	95,83
2013.	1.554	23	0	0	23	100
2014.	1.209	13	1	7,69	12	92,31
2015.	1.182	48	1	2,08	47	97,92
2016.	1.249	9	2	22,22	7	77,78

Иако у јавности преовладава мишљење да малолетници често врше имовинска кривична дела насиља, подаци о кривичном делу разбојничке крађе у посматраном периоду то демантују. Тако је ово кривично дело извршено од малолетника само у току 2015. године у два случаја (од 1.182 пријављена малолетника) или максимално у 57 случајева у току 2016. године (од 1.249 пријављених малолетника), при чему су у свим случајевима учиниоцима изречене васпитне мере. Но, такав се закључак не може извести када се ради о кривичном делу разбојништва које је најчешће извршавано прве две анализиране године: у току 2006. године од стране 133 малолетника или 2007. године од стране 66 малолетника, од када и број извршених ових кривичних дела бележи драстичан пад на 22 пријављена лица у току 2008. године до „свега“ девет пријављених лица у току 2016. године. За ово је кривично дело малолетницима казна малолетничког затвора изрицана од 2,08% у току 2015. године до 13,69% у току 2008. године или чак 22,22% у току 2016. године, с тим што 2009. и 2013. године није изречена ниједна казна ове врсте. И на крају, и за кривично дело разбојништва су васпитне мере најчешће изрицане кривичне санкције чији се удео кретао од 77,78% у току 2016. године до 86,36% у току 2008. године.

4.2.3. „Саобраћајна“ кривична дела

У одређеном уделу је казна малолетничког затвора у периоду 2006–2016. године изрицана малолетницима и за кривична дела против безбедности јавног саобраћаја од минималних 1,89% у току 2009. године (када је изречена једна казна у односу на 1.111 пријављено лице) до максималних 5,56% у току 2015. године, док у току 2008, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014. и 2016. године није изречена ниједна казна ове врсте, иако је у посматраним годинама пријављено од 970 до 1.554 малолетних учинилаца кривичних дела. И за ова кривична дела преовладавају васпитне мере у обиму од максимално 95,83% у току 2006. и 95,65% у току 2007. године до 30–60% изречених васпитних мера малолетним учиниоцима саобраћајних кривичних дела.

Табела 12. *Изречене малолетничке кривичне санкције за извршена кривична дела против безбедности јавног саобраћаја од стране малолетника у периоду 2006–2016. године.*

Година	Укупно крив. дела	Крив. дела против безб. јав. саобр.	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	48	2	4,17	46	95,83
2007.	1.166	46	2	4,35	44	95,65
2008.	1.237	51	0	0	29	56,86
2009.	1.111	53	1	1,89	31	58,49
2010.	970	34	0	0	21	61,76
2011.	1.311	52	0	0	25	48,08
2012.	1.318	43	0	0	23	53,49
2013.	1.554	62	0	0	23	37,10
2014.	1.209	28	0	0	14	50,00
2015.	1.182	18	1	5,56	9	50,00
2016.	1.249	16	0	0	5	31,25

Табела 13. Изречене малолетничке кривичне санкције за кривична дела угрожавања јавног саобраћаја извршена од стране малолетника у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно крив. дела	Угрожавање јавног саобраћаја	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	45	2	4,44	43	95,56
2007.	1.166	45	2	4,44	43	95,56
2008.	1,237	29	0	0	29	100
2009.	1.111	32	1	3,13	31	96,88
2010.	970	21	0	0	21	100
2011.	1.311	0	0	0	0	0
2012.	1.318	23	0	0	23	100
2013.	1.554	0	0	0	0	0
2014.	1.209	0	0	0	0	0
2015.	1.182	10	1	10	9	90
2016.	1.249	0	0	0	0	0

Казна малолетничког затвора је изузетно ретко изрицана за најчешће саобраћајно кривично дело – угрожавање јавног саобраћаја. Тако је ова казна изречена само једном у току 2015. године (од десет пријављених лица) или у току 2009. године (од 32 пријављена малолетника), а два пута у току 2006. и 2007. године, док у осталим анализираним годинама ова најтежа казна за малолетнике није уопште изрицана. И код саобраћајних кривичних дела преовладавају васпитне мере.

4.2.4. Кривична дела против јавног реда и мира

Када се анализирају подаци о извршеним кривичним делима са елементима насиља, а против јавног реда и мира, уочава се веома мали број малолетника као њихових учинилаца. Тако су се од 1.000 до 1.500 кривичних дела, колико су, зависно од анализираних година вршили малолетници, само у малом броју јављала кривична дела против јавног реда и мира. Тај се број кретао од минималних 46 пријављених лица у току 2007. године до максималног 201 лица у току 2014. године. У посматраном периоду казна малолетничког затвора за ова кривична дела, најчешће са елементима насиља, изузетно је ретко изрицана: само једном у току 2015. и 2016. године и два пута у току 2007. године, док су осталих година учиниоцима ових дела искључиво изрицане васпитне мере.

И коначно, за кривично дело насилничко понашање, за које се у јавности сматра да га најчешће врше малолетници и то у групама, интересантно је указати на следеће две чињенице: а) ова се кривична дела изузетно ретко врше у односу на укупан криминалитет малолетника. Тај се број кретао од девет кривичних дела у току 2008. године до највише 68 дела која су пријављена у току 2015. године, док у току 2007. и 2014. године ово кривично дело уопште није евидентирано и б) за кривично дело насилничко понашање малолетницима су изузетно ретко изрицане казне малолетничког затвора – само једном у току 2015. и 2016. године, док су у осталим годинама и за ово дело изрицане васпитне мере.

Табела 14. Изречене малолетничке кривичне санкције за кривична дела против јавног реда и мира у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно крив. дела	Крив. дела против јав. реда и мира	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	Нема података				
2007.	1.166	46	2	4,35	44	95,65
2008.	1.,237	76	0	0	16	21,05
2009.	1.111	118	0	0	48	40,68
2010.	970	95	0	0	42	44,21
2011.	1.311	160	0	0	84	52,50
2012.	1.318	157	0	0	68	43,31
2013.	1.554	201	0	0	80	39,80
2014.	1.209	174	0	0	83	47,70
2015.	1.182	144	1	0,69	78	54,17
2016.	1.249	162	1	0,62	88	54,32

Табела 15. Изречене малолетничке кривичне санкције за извршена кривична дела насилничког понашања од стране малолетника у периоду 2006–2016. године.

Година	Укупно крив. дела	Насилничко понашање	Казна мал. затвора	%	Васпитне мере	%
2006.	1.076	Нема података				
2007.	1.166	0	0	0	0	0
2008.	1,237	9	0	0	9	100
2009.	1.111	44	0	0	44	100
2010.	970	30	0	0	30	100
2011.	1.311	67	0	0	67	100
2012.	1.318	58	0	0	58	100
2013.	1.554	59	0	0	59	100
2014.	1.209	0	0	0	0	0
2015.	1.182	68	1	1,47	67	98,53
2016.	1.249	76	1	1,32	75	98,68

5. Закључак

Следећи стандарде садржане у низу универзалних и регионалних међународних докумената донетих у последње време, Република Србија је 2005. године донела посебан Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. Тако је свеобухватно у једном законском тексту у целини уређен (материјални, процесни и извршни) правни положај малолетника као учинилаца кривичних дела, односно малолетника као жртава кривичних дела. У том циљу наша држава је извршила кодификацију малолетничког кривичног права на сличан начин као што су то учиниле последњих година и друге европске државе: Аустрија, Италија, Швајцарска, Француска, Финска, Немачка, Хрватска, Македонија, Црна Гора и Босна и Херцеговина и др.

Малолетничко кривично право, не само наше државе, већ и право низа савремених држава предвиђа три врсте малолетничких кривичних санкција: а) васпитне мере, б) казну малолетничког затвора и в) мере безбедности. То су законом предвиђене мере друштвене реакције према малолетним учиниоцима кривичних дела које изричу законом одређени виши судови у циљу заштите друштва од криминалитета кроз васпитање,

преваспитање и правилан развој малолетника. Супсидијарно, уместо васпитних мера само старијим малолетницима и то само изузетно када су испуњени законом предвиђени услови и када суд дође до уверења да се сврха малолетничких кривичних санкција не може остварити применом васпитних мера, суд може изрећи посебну врсту казне – казну малолетничког затвора. Ово је изузетна мера коју примењују судови према старијим малолетницима као учиниоцима тешких (углавном насилничких, имовинских или крвних) кривичних дела, са високим степеном кривице.

Анализом статистичких показатеља из правосудне праксе Републике Србије у периоду 2006–2016. године о ефикасности примене казне малолетничког затвора можемо закључити следеће: а) малолетници се јављају као учиниоци кривичних дела у обиму од 970 до 1.500 случајева (од 80.000 до 100.000 уопште пријављених кривичних дела у Републици Србији), б) малолетници су најчешће учиниоци кривичних дела против живота и тела (убиство, тешко убиство), имовине (тешка крађа, разбојничка крађа и разбојништво), безбедности јавног саобраћаја (угрожавање јавног саобраћаја) и јавног реда и мира (насилничко понашање), в) када се ради о кривичним делима против живота и тела, малолетницима је ретко изрицана казна малолетничког затвора (од 0,57% у току 2012. године до 3,80% у току 2006. године), док је за убиство ова казна изрицана свим пријављеним малолетницима (у току 2006, 2009, 2011, 2013, 2014, 2015. и 2016. године), односно за тешко убиство (у току 2007, 2008, 2009, 2011. и 2013. године), г) за имовинска кривична дела је изрицана казна малолетничког затвора у обиму од 0,31% у току 2014. године до 3,11% у току 2007. године, с тим што за разбојничку крађу ова казна није изречена ниједном, а за разбојништво је изрицана чак у 22,22% случаја у току 2016. године (док у току 2009. и 2013. године није изречена ниједном), а за тешку крађу је казна малолетничког затвора изрицана у распону од 0,45% у току 2006. године до 4,31% у току 2007. године, д) за кривична дела против безбедности јавног саобраћаја казна малолетничког затвора је изрицана у распону од 1,89% у току 2009. године до 5,56% у току 2015. године и њ) за кривична дела против јавног реда и мира казна малолетничког затвора је изрицана симболично – једном у току 2015. и 2016. године, односно два пута у току 2007. године, док у осталим годинама није евидентирана у казненој политици надлежних судова за малолетнике.

Литература/References

- Бабић, М., Марковић, И. (2008). *Кривично право. Општи дио*. Бања Лука: Правни факултет.
- (2009). Билтен Републичког завода за статистику број 491. Београд.
- (2009). Билтен Републичког завода за статистику број 505. Београд.
- (2010). Билтен Републичког завода за статистику број 513. Београд.
- (2010). Билтен Републичког завода за статистику број 528. Београд.
- (2012). Билтен Републичког завода за статистику број 547. Београд.
- (2012). Билтен Републичког завода за статистику број 559. Београд.
- (2013). Билтен Републичког завода за статистику број 577. Београд.
- (2014). Билтен Републичког завода за статистику број 589. Београд.
- (2015). Билтен Републичког завода за статистику број 604. Београд.
- (2016). Билтен Републичког завода за статистику број 618. Београд.
- (2016). Билтен Републичког завода за статистику број 630. Београд.
- Grozdanić, V., Škorić, M. (2009). *Uvod u kazneno право. Opći dio*. Rijeka: Pravni fakultet.
- Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ. (2016). *Кривично право*. Београд: Пројурис.
- Јовашевић, Д. (2011). *Малолетничко кривично право*. Ниш: Правни факултет.
- Јовашевић, Д. (2013). *Практикум за кривично право. Општи део*. Ниш: Правни факултет.
- Јовашевић, Д. (2016). *Кривично право. Општи део*. Београд: Досије.
- Јовашевић, Д., Митровић, Љ., Икановић, В. (2017). *Кривично право. Општи део*. Бања Лука: Универзитет Апеирон.
- Карамитров, Ђ. (1981). *Извршување на васпитните мерки и казнета малолетнички затвор во СР Македонија*. Скопље: Здруженије за пенологија на Макеоднија.
- Lazarević, Lj., Vučković, B., Vučković, V. (2004). *Komentar Krivičnog zakonika Crne Gore*. Cetinje: Obod.
- Мрвић Петровић, Н. (2005). *Кривично право*. Београд: Службени гласник.
- Novoselec, P. (2004). *Opći dio kaznenog prava*. Zagreb: Pravni fakultet.

Petrović, B., Jovašević, D., Ferhatović, A. (2016). *Krivično pravo 2*. Sarajevo: Pravni fakultet.

Радуловић, Љ. (2010). *Малолетничко кривично право*. Београд: Правни факултет.

Симовић, М. ет ал. (2013). *Малолетничко кривично право*. Источно Сарајево: Правни факултет.

Singer, M. (1998). *Kaznenopravna odgovornost i zaštita mladeži*. Zagreb: Narodne novine.

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 85.2005.

„Службени гласник Републике Србије“. Бр. 85.2005, 88.2005, 107.2005, 72.2009, 111.2009, 121.2012, 104.2013, 108.2014 и 94.2016.

„Службени лист ФНРЈ“. Бр. 30.1959.

Стојановић, З., Перић, О. (1996). *Коментар Кривичног закона Републике Србије и Кривични закон Црне Горе са објашњењем*. Београд: Службени лист.

Стојановић, З. (2000). *Кривично право. Општи део*. Београд: Службени гласник.

Horvatić, Ž. (2003). *Kazneno pravo. Opći dio*. Zagreb: Pravni fakultet.

Чејовић, Б. (2002). *Кривично право. Општи део*. Београд: Службени лист.

Шкулић, М. (2011). *Малолетничко кривично право*. Београд: Службени гласник.

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

JUVENILE PRISON SENTENCE: Law, theory and practice in Serbia

Summary

The system of criminal sanction imposed by competent courts on juvenile criminal offenders comprises: 1) educational measures, 2) security measures, and 3) juvenile prison sentence. In addition to criminal sanctions, on the basis of relevant international standards, our juvenile criminal law envisages alternative or diversion measures in the form of educational or correctional orders. Educational measures are the basic, most numerous and most important type of juvenile criminal sanctions. As a rule, they are regularly imposed on every juvenile offender (both younger and older juvenile), provided that the legally prescribed requirements are satisfied. Similarly, a juvenile may be subject to all other security measures envisaged in the Serbian criminal legislation, except for the prohibition of performing professional duty and activity, but they are never imposed on their own.

Given that juveniles may also commit serious crimes, often involving elements of violence and progression, all contemporary criminal legislations (including the Serbian law) prescribe a juvenile prison sentence as a special kind of punishment for juvenile offenders. In addition, some jurisdictions provide other types of penalties that can be imposed on juvenile criminal offenders.

Juvenile prison sentence is the only kind of punishment that can be imposed on a juvenile offender in Serbia. It entails elements of both repression (the offender's imprisonment and deprivation of liberty for a period of time) and prevention (correction and education of minors). This punishment is only imposed on an older juvenile who has committed a serious crime (felony) and in exceptional cases, if the protection of social values as the primary purpose of criminal law cannot be achieved by applying corrective measures. In such a case, the competent court delivers a judgment imposing a juvenile prison sentence for a specific period of time, ranging from one to five years, and exceptionally up to ten years.

Keywords: *criminal law, juvenile, crime, penalty, culpability, prison.*

Др Дејан Р. Вучетић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878197V

UDK: 342.9
Раđ примљен: 01.04.2018.
Раđ прихваћен: 03.05.2018.

О ГЛОБАЛНИМ ТРЕНДОВИМА У КОДИФИКОВАЊУ УПРАВНОГ ПОСТУПАЊА**

Апстракт: На почетку рада аутор указује на превазиђеност стандардне уџбеничке поделе држава у три групе према томе да ли су извршиле кодификацију управног поступања или не, с обзиром на чињеницу да је велики број држава кодификовао (општи) управни поступак. У раду су анализиране најновије промене у овој врло динамичној области ради утврђивања општих образаца, заједничких карактеристика и специфичности прописа о општем управном поступку у савременим државама. Том приликом рад посебно указује на општу прихваћеност термина управни акт, али и на разлике у његовој садржини у појединим правним системима. Извршена је идентификација и анализа појединих, мањих трендова, као што је усложњавање управне процедуре по узору на судско поступање, те најновији отклони од овог тренда, затим све већа присутност управног уговарања и других облика алтернативног решавања управних ствари, као и све веће инсистирање на принципу партиципације грађана у управном поступку. Циљ анализе јесте да да одговор на питање у ком правцу се крећу најновији прописи у овој области.

Кључне речи: општи управни поступак, управно право, управна делатност, управни акт, органи управе.

* dvucetic@prafak.ni.ac.rs

** Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, финансираном од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046). Раđ је саопштен на међународној научној конференцији „Глобализација и право“, која је одржана 21. и 22. априла 2017. године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

С обзиром на карактеристике извора управног права (Димитријевић 2016: 34, Милков 2012: 50–51), тј. на чињеницу да су они јако бројни, динамични и најчешће некодификовани врло је тешко применити компаративни метод приликом изучавања управног права. Ситуација је, донекле, другачија када је управни поступак у питању. Наиме, једино у овој области се кодификују (прикупљају, сређују, систематизују и повезују) процесне норме по којима поступа обавезни субјекат управно-правног односа (орган државне управе или носилац поверених јавних овлашћења), па је њихово компаративно проучавање и поређење, бар на први поглед, једноставније.

У уџбеницима из управног права у Србији¹ и даље доминира подела држава према томе да ли су, и како, ако јесу, спровеле кодификацију управних процедура. Према тој подели, прву групу чине оне државе које су управни поступак у потпуности кодификовале. Другу групу чине државе тзв. мешовитих система, које имају (некодификоване) процесне прописе који се односе на управу, док су у трећу групу сврставане оне малобројне државе које уопште немају процесне управне прописе (Димитријевић 2016: 311–313, Милков 2017: 78–80, Лилић 2013: 435–438 и др.). Међутим, број држава које су извршиле кодификацију управног поступка је данас у толикој мери нарастао да се слободно може рећи да таква подела не одговара стварном стању ствари. Зато би, по неким ауторима, било боље поредити државе према карактеру њихових закона о општем управном поступку (у даљем тексту: ЗУП, или само закон), при чему би се оне делиле у две велике групе – оне са законима који теже модернијим решењима и оне са класичним законима проистекле из бирократске културе својих држава (Ковач 2017: 99). На том трагу је и новија стручна литература из ове области од које нарочито издвајамо књигу *Кодификација управног поступка* (Codification of Administrative Procedure) из 2014. године у којој су, под уредништвом Жана Бернара Обија (Jean Bernard Auby), приказани управни поступци великог броја држава из сваког од великих правних система (Аустралија, Канада, Кина, Хрватска, Чешка, Данска, Естонија, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Израел, Холандија, Норвешка, Парагвај, Пољска, Португал, Шведска, Швајцарска, Сједињене Америчке Државе). Руковођени пре свега подацима из наведене књиге покушаћемо да идентификујемо заједничке тачке у законима о управном поступку савремених држава. Наш “покушај” карактерише другачија систематика грађе, ближа српском читаоцу, као и поређења са српским управним поступком. Прва таква тачка је свакако управни акт као најчешћи “резултат” (не и једини) спроведене управне

1 Оваква подела постоји и у уџбеницима управног права писаним у доба некадашњих Југославија.

процедуре. Потом, показаћемо да већина закона о општем управном поступку садржи и одредбе које су и материјалног, а не искључиво процесног карактера. Поједини аутори тврде да такве норме у процесним прописима треба избегавати, јер то нарушава његову логичку структуру и смисао. У вези са тим је, последично, и чињеница да се у савременим ЗУП-овима доста проширило управно уговарање, те споразуми као могући исход управне процедуре, као и да се све више инсистира на грађанској партиципацији у вршењу управне делатности.

Све у свему, такав приступ предмету истраживања могли бисмо назвати “одоздо на горе” (или “bottom up”) приступ проучавању ове материје, који се доста разликује од, у научној и стручној литератури, тренутно доминантно присутног приступа који би могли да назовемо и “одозго на доле” (или “top down”) приступ изучавању ове материје. Овај други приступ примат даје проучавању различитих норми међународног права, међународних организација, пре свега европских, због снажног утицаја који оне имају на националне правне поретке и њихово управно-процесно право. У појединим, ранијим радовима примењивали смо такав приступ (Вучетић, 2014: 176–178), а свакако ћемо то чинити и у будућности. До тада заинтересованог читаоца упућујемо на текст “Европеизација управног права” у књизи *Управна држава – Макс Планкови приручници из европског јавног права* (Bogdandy, Cassese, 2017: 631–673) и на Модел правила управне процедуре који је израдила Истраживачка мрежа за Управно право Европске уније (*ReNeual*), који је одлично обрађен у књизи *РеНеуалова правила о административном поступку ЕУ* (Craig, Hofmann, Schneider, Ziller, 2017).

На крају овог, уводног излагања, а пре него што пређемо на анализу конкретних питања, треба истаћи неколико општеважећих чињеница. Прво, оно што и површна анализа различитих законских текстова о управном поступку показује јесу огромне разлике у обиму, институтима које обрађују, годинама усвајања, итд. Због тога ћемо у наставку рада покушати да идентификујемо најзначајније институте националних управних процедура. Друго, историјску “доминацију”, односно утицај аустријског Закона, после Другог светског рата заменила је “доминација” немачког и ЗУП-а Сједињених Америчких Држава. И треће, прави “талас” усвајања закона о управном поступању уследио је након 90-их година прошлог века, у некадашњим комунистичким државама (Craig, Hofmann, Schneider, Ziller, 2017: 2).

2. Опсервације о појединим садржинским специфичностима

2.1. Принципи управног деловања

Већина закона о општем управном поступку, управно-процесну делатност развија почевши од одређених правних принципа. Они су обично “ослоњени” на темељни државни документ – Устав, из чијих поставки се даље развијају. Дакле, основне поставке тих принципа обично се налазе у највишим правним документима сваке од држава, али се потом даље понављају и(или) разрађују законима о општем управном поступку. Навешћемо неколико таквих највиших правних вредности, садржаних у уставима појединих држава, које се узимају као полазне тачке за даље нормирање управне процедуре.

У Уставу Сједињених Америчких Држава то је принцип одговарајућег (редовног) правног пута (*due process*). Исти принцип се, вероватно под утицајем америчког устава, може пронаћи и у парагвајском и бразилском уставу (Auby, 2014: 11). Читаоца заинтересованог да се детаљније упозна са садржином овог принципа у контексту управног права упућујемо на класик Д. Џ. Галигана *Редовни правни пут и правичне процедуре: студија административних процедура* (“*Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*”) из 1996. године.

Са друге стране, у европским државама се све више јавља принцип добре управе (присутан у финском Уставу, и италијанском – “*buon andamento*”), као рефлексија тренутно доминантне доктрине истог имена по којој се врши реформа јавне управе у европским државама. У том смислу од значаја је и одредба члана 103 шпанског Устава према којој јавна управа треба објективно да остварује општи интерес, и да делује у складу са принципима ефикасности, хијерархије, децентрализације, деконцентрације и координације, у потпуној подређености закону (Auby, 2014: 12).

Када су конкретни закони о општем управном поступању у питању они се међусобно разликују према броју принципа управног деловања које установљавају. Тако италијански Закон у свом члану 1 наводи следеће принципе: законитости, економичности, делотворности, непристрасности, јавности и транспарентности, а управно-процесне норме морају бити “у складу са модалитетима који су предвиђени овим Законом и другим одредбама којима се уређује појединачни поступак, као и принципима који се односе на правни поредак Заједнице” (Auby, 2014: 14). Компаративно посматрано највећи број експлицитних принципа управног поступања се може наћи у пољском ЗУП-у. То су следећи принципи: “1) начело владавине

права (законитости), 2) принцип објективне истине, 3) начело узимања у обзир друштвене јавности и правичног интереса странке, 4) начело заштите легитимних очекивања, 5) начело пружања информација, 6) начело саслушања странака, 7) начело објашњења легитимних разлога деловања (образложења), 8) принцип брзине и једноставности поступка, 9) принцип мирног решавања случајева у којима постоје странке са контрадикторним интересима, 10) начело писаности, 11) принцип двостепеног поступка, 12) принцип непроменљивости правоснажних одлука, 13) начело судске контроле усклађености управне одлуке са законом” (Auby, 2014: 15). За пољским Законом свакако не заостаје ни српски Закон из 2016. године који експлицитно наводи следећа начела управног поступања: начело законитости и предвидивости, начело сразмерности, начело заштите права странака и остваривања јавног интереса, начело помоћи странци, начело делотворности и економичности поступка, начело истине и слободне оцене доказа, начело права странке на изјашњавање, начело самосталности, право на жалбу и приговор, начело правоснажности решења и начело приступа информацијама и заштите података. Оби (Auby) наводи принцип сразмерности (пропорционалности) као врло распрострањен принцип који се (осим у нашем и другим државама бивше Југославије) може наћи и у немачком, шведском и Закону о општем управном поступку Сједињених Америчких Држава.

2.2. Норме материјално-правног карактера

Више није тако ретка појава да се норме закона о општем управном поступку ограничавају на регулисање чисто процесних питања. Све је чешћа пракса “излетања” у материјално правна питања. Ради се о проширењу обима ове врсте општих правних аката на низ нових питања са циљем успостављања “квалитативних стандарда административног понашања уопште” (Auby, 2014: 3). Данас се у овој врсти закона могу наћи и норме о сукобу интереса, којима су поједини законодавци посветили читава поглавља својих ЗУП-ова (Норвешка). Поред Норвешке, овакве норме садржи и српски Закон, аустријски, шведски, пољски, чилеански и тајвански закони. Материјално-правним нормама треба придодати и одредбе о слободном приступу информацијама од јавног значаја које су, у највећем броју случајева, регулисане посебним законом. Изузетак је италијански Закон који је овом питању посветио посебну главу (V) под називом “Приступ управним документима”. Упркос томе што систем управног права у себи садржи и норме о одговорности управе (поред оних о организацији, делатности и контроли рада управе) закони о општем

управном поступку углавном не садрже норме тог типа. Изузетак је шпански Закон који детаљније регулише та питања (чл. 139–144).

2.3. Норме организационог карактера

На овом месту се као прво поставља питање субјеката који примењују ЗУП. Иако је нама то нормално, немају све државе појам ималаца јавних овлашћења нити се у свим државама које имају ЗУП приватним субјектима могу поверити јавна овлашћења која се реализују по правилима управне процедуре.

Пољски Закон регулише хијерархијске односе између централних органа државне управе и органа јединица деконцентрације (Auby 2014: 7). Грчки и шпански Закон садрже норме о делегацији надлежности са једног органа управе на други. У ову групу норми спадају и норме о координацији активности више органа управе ради пружања услуга – шпански и италијански Закон посебно регулишу могућност уговорне сарадње органа управе у циљу бољег пружања услуга корисницима (Auby, 2014: 10). Такође, овде треба придодати и норме о решавању сукоба надлежности (какве постоје нпр. у српском и пољском Закону) али и свих других сукоба који се могу појавити међу органима управе. Ово питање је нарочито битно у сложеним државама попут Немачке и Шпаније па га њихови закони нарочито детаљно регулишу (Auby, 2014: 10).

Даље, под утицајем германске правне традиције, закони о управном поступању по правилу регулишу само екстерно деловање управе – делатност усмерену ка споља. Таква је ситуација и са српским Законом. Међутим, постоје и закони који садрже правила интерног поступања управе као што је рецимо чешки Закон (Auby, 2014: 9). У том контексту треба тумачити и одредбу члана 11 шпанског Закона која поставља принципе за формирање органа управе (Auby, 2014: 10). У ову групу норми можемо убројати и оне које прецизирају организацију и начин доношења одлука колективних органа. Такве норме садрже, поред српског и закона бивших југословенских република, и грчки, шпански и шведски закон.

2.4. Норме посебних управних поступака

Неки од ЗУП-ова нормирају један тип (алгоритам) процедуре за све ситуације, док код других то није случај. У првом случају се оставља посебним прописима да врше допуну општих правила поступка (нпр. шведски управни поступак). У другој групи закона се предвиђа неколико врста поступака у зависности од материја на које се односе (САД, Немачка,

Шпанија, Чиле и др.). Најчешће се ради о питањима из пореске материје, урбаног планирања (Немачка), социјалног осигурања, полицијског и царинског процесног права. Али у овај круг су понекад укључени и мало “необичнији” поступци попут делатности дипломатско-конзуларних представништава (Пољска), рада војне управе и др. (Auby, 2014: 7). Норвешки ЗУП чак прописује посебну процедуру за ситуацију када је држава у рату или под претњом рата. Најчешће се ове посебне материје даље разрађују посебним законима, као што је и код нас случај, али је очигледно, према мишљењу законодаваца тих држава, било потребно да се нека питања додатно “учврсте” базичним, основним ЗУП-ом.

Уопште узев национални законодавци су питању односа посебних управних процедура и правила општег управног поступка приступили из три основна угла (Auby, 2014: 11–13). У наставку ћемо обрадити сваки од та три приступа.

2.4.1. Потпуна одвојеност у примени

Овај први приступ се још назива и “непропустљивост” (Auby, 2014: 12). ЗУП и посебни закони се примењују у потпуности али одвојено. Auby као пример наводи ситуацију у Естонији и њен ЗУП. Према одредби члана 112 естонског Закона, он ће се примењивати у посебним материјама само уколико је то “дозвољено” посебним законом којим је одређена управна област регулисана. Међутим, судска пракса је касније “допунила” ово правило, захтевом да се оно примењује само у ситуацијама у којима посебан закон има исти ниво “специфичности” као и општи закон. Уколико је тај ниво “нижи” онда се ЗУП може применити и без директне “дозвољавајуће” норме у посебном закону (Auby, 2014: 13).

2.4.2. Супсидијарност ЗУП-а

Ово је нама добро познато правило – норме ЗУП-а имају супсидијаран карактер у односу на норме посебне управне процедуре и примениће се на она (процесна) питања која нису регулисана законом о општем управном поступку (Миловановић, Цуцић 2015: 96). Присутно је и у шведском, а што је још битније и немачком ЗУП-у. Овај принцип се може пронаћи и у посебној варијанти када се примењује само у одређеним материјама, на пример пореској (Шпанија).

2.4.3. Комплементарна примена

У оваквим ситуацијама примениће се норме и општег и посебног закона у колико таква, комбинована примена ствара, нормативну “додату вредност”

(Auby, 2014: 12). Овакво правило нормирано је одредбом члана 1 чилеанског Закона о општем управном поступку. У континенталним правним системима се може наћи у португалском, швајцарском и финском Закону о општем управном поступку. У Финској се, на пример, комплементарно примењују ЗУП и Закон о локалној самоуправи.

Поједини управно-правни пореци комбинују напред наведена три “базична” приступа, односно одступају од њихове примене у чистом облику. У Чешкој, нпр. постоји примена потпуне одвојености, искључености од примене ЗУП-а, у појединима материјама, као изузетак од правила његове супсидијарне примене. Комплементарност примене се некада везује не за специфичност материје (применом ресорног принципа) већ за специфичност органа који примењују ЗУП као што је, на пример, случај у Сједињеним Америчким Државама, где је прописано да се ЗУП и посебне управне процедуре примењују од стране одређених органа или организација управе. Такође, у вези са овим је и питање да ли органи управе имају слободу (маргину) да “маневришу”, односно да прилагођавају процедуру степену комплексности случаја који решавају. То углавном није случај, али се супротна правила могу пронаћи у естонском, тајванском и португалском закону о општем управном поступку. На пример, у овом последњем, португалском, многе одредбе Закона о општем управном поступку су факултативног карактера, па органи могу одступати од њихове примене уколико процене да нису прилагођене чињеницама случаја (Auby, 2014: 13).

2.5. Норме о управним уговорима

Велики број закона о општем управном поступку регулише питање управних уговора. У ту групу спадају: Србија, Хрватска, Чешка, Финска, Естонија, Немачка, Грчка и Тајван (Auby, 2014: 9). Обично је овај институт штуро регулисан и своди се на питања надлежности за њихово закључивање. Сам поступак њиховог закључивања (путем јавних набавки или на други начин) је регулисан другим законима. Донекле је тако и у Србији и српском праву (Петровић, Прица 2016: 694–699; Томић, 2017: 258–263).

3. Опсервације о појединим процесно-правним специфичностима

3.1. Различита схватања појма управни поступак

У неким ЗУП-овима, нарочито англосаксонских држава, није баш најјасније шта се подразумева под управном процедуром, односно садржина тог појма одступа од његовог континентално-правног поимања.

Наиме, у тим државама тај појам у себе укључује и поступак који се води пред квазисудским управним инстанцама које се још називају и административни трибунали (Кавран, 1996: 324–329). Закон о управном поступку Сједињених Држава спада у ту групу. У њему се у основи прави разлика између две врсте “управних” поступака. У првој врсти су она правила по којима се доносе управни прописи (rulemaking), а у другој она по којима се решава, односно “пресуђује” (adjudication rules). Обе ове врсте поступака се деле на две подврсте – формалну и неформалну (Auby, 2014: 16). У државама континенталног правног система ситуација је јасна. Изузетак је Шведска, чији ЗУП, додуше у различитим поглављима, регулише и управну и управно-судску процедуру (Auby, 2014: 2). Поједини закони садрже и норме по којима се изричу санкције (одредба члана 127 шпанског Закона), премда то наводимо условно, јер је питање да ли се у управном поступку могу изрицати санкције у класичном смислу.

Такође, закони о општем управном поступку се могу грубо гледано поделити у две велике групације. У првој су они који су управну процедуру нормирали по угледу на судски (парнични) поступак, и на другу групу у коју се могу сврстати сви остали закони. Наш, српски Закон, је у овој првој групи закона који детаљно регулишу све фазе управног поступања и чак се, уз хрватски, наводи као пример закона који посебно детаљно регулишу управну процедуру (Auby, 2014: 14). У наставку ћемо обрадити чисто процесне норме таквих закона о општем управном поступку.

3.2. Специфичности управних процедура нормираних по угледу на судске поступке

3.2.1. Покретање поступка

Сви закони се по питању норми о начину покретања поступка могу поделити у две групе у зависности од тога какав се одговор добија на питање “ко може покренути управни поступак?”. Оне у којима се поступак покреће само по службеној дужности и поводом захтева странке (немачки Закон), и оне по којима се поступак покреће по службеној дужности и захтевом странке (српски, пољски, шпански и др.).

3.2.2. Странка и њена процесна позиција

Они закони који процесни алгоритам нормирају по угледу на (квази)судску процедуру обично одређују појам странке и њених права и дужности. Осим српског Закона (Томић, Миловановић, Цуцић, 2017: 20) појам странке је дефинисан и у аустријском, норвешком и другим законима. Најдетаљнију

дефиницију странке даје тајвански Закон у одредби члана 20, и она обухвата више категорија лица: подносиоца захтева и контрарну странку (*adverse party*), пасивну странку – лице које је у надлежности органа управе; супротну страну у управном уговору закљученом са органом управе; лице коме је издато административно упутство;² лице које поднесе петицију органу управе и свако друго лице које према том закону може да учествује у управном поступку (Auby, 2014: 19). Према одредби члана 23 истог Закона, статус странке орган може признати и трећим заинтересованим лицима.

Круг права која су призната странци “варира” како у погледу права тако и у погледу њихове разраде појединим законима. Обично су им законописци посветили једно или више поглавља (Данска чак три). Међу њима је нарочито значајно право странке да буде информисана о свим релевантним елементима случаја, да има приступ информацијама које су од (јавног) значаја за поступак у коме учествује; односно право странке да се изјасни о чињеницама случаја и да о њима да изјаву (Португал).

3.2.3. Доказна средства

Правило је да закони који детаљно нормирају управну процедуру по угледу на судску садрже и прецизне одредбе о утврђивању чињеница, о доказним средствима и доказном поступку. Са тим у вези треба истаћи да највећи број таквих закона усваја принцип по коме је терет доказивања на органу управе, када се ради о поступцима којима се странци намећу понашања, односно обавезе. Такво гледиште симболизовано је у одредби члана 24 немачког Закона, према којој је орган тај који утврђује које се чињенице имају узети као доказане и на који начин, и том приликом није везан доказним средствима која су странке предложиле својим поднесцима или која су странке приложиле уз захтев. У српском, бившим југословенским, аустријском, пољском, норвешком и другим законима налази се стандардан “сет” доказних средстава која се могу користити како би се утврдиле чињенице случаја – сведоци, вештаци, изјаве странке, усмена расправа, исправе и увиђај (Auby, 2014: 20).

3.2.4. Стварна и месна надлежност за вођење управног поступка.

Иако се ово питање може посматрати и као материјално, односно садржинско – неки управни поступци га ипак регулишу и то на два основна начина. Прво, према одредбама о надлежности установљава се правило који орган ће бити надлежан да поступа у конкретној управној ствари. У групу

² Остаје нејасно да ли је ово тзв. административно упутство заправо гарантни акт у смислу српског ЗУП-а.

закона који поседују норме којима регулишу ово питање спадају српски, бивши југословенски, пољски и тајвански. Том приликом се посебна пажња посвећује и питањима одређења месне надлежности. Поједини закони тим нормама придодају и норме о решавању сукоба надлежности. Оби (Auby) посебно издваја и законе који поред питања стварне и месне надлежности регулишу и питања функционалне надлежности (који службеник ће у оквиру надлежности органа управе бити задужен да решава у конкретној врсти управних ствари). Као примере за ову врсту закона он наводи хрватски и италијански закон (Auby, 2014: 18).

3.2.5. Други процесни “деталји”

Норме о квази-судећим управним процедурама у себи обично садрже и детаљно регулисање рокова – који су понекад дужи од оних који предвиђа српски ЗУП (60 дана). Наиме, италијански Закон оставља рок од 90 дана органу да одлучи у поступку, а сличан рок даје и шпански Закон – 3 месеца (Auby, 2014: 20). Неки од закона детаљно регулишу језик на коме се поступак има водити, односно поступање са захтевима који нису поднети на званичном службеном језику (Немачка – одредба члана 23, Шпанија одредба члана 36).

Ова врста закона обично садржи и одредбе о пуномоћницима и заступницима странака, разгледању и копирању списа предмета, записницима, трошковима поступка (и о томе ко их сноси) и таксама које поједина лица имају право да наплаћују.

3.2.6. Последице незаконитости у поступању

Поједини закони покушавају да ублаже претерано инсистирање на процесним детаљима које је последица угледања на судске процедуре – нарочито када је у питању коришћење процесних недостатака као разлога за поништавање одлука органа управе. У том смислу треба тумачити и одредбу члана 46 немачког Закона која каже да се поништавање управног акта не може тражити само због повреде процесних правила управног поступка или месне надлежности, уколико је очигледно да те повреде нису имале утицаја на одлуку о главној ствари. Слична решења се могу наћи и у италијанском и естонском Закону.

3.3. Исход управног поступка

3.3.1. Управни акти и/или акти управе

Појам управног акта је, математичким језиком речено, најмањи (компаративни) заједнички садржалац већине закона о управном поступку. Интересантно је да је то тако и када су у питању државе које припадају потпуно различитим правним системима – нпр. англосаксонском и континенталном. Међутим, и површна анализа овог појма у различитим законима указује на разлике у његовој садржини. Зато је потребно да се укаже на оне најзначајније.

Прва таква разлика тиче се чињенице да ли појам управног акта у себе укључује и опште правне акте управе или не. До позитивног одговора на ово питање може се доћи анализом закона Сједињених Америчких Држава, Норвешке, Финске, Португала и др. (Auby, 2014: 8). У законима ових држава често се регулишу обе врсте аката. Ми ћемо у даљем раду опште управне акте (управне прописе) називати актима управе према стандардно прихваћеној подели у српској књижевности управног права. Тако се, на пример, у норвешком Закону о општем управном поступку једно поглавље односи на опште акте управе, а три поглавља на појединачне акте управе (Auby, 2014: 8). Међутим, и компаративно се јавља дилема где је граница између појединачних и општих правних аката управе. То је нарочито случај код тзв. генералних управних аката.

Са друге стране, налази се скуп држава (у које спада и Србија) које на садржај појма управног акта гледају уже, тако што у њега укључују само појединачне правне акте. Типични представници те групе држава су Немачка, Чешка, Холандија, Пољска, Шведска и др. И овде се, такође, поставља питање који све акти улазе у круг управних аката које треба регулисати ЗУП-ом? Интересантно је да ЗУП-ови појединих држава (нпр. Чешка) у круг управних аката убрајају и акте “чисто интерне садржине”, односно различита мишљења, акте комуникације, упозорења, препоруке и друге правно необавезујуће акте.

Код анализе регулисања управних аката потребно је указати на значај норми о њиховој садржини. Компаративна истраживања су показала да они по правилу морају обавезно да садрже образложење (мотиве) зашто је одлучено као у диспозитиву решења (нпр. немачки Закон – члан 39, норвешки – члан 24, пољски – члан 107, српски, шпански, шведски и др.). Иако већина ЗУП-ова предвиђа да се одлука мора донети у писаној форми постоје и изузеци од тог правила, као што су норвешки (члан 23) и шпански (члан 55) закон. Норвешки ЗУП нормира да ће се одлука донети у писаном

облику изузев ако, из практичних разлога, то не представља нарочит “проблем” за управни орган (Auby, 2014: 22). Поједини ЗУП-ови се посебно баве питањем јавности донетих одлука (грчки – члан 18–19, немачки – члан 41, норвешки – члан 27, шпански – члан 52).

3.3.3. Споразум

Најдрастичнија разлика у односу на класично схватање управне процедуре тиче се могућих начина за окончање управног поступка. Наиме, немачки ЗУП у одредби члана 54 предвиђа да се поступак може окончати и споразумом, а не само једностраном изјавом воље ауторитативне стране у управно-правном односу. Том одредбом немачки ЗУП нормира да орган може уместо да донесе управни акт закључити споразум јавног права са лицем коме је “намењено доношење управног акта”. Слична одредба налази се и у шпанском и пољском ЗУП-у (Auby, 2014: 21).³ И италијански ЗУП предвиђа да је управни поступак могуће окончати и другачије, а не само управним актом. Начин окончања су метод – “procedimento” и мера – “provvedimento” (Auby, 2014: 14).

3.3.4. Ћутање управе

У свим правним системима честа је ситуација у којој управа и њени органи остају неми на тражења странака. Компаративно посматрано тај “проблем” закони о општем управном поступку решавају на неколико различитих начина. Први је да, у случају да орган не одлучи у прописаном року, странка стиче право да се, употребом одговарајућег правног средства, обрати другом (уобичајено вишем) органу да одлучи у њеној ствари. Други је да странка, у случају тзв. административне “инерције” стиче право да се обрати суду како би се орган управе “приморао” да донесе одлуку. Оно што је изазвало доста полемика у стручној јавности, а проблема у пракси, јесте правило “ћутање значи сагласност” (Димитријевић, 2015). Овог правило је рефлексивна одредба члана 42 немачког Закона о управном поступку која каже да ће се, по истеку рока за одлучивање, захтев сматрати одобреним (фиктивно одобрење) “ако је то прописано законом, и ако је захтев довољно јасно садржински дефинисан” (Auby, 2014: 23). Оно што се не узима у обзир приликом анализе ове правне норме јесте да немачки законодавац у овој ситуацији није успоставио једно опште правило позитивног ћутања управе, већ да је препустио посебним законима да га решавају у зависности од специфичности појединих управних материја. Према Обију исто правило садржано је и у шпанском (одредба члана 42) и

3 По српском закону поступак се окончава споразумом у случају “поравнања”.

у италијанском Закону (одељак 20). Постоје закони, као што је чилеански, на пример, који истовремено регулишу обе ситуације (и позитивног и негативног ћутања управе). Такође, треба истаћи да правило понашања у случају ћутања управе у немачком праву не може бити комплетно ако се у обзир не узме одредба члана 42 Закона о управном суду која каже да се од суда може тражити да “нареди” органу управе да одлучи у одређеној ствари доношењем одговарајућег акта. Слично решење познају и други закони.

3.4. Жалба

Већина закона којима се регулише управно поступање предвиђа и право жалбе странке. Ово право је обично ограничено на појединачне ситуације и не може се користити против управних прописа, што је и логично (такву жалбу забрањује норвешки закон). Правила о жалби су, по правилу, врло детаљна и укључују следећа питања: коме се подноси жалба (другостепени орган, али то може бити и независни орган, односно управни судија), рок за изјављивање жалбе (који се креће од две недеље до једног месеца); суспензивно дејство жалбе (које понекад може бити питање одлуке надлежног органа, као што је то случај у шведском Закону); *reformatio in melius*, итд. (Auby, 2014: 24–25).

3.5. Овлашћења органа вишег степена (измена, укидање или поништавање првостепене одлуке)

У овој области има најмање сличности између ЗУП-ова различитих националних правних система. Практично свака држава за себе развија ову област управног-процесног права, у чему значајну улогу у целом процесу има управна и судска пракса, а не само закони о управном поступку (Auby, 2014: 25). Због тога ћемо овом приликом навести само неке специфичности које могу бити интересантне из угла једног српског стручњака у овој области.

Прва таква особеност јесте да у појединим правним системима одлуку којом је странка стекла неко право није могуће уклонити из правног поретка, односно да је то могуће учинити само “заобилазним” путем, преко судске гране власти (нпр. Парагвај). Интересантно је решење које садржи италијански Закон у одељку 21 (Auby, 2014: 25), а тиче се уклањања законитих решења из правног поретка. Наиме, према том решењу уколико дође до промене јавног интереса орган управе може поништити одлуку, али ће морати да надокнади штету странци коју такво поништавање директно погађа. Такође, велики број закона садржи одредбе о понављању

поступка, које као разлоге за понављање укључују преварно понашање (Аустрија, Пољска), ненадлежност (Пољска) или очигледну погрешност (Шведска).

3.6. Учешће грађана у управном поступању

На савремене законе о општем управном поступку у великој мери утиче и развој тзв. партиципативне демократије или, да будемо прецизнији, доктрина добре управе (Копрић, Муса, Лалић Новак, 2011: 1521–1538), чији је саставни део принцип партиципације, и што је још важније транспарентност управних процедура, са којом је у овој ситуацији нераскидиво повезан. У својој најужој варијанти принцип партиципације (учешћа грађана) је у тесној вези са својством странке у управном поступку, и своди се на право (трећих, заинтересованих) лица без својства странке да учествују у поступку. У српској управној пракси се често дешава да та лица, тзв. правни интересенти, уопште немају сазнања да су покренути и вођени поступци чији ће каснији исход угрозити њихове интересе (Милков 2014: 92). Зато у члану 41 финског Закона о управном поступку пише да ће, ако одлука о неком питању може имати значајан утицај на животне или радне услове других лица, а не само странке, орган таквим лицима придржати могућност да добију информације о основама и циљевима разматрања тих управних ствари и дати им прилику да изразе своје мишљење о тој ствари.

Наравно, ово питање постаје много значајније код оних управних поступака који садрже норме којима се регулише и нормативна управна делатност – доношење општих аката управе. У том смислу је нарочит, неки би рекли “светао”, пример Закона о управном поступку Сједињених Америчких Држава (процедура давања обавештења и коментара), али и закони Бразила, Португала и, поново, Финске (у којој се према одредбама посебних закона о појединим “управним стварима” грађани могу изјашњавати и на референдуму)!

У законима који су усвајани после 1980. године све је приметније регулисање употребе информатичке технологије у комуникацији органа и странака у управном поступку. У том смислу, једини изузетак представља грчки Закон (Аубу, 2014: 17). Према одредби члана 10 чилеанског Закона то је и један од принципа за вођење управног поступка. Према одредби параграфа 13 аустријског Закона, странке сваки управни поступак могу покретати електронским писмом – мејлом. У том смислу и српски Закон (као и хрватски нешто пре њега) на доста савремен начин разрађује ово питање (Миловановић, Цуцић 2015: 95; Копрић, 2011: 51) .

4. Закључак

На крају рада покушаћемо да сумирамо трендове који су присутни у нормирању управних процедура. На првом месту треба истаћи да се историјско клатно скоро до краја померило у правцу кодификације управног поступка и да велики број држава, и, што је још битније, скоро све са “зрачећим” правним порецима, имају кодификован управни поступак, или су близу његове кодификације. Чак и оне државе које немају кодификовану управну процедуру, попут Француске, полако почињу да “попуштају” под утицајем различитих друштвених фактора и група. Тако је у Француској посебна владина комисија – Commission Superieure de Codification, почела са изработом нацрта ЗУП-а.

Можда би се могло рећи да сада клатно полако почиње да се помера у супротном правцу – декодификације управне процедуре. Наиме, у Данској је започео процес декодификације управног поступања (Auby, 2014: 26), а постоје и гледишта која истичу аргумент “непотребности” управног кодификовања у доба постојања правних база података, захваљујући којима је лако приступити свим прописима који се имају применити у једној управној ствари.

У сваком случају, и државе са вишегодишњом, па и вишедеценијском традицијом кодификовања управне процедуре пролазе кроз процес промене својих закона о управном поступку. Тога смо били сведоци у претходних неколико година и у Србији, јер је 2016. године Народна скупштина усвојила нову верзију Закона о општем управном поступку (“Сл. гласник РС”, бр. 18/2016). Као што смо видели, опште место, топос, свих кодификација управног процеса свакако је управни акт, као крајње изходиште те врсте процеса. Проблем је, међутим, што тај појам има доста различиту, аморфну садржину у зависности од конкретног закона који се анализира. Даље, класичне, нешто старије ЗУП-ове одликује угледање на судске процедуре и врло детаљне (неки би рекли можда и превише) процесне норме и стандардни институти процесног права. У ту групу закона можемо сврстати и српски. Међутим, новији закони осим управног акта нормирају и друге, алтернативне методе за окончање управног поступка, попут споразумевања са странком. Као институти које садрже ЗУП-ови “новије генерације” најчешће се јављају и управни уговори. А све више се инсистира и на повећаној улози грађана у вршењу управних послова. Појава ових “нетипичних” управних процесних института последица је доктринарних заокрета у реформисању целокупне јавне управе у савременим државама, и то пре свега доктрине новог јавног менаџмента и доктрине добре управе. Наш законодавац је, можемо рећи,

опрезно закорачио у том правцу. На пример, предвидео је низ нових института, али је њихову коначну имплементацију у пракси оставио за тренутак када се они буду ближе регулисали посебним законима.

Дакле, кодификација је све друго само не статичан процес који се завршава једном када буде донет закон о општем управном поступку. Ти процеси су еволуција самог правног система и последица су проблема у пракси који су указали на недостатке у претходним верзијама закона, али понекад имају и екстерне, ванправне узроке.

Литература/References

Auby J.V. (Ed.). (2014). *Codification of Administrative Procedure*. Bruxelles: Bruylant.

Von Bogdandy, A., Cassese, S. (Eds.). (2017). *The Max Planck Handbooks in European Public Law: The Administrative State (Vol. 1)*. Oxford University Press.

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

Galligan D.J. (1996). *Due Process and Fair Procedures: A Study of Administrative Procedures*. Oxford University Press.

Димитријевић, П. (2005). Одговорност управе за нечињење: са посебним освртом на “ћутање” управе. Источно Сарајево: Правни факултет.

Димитријевић, П. (2016). *Управно право – општи део*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Кавран Д. (1996), Трибунали и јавни испитни поступак у англосаксонском праву. *Актуелна питања југословенског процесног законодавства*. 319–329.

Копрић, И. (2011). Закон о опћем управном поступку и технолошко унапрјеђење управе. *Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу*, 57, 43–75.

Koprić, I., Musa, A., & Novak, G. L. (2011). Good administration as a ticket to the European administrative space. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61, 1515–1555.

Kovač, P. (2017). *Innovative Administrative Procedure Law: Mission Impossible?* NISPAcee Journal of Public Administration and Policy, 10(2), 93–117.

Лилић, С. (2013). *Управно право и управно процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Милков, Д. (2012). *Управно право, I (уводна и организациона питања)*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

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

Милков, Д. (2017). *Управно право, II (управна делатност)*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Миловановић Д., Цуцић В. (2015). Нова решења Нацрта закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији. *Правни живот бр. 10*. 95–269.

Петровић М., Прица М. (2016). Управни уговор као проблем правне науке и позитивног права. *Људска права – између идеала и изазова садашњости: зборник радова*. Косовска Митровица: Правни факултет. 687–700.

Томић, З. (2017). Управни уговори – елементи правног режима у Србији. *Правни живот бр. 10*. 249–269.

Томић З., Миловановић Д., Цуцић В. (2017). *Управни поступак: приручник за полагање државног стручног испита*. Београд: Сужбени гласник.

Craig, P. P., Hofmann, H., Schneider, J. P., Ziller, J. (Eds.). (2017). *ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure*. Oxford University Press.

Dejan Vučetić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš, Serbia

ON GLOBAL TRENDS IN THE CODIFICATION OF ADMINISTRATIVE PROCEDURE

Summary

In this paper, the author points to the outdated textbook classification of states into three groups, according to whether they have carried out the codification of administrative procedure or not. The first group includes the states that have administrative procedures fully codified. The second group comprises the states with the so-called mixed systems, which have uncodified procedural regulations related to the administration, while the third group contains a few states that do not have administrative procedural regulations at all. The author analyzes recent changes in this highly dynamic field in order to specify general patterns, common characteristics and peculiarities of regulations of general administrative procedure in contemporary states. The paper especially points to the general acceptance of the concept of administrative act but also underscores the differences in its content in various legal systems. The author has identified and analyzed some smaller stand-alone trends, such as: the increasing complexity of administrative procedures along the lines of judicial procedures, and the most recent deviations from this trend; the increasing presence of administrative contracting and other forms of alternative dispute resolutions of administrative matters; and the growing insistence on the principle of citizens' participation in administrative proceedings. The goal of the analysis is to determine the degree of influence of the Global and European administrative law on the national regulations, to explore the activities of certain expert organizations bringing together a number of experts in the field of comparative administrative law, and to discuss the course of the latest regulations in this area.

Keywords: *general administrative procedure, administrative law, administrative activity, administrative act, administrative bodies.*

Др Марија Игњатовић,*
Ванредни професор Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni18782171

UDK: 347.155(37)
Раd примљен: 01.04.2018.
Раd прихваћен: 18.05.2018.

CAPACITAS IURIDICA И STATUS FAMILIAE У РИМСКОМ ПРАВУ**

Апстракт: Питање правне способности није увек имало једнак третман у свим периодима развоја људског друштва. Док се у савременом праву, полазећи од основних људских права и слобода, сматра да свако стиче правну способност чином рођења и да су сви људи једнаки по рођењу, без обзира на пол и расу, питање правног субјективитета различито је било третирано у друштвима различитих историјских епоха. У робовласничком периоду, на дефинисање правног субјективитета утицало је низ фактора. У римској држави није било свеједно да ли се неко лице рађало као слободно или као роб, затим да ли је лице рођено као Римљанин (*cives*), или као Латин или перегрин. Такође, није било свеједно да ли је једно лице по рођењу добијало статус лица *sui iuris*, или статус лица *alieni iuris*. У зависности од тога да ли је једно лице припадало статусу грађанства, статусу слободе или је било посматрано кроз породични статус, приступало се дефинисању питања правне и пословне способности лица у оквиру римске државе. У овом раду посветиће се посебна пажња питању правне способности физичких лица у оквиру породичног статуса, *status familiae*.

Кључне речи: *capacitas iuridica* (правна способност), *status familiae*, *cives*, Латини, перегрини, лица *sui iuris* и *alieni iuris*.

* marija@prafak.ni.ac.rs

** Раd је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду од 2013. до 2018.

1. Увод

Питање правне способности (*capacitas iuridica*) спада у ред јако сложених питања римског права. Сложеност овог питања, у првом реду, условљена је самим карактером државе каква је била римска. Имајући у виду робовласнички карактер римске државе, сви становници римске државе делили су се на слободне и робове (Станојевић, 2009: 31). Током римске историје наведеним категоријама становника додата је била и категорија ослобођеника, група људи који су некада били у статусу роба, а којима је још за живота додељиван статус слободе (*status libertatis*).

Историјски развој римске државе (готово пуних тринаест векова), ширење и јачање, праћено је било перманентним променама у друштвеној структури, које нису допуштале јасну дефиницију правне способности, као што је то случај у савременом праву. Перманентне промене утицале су и на дефинисање питања правне способности, које је више било описног карактера уз навођење конкретних права која су чинила садржину правне способности сваке категорије становника понаособ.

Па тако, оснивањем римске државе пуна правна и пословна способност била је привилегија само владајућег слоја становника, патрицијске аристократије. Припадницима покорених околних племена и досељеницима (плебејцима) била је призната само ограничена правна и пословна способност. То је био период када је Рим представљао практично монолитно гентилно друштво, засновано на *ager gentilitius* и на врло широкој породичној заједници гентила, која је подразумевала равноправност већине гентила, патриција. Временом се формирао слој плебејаца, слободних али сиромашних у поређењу са патрицијима, лишених учешћа у коришћењу заједничке земље и у политичкој организацији патриција. Јачање тог слоја, који је учествовао у ратовима заједно са патрицијима, са једне стране, и раслојавање самог слоја патриција, са друге стране, нарушили су некадашње јединство и изазивали су сукобе, пре свега између два друштвена слоја, патриција и плебејаца (Машкин, 1977: 7). То је условило вишевековну борбу многобројног плебејског слоја, али без економске моћи, за питање свог правног субјективитета. Борба је окончана доношењем *Lex duodecim tabularum* (Николић, Ђорђевић, 2011: 41),¹ који је правно изједначио патриције и плебејце, чинећи од њих владајући слој (*cives*), за разлику од осталих народа (Латина, перегрини и робова), којима је била ограничена правна и пословна способност, док робови дуго, све до

1 Закон XII таблица био је почетак римског права каквог знамо и данас, а његове одредбе обухватале су целокупно подручје права, укључујући и јавно право (*fons omnis publici privatque est iuris*). Изворни текст није остао сачуван, али у каснијим списима постоји мноштво цитата, што је омогућило реконструкцију самог текста Закона.

периода принципата нису ни били признавани за субјекте права, већ су се третирали објектима права, *instrumentum vocalia*.²

Са развојем римске државе, у периоду републике, правно-економски промет нужно је утицао да се мења и приступ самом питању правног субјективитета и да се оно дефинише на начин који одговара новонасталим променама. Држава је дефинисала питање правне способности, и додељивала ју је само Римљанима (*cives*) тако што су навођена четири права која су је карактерисала као потпуну правну способност: *ius suffragii* (активно бирачко право), *ius honorum* (пасивно бирачко право), *ius conubii* (право на закључење пуноважног брака) и *ius commercii* (право да закључују све правне послове по *ius civile*).

Са друге стране Римљани, ценећи важност околних народа и њихов значај за даљи развој и унапређење саме римске државе, утврђивали су садржину права која су чинила њихову правну способност. Па су, тако, Латинима, за које су сматрали да су им јако близак народ, признавали *ius suffragii* (активно бирачко право) и *ius commercii* (право да закључују све правне послове по *ius civile*), али не и *ius honorum* (пасивно бирачко право), онемогућавајући их да у римској држави буду бирани за највише почести. Ускраћивањем права *ius conubii* (право на закључење пуноважног брака), онемогућавали су им закључивање пуноважног брака са Римљанкама, чиме би их спречавали у остваривању оних права која би им пуноважни римски брак донео. На тај начин, недвосмислено су им стављали до знања да су *cives* доминантан народ са пуном правном способношћу.

Када је био у питању *capacitas iuridica* перегрина (слободних грађана римске државе који су живели по свом локалном праву), ситуација је била још комплекснија. Старо римско *ius civile* важило је и обавезивало само римске грађане. „Право римских грађана (*ius civile*) било је поносна баштина Римљана и није се могло тек тако проширивати и на странце“ (Игњатовић, 2012: 328). Традиционално римско право (*ius civile*) није се могло примењивати, иако су га Римљани признавали и перегринима, али само *de facto*, док се оно *de iure* није могло применити на странце (*hostes*) или касније перегрине. Да би се превазишао проблем, уведена је била служба перегринског претора, који је имао задатак да решава спорове у којима су обе стране или само једна биле странци. У тим споровима претор је примењивао правне норме настале употребом правних средстава од стране градског претора, које је он уносио у своје едикте. Поред увођења посебног поступка са писменом формулом, он је стварао и материјалноправне норме, по којима су се такви спорови решавали. Те правне норме чиниле су оно

2 У доба принципата признато им је било право на живот, као и право на породицу.

што су Римљани називали *ius gentium* или право народа (Игњатовић, 2012: 329). На тај начин био је признат правни субјективитет и перегринима и омогућено им је било закључивање правних послова са Римљанима.³ Ово је био начин не само да се ублажи строгост старог *ius civile*, већ и да се у оквиру постојећих правних норми створи могућност за сагледавање и заштиту права свих становника римске државе, другим речима признавање правног субјективитета и припадницима других народа у оквиру римске државе. Тако су Латини у I веку пре нове ере, а перегрини у III веку нове ере, били изједначени са Римљанима (*cives*) у погледу питања правне способности.⁴ Уместо до тада устаљене поделе становника на *cives* и оне који су били обухваћени статусом слободе (*status libertatis*), полазећи од критеријума правне способности сви људи, у оквиру римске државе, делили су се на: сенаторски ред (*nobiles*) и коњички ред (*ordo equester*) са једнаком правном и пословном способношћу.

У доба домината, с обзиром на прилике у држави и појаву елемената феудализације, питање правног субјективитета добило је сталешки карактер. Колони су били везани за земљу, а занатлије и нижи службеници за своја занимања (*humiliores*); само су *honestiores*, припадници вишег друштвеног слоја, имали пуну правну и пословну способност.

С обзиром на сложеност и специфичност питања који се у раду обрађује, неопходно је било да се у уводу да кратки преглед развоја института правне способности у оквиру римске државе, а у циљу разумевања самог предмета рада који ће искључиво бити посвећен питању правне способности у оквиру породичног статуса.

3 Тако се, примера ради, развио неформални зајам, на супрот формалном зајму, уместо манциповане куповине развила се неформална куповина и продаја. Са друге стране, овим путем су и неки страни правни обичаји и установе, као нпр. писменост уговора, грчке одредбе о поморском зајму (*foenus nauticum*) улазиле у римско прво и ослобађале га строгог формализма.

4 Наравно да ово изједначење у погледу правног субјективитета није учињено из посебно хуманих разлога. Овде пре свега долази до изражаја прагматични дух Римљана. Имајући у виду ову чињеницу као и стање у држави у периоду принципата (слабљење државне благајне *aerarium*), 212. године је донет Каракалин едикт, којим су сви становници римске државе стекли исти правни субјективитет, одонсно био им је признат статус грађанства. Када се има у виду да је плаћање пореза била обавеза свих *cives*, јасно је из које побуде произилази признавање грађанства и једанки третман у оквиру правне способности.

2. *Capacitas iuridica* и *status familiae*

Да питање правне способности спада у ред јако сложених питања римског права, говори и то да оно није само било условљено напред наведеним чињеницама, већ је зависило и од тога каквог је породичног статуса било једно лице: да ли је самим чином рођења добијало статус лица *sui iuris* или статус лица *alieni iuris*. *Tria enim sunt quae habemus: libertatem, civitatem et familiam* (*libertas, civitas* и *familia*, поред чина рођења биле су три основе на којима је почивала правна способност, односно правна персоналност (*caput*) појединих физичких лица) (Милосављевић, 1899: 96).

Полазећи од чињенице да је само старешина породице (*pater familias*) имао пуну правну и пословну способност и да су сва остала лица у оквиру породице њему била потчињена, вршена је градација правне способности у оквиру породичног статуса. Тако је она у пуној мери била признавана само лицима која су у оквиру породице имала статус лица *sui iuris*. При том, и када је о овим лицима било речи, приликом одређивања правне способности, водило се рачуна и о другим околностима које су у великој мери утицале на њу, као што су: пол, животна доб, стање здравља, религија, домицил, сродство, законитост рођења и грађанска част.

3. Правни положај детета

На регулисање правног положаја детета, у првом реду, утицала је чињеница да ли је дете било рођено као слободно или као роб, што је била нужна последица самог карактера римске робовласничке државе (Игњатовић, 2015: 606). Потом, да ли је дете рођено као Латин или перегрин, да ли је било рођено у законитом браку или конкубинату, и, на крају, да ли је било рођено за живота оца или по његовој смрти. У зависности од наведених околности приступало се дефинисању правног субјективитета детета.

Према једном од фудаменталних концепата римске породице, као што је жена, правно гледано, постојала само преко мушкарца, који би је признавао за ћерку, супругу, мајку, тако је и дете фактички и правно постојало тек по признању од стране оца породице (*pater familias*).

Са друге стране, правни субјективитет детета није био нужно одређен рођењем, већ је на њега утицало низ фактора (у првом реду да ли је дете могло да се прогласи наследником на темељу пола или не). Тако, изузетно, дете је могло да стекне правни субјективитет и пре чина рођења, јер је важило правило да се онај који је у утроби једнако штити као и да је међу

људским бићима (Маленица, 1997: 117).⁵ У редовним околностима, да би дете било правом признато, и да би могло да ужива правну заштиту, као претходно питање наметало се да ли га је отац породице признао или не за своје, што је пак подразумевало да је реч о детету рођеном у законитом браку. Тако Гај у првој књизи Институција наводи: „Такође, под нашом су влашћу и наша деца, рођена у законитом браку. Ово је право карактеристично за римске грађане; тешко да постоје људи који имају толику власт над својом децом какву ми имамо“ (Станојевић, 2009: 45). То је даље значило да овај принцип није важио за дете рођено у ванбрачној заједници. Уколико је дете било рођено у конкубинату, добијало је статус мајке и једино је њу могло да наследи. До промене овог правила дошло је у доба Константина, када је уведена установа позакоњења која је пружила могућност изједначавања брачне са ванбрачном децом, накнадним признањем од стране оца (Игњатовић, Китановић, 2013: 657–667).⁶

Дакле, правна способност детета зависила је од тога да ли је отац признао дете за своје или не. При рођењу, при врло симболичном обичају, новорођенчад, мушка и женска – полагања су пред ноге оца. Он би – без објашњења или оправдања – признавао дете за своје тиме што би га подизао, или би га одбацио, остављајући га где јесте. Прихваћено дете стицало је правну способност и постајало је члан *familia*.⁷ Над дететом се, по признању, уводила власт *ius vitae ac necis*, слична оној коју је имао господар над својим робом (Уарон, 1962: 243). То је даље значило да је детету, овим путем, признавана правна способност, али ограничена, јер је у исто време долазило под власт оца породице као лице *alieni iuris* (лице које живи по туђем праву).⁸ Као лице које је живело под туђим правом, дете је, на самом

5 *Nasciturus pro iam nato habetur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur* Sec. Paulus – D. 1, 5, 7.

6 У Јустинијановом праву, позакоњење се могло извршити и царским рескриптом и то у оним случајевима када брак са конкубином није био омогућен из одређених разлога или када је био непожељан због њене „недостојности“. У том случају, отац детета је могао да захтева од императора било петицијом или тестаментом, да дете буде озакоњено уколико отац није имао никаквих законских проблема.

7 Непризнато дете је бацано у реку да умре од глади. Већина одбачене деце биле су девојчице, али нека су била и болесни и здравствено слаби дечаци. Међутим, у пракси се, најчешће, догађало да је новорођенче остављано на место где би случајни пролазник могао да га нађе и присвоји. Такво дете обично је било третирано као роб, иако је имало статус слободног грађанина. Ово правило било је на снази све до 374. године када је, највероватније под утицајем хришћанске вере и учења, одбацивање деце било строго забрањено.

8 Као лице које је живело по туђем праву, детету није било признавано право *ius commercii* у почетку римске историје, чак и у случају када би оно стекло пунолетство са навршених 12, односно 14 година живота.

почетку римске историје, било третирано и као лична својина *pater familias*, што потврђује и чињеница да је у случају киднаповања детета он имао на располагању класичне имовинскоправне лекове, исте као и власник ствари. Тако је могао да тражи враћање детета путем *rei vindicatio* и да тужи за одштету према *furtum* поступку. Са друге стране, отац породице могао је да прода дете у ропство, уколико је оно извршило какав деликт.

Када је било у питању право *ius conubii*, право на закључење пуноважног брака, права деце, или боље речено жеље деце, у великом су зависиле од воље оца породице, а у изузетним случајевима од воље брата (*filius familias*), када отац није био жив. У почетку, права оца породице била су велика, јер је он могао да принуди дете на закључење брака, као што је могао да га принуди и да тај брак прекине (Игњатовић, 2009: 105).⁹

У доба републике, са ширењем римске државе и са либерализацијом партнерских односа, право оца породице губи свој изворни карактер. Јавила се потреба за сужавањем обима правне способности *pater familias*, у корист лица *alieni iuris*.¹⁰ У Пауловом едикту у књизи 35 истиче се: „До брака не може да дође, ако није у сагласности свих оних који учествују у том чину, па тако и оних под чијом влашћу су они који брак закључују“ (D. 23.2.2).¹¹

Све напред наведено односило се на лица која су у оквиру породичног статуса имала положај лица *alieni iuris*, док када су у питању била лица *sui iuris* (лица која су живела по свом праву), питање правне способности било је другачије дефинисано. Наиме, положај ових лица, како је то раније истакнуто, могла су да стекну лица и пре самог чина рођења, ако се примењивала фикција о нерођеном детету. На темељу ове фикције

⁹ Терка под очинском влашћу није могла да раскине брак, док је лице *alieni iuris*. Право касног Царства такође је поштовало ово правило. Терка је остајала принуђена на очев избор, чак и након његове смрти, када је она постајала лице *sui iuris*. Право на раскид брака имала су лица која су и уговарала брак. У зависности од тога које лице је раскидало брак, разликовали су се *divortium* и *repudium*, као добровољни раскиди брака. Иако су и један и други начин имали за крајњи циљ исту последицу, ипак су постојале и разлике. Тако је *repudium*, за разлику од *divortium*, био дефинисан као раскид или развод до кога је долазило једностраном изјавом воље једног од вереника, односно брачних другова, за разлику од *divortium*, код кога је брак био разведен само уз сагласност обеју страна (*divortium mutuo consensu*) или бар без кривице друге стране (*divortium bona gratia*).

¹⁰ Иако је у овом периоду отац задржавао право за себе да да сагласност за закључење брака.

¹¹ Са друге стране, сужавање обима правне способности оца породице у корист лица која су живела по његовом праву, довело је до тога да су лица *alieni iuris*, па чак и робови могли да иступају у правно-економском промету и да у име и за рачун оца породице закључују одређене правне послове.

наследником се могло прогласити и нерођено дете, ако је то било у његовом интересу. Како је питање имовине и њеног очувања било од великог интереса за саму римску државу, а имајући у виду чињеницу да жене, супруге, нису имале наследних права у односу на мужеве, у интересу је било да се правни субјективитет призна и нерођеном детету.¹² У том случају по рођењу дете је добијало статус лица *sui iuris*, јер није имало оца породице, било да је он умро или погинуо, при чему се све до пунолетства оваквом лицу именовоа тотор, из разлога недозрелости (Игњатовић, 2007: 17).

Када је било речи о пунолетном лицу *sui iuris*, старо римско право сматрало је да су ова лица потпуно правно способна. Међутим, доношењем *Lex Plaetoria* уведена је посебна врста заштите и над овим лицима све до њихове двадесет пете године живота (Игњатовић, 2007: 21). Наиме, пракса је показала да су врло често ова лица била жртве манипулације у оквиру права *ius commercii* од стране искусних трговаца, па је то био разлог за увођење посебне врсте заштите у виду специјалних заступника (старатеља). Али овај вид заштите важио је само за лица која су већ до пунолетства била под тоторством, односно није могла да се примени на лица *puberes sui iuris*, јер је важило правило да она не могу да се стављају под старатељство против своје воље, осим изузетних случајева. У Јустинијановом праву заузет је био став да потпуна правна способност наступа са навршених двадесет пет година живота (*aetas legitima, perfecta*), а све до тог периода *puberes sui iuris* су лица са ограниченом правном способношћу или се стављају под старатељство.

Такође, стање здравља лица *sui iuris*, није утицало на признавање правног субјективитета, али је могло да утиче на ограничење правне способности. То се, у првом реду, односило на право *ius commercii*, уколико су то била лица рођена са одређеним телесним недостацима (слепи, глуви, неми, глувонери). Због недостатака једног или више чула за вршење онога што се приликом закључивања појединих правних послова од њих захтевало (као нпр. изговарање свечаних речи, постављање питања и др.), нису била у могућности да стекну пуну правну способност (Милосављевић, 1899: 100). Такође, у ову категорију лица убрајала су се и она лица која су била физички и душевно здрава, али код којих је воља била у абнормном стању (расипници). На крају, у ову категорију лица убрајала су се и лица са одређеним душевним недостацима.

12 Да би се применила ова фикција, неопходно је било да се испуне и одговарајући интереси: да се дете роди живо, да од смрти/погибије оца није протекло више од девет календарских, односно десет лунарних месеци и да дете није монструм.

Када је био у питању утицај религије на *capacitas iuridica sui iuris* лица, у прво време, религија није имала никакав утицај на ово питање. Међутим, са доношењем Каракалиног едикта, 212. године нове ере, састав лица која су се називала грађанима римске државе био је хетероген. То је условило разлику између пагана и староседелаца, Хришћана и Јевреја. Тако да је, све до периода Константина, било различито третирано питање правне способности ових лица (у првом реду јеретника, који су имали ограничену правну способност у погледу наслеђивања).¹³ Када су Јевреји били у питању, ускраћивано им је било право *ius conubii* са хришћанима.

На крају, требало би истаћи да је и само занимање (*professio*) *sui iuris* лица утицало на обим правне способности. Тако нпр. када је војник био у питању, одступало се од свих законом предвиђених услова код тестаментарног наслеђивања. Са друге стране, професија одређених лица (глумци, крчмари, продводације), била је разлог ограничењу и смањењу обима правне способности.

Све напред наведено односило се на мушка лица *sui iuris*, док су за женска лица *puberes sui iuris* важила друга правила, јер је пол играо битну улогу приликом дефинисања питања правне способности.

4. Правни положај жене

Да би се схватио и разумео правни положају жене у римској држави и уопште у римском друштву, неопходно је не само познавање римске правне историје, правних прописа, већ би се слободно могло рећи, и поседовање правне проницљивости, имајући у виду осетљивост овог питања као и несклад између правних прописа и реалног живота.

Генерално посматрано, врло често се заузима став да је жена у Риму била ограничено правно способна. Разлика у половима имала је за последицу да је жена проглашавана потпуно правно неспособна у домену јавног права, па јој је самим тим било ускраћено право како на пасивно тако и на активно учешће у политичком животу државе (*ius suffragii* и *ius honorum*). Такође, често се истиче да је жена, имајући у виду њену правну способност, била изједначавана са децом. Она је, како то већина аутора наводи, била до удаје подређена оцу и потчињена очинској власти, а од удаје мужу, који је могао да је прода, напусти или чак убије у случајевима када није остварила основне три животне функције (домаћица, мајка, животна наслада) (Обренић, 2008: 26). Међутим, поставља се питање да

¹³ Са друге стране, донатисти и апостати били су у потпуности лишени правне способности.

ли је исправно да се овако посматра и да ли можда генерализација на овом пољу доводи до одређених погрешних закључака о правном положају жене у оквиру римске државе.

Чињеница је да је у римском друштву положај жене био далеко неповољнији у односу на мушкарца. Ову чињеницу неспорно потврђује и Папинијан у првој књизи Дигеста, где наводи: „У многим одредбама нашег права лошији је положај жене него мушкарца“ (Маленица, 1997: 117). Иако неспорно да жена није имала правни субјективитет какав је имао мушкарац, и да је различито сагледавана њена правна, па и пословна способност, током више развојних фаза римског права, њена улога у римском друштву била је и те како запажена, што је и довело до тога да је пред сам крај римске историје правом била призната за правно и пословно способно лице (Богуновић, 2012: 540).

Као и када је било речи о положају детета, и на положај жене у римском друштву утицао је сам развој римске државе. Тако, у периоду предкласичног права, у старом праву, пре свега у важећим актима, био је афирмисан мушкарац на рачун жене. То међутим, није значило да питање правног статуса жене није било дефинисано. Правни положај жене био је регулисан многим актима. Почев од *Leges regiae* (краљевских закона), па преко *Lex duodecim tabularum* (Хусеинспахић, 2011: 219), настојало се да се истакне да је жена у потчињеном положају у односу на мушкарца, и да као таква нема активно и пасивно бирачко право, а да због урођене лакоумности не може ни да учествује у правном промету. Једино право које је жени било признавано је право на закључење пуноважног брака, како би се створили услови за остварење основне животне функције, биолошке репродукције.¹⁴

Овако строго дефинисан правни статус жене у старом праву није значило да је жена у реалном животу била мање цењена, незапажена или пак сурово кажњавана у извесним ситуацијама, како то наводе одредбе *Leges regiae*. “Истовремено, према владајућим схватањима, она је скоро апсолутно правно подређена мушкарцу и обесправљена. Тај раскорак се није могао објаснити неким посебним духовним својствима Римљана. У ствари, раскорак је само привидан; у доба доношења Закона XII таблица тог раскорака није ни било. Он је резултат каснијих погледа и интерпретација у односу на старо римско право. Иако постоји извешан приоритет мушкарца, садржина института који, директно или индиректно, дотичу статус жене

14 Мишљења сам да је ово право резултат претходних периода када је жена третирана не као људско биће, већ као божанство, јер ју је природа учинила обдареном рађањем. Отуда је жена била изузетно поштована и цењена. На мушкарцу је било да учествује у свим осталим областима друштвеног живота и да доприноси остваривању ове женине привилегије.

била је другачија од оне која им се касније приписује. Раскорак се појављује тек из перспективе једног потпуно измењеног друштва, сасвим измењене структуре права, измењених односа између полова (обележених изразитим антифеминизмом) и другачијих владајућих схватања. Тај раскорак је више резултат неадекватног тумачења старих прописа и превелике вере у аутентичност свих сачуваних одредаба; а неке међу њима, посебно из оквира такозваних *Leges regiae*, скоро је сигурно, не припадају времену којем се приписују” (Јовановић, 1998: 159).

Наиме, још у старој патријархалној породици правила се разлика између жене која је понела епитет *matrona (mater familias)* и осталих жена. *Matrona* је била жена коју су честитост и моралност разликовале од осталих жена (Burns, 2007: 5). Као прва међу женама, она је била носилац *castitas* (морална чистота), као што је *pater familias* био носилац *auctoritas* (власт, заповест, углед, достојанство) (George, 2005: 41). *Matrona*, уколико је била припадница владајућег слоја, имала је изузетно велика овлашћења унутар домаћинства. Потребне сталног ратовања и ширења новонастале државе приморавале су мушкарца да буде често одсутан од куће. У том случају послове управљања имовином и закључивање разних правних послова било је поверавано жени (матрони). Тако да је, већ у петом веку пре нове ере, жена могла да се појави у улози власника земљишта, писца тестаментата и могла је самостално да иступа у поступку пред судом.¹⁵ Управо ова чињеница демантује опште прихваћено схватање да је жена у периоду старог права била мање цењена и као таква третирана као грађанин другог реда. Синови су били ти који су били позвани да раде на угледу и достојанству породице пратећи оца у ратним оходима, док су ћери биле јако цењене и уважаване.¹⁶

Са друге стране, ако је било речи о еманципованој жени, лицу *sui iuris*, она је могла самостално да управља својом имовином. У том случају, њој је одређиван најпре тотор, а потом и старатељ, који је будући да је реч о здравој и пословно способној особи, само надгледао послове које је она склапала. При том, он је више бринуо о имовини, како не би дошло до њеног умањења услед закључења каквог штетног правног посла. То је даље значило да се тотор/старатељ није мешао у њен приватни живот нити је утицао на избор брачног друга. У погледу наслеђивања ћерка је једнако учествовала заједно са сином. Уколико би оставилац умро без тестаментата, онда је она једнако наслеђивала према *intestatus* са својом

15 Википедија, Жене у античком Риму //sh.wikipedia.org/wiki/%C5%BDene_u_anti%C4%8Dkom_Rimu, приступ: 13. 3. 2018.

16 Википедија, Жене у античком Риму //sh.wikipedia.org/wiki/%C5%BDene_u_anti%C4%8Dkom_Rimu, приступ: 13. 3. 2018.

браћом, иако је ово право покушало да се ограничи током другог века пре нове ере. У том контексту потребно је истаћи да положај *filiae loco*, није, како то неки аутори тумаче, израз њене подређености оцу породице, већ да је реч само о положају жене у наследном праву и то скоро једнаком као и положају мушкарца. „Овај израз најпре одређује да у оквиру наследног права кћери наслеђују једанко као и синови“ (Хусеинспахић, 2011: 223). За живота оца ћерка је била дужна да га поштује, да му буде одана, па чак и касније уколико би дошло до њене удаје.¹⁷

Посебан положај у друштву имале су жене весталке, девице, које су служиле у храму богиње Весте, па су самим тим биле ослобођене власти оца породице (Бујуклић, 2006: 581). Као еманциповане жене, прекидале су везу са својом агнатском породицом, и биле су потпуно самосталне (није им додељиван тутор). Мogle су самостално да састављају тестамент још за живота оца и да самостално склапају правне послове. У друштву су уживале велики углед, јер су пре свега, биле задужене за очување „вечите ватре“, што је у оно време симболизовало римску државу (Бујуклић, 2006: 580). По завршеној служби, која је трајала 30 година, остајале су да живе по свом праву као лица *sui iuris*.

Са ширењем римске државе, у периоду позне републике, долази до повлачења јасне разлике у правном положају жене и мушкарца. „Послије Пунских ратова, када се велико богатство Медитерана слило у Рим, долази до одређених друштвених диференцијација. Мушкарци напредују у оквиру плаћеничке војске, заузимајући истакнуте положаје у држави, а од жена се тражи да остану код куће, да преду вуну и одгајају децу“. Међутим, и у овом периоду жена није била лишена одређених права. То је, нарочито, постало видљиво са либерализацијом мушко-женских односа, са слабљењем власти оца породице и са све већом еманципацијом деце. Талас све приметне еманципације деце је имао је за последицу и то да је у периоду принципата све већи значај даван *affectio maritalis*, вољи брачних другова за закључење брака. Са смањењем улоге оца породице дошло је и до ширења обима правне способности лица *alieni iuris*, што је обухватило и жену која је све више добијала овлашћења у оквиру *ius commercii*.¹⁸ Па су

17 Обавеза поштовања родитеља и каснијег издржавања, ако то родитељи нису били у стању из здравствених разлога, једнако је важила и за мушку децу. Тако да и у том погледу није било разлике међу половима.

18 „Једно од најчуднијих обележја тога доба“, приметио је француски класични филолог Gaston Voissier, „јесте што су жене биле укључене у вођење послова и тржишне шпекулације исто као и мушкарци. Оне управљају имањима, инвестирају новац, дају и узимају зајмове... током принципата, донети су били закони који су охрабривали припаднике виших слојева да се упусте у поморску трговину и у бродоградњу. Познато је да су и жене из виших слојева поседовале велике пословне корпорације и да су њима

тако закони доношени у периоду принципата ослобађали жену кажњавања за прељубу уколико би водила неки посао или уколико би имала своју радионицу.

Овде је неопходно истаћи да је након доношења Августовог *Lex Iulia de maritandis ordinibus* (*lex marita*) била одређена и посебна група жена којима је закон ускраћивао многобројна права, па чак које је и строго кажњавао, из разлога што се сматрало да је њихово занимање израз нарушавања основног принципа чедности и смерности (куртизане, плесачице, глумице, подводиачице кључева, крчмарице, кћи крчмара) (Игњатовић, 2016: 537). Са друге стране, у периоду принципата, посебан углед уживале су жене које су биле „прве даме“ (жене принцепса). Оне су својим понашањем, чашћу и верношћу требале да буду узор свакој жени.

У посткласичном периоду видно се мења улога и положај жене у римском друштву. Заправо, ова промена није била резултат неких битних промена посткласичног периода, већ би се могло рећи да је то био један дуг процес који се завршио или који је довео до потпуног правног уобличења правног положаја жене, па самим тим и њене правне способности у периоду посткласичног римског права.

Најпре је до ових промена дошло у оквиру установе туторства. Наиме, још је Гај у другом веку нове ере у својим Институцијама истакао да не види никаквог разлога за постојање и даље установе туторства над женама (Станојевић, 2009: 93). Укидање туторства над женама које је уследило много година након Гаја (444. г. н. е.) донело је ослобађање жене у погледу права *ius comrecii*, које јој је све до тада, *de iure*, било ускраћивано уз навођење женине лакомислености као главног разлога за непризнавање овога права у оквиру *capacitas iuridica*.¹⁹ Такође либерализација мушко-женских односа, до које је дошло у периоду принципата, довела је до приближавања жене мушкарцу, јер се приликом самог чина закључења брака највећа пажња поклањала постојању *affectio maritalis* оба будућа супружника, а не вољи *pater familias*, са једне стране, и будућег супружника, са друге, како је то био случај у претходном периоду (Игњатовић, 2009: 71). Такође, увођење новог облика брака *matrimonium sine manu* у другом веку нове ере²⁰ у

управљале. Википедија Жене у античком Риму //sh.wikipedia.org/wiki/%C5%BDene_u_anti%C4%8Dkom_Rimu, приступ: 13. 3. 2018.

19 Залагање Гаја за укидање туторства над женама био је један од разлога зашто се неки романисти у покушају да расветле Гајеву личност труде да докажу да је вероватно и сам Гај био жена која се крила иза мушког псеудонима у циљу ширења правне науке, јер ко би се са толико жара и боље залагао за укидање установе туторства до саме жене.

20 *Matrimonium sine manu* могли су да закључе и војници који су имали грађанска права са женама које нису биле грађанке.

многome је побољшао положај жене која је ступала у брак доносећи свој мираз, на који се гледало као на њену личну имовину (*parapherna*), којом је она самостално располагала и која јој је била извесна гаранција да ће моћи себе да издржава и у случају евентуалног развода брака. На ову имовину у току трајања брачне заједнице муж није имао право *ius abutendi*, које је било карактеристично за *matrimonium cum manu*. Потом, с обзиром на чињеницу да је ћерка и даље остајала агнатски сродник са својом биолошком породицом закључењем брака *matrimonium sine manu*, пружио јој је могућност да наслеђује заједно са синовима, односно да има наследних права према своме оцу. Ово је довело, додуше, и до одређених потешкоћа које су уклоњене увођењем две сенатске одлуке (*SC Orfitianum* и *SC Tertulianum*), чиме је уклоњен недостатак агнатског сродства који је онемогућавао узајамно наслеђивање мајке и њене деце.

Наравно да највише пажње у романистичкој науци привлачи питање постојања самосталног жениног пекулијума и да ли је то био онај исти пекулијум који су могли имати синови и робови, услед смањења обима правне способности оца породице. О овом питању се не може са сигурношћу дефинисати став, већ се може само наслућивати из појединих правних текстова. Тако, примера ради, Гај наводи да су жене (било слободне или робине) имале право на тужбу за заштиту пекулијарне имовине, нарочито у оним случајевима ако су биле кројачице или ткаље или ако су обављале било коју привредну делатност. Филолог Gaston Boissier наводи да су жене биле укључене у вођење послова и тржишне спекулације, исто као и мушкарци. ...“Оне су могле да управљају имањима, инвестирају новац, дају зајмове и узимају зајмове. Међу Цицероновим повериоцима налазимо једну жену, а међу његовим дужницима њих две. Према томе, жене нису могле вршити званичне државне функције, али су се могле бавити бизнисом. Чак ни у богатим круговима жене нису седеле скрштених руку, већ су често давале новац на зајам људима из истог сталежа, који нису морали ићи лихвару. Када је Плиније Млађи размишљао о томе да купи једно имање, урачунао је као гаранцију и зајам од своје свекрве. Жене су финансирале и јавне радове о чему сведоче натписи из Царског периода”.²¹ Жене су се могле бавити земљорадњом исто као и мушкарци. Такође, многи владари доносили су законе који су охрабривали жене из виших слојева да се упусте у трговину или бродоградњу. Сви ови наводи иако директно не говоре о постојању пекулијума жене, упућују на закључак да је жена могла да поседује пекулијум и да је могла да се бави истим оним пословима као и мушкарци.

21 Википедија, Жене у античком Риму, приступ: https://sh.wikipedia.org/wiki/%C5%BDene_u_anti%C4%8Dkom_Rimu, приступ: 13. 3. 2018.

На крају, признавање хришћанства за религију у четвртном веку, донело је до значајне промене у правном положају жене, где она почиње да се третира као лице са пуном правном и пословном способношћу.

5. Закључак

На основу свега напред изложеног може се јасно закључити да је питање правне способности било јако комплексно у оквиру римског права. На ово питање у првом реду утицало је да ли је једно лице било рођено као слободно или као роб, потом да ли је било *cives*, Латин или пегрегин, да ли је било рођено у законитом браку или у конкубинату и на крају, ако је било рођено у законитом браку, да ли је у оквиру породичног статуса имало положај лица које живи по свом праву или положај лица које живи по туђем праву. Потом, пол је играо битну улогу приликом одређивања обима правне способности лица, па тако није било свеједно да ли је било речи о правној способности жене или мушкарца. У почетку настанка римске државе *pater familias* је имао доминантну улогу у оквиру *status familiae*, па је самим тим, као лице које живи по свом праву, имао пуну правну и пословну способност. Сви чланови његове породице (жене, деца и робови) били су њему потчињени и он је над њима имао право *ius vitae ac necis*. То је даље значило да су овим лицима у оквиру правне способности признавана само одређена права (деци, у првом реду синовима, право на наслеђивање, а ћерки/жени право на закључење пуноважног брака). Са развојем римске државе, након Другог пунског рата, долази до постепеног слабљења улоге *pater familias* и до смањења обима његове правне способности, а у корист лица *alieni iuris* и робова. Са даљим развојем државе и либерализацијом мушко-женских односа долази и до побољшања положаја жене у римском друштву. Постепеним ослобађањем, најпре у оквиру права *ius conubii*, дошло је и до ширења обима правне способности жене и у оквирима права *ius commercii*, што је условило да је жена могла да учествује у многим пословним трансакцијама исто као и мушкарци, али никада није могла да учествује и у оквиру *ius honorum*, није могла да врши значајне државне послове. Међутим, иако је била лишена овога права, у историји Рима остаће забележени трагови о истакнутој улози жене у вршењу утицаја на обављање највиших државних почести, а нарочито утицај на избор наследника престола. Са развојем хришћанства и његовим признавањем за званичну религију дошло је до битних промена у дефинисању питања правне способности жене у римском друштву, па се на њу од тог периода почиње да гледа као на лице са пуном правном и пословном способношћу.

Литература/References

- Богуновић, М., Жена у римском праву – субјекат или објекат права?, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, бр. 2/2012, Нови Сад, 2012.
- Бујуклић, Ж., *Forum Romanum*, римска држава, право, религија и митови, Београд, 2006.
- George, M., *Family Imaginary and Family Values in Roman Italy, The Roman Family in the Empire, Rome, Italy and Beyond*, New York, 2005.
- Игњатовић, М., Заштита људских и мањинских права у доба римске републике, Зборник радова Правног факултета „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, LXII, бр. 2, 2012, Ниш, 2012.
- Игњатовић, М., Осврт на правни положај детета у римском праву, Зборник радова Правног факултета Универзитета у Нишу, бр.70, Ниш, 2015.
- Игњатовић, М., *Lex Iulia de maritandis ordinibus (lex marita)* као мера контроле у брачном законодавству императора Августа, Зборник радова Правног факултета „Legal, social and political control in national, international and EU law“, Ниш, 2016.
- Игњатовић, М., Предбрачни имовинско-правни односи у римском и у савременом праву (докторска дисертација), Правни факултет „Јустинијан Први“, Скопље, Р. Македонија, одбрањена 4. 2. 2009. године.
- Игњатовић, М., Старатељство над малолетницима – некад и сад, Задужбина Андрејевић, Београд, 2007.
- Jasper Burns, *Great Women of Imperial Rome: Mothers and Wives of Caesares*, New York, 2007.
- Јовановић, М., *Facta universitatis – series: Law and Politics*, vol. 1, br. 2, Ниш, 1998.
- Маленица, А., *Јустинијанова дигеста*, права књига, Београд, 1997.
- Машкин, М. А., *Историја старог Рима*, Београд, 1977.
- Николић, Д., Ђорђевић, А., *Законски текстови старог и средњег века*, Ниш, 2011.
- Милосављевић, Ж., *Римско приватно право*, Београд, 1899.
- Обренић, Д., *Право гласа жена*, Београд 2008.
- Станојевић, О., *Gai Institutiones*, Београд, 2009.
- Стојчевић, Д., Ромац, А., *Dicta et regule iuris*, стр. 295, Београд, 1989.
- Хусеинспахић, А., *Tutela mulierum* и правни положај жене, *Анали Правног факултета у Зеници*, бр. 8/ 2011, Зеница, 2011.

Marija Ignjatović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

CAPACITAS IURIDICA AND STATUS FAMILIAE IN ROMAN LAW

Summary

The question of legal capacity has not always had an equal treatment in all periods of the development of human society. In modern law, relying on the fundamental human rights and freedoms, it is considered that everyone acquires legal capacity at birth and that all people are equal at birth, regardless of their gender and race. However, the question of legal capacity had quite a different treatment in different societies in different historical periods. For instance, in the slave-holding society, a number of factors had an influence on defining one's legal capacity. Thus, in Roman slave-holding society, it was very important whether a person was born as a free citizen or a slave, and whether a person was born as a Roman citizen (cives), a Latin or a Peregrinus. In addition, it was important whether a person was given the status sui iuris or alieni iuris at birth. In Roman law, the issue of one's legal and contractual capacity largely depended on the person's social status, i.e. whether he was legally recognized as a citizen, a freeman, or through his/her family status. In this paper, special attention will be paid to the issue of legal capacity of natural persons within the family status (status familiae).

Key words: *capacitas iuridica (legal capacity), status familiae, cives, Latini, Peregrini, subjects sui iuris and alieni iuris.*

Др Сања Марјановић,*
Доцент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878235M

UDK: 341.241
Раd примљен: 30.12.2017.
Раd прихваћен: 18.05.2018.

МЕЂУНАРОДНО ОСТВАРИВАЊЕ ИЗДРЖАВАЊА ЧЛАНОВА ПОРОДИЦЕ – БИРАЈУЋИ ИЗМЕЂУ КОНВЕНЦИЈЕ УН (1956) И ХАШКЕ КОНВЕНЦИЈЕ (2007)**

Апстракт: Глобализација и повећано кретање људи изазов су за међународно приватно право. Услед тога, ваљано правно уређење прекограничних случајева изискује већи степен међународне сарадње. У материји издржавања, ова потреба је довела до партнерства две светске организације које су се, свака на свој начин, бавиле наведеним питањем – Хашке конференције за међународно приватно право и Уједињених нација. Резултат те сарадње је Хашка конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице (2007) која замењује, у односима држава уговорница, Конвенцију Уједињених нација о остваривању алиментационих захтева у иностранству (1956). Имајући у виду да је Република Србија чланица само Конвенције УН, у раду се разматра потреба ратификације Хашке конвенције.

Кључне речи: обавезе издржавања, Конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству, Хашка конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице.

1. Увод

Услед масовних пресељења људи током Другог светског рата, материја издржавања нашла се у жижи међународног приватног права (у светским размерама) нарочито средином педесетих година прошлог века. У том периоду, Хашка конференција за међународно приватно право доноси прву у низу својих конвенција о овом питању (1956).¹ Исте године, и

* sanja@prafak.ni.ac.rs

** Раd је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду од 2013. до 2018.

Уједињене нације усвајају Конвенцију о остваривању алиментационих захтева у иностранству (даље: Њујоршка конвенција). Убрзо је конвенцију ратификовала и бивша Југославија, те она и данас обавезује Републику Србију.² У међувремену, нови талас (овог пута економских) миграција, инициран стварањем Европске економске заједнице, а потом и Европске уније, довео је у питање ефикасност ове конвенције. Како Уједињене нације нису располагале поузданим подацима, подржале су намеру Хашке конференције да испита делотворност Њујоршке конвенције. Ово стога што је Хашка конференција отпочела рад на новој конвенцији, те је прво требало утврдити оправданост таквог подухвата.³ Партнерство те две светске организације довело је 2007. године до усвајања Хашке конвенције о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице (даље: Хашка конвенција). Приступањем Европске уније Хашкој конвенцији 2014. године, она је постала и део *acquis communautaires*. Сем тога, за сада се 30 уговорница Њујоршке конвенције (од укупно 64) обавезало и Хашком конвенцијом.⁴ С обзиром да је Република Србија, као држава кандидат за чланство у ЕУ, обавезана само Њујоршком конвенцијом, важно је утврдити значај ратификације Хашке конвенције. Зато најпре треба појаснити основне карактеристике обеју конвенција и њихов међусобни однос (2). Потом се разматра евентуални утицај Хашке конвенције на одредбе о надлежности Закона о решавању сукоба закона са прописима других земаља (даље ЗРСЗ)⁵, као и значај двостраних уговора које српски судови примењују на признање одлука о издржавању (3). Напоследку, чине се одређене сугестије у случају ратификације (4).

1 Хашка конвенција о меродавном праву за обавезе издржавања деце (*Convention of 24 October 1956 on the law applicable to maintenance obligations towards children*).

2 Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми, 2/60.

3 Pelichet Michel. *Note on the operation of the Hague Conventions relating to maintenance obligations and of the New York Convention on the Recovery of Maintenance*. Преузето 11. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint_rptMPe.pdf.

4 Ове уговорнице обухватају: 23 државе ЕУ (Бугарска, Латвија, Литванија и Малта су уговорнице само Хашке конвенције, а Данска само Њујоршке конвенције), затим, Босна и Херцеговина, Бразил, Казахстан, Црна Гора, Норвешка, Турска и Украјина. Иначе, Хашка конвенција тренутно има 38 уговорница.

5 Сл. лист СФРЈ, 43/82 и 72/82 - испр., Сл. лист СРЈ, 46/96 и Сл. гласник РС, 46/2006.

2. Основне карактеристике Њујоршке и Хашке конвенције и њихов међусобни однос

2.1. Главне одлике и недостаци Њујоршке конвенције

Иако је Њујоршка конвенција у погледу отворености за ратификацију глобални међународни инструмент, њен домашај је ограничен. Она не унификује норме о надлежности, меродавном праву или признању и извршењу одлука о издржавању, већ само успоставља механизам *административне сарадње* отпремних и посредничких органа држава уговорница. Одговоре на остала питања (надлежност, меродавно право, признање и извршење одлука) дају национални прописи ових држава или, евентуално, други међународни уговори на снази између државе повериоца и државе дужника издржавања. Иако делује да је конвенција једноставна за примену,⁶ то не гарантује увек и ефикасну правну заштиту.

Последице недовољне прецизности Њујоршке конвенције долазе до изражаја већ у погледу *одредбе о пољу примене*. Наиме, конвенцијски механизам се покреће ако поверилац и дужник издржавања потпадају под надлежност различитих држава уговорница. Тада *поверилац* свој захтев за мериторно одлучивање или признање одлуке о издржавању подноси отпремном органу државе у којој живи, који га онда прослеђује посредничком органу државе под чију надлежност потпада дужник. О захтеву се даље одлучује у складу са нормама међународног приватног права државе суда (чл. 6, ст. 3).

Оваква концепција одаје утисак да конвенцијски систем стоји на располагању повериоцу издржавања, док се исто не може са сигурношћу тврдити уколико поступак покреће *дужник*.⁷ У том смислу, Њујоршка конвенција помиње и поступак измене одлуке о издржавању у члану 8, али без додатног прецизирања. Тиме су отворена врата за њену неуједначену примену с обзиром да државе различито тумаче ову одредбу, у зависности од тога ко покреће поступак. У случајевима када то чини поверилац, недоумица нема. Насупрот томе, ако је тужилац дужник, поједине државе настављају да примењују Њујоршку конвенцију,⁸ док друге то не

6 Тим пре што Њујоршка конвенција има само 21 члан.

7 „Сврха ове конвенције је да олакша остваривање издржавања на које неко лице... поверилац, које се налази на територији једне од Страна уговорница, полаже право...од неког другог лица...дужник, које потпада под јурисдикцију друге Стране уговорнице.“ Чл. 1, ст. 1 Њујоршке конвенције.

8 На пример, Аустрија, Мароко, Пољска и Швајцарска. Permanent Bureau. *Report on and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999*. Преузето 20. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999concl_e.pdf.

чине,⁹ сматрајући да би овакво поступање било у супротности са циљем конвенције.¹⁰ У ову последњу групу спада и Република Србија.¹¹ Међутим, право дужника на приступ правди не може зависити од различитих тумачења једне исте конвенције. Ово тим пре што у материји издржавања и иначе преовлађује принцип *in favorem creditoris*, унапред померајући равнотежу између интереса повериоца и дужника у корист повериоца као слабије стране.¹² Али, то не значи да дужник може бити лишен правне заштите. Тиме би се кршиле одредбе о праву на правично суђење Европске конвенције о људским правима¹³ и о једнаком положају странака пред судом Међународног пакта о грађанским и политичким правима¹⁴ (Schmidt, 2000: 665).

Други недостатак Њујоршке конвенције односи се, парадоксално, на њено највеће достигнуће – систем *централних органа* (отпремни и посреднички органи). У одговорима на упитник Хашке конференције, државе су указале да овај систем не испуњава увек своју сврху.¹⁵ Поједине државе

9 На пример, Ирска, Хрватска и Луксембург. Permanent Bureau. *Report on and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999*. Преузето 20. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999concl_e.pdf.

10 Њујоршка конвенција треба да „олакша остваривање издржавања на које неко лице...поверилац...полаже право...од неког другог лица...“ (чл. 1).

11 Према подацима добијеним од Министарства финансија Републике Србије (Одсек за заштиту имовине и остваривање алиментационих захтева у иностранству) као отпремног органа, супротна пракса би била противна наведеном чл. 1 Њујоршке конвенције.

12 У материји меродавног права, на овом принципу почињају колизионе норме Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 1/2013. Видети Живковић, 2013: 83–87.

13 Чл. 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, *Сл. лист СЦГ - Међународни уговори*, 9/2003, 5/2005 и 7/2005, *Сл. гласник РС - Међународни уговори*, 12/2010 и 10/2015.

14 Чл. 14 Међународног пакта о грађанским и политичким правима, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*, 7/71.

15 Од држава које су детаљније наводиле проблеме у сарадњи, издвајамо следеће: *Аустралија* – лош рад посредничких органа појединих држава уговорница; *Белорусија* – нема довољно података о отпремним органима других држава, при чему ни сам депозитар не располаже свим информацијама; *Француска* – лоша примена или потпуна непримена Њујоршке конвенције у појединим државама, непотпуна документација; *Белгија* – непотпуни подаци који се добијају од других држава; *Немачка* – централни органи су се жалили да њихова питања често остају без одговора или се упућују подносиоцу захтева који не може на њих да одговори; *Ирска* – непотпуни подаци о поступцима и условима за њихово покретање у другим државама уговорницама; *Израел* – лоша комуникација са појединим државама и кашњења са документацијом; *Италија* – означавање више органа као отпремних и посредничких компликује поступак; *Нови*

су, искористивши недореченост њених одредаба, условљавале примену конвенције постојањем мериторне одлуке о обавези издржавања (коју сада треба само признати).¹⁶ Слично томе, размимоилажења постоје и поводом права јавноправног органа на регрес.¹⁷

Наредни проблем тиче се *непостојања унификованих правила о минимуму права на бесплатну правну помоћ*. Према конвенцији, ово право припада само повериоцу, у истом обиму као и држављанима или резидентима државе суда (чл. 9). Таква одредба неоправдано прави разлику између поверилаца истог или сличног финансијског стања, у зависности од тога у којој држави покрећу поступак. Када је реч о деци као најугроженијој категорији, већина држава на њих примењује општа правила (која важе за све повериоце).¹⁸

Иако се не би могло тврдити да Њујоршка конвенција не функционише добро у свим случајевима, наведени недостаци ипак наводе на закључак да је материју издржавања потребно свеобухватније уредити. То чини Хашка конвенција.

Зеланд – не постоје стандардизовани обрасци за документа која се шаљу; *Шкотска* – недовољно информација о неопходним документима и поступку у другим државама; *Швајцарска* – поступци за остваривање издржавања су често неефикасни чак и за ниже износе издржавања и превише дуго трају. Permanent Bureau. *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations, Prel. Doc. No 3 of April 1999*. Преузето 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>.

16 Француска, Белорусија, Мађарска, Израел, Италија, Монако, Мароко, Румунија, Словачка. Финска је навела да је поступање централних органа најефикасније када постоји одлука, а УК тражи одлуку само за издржавање супружника. Permanent Bureau. *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations, Prel. Doc. No 3 of April 1999*. Преузето 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>.

17 На јавноправне органе Њујоршку конвенцију не примењују, на пример, Израел, Мексико, Монако, Нови Зеланд, Румунија и Шри Ланка. Permanent Bureau. *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance, Prel. Doc. No 2 of April 2003*. Преузето 20. 03. 2017. https://assets.hcch.net/upload/wop/maint_pd02.pdf.

18 Аустрија, Белорусија, Белгија, Чешка, Финска (ако су обавезе издржавања детета и супружника садржане у истој одлуци), Немачка, Мађарска, Ирска, Израел, Италија, Луксембург, Мароко, Мексико, Монако, Холандија, Норвешка, Пољска, Румунија, Шри Ланка, Шведска, Швајцарска, УК (Енглеска и Велс и Шкотска). Permanent Bureau. *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations*. Преузето 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>.

2.2. Главне одлике Хашке конвенције

Хашка конвенција се првенствено односи на *издржавање деце до навршене 21. године од стране родитеља* и, у одређеном обиму, на *издржавање супружника*. Наиме, ако се захтев за признање и извршење одлуке о издржавању супружника подноси *уз захтев за издржавање детета*, Хашка конвенција се у потпуности примењује и на издржавање супружника. У супротном, на ове захтеве се не примењују одредбе о сарадњи централних органа (главе II и III конвенције). Међутим, државе уговорнице имају могућност да давањем одговарајућих изјава прошире примену целе конвенције и на издржавање супружника, али и на било коју другу обавезу породичног издржавања, предвиђену националним правима (чл. 2, ст. 1).

У погледу *централних органа*, Хашка конвенција ефикасније уређује њихову сарадњу. За разлику од Њујоршке, која уводи два централна органа (отпремни и посреднички), Хашка конвенција обавезује државе да одреде један централни орган. Дужности централних органа су *до детаља* уређене, како у међусобној комуникацији, тако и у односу на странке (главе II и III конвенције). Једна од њихових врло значајних обавеза односи се на пружање помоћи детету у споровима за утврђивање очинства или материнства ако од тога зависи остваривање издржавања (чл. 6, ст. 2, тач. х).

Такође, *услови за признање* су унификовани, чиме се успоставља дипломатска узајамност са оним уговорницама које тиме условљавају признање (што Њујоршка конвенција није кадра да обезбеди).¹⁹

Предности Хашке конвенције у односу на Њујоршку могу се подробније објаснити на примеру права странака на тзв. ефикасан приступ поступцима.

2.2.1. Право повериоца на ефикасан приступ поступцима

Одредбе о праву на ефикасан приступ поступцима у свим фазама остваривања издржавања, укључујући и поступак по правним лековима,

¹⁹ Као што је, на пример, случај са Норвешком (Permanent Bureau of the Hague Conference. Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations. Преузето 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>), Шведском (<http://www.domstol.se/Funktioner/English/Legal-proceedings/Contentious-cases/Foreign-judgments/>) и Финском (Ikonen Jussi. *Comparative study of „residual jurisdiction“ in civil and commercial disputes in the EU: National report for Finland*. Преузето 21. 11. 2017. http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/study_resid_jurisd_finland_en.pdf). Ове државе су уговорнице и Њујоршке и Хашке конвенције. Будући да Њујоршка конвенција не унификује услове за признање, не успоставља се дипломатска узајамност за признање одлука.

кључна су решења Хашке конвенције (Borrás et al. 2014: 72–74).²⁰ Тако, поверилац може покренути поступак за *мериторно одлучивање* о издржавању, укључујући и измену одлуке. Сем тога, може тражити и *признање* и *извршење одлуке*, као и *принудно извршење* већ признате одлуке (чл. 10, ст. 1, тач. а) и б). У последњем случају, предмет поступка извршења може бити и одлука треће државе, призната у држави извршења (Borrás et al. 2014: 54). Повериоцу стоји на располагању помоћ централних органа и онда када тражи да држава *изврши сопствену одлуку*. Такође, он може да покрене и поступак за *поновно мериторно одлучивање* ако је признање одбијено због непоштовања правила индиректне надлежности, права на одбрану или преварног поступања странке које је утицало на одлуку чије се признање тражи.²¹

Када је реч о *бесплатној правној помоћи*, Хашка конвенција стандардизује ово право. Под правном помоћи подразумева се саветовање, заступање и ослобођење од трошкова поступка.²² Она се гарантује деци млађој од 21 године у *поступку признања и/или извршења одлуке* (уколико захтев поднесе преко централних органа).²³ Реч је о привилегованој категорији поверилаца која на правну помоћ може да рачуна независно од свог материјалног стања (Beaumont, 2009: 516–517). Државе уговорнице морају обезбедити наведени минимум права, али га, у складу са својим могућностима, могу и повећати. Насупрот томе, правна помоћ се може ускратити у *поступку мериторног одлучивања* ако је захтев очигледно неоснован, укључујући и правни лек (*merits test*).²⁴ Изузетно, државе које нису вољне да гарантују правну помоћ деци *a priori*, могу претходно проверити њихову финансијску ситуацију.²⁵ Овај тест процене средстава (*child-centered means test*) има ограничен домашај, лишавајући помоћи само изразито добростојећу децу и не очекује се његова честа примена (Borrás et al. 2014: 398–399).²⁶

20 Чл. 14 Хашке конвенције.

21 Чл. 10, ст. 1 у вези чл. 22, тач. б) и е) Хашке конвенције.

22 Чл. 3, ст. 1, тач. ц) Хашке конвенције.

23 Чл. 15, ст. 1 Хашке конвенције.

24 Чл. 15, ст. 2 Хашке конвенције.

25 Чл. 16 Хашке конвенције.

26 Држава која даје овакву изјаву (нема реципрочно дејство), доставља детаљне податке о критеријумима овог теста Сталном бироу Хашке конференције Lortie, Groff. *Practical Handbook for Competent Authorities: the 2007 Hague Child Support Convention, the 2007 Hague Protocol on Applicable Law (Maintenance) and the 2009 European Union Maintenance Regulation*. Преузето 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/hb38en.pdf>.

У свим осталим случајевима, право повериоца на бесплатну правну помоћ може бити условљено наведеним тестовима, док се у поступку признања или извршења правна помоћ гарантује (и то барем у истом обиму) ако је подносилац захтева већ остварио ово право у држави порекла одлуке.²⁷

2.2.2. Право дужника на ефикасан приступ поступцима

За разлику од повериоца, дужник може покренути само поступак за *измену одлуке* или за њено *признање*, које треба да *ограничи или обустави поступак извршења* (чл. 10, ст. 2).²⁸ Са своје стране, покретање поступка за *измену одлуке* о издржавању²⁹ подлеже правилу о *задржавању надлежности суда државе уобичајеног боравишта повериоца*.³⁰ Уколико је одлука донета у овој држави, а поверилац није променио уобичајено боравиште, дужник мора покренути поступак у тој истој држави. Ова одредба је *једина конвенцијска норма о директној надлежности* (Beaumont, 2009: 532) односно *једина норма о негативној директној надлежности* (Bográs, 2012: 111). Задржавање надлежности није апсолутно и изузеци штите право дужника на приступ правди или су пак последица његовог и повериоачевог споразума (Beaumont, 2009: 534). У том смислу, промена уобичајеног боравишта повериоца повлачи промену надлежности. Исто важи и ако суд не може да заснује надлежност за измену одлуке или одбија да то учини.³¹ Резултат је идентичан и поводом новог мериторног одлучивања након што је признање одлуке одбијено у другој држави уговорници.³² Напослетку,

27 Чл. 17, ст. 1 Хашке конвенције.

28 У случају када дужник покреће поступак за *признање* постојеће одлуке, он мора да докаже постојање правног интереса већ у самом захтеву, тако што појашњава на који начин би признање ограничило извршење те одлуке. Примера ради, наш Закон о извршењу и обезбеђењу не дозвољава извршење у делу у коме би износ дуга премашио две трећине износа зараде, пензије или накнаде зараде односно једну половину ако је њихов износ једнак или мањи од износа минималне зараде (чл. 258, ст. 1 Закона о извршењу и обезбеђењу, *Сл. гласник РС*, 106/2015 и 106/2016). На основу ове одредбе, дужник би могао да тражи признање са јасним интересом да ће поступак извршења бити ограничен.

29 Правни интерес дужника утврђује се на основу конкретне измене која захтевом тражи (нпр. смањење износа издржавања или измена услова плаћања). Permanent Bureau. *Draft Practical Handbook for caseworkers under the 2007 Child Support Convention, Prel. Doc. No 4 of August 2009*. Преузето 20. 03. 2017. https://assets.hcch.net/upload/wop/maint_pd04e2009.pdf

30 Чл. 18, ст. 1 Хашке конвенције.

31 Члан 18, став 2, тач. ц) Хашке конвенције.

32 Чл. 18, ст. 2, тач. д) Хашке конвенције.

задржавање надлежности престаје и у случају пророгације надлежности,³³ као и пристанка повериоца на надлежност суда друге државе.³⁴

Што се тиче *права дужника на бесплатну правну помоћ*, оно зависи од већ поменутих тестова процене средстава (*means test*) и основаности захтева (*merits test*). Ако је дужник уживао правну помоћ у поступку мериторног одлучивања, онда има право на њу и у поступку признања те одлуке, бар у истом обиму који се у држави признања одобрава за случајеве без иностраног елемента. Тиме се дужнику *гарантује минимум права* на бесплатну правну помоћ.³⁵

2.3. Однос Њујоршке конвенције и Хашке конвенције

Особеност Хашке конвенције огледа се у чињеници да се њоме, у односима држава уговорница, ставља ван снаге Њујоршка конвенција (иако је реч о конвенцији друге међународне организације). Овакво неуобичајено решење условљено је поменутиим партнерством Хашке конференције и Уједињених нација.

На основу кратког одређења из чл. 49 Хашке конвенције, чини се да је одговор о хијерархијском односу ових конвенција једноставан. Наиме, Хашка конвенција замењује Њујоршку конвенцију између држава које су уговорнице обеју, *у мери у којој се њихова поља примене поклапају*. Међутим, Хашка конвенција допушта државама уговорницама да *мењају њено поље примене* путем резерви и изјава. Због тога се у контексту ове конвенције може, с једне стране, говорити о *објективном пољу примене*, под којим се подразумева издржавање деце млађе од 21 године од стране родитеља и, у одређеном обиму, издржавање супружника. С друге стране, постоји и *субјективно поље примене*, одређено резервама и изјавама, специфично за сваку државу уговорницу.

Државе могу резервом *сузити поље примене* конвенције (*ratione personae*) на децу млађу од 18 година.³⁶ Насупрот томе, давањем одговарајућих изјава могуће је и *проширити поље примене*, како *ratione materiae*, тако и *ratione personae*. Оне државе које сматрају да издржавање деце „од колевке па до гроба“ (Martiny, 1994: 142) није претерано, могу проширити поље примене *ratione personae* и на децу старију од 21 године. Проширивање *ratione materiae* подразумева било коју обавезу издржавања која проистиче из породичних

33 Чл. 18, ст. 2, тач. а) Хашке конвенције.

34 Члан 18, став 2, тач. б) Хашке конвенције.

35 Чл. 14, ст. 4 Хашке конвенције.

36 Чл. 2, ст. 2 Хашке конвенције.

односа, крвног сродства, брака или тазбинског сродства.³⁷ Треба имати у виду да се резервом ограничава примена свих одредаба конвенције, док се систем изјава може односити на све или само поједине одредбе (нпр. само признање и извршење или само мериторно одлучивање). У сваком случају, резерве и изјаве имају *реципрочно дејство* (Borrás et al. 2014: 21–22).

Стога, државе уговорнице обеју конвенција могу и даље између себе примењивати Њујоршку конвенцију у делу у коме се *субјективна* поља примене Хашке конвенције не поклапају.³⁸

3. Утицај Хашке конвенције на законске одредбе о надлежности и значај двостраних уговора

Евентуална ратификација Хашке конвенције отвара питање усклађености норми ЗРСЗ-а о надлежности у односу на конвенцијски систем индиректне надлежности. Такође, недоумица постоји и у погледу значаја двостраних уговора којима је Србија већ обавезана у погледу признања и извршења одлука о издржавању.

3.1. Конвенцијске и законске одредбе о надлежности

Будући да државе нису могле да постигну консензус у погледу директне надлежности,³⁹ Хашка конвенција је једнострана конвенција (*convention simple*),⁴⁰ која уређује само систем индиректне надлежности.⁴¹ То значи да се и даље примењују националне норме држава уговорница о директној надлежности. Сразмерно међусобним разликама, оне могу учинити сарадњу мање или више успешном (Duncan, 2010: 222). Ипак, унификација индиректне надлежности има већи значај него што би се на први поглед рекло. Она прећутно одређује *прихватљиве основе* директне надлежности у материји издржавања, повлачећи границу у односу на прекомерну надлежност.

37 Чл. 2, ст. 3 Хашке конвенције.

38 Примера ради, Украјина је ставила резерву којом је ограничила поље примене Хашке конвенције на децу млађу од 18 година, док је Норвешка проширила део о извршењу на децу до 25. године. Обе државе су уговорнице и Њујоршке конвенције. Норвешка у односу на Украјину може да примени Њујоршку конвенцију у погледу обавезе родитеља према детету старијем од 18, а млађем од 21 године.

39 Надлежност домаћег суда за мериторно одлучивање о захтеву.

40 Beaumont, 2009: 532.

41 Надлежност страног суда за доношење одлуке чије се признање тражи.

Конвенцијски критеријуми индиректне надлежности могу се поделити у три категорије. Прва се односи на основе надлежности за све спорове о издржавању, друга група се тиче спорова о издржавању детета, док у трећу спадају критеријуми који се у овом последњем случају не примењују.

3.1.1. Критеријуми индиректне надлежности који се примењују на све спорове о издржавању

У заједничке основе индиректне надлежности спадају: уобичајено боравиште туженог, уобичајено боравиште повериоца, пристанак туженог на надлежност и атракција надлежности у статусним споровима или споровима о родитељској одговорности.

Што се тиче критеријума *уобичајеног боравишта туженог*, њему се нема шта приговорити будући да следи класични принцип *actor sequitur forum rei*.⁴² Слично томе, и *пристанак туженог* (изричит или прећутан) чест је основ међународне надлежности.⁴³ Из угла нашег права, морала би бити прихватљива оба ова критеријума, уз пар напомена. Најпре, ЗРСЗ за општу надлежност предвиђа *пребивалиште туженог*,⁴⁴ док се уобичајено боравиште уопште не помиње. У таквим околностима, ако тужени има пребивалиште у Србији, наш суд треба да провери да ли је и уобичајено боравиште овог лица у нашој држави и да то наведе у образложењу одлуке. Међутим, ако тужени нема пребивалиште у Србији, то не значи да нема ни уобичајено боравиште у Србији. Зато суд мора посебно утврдити уобичајено боравиште туженог, чак и ако надлежност заснива на неком од критеријума посебне надлежности.⁴⁵ У погледу *пристанка туженог*, ЗРСЗ искључује пророгацију у материји издржавања, те самим тим ни овај критеријум није допуштен (Dika, Knežević, Stojanović, 1991: 193). Без обзира на то, наведена одредба нашег закона не може бити препрека за признање одлуке друге државе уговорнице. Као прво, надлежност нашег суда у споровима о издржавању није искључива. Друго, не би било повреде

42 Чл. 20, ст. 1, тач. а) Хашке конвенције.

43 Чл. 20, ст. 1, тач. б) Хашке конвенције.

44 Чл. 46, ст. 1 ЗРСЗ.

45 Критеријуми посебне надлежности за спорове о издржавању су: пребивалиште детета као тужиоца, заједничко српско држављанство тужиоца и туженог, српско држављанство детета као малолетног тужиоца (без обзира где имају пребивалиште), српско држављанство тужиоца са пребивалиштем у Србији, пребивалиште тужиоца у Србији „у тренутку суђења“ (ако је последње заједничко пребивалиште супружника било у Србији), српско држављанство тужиоца који има пребивалиште у Србији или постојање имовине туженог у Србији из које се може наплатити издржавање. Чл. 67, ст. 1, тач. 1, 2 и 3; чл. 67, ст. 2 и 3 и чл. 68 ЗРСЗ.

ни јавног поретка будући да је у савременом међународном приватном праву (ограничена) аутономија воље продрла у материју издржавања и више није неуобичајена.⁴⁶

Када је реч о критеријуму *уобичајеног боравишта повериоца*,⁴⁷ Конвенцијом је дозвољена могућност резерве,⁴⁸ која нема реципрочно дејство.⁴⁹ Одлука се чак и тада може признати на основу тзв. „чињеничне повезаности“, односно ако су околности случаја такве да би право државе признања *mutatis mutandis* омогућило заснивање надлежности свог суда (чл. 20, ст. 3 Конвенције). Што се тиче нашег права, критеријум уобичајеног боравишта повериоца не може се критиковати јер се темељи на традиционалном принципу *in favorem creditoris*. С обзиром да ЗРСЗ не предвиђа ни овај основ надлежности, важе исте напомене као и поводом уобичајеног боравишта туженог. У случају да је друга држава ставила резерву на уобичајено боравиште повериоца, одлука нашег суда евентуално би могла проћи тест „чињеничне повезаности.“

У погледу атракције надлежности поводом *статусних спорова* и спорова о *родитељској одговорности*, држављанство само једне од странака није дозвољени основ надлежности према Хашкој конвенцији.⁵⁰ ЗРСЗ се уклапа у наведено правило будући да се уз домаће држављанство странке увек тражи још неки критеријум (најчешће пребивалиште или боравиште у Србији) или је пак реч о заједничком српском држављанству странака (чл. 61, 63–66 ЗРСЗ).

3.1.2. Критеријуми индиректне надлежности који се примењују када је дете поверилац

Уобичајено боравиште детета представља додатни „мост“ у случају резерве на критеријум уобичајеног боравишта повериоца (Borrás et al. 2014: 89). За

46 Тако је, рецимо, у чл. 4 Регулative ЕУ о издржавању (*Council Regulation No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations*, OJ L 7, 10. 01. 2009) предвиђена изричита пророгација за све спорове о издржавању, осим за децу до навршене 18 године. Тешко је замислити да Виши суд у Србији одбије признање одлуке суда државе чланице ЕУ који је, примењујући Регулative, засновао надлежност на основу споразума о надлежности или прећутног пристанка туженог (чл. 5 Регулative).

47 Чл. 20, ст. 1, тач. ц) Хашке конвенције.

48 Овај критеријум је проблематичан првенствено из угла Сједињених Америчких Држава зато што се не заснива на довољно чврстој вези туженог и суда. Bruch, 1994: 1054.

49 Чл. 62, ст. 1 Хашке конвенције.

50 Чл. 20, ст. 1, тач. ф) Хашке конвенције.

признање одлуке о издржавању деце у овом случају дужник мора у неком тренутку живети са дететом у држави порекла одлуке. Најчешће ће бити речи о родитељу чија обавеза, *услед развода брака или престанка ванбрачне заједнице*, добија судски епилог. Друга ситуација, када он није живео у заједници са дететом, претпоставља да је дужник у неком тренутку ипак боравио у држави порекла одлуке и у њој издржавао дете. То ће, пре свега, бити онда када родитељи нису били у браку или ванбрачној заједници. С обзиром да ЗРСЗ предвиђа пребивалиште детета као тужиоца (чл. 67, ст. 1, тач. 1), поступање суда би било исто као и поводом уобичајеног боравишта повериоца, односно туженог. Уколико то није могуће, надлежност би се, у зависности од околности, могла засновати преко правила о атракцији надлежности поводом *родитељске одговорности* или *статусних спорова* (спорови о очинству или материнству).

3.1.3. Критеријуми индиректне надлежности који се не примењују на децу као повериоце

Једини критеријум индиректне надлежности који се не примењује на децу као повериоце представља изричита пророгација надлежности.⁵¹ Ова одредба је идентична правилу ЗРСЗ-а о забрани споразума о надлежности у споровима о издржавању (чл. 49, ст. 3 ЗРСЗ).

3.2. Однос Хашке конвенције и двостраних уговора у погледу признања и извршења одлука

Што се тиче система признања одлука о издржавању према двостраним уговорима Србије и држава које су обавезане и Хашком конвенцијом, они се могу поделити на три категорије. У првој је ово питање регулисано *општим одредбама* о признању, предвиђеним у бројним уговорима о правној помоћи у грађанским стварима (Бугарска, чл. 42–48;⁵² Кипар, чл. 22–26;⁵³ Мађарска са

51 Чл. 20, ст. 1, тач. е) Хашке конвенције.

52 Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске, *Сл. лист ФНРЈ – додаток*, 1/1957.

53 Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Републике Кипар о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 2/86.

изменама и допунама, чл. 56–66;⁵⁴ Пољска, чл. 49–58;⁵⁵ Румунија, чл. 50–58;⁵⁶ Чешка и Словачка, чл. 50–60;⁵⁷ Босна и Херцеговина, чл. 26–27 и 29–31;⁵⁸ Црна Гора, чл. 26–28 и 30–32⁵⁹). У другу групу спадају уговори посвећени само признању и извршењу одлука у грађанској и трговачкој материји. И тада се на признање одлука о издржавању примењују опште одредбе (уговори са Грчком⁶⁰ и Француском⁶¹). Трећу чине уговори посвећени признању и извршењу одлука о издржавању (уговори са Аустријом⁶² и Белгијом⁶³). Премда Хашка конвенција, у начелу, не утиче на двостране уговоре (чл. 51), њихова решења се тешко могу поредити са конвенцијским. Наиме, сви ови двострани уговори (сем са Бугарском)⁶⁴ подразумевају истовремену (комбиновану) примену и Њујоршке конвенције. То је могуће зато што Њујоршка конвенција не врши унификацију, те је допуњују одредбе двостраних уговора. Међутим, чак ни овај комбиновани систем не може се поредити са Хашком конвенцијом по ефикасности, првенствено због тога што не обезбеђује свеобухватну процесну заштиту повериоца и дужника.

54 Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске (1968) са изменама и допунама, *Сл. лист СФРЈ – додатак* бр.3/1968; измене и допуне – *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 1/1987.

55 Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске, *Сл. лист ФНРЈ – додатак*, 5/1963.

56 Уговор о правној помоћи између ФНР Југославије и Румунске Народне Републике, *Сл. лист ФНРЈ – додатак*, 8/1961.

57 Уговор о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке, *Сл. лист СФРЈ – додатак*, 13/1964.

58 Уговор између Србије и Црне Горе и Босне и Херцеговине о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*, 6/2005 и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 13/2010.

59 Уговор између Републике Србије и Црне Горе о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, 1/2010.

60 Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Краљевине Грчке о узајамном признавању и извршавању судских одлука, *Сл. лист ФНРЈ – Додатак*, 6/60.

61 Конвенција између Владе Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Владе Републике Француске о признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, 7/72.

62 Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Републике Аустрије о узајамном признавању и извршењу одлука о издржавању, *Сл. лист ФНРЈ – Додатак*, 2/63.

63 Конвенција између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Белгије о признању и извршењу судских одлука о издржавању, *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 45/76.

64 Бугарска није уговорница Њујоршке, већ само Хашке конвенције.

4. Закључак

Конвенција о правима детета обавезује државе да закључују међународне уговоре којима се штити право детета на издржавање, посебно у прекограничним случајевима (чл. 27).⁶⁵ Хашка конвенција је, иако не искључиво, у значајној мери окренута заштити управо овог права детета, и то више него Њујоршка конвенција. Предности Хашке конвенције су очигледне, почев од права на ефикасан приступ поступцима и бесплатну правну помоћ, до успостављања дипломатске узајамности у погледу признања и извршења, као и прецизно уређеног система сарадње централних органа. Зато не чуди што су и Уједињене нације, као творци и Њујоршке конвенције и Конвенције о правима детета, дале „зелено светло“ за већ објашњену одредбу о хијерархијском односу. Ратификација Хашке конвенције значила би да Србија унапређује испуњење својих обавеза из Конвенције о правима детета. С обзиром да је Хашка конвенција и део *acquis communautaires*, ратификација је, у случају државе кандидата, очекивана. Уз то, ово би био и први уговор у материји издржавања између Србије и Сједињених Америчких Држава.

Када је реч о Њујоршкој конвенцији, она би, с једне стране, наставила да важи између Србије и држава које нису уговорнице Хашке конвенције. Ради се о државама са којима, сем пар изузетака, Србија нема толико учестали правни саобраћај.⁶⁶ С друге стране, због успостављања двоструког колосека (када је друга држава обавезана и Хашком конвенцијом), од практичног је значаја да централни органи за Хашку конвенцију и Њујоршку конвенцију буду исти. Ово зато што њихова улога подсећа на задатак скретничара који треба правилно да упути или прими захтеве за остваривање издржавања према једној или другој конвенцији, у зависности од тога која се у конкретном случају примењује. С обзиром да Њујоршка конвенција предвиђа систем два централна органа, проблем се, за потребе Хашке, своди на одабир једног од њих. У случају Републике Србије, то би требало да буде Министарство финансија.

65 *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*, 15/90 и *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, 4/96 и 2/97.

66 У питању су Аргентина, Аустралија, Алжир, Буркина Фасо, Барбадос, Белорусија, Бразил, Еквадор, Данска, Македонија, Израел, Мароко, Мексико, Монако, Нови Зеланд, Филипини, Шри Ланка, Швајцарска, Суринам, Тунис, Уругвај, Чиле, Кабо Верде, Централна Афричка Република, Колумбија, Гватемала, Хаити, Казахстан, Киргистан, Либеија, Молдавија, Нигерија, Пакистан, Света столица и Сејшели.

Што се тиче евентуалних примедби у односу на критеријуме индиректне надлежности Хашке конвенције, пре би се могло констатовати да решења ЗРСЗ-а не иду у корак са савременим међународним приватним правом.⁶⁷ Иако би се потешкоће, као што смо видели, могле (у одређеној мери) превазићи тумачењем, усвајање новог Закона о међународном приватном праву Србије⁶⁸ решило би овакве проблеме. Тада би сви основи надлежности били у *потпуности* усклађени са системом индиректне надлежности Хашке конвенције.⁶⁹ Штавише, тек би се за критеријуме надлежности новог Закона могло са сигурношћу тврдити да не прекорачују праг прекомерне надлежности. Даље осавремењивање система међународног приватног права Србије морало би бити окренуто Хашкој конвенцији и усвајању новог Закона. Другим речима, ако нам је тесна *постојећа национална или међународна ципела*, не треба оклевати да се нађе нова и боља.⁷⁰

Литература/References

Beaumont, P. (2009). International Family Law in Europe – the Maintenance Project, the Hague Conference and the EC: A Triumph of the Reverse Subsidiarity. *RebelsZ*. 3 (2009). 509–546.

Borrás, A. (2012). The limit on proceedings in maintenance claims: an example of the compatibility between the European instruments and the 2007 Hague Convention. *International Family Law*. (March 2012). 110–114.

Borrás, A. Degeling, J. with the assistance of William Duncan and Philippe Lortie, *Explanatory Report on the Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance*. Преузето 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/expl38.pdf>

Bruch, C. (1994). Statutory Reform of Constitutional Doctrine: Fitting International Shoe to Family Law. *UC Davis Law Review*. (28)1994. 1047–1058.

67 За детаљну анализу норми ЗРСЗ о надлежности у материји издржавања и њихове недостатке видети Марјановић, 2013: 401–405.

68 Коначна верзија Нацрта послата је Министартву правде пре више од 3 године (јула месеца 2014. године), <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravuradna-verzija.html>.

69 У том смислу, Нацрт новог Закона предвиђа: уобичајено боравиште туженог, уобичајено боравиште повериоца, заједничко држављанство повериоца и дужника, пророгацију надлежности суда Србије (сем за издржавање деце до 18. године), прећутни пристанак туженог и атракцију надлежности (чл. 13 и чл. 107–109 Нацрта).

70 Делимично парафразирајући речи америчке ауторке Брух. Bruch, 1994: 1058.

Council Regulation No 4/2009 of 18 December 2008 on jurisdiction, applicable law, recognition and enforcement of decisions and cooperation in matters relating to maintenance obligations

Dika, M. Knežević, G. Stojanović, S. (1991). *Komentar Zakona o međunarodnom privatnom i procesnom pravu*. Beograd: Nomos

Duncan, W. (2010). Future developments in International Family Law. U Bole-Woelki K, Einhorn, T, Girsberger, G, S. Symeonides (eds). *Convergence and divergence in Private International Law. Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: Eleven International Publishing & Schulthess. 221–242.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 12/2010 и 10/2015

Хашка конвенција о међународном остваривању издржавања деце и других чланова породице (2007)

Хашка конвенција о меродавном праву за обавезе издржавања деце (1956)

Хашки протокол о меродавном праву за обавезе издржавања. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 1/2013

Конвенција између Владе Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Владе Републике Француске о признавању и извршењу судских одлука у грађанским и трговачким стварима. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*. Бр. 7/72

Конвенција између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Краљевине Белгије о признању и извршењу судских одлука о издржавању. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори и други споразуми*. Бр. 45/76

Конвенција о остваривању алиментационих захтева у иностранству. *Сл. лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*. Бр. 2/60

Конвенција о правима детета. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 15/90 и *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*. Бр. 4/96 и 2/97

Lortie, Ph. Groff, M. *Practical Handbook for Competent Authorities: the 2007 Hague Child Support Convention, the 2007 Hague Protocol on Applicable Law (Maintenance) and the 2009 European Union Maintenance Regulation*. Преузето 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/hb38en.pdf>

Martiny, D. (1994). *Maintenance Obligations in the Conflict of Laws. Recueil des Cours*. The Hague: The Hague Academy of International Law

Марјановић, С. (2013). Међународна надлежност за спорове о издржавању у међународном приватном праву Србије *de lege lata* и *de lege ferenda*. *Зборник Правног факултета у Нишу*. 65(2013). 399–418.

Међународни пакт о грађанским и политичким правима. *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 7/71

Нацрт Закона о међународном приватном праву Републике Србије. <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakon-o-medjunarodnom-privatnom-pravuradna-verzija.html>

Pelichet Michael. *Note on the operation of the Hague Conventions relating to maintenance obligations and of the New York Convention on the Recovery Abroad of Maintenance*. Преузето 11. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint_rptMPe.pdf

Permanent Bureau. *Draft Practical Handbook for caseworkers under the 2007 Child Support Convention, Prel. Doc. No 4 of August 2009*. Преузето 20. 03. 2017. https://assets.hcch.net/upload/wop/maint_pd04e2009.pdf

Permanent Bureau. *Compilation of responses to the 2002 Questionnaire concerning a new global instrument on the international recovery of child support and other forms of family maintenance, Prel. Doc. No 2 of April 2003*. Преузето 20. 03. 2017. https://assets.hcch.net/upload/wop/maint_pd02.pdf

Permanent Bureau. *Report on and Conclusions of the Special Commission on Maintenance Obligations of April 1999*. Преузето 20. 03. 2017. http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999concl_e.pdf

Permanent Bureau. *Extracts from the Responses to the November 1998 Questionnaire on Maintenance Obligations*. Преузето 20. 03. 2017. <http://www.hcch.net/upload/wop/maint1999pd3.pdf>

Schmidt, E. G. (2000). Equal Treatment of the parties in international maintenance cases. U Basedow, J. et al. (eds). *Private Law in International Arena – Liber Amicorum Kurt Siehr*. The Hague: T.M.C. Asser Press. 657–666.

Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Краљевине Грчке о узајамном признавању и извршавању судских одлука. *Сл. лист ФНРЈ – Додатак*. Бр. 6/60

Споразум између Федеративне Народне Републике Југославије и Републике Аустрије о узајамном признавању и извршењу одлука о издржавању. *Сл. лист ФНРЈ – Додатак*. Бр. 2/63

Уговор о узајамном правном саобраћају између СФР Југославије и НР Мађарске са изменама и допунама. *Службени лист СФРЈ – додатак*. Бр. 3

(1968); измене и допуне, *Службени лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 1 (1987)

Уговор о регулисању правних односа у грађанским, породичним и кривичним стварима између СФР Југославије и Чехословачке. *Службени лист СФРЈ – додатак*. Бр. 13 (1964)

Уговор о правном саобраћају у грађанским и кривичним стварима између ФНР Југославије и НР Пољске. *Службени лист ФНРЈ – додатак*. Бр. 5 (1963)

Уговор о правној помоћи између ФНР Југославије и Румунске Народне Републике. *Службени лист ФНРЈ – додатак*. Бр. 8 (1961)

Уговор о узајамној правној помоћи између ФНР Југославије и НР Бугарске. *Службени лист ФНРЈ – додатак*. Бр. 1 (1957)

Уговор између Социјалистичке Федеративне Републике Југославије и Републике Кипар о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима. *Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори*. Бр. 2/86

Уговор између Србије и Црне Горе и Босне и Херцеговине о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима. *Сл. лист СЦГ – Међународни уговори*. Бр. 6/2005 и *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 13/2010

Уговор између Републике Србије и Црне Горе о правној помоћи у грађанским и кривичним стварима. *Сл. гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 1/2010

Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља. *Сл. лист СФРЈ*. бр. 43/82 и 72/82 - испр., *Сл. лист СРЈ*. Бр. 46/96 и *Сл. гласник РС*. Бр. 46/2006

Закон о извршењу и обезбеђењу. *Сл. гласник РС*. Бр. 106/2015 и 106/2016

Живковић, М. (2013). О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања у међународном приватном праву Републике Србије. *Зборник Правног факултета у Нишу*. 65 (2013). 79–94.

Sanja Marjanović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

FAMILY MAINTENANCE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW: Choosing between the UN Convention (1956) and the Hague Convention (2007)

Summary

Globalization and increased movement of people are a challenge for Private International Law. A proper legal regulation of cross-border dispute cases requires a higher degree of international cooperation. In the context of maintenance, it has generated the partnership of two world organizations, the Hague Conference on Private International Law and the United Nations, each of which has been dealing with this matter in its own way. The result of this cooperation is the Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance (2007) which, in terms of relations between the Contracting States, replaces the United Nations Convention on the Recovery of Maintenance Abroad (1956). Bearing in mind that the Republic of Serbia is a member state of the 1956 UN Convention only, the paper discusses the need to ratify the 2007 Hague Convention.

*As compared to the New York Convention, the Hague Convention brings multiple benefits, including: the right to an effective access to procedures, the right to free legal assistance, establishment of diplomatic reciprocity regarding the recognition and enforcement of foreign decisions, well-organized and precisely regulated system of cooperation between the central authorities. Given that the Hague Convention has become part of *acquis communautaries*, the Serbian ratification of the Hague Maintenance Convention is even more significant.*

Keywords: *maintenance obligations, UN Convention on the Recovery of Maintenance Abroad, Hague Convention on the International Recovery of Child Support and Family Maintenance.*

Ivan Sokolov*, Ph.D.

Associate Professor,

European Higher School of Economics and Management

Plovdiv, Bulgaria

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД

doi:10.5937/zrpfni1878255S

UDK: 336.02:352

Рад примљен: 30.03.2018.

Рад прихваћен: 18.04.2018.

LOCAL FINANCIAL INVESTMENT POLICY

Abstract: For decades, while reforming their administrative system, EU countries have put their emphasis on the development and strengthening of local self-government. In the framework of the large-scale decentralization policy, physical and institutional boundaries of local development are established and the local self-government units are vested with full statutory powers and responsibilities deemed specifically theirs. The constitutions of the countries in Europe are the main source of law regulating the local self-government and governance.

Keywords: local self-government, municipal investment policy, public and private property, investment risk.

1. Introduction

Municipal investment policy is defined as a system of elements (funds) and mechanisms for their implementation that ensure the achievement of certain investment objectives and tasks in the development of the municipality. It is related to an efficient investment expenditure in order to increase the technical, technological and organizational level of the municipal economy, ensuring high quality production at low cost, optimal assortment and strong market positions. It is built on the basis of objective analysis and assessment of the municipal economy as a whole, the state of the social and technical infrastructure, as well as the ecological status of the municipality. It is aimed at creating conditions for placement of national and international investments.

2. Financing of local public investment projects: Sources and institutionalization

The financing of investment programs and projects in Bulgaria is done in two ways: *decentralized and centralized*.

* i.sokolof@abv.bg

At this stage, the subject of *decentralized* financing are currently the municipalities. District administrations have very limited financial powers, restricted only to the management of the financial resources needed for their own building and operation. Municipalities have better-developed administrative structures with more experience in managing and implementing investment programs and projects.

The collective management scheme implemented through the will and decisions of the municipal councils sometimes hinders the purposeful implementation of the complex and wide-ranging programs for development of the municipalities as well as for the realization of projects of inter-municipal and regional interest.

Centralized financing of investment programs and projects is carried out through the central executive authorities: ministries, agencies and other structures with national competences. Primarily, projects of socio-economic importance exceeding the local interests, such as projects whose beneficiaries are several municipalities or districts, are financed. A significant part of the regional projects are financed by:

- Ministry of Regional Development and Public Works (in the field of road infrastructure, drinking water supply, cross-border cooperation, etc.);
- Ministry of Agriculture (in the field of irrigation and water engineering);
- Ministry of Environment and Water (in the field of wastewater treatment and waste management);
- Ministry of Labour and Social Policy (in the field of social welfare).

In most cases, investment programs and projects are financed on a mixed basis, from various internal or external sources.

In compliance with the provisions of the Municipal Debt Act, the Ministry of Finance maintains a Central Register of Municipal Debt. The register is a guarantee of publicity of information, and it is in compliance with the transparency requirements for the disposal of public funds.

2.1. Internal sources and forms of their provision

2.1.1. State budget

The state budget funds are channeled for the implementation of programs and projects through central executive authorities and through municipalities. The state budget finances municipal projects and programs through targeted subsidies for capital expenditure, determined annually in the State Budget Act. Targeted subsidies are provided under certain conditions prescribed in the State Budget

Act. These are first and foremost the requirements for preferential provision of sites in certain sectors (e.g. drinking water supply, health and welfare, education and environmental protection) as well as sites with the highest degree of construction completion (with the closest term of commissioning). In addition to targeted subsidies, the Bulgarian financial legislation regulates the possibility of granting budget subsidies, which represent a certain variety of subsidies and are granted under certain conditions. For the time being, this form of budget support is not applied in practice, although it is particularly suited to a targeted government impact on the implementation of certain programs. A specific way of program financing from the budget is the allocation of funds for the construction, reconstruction and overhaul of sites from the fourth-class road network.

2.1.2. Own funds of the municipalities

According to their origin, these funds are of two types: the municipality's own budget and own extra-budgetary funds. They are allocated and directed for the implementation of programs and projects by decision of the local self-government bodies - the municipal councils.

The main extra-budgetary source are the proceeds from the privatization of municipal sites. Obviously, over time, this source will lose its significance as the base of this revenue will increasingly narrow. In this situation, the importance of own budget resources for the realization of the municipal investment policy will increase.

The possibilities for financing investment projects with own funds from the municipal budgets do not depend only on the efforts of the local authorities. They are a function of the state's policy on strengthening the economic foundations of local self-government by providing more and more stable own revenues in municipal budgets, providing significant amounts of regular revenue.

2.1.3. Centralized public extra-budgetary funds

Funding from these sources is usually done on an individual basis, on a competitive basis, in compliance with a set of requirements, criteria and indicators.

2.1.4. Private financial resources

Private capital participation should be sought in areas with economic returns (e.g. in the development of: tourism, commercial activities, entertainment, leisure and sports activities, and expanding health and education services against pay, etc.). In many countries, reliance is being placed on mixed funding, including both

private and public funds, for the effective implementation of certain development projects. Appropriate instruments in this regard are public-private partnerships.

2.1.5 External sources and forms of their provision

Bulgaria's accession to United Europe marks the start of a new stage in the implementation of local investment policy and in the financing of municipal programs and projects. As a member of the European Union, Bulgaria has the opportunity to make use of the Structural Funds and the other financial instruments of the Union.

The municipalities are the main beneficiaries in the absorption of the Euro-funds under two operational programs (OPs): OP "Regional Development" and OP "Environment". Projects are financed that relate to:

- investments in road infrastructure;
- investments in water supply and sewerage systems;
- investments in environmental infrastructure, including waste treatment infrastructure;
- investment in tourism infrastructure.

The municipalities have the opportunity to participate in a limited number of operations under OP "Human Resources Management" (mainly with social projects targeting vulnerable groups) and OP "Administrative Capacity" (mainly as target groups for capacity building rather than direct beneficiaries).

How far these opportunities will be used as a positive development impetus depends to a large extent on the initiative and adaptability of the municipalities to the new conditions.

2.2. Quantitative measures and comparability with other EU Member States

Share of local investment in total public investment (as of May 2015, Eurostat)

The indicator gives an idea of the distribution of investment between levels of government in the public sphere. The share of the capital expenditure of the municipalities in Bulgaria compared to the total amount of the public investments increased sharply during the period under review, reaching 64% in 2014. This puts it in the first place, ahead of all the unitary states in the EU, including those with long-standing traditions such as France, Italy, the Netherlands. All of this is happening against the backdrop of the overall decline in this indicator in other European countries. Countries above the EU-28 average are the Czech

Republic, Poland, Romania and Slovenia, and in the last places are the usual countries without Portugal, which (with a 45% share) is immediately above the EU average of nearly 45%.

2.3. Institutional organization

The successful formation and implementation of the municipal investment policy depends on:

- the availability of *administrative and managerial personnel* to plan, organize, account and control the implementation of municipal investment programs;
- the availability of *organizational and technical conditions* for the development and evaluation of effective projects;
- the existence of *organizational and management experience* of administrative staff to prepare the overall investment-related procedure;
- the availability of *practical knowledge in the implementation of the existing legislation*, which can lead the investment initiative to a concrete realization.

In this regard, it is necessary to know the different stages of the investment policy related to the established procedures for:

- *exploration* and design under the Spatial Planning Act;
- environmental impact *assessment* according to the Environmental Protection Act;
- the cost-benefit *assessment* requiring specialized knowledge of the profitability assessment methodologies;
- the rate of return of the investment; annual operating costs; social cost of the investment, etc.;
- *programming* and planning of investment expenditures from state and municipal budgets and extrabudgetary funds according to the Law for the Structure of the State Budget and the Municipal Budgets Act;
- *subsidizing* programs and projects from: the European Union Structural Funds (via the National Operational Programs); national plans and programs in the fields of economic development, social and regional policy, agriculture and rural regions, etc.
- *preparation* of tender procedures (knowledge of international practice and rules);
- *award* of public procurement under the Public Procurement Act;

- *individualization and disposition of immovable property* in accordance with the State Ownership Act, the Municipal Property Act, the Concessions Act, the Specialized Laws on Roads, Waters, Energy and Energy Resources, Telecommunications, Civil Aviation, etc.;
- *change of destination of agricultural land and land from the forest fund*;
- *observance of the rules on building supervision and state acceptance of buildings and facilities, as well as requirements for the delivery of machinery, equipment, etc.*

Municipalities should institutionalize their investment policy in order to create a working model for identifying investment needs at municipal and urban level, for planning capital expenditure in the long-term perspective and for assessment of the available local and potential external financial resources.

The municipal investment policy can be organized and coordinated by a branch deputy mayor or the municipality's chief financial officer responsible for:

- *conducting* the entire investment process and coordinating the participants in it;
- *coordinating* the budget and investment programs of municipal companies (projects partly or wholly financed by the municipal budget);
- *exercising* control over the work of the municipal investment service;
- *submitting* a preliminary draft (project) of the capital investment program and the capital budget for the budget year concerned;
- *cooperation* with civil society structures;
- *monitoring* the policy and drafting recommendations for its improvement.

An important moment in the implementation of the municipal investment policy is the administration of the capital budgeting process. It may be carried out by a steering group established by a decision of the municipal council. It is recommended that the group includes the mayor of the municipality and the chairman of the municipal council, representatives of the municipal administration, the municipal council, representatives of the civil society, and business structures.

The main functions of the steering group are related to:

- *consideration* of the submitted proposals for investment projects;
- *analysing* the organizational, technical and financial capabilities for the implementation of a project;
- *setting* the priorities for evaluating the investment projects;

- *assessment* of municipal investment projects in accordance with accepted methodology;
- *approving* projects for preparatory stage and proposing projects for inclusion in the investment plan;
- *drafting* a proposal for the one-year capital budget (the investment program for the forthcoming year) and its presentation to the municipal council;
- *coordination* of possible sizes and sources of financing with the financial unit that prepares the financial forecast;
- annually *updating* the CIP (Competitiveness and Innovation Programs).

An important task of the steering group is to organize and control the preparation of a complete inventory of all sites - public and private municipal property. The document should cover public buildings and facilities, including roads and infrastructure to provide utilities (e.g. plumbing and sewerage systems, treatment plants, landfills).

The inventory identifies the needs for overhaul, reconstruction or replacement of individual infrastructure sites and facilities, as well as the need to build new ones. The document should contain information about:

- *the life cycle* of the existing sites and facilities, including the year of their construction, acquisition and entry into service;
- *the cost* of acquisition;
- *the degree of coverage* on the territory of the municipality with the relevant service (e.g. the water supply level with drinking water) or the degree of satisfaction with a particular public service as a percentage of the need;
- *the capacity of the site* (the facility) in the relevant unit of measurement;
- *the physical state* of the existing sites and facilities (good, medium, poor) and the date of the last improvement;
- *the rate of use* (low, medium, high) and the planned year/date for new investment expenditure;
- *the indicative value* of a possible new investment expenditure.

Another task of the steering group is to identify and analyse: the progress made on capital projects undergoing technical implementation; the amount of funds that will be needed for absorption in the coming years; the state of unfinished projects. The results of this analysis should be presented in a report to the draft

of the capital budget and the capital investment program submitted to the municipal council for consideration and approval.

Each municipality has a structural unit that administers the investment process. Typically, this is a capital investment department that has the following functions:

- *collection and verification* of application forms (project proposals);
- *establishing* the compliance of the investment strategy projects and the long-term development plan of the municipality;
- *identifying* the links and relationships between new projects and those under implementation; the capital investment program and the investment projects of the municipal enterprises;
- *cooperating* with: the relevant departments or units (internal or external to the municipality) involved in the implementation of projects and the monitoring of the investment activity; external investors, in connection with some necessary adjustments and agreements;
- *assisting* the Steering Group to provide the necessary data and material.

Municipal investment projects may be *initiated and submitted* by:

- the mayor or his deputies;
- the municipal council (chairman, deputy chairpersons, municipal councillors, permanent or temporary committees);
- representatives of schools, sports units, contractors of municipal services;
- municipal companies that have investment intentions and which are financed or co-financed by the municipal budget;
- inhabitants of the municipality (usually represented by civilian groups);
- local non-governmental organizations, public institutions and other local community representatives;
- representatives of the local business.

The institutional organization of each *particular investment project* is based on the document “Strategy for the management of human resources in the project”.

It is obligatory for each investment project to draw up a list of the *participants in the project*, the possible participants being the following:

- first level spending unit (FLSU);
- second level spending unit (SLSU);

- municipal council, mayor of the municipality;
- investor;
- project manager (obligatory for projects worth more than BGN 1 000 000);
- management team (obligatory for projects worth more than BGN 10 000 000);
- main contractor and subcontractors;
- suppliers;
- designers;
- representatives of state institutions - ministries, agencies etc.
- owners of the immovable property on which the site will be built;
- initiators;
- users of the project product;
- public groups of the population;
- competitors;
- other interested persons (related to the direct benefits of the project).

The functions of the individual participants may overlap. In such a case, they must be described in an explanatory note to the document.

The organizational structure represents the organizational relationship between the different project participants. The main factors to be taken into account when developing the organizational structure are the specialized division of labour and the volume of work performed.

The job description is developed only for projects worth over BGN 10 000 000. The purpose of the job description is to clearly distinguish the positions, responsibilities, obligations and competencies of the individual project participants. The content of the job description is standard.

For projects worth over BGN 1 000 000, it is obligatory to determine the *working hours* of the individual project participants. This is necessary in order to achieve a coordinated implementation of the activities over time as well as to calculate the duration of the work.

The matrix of distribution of responsibilities between project participants is presented in the following table.

Table 1. Matrix of distribution of responsibilities between participants in an investment project

Participants in the project	Works in the project		
	Work 1	Work 2	Work N
Participant 1	X		
Participant 2		X	X
Participant 3	X		X
Participant N	X	X	X

The participants in the project are shown in the vertical direction. The horizontal direction indicates the main works to be performed. Against each participant it is noted which of the main activities he/she is responsible for.

3. Selection, evaluation and impact of investment projects financed by public funds

Exemplary criteria for the evaluation of *strategic* investment projects are presented in the following table

Table 2. Exemplary criteria for the evaluation of strategic investment projects

Evaluation criteria	Definition / explanation	Maximum points	Percentage of weight (%)
1	2	3	4
Priority in the strategy/plan for development of the municipality	Ranking of the project among the priorities in the municipal strategy documents: from 10 for the highest rated project to 0 for a project ranked at a lower priority level	0-10	up to 100%
Safety	The extent to which the project eliminates, prevents or reduces immediate security dangers	0-10	up to 100%
Delegated obligations	The extent to which the project has been delegated by an institution such as MoF or MoEW, etc.	0-10	up to 100%
Economic impact	The extent to which the project strengthens economic development in the municipality by protecting the environment or directly or indirectly contributing to the tax base	0-10	up to 100%

Efficiency	The extent of capital expenditure efficiency	0-10	up to 100%
Degree of readiness of the project	Existence of a preliminary study and technical and economic justification of the project	0-10	up to 100%
Maintaining the current level of services	The extent to which the project is needed to enable the municipality to continue to provide one or more services at the current level	0-10	up to 100%
Improving the service	The extent to which the project contributes to improving the quality of existing services	0-10	up to 100%
Adding services	The extent to which the project increases the quantity of existing services	0-10	up to 100%
Impact on the operating budget	Projects that reduce future operating expenditure receive a positive score from 0 to 10. Projects that have no impact on operating expenditure are rated 0. Projects that increase operating income receive a rating between 0 and 10.	0-10	up to 100%
Public support	The extent to which the project has broad and / or strong support from the public and is consistent with the strategic or other long-term plans of the municipality	0-10	up to 100%
Reliability of financing	The extent to which project financing sources are involved (including co-financing, public-private partnership)	0-10	up to 100%
Maximum percentage			up to 100%

Each member of the Steering Group gives a quantitative assessment of the projects for each criterion on a scale adopted according to a specific methodology. The resulting individual assessment is final and not subject to change until the next evaluation procedure. Once they have been prepared, the individual assessments of all project criteria are provided to the Chairman of the Steering Group.

For each evaluation criterion a scale of 0-5-10 points (0 - minimum score, 10 - maximum) is used. The rating scale for each criterion is divided at the following intervals:

- rating 0: no impact or negative impact on the relevant criterion;
- rating to 2: low impact on the relevant criterion;

- rating to 5: good impact;
- rating to 7: strong impact;
- rating 10: clearly expressed high impact.

After the evaluations have been received on all criteria and on all projects, the projects should be ranked in descending order.

The Chairman of the Steering Group informs the mayor in writing of the results of the project evaluation. Upon completion of the evaluation process, each project receives a final digital evaluation. This evaluation is a criterion for the decision to include the projects in the annual investment program of the municipality.

For smaller municipal *software* projects, it is advisable to select no more than 4-7 criteria. It is also appropriate to adopt a simpler evaluation scale (rating from 0 to 6).

4. Conclusion

Although in 2007 the municipalities in the country were given the power to determine local taxes within specific limits, according to the Local Taxes and Fees Act, and subsequently these limits were extended, local finance problems were not solved. The revenues of the municipalities did not increase substantially and their structure was not changed.

Deficits increased significantly over a period of time, reaching more than 15% of municipal own revenues - totaling over BGN 500 million in 2010. The increased deficits and the decreased revenues led to an increase in the municipal debt. At the end of 2011, this debt amounted to BGN 950 million, with the foreign debt, albeit slightly exceeding the domestic debt. The subsequent reduction of the deficit was due to its funding, mostly domestic.

At the beginning of 2016 the total arrears of the municipalities were about BGN 160 million.

The financial local independence is not available due to the fact that only about 10% of the budget revenues are from local taxes. Rare are the cases of higher own revenues, mainly due to fees.

Local budgets are being fed mainly by transfers from the central budget, from non-tax revenues/ municipal property and local taxes/ and tax revenues.

A system where the direct and indirect taxes enter in the State budget as the main source of revenue for the central budget, followed by the drawing up of other budgets and the distribution of funds, is not a basis for financial local

independence. In the case of a major failure in the revenues of municipalities or insurance institutions, the central budget provides insufficient funds, and the deprivation of such funds implies even less maneuverability. This suggests that the timing of remise of taxes to the municipalities is postponed.

There have been no significant changes in local taxes and fees in recent years. The most frequent are the changes to the patent tax for retail trade, and the most common is the fee for municipal waste for non-residential property of legal entities. For example, garbage fee has been reduced more times (58) than it has been increased (48) for the entire period 2013-2015 (IME). These changes did not lead to an increase in revenue.

Relying mostly on subsidies and transfers, many municipalities are in financial difficulties, leading to the attachment of their accounts and lack of the ability to make payments. According to the data of the National Association of the Municipalities of the Republic of Bulgaria, about 60-70 municipalities are facing serious financial difficulties as of January 2016. In practice, every fourth municipality is threatened.

With regard to investments in municipalities, the following conclusions ensue:

- *First*, the level of local taxes and fees is largely a consequence of the availability or lack of investment and working business, and in the largest economic centres the levels of local taxes and fees remain relatively high, while they are relatively low in the less developed areas.
- *Second*, neither high local taxes and fees repulse investors to start a business and the population to settle in areas with a relatively high tax burden, nor low local taxes and fees manage to attract entrepreneurs and migrants to less developed areas.

The real problems of local finances will not be resolved by changing one law, but the bill on amending the Public Finance Act is a step forward in this direction. The main changes are as follows:

- municipalities will be able to open financial recovery procedures and take measures to achieve financial sustainability and stability of local finances.
- municipalities will be able to raise taxes and local fees.
- temporary interest-free loans will be granted for the purpose of implementing the municipal financial recovery plan with a fixed reimbursement period.

The development of the Ministry of Finance's IT infrastructure and the significant results of its implementation at local level is also a step forward. More

than 200 municipalities use the software of the Ministry of Finance for processing local taxes and fees. This infrastructure also allows full exchange of data between municipalities and MoF.

With a free personal identification code (PIC), which anyone can obtain from the tax administration at their place of residence, citizens will be able to check their tax account with the National Revenue Agency (NRA) and their local tax and duty obligations without needing digital signature. The service started as pilot in Sofia Municipality and Veliko Tarnovo municipality and gradually covered other municipalities using the MoF system.

Expectations for local finance stability are related to the implementation of tighter financial policies by municipalities, reduction of transfers from the central budget, local authority powers in terms of tax and fee increases, opening of financial recovery procedures by the municipalities themselves, and granting interest-free loans from the state budget with strict regulations for repaying them.

References

European Charter for Local Self-Government, Prom. State Gazette, issue No 28, 1995

Local Self-Government and Local Administration Act, State Gazette, issue No.77 of 17.09.1991.

Public Finance Act, Prom., State Gazette, issue No.15 of 15.02.2013, in force since 1.01.2014.

Constitution of the Republic of Bulgaria and Program for its realization

Angelova, St., Eneva, M., Markov, A., and Savov, E., Guide for the Management of the Municipal Budget Process, LGI, S., 2006

Alexiev, Ya., Local Tax Policy as a Provocateur of Change, IME, S, 2015

Brown, S. and Jackson, P., Public Sector Economics. Adapted version under the general editing of G. Manliev, S. PSSA, 1998

Velikova, M. Financial decentralization in the spheres of manifestation of local self-government. Announcements of the Union of Scientists - Varna, Series "Humanities" 2/2005, 1 / 2006r.

Inel, B. Model of Debt Financing Capacity for Bulgarian Municipalities, S., 2005.

Naydenov, L., Macroeconomic Effects of Fiscal Decentralization, S. Tax Practice magazine, Issue No. 6, 2010

Popova T. and Nenkova, P., Fiscal Decentralization. S., 2010

Council for decentralization of government, Strategy for Decentralization, GD, 2011

Clark, T. N. & L. Fergusson. City Money, Columbia University Press, New York, 1983

Damodaran, D. Estimating risk free rates. Working paper on <http://stern.nyu.edu/~adamodar/>

Ott, K.A. Citizen's Guide to the Budget. Zagreb, 2009

Finance in Europe: Balancing the Budget and Controlling Debt, Studies in Fiscal Federalism and State-Local Finance Series, Edward Elgar, Cheltenham-Northampton, 2002

Web sites:

<http://www.nispa.sk/>

<http://www.nambr.org/>

<http://stars.coe.fr>

<http://www.frlg.bg>

Др Иван Соколов,

Ванредни професор,

Висока европска школа за економију и менаџмент, Софија

ФИНАНСИЈСКА И ИНВЕСТИЦИОНА ПОЛИТИКА ЛОКАЛНИХ САМОУПРАВА

Резиме

Развој локалних политика може се дефинисати као комплексни план који обухвата заједничке циљеве и прихватљиве поступке за њихово спровођење од стране надлежног органа локалних власти. Реализација ових политика се не сме разматрати одвојено од финансијских средстава којима располаже локална самоуправа. Ако јачање демократије значи јачање локалне самоуправе, у финансијском смислу то означава постојање система финансирања месних органа власти који ће бити и ефикасан и правичан.

У овом истраживању постављамо проблеме и задатке тематског домета, који се фокусира на два главна смера у политикама локалних самоуправа, а то су: локална финансијска политика и локална инвестициона политика. Приказане су основне теоријске и методолошке концепције у области финансијске децентрализације, филозофије и логике нових метода и техника управљања, као што и многоликост предлаганих практичних решења у складу са специфичним социјалним, економским, развојним и руководним политикама, односима између различитих власти и осталим карактеристичним параметрима у развоју појединих општина.

Кључне речи: *локална самоуправа, општинска инвестициона политика, јавна и приватна имовина, инвестициони ризик.*

Др Зоран Кесић*
Доцент на Криминалистичко-полицијском
универзитету,
Департман криминалистике
Београд

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878271K

UDK: 351.74:343.9
Раđ примљен: 05.04.2018.
Раđ прихваћен: 28.05.2018.

ПОЈАМ „ПОЛИЦИЈСКОГ НАСИЉА“**

Апстракт: Смисао писања овог рада проналазимо у потреби појашњења изузетно комплексне и надасве деликатне појаве, у научној и стручној литератури познате као „полицијско насиље“. Тим пре што у домаћој литератури до сада није било довољно речи о овом проблему, бар не у смислу његовог емпиријског сагледавања. Имајући у виду да дефинисање предмета истраживања представља први и неизоставни корак на путу до спознаје показатеља проучаване појаве, чинило нам се важним да у овом раду размотримо сам појам „полицијског насиља“. Тежња нам је била да на тај начин бар делимично отклонимо одређене недоумице у тумачењу ове појаве, али и да уједно повећамо заинтересованост научне јавности за истраживање насиља полиције у нашем друштву, али не само у виду теоријске анализе, већ и кроз његово емпиријско истраживање. Потреба за тим превасходно произлази из чињенице да у нашим условима до сада нису у довољном броју спроведене такве научне студије којима би се системски и свеобухватно истражило насиље полиције, тако да су бројни показатељи његове појаве и обима углавном резултат нагађања и слободних процена.

Кључне речи: полиција, принуда, сила, насиље.

* zoran.kesic@kpa.edu.rs

** Раđ је резултат научноистраживачког пројекта под називом *Криминалитет у Србији и инструменти државне реакције*, који финансира и реализује Криминалистичко-полицијска академија из Београда. Циклус научних истраживања 2015–2019. година. Руководилац пројекта је проф. др Биљана Симеуновић Патић.

1. Увод

Заштита људских права и слобода свих грађана је оно што демократија превасходно очекује од полиције. Чињеница је, међутим, да у сржи полицијске делатности стоји једна велика противречност. С једне стране, за полицију се, због њене суштински ауторитарне делатности, може рећи да представља аномалију у демократском друштву, јер својим радом озбиљно задире у сферу људских права, док је, с друге стране, њено постојање неминовност, јер оно обезбеђује поштовање тих истих људских права и слобода. У том смислу је свакако најиндикативније „полицијско насиље“,¹ тачније незаконита употреба средстава принуде у поступању полиције, или, да будемо још прецизнији, прекорачење и злоупотреба овог полицијског овлашћења.

Заокупљеност научне и стручне јавности проблемом насиља полиције доказује све већи број научних студија и монографских дела у којима се обрађују теме као што су бруталност, тортура и незаконита лишења живота при поступању полиције, односно полицијска убиства. Иако се већина тих истраживања и даље спроводи на подручју англосаксонских земаља, а пре свега у САД, у последње време је повећано интересовање за проучавање ових појава и у нашем региону, уз приметан фокус аутора ка анализирању правних аспеката насиља полиције, односно незаконите употребе средстава принуде.² Због изузетног значаја нормативног (правног) аспекта за разумевање полицијског насиља у овом раду ћемо се осврнути и на овај сегмент конкретних појава. С друге стране, потребно је имати у виду да насиље полиције не представља само правни проблем. Заправо, овде је реч о веома сложеној појави, чије разматрање захтева један шири научни приступ, као што је рецимо онај који се негује унутар криминолошке перспективе, а која преферира емпиријско истраживање.

Међутим, потребно је имати у виду да бројне специфичности полицијског насиља (нпр. својство извршиоца, околности под којима се такви поступци предузимају) чине истраживање ове појаве нарочито изазов-

1 Неспорно је да насиље представља универзалну категорију. Сходно томе, израз „полицијско насиље“ користимо превасходно како би ову појаву издвојили из општег контекста и да би кроз њено независно сагледавање могли спознати специфичности испољавања насиља у раду полиције. Истина, коришћење формулације полицијско насиље (насиље полиције) на нашем подручју се углавном везује за медијски приказ конкретне појаве, док се у научним и стручним радовима она ретко појављује, иако је у свету то готово уобичајена пракса.

2 Од представника научне јавности из нашег региона сматрамо да су нарочит допринос у сагледавању овог сегмента употребе средстава принуде у поступању полиције дали Драган Арлов, Горан Вучковић, Жељко Никач, Гојко Шетка, Мирослав Жаберл, Петар Веић и Маријан Шуперина.

ним, али и проблематичним. Притом, поред проблема практичне природе, истраживачи овог феномена могу се сусрести и са одређеним концептуалним ограничностима, посебно у смислу дефинисања предмета истраживања. Познато је да теоријско и радно дефинисање представља први и неизоставни корак на путу до што објективнијих показатеља проучаване појаве. Тачније, прецизно и недвосмислено дефинисање је кључни предуслов успешности самог истраживања. Отуда и наша тежња да у овом раду преиспитамо конкретан појам и на тај начин изнађемо што прихватљивије одређење, а које би представљало битан ослонац у дефинисању предмета истраживања неких будућих студија о насиљу полиције.

2. Разматрање „полицијског насиља“ у контексту општег појма насиља и њему блиских појава

Чињеница је да сама реч насиље (енгл. *violence*)³ има негативан призив и да нас, сходно томе, њен изговор превасходно асоцира на нешто лоше, противправно, криминално. Овакав резон је додуше и очекиван ако узмемо у обзир да се насиље обично представља као израз агресивности, схваћене као испољавање нападачког понашања (лат. *aggressio*), и то пре свега као вид физичке агресије – примењује се како би се повредила нека особа или уништило неко добро (Нинчић, 2014: 204).

Посматрајући појмове агресије и насиља у овом контексту стичемо утисак да је реч о синонимима, што свакако није тачно. Наиме, нису сва агресивна понашања уједно и насилничка. Штавише, агресивно понашање појединца представља само један сегмент појма агресије, чије значење је заправо знатно шире. Тако, на пример, Милосављевић под агресијом сматра „друштвене појаве у којима се супротстављени интереси, ставови, циљеви или вредности неких појединаца, друштвених група или глобалних друштава разрешавају силом.“ (Милосављевић, 2003: 224).

Двосмислена употреба речи агресија у богатој литератури о тој теми изазвала је много збрке. Како би спречио евентуалне забуне у уводу своје студије о људској деструктивности Фром (*Fromm*) истиче разлику између дефанзивне (реактивне) агресије, за коју користи појам *бенигна агресија*, док деструктивност и окрутност, схваћене као људске склоности ка уништавању и тежњи за апсолутном влашћу, представља изразом *малигна агресија* (Fromm, 1989a: 11).

3 Корен ове речи потиче од латинског израза *vis*, што значи „снага“ или „крепкост“, и одликује људско биће напраситог и бруталног карактера. Оно дефинише и однос снага у којем постоји тежња да се други потчини или изложи сили (Mišambled, 2015: 13).

Имајући у виду уобичајене поводе и околности под којима се полицијска принуда користи, она углавном представља реактивну агресију, поседујући тиме превасходно бенигни карактер. Притом, од свих видова бенигне агресије, које Фром износи у својој типологији (вид. Fromm, 1989б: 11–45), за нашу расправу су нарочито интересантни следећи:

- *псеудоагресија* – случајна, ненамерна агресија, тј. агресиван чин којим извршилац повређује другу особу, иако није имао намеру нанети никакву штету;
- *инструментална агресија* – представља адаптивни тип агресије, чији је циљ постизање онога што је неопходно или пожељно. Циљ није деструкција као таква. Она служи само као инструмент за достизање стварног циља и
- *конформистичка агресија* – подразумева разне чинове агресије који су били изведени не зато што је агресора нагонила жеља за уништавањем, већ зато што му је речено да тако учини, те је сматрао својом дужношћу послушати наређење.

У литератури смо наишли на још једну дистинкцију у чијој светлости је могуће сагледати и сам појам насиља полиције. Наиме, полазећи од специфичне „парадигме насиља“ Џок Јанг (JockYoung) прави разлику између два вида ове појаве – прво је просоцијално насиље и оно представља одговор на друго антисоцијално насиље. Притом, како објашњава овај аутор, „иако се сматрају нормативно различитим, манифестације просоцијалног и антисоцијалног насиља се у стварности не могу разликовати.“ (Young, 2007: 168). Овакво тумачење имплицира закључак како се не морају баш сви поступци који у себи садрже елементе насиља (агресију, силу, принуду), посматрати у негативном контексту. Свесна ове чињенице, Катарина Вилијамс (Katarine Williams) проширује уобичајено поимање насилничког понашања, указујући како оно укључује и дела код којих је примена принуде легална, те како би се избегли неспоразуми предлаже увођење појма криминално насиље (наведено према: Игњатовић, 2003: 260).

Ако узмемо у обзир чињеницу да припадници полиције поседују право на употребу средстава принуде, а која у основи имају насилан карактер, онда би нам се логичним чинио закључак да су полицијски службеници овлашћени да се у раду користе насиљем. Међутим, да ли је баш тако? Постоје, додуше, схватања како се између појма насиља и појма силе, па и појма принуде, може ставити знак једнакости. У том смислу је интересантно следеће објашњење: „Примена силе према субјекту који је изложен јачој сили намеће трпљење деловања силе. (...) Како би избегао

штетне последице силе, субјект се мора повиновати захтеваном, на сили наметнутом понашању – дакле насиљу.“ (Танчић, Д., Јефтић-Шарчевић, 2014: 360).

Истина је да између силе и насиља постоје изразите сличности, па чак и значајна подударанја (посебно ако их посматрамо у контексту употребе физичке снаге). Међутим, за Стојановића нема дилеме како ова два појма ипак треба разликовати, а као разлоге за то он наводи следеће:

- сила као облик принуде увек је усмерена на одређен циљ, а то је деловање на вољу пасивног субјекта, док код насиља, као радње извршења, то није нужно. Штавише, насиље може бити само себи циљ;
- сам израз насиље има негативан призив, тј. говори о нечему што је недозвољено, противправно, док сила представља термин који је, сам по себи, вредносно неутралан и
- силу може представљати и најнезнатније коришћење физичке снаге, док је код насиља неопходна употреба осетније, знатније физичке снаге (Стојановић, 2014: 2–3). У том смислу је вредно поменути да Волтер (Volter) дефинише насиље као „деструктивну страну силе“ (Гађиновић, Бајагић, 2014: 305).

Поред ове дистинкције у литератури се прави разлика између насиља и принуде. Тако је, на пример, у делима Слободана Јовановића приметно објашњење да „насиље представља сваку примену силе супротно важећим законима и уставу, док је принуда легална примена силе.“ (наведено према: Танчић, Д., Јефтић-Шарчевић, 2014: 361). Додуше, принуда у себи садржи елементе насиља, будући да има потенцијал угрожавања живота и телесног (физичког) интегритета лица према ком се предузима. Сходно овом тумачењу, полицијска принуда се обично своди на две основне компоненте:

- физичку – садржана у примени физичке снаге и материјалних средстава погодних за телесно повређивање и
- смртоносну – премда смрт може бити проузрокована и применом неких других средстава ова компонента полицијске принуде се углавном ограничава на ватрено оружје, будући да код његове употребе постоји највећа извесност смртог исхода.

Приликом разматрања полицијске принуде посебно треба имати у виду да она представља једно од законом предвиђених овлашћења полиције,⁴

⁴ Важно је истаћи како немају сви припадници полицијске професије „привилегију“ да у раду користе принуду, већ само они службеници полиције са статусом овлашћеног

што значи да су њени облици, као и услови и начин употребе, регулисани правним нормама.⁵ Правни карактер принуде, како истиче Милосављевић (1997: 206), огледа се у њеном циљу и условима за примену. У зависности од карактеристика појединачних средстава принуде,⁶ за сваког од њих се посебно дефинише и законски уређује конкретна намена. Отуда су и разлози за употребу средстава принуде у поступању полиције бројни (савладавање отпора, одбијање напада, спречавање самоповређивања итд.), с тим да за употребу ватреног оружја очекивано важе најстрожа правила и ограничења.

Основна сврха полицијске принуде је у непосредној вези са извршавањем законом прописаних дужности и задатака полиције. У том смислу, чак и најблажи вид принуде, употребљен без службеног основа, представља незаконито поступање полиције. По тој логици, када припадници полиције користе средства принуде мимо прописане сврхе, односно на недозвољен начин, онда више не можемо говорити о легалном већ о противправном поступању, а које је у овом случају опредмеђено у чину насиља, а пре свега у тзв. прекомерној сили (енгл. *excessive force*) – „употреба веће силе него што је разумно и неопходно, односно силе која није одговарајућа у датој ситуацији.“ (Miller, 2004: 31).

То даље имплицира закључак како је за разумевање полицијског насиља неопходно размотрити границе до којих се употреба средстава принуде сматра разумном (неопходном, легалном), а чијим прекорачењем се она заправо треба тумачити као претерана (непотребна, нелегална), а тиме и као насилничко понашање у правом смислу те речи. Значајну помоћ у томе пружају нам нормативни стандарди у регулисању ове области и постојећа начела (принципи) употребе средстава принуде.

службеног лица.

5 Насупрот ове правом допуштене и на закону утемељене принуде стоји недозвољена (противправна) принуда, а која је у нашем правном систему предвиђена као посебно кривично дело /Вид. чл. 135 Кривичног законика Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије* бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016/.

6 Потсећања ради, наш законодавац је ставио на располагање припадницима полиције следећа средства принуде: 1) физичка снага; 2) распршивач са надражујућим средством; 3) електромагнетна средства; 4) службена палица; 5) средства за везивање; 6) специјална возила; 7) службени пси; 8) службени коњи; 9) средства за запречавање; 10) уређаји за избацивање млазева воде; 11) хемијска средства; 12) посебне врсте оружја и средстава и 13) ватрено оружје /чл. 105 Закона о полицији, *Службени гласник РС* бр. 6/16 и 24/18/.

3. Сагледавање појма „полицијског насиља“ у контексту основних начела употребе средстава принуде

Имајући у виду насилан карактер и тежину последица које могу бити проузроковане средствима принуде, сасвим је очекивана потреба демократских друштава да се ово овлашћење полиције што више ограничи, како формално-правно тако и бројним принципима. Тежња је да се тиме уједно овај сегмент поступања полиције усагласи са најважнијим међународно-правним изворима у овој области,⁷ на шта такође подсећају Никач и Лештанин (2017: 196) у својој анализи нормативних решења конкретне области. Полазећи од уставне одредбе како је свако дужан да поштује слободе и права других и да је одговоран за то, Југовић (2008:78) оправдано указује на противречну природу полицијске принуде у демократским друштвима, упозоравајући како управо због тога њено коришћење повлачи за собом специфичну контролу, која укључује утврђивање правног основа и разлога за употребу.

Колико је заправо реч о деликатном сегменту поступања полиције можда најбоље сведочи чињеница да су у нашем *Закону о полицији* регулисању употребе средстава принуде посвећена чак 24 члана.⁸ Поред тога, у питању је једино овлашћење чија примена је регулисана посебним правним актом,⁹ док се услови и начини примене осталих овлашћења углавном сагледавају у оквиру јединственог прописа. Такође, за разлику од других овлашћења полиције, код употребе средстава принуде законодавац с правом инсистира на строжим условима примене. Притом се обично истиче како је полицијски службеник дужан да приликом употребе средстава принуде, поред поштовања општих услова за примену овлашћења, уважи још неке принципе – неопходност, уздржаност, хуманост, поступност, пропорционалност.¹⁰ Ови услови се додатно поштравају у случају употребе ватреног оружја, будући да овај сегмент полицијске принуде представља најозбиљнију претњу основном и најважнијем праву сваког човека – праву на живот.

Несумњиво једно од најважнијих начела рада полиције је законитост, на чије поштовање су полицијски службеници, због саме природе њихо-

7 Вид. Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори* бр. 09/03 и бр. 05/05; Декларација о полицији, *Резолуција* 690 (1979), Парламентарне скупштине Савета Европе; Европски кодекс полицијске етике, *Препоруке* (2001) 10.

8 Вид. од члана 105 до члана 129 Закона о полицији.

9 Правилник о техничким обележјима и начину употребе средстава принуде, *Службени гласник РС* бр. 19/07, 112/08 и 115/14.

10 чл. 105 Закона о полицији.

ве функције, посебно обавезани. Будући да су задужени за спровођење закона, од припадника полиције се с правом очекује да буду пример његовог поштовања, односно да сваки њихов поступак буде утемељен на закону. Доследна примена принципа законитости у раду полиције, како истиче Васиљевић (2012: 125), обезбеђује равнотежу између, с једне стране њених овлашћења и, с друге стране, слобода и права човека и грађанина.

Другим речима, принцип законитости би требало да обезбеди да полиција примењује овлашћења ради заштите безбедности људи и остваривања њихових права и слобода, али истовремено и да заштити те исте слободе и права грађана од евентуалних незаконитих поступака полиције. Правило по ком свака полицијска радња мора бити законом допуштена и у законским границама примењена посебно је важно у случају средстава принуде, будући да се њиховом употребом права и слободе грађана могу најексплицитније угрозити. Полазећи од начела законитости, Лок (Locke) изводи закључак како „коришћење силе у сврхе које нису дозвољене законом, односно без законите потребе, чини прекомерну силу“ (Locke, 1996: 130).

Неспорно је да употреба средстава принуде треба да буде правно основана, односно да њено коришћење има закониту сврху. У том смислу, битан моменат у оцењивању прикладности употребљене силе представља постојање ометања или спречавања извршења службеног задатка, али и постојање јасне претње, која се манифестује у виду реалне опасности (по живот грађана или самог полицајца) или у виду угрожавања сигурности (штићеног објекта и људи који се у њему налазе). То, међутим, није довољан разлог да употребу средстава принуде аутоматски сматрамо легитимном.

Заправо, њена употреба мора бити неопходна у датом моменту, како би се несметано извршила конкретна службена радња или, како се наводи у самом закону: „Полицијски службеник средства принуде употребиће само ако се на други начин не може извршити задатак.“¹¹ Другим речима, неопходност употребе средстава принуде подразумева да законит циљ (сврху) није било могуће остварити ненасилним методама. Дакле, полицијски службеници би требало да се ослањају на принуду само у изузетним приликама, односно када њена употреба нема адекватну алтернативу у датом тренутку.¹² На основу тога неки аутори изводе

11 чл. 105, ст. 2 Закона о полицији.

12 Стога је од нарочите важности да припадници полиције располажу са што више алтернативних избора употреби силе, кад год и где год је то могуће, посебно уколико знамо да се с мање насиља често могу постићи исти, па чак и бољи резултати.

закључак како је „полицијска сила изузетно (ванредно), а не редовно средство извршавања задатака“ (Subošić, Mijalković, 2012: 238).

Следећи принцип употребе средстава принуде, али и једна од важних препорука полицијским службеницима, односи се на уздржаност у коришћењу силе. Сматра се да би, чак и кад су испуњени законски услови за примену овог овлашћења, полицијски службеници требали да се уздрже од употребе средстава принуде уколико је то у датим околностима могуће. Ово посебно важи за ситуације у којима су испуњени услови за употребу ватреног оружја. Важност овог принципа огледа се, пре свега, у чињеници да се његовим поштовањем минимизира штета по живот и здравље људи, али и по материјална добра. У британској полицији су очигледно посебно водили рачуна о поштовању принципа уздржаности приликом креирања политике употребе ватреног оружја, о чему сведочи нагласак на процени ризика, преговарању и деескалацији која води до предаје – полицајац се упућује на тзв. „дуго играње“ (енгл. *playing it long*) (Punch, 2010: 63).

Постоје, међутим, ситуације у којима се средства принуде морају употребити, односно када принуда нема адекватну алтернативу. Ипак, и у тим ситуацијама поступање полицијског службеника мора бити усклађено са постојећим принципима, а пре свих са принципом поступности. Чињеница је да припадници полиције располажу правом на употребу разноврсних средстава принуде, како по природи и техничким карактеристикама тако и по последицама које могу бити проузроковане њиховом применом. Иза оволико расположивог арсенала полицијске принуде треба, између осталог, препознати тежњу законодавца да службеницима полиције пружи могућност прилагођавања врсте и количине принуде решавању различитих проблемских ситуација, водећи рачуна да у тренутку интервенције бирају средство принуде које ће проузроковати најмање последица. Користећи се логиком поступности у примени овог овлашћења, препоручљиво је кренути од најблажег средства принуде (физичке снаге) и по потреби постепено повећавати интензитет принуде, користећи тежи облик (средство). У супротном, не примењујући принуду према захтеваном континуитету, полицијски службеник повећава извесност настанка прекомерне силе.

У објашњењу незаконите употребе силе многи аутори се позивају на принцип сразмерности (пропорционалности), као што то на пример чини Адамс (Adams) на следећи начин: „Интензитет употребљене силе треба бити пропорционалан претњи и ограничен на најмању количину која је неопходна за остваривање легитимне полицијске акције. Свака сила употребљена преко ове равнотеже је претерана.“ (Adams, 1996: 63).

Од свих принципа које полицијски службеник мора да има у виду приликом доношења одлуке да употреби средства принуде императив примене пропорционалне силе га ставља вероватно у највеће искушење. Најпре треба нагласити да одређивање распона у примени средстава принуде не даје полицајцима јасне индикације како да поступе у свакој прилици у којој се нађу, али им свакако може помоћи да прилагоде различите нивое силе групама проблемских ситуација, чиме у ствари сам распон представља својеврсну смерницу у коришћењу расположивих средстава принуде.

4. Одређивање појма „полицијског насиља“ у зависности од начина дефинисања критеријума прекомерне силе

Проблем у дефинисању „полицијског насиља“ представља чињеница што је у многим околностима граница између прописне и непрописне силе прилично замућена. Тамо где је сила неопходна, расуђивањем се мора одредити коју врсту силе и у којој количини је разумно применити. Кад год се такве одлуке морају донети, а посебно кад је одлучивање препуштено дискреционој оцени полицијских службеника, грешке су веома могуће (вид. Бикаревић, 2016). Поред тога, иако је избор адекватног средства препуштен на вољу самом полицајцу, тј. његовој личној процени, чињеница је да тај избор ипак не зависи искључиво од доносиоца одлуке, већ и од бројних спољних фактора на које полицијски службеник углавном не може да утиче.

Све то нас доводи до закључка како се линија раздвајања између разумне и претеране силе може лако повући у правним прописима, али да у пракси то није увек лако извести. То је додатно отежано непостојањем универзалних критеријума у оцењивању прикладности коришћења свих нивоа силе којима полиција располаже. Тако је, на пример, оцењивање оправданости употребе ватреног оружја битно олакшано чињеницом да је коришћење крајње силе јасно сведено на конкретне проблемске ситуације, док је разлику између оправдане и претеране употребе физичке снаге знатно теже идентификовати.

Ствари додатно компликују постојеће разлике у категорисању и тумачењу природе употребљене силе, посебно између оног ко примењује силу и оног ко ту силу трпи. Тако на пример, „грађани под прекомерном силом неретко сматрају и вербално злостављање и грубост полицајаца у опхођењу.“ (Lersch, Mieczkowski, 2005: 554). Насупрот њима, полицијски службеници су склони дефинисању власититих критеријума за употребу силе, а који су често супротни од званичних. Илустрације ради, Вестли (Westley) је установио да готово 40% испитаних полицајаца употребу прекомерне силе

не сматра незаконитом уколико јој је циљ одржавање или успостављање нарушеног полицијског ауторитета (наведено према: Chan, 1997: 20).

Искуства ранијих анализа ове проблематике нам говоре да сагледавање полицијског насиља битно зависи од начина дефинисања критеријума претеране силе. У том смислу је вредно поменути да је Врховни суд САД, поступајући по случају *Graham v. Connor* 1989. године, донео одлуку да приликом дефинисања прекомерне силе примену силе било које врсте треба преиспитивати у односу на следеће факторе:

- постојање тренутне претње за полицајца од стране осумњиченог;
- озбиљност преступа осумњиченог;
- постојање активног отпора хапшењу;
- намера бекства од стране осумњиченог (Champion, 2001: 54).

Истраживање насиља полиције Рајс (Reiss) је засновао на следећим критеријумима:

- ако је полицајац физички напао грађанина, а онда га није ухапсио (правилна употреба силе подразумева хапшење);
- ако се грађанин који је ухапшен није ни речима ни делима супротставио полицајцу (сила би се требала употребити само ако је неопходна за спровођење хапшења);
- ако је полицајац, макар и постојало опирање приликом хапшења, могао с лакоћом савладати грађанина на неки други начин;
- ако је велики број полицајаца био присутан и могао помоћи у савладавању грађанина;
- ако је прекршилац био везан (имао „лисице“ на рукама) и није покушао да побегне или се насилно супротстави;
- ако се употреба силе наставила и након што је прекршилац савладан (наведено према: Alpert, Dunham, 2004: 22).

Мицући (Micucci) и Гом (Gomme) су се приликом истраживања фокусирали на критеријуме по којима сами припадници полиције одређују неко понашање као прекомерну силу. По њима таква сила се дешава када се користи:

- *ван равнотеже* (нпр. оштрије или чешће него што је оправдано понашањем осумњиченог);
- *сувише емотивно* (нпр. понашање полицајца је ван контроле);

- *случајно* (нпр. сила се не фокусира на одговарајућа лица и/или реализацију специфичних циљева) (Micucci, Gomme, 2005: 493).

Интересантно мишљење заступају Гелер (Geller) и Тох (Toch) сматрајући прекомерном силом и „учесталу употребу силе од стране истих полицајаца, чак и ако сваки инцидент изгледа оправдано“ (Geller, Toch, 1996: 293). Иако такве околности не би требало тумачити као претерану силу (макар у њеном правном смислу), оне се ипак могу повезати с том појавом. Наиме, полицајац који у раду често користи средства принуде несумњиво излаже себе, али и друге ризику од нежељених последица – у физичком, емоционалном, професионалном, али и законском погледу. Истина је да се неки полицајци чешће налазе пред искушењем да користе силу (нпр. раде у насилном окружењу), али не треба заборавити да често прибегавање насилним методама временом може постати особен стил рада.

5. Закључак

Сумирајући претходно излагање могли бисмо закључити како насиље полиције представља, пре свега, исход прекорачења употребе средстава принуде, тачније примене овог овлашћења на начин који није сагласан правилима о његовој употреби. Иако је препоручљиво да због разноврсности и флуидности проблемских ситуација правни основ за примену полицијских овлашћења генерално, па и средстава принуде, мора бити довољно еластичан, неопходно је да он истовремено буде омеђен јасним границама, а све како би се спречило слободно тумачење и примена овлашћења по личном нахођењу. Отуда би прекомерну силу могли тумачити и као употребу средстава принуде преко прописане границе, односно у обиму већем од дозвољеног и неопходног за извршење легитимног полицијског задатка.

Пратећи ову логику Игњатовић дефинише прекомерну силу разматрајући сам моменат (тренутак) у ком је дошло до прекорачења, разликујући притом две ситуације: 1) *од тренутка започињања интервенције пређене су границе у којима је примена средстава принуде дозвољена* (нпр. полицијски службеник је употребио ватрено оружје иако је, сходно принципима пропорционалности или сразмерности, конкретну проблемску ситуацију могао решити употребом блажег средстава принуде) и 2) *до ексцеса у примени средстава принуде је дошло у току законито започете акције* (нпр. полицијски службеник наставља са употребом физичке снаге и након што је престала потреба за тим, тачније иако су законски услови за коришћењем силе у међувремену престали) (Ignjatović, 2015: 164).

За разумевање сложене природе полицијског насиља, међутим, није довољно проблем посматрати само у контексту прекорачења овлашћења, већ и као израз његове злоупотребе, а која подразумева коришћење силе у сврхе које уопште нису дозвољене. Илустрације ради, изнуђивање признања од осумњиченог уз употребу физичке снаге се може сматрати злоупотребом средстава принуде. Наиме, у овој ситуацији не само да се нису стекли законски услови за употребу средстава принуде, већ у датим околностима (саслушање осумњиченог) и у такве сврхе (признање извршења деликта) коришћење принуде полицијским службеницима није ни дозвољено. У том смислу је вредно подсетити да злоупотреба овлашћења представља намерно кршење правила којим се регулише полицијска дужност, односно „понашање које је руковођено јасном намером“ (Alpert, Noble, 2009: 245). То даље имплицира закључак како сам чин злоупотребе треба посматрати искључиво као плод умишљаја, за разлику од прекорачења овлашћења, које може и често јесте последица нехата.

Оно што изазива одређене недоумице јесте мотив који покреће полицијског службеника да злоупотреби овлашћења. Истина је да се таквим понашањем углавном тежи остварити лични интерес, најчешће опредмеђен у материјалној користи. Ипак, користољубље није једини мотив који условљава злоупотребу овлашћења. Иза таквог поступка може се, на пример, крити и освета, као приоритетан мотив полицијског службеника, због чега се злоупотреба може тумачити и као злонамерно понашање, у правом смислу те речи. Извесно је, међутим, да мотивација за злоупотребу овлашћења понекад превазилази лично задовољство. Тако, на пример, полицајац може злоупотребити средства принуде мотивисан „племенитим разлогом“ (енгл. *noble cause*), а који се у пракси углавном своди на заштиту сигурности грађана или сузбијање конкретнoг злочина (вид. Crank, Flaherty, Giacomazzi, 2007; Kesić, 2017).

Полицијска етика нас учи да су полицајци „људи закона“ који увек морају поштовати правила. У литератури смо, међутим, наишли на другачију перспективу полицијске етике, базирану на „вредносно заснованом доношењу одлука“ (енгл. *value-based decision making*). У једном од објашњења овог концепта истиче се како „већина полицајаца сматра да би своја овлашћења требало да користе за добробит грађана, чак и ако правила морају понекад бити прекршена да би се то урадило“ (Crank, Caldero, 2010: 22). Судићи по томе, чак и насилничко понашање припадника полиције може бити подстакнуто моралним императивом и утилитаристичким идеалом полицијске професије, тј. остварењем племенитог циља. У том смислу, заштита грађана од криминалних појава, нарочито њених

најопаснијих видова, могла би се окарактерисати као један од највреднијих циљева.

Међутим, без обзира колико је племенит и вредан конкретан циљ, не сме се изгубити из вида да нека понашања једноставно нису прихватљива да би се тај циљ постигао. Ово правило посебно важи у контексту рада полиције, чији положај и улога у друштву је чине једним од кључних субјеката правног система, али и кроз чије деловање се можда најексплицитније манифестује колико се заправо поштују принципи владавине права у једном друштву. Стога, иако спровођење правде по доктрини „циљ оправдава средство“ може бити примамљиво, службеници полиције морају бити свесни да ниједан циљ није толико вредан да би ради његовог остварења они могли и требали да посегну ка незаконитим средствима, а посебно не тако екстремним као што је насиље. Они би заправо морали увек имати у виду како не могу и не смеју поседовати идентитет или моћ која је изван или изнад закона, јер како да очекују од других да поштују закон кад ни они сами то не чине.

Литература/References

Adams, K. /1996/: Measuring the Prevalance of Police Abuse of Force—in: *Police Violence: Understanding and Controlling Police Abuse of Force* (eds. Geller W.A. Toch H.), New Haven: Yale University Press, 52–93.

Alpert, G.P. Dunham, R. (2004): *Understanding Police Use of Force – Officers, Suspects and Reciprocity*, New York: Cambridge University Press.

Alpert, G.P. Noble, J. (2009): Lies, True Lies, and Conscious Deception: Police Officers and the Truth, *Police Quarterly* 2 (XII), 237–254.

Бикаревић, Д. (2016): Дискрециона оцена полиције кроз призму употребе средстава принуде – у: *Европске интеграције – правда, слобода и безбедност* – том 3 (ур. Коларић, Д.), Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 193–210.

Васиљевић, Д. (2012): *Законитост управе и дискрециона оцена*, Београд: Криминалистичко-полицијска академија.

Гађиновић, Р. Бајагић, М. (2014): Појмовно одређење моћи, силе и насиља – у: *Насиље у Србији – узроци, облици, последице и друштвене реакције* – том 1 (ур. Коларић, Д.), Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 301–310.

Geller, W.A. Toch, H. (1996): Understanding and Controlling Police Abuse of Force –in: *Police Violence: Understanding and Controlling Police Abuse of Force* (eds. Geller W.A. Toch H.), New Haven: Yale University Press, 292–328.

Игњатовић, Ђ. (2003): Криминолошки аспекти деликата насиља – у: *Деликти насиља* (ур. Радовановић Д.), Београд: Институт за криминолошка и социолошка истраживања, 259–269.

Ignjatović, Đ. (2015): *Kriminologija – dvanaesto izdanje*, Beograd: Pravni fakultet Univerziteta u Beogradu.

Југовић, С. (2008): Обележја управних овлашћења полиције – полицијских овлашћења, *НБП – Наука, Безбедност, Полиција* 2(XII), 73–81.

Kesić, Z. (2017): Abuse of Noblecause in policing – risk factors and consequences – in: *Archibald Reiss Days – Thematic Conference Proceedings of International Significance – Vol. 2* (ed. Simeunović-Patić, B.), Belgrade: The Academy of Criminalistic and Police Studies, 329–339.

Lersch, K. Mieczkowski, T. (1996): Who are the Problem - Prone Officers? – An Analysis of Citizen Complaints, *American Journal of Police* 3(XV), 23–44.

Locke, H. (1996): The Color of Law and the Issue of Color: Race and the Abuse of Police Power –in: *Police Violence: Understanding and Controlling Police Abuse of Force* eds. Geller W.A. Toch H.), New Haven: Yale University Press, 129–149.

Miller, L. (2004): Good Cop – Bad Cop: Problem Officers, Law Enforcement Culture, and Strategies for Success, *Journal of Police and Criminal Psychology* 2(XIX), 30–48.

Милосављевић, Б. (1997): *Наука о полицији*, Београд: Полицијска академија.

Милосављевић, М. (2003): *Девујације и друштво*, Београд: Драганић.

Micucci, A.J. Gomme, I.M. (2005): American police and subculture support for the use of excessive force, *Journal of Criminal Justice*, 5(XXXIII), 487–500.

Mišambled, R. (2015): *Istorija nasilja – Od kraja srednjeg veka do danas* (orig. Robert Muchembled, Une historie de la violence – De la fin du Moyen Age a nos jours, Paris 2008 – prevela sa francuskog Tamara Valčić Bulić), Novi Sad: Akademska knjiga.

Никач, Ж., Лештанин, Б. (2017): Нови Закон о полицији и примена средстава принуде, *Војно дело* 1(LXIX), стр. 191–209.

Нинчић, Ж. (2014): Насиље као образац понашања у Србији – у: *Насиље у Србији – узроци, облици, последице и друштвене реакције* – том 2 (ур. Коларић, Д.), Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 203–212.

Punch, M. (2010): *Shoot to Kill – Police accountability, fire arms and fatal force*, London: Policy Press.

Стојановић, З. (2014): Кривичноправни појам насиља – у: *Насиље у Србији – узроци, облици, последице и друштвене реакције* – том 1 (ур. Коларић, Д.), Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 1–8.

Subošić, D. Mijalković, S. (2012): Doprinos policijskog pregovaračkog tima zaštititi ljudskih prava u posebnim bezbednosnim situacijama, *Temida* 1(XV), 231–252.

Танчић, Д. Јефтић-Шарчевић, Н. (2014): Насиље и сила према схватањима Слободана Јовановића – у: *Насиље у Србији – узроци, облици, последице и друштвене реакције* – том 2 (ур. Коларић, Д.), Београд: Криминалистичко-полицијска академија, 360–367.

Fromm, E. (1989a): *Anatomija ljudske destruktivnosti – prva knjiga* (orig. The Anatomy of Human destructiveness, New York, 1973, prevod: Gvozden Flego i Vesna Marčec-Beli), Zagreb: Naprijed.

Fromm, E. (1989b): *Anatomija ljudske destruktivnosti – druga knjiga* (orig. The Anatomy of Human destructiveness, New York, 1973, prevod: Gvozden Flego i Vesna Marčec-Beli), Zagreb: Naprijed.

Crank, J. Flaherty, D. Giacomazzi, A. (2007): The noblecause: An empirical assessment, *Journal of Criminal Justice* 1 (XXXV), 103–116.

Crank, J., Caldero, M. (2010): *Police Ethics: The Corruption of Noble Cause*, Cincinnati: Routledge.

Champion, D. (2001): *Police Misconduct in America*, Santa Barbara: ABC Clio.

Chan, J. (1997): Promene u policijskoj kulturi, *Izbor* br. 1, 9–30.

Young, J. (2007): *The Vertigo of Late Modernity*, London: SAGE Publications Ltd.

Правни акти

Декларација о полицији, *Резолуција 690 (1979), Парламентарне скупштине Савета Европе*.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, *Службени лист СЦГ – Међународни уговори* бр. 09/03 и бр. 05/05.

Европски кодекс полицијске етике, *Препоруке (2001) 10*.

Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник Републике Србије* бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

Правилник о техничким обележјима и начину употребе средстава принуде, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/2007, 112/2008 и 115/2014.

Закон о полицији, *Службени гласник РС* бр. 6/16 и 24/18.

Dr Zoran Kesić,

Assistant Professor,

Academy of Criminalistic and Police Studies, Zemun

CONCEPT OF „POLICE VIOLENCE“

Summary

The purpose of this paper is to clarify an extremely complex phenomenon which is in the scientific and professional literature known as police violence. It is justified by the fact that this issue has not been sufficiently discussed in local literature, particularly in the context of scientific-theoretical and empirical research on this phenomenon. Having in mind that the theoretical and working definition of the subject matter of this research is the first and indispensable step in understanding the indicators of the phenomenon under consideration, the author first considers the conceptual definition of police violence in an endeavour to remove, at least partly, certain ambiguities and increase the interest of the academic community to research this phenomenon, not only in the form of theoretical analysis but also through empirical research in Serbian society. The need for such research primarily stems from the fact that there is an insufficient number of empirical studies that would systematically and comprehensively research the phenomenon of police violence in Serbia. Consequently, numerous indicators of this phenomenon and its extent are mainly the result of assumptions and arbitrary assessment.

Keywords: *police, coercion, force, violence.*

РАДНОПРАВНА ЗАШТИТА ДОЈИЉА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Апстракт: *Радноправна заштита дојиља у праву Републике Србије и Европске уније значајна је с аспекта очувања њихове безбедности и здравља на радном месту, као и у погледу заштите и унапређења здравља детета. Мере које уређују права и обавезе дојиље на месту рада имају за циљ да омогуће успостављање равнотеже између захтева професионалне и приватне природе, односно ефикасно испуњење пословних обавеза и лактацијских активности. Услед ризика од појаве посредне или непосредне дискриминације на радном месту жене која доји, посебна пажња посвећује се антидискриминационим мерама, које треба да онемогуће ускраћивање гарантованих права у пракси. Успешном комбиновању дојења и запослења могу да допринесу и фактори попут: подршке и информисаности послодавца и других запослених, флексибилизације рада, као и нормативног уређивања предметне области од стране послодавца.*

Кључне речи: *радноправна заштита дојиља, радно право Републике Србије, радно право Европске уније.*

1. Значај радноправне заштите дојиља

Светска здравствена организација препоручује да са дојењем треба да се отпочне током првих сати након рођења детета, па све до навршених шест месеци, када се наставља дојење комплементарно са адекватном храном, а све до навршене две године или дуже. (WHO, 2017) Већина деце на свету се не доји према препорукама (само 40% деце до узраста од шест месеци се доји искључиво мајчиним млеком), чиме се пропуштају виталне користи за здравље. На одлуку мајке да доји утицај имају економски фактори, попут тенденција да се у што краћем временском периоду врати на посао и да не нарушава процес рада, коришћењем пауза за дојење или других бенефита усмерених ка подршци породици са децом. Исто тако, на мајке обесхрабрујуће утичу и бројни социјални фактори, попут недостатка

здравствене и консултативне подршке (о предностима и значају дојења), као и неадекватно поступање послодаваца. (UNICEF, WHO, 2017: 2 и 8) Самим тим, разматрањем радноправне заштите дојиља у праву Републике Србије и Европске уније утврдиће се: потребе за легислативном интервенцијом у циљу побољшања радноправног статуса запослене жене која доји, као и мере које послодавци могу да предузму у пракси, ради инклузије дојиља на месту рада и пружања подршке дојењу.

Комбиновање рада и дојења је једноставније уколико запослена обавља рад од куће, међутим, уколико то није случај, већ рад обавља у просторијама послодавца код ког постоји организовани дневни боравак деце, запослена дојење може да реализује преузимањем и враћањем детета у дневни боравак. (Fein, Mandal, Roe, 2008: 61) Запослена која живи близу месту рада дојење може да врши и тако што оде до куће да би дојила своје дете или евентуално до обданишта где дете борави за време трајања радног времена и да се у оквиру гарантоване паузе врати на посао. Уколико је послодавац обезбедио просторије за лактацијске активности, организована патронажна служба, члан породице или дадиља могу доводити дете на место рада запослене ради дојења у терминима када може да користи паузу и одводити након тога. Међутим, ако запослена нема могућности да у време паузе оде до куће или обданишта детета, односно не постоји организовани патронажни систем довођења и одвођења детета или није могуће организовати породични или транспорт од стране дадиље, запослена ће користити паузе за измлазање млека. Добијено млеко запослена ће чувати на адекватном и хладном месту и у овом случају дете ће се хранити коришћењем флашице. (ACAS, 2013: 9)

Постоје индикације да мајке престају да доје из разлога што морају да се врате на посао услед недостатка адекватних одредби које би им пружиле заштиту на радном месту. С друге стране, радноправна заштита дојиља на радном месту може да има позитиван утицај на учешће мајке на тржишту рада: дојиља би се с одсуства ради неге детета вратила раније на место рада, чиме би се избегао негативни утицај на напредовање у каријери и остваривање веће зараде. Запослене одустају од дојења и уколико је ова пракса маргинализована на радном месту, односно ако су дојиље дискриминисане по овом основу, услед недостатка друштвене и колегијалне подршке и давања приоритета посвећености послу уместо успостављању равнотеже између професионалног и приватног живота запослене. С друге стране, значајна је и едукација дојиља о њиховим правима и обавезама, као и о предностима и значају дојења, јер и поред постојања нормативне уређености и практичне имплементације предмета разматрања, запослене могу да изаберу да не користе ове мере из страха да

не утичу негативно на даљи развој своје каријере, услед перцепције да се смањује продуктивност коришћењем пауза за дојење. (Vaganay, Canóncico, Courtin, 2016: 9 и 10)

Обезбеђивање подршке мајкама да доје након повратка на посао може да им помогне да одговоре изазовима на радном месту и породичним обавезама и на тај начин смање психичке и физичке здравствене проблеме, самим тим и одсуства с посла, а да повећају учинак на радном месту и животну сатисфакцију. Конфликт између породичних и професионалних обавеза може да доведе и до напуштање посла од стране запослене која доји. (Vaganay, Canóncico, Courtin, 2016: 12)

На повећање броја дојиља на радном месту позитивно може да утиче комбиновање регулативе из предметне области са осталим програмима подршке породици. Евидентни бенефити симбиозе рада и дојења огледају се у побољшању квалитета здравља мајке и детета, повећању партиципације жена на тржишту рада, редукацији конфликта између професионалних и породичних обавеза и повећању нивоа животне сатисфакције, што у крајњој линији доводи до бољег радног учинка и квалитетнијег обављања родитељских обавеза. На страни послодавца (и поред присутних трошкова који се везују за накнаду за коришћење паузе за дојење или скраћење радног времена, односно за уређење просторија за лактацијске активности) комбиновање рада и дојења доводи до бољег радног учинка, услед сатисфакције запослене због успостављене равнотеже са породичним обавезама и смањења броја одсуства запослене због нарушавања њеног или здравља детета, што надаље смањује и здравствене трошкове. У друштвеном контексту јасна регулатива, која прецизно дефинише права и обавезе запослене и послодавца у погледу рада и обављања лактацијских активности, доводи с једне стране до смањења појаве дискриминације, а с друге стране до промоције начела једнаког третмана и могућности у запослењу и занимању. (Vaganay, Canóncico, Courtin, 2016: 17 и 18)

Запослене треба да буду обавештене о: њиховим правима у вези са безбедношћу и здрављем на раду; одредбама које уређују ноћни и прековремени рад; паузама за дојење и модалитетима њиховог коришћења; скраћењу радног времена или имплементацији флексибилног рада; износима накнада које им припадају, као и о стратегијама за враћање на посао. Информације из предметне области треба да буду благовремено (обично у пренаталном периоду) доступне свим запосленима. Исто тако, од посебног значаја је и подршка послодавца запосленој која може да се манифестује достављањем информација осталим запосленима о значају радноправне заштите дојиља, користима за здравље мајке и детета, бенефитима за

пословање и значају подршке и поштовања према запосленим дојиљама. Менаџерски кадар свој допринос може да изрази кроз организацију процеса рада који ће подразумевати активну партципацију запослених дојиља (на пример, организовањем састанака у терминима када запослена дојиља не користи паузе за дојење, тако да може активно да учествује у децизионистичким процесима на радном месту). Флексибилни облици рада могу да подразумевају рад са непуним радним временом, дељење посла (*job sharing*), рад од куће или одсуство без накнаде и могу да буду од посебног значаја за дојиље, јер олакшавају транзициони период од одсуства до интеграције у процесима рада. (ILO, 2012: 15–17)

Од посебног значаја за унапређење положаја запослених које доје је нормативно уређивање подршке лактацијског процеса на радном месту од стране послодавца. Почетне премисе у акту послодавца треба да буду његова одлучност да подржи и промовише дојење на радном месту, обухватајући захтеве запослених (обим права, начин, место и временски период коришћења, укључујући и питање накнаде) усклађене са условима рада. Овај акт послодавца требало би да буде благовремено доступан запосленима на исти начин као и други акти који регулишу радноправни статус, уз опште информације о правима на породилско и одсуство ради неге детета и другим мерама за помирење пословних и породичних обавеза. Исто тако, неопходни су механизми који би осигурали спровођење овог акта, као и редовно надгледање и евалуацију, како би се проценила његова делотворност и потреба за изменама и допунама. Запослени у људским ресурсима, руководећи кадар, непосредно надређена лица дојиљама, као и остали запослени треба да буду обучени за практичну имплементацију акта послодавца, јер се као препрека у примени јавља постојање негативних ставова о дојењу на радном месту и недостатак разумевања и подршке. (Galtry, Annandale, 2003: 4 и 5)

2. Радноправна заштита дојиља у праву Републике Србије

Заштита жена утемељена је на схватању да су „слабије“ (психо) физичке конституције у односу на мушкарце и да им је потребна посебна заштитита од штетног дејства услова рада, посебно у контексту обављања тешких послова, подземних радова, односно послова који подразумевају ноћни или прековремени рад. (Јовановић, 2015: 1460). У праву Републике Србије запосленажена која доји дете ужива посебну заштиту по основу материнства у погледу послова који су штетни за њено и здравље детета, у односу на ноћни и прековремени рад (посредно у оквиру института прерасподеле радног времена), а од посебног значаја је и обавеза послодавца да обезбеди

право на паузе у току рада или скраћење дневног радног времена. Међутим, потребно је да се истакне да се у савременој радноправној литератури указује на то да не постоји основ за посебну заштиту жена од ризика који идентично угрожавају оба пола, те се предметна заштита искључиво везује за остваривање материнства, односно за период трудноће и дојења.

Заштита дојиља обезбеђена је Конвенцијом Међународне организације рада број 183 о заштити материнства, којом је предвиђено право на једну или више дневних пауза или дневно смањење радних сати ради дојења детета. Паузе ради дојења или смањења радних сати рачунају се као радно време и у складу с тим дојиља прима накнаду.¹ Препоруком Међународне организације рада број 191 о заштити материнства предвиђено је да у складу са националним законодавством и праксом (након издавања лекарског налаза или друге одговарајуће потврде), учесталост и дужина пауза за дојење детета треба да буду прилагођени потребама у сваком конкретном случају. Исто тако, уколико постоје услови, уз сагласност послодавца и дојиље, треба да се дозволи коришћење пауза за дојење на почетку или на крају радног дана. Препоруком Међународне организације рада број 191 утврђена је и потреба да се, у складу са могућностима послодавца, обезбеде просторије за дојење под адекватним хигијенским условима на радном месту или у његовој близини.²

Посебна заштита материнства подразумева забрану да жена за време дојења ради на пословима који су штетни за њено и здравље детета (на основу налаза надлежног здравственог органа), а посебно на пословима који захтевају подизање терета или на којима постоји штетно зрачење или изложеност екстремним температурама и вибрацијама. Запослена мајка до навршене прве године живота детета које доји и о томе обавести послодавца не сме да ради на радном месту за које је након процене утврђено постојање ризика по безбедност или здравље од излагања штетностима и радним условима. Запослена која доји дете не сме на радном месту да буде изложена опасним хемијским материјама, попут олова и његових деривата, уколико постоји опасност од апсорпције у организам, а не сме ни да обавља подземни рад у руднику. Да би се обезбедила адекватна заштита запослене која доји, послодавац је у обавези да изврши процену свих ризика по безбедност или здравље и свих последица на дојење за сва радна места у радној околини на којима постоји могућност излагања

1 Чл. 10 Конвенције Међународне организације рада број 183 о заштити материнства, *Службени гласник РС – Међународни уговори* бр. 1/2010.

2 Ст. 7–9 Препоруке Међународне организације рада број 191 о заштити материнства, Преузето 14. 05. 2018., http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0:NO::P12100_ILO_CODE:R191

штетностима, процесима или радним условима уз процене природе, нивоа и трајања изложености. Актом о процени ризика послодавац утврђује модалитете и мере било за отклањање или смањење ризика и о његовој садржини и мерама које се предузимају у писменој форми³ обавештава запослене које доје и њихове представнике за безбедност и здравље на раду.⁴ Уколико је запослена распоређена на радном месту на ком постоји опасност од угрожавања безбедности и здравља за време дојења, послодавац треба да јој обезбеди обављање других одговарајућих послова, а у случају недостатка истих, да је упути на плаћено одсуство. Запослена која доји дете не може да ради прековремено и ноћу, уколико такав рад може да проузрокује штетне здравствене последице. Посебну заштиту у погледу прековременог и ноћног рада запослена која доји дете ужива под условом да је налазом надлежног здравственог органа констатована опасност за њено или здравље детета. Запослена која доји дете посредно ужива заштиту у оквиру института прерасподеле радног времена, по основу родитељства детета до три године живота. Наиме, само уз писану сагласност запосленог родитеља са дететом млађим од три године живота (која категорија обухвата и запослене које доје) послодавац може да изврши прерасподелу радног времена.⁵

Радноправну заштиту ужива и запослена у контексту дојења која се врати на рад пре истека годину дана од рођења детета. Напред наведена околност може да настане у пракси и уколико отац уместо жене користи право на одсуство ради неге детета. Коришћење права на дојење детета у току дневног радног времена послодавац може да реализује на два начина и то: обезбеђивањем права запосленој жени на једну или више дневних пауза у току дневног рада у укупном трајању од 90 минута или скраћењем дневног радног времена у трајању од 90 минута, како би могла да доји своје дете, под условом да радно време дојиље износи шест и више часова.⁶ Из наведеног произилази да предметно право припада дојиљама које раде са пуним радним временом, као и са непуним радним временом, уколико њихов рад дневно траје шест и више часова. Погодности везане за дојење припадају и запосленим дојиљама које раде скраћено радно

3 Чл. 30, ст. 3 Закона о безбедности и здрављу на раду, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017 – др. закон.

4 Чл. 2, ст. 1, тач. 3), чл. 3, чл. 4 и чл. 5, ст. 2 Правилника о мерама за безбедан и здрав рад запослене жене за време трудноће, породиље и запослене која доји дете, *Сл. гласник РС*, бр. 102/2016.

5 Чл. 89, ст. 2, чл. 90 и чл. 92 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017.

6 Чл. 93а Закона о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017.

време на пословима са повећаним ризиком, с обзиром на то да имају сва права из радног односа као да раде са пуним радним временом. У теорији као недостатак у формулацији предметног права истиче се везивање за период од годину дана од рођења детета, чиме су обухваћене само жене које су родиле прво и друго дете, а не у потпуности и жене које су родиле треће и свако наредно дете, јер њима породилско и одсуство ради неге детета трају две године. (Ивошевић, Ивошевић, 2016: 222 и 223) Пауза или скраћено радно време дојиља рачунају се као време рада, а накнада запосленој по том основу за време од 90 минута колико траје предметно право исплаћује се у висини основне зараде, увећане за минули рад.⁷ И поред тога што је умногоме побољшан радноправни положај запослене која доји, у пракси су присутни бројни проблеми при остваривању права на паузу у току дневног рада, услед непостојања просторије за подој на радном месту или у његовој близини, као и патронажне службе која би организовала превоз мајке или детета ради дојења, те се апелује на послодавце да омогуће практичну примену регулисане посебне заштите дојиља. (Радовановић, 2016: 258 и 259)

2.1. *Забрана дискриминације запослене која доји*

Питање заштите од дискриминације на месту рада жена које доје захтева посебну пажњу антидискриминационог законодавства, које треба да онемогући послодавце у ускраћивању гарантованих права. (Murtagh, Moulton, 2011: 222) У домаћем радном законодавству у погледу услова за запошљавање и избор кандидата, услова рада и свих права из радног односа, образовања, оспособљавања и усавршавања, напредовања на послу и отказа уговора о раду, забрањена је дискриминација (непосредна и посредна), с обзиром на породичне обавезе и то не само у односу на запослена лица, већ и у односу на кандидате за запослење. Самим тим, у истој или сличној ситуацији запослена жена која доји не може да буде стављена у неповољнији положај у односу на остале запослене или да буде обухваћена наизглед неутралном одредбом, критеријумом или праксом која је суштински ставља или би је ставила у неповољнији положај у односу на друга запослена лица. Поред тога што су ништаве одредбе уговора о раду којима се утврђује дискриминација лица са породичним обавезама, запослена која доји, као и оне које траже запослење⁸ у случајевима

⁷ Чл. 93а, ст. 2 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017.

⁸ Подаци о породичном статусу (укључујући и податак да ли кандидаткиња има дете које доји) спадају у приватну, интимну сферу, тако да су послодавци у поступку запошљавања или радног ангажовања онемогућени да их захтевају или користе, а

дискриминације могу да покрену пред надлежним судом поступак за накнаду штете, а уколико у току поступка учине вероватним да је извршена дискриминација на послодавцу је терет доказивања да није било понашања које представља дискриминацију.⁹

3. Радноправна заштита дојиља у праву Европске уније

У праву Европске уније дојиље се перцепирају као специфична ризична категорија, тако да се предузимају мере у вези са заштитом њихове безбедности и здравља на раду, односно процедуре које онемогућавају да буду стављене у неповољан положај на тржишту рада у односу на остале запослене. *Acquis communautaire* поред права везаних за породилско одсуство, уговор о раду, укључујући редовну исплату зарада и накнада, као и заштиту од отказа, подразумева и посебна правила везана за ноћни рад дојиља.

За разматрање заштите дојиља (у смислу националног права и/или праксе, које о свом стању обавесте послодавца) у праву Европске уније од посебног значаја је Директива 92/85/ЕЕЗ о увођењу мера за подстицање побољшања безбедности и здравља на раду. Предметна директива подразумева обавезу послодавца да врши процену сваке опасности за безбедност или здравље дојиље и свих последица на дојење и да о резултатима процене обавести обухваћену категорију жена. Процена опасности радног места дојиље мора да садржи специфично испитивање које узима у обзир индивидуалну ситуацију запослене, како би се утврдило да ли су изложени опасностима њено или здравље и безбедност детета.¹⁰ Уколико резултати процене указују на постојање опасности за безбедност и здравље дојиља или последице по дојење, послодавац предузима потребне мере које се састоје од привремене промене услова рада и/или радног времена, а ако то није могуће, врши се премештај на друго радно место. Међутим, уколико је премештај дојиље на друго радно место технички и/или објективно неизводљив или не може да се захтева из доказано оправданих разлога у складу са националним законодавством и/или праксом држава чланица Европске уније, додељује се одсуство за цео временски период који је потребан да се обезбеди заштита безбедности и здравља дојиље. На

прописана је и прекршајна новчана казна (од 10.000 до 100.000 динара за послодавца са својством правног лица) за поступање супротно наведеном. Чл. 54, ст. 1, тач. 3) Закона о равноправности полова, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009.

9 Чл. 18–23 Закона о раду, *Сл. гласник РС*, бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017.

10 C-531/15 *Elda Otero Ramos v Servicio Galego de Saúde and Instituto Nacional de la Seguridad Social* од 19. октобра 2017. ECLI:EU:C:2017:789

напред наведени начин поступа се и у случајевима у којима је забрањено излагање дојиља средствима и радним условима који представљају ризик по њихову безбедност или здравље. Одредбе Директиве 92/85/ЕЕЗ, које предвиђају да је дојиљама забрањен подземни рад у руднику и обављање послова на којима могу да буду изложене опасности од апсорпције олова или његових деривата, у потпуности су преузете у домаћем позитивном праву.

У праву Европске уније врши се премештај на дневни посао, одобрава одсуство са рада или продужење породилског одсуства, уколико се на основу налаза надлежног здравственог органа утврди да је ноћни рад штетан за безбедност и здравље жене која доји у периоду непосредно након порођаја. Исто тако, у комунитарном праву дојиљама се гарантују и права везана за уговор о раду, укључујући редовну исплату плата и/или права на одговарајуће накнаде. У оквиру института забране отпуштања у праву Европске уније дојиље су заштићене за време трајања породилског одсуства¹¹ (одређује се у сагласности са националним законодавством и/или праксом држава чланица и траје најмање 14 недеља непрекидно, које се распоређују пре и/или након порођаја).¹² Посебна пажња посвећује се информативним и образовним материјалима (у писаном или аудио-визуелном облику) који се односе на прехрану одојчади, који између осталих треба да обухвате и јасне информације о користима и предностима дојења, исхрани мајки и припреми за дојење и одржавање лактације, потенцијалним негативним утицајима на дојење увођењем парцијалног храњења на бочицу, као и о потешкоћама при промени одлуке да се не доји.¹³

11 Суд правде Европске уније истакао је да је у складу са Директивом 92/85 национални пропис који у оквиру колективног отпуштања не предвиђа приоритет при очувању радних места или премештају дојиља, не искључујући могућност да државе чланице регулишу виши степен заштите. *C-103/16 Jessica Porras Guisado v Bankia SA and Others* од 22. фебруара 2018, ECLI identifier: ECLI:EU:C:2018:99.

12 Чл. 1–6, чл. 8, чл. 10 и чл. 11 Директиве Савета 92/85/ЕЕЗ од 19. октобра 1992. о увођењу мера за подстицање побољшања безбедности и здравља на раду запослених трудница, породилја или дојиља (десета појединачна директива у смислу члана 16, став 1 Директиве 89/391/ЕЕЗ), у даљем тексту: Директива Савета 92/85/ЕЕЗ - Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), *Official Journal L 348*, 28/11/1992.

13 Чл. 15, ст. 2 Директиве Комисије 2006/141/ЕЗ од 22. децембра 2006. о храни за новорођенчад и одојчад и измени Директиве 1999/21/ЕЗ (Commission Directive 2006/141/EC of 22 December 2006 on infant formulae and follow-on formulae and amending Directive 1999/21/EC), *OJ L 401*, 30. 12. 2006.

У праву Европске уније препозната је и потреба да се запосленим родитељима олакша усклађивање породичних и професионалних обавеза, те је Директивом 2010/18/ЕУ ступио на снагу ревидирани Оквирни споразум о породичном одсуству, којим се прописују минимални захтеви од значаја и за радноправни статус дојиља попут: повратка на посао и могућности да се на одређено време затражи промена радног времена и/или распореда и права на одсуство с посла због хитних породичних разлога.¹⁴ Такође, у контексту имплементације начела једнаких могућности и једнаког поступања према мушкарцима и женама у питањима запошљавања и занимања, право на повратак на своје или истоветно радно место, након породичног одсуства уз право на побољшање радних услова предвиђено је Директивом 2006/54/ЕЗ.¹⁵

У већини држава чланица Европске уније национална легислатива о безбедности и здрављу на раду у контексту заштите материнства примењује се и на дојиље, уз ограничен заштитни период. Примера ради, у Француској, уколико дојиља ради на радном месту на ком постоји утврђени ризик по безбедност и здравље, послодавац омогућава распоређивање на друго компатибилно радно место на период који није дужи од месец дана након њеног повратка са постнаталног одсуства.¹⁶ У случају потребе радни услови привремено могу да се прилагоде дојиљама у Аустрији, Бугарској, Чешкој, Хрватској, Немачкој, Литванији, Летонији, Ирској, Холандији, Пољској, Португалији, Румунији, Шведској, Грчкој, Мађарској, Шпанији, Словачкој, Словенији, на Кипру и Малти. Исто тако, за дојиље могу да буду обезбеђена посебна права, као што је дојење током радног времена, које право, примера ради, у Холандији обухвата период до девет месеци детета, у Ирској док дете не наврши 6 месеци, а у Аустрији цео период

14 Клаузуле 6 и 7 ревидираног Оквирног споразума о породичном одсуству који су закључили BUSINESS EUROPE, UEAPME, CEEP I ETUC, имплементираног Директивом Савета 2010/18/ЕУ од 8. марта 2010. (Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC), *Official Journal of the European Union* L 68, 18. 3. 2010, 13–20.

15 Чл. 15 Директиве Европског парламента и Савета 2006/54/ЕЗ од 5. јула 2006. о имплементацији начела једнаких могућности и једнаког поступања према мушкарцима и женама у питањима запошљавања и занимања (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation), *Official Journal of the European Union* L 204, 26. 7. 2006.

16 Чл. L1225-12 Законика о раду Француске у даљем тексту: Законик о раду Француске (Code du travail). Преузето 10. 01. 2018. https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=5EA8936506B838C58CBC3906FA16CF22.tplgfr34s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006198527&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180110

дојења. (Aumayr-Pintar, Cabrita, Fric, Torres, 2015: 38) У праву Европске уније пауза за дојење регулисана је, примера ради, у Аустрији, Белгији, Бугарској, Ирској, Летонији, Румунији, Словачкој, Словенији, на Кипру, у Чешкој, Немачкој, Естонији, Шпанији, Хрватској, Мађарској, Италији, Литванији, Луксембургу, Пољској, Португалији, Француској, Шведској и Холандији. (Vaganay, Canónico, Courtin, 2016: 6)

У Француској пауза за дојење у току дневног рада траје један сат и подељена је на два периода од тридесет минута, један током јутарњег рада, а други поподне. Период коришћења паузе одређује се споразумно, међутим уколико изостане договор између послодавца и запослене користи се на половини радног дана. Пауза за дојење гарантује се до навршења једне године живота детета и запослена може да је користи у просторијама послодавца. Послодавац који запошљава више од сто запослених може у својим просторијама, или у близини истих, да обезбеди простор за дојење у ком случају се период паузе од тридесет минута смањује на двадесет минута. Просторије за дојење треба да буду одвојене од места рада, вентилиране са континуираним обнављањем ваздуха, опремљене прозорима или другим отворима са покретним оквирима директно окренутим ка споља, прикладно осветљене и са адекватном температуром. Просторије треба да имају обезбеђену довољну количину воде или да буду смештене у близини умиваоника. Вода треба да буде на подесивој температури, а треба да се обезбеде и одговарајућа средства за чишћење и сушење. Простор посвећен дојењу треба да буде задовољавајуће величине и да има могућност за смештај већег броја деце, сагласно броју жена које су запослене код послодавца. Наиме, простор посвећен дојењу треба да је висок најмање 3 метра и да има најмање три квадратна метра површине по једном детету. У истој просторији не може да буде смештено више од дванаест кревета (колевки), међутим, када број деце превазилази овај максимум привремено може да се одобри прекорачење. Исто тако, просторије за дојење у Француској треба да имају обезбеђене уређаје за грејање хране и седишта погодна за дојење, а потребно је и да се у њима хигијена одржава на адекватном нивоу и то свакодневним чишћењем у терминима када у њима нису присутна деца (подне и зидне облоге треба да буду од материјала који омогућава ефикасно одржавање). Потребно је да се предузимају мере како би се осигурало да нема приступ просторији за дојење ниједна особа, која може бити узрок контаминације. У овој просторији деца могу да бораве само за време дојења, а забрањен је боравак деце која су заражена од преносивих болести и инфекција у циљу спречавања контаминације и ширења заразе.

Послодавац обезбеђује дечји кревет и постељину за свако дете у довољној количини да може да се замени колико је пута неопходно, а прописана је и обавеза одржавања чистоће и проветравања у току ноћи. Просторије за лактацијске активности искључиво одржава квалификовано особље, у довољном броју. Води се и регистар који садржи име, презиме и датум рођења сваког детета, име, адресу и професију мајке, датум пријема, податке о вакцинацији и стању детета у време пријема (регистар са именима присутне деце води се на дневном нивоу). Подручје за дојење надгледа лекар ког је одредио послодавац, уз обавезу доласка најмање једном недељно и који своје опсервације уписује у напред поменути регистар. Накнаде за ангажовање лекара и персонала за чишћење и одржавање просторија за дојење, као и трошкове за набавку и одржавање опреме и средстава сноси послодавац, без права да захтева допринос од запослених које користе ове просторије и чија деца бораве у њима.¹⁷

У државама чланицама Европске уније које су регулисале право на паузу за дојење често колективни уговори пружају виши ниво заштите запослених дојиља у односу на законско уређивање. (Vaganay, Canóni-co, Courtin, 2016: 8) Примера ради, у Белгији националним колективним уговором предвиђено је право радно ангажованих дојиља на паузу за дојење или измлазање млека у трајању до девет месеци живота детета. Предметно право може да се користи уз претходно обавештење послодавцу (у писаној форми), дато два месеца унапред, који период споразумно може да се смањи. Право на паузу за лактацијске активности одобрава се на основу доказа о дојењу, који по свом избору дојиља на месечном нивоу прибавља из консултацијског центра за одојчад или надлежног здравственог органа. За време трајања предметне паузе накнада дојиљи обезбеђује се од стране здравствено-инвалидског осигурања, а не од стране послодавца. За обављање лактацијских активности дојиљама треба да се обезбеде дискретне, добро проветрене, осветљене, чисте и адекватно загрејане просторије у којима би могле да се одмарају у лежећем положају. Просторије резервисане за дојење и/или измлазање млека може заједнички да користи и више послодаваца, уколико је могуће реализовати овај модалитет функционисања у складу са прописаним стандардима (практична имплементација стандарда везаних за изглед и опремљеност просторија је предмет инспекцијске контроле). Исто тако, простор за лактацијске активности треба да буде у оквиру просторија где се налази радно место дојиље или у непосредној близини, да се не би трошило значајно време за одлазак и повратак на радно место. Неопходно је и да

17 Чл. L1225-30 - L1225-32, чл. R1225-5 - R1225-7 и чл. R4152-13 - R4152-28 Законика о раду Француске.

су у самом простору дојиљама на располагању и адекватне електричне инсталације (у циљу евентуалног коришћења лактацијских електричних уређаја). Међутим, уколико послодавац није у могућности да у потпуности обезбеди адекватне просторије за лактацијске активности, дерогација напред наведених правила огледа се у могућности да се послодавац и дојиља договоре о просторији која ће бити намењена за обављање ових активности, а која може да буде и ван просторија послодавца. Пауза за дојење (рачуна се у радно време) износи 30 минута, с тим да дојиља која ради четири или више сати има право на једну паузу у току дневног рада, а она која ради најмање седам сати и 30 минута има право на две паузе у току дневног рада, које може да користи одвојено или обједињено. Од посебног значаја су и одредбе које дојиљу штите од отказа, јер послодавац који запошљава жену у лактацијском периоду не може једнострано да прекине радни однос од тренутка када му је поднет захтев за коришћење права на паузу до истека периода од месец дана од дана истека важности последњег доказа о дојењу.¹⁸

У радном праву Бугарске жена која доји има право на плаћено одсуство са рада (средства обезбеђује послодавац) до узраста детета од 8 месеци и то по један сат, два пута у току дневног рада или уз њену сагласност два сата одједном. Након што дете наврши осам месеци, право на одсуство износи један сат у току дневног рада, а трајање предметног права везује се за процену надлежног здравственог органа до када је детету неопходно дојење. Дојиља која ради са скраћеним радним временом (седам или мање сати) има право на одсуство у трајању од једног сата у току дневног рада. У случају када дојиља има близанце или превремено рођено дете, право на одсуство са рада ради дојења (два пута дневно или уз сагласност дојиље одједном) износи 3 сата у току дневног рада до 8 месеци живота детета и два сата након што дете наврши осам месеци и то онолико дуго колико надлежни здравствени орган процени да је неопходно, међутим уколико ради са непуним радним временом до осам месеци узраста детета одсуство износи два сата, а након овог периода по један сат дневно.¹⁹

18 Чл. 3–6, чл. 9, чл. 10 и чл. 11, ст. 1 Колективног уговора бр. 80 од 27. новембра 2001. о успостављању права на паузе за дојење, измењен колективним уговором бр. 80 од 13. октобра 2010. (Convention collective de travail n° 80 du 27. novembre 2001. instaurant un droit aux pauses d'allaitement, modifiée par la convention collective de travail n° 80 bis du 13. octobre 2010) Преузето: 11. 01. 2018. <http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-080.pdf>

19 Чл. 166 Закона о раду Бугарске (Кодекса на труда), *Државен вестник*, бр. 26/1986, 27/1986, 6/1988, 21/1990, 30/1990, 94/1990, 27/1991, 32/1991, 104/1991, 23/1992, 26/1992, 88/1992, 100/1992, Решение № 12 на КС на РБ от 20. 07. 1995. 69/1995, 87/1995, 2/1996, 12/1996, 28/1996, 124/1997, 22/1998, Решение № 11 на КС на РБ от 30.04.1998. 52/98, 56/98, 83/98, 108/98, 133/98, 51/99, 67/99, 110/99, 25/01, 1/02, 105/02, 120/02, 18/03,

У Хрватској појам „запослена која доји дете“ подразумева запослену мајку до навршене прве године живота детета које доји, а која је најкасније 30 дана пре повратка на рад писаним путем обавестила послодавца о свом стању (у ком року је у обавези да достави и писану потврду лекара специјалисте педијатрије о дојењу детета). За време рада са пуним радним временом до навршене прве године живота детета, запослена има право на паузу за дојење у трајању од два сата у току дневног рада и то једнократно или два пута дневно у трајању од по сат времена. Коришћење паузе за дојење детета рачуна се у радно време и запослена има право на накнаду зараде, која представља пун износ прорачунске основице, обрачунате на сатну основицу за месец за који се обрачунава накнада.²⁰

4. Закључак

Економски интерес послодавца и здравствени интерес запослене евидентни су у помирењу колизије између захтева послодавца да се радни задаци обављају у континуитету, да се не ремети процес рада и да се оствари ефикасан учинак запослених и права дојиље да се врати након породилског одсуства на исто или истоветно (једнако плаћено) радно место, настави каријерни напредак и даље професионално оспособљавање и усавршавање уз одржавање лактацијског процеса. Самим тим, поучени анализираним искуством држава чланица Европске уније у домаћој регулативи и пракси потребно је предузимање мера које подстичу симбиозу радних и лактацијских активности које ће у крајњој линији довести до остваривања захтеваних резултата рада и очувања здравља запослене дојиље и детета.

Поред адекватности регулативе која уређује заштиту материнства, а посебно дуже трајање породилског и одсуства ради неге детета уз задовољавајуће износе накнада за повећање стопе дојења значајна је и едукација жена. Наиме, потребно је оснажити и афирмисати едукативне програме о значају дојења за здравље мајке и детета и о правима запослених дојиља на радном месту, и то не само у оквиру здравствених организација, већ и уз активну партиципацију невладиног сектора. Исто

86/03, 95/03, 52/04, 19/05, 27/05, 46/05, 76/05, 83/05, 105/05, 24/06, 30/06, 48/06, 57/06, 68/06, 75/06, 102/06, 105/06, 40/07, 46/07, 59/07, 64/07, 104/07, 43/08, 94/08, 108/08, 109/08, 35/09, 41/09, 103/09, 15/10, 46/10, 58/10, 77/10, Решение № 12 на КС на РБ от 11.11.2010. 91/10, 100/10, 101/10, 18/11, 33/11, 61/11, 82/11, 7/12, 15/12, 20/12, 38/12, Решение № 7 на КС на РБ от 19.06.2012 г. – 49/12, 77/12, 82/12, 15/13, 104/13, 1/14, 27/14, 61/14, 54/15, 61/15, 79/15, 98/15, 8/16, 57/16, 59/16, 98/16 и 105/16).

20 Чл. 6, ст. 1, тач. 12, чл. 19 и чл. 20, ст. 3 Закона о родилјним и родитељским потпорама, *Narodne novine* br. 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14, 59/17.

тако, потребно је интензивирати доступност консултативних програма који обухватају стручна медицинска лица (која дојиље снабдевају са неопходним информацијама о значају и карактеристикама лактацијских активности) и правнике (који чине доступним информације о правима и обавезама дојиља на радном месту). Неопходно је да послодавци у складу са својим просторно-техничким и финансијским условима примене мере које ће обухватити активну интеграцију жена на радном месту за време трајања дојења, примера ради, обезбеђивањем просторија за дневни боравак деце или лактацијских активности запослених дојиља. Просторија за лактацијске активности у којој могу да донесу дете запосленој у паузама за дојење треба да буде адекватно позиционирана (близу радног места дојиље и евентуално близу тоалета), да има могућност да запослена седи у удобној столици или да одмори у лежећем положају, да буде осветљена, дискретна и приватна, тако да запослена може да обавља ове активности без узнемиравања од стране осталих запослених, клијената или трећих лица. Неопходно је да просторија за лактацијске активности садржи санитарне елементе (уколико није близу тоалета), ради одржавања хигијене пре и након лактације и да буде опремљена са полицама за одлагање опреме (на пример, флашица и посуда за складиштење млека, уколико запослена не доји дете већ врши измлазање млека). Поред наведеног, просторија треба да буде опремљена и електричним инсталацијама (уколико запослена користи електричну пумпицу или стерилизатор на пару) и уређајима (на пример, фрижидер за одлагање млека или микроталасна пећ, уколико запослена користи микроталасни стерилизатор).

Након разматрања искуства држава чланица Европске уније, може да се констатује да је кључ успеха у помирењу захтева процеса рада и права жене на дојење у доследном поштовању гарантованих права запослених дојиља и адекватном прилагођавању места и услова рада. Наиме, послодавци треба да обезбеде практичну имплементацију регулисаних легислативних норми које се односе на посебну заштиту материнства и обухватају обављање послова који нису опасни за безбедност и здравље дојиље и детета, не захтевају подизање терета и на којима не постоји штетно зрачење или изложеност екстремним температурама и вибрацијама, а ако таквих послова нема, да упуте запослену на плаћено одсуство. У циљу помирења пословних и породичних обавеза запослених које доје, потребно је и поштовање у пракси норми које се односе на поштеду од прековременог и ноћног рада. Исто тако, целисходно је да послодавци уложе напоре и омогуће запосленим женама које доје адекватну интеграцију на месту рада, уз коришћење гарантованих пауза за дојење.

Литература/References

Aumayr-Pintar, C. Cabrita, J. Fric, K. Torres-Revenga, Y. (2015) Maternity leave provisions in the EU member states: duration and allowances. European foundation for the improvement of living and working conditions, Publications office of the European union, Luxembourg, 1-56, Преузето 11.02.2018. https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1525en.pdf

Vaganay, A. Canónico, E. Courtin, E. (2016). Challenges of work-life balance faced by working families. *Publications office of the European union*, Luxembourg, 1-159. Преузето 10.02.2018. <https://publications.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/e07ff976-9ada-11e6-868c-01aa75ed71a1>

Galtry, J. Annandale, M. (2003). Guidelines for supporting breastfeeding in the workplace, Equal employment opportunities contestable fund project, New Zealand, Преузето 11.02.2018. http://www.bfw.org.nz/data/media/documents/breastfeeding_guidelines.pdf, 1-17

Ивошевић, З. Ивошевић, М. (2016). *Коментар Закона о раду*. Београд: Службени гласник.

Јовановић, П. (2015). Посебна радноправна заштита појединих категорија радника. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду* 4/2015. 1459-1486.

Радовановић, Д. (2016). Радноправни положај запослене жене која доји. *Зборник радова Правног факултета у Нишу* 72/2016. 247-261.

Murtagh, L. Moulton, A. (2011). Working mothers, breastfeeding, and the law. *American journal of public health*. Vol 101, 2/2011, 217-223. Преузето 05.02.2018. <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3020209/>

Fein, S. Mandal, B. Roe, B. (2008). Success of strategies for combining employment and breastfeeding. *Pediatrics*, Vol. 122, 2/2008, 56-62. Преузето 09.02.2018. http://pediatrics.aappublications.org/content/122/Supplement_2/S56

Конвенција Међународне организације рада број 183 о заштити материнства, *Службени гласник РС – Међународни уговори* бр. 1/2010.

Препорука Међународне организације рада број 191 о заштити материнства, Преузето: 14.05.2018. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R191

Закон о безбедности и здрављу на раду, *Сл. гласник РС*, бр. 101/2005, 91/2015 и 113/2017

Закон о равноправности полова, *Сл. гласник РС*, бр. 104/2009.

Закон о раду, *Сл. гласник РС*, бр. бр. 24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014, 13/2017 - одлука УС и 113/2017.

Закон о раду Бугарске (Кодекса на труда), *Държавен вестник*, бр. 26/1986, 27/1986, 6/1988, 21/1990, 30/1990, 94/1990, 27/1991, 32/1991, 104/1991, 23/1992, 26/1992, 88/1992, 100/1992.

Zakon o roditeljskim i roditeljskim potporama, *Narodne novine* br. 85/08, 110/08, 34/11, 54/13, 152/14, 59/17.

Директива Савета 92/85/ЕЕЗ од 19. октобра 1992. о увођењу мера за подстицање побољшања безбедности и здравља на раду запослених трудница, породилја или дојилја (десета појединачна директива у смислу члана 16. став 1. Директиве 89/391/ЕЕЗ) – (Council Directive 92/85/EEC of 19 October 1992 on the introduction of measures to encourage improvements in the safety and health at work of pregnant workers and workers who have recently given birth or are breastfeeding (tenth individual Directive within the meaning of Article 16 (1) of Directive 89/391/EEC), *OJ L* 348, 28/11/1992, 1-8.)

Директива Европског парламента и Савета 2006/54/ЕЗ од 5. јула 2006. о имплементацији начела једнаких могућности и једнаког поступања према мушкарцима и женама у питањима запошљавања и занимања (Directive 2006/54/EC of the European Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation), *Official Journal of the European Union* L 204, 26.7.2006, 23–36.

Директива Комисије 2006/141/ЕЗ од 22. децембра 2006. о храни за новорођенчад и одојчад и измени Директиве 1999/21/ЕЗ (Commission Directive 2006/141/EC of 22 December 2006 on infant formulae and follow-on formulae and amending Directive 1999/21/EC), *OJ L* 401, 30.12.2006, 1–33.

Директива Савета 2010/18/ЕУ од 8. марта 2010. о спровођењу ревидираног Оквирног споразума о породилјском одсуству који су закључили BUSINESS EUROPE, UEAPME, CEEP I ETUC и о стављању ван снаге Директиве 96/34/ЕЗ (Council Directive 2010/18/EU of 8 March 2010 implementing the revised Framework Agreement on parental leave concluded by BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP and ETUC and repealing Directive 96/34/EC), *Official Journal of the European Union* L 68, 18.3.2010, 13–20.

Законик о раду Француске (Code du travail). Преузето 10.01.2018. <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=5EA8936506B838C58CBC39>

06FA16CF22.tplgfr34s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006198527&cidTexte=LEGITEXT000006072050&dateTexte=20180110

Правилник о мерама за безбедан и здрав рад запослене жене за време трудноће, породиље и запослене која доји дете, *Сл. гласник РС*, бр. 102/2016.

Колективни уговор бр. 80 од 27 новембра 2001. о успостављању права на паузе за дојење, измењен колективним уговором бр. 80 од 13 октобра 2010 (Convention collective de travail n° 80 du 27. novembre 2001. instaurant un droit aux pauses d'allaitement, modifiée par la convention collective de travail n° 80 bis du 13. octobre 2010.) Преузето: 11.01.2018. <http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-080.pdf>

World Health Organization. Health topics – Breastfeeding. Преузето: 05.02.2018. <http://www.who.int/topics/breastfeeding/en/>,

UNICEF, World Health Organization (2017). Tracking progress for breastfeeding policies and programmes - Global breastfeeding scorecard, Преузето: 01.02.2018.

<http://www.who.int/nutrition/publications/infantfeeding/global-bf-scorecard-2017.pdf?ua=1>,

Advisory, Conciliation and Arbitration Service, Accommodating breastfeeding employees in the workplace (2013). Преузето: 01.02.2018. <http://www.acas.org.uk/media/pdf/2/i/Acas-guide-on-accommodating-breastfeeding-in-the-workplace.pdf>,

International Labour Organization (2012). Maternity protection resource package from aspiration to reality for all, module 10: breastfeeding arrangements at work. Conditions of work and employment programme (TRAVAIL). Geneva. Преузето: 10.02.2018. <http://mprp.itcilo.org/allegati/en/m10.pdf>

Dr Aleksandra Popović,

**LABOUR LAW PROTECTION OF BREASTFEEDING WOMEN IN THE
LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND THE EUROPEAN UNION**

Summary

Labour law protection of breastfeeding women in the law of the Republic of Serbia and the European Union is important in terms of preserving their safety and health at the workplace, as well as in terms of protecting and improving the health of the child. Measures that regulate the rights and obligations of breastfeeding women at the workplace aim to enable the establishment of a balance between the requirements of a professional and private nature, or an effective fulfillment of their professional obligations and lactation activities. Due to the risk of occurrence of direct or indirect discrimination in the workplace of a breastfeeding woman, special attention is given to anti-discrimination measures, which should prevent the denial of guaranteed rights in practice. There is a number of factors that may contribute to successfully combining employment and breastfeeding, such as: relevant information to and support of the employer and other employees, flexible working hours, and normative regulation of this area by the employer.

Key words: *Labour law protection of breastfeeding women, labor law of the Republic of Serbia, labor law of the European Union.*

Др Горан Маричић,*
Служба за заједничке послове
Владе Републике Српске
Република Српска, БиХ

СТРУЧНИ ЧЛАНАК
doi:10.5937/zrpfni1878309М

UDK: 347.72.036(497.11)
Рад примљен: 10.03.2018.
Рад прихваћен: 03.05.2018.

САЗИВАЊЕ СЕДНИЦЕ СКУПШТИНЕ АКЦИОНАРСКОГ ДРУШТВА

Апстракт: У раду су анализирани релевантне одредбе актуелног Закона о привредним друштвима, које дефинишу сазивање скупштине акционарског друштва уз примену нормативног, упоредног (компаративног) и делимично историјскоправног научног метода. Утврђено је да само акционари могу бити чланови скупштине акционарског друштва и да се управо они, на одговарајући начин, позивају на скупштину. Управо законске одредбе које се односе на позив, затим законска могућност побијања одлука скупштине које нису сазване у складу са законом и статутом друштва, те законска правила о месту одржавања скупштине, оправдавају опредељење аутора за њихово детаљније разматрање и анализу. Наиме, овако конципирана правила, недвосмислено повезују императивне одредбе закона са диспозитивним одлукама органа, где императивно уређивање односа у привредном животу сведочи, како о важности датих односа, тако и о заинтересованости саме државе да на принципу униформности успостави унутрашње функционисање привредних друштава. У раду је разматрано и учешће на седници електронским путем, као извесна новина коју је наметнуло информатичко доба и дигитална револуција.

Кључне речи: акционар, позив, место, скупштина.

1. Увод

Скупштина акционарског друштва је једини орган власника који је најшири и уједно најзначајнији орган управљања. Скупштина се састаје од случаја до случаја и стога не представља сталан орган акционарског друштва, те се управо по томе разликује од осталих органа друштва који делују у континуитету, као на пример одбор директора или надзорни

* g.maricic@zsp.vladars.net

одбор. С друге стране, ови одбори (одбор директора или надзорни одбор) представљају органе који су професионално стручни, док скупштина то није. Узимајући у обзир наведено, законодавац је прописао одређене информације које садржи позив за скупштину, подижући тиме ову материју на ниво законских одредби императивног карактера. Ипак, то не значи да позив не може садржати и друге информације и податке, ако исти нису у супротности са законом. Овде се не ради о ограничавању слободе пословног одлучивања органа друштва, већ о покушају државе да обезбеди услове и амбијент у коме ће се на јединствен начин одвијати одређене радње унутар друштва.

С обзиром на то да се позив упућује лицима која су акционари друштва, прво ће њима бити посвећена пажња, а затим ће бити анализиран сам позив за седницу скупштине, као и место одржавања исте. С тим у вези неопходно је утврдити ко су акционари и ко има право да учествује у раду скупштине.

Колики је значај законодавац дао сазивању скупштине указује и право акционара на побивање одлуке скупштине ако та седница скупштине друштва није била сазвана у складу са законом и статутом. То право имају искључиво акционари који су имали право на учешће у раду седнице скупштине.

Према становишту теорије и иностране судске праксе повреде правила о припреми скупштине обухватају повреде норми о сазивању и објављивању дневног реда скупштине. Тако на пример, уколико је нетачно одређено место одржавања скупштине оно представља основ за рушљивост, а исти је случај и са одлукама донетим на скупштини када није поштован рок за сазивање скупштине (Арсић, 2006: 18).

Примена нових информатичких технологија условљава и усклађивање правне регулативе, у конкретном случају са потребама ефикаснијег и јефтинијег сазивања и одржавања седница скупштине, те су се и одредбе о сазивању и одржавању скупштине акционара неминовно прилагодиле захтевима информатичког доба.

2. Акционари – чланови скупштине

Што се тиче састава скупштине и права акционара, нема битнијих измена у односу на претходни ЗПД¹ из 2004. године. Скупштину акционарског друштва увек чине само акционари друштва. Члан скупштине не може бити лице које није акционар, чак ни ако би скупштина желела да тако

1 У даљем тексту ће се за Закон о привредним друштвима користити скраћеница ЗПД.

буде. У складу са наведеним закључује се да су чланови скупштине и физичка и правна лица. С обзиром на то да правна лица не могу физички да учествују у раду скупштине, у њихово име ће у раду учествовати законски заступник или пуномоћник. При томе он није члан скупштине, него је члан скупштине и даље правно лице, а њега заступа физичко лице. У раду скупштине заступник или пуномоћник има сва овлашћења која има и акционар кога заступа, с тим што он та овлашћења врши у име заступаног (Стефановић, Станивук, 2012: 302).

Ипак, иако први став чл. 328 гласи: „Скупштину чине сви акционари друштва“, Закон дозвољава да се статутом може утврдити цензус за лично учешће у раду скупштине, а који не може бити већи од 0,1% укупног броја акција дате класе. Акционари који не поседују утврђени капитал могу се удружити и именовати заједничког пуномоћника, а могу искористити и могућност гласања у одсуству. Приликом заседања скупштине, неопходно је утврдити да ли она има кворум за рад, а током одлучивања – и да ли је одлука усвојена потребном већином. Наведено је потребно утврдити према томе ко су акционари, јер они и чине скупштину, и колики им број гласова припада у скупштини. Акционари су лица уписана као власници акција приликом оснивања друштва, што не значи да су власници акција у време одржавања седнице скупштине. Најбоље и најисправније решење би било утврдити ко су акционари баш на дан одржавања седнице скупштине, али је то практично немогуће. Наиме, Централни регистар који води евиденцију о акционарима и акцијама практично и може да да овај извод на сам дан одржавања седнице, али он не мора бити тачан, јер је можда непосредно пред штампање извода поднет захтев за упис акционара који још није „прошао“ кроз Регистар. Како би се решио проблем прецизног утврђивања ко су акционари, и код нас² и у упоредном праву је уобичајено одређивање дана акционара (Стефановић et al., 2012: 307). Одредбе чл. 331, који се односи на начин утврђивања дана акционара, у потпуности су усклађене са европским директивама.³ За дан акционара сматра се десети дан пре одржавања седнице скупштине акционарског друштва. Утврђивање списка акционара врши се на основу извода из јединствене евиденције акционара у Централном регистру хартија од вредности

² У претходном ЗПД било је прописано да се дан утврђења акционара одређује оснивачким актом предузећа или одлуком управног одбора, уколико се оснивачким актом пропусти одређивање овог датума (*Закон о привредним друштвима*, Службени гласник РС, бр. 125/2004, чл. 286).

³ *Commission Directive 2007/39/EC, of 26 June 2007 amending Annex II to Council Directive 90/642/EEC as regards maximum residue levels for diazinon.*

(Ćulinović, Hasić, 2001: 46).⁴ Релевантност дана акционара види се и из правила које је прописано ставом 3 овог члана, који прописује да акционар са овог списка који после дана акционара пренесе своје акције на друго лице задржава право да учествује у раду скупштине по основу тих акција. Сходно наведеном а ради благовремене информисаности, предвиђена је обавеза достављања поменутог списка сваком акционару и то на његов захтев. Достављање овог списка је дужан да изврши одбор директора, односно извршни одбор када је у питању дводомно управљање друштвом. У јавном акционарском друштву које има преко 10.000 акционара извршење наведене обавезе врши се на начин предвиђен ставом 5 овог члана.⁵

3. Позив за седницу скупштине

Да би акционари могли остварити своје право на учешће у раду скупштине, као прво и основно, морају бити позвани на седницу. Сам позив мора да садржи одређене елементе који су као такви прописани законом, дакле држава их је дефинисала на императивни начин, као обавезан садржај позива. Међутим, са становишта међународне судске праксе, као и по владајућем мишљењу у теорији, сазивање скупштине није правни посао, него унутрашњи корпоративни акт који представља унутрашњу меру управљања и пословођења, те се, посматрајући са те стране, може приговорити оваквом решењу у закону, уз уважавање свих мотива законодавца о уређењу дате материје. У упоредном праву, у погледу начина информисања акционара о предстојећој седници не постоје

4 Чл. 15 Директиве обавезује државе чланице да одмах након имплементације Директиве морају обавестити Комисију о датуму (дану) који су одредиле за утврђивање стања у књизи акционара (тзв. *record date*) како би Комисија у службеном листу Европске уније могла објавити листу датума *record date* које је одредила свака земља чланица. Таква листа објављена је у *Official Journal of European Union C 285/1* од 21. 10. 2010. На основу овог списка долази се до податка да је у Немачкој *record date* 21. дан пре одржавања главне скупштине, а примењује се само на друштва која издају акције на доносиоца, док је у Француској *record date* 3. радни дан (поноћ) пре одржавања главне скупштине. У Мађарској је *record date* 7. радни дан пре одржавања главне скупштине, а у Аустрији је *record date* крај 10. дана пре одржавања главне скупштине. Наведено према: Ćulinović Herc, E., Hasić, T., *Sudjelovanje dioničara u radu glavne skupštine dioničkog društva prema noveli Zakona o trgovačkim društvima, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32, br. 1, str. 31–73, 2011; стр. 46.

5 Чл. 331, ст. 5 гласи: „Изузетно од ст. 4. овог члана, у случају јавног акционарског друштва које има преко 10.000 акционара на дан акционара, сматраће се да је друштво извршило обавезу из тог става ако акционарима који су поднели захтев омогући увид у списак из ст. 1. овог члана у просторијама друштва почев од наредног радног дана од дана акционара па до радног дана који претходи дану одржавања седнице скупштине, о чему је дужно да обавести акционаре у позиву за седницу скупштине.“

униформна решења, али се могу уочити неке правилности и тенденције. Традиционално се начини обавештавања акционара о заказаној седници разликују у зависности од тога да ли је акционарско друштво издало акције на име или на доносиоца (Zetzsche, 2008: 289–336). Уколико су акције на име, претпоставља се да је друштву познат идентитет акционара, те је због тога правило да се ови акционари индивидуално обавештавају, док уколико акције гласе на доносиоца, по природи ствари идентитет акционара је непознат, те је и индивидуално обавештавање немогуће. Због тога је јавни позив једино решење (Радовић, 2010: 131).

Регулатива сазивања скупштине по новом ЗПД показује да је усвојена концепција заснована на два паралелна система сазивања. Први систем је заснован на класичном папирном сазивању скупштине, што подразумева индивидуални позив препорученом поштом, јавни позив у најмање једном високотиражном листу који се дистрибуира на целој територији Републике Србије и преузимањем материјала лично или путем пуномоћника. Други систем подразумева примену електронских комуникација, односно позив имејлом, јавни позив објављивањем на интернет страници и преузимање материјала са интернет странице друштва.

Обавезна садржина позива за седницу скупштине регулисана је чл. 335, ст. 1. Наиме, ради се о обавезним елементима који представљају минимум његове садржине. Обавезни елементи су да позив мора садржати дан слања позива, место одржавања скупштине, време одржавања скупштине, предлог дневног реда, информације о начину на који се могу преузети материјали седнице, поуку о правима акционара у вези са учешћем у раду скупштине и обавештење о правилима за њихово остваривање, обавештење о дану акционара, те о формулару за садржину пуномоћја.

Под местом одржавања седнице подразумева се навођење тачне поштанске адресе – место, улица и број, а као допуна је могуће навођење имена просторије. Избор просторије је веома важан јер она мора имати довољан капацитет за смештај процењеног броја акционара. Неопходно је да буде снабдевена одређеном техником, као и да одговара одређеним безбедносним стандардима.

Информације о времену одржавања скупштине треба да садрже тачно време почетка рада седнице. При томе се мора водити рачуна да време одржавања седнице буде уобичајено, како би се донеле одлуке предвиђене дневним редом, а и како би се омогућио долазак и одлазак акционара у истом дану, те се указује да се скупштина најраније сазове у осам часова.

Што се тиче обавезне садржине која се односи на предлог дневног реда, неопходно је указати на недоследност овог законског текста. Наиме, сматра

се да је неопходна назнака о којим тачкама дневног реда се предлаже да скупштина донесе одлуку, као и навођење класе и укупног броја акција на основу којих се о тој одлуци гласа, и већине која је потребна за доношење одлука.

Обавештење о правилима и правима акционара за њихово учешће у раду скупштине мора бити прецизно и јасно, а дефинисана правила у складу са законом, статутом и пословником о раду скупштине. Тако на пример, наведено обухвата минималан број акција које акционар мора поседовати да би лично учествовао у раду скупштине (чл. 328, ст. 3), могућност гласања у одсуству (чл. 340) итд.

Позив за скупштину мора да садржи и податке о дану акционара (чл. 331) и то са напоменом да само лица која су акционари на тај дан имају право да присуствују и учествују у раду скупштине. Када су јавна друштва у питању потребно је и обавештење из ст. 5 истог члана, ако је испуњен услов у погледу броја акционара. Неопходно је да обавештење о дану акционара садржи и податке о праву на предлагање дневног реда и правила за постављање питања уз навођење рокова уз које се исти могу користити. Такође, обавештење о дану акционара мора садржати и опис процедуре о гласању преко пуномоћника, као и информацију о начину на који друштво омогућава акционарима доставу обавештења о именовану пуномоћника.

Уколико је друштво прописало обавезну употребу формулара иста се спроводи у складу са чл. 344 ЗПД. У Јапану је уобичајена пракса да компанија уз обавештење о одржавању скупштине акционара шаље индивидуалним акционарима бланко формулар о именовану заступника који акционар треба да потпише и врати компанији. Ова пракса се углавном објашњава потребом за постизањем кворума на скупштини, а уједно се и органима управљања компанијом обезбеђује већинска подршка приликом гласања (Чејовић, 2000: 104).

У погледу рока за слање позива за скупштину ЗПД познаје само минимални рок. У том смислу позив за редовну скупштину је неопходно послати најкасније 30 дана пре њеног одржавања (чл. 365, ст. 2), а за ванредну – најкасније 21 дан пре одржавања седнице скупштине (чл. 373). Питање рачунања рока је од велике важности зато што повреда правила о роковима за сазивање скупштине представља основ за поништај скупштинских одлука које су донете на тој скупштини. Што се тиче јавног објављивања позива за скупштину важе исти рокови као и код индивидуалних позива, без обзира да ли је у питању објављивање на интернет страници или у дневном листу. Када се позив објављује у дневном листу меродаван је датум који се налази у импресуму, а у случају објављивања на интернет

страници присутна је специфичност која се односи на трајање објављивања. Наиме, за разлику од дневног листа у којем је објављивање једнократно, објављивање на интернету мора трајати до дана одржавања седнице (чл. 335, ст. 5).

Уколико се ради о неодржавању скупштине због недостатка кворума законом је дата могућност да се иста понови, односно да може бити поново сазвана са истим дневним редом. Поновљена седница се може одржати најкасније 30 дана од дана када је требало да се одржи, а најраније 15 дана од неодржане седнице. Обавештење о одржавању поновљене седнице упућује се акционарима најкасније 10 дана пре дана предвиђеног за одржавање поновљене седнице. Овај дан може бити унапред одређен у првом позиву за одржавање седнице скупштине, али тако да тај дан не може бити дан који пада раније од осмог дана нити касније од тридесетог дана, рачунајући од дана неодржане седнице. Дан акционара за неодржану седницу важи и као дан акционара за поновљену седницу (чл. 352).

Процедура за приступање седници скупштине, у смислу одређивања начина на који ће се вршити идентификација акционара и њихових пуномоћника, уређена је одредбом чл. 350. Наиме, ЗПД акционарским душтвима нуди могућност да се одреде између две опције, што подразумева да друштво статутом или пословником скупштине одреди начин на који ће идентификовати акционаре и њихове пуномоћнике који присуствују скупштини и учествују у њеном раду или да се у актима друштва не уреди ово питање. У том случају идентитет лица која приступају седници биће утврђен на основу одредби ст. 3 овог члана које гласе:

- за физичка лица, увидом у лични идентификациони документ са сликом на лицу места;
- за правна лица, доказом о својству овлашћеног лица тог правног лица и увидом у лични идентификациони документ са сликом на лицу места.

Када се ради о измени позива, начелно се третира као нови позив. Стога уколико измене обухватају важне промене у погледу места и времена одржавања скупштине, неопходна је примена процедуре за сазивање скупштине, и то пре свега у погледу рокова за слање позива. Међутим, овакав приступ не важи ако се ради о незнатним променама, као што је на пример померање седнице за одређено време. У литератури је заступљен став по којем се померање седнице за 30 минута сматра мањом изменом, као и промена просторије у којој се седница одржава (Арсич, 2013: 93–106).

4. Место одржавања скупштине

Правило је да се седница скупштине одржава у седишту друштва. Ипак, орган који сазива седницу (одбор директора или надзорни одбор, у зависности од тога да ли је управљање друштвом једнодомно или дводомно) има право да одлучи да се седница скупштине одржи и у неком другом месту и то са разлогом, односно ради лакшег организовања седнице. Нарочито је потребно водити рачуна о могућим злоупотребама заказивањем седнице на другом месту. Закон не предвиђа никакве санкције само због промене места одржавања седнице, али уколико је акционарима ново место на којем је заказана скупштина неприступачно, односно предалеко, те им је на тај начин онемогућено да присуствују седници скупштине – долази до тешких повреда права акционара. Наиме, основно право акционара јесте право на учешће у раду скупштине које му се не може ускратити и одузети.⁶ Одлуке донете на седници скупштине која није прописно сазвана ипак ће бити пуноважне уколико су сви акционари присуствовали седници скупштине и ако нико није приговорио доношењу одлуке.⁷ Другачије решење би било у потпуности супротно циљу законских норми о припреми и одржавању седнице скупштине, јер су оне прописане управо ради заштите права акционара да присуствују седници скупштине и учествују у доношењу одлука (Марковић, Бајаловић, 2012: 134).

Неугодности у вези са присуствовањем седници које су настале као последица модерне структуре власништва могу бити превазиђене коришћењем информатичке технологије (Samat, Hasani, 2015: 766). Помоћу ње се људи могу сусрети без потребе да сви заиста буду на једном месту, што би помогло акционарима а и компанијама у смислу смањивања трошкова. Међутим, употреба технологије у организовању седница скупштине не значи само праћење трендова, него захтева планирање и узимање у обзир многих фактора. У супротном, ако не постоје адекватни механизми, вршење права акционара путем електронских средстава може да се претвори у инструмент који стоји на располагању органима управљања да ојачају своју моћ и ослабе или неутралишу стварну контролу акционара кроз седницу скупштине.

6 ОЕЦД принципи корпоративног управљања убрајају право на учешће у раду скупштине и право гласа међу основна права акционара (*OECD Principles of Corporate Governance Paris 2004. par II*).

7 И *Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske*, Narodne novine, br. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15 у чл. 356, ст. 2 прописује да је одлука пуноважна и ако се сви акционари који нису присуствовали седници сагласе са одлуком.

Учешће на седници електронским путем може се одвијати у неколико облика и то:

- Седнице које се одржавају на више места – мултилокалне седнице. Акционари су физички присутни на једној од њих, а посредством екрана могу да прате шта се дешава на другој локацији. Како би се остварила сврха седнице, комуникација мора бити двосмерна.
- *On line* седница – седница на којој постоји могућност да се учествује путем интернета. Наведено значи да постоји регуларна физичка седница, а да је акционари прате путем интернета или да гласају електронским путем. Учешће акционара може бити и индиректно у случају када акционар електронским путем даје инструкције пуномоћнику и директно, када гласа електронским путем.
- Виртуелне седнице – седнице које се у потпуности спроводе путем савремених технологија, без одржавања физичке седнице. Оне могу бити организоване путем чета или употребом слике и звука (*Von der Crone*).⁸

У праву САД, Делавер је била прва држава која је употребила електронску комуникацију у компанијском праву, тако што је одржавала виртуелне седнице. Прецизније, прву виртуелну седницу је одржала компанија *In-forde* у априлу 2001. године, а постепено су и друге компаније почеле са усвајањем ове праксе, тако да их је 2014. године било чак 53.

Одредбом чл. 341 ЗПД акционарима у Републици Србији је дата могућност учешћа у раду скупштине и електронским путем. Сам Закон нуди неколико варијанти електронске организације. Ставом 1 овог члана предвиђено је да на аутономној основи статут или пословник о раду скупштине⁹ може омогућити учешће у раду скупштине и електронским путем:

- преносом скупштине у стварном времену;

⁸ Von der Crone, H. C., *Die Internet Generalversammlung*, доступно на: http://www.rwi.uzh.ch/lehre/forschung/alphabetisch/vdc/cont/Internet_Generalversammlung.pdf

⁹ Иако се у овом ставу наводи да се на аутономној основи статутом или пословником о раду скупштине може омогућити учешће у раду скупштине и електронским путем, сматрамо да треба указати на однос између статута и пословника, јер иако оба акта представљају аутономну регулативу постоје значајне разлике међу њима. Пословник о раду скупштине је процесни пропис који нема карактер статута. Наведено се види из различитих регулатива које се односе на измене ова два акта, пре свега у погледу већине за доношење одлуке. Неопходно је указати да је пословник о раду искључиво интерни документ друштва, па самим тим има искључиво интерно дејство. Овај акт се у хијерархији норми налази не само испод закона, него и статута.

- двосмерним преносом скупштине у стварном времену, путем којег се омогућава обраћање акционара скупштини са друге локације;
- механизмом за гласање електронским путем било пре, током или после седнице, без потребе да се именује пуномоћник који је физички присутан на седници.

Из угла данашњих могућности, пренос у „стварном времену“ може да се тумачи као пренос преко интернет странице друштва, што је бесплатно или кошта занемарљиво мало. На овај начин се омогућава акционарима који нису физички присутни и који нису именовали пуномоћника да прате седницу. Ипак, ово је само једносмерна комуникација, јер акционари не могу учествовати у дискусијама нити могу гласати. Стога је законодавац предвидео и двосмерни пренос скупштине у стварном времену, који омогућава акционарима како учешће у дискусијама тако и гласање.

Учешће у раду скупштине електронским путем може бити ограничено услед потребе идентификације акционара и сигурности електронске комуникације (ст. 2), а председник скупштине има обавезу да прекине седницу скупштине уколико установи да постоје сметње у смислу ст. 1, т. 1.

Све снажнија професионализација састава скупштине, односно повећање институционалних инвеститора и глобализација капитала и тржишта захтевају прихватање савремених техничких средстава која олакшавају прекогранично гласање и одлучивање без одржавања физичке седнице или комбиновано (Васиљевић, 2011: 521). Међутим, при томе је неопходно обезбедити правна средства у циљу контроле идентитета и одлучивања у интересу акционара. Било би неопходно и установити и прилагодити правила поступка сазива скупштине, кворума и већине за одлучивање савременим потребама брзине коју омогућује технички развој, али никако не треба занемарити потребу обезбеђења правне сигурности и спречавање злоупотребе већине, а понекад и мањине.

5. Закључак

На основу свега претходно изнетог, могло би се резимирати да је скупштина акционарског друштва најрелевантнији орган управљања, коју чине сви чланови, тј. сви акционари друштва.

Акционар има право да учествује у раду скупштине, а да би присуствовао седницама скупштине он мора бити позван на одговарајући начин.

Колики значај се придаје самој скупштини као органу друштва и акционарима, као члановима скупштине, сведочи и чињеница да је и сам

законодавац, па самим тим и држава, заинтересована да на императивни начин пропише поступак сазивања скупштине, садржину позива, начин достављања и сл. Међутим, насупротив томе, можда треба размотрити и ниво те обавезне регулативе, односно да ли се на такав начин угрожава аутономија и слобода у одлучивању органа друштва, те да ли то може бити у колизији са уставним начелима која се тичу слободе предузетништва која се може ограничити само из таксативно наведених разлога (ради заштите здравља људи, животне средине и природних богатстава и ради безбедности Републике Србије) (члан 83 Устава РС). Иако, по мишљењу аутора, законска регулатива само додатно потврђује значај овог питања, можда се анализом различитих решења која постоје у упоредној судској пракси и у теорији може пронаћи адекватан одговор или, боље, адекватна мера у обавезном регулисању питања која иначе спадају у домен аутономног одлучивања друштва.

Више пута је наведено и новелирање одредби закона које се тичу коришћења савремених информатичких технологија. С обзиром на то, прописано је да се статутом или пословником о раду скупштине може омогућити учешће у раду скупштине и електронским путем, али у циљу ефикаснијег сазивања и одржавања седница скупштина. Термин „може омогућити“ непрецизно одређује када ће се то омогућити и на који начин ће органи друштва о томе доносити одлуку, па се може замислити много различитих ситуација у пракси, без прецизног оправдања овакве одлуке. Отуда, требало би додатно прилагодити и унапредити правни оквир који се тиче управо употреба савремених информатичких технологија у овој области.

Такође, видљива је и потреба осавремењавања актуелног ЗПД, и то не толико због захтева хармонизације са правом Европске уније, колико због потребе достизања све универзалнијих стандарда корпоративног управљања на овом плану.

Литература/References

Арсвић, З., Сазивање скупштине акционарског друштва према Закону о привредним друштвима из 2011. године, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, вол. 47, бр. 2, стр. 93–106, 2013.

Арсвић, З., Основи за рушљивост одлука скупштине акционарског друштва, *Правни живот*, вол. 55, бр. 11, стр. 15–24, 2006.

Васиљевић М., Општи (филозофскоправни) поглед на развој института управљања компанијама у упоредном праву и пракси, *Правна ријеч*, вол. 8, бр. 28, стр. 513–533, 2011.

Von der Crone, H. C., *Die Internet Generalversammlung*, доступно на: http://www.rwi.uzh.ch/lehreforschung/alphabetisch/vdc/cont/Internet_Generalversammlung.pdf

Zakon o trgovačkim društvima Republike Hrvatske, Narodne novine, br.111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 125/11, 152/11, 111/12, 68/13, 110/15.

Zakon o привредним друштвима, Службени гласник РС, бр. 36/11, 99/2011, 83/2014, др. закон и 5/2015.

Zetzsche, D., Shareholder passivity, cross-border voting and the shareholder rights directive, *Journal of Corporate Law Studies*, vol. 8, no. 2, pp. 289–336, 2008.

Марковић-Бајаловић, Д., Ништавност и/или побојност одлука скупштине акционарског друштва, *Право и привреда*, вол. 49, бр. 4–6, стр. 132–148, 2012.

Радовић, В., Информисање акционара пре седнице Скупштине акционарског друштва, *Правни живот*, вол. 59, бр. 11, стр. 117–144, 2010.

Samat, N. H. A., Hasani, M. A., A legal perspective of shareholders' meeting in the globalised and interconnected business environment, *Procedia-Social and Behavioral Sciences*, no. 172, pp. 766–767, 2015.

Стефановић, С., Станивук, Б., *Коментар Закона о привредним друштвима: (са приручником за практичну примену)*, Београд, Параграф Цо; Нови Сад, Параграф Лекс, 2012.

Устав Републике Србије, Службени гласник РС, бр. 98/2006.

Commission Directive 2007/39/EC, of 26 June 2007 amending Annex II to Council Directive 90/642/EEC as regards maximum residue levels for diazinon

Čulinović Herc, E., Hasić, T., Sudjelovanje dioničara u radu glavne skupštine dioničkog društva prema noveli Zakona o trgovačkim društvima, *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, vol. 32, br. 1, str. 31–73, 2011.

Чејовић, П., Права мањинских акционара у јапанском праву, *Право и привреда*, бр. 5–8, стр. 101–110, 2000.

Goran Maričić, LL.D.,

*Joint Services Section of the Government of the Republic
of Srpska, Banjaluka Republic of Srpska, B&H*

CONVENING THE SESSION OF THE SHAREHOLDERS' MEETING

Summary

In this paper, the author analyzes relevant provisions of the applicable Company Act which define convening the session of the Shareholders' Meeting by using the normative, comparative and partly legal history method. It has been determined that only shareholders could be members of the Shareholders' Meeting, who are properly summoned to attend the sessions of the Meeting. The legal provision related to the invitation to attend the Meeting session, the legal possibility of refuting the decisions of the Meeting which was not convened pursuant to this Act and the company Statute, as well as the legal provisions on the place of convening the session justify the author's decision to analyze these issues in more detail. Namely, the envisaged rules unambiguously link the imperative legal provisions to the dispositive decisions of competent authorities, where the imperative regulation of economic relations bears witness not only about the relevance of given relations but also about the interest of the state itself to establish the internal operation of economic entities on the principle of uniformity. In this paper, the author also considers the participation in session via electronic means of communication, which is a kind of novelty imposed by the information age and digital revolution.

Keywords: *shareholders, summons, venue, meeting.*

II СУДСКА ПРАКСА

Др Анђелија Тасић*
Доценткиња Правног факултета,
Универзитет у Нишу

НАУЧНА КРИТИКА
doi:10.5937/zrpfni1878323T

UDK: 347.91:347.951
Рад примљен: 01.04.2018.
Рад прихваћен: 15.05.2018.

ТЕРЕТ ДОКАЗИВАЊА У АНТИДИСКРИМИНАЦИОНИМ ПАРНИЦАМА НА ПРИМЕРУ ОДЛУКЕ ВРХОВНОГ КАСАЦИОНОГ СУДА**

Апстракт: Поступак у парницама за заштиту од дискриминације, као релативно нова врста посебног парничног поступка, и даље представља изазов како за правне теоретичаре тако и за примењиваче права. Имајући у виду (незавидан) положај тужиоца у антидискриминационим парницама, законодавац је, следећи примере добре упоредне праксе, прописао правила о прерасподели терета доказивања. Ипак, на примеру анализираних одлука Врховног касационог суда, јасно је да није довољно пажње посвећено разјашњењу одредаба Закона о забрани дискриминације. Конкретно, није дат прецизан одговор на питања: ко шта и са каквим степеном извесности доказује у антидискриминационим парницама? Овај рад има за циљ како да понуди одговор на постављено питање, тако и да укаже на друга спорна питања, пре свих корелацију између утврђавног и одштетног затева у антидискриминационим парницама.

Кључне речи: антидискриминационе парнице, терет доказивања, декларативни захтев, кондемнаторни захтев, правни интерес.

* andjelija@prafak.ni.ac.rs

** Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (број пројекта 179046), који финансира Министарство науке, просвете и технолошког развоја.

1. Увод или О значају одлука Врховног касационог суда

Европско-континенталну правну породицу, којој припада и правни систем Републике Србије, карактеришу кодификована правила утемељена на римском праву. У складу са чл. 145, ст. 2 Устава Републике Србије¹, судске одлуке заснивају се на Уставу, закону, потврђеном међународном уговору и пропису донетом на основу закона. Ипак, пракса Врховног касационог суда (у даљем тексту и: ВКС) од несумњивог је значаја за одлучивање нижестепених судова. У надлежност Врховног касационог суда, између осталог, спада одлучивање о ванредним правним средствима (чл. 30, ст. 1 Закона о уређењу судова²) и обезбеђивање јединствене судске примене права и једнакости странака у судском поступку (чл. 31 ЗУС). Све одлуке донете по ванредним правним средствима објављују се на веб-страни ВКС, а оне битне за праксу судова и у посебној збирци (чл. 33 ЗУС). Закон о парничном поступку је, чак, прописао и могућност изјављивања посебне ревизије и против оне одлуке против које иначе не би могла да се изјави ревизија, а управо када је потребно да се размотре правна питања од општег интереса или она у интересу равноправности грађана, ради *уједначавања судске праксе* (А.Т), као и ако је потребно ново тумачење права (чл. 404 Закона о парничном поступку³)⁴.

Иако формално не представља извор права, значај праксе ВКС не може се, дакле, довести у питање⁵. Судије ВКС дужне су да прате промене правних прописа, правилно тумаче све, па и оне прописе који још увек завређују епитет „нових“ или „недовољно примењиваних“, и на тај начин буду „светионик“ судијама нижестепених судова. Чак и када је диспозитив одлуке неупитан, потребно је пажљиво приступити изради образложења пресуде, будући да је њена важност јасна и из саме одредбе чл. 374, ст.

1 Устав Републике Србије, *Сл. гласник РС*, 98/2006.

2 Закон о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016 и 113/2017, у даљем тексту и ЗУС.

3 Закон о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014, у даљем тексту и ЗПП.

4 Поред ревизије и посебне ревизије, уједначавању судске праксе служи и поступак за решавање спорног правног питања, који се користи када је потребно да се заузме став о спорном питању које је од значаја за одлучивање у већем броју предмета пред првостепеним судовима (чл. 180–185. ЗПП, опширније: Tasić, 2013: 93–196).

5 Треба, ипак, нагласити да ни ВКС није „имун“ на одлучивање других судова: „Правно схватање Уставног суда је обавезујуће и онда када је супротно правном схватању Врховног касационог суда, а небитно је што је тај став исказан у образложењу његових одлука“ (Коначно правно схватање усвојено на седници Грађанског одељења за радне спорове Апелационог суда у Београду, одржаној 21. јануара 2015. године)

2, т. 12, према којој, уколико је изрека пресуде неразумљива, уколико противречи сама себи или разлoзима пресуде или ако пресуда нема уопште разлога или у њој нису наведени разлoзи о битним чињеницама или су ти разлoзи нејасни или противречни, то представља апсолутно битну повреду одредаба парничног поступка. „Образложењем пресуде, пресуда брани саму себе“ (Гајинов, 2000: 326, наведено према Гојковић, 2018: 221).

Предмет овог рада јесте анализа одлуке Рев 117/16, коју је Врховни касациони суд донео 31. 8. 2016. године.

2. Околности случаја

Првостепени поступак вођен је по тужби⁶ тужиоца који је био учесник у рату у резервном саставу војске СР Југославије, у пролеће 1999. године. Тужилац је, на основу Правилника о накнади путних и других трошкова у војсци Југославије⁷, био овлашћен на исплату новчане накнаде и преко Удружења бораца поднео захтев за исплату. За разлику од резервиста из (неразвијених) општина Куршумлија, Лебане, Бојник, Житорађа, Дољевац, Прокупље и Блаце, са којима је Влада Републике Србије закључила споразум 11. 1. 2008. године⁸, тужилац је остао ускраћен за намирење ове накнаде у целости. Првостепеном одлуком тужена, Република Србија била је дужна да тужиоцу исплати износ од 200.000 динара на име накнаде нематеријалне штете због повреде права личности, уз накнаду парничних трошкова. Жалба тужене одбијена је и првостепена пресуда потврђена у целости одлуком Апелационог суда.⁹ Врховни касациони суд делимично је усвојио ревизију тужене у делу који се односи на 120.000 динара, а одбио у делу који се односи на 80.000, налазећи „да ће се износом од 80.000 успоставити психичка равнотежа која је код тужиоца постојала пре утврђене повреде права, посебно имајући у виду да овај износ вишеструко превазилази основно потраживање на име неисплаћених ратних дневница (6.185 динара), па досуђивање у већем износу не би одговарало циљу коме ова накнада служи“.

6 Одлука П 245/15 од 30. 6. 2015. године Вишег суда у Београду.

7 Правилник о накнади путних и других трошкова у војсци Југославије, *Војни службени гласник*, бр. 38/93, 23/93, 3/97, 11/97, 12/98, 6/99 и 7/99.

8 Закључком Владе Републике Србије број 401-161/2008-1 од 17. 1. 2008. године, одлучено је да се ратним војним инвалидима и резервистима из наведених седам општина исплати новчана помоћ, уз услов да су водили судски поступак против Републике Србије који је правноснажно окончан пресудом на основу одрицања.

9 Одлука Гж 5993/15 од 22.10.2015. године Апелационог суда у Београду.

Предмет овог рада, међутим, није анализа целокупне пресуде ВКС. У раду се неће ценити диспозитив пресуде, ни са аспекта основаности захтева за накнаду штете, ни са аспекта досуђене висине штете^{10, 11}. Фокус рада биће на образложењу судске одлуке, у делу који се тиче доказивања постојања дискриминације и доказивања причињене штете.

Из образложења

„Ревизијом се неосновано указује да је тужилац био у обавези да докаже да је претрпео нематеријалну штету. Наиме, дискриминација представља свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лица или групе као и на чланове њихових породица или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на било ком основу (раси, држављанству, националној или верској припадности, језику, политичким убеђењима, полу, ...). Заштита од дискриминације представља право личности загарантовано Уставом РС (члан 21), али и Европском Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода (члан 1. Протокола 12. уз Европску Конвенцију), а од 07. 04. 2009. године и Законом о забрани дискриминације. Повреда било ког права личности, па самим тим и вршење дискриминације у односу на неко лице или групу

10 О постојању дискриминације у случају ратних резервиста изјаснила се повереница за заштиту равноправности, у свом мишљењу и препоруци 802/2011 од 26. 7. 2011. У свом мишљењу, повереница наводи да је Закључком Владе Републике Србије 05 број: 401-161/2008-1 од 17. јануара 2008. године, повређено начело једнаких права и обавеза, чиме је извршена дискриминација на основу места пребивалишта ратних војних резервиста са пребивалиштем на територији свих осталих општина које нису наведене у Закључку од 17. јануара 2008. године. Повереница, даље, доноси препоруку на основу које би Влада Републике Србије требало да предузме све неопходне мере како би омогућила ратним војним резервистима са пребивалиштем на територији свих осталих општина Републике Србије остваривање права на новчану накнаду под условима под којима су то право, на основу Закључка Владе 05 бр. 401-161/2008 од 17. јануара 2008. године, остварили ратни војни резервисти са пребивалиштем на територији седам неразвијених општина да о томе обавести повереницу у року од 30 дана од дана пријема мишљења и препоруке.

11 Европски суд за људска права такође се бавио питањем дискриминације ратних резервиста. У случају Вучковић и други против Србије (представка број 17153/11 и 29 других предствки) суд је, у првом степену, нашао да постоји повреда чл. 14 у вези са чл. 1 Протокола 1. а да нема потребе да се притужбе према чл. 1 Протокола бр. 12 посебно разматрају. Пресудом Великог већа Европски суд за људска права је, међутим, усвојио претходни приговор Владе у вези са пропустом подносилаца предствки да искористе домаће правне лекове у вези са притужбом која се односи на дискриминацију према члану 14 Конвенције, заједно са чланом 1 Протокола број 1, и према члану 1 Протокола број 12, и сходно томе, закључио да не може да разматра основаност ове притужбе.

лица, представља вид нематеријалне штете, јер код дискриминисаних лица изазива осећај неправде, неравноправности у односу на друге грађане, а често и осећај подређености или осећај грађана нижег реда, што код њих изазива душевне болове, а на основу чега су и овлашћени да захтевају заштиту од дискриминације пред надлежним судом. То даље значи да су лица, која указују да је у односу на њих извршена дискриминација, у обавези да пред судом докажу само да су неједнако третирани у односу на друга лица која су у истој или сличној ситуацији, док је управо тужени, односно лице на чије се дискриминаторско понашање тужбом указује, дужан да докаже постојање објективног и оправданог разлога за различитост у поступању (према тим лицима).“

3. Ко шта доказује и са којим степеном извесности?¹²

Уколико тужилац учини вероватним да је тужени извршио акт дискриминације, терет доказивања да услед тог акта није дошло до повреде начела једнакости, односно начела једнаких права и обавеза сноси тужени (чл. 45, ст. 2 Закона о забрани дискриминације¹³). Тужилац, дакле, треба да учини вероватним да је до дискриминације дошло. Да би тај степен извесности био достигнут, сматра се да је потребно да има више разлога да се верује да дискриминација постоји него да не постоји (Vehabović, Izmirlija, Kadribašić, 2010: 113). Степен извесности мора бити такав да се постојање дискриминације чини вероватнијим него да дискриминације није било, а ти изгледи се заснивају на доказима на којима се темељи постојање вероватноће да је дошло до дискриминације (Pavlović, 2010: 200).¹⁴ *Ratio* увођења правила о прерасподели терета доказивања у антидискриминационим парницама је вишеструк. Најпре, њиме се штити слабија странка у поступку. То је, по правилу, дискриминисано лице, јер оно често нема приступ информацијама од значаја за поступак доказивања¹⁵. Околност да не може да предложи или дође у посед одговарајућих доказних средстава, у многоне отежава његову позицију. Сем тога, уношењем

12 О доказивању у антидискриминационим парницама опширније: Петрушић, 2012: 266–273, Тасић, 2016: 269–321.

13 Закон о забрани дискриминације, *Сл. гласник РС*, бр. 22/2009.

14 Наведено према Vehabović, Izmirlija, Kadribašić, 2010: 113. Ако се у поступку не докаже да је стављање у неповољнији положај мотивисано другим, а не недопуштеним дискриминацијским разлозима, приликом доношења одлуке треба да се крене од тога да је дискриминација доказана (Grgić et al, 2009: 101).

15 У сврху доказивања често се користе и статистички подаци. О предностима и недостацима статистичких података, као и важности правилног одређивања величине узорка опширније Petrušić, 2014: 48.

одговарајућих одредаба о прерасподели терета доказивања, Србија испуњава своје обавезе на путу хармонизације прописа са прописима Европске уније.¹⁶

Оно што тужилац, у конкретном случају, може да предочи суду јесте чињеница да њега и лица која се налазе у истој ситуацији (упоредници) разликује одређено лично својство (пребивалиште) и да се према њему и лицима чије је пребивалиште у наведеним општинама поступало на различит начин (за разлику од њих, он је остао ускраћен за намирење новчане накнаде у целости на име учешћа у рату у резервном саставу). Управо су лично својство, упоредник и различит третман елементи на основу којих се доказује дискриминација. Оно што он не може да докаже јесте да је разлика у третману управо последица личног својства које поседује, те, стога, терет доказивања да услед наведене радње није дошло до повреде начела једнаких права и обавеза сноси тужени.

Дакле, утврђивање дискриминације подлеже посебном режиму у погледу правила о терету доказивања. На све остало се, међутим, примењују стандардна правила о терету доказивања, сажета у латинској максими *Probatio incumbit ei qui affirmat, non ei qui negat* (терет доказивања је на ономе ко тврди да нека чињеница постоји, не на ономе ко то пориче, наведено према Петрушић, Адамовић, 2012: 46). Иста правила садржана су и у Закону о парничном поступку: Странка која тврди да има неко право, сноси терет доказивања чињенице која је битна за настанак или остваривање права, ако законом није другачије прописано (чл. 231, ст. 2 ЗПП).

Будући да правилима ЗЗД ништа друго није одређено, на накнаду штете насталу као последица учињене дискриминације примењују се правила Закона о облигационим односима^{17, 18}. За претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове због умањења животне активности, наружености, повреде угледа, части, слободе или права личности, смрти блиског лица, као и за страх суд ће, ако нађе да околности случаја, а

16 Правила о прерасподели терета доказивања налазе се у Преамбули Директиве 97/80/ЕС о прерасподели терета доказивања у случајевима дискриминације на основу пола, чл. 8 Директиве 2000/43/ЕС о имплементацији принципа једнаког третмана у поступању независно од расног или етничког порекла и чл. 10 Директиве 2000/78/ЕС којом се утврђује општи оквир за једнак третман приликом запошљавања.

17 Закон о облигационим односима, *Сл. лист СФРЈ*, бр. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука СРЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*, бр. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*, бр. 1/2003 – Уставна повеља, у даљем тексту и 300.

18 Изузев тужбе чији се захтев односи на накнаду штете у оба вида, захтеви осталих унеколико се разликују од класичних кондемпнаторних, осуђујућих захтева (Палачковић, 2011: 68).

нарочито јачина болова и страха и њихово трајање то оправдава, досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете, као и у њеном одсуству. Приликом одлучивања о захтеву за накнаду нематеријалне штете, као и о висини њене накнаде, суд ће водити рачуна о значају повређеног добра и циљу коме служи та накнада, али и о томе да се њоме не погодује тежњама које нису спојиве са њеном природом и друштвеном сврхом (чл. 200-300). У светлу одређивања висине накнаде штете важно је нагласити да, ако се утврди да странци припада право на накнаду штете, на новчани износ или на заменљиву ствар, а висина износа, односно количина ствари, не може да се утврди или би могла да се утврди само са несразмерним тешкоћама, суд ће висину новчаног износа, односно количину заменљивих ствари да одреди по слободној оцени (чл. 232 ЗПП).

Дакле, као и у сваком другом случају када се истиче одштетни захтев, и у антидискриминационим парницама постојање и висина штете није нешто што се подразумева, већ нешто што се доказује. О обавези доказивања постојања штете због претрпљене дискриминације, експлицитно се изјаснио и Апелациони суд у Београду: „Уколико лице не докаже, сходно правилима о терету доказивања, да му је због неког личног својства повређено неко људско или мањинско право зајамчено Уставом, не би могло да оствари право на накнаду нематеријалне штете“ (Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 1933/2013 од 27. 3. 2013. године).

Сам акт дискриминације не представља штету нити сваки акт дискриминације мора имати штету за своју последицу (Боранијашевић, 2015: 185).¹⁹ Управо у тој чињеници лежи један од разлога за прописивањем могућности да се истакне само утврђавни захтев, а све у складу са правилима ЗПП²⁰. Жртва дискриминације, каткад, није претрпела штету дискриминаторским поступањем. Ипак, она (као и други, законом прописани, активно процесно легитимисани субјекти) има право да истакне захтев којим од суда траже да утврди да је тужени дискриминаторски поступао према тужиоцу или другоме (чл. 43, ст. 1, т. 2). У теорији се наглашава да је самостална тужба за утврђење дискриминације оправдана када је жртви дискриминације та врста заштите довољна, али и када „ниједан други захтев, односно тужба не долазе у обзир, јер за њих потребни услови нису испуњени у датом случају“

19 Према општим правилима Облигационог права, противправно је и понашање које не проузрокује штету другоме, него се своди искључиво на кршење правне забране или заповести (*iniuria sine damno*) (Радишић, 2014: 248).

20 Чл. 194, ст. 4 ЗПП: Тужба за утврђење повреде права личности може да се поднесе без обзира да ли је постављен захтев за накнаду штете или други захтев, у складу са посебним законом.

(Водинелић, 2012: 227). Да „повреда било ког права личности, па самим тим и вршење дискриминације у односу на неко лице или групу лица, представља вид нематеријалне штете“, како у коментарисаној одлуци ВКС стоји, било би излишно издвајати захтев за накнаду нематеријалне штете као посебан захтев, када се он, судећи према схватању ВКС, већ подразумева у оквиру деклараторног захтева. Или обрнуто, ако свако неједнако поступање подразумева, уједно, и обавезу дискриминатора да накнади штету, који је онда разлог да утврђавни захтев буде издвојен као самостални правозаштитни захтев у антидискриминационим парницама? У том случају не би постојао правни интерес да се само утврди да је до дискриминације дошло, будући да не постоје додатни услови који треба да буду испуњени приликом оцене да ли је дискриминатор дужан да накнади штету жртви. Једино што би било спорно јесте висина накнаде. То би, даље, значило, да сваки пут када суд утврди да је, на пример, особама са инвалидитетом повређено право на недискриминацију на тај начин што им није обезбеђен приступ бирачком месту, услед недостатка прилазне рампе, или Ромима јер на ресторану стоји натпис „Циганима забрањен улаз“, њима, *a priori*, треба и досудити одређени новчани износ на име накнаде штете.

У погледу висине накнаде штете, из наведене одлуке произилази да је суд, вероватно руководећи се чл. 232 ЗПП, самостално одредио висину накнаде штете, само констатујући да „Повреда било ког права личности, па самим тим и вршење дискриминације у односу на неко лице или групу лица, представља вид нематеријалне штете, јер код дискриминисаних лица изазива осећај неправде, неравноправности у односу на друге грађане, а често и осећај подређености или осећај грађана нижег реда, што код њих изазива душевне болове“. Међутим, да би накнада нематеријале штете била досуђена, потребно је да бол који жртва трпи достиже „одређен, релативно висок степен интензитета и да представља озбиљно нарушавање њене психичке равнотеже“ (Станковић, 1998: 91). Да ли сваки дискриминисани осећа душевни бол? Да ли сваки дискриминисани осећа душевни бол истог интензитета? Да ли то треба да утврди вештак, чији се налаз и мишљење могу коментарисати и побијати у самом поступку, или суд, чија се одлука може побијати само правним лековима?

4. Закључак

Анализирана пресуда ВКС од великог је значаја будући да кроз њено образложење може да се прати начин тумачења суда у погледу правила о прерасподели терета доказивања. Њен значај је утолико већи што је

она, имајући у виду различите факторе, попут чињенице да је о правима ратних резервиста одлучивао и Европски суд за људска права, консеквенци за државу као починиоца дискриминације и друштвене климе у којој је донета, под лупом научне и стручне јавности. Како је у уводу већ наведено, овај рад није имао за циљ да коментарише диспозитив пресуде, нити да оспори да је у конкретном случају требало досудити накнаду штете жртвама дискриминације, већ мотиве и разлоге садржане у образложењу одлуке. Из њега произилази да сваки акт дискриминације носи са собом и обавезу починиоца дискриминације да жртви дискриминације накнади штету, будући да сваки акт дискриминације, неупитно и без изузетка, код сваке жртве дискриминације „изазива осећај неправде, неравноправности у односу на друге грађане, а често и осећај подређености или осећај грађана нижег реда, што код њих изазива душевне болове“. Да је тако, због чега би било могуће истаћи само захтев за утврђење дискриминације? Колико је само морална сатисфакција важна када свака усвајајућа пресуда подразумева и накнаду штете? Након добијања пресуде којом се усваја њен утврђавни захтев, жртва дискриминације би могла да покрене нову парницу у којој би истакла одштетни захтев. Како, судећи према одлуци ВКС, не постоје додатни услови који треба да буду испуњени да би одштетни захтев био усвојен, једино што би у овој парници било спорно јесте висина накнаде штете.

Чини се, ипак, да овакво резонување ВКС није одраз намера које је законодавац имао издвајајући утврђавни захтев као самостални правозаштитни захтев у антидискриминационим парницама. Учинивши то, он је показао да препознаје могућност да има дискриминације без штете, а да је и сама констатација суда, кроз доношење деклараторне пресуде, некада једино што жртва може, а некада и управо оно што жели да добије.

Литература/References

Боранијашевић, В. (2015), Поступак у парницама за заштиту од дискриминације, У: *Правни систем и заштита од дискриминације – прва свеска*, Косовска Митровица. 173–192.

Vehabović, F., Izmirlija, M., Kadribašić, A. (2010). *Komentar Zakona o zabrani diskriminacije sa objašnjenjima i pregledom prakse u uporednom pravu*, Sarajevo.

Водинелић, В. (2012). Садржина грађанскоправне заштите од дискриминације, У: *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*. Београд. 220–240.

Гајинов, М. (2000). Методологија израде пресуде у парничном поступку. *Билтен судске праксе Врховног суда Србије*. 2/2000.

Гојковић, С. (2018). Разумљиво и потпуно образложење пресуде – обавезни стандарди образложеног пресуђивања. *Право на образложену судску пресуду – обавезни стандарди у судским поступцима (Зборник радова)*. Сарајево. 219–227.

Grgić, A., Potočnjak, Ž., Rodin, S., Selanec, G., Šimonović Einwalter, T., Uzelac, A. (2009). *Vodič uz zakon o suzbijanju diskriminacije*. Zagreb.

Petrušić, N. (2014). Upotreba statističkih podataka u antidiskriminacionim parnicama. *Pravni život: tematski broj. Pravo i načelo savesnosti i poštenja*. Београд: Удружење правника Србије, 12 (2014). 33–50.

Петрушић, Н. (2012). Терет доказивања, У: *Судска грађанскоправна заштита од дискриминације*. Београд. 266–273.

Петрушић, Н., Адамовић, А. (уреднице). (2012). *Латинске изреке, правила и изрази из области цивилне процедуре*. Ниш.

Палачковић, Д. (2011), Антидискриминационе парнице, У: *Правни систем и друштвена криза – прва свеска*. Косовска Митровица. 63–79.

Pavlović, Š. (2009). *Komentar zakona o suzbijanju diskriminacije sa sudskom praksom, komplementarnim propisima, priložima i stvarnim kazalom*, Zagreb.

Радишић, Ј. (2014). *Облигационо право*. Ниш.

Станковић, О. (1998). *Накнада штете*. Београд.

Тасић, А. (2016). *Поступак у парницама за заштиту од дискриминације (докторска дисертација)*. Ниш.

Tasić, A. (2013). Instrumenti za ujednačavanje sudske prakse, *Pravni život: tematski broj. Pravo i dostojanstvo – Beograd: Udruženje pravnika Srbije*. 12 (2013). 93–106.

Директива 97/80/ЕС о прерасподели терета доказивања у случајевима дискриминације на основу пола.

Директива 2000/43/ЕС о имплементацији принципа једнаког третмана у поступању независно од расног или етничког порекла.

Директива 2000/78/ЕС, којом се утврђује општи оквир за једнак третман приликом запошљавања.

Правилник о накнади путних и других трошкова у војсци Југославије. *Војни службени гласник*. 38/93, 23/93, 3/97, 11/97, 12/98, 6/99 и 7/99.

Закон о забрани дискриминације. *Сл. гласник РС*. 22/2009.

Закон о облигационим односима. *Сл. лист СФРЈ*. 29/78, 39/85, 45/89 – одлука СРЈ и 57/89, *Сл. лист СРЈ*. 31/93 и *Сл. лист СЦГ*. 1/2003 – Уставна повеља.

Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014.

Закон о уређењу судова. *Сл. гласник РС*. 116/2008, 104/2009, 101/2010, 31/2011 – др. закон, 78/2011 – др. закон, 101/2011, 101/2013, 106/2015, 40/2015 – др. закон, 13/2016, 108/2016 и 113/2017.

Устав Републике Србије. *Сл. гласник РС*. 98/2006.

Мишљење и препорука Поверенице за заштиту равноправности 802/2011 од 26. 7. 2011.

Вучковић и други против Србије (представка број 17153/11 и 29 других предствавки)

П 245/15 од 30. 6. 2015. године, Виши суд у Београду.

Гж 5993/15 од 22. 10. 2015. године, Апелациони суда у Београду.

Гж 1933/2013 од 27. 3. 2013. године, Апелациони суд у Београду.

Рев 117/2016 од 31. 8. 2016. године.

Anđelija Tasić, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**BURDEN OF PROOF IN ANTIDISCRIMINATION CASES: CASE
LAW OF THE SUPREME COURT OF CASSATION**

Summary

Civil procedure in antidiscrimination lawsuits is a relatively new type of special litigation procedure, which still presents a challenge for both legal theoreticians and practitioners. Having in mind the position of the plaintiff in antidiscrimination proceedings, the legislator has prescribed the rules on shifting the burden of proof, following examples of good comparative practice. However, recent Supreme Court of Cassation case law shows that there is still room for clarifying certain provisions of the Anti-Discrimination Act. In particular, it is still questionable who proves what, and with which amount of certainty. In this paper, the author aims to answer this question and point out to other disputable issues, especially the correlation between the claim to establish discrimination and the claim for damage compensation.

Key words: *anti-discrimination lawsuits, burden of proof, claim to establish discrimination, damage compensation.*

III РАДОВИ СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА

Марија Драгићевић,*
Асистент Правног факултета,
Универзитет у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878335D

UDK: 331.109(497.11)
Раđ примљен: 13.10.2017.
Раđ прихваћен: 24.04.2018.

МОГУЋЕ ИЗМЕНЕ ДОМАЋЕГ ЗАКОНОДАВСТВА О СУДСКОМ РЕШАВАЊУ РАДНИХ СПОРОВА ПО УГЛЕДУ НА НЕМАЧКИ МОДЕЛ РАДНОГ СУДСТВА**

Апстракт: *Раđни спорови се у Републици Србији решавају пред судовима опште надлежности, према правилима опште парничне процедуре, уз малу специјализацију поступка, која је на линији његовог убрзања, уз нешто шира овлашћења суда. У поступку у парницама из радног односа, а нарочито приликом одређивања рокова и рочишта, суд је дужан да посебно води рачуна о потреби хитног решавања радних спорова. Међутим, судску праксу решавања радних спорова карактерише неуједначеност и неефикасност. Раđни спорови се не завршавају брже од грађанскоправних, који се, такође, не завршавају у разумним роковима. С тим у вези, у раду је извршена анализа немачког модела радног судства, као несумњиво једног од најбољих модела решавања радних спорова, с циљем да се боље сагледају законска решења која доприносе његовом квалитету, а која би била применљива и за наш правосудни систем. На основу поређења са постојећим решењима у законодавству Републике Србије, у раду је дат краћи приказ могућих измена домаће регулативе о судском решавању радних спорова.*

Кључне речи: *раđни судови, решавање радних спорова.*

* marijad@prafak.ni.ac.rs

** Раđ представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (број пројекта 179046), који финансира Министарство науке, просвете и технолошког развоја.

1. Увод

Радноправни односи представљају посебну групу друштвених односа чији су значај и важност опредељени значењем који има сам рад за изградњу земље, подизање животног стандарда људи, за њихов свестрани развитак, као и за развој производних снага, повећање продуктивности рада и пораст друштвеног благостања (Балтић, 1963: 10). Стога су и радни спорови од посебне важности за друштво. По неким ауторима, то су најважнији правни спорови у друштву, и то не само због тога што одређена врста радних спорова подразумева учешће већег броја лица, већ због саме везаности ове врсте спорова за питање егзистенције, слободе и достојанства човека (Стојановић, 2007: 12). Ако се прихвати чињеница да је постојање спорова у радним односима неизбежно у сваком друштву, онда је стварање ефикасног система њиховог решавања циљ којем се тежи. Тај циљ је могуће остварити само ако друштво има адекватне методе и институције за решавање спорова. Једна од могућих метода решавања радних спорова је увођење судова специјализованих за решавање радних спорова. „Основни аргумент у прилог специјализације судства за радне спорове, укључујући и специјализацију поступка, је потреба да се постигне што већа ефикасност решавања радних спорова – што је у интересу и послодаваца и запослених, уз што мање трошкова поступка (нарочито на страни запослених), имајући у виду низ специфичности ове врсте правних спорова, мноштво извора хетерономног и аутономног права, као и међународних извора права“ (Лубарда, 2013: 771–772).

Наведени разлози утицали су на опредељење аутора да у свом раду, коришћењем упоредноправног метода, изложи законску регулативу, теоријска схватања и праксу решавања радних спорова у СР Немачкој, као држави која има дугу традицију и значајан успех у решавању радних спорова. Значај централне теме рада произилази из најмање два разлога. *Први разлог* је што СР Немачка, без сумње, спада у ред држава које имају најбоље развијен систем решавања радних спорова. Немачко законодавство и праксу у решавању радних спорова карактеришу дуга традиција, разноврсност метода решавања, висок квалитет у решавању истих и специјализовано радно судство (Стојановић, 2007: 28). Због наведених, и бројних других, карактеристика, немачки систем радног судства се често узима као огледни пример на основу којег се конципирају поједини системи радног судства у свету. *Други разлог* тиче се нашег правосудног система чије су главне одлике неуједначеност судске праксе и неефикасност, те је у оквиру реформе правосуђа потребно уредити и систем судског решавања радних спорова. Прописи о остваривању права и обавеза из радног односа, а међу њима и прописи о заштити права и радним споровима, прошли су у

Републици Србији кроз више различитих фаза и система правила. Могућа су различита поређења и извлачење одговарајућих закључака о будућем правцу кретања. Ипак, чини се да је за тражење одговарајућих решења за ново законодавство у овој области корисно имати извесне анализе, а нарочито њихово поређење са упоредноправним решењима. Недостатак потпунијих истраживања у овој области и занемаривање одговарајућих упоредноправних решења, адекватних и за наш социјално-економски амбијент, могу као резултат имати нова непотпуна и неадекватна решења (Брајић, 2001: 313). Полазећи од наведеног, аутор је у раду настојао да кроз анализу основних карактеристика немачког система радног судства препозна законска решења која доприносе његовом квалитету, а која би била применљива и у нашој земљи.

2. Радни судови у Немачкој

„Немачко законодавство и праксу у решавању радних спорова карактеришу дуга традиција, разноврсност начина (метода) решавања,¹ висок квалитет у решавању истих и специјализовано радно судство, те су били предмет проучавања и преузимања од стране већег броја држава у свету“ (Стојановић, 2007: 28)².

Успостављање независне надлежности радних судова у СР Немачкој је резултат сталног развоја правне политике. Већ почетком 19. века послодавци су били заинтересовани за оснивање институција које би могле да решавају радне спорове узимајући у обзир потребе пословне праксе (Schmidt, 2014: 5). Док корени немачког радног судства датирају из 19. века, стварна полазна тачка његовог развоја је Закон о радним односима из 1926. године (Vranken, 2009: 112). Ступањем на снагу овог закона, радни судови су добили ексклузивну надлежност за решавање радних спорова (Weiss, 1994: 4). Међутим, Закон о радним односима се односио само на оснивање радних судова првог степена. Апелациони судови су наставили да буду део редовне надлежности (Schmidt, 2014: 6).

У Трећем рајху „немачки раднички фронт“ заменио је синдикате и удружења послодаваца. Надлежност радног суда над питањима колективног радног права одмах је укинута, а задржана је само у индивидуалним радним споровима. По завршетку рата, радни судови су били међу првим

1 Разноврсност метода решавања радних спорова је значајна особеност и карактеристика немачког законодавства и праксе. У СР Немачкој, радни спорови се могу решавати интерним путем (на радном месту, код послодавца), мирењем, посредовањем, арбитражним механизмима, као и судским путем (Waas, 2016: 137).

2 Слично и: Weiss, Simitis, Rydzy, 1984: 99.

институцијама које су повратиле своје надлежности из претфашистичког периода. Они су стално повећавали своју надлежност током педесетих година (Blankenburg, Rogowski, 1986: 70). Специјализација судства за решавање радних спорова у свим инстанцама је изведена Законом о радним судовима од 1953. године (*Arbeitsgerichtsgesetz – ArbGG*), којим је уређена организација, надлежност и поступак пред радним судовима.³ Према овом закону, радни судови су добили ексклузивну надлежност у грађанским споровима који произилазе из колективних и појединачних уговора о раду, споровима који се тичу незаконитих активности у вези са штрајком или другим обликом индивидуалних сукоба, као и питањем слободе удруживања (Givry, 1968: 367). Радни суд је, такође, овлашћен да суди у споровима који произилазе из поступка установљавања и функционисања савета запослених и признавања права на колективно преговарање. Наведени закон, који је извор позитивног законодавства СР Немачке, више пута је новелиран. Најновије измене извршене су чланом 2 Закона о јачању аутономије социјалних партнера од 11. августа 2014. године (*Tarifautonomiestärkungsgesetz*), као и 23. децембра 2016. године (Waas, 2016: 135). Поред наведеног, важан извор права у поступку пред радним судовима јесте и Закон о убрзању поступка пред радним судовима (*Arbeitsgerichtbeschleunigungsgesetz*) (O. Davies, 1980–1981: 29; Hepple, Veneziani, 2009: 266–268; Weiss, 1994: 3–4; Blankenburg, Rogowski, 1986: 69–71; Стојановић, 2007: 28–29).⁴

3 Закон о радним судовима СР Немачке (*Arbeitsgerichtsgesetz* даље у фуснотама *ArbGG*). Преузето 13. 7. 2017. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/arbagg/gesamt.pdf>. Истовремено са институционализацијом специјализованог судства за заштиту социјално-економских права у Савезној Републици Немачкој, педесетих година XX века, установљено је специјализовано радно и социјално судство у Демократској Републици Немачкој, које је било прилагођено социјалистичком друштвеном уређењу (Davies, 1980–1981: 43–45; Божовић, 2015: 2026).

4 Интересантно је да, упркос неспорној чињеници изузетне успешности немачког система специјализованих радних судова, у СР Немачкој је вођена веома оштра расправа о реинтеграцији радних судова у редовно судство, уз постојање посебних одељења (панела, већа) који би били надлежни за решавање радних спорова. Идеја водиља таквих промена је смањење трошкова судског поступка. Заговорници ове идеје углавном наводе да би се на наведени начин повећала унутрашња мобилност судија, те би се штедња трошкова остварила кроз чињеницу да би тада професионалне судије редовног суда биле мултифункционалне: према потреби би судиле у грађанским, кривичним, као и радним споровима (Steenkamp, 2006: 23–24). Овакве идеје, оживљене 2011. године од стране министарства правде, наишле су на готово јединствено противљење стручне јавности (Aust-Dodenhoff, 2004: 24). По оцени проф. Weiss-а, ово би довело до ситуације да појединац специјализован за радно право и посвећен овој области више не би био заинтересован да постане судија. Тип судије би се променио: већима би председавали судије генералисти, а не специјалисти. Ово би био велики

2.1. Организација немачких радних судова

Одлика немачког судског система је висок степен специјализације судства, што подразумева пет судова специјалних надлежности подједнаког статуса. То су, поред судова опште надлежности, и административни, финансијски, социјални и радни судови. Сви судови специјалне надлежности су истог ранга и сваки је независан од другог (Schmidt, 2014:1).

Немачки систем радних судова је тростепен. У оквиру радног судства постоје радни судови организовани на нивоу федералних јединица, апелациони или покрајински (земаљски) радни судови, организовани такође на нивоу федералних јединица, и Савезни радни суд (Weiss, 1987: 96).

У првом степену суде *радни судови (Arbeitsgerichte – ArbG)*. Првостепени радни судови се оснивају у федералним јединицама (покрајинама). Радни судови суде у већима (панелима) које чини неколико чланова. Код радних судова (као и код покрајинских) они се називају коморама (Weiss, 1987: 96). *Покрајински (земаљски) радни судови (Landesarbeitsgerichte – LAG)* по правилу су организовани на нивоу федералних јединица. Представљају другостепене судове, који доносе одлуке у поступку по изјављеним жалбама на првостепене одлуке у радним споровима (Weiss, Schmidt, 2008: 193–194). *Савезни радни суд (Bundesarbeitsgerichte – BAG)* одлучује у трећем степену, по изјављеним ванредним правним лековима. Као врховни суд за радне спорове, поред старања о обезбеђењу правичности у појединим споровима, врши и уједначавање јединствене судске праксе у тим

губитак за радно судство, према мишљењу професора Weiss-а. Зато, саветује он, приликом процене целисходности наведеног решења треба узети још неке околности. Пре свега, чињеницу да између радника/синдиката, на једној страни, и послодаваца/ удружења послодаваца, на другој страни, постоји начелни споразум да владавина права треба да управља њиховим односима. Отуда је улога закона и надлежност радних судова за одлучивање о радном спору неспорна. Друго, у СР Немачкој је начело трипартизма дубоко везано за општу економску и социјалну филозофију и играло је значајну улогу у доношењу одлука од социо-економског значаја. Трипартизам је карактеристика система индустријских односа као целине, па и радних судова у којима на одређени начин партиципирају социјални партнери (Steenkamp, 2006: 23–24). Стога су и одлуке радних судова широко прихваћене. Поред тога, у систему радног судства процедуралне улоге су посебно обликоване у складу са специфичним карактеристикама радног спора, те је специјализовано судство неопходно да би се компетентно стварало прецедентно право, које је уобичајено у овој области (Nielebock, 2004: 28). Зато се синдикати, удружења практичара и професори радног права, строго противе оваквим предлозима промена.

споровима.⁵ Првостепене и другостепене радне судове не обавезује судска пракса Савезног радног суда, осим у случајевима укидања нижестепених пресуда у конкретним радним споровима. Ипак, судска пракса је значајна за свакодневни рад нижестепених радних судова. Покрајински радни судови су увек дужни да допусте ревизију или правну жалбу против појединих одлука, ако се исте разликују од праксе Савезног радног суда.⁶ Своју надлежност Савезни радни суд спроводи преко више већа (сената) и тзв. Великог већа (Weiss, 1994: 7).⁷

2.2. Састав немачких радних судова

Сви радни судови у СР Немачкој, у складу са Законом о радним судовима, формирани су на принципу трипартизма. Судови у сва три степена одлучују у већу, које се састоји од професионалних судија, као представника државе, и судија поротника из редова социјалних партнера, тј. представника радника и послодаваца (Windel, Tong-Shuan, 2012: 330).⁸

Првостепени и покрајински радни судови суде у већу које чине три судије, при чему је председник већа професионални судија, а друга два члана су судије поротници, и то један из реда послодаваца и један из реда радника. Савезни радни суд суди у већу од пет судија, при чему су троје

5 Иако је за послове управљања и службеног надзора над Савезним радним судом надлежно Савезно министарство за рад и социјална питања у договору са Савезним министарством правде, ови радни задаци су делегирани на председника Савезног радног суда (Schmidt, 2014: 19).

6 Савезни радни суд је од оснивања 1957. године до 1999. године имао седиште у Каселу. Након поновног уједињења Немачке, Савезни радни суд је премештен у Ерфурту, у новембру 1999. године, на основу одлуке немачког Бундестага (Weiss, Schmidt, 2008: 150).

7 Велики сенат ради на уједначавању судске праксе, како се не би дешавало да се поводом истих питања у суду заузимају различити ставови. Веће Савезног радног суда има право да од Великог сената затражи мишљење о одређеним питањима значајним за решавање одређеног спора. Велики сенат је дужан да у разумном року да тражено мишљење, трудећи се да оно буде аргументовано и на закону засновано. Он може да одлучује и без усмене расправе, али има овлашћења да расправља само о правним питањима. Састоји се од председника, по једног професионалног судије из сваког већа, троје судија поротника именованих на предлог репрезентативног синдиката и троје судија поротника именованих на предлог репрезентативног удружења послодаваца, у складу са законом. Због оваквог састава, може се догодити да се, приликом гласања, гласови чланова Великог сената поделе, те је у тој ситуацији законом прописано да је одлучујући глас председавајућег (Weiss, Schmidt, 2008: 150).

8 Каријера професионалних судија у немачким радним судовима је одвојена од система судова опште надлежности и по правилу је усмерена ка напредовању у оквиру система радног судства (Blakenburg, Rogowski, 1986: 69–71; Steenkamp, 2006: 23–24).

професионалних судија (један од њих је увек председник већа) и двоје судија поротника.⁹

Професионалне судије и судије поротници су независни у свом раду и не могу добијати упутства од било ког субјекта који је учествовао у поступку њиховог избора, нити могу бити опозвани.¹⁰ Приликом одлучивања у трипартитном већу све судије имају једнако право гласа, па се одлуке доносе већином гласова.

Именовање професионалних судија. – Професионалне судије првостепеног и покрајинског (земалског) радног суда, које се после три године рада именују на трајан, временски неодређен, мандат, заједнички бирају министар рада и социјалних питања и министар правде на нивоу федералне јединице, уз претходно мишљење/учешће Саветодавног комитета, који има трипартитни састав – чланови комитета који представљају радно судство, чланови комитета именовани са листе кандидата коју сачињавају синдикати радника и удружења послодаваца (Weiss, Schmidt, 2008: 151).¹¹ Из наведене процедуре избора судија, у којој наглашену улогу имају министарство за рад и социјални партнери, јасно је да кандидати за судије радних судова повећавају своје шансе за избор уколико имају посебна знања из области индустријских односа (Vranken, 1988: 500–502; Weiss, 1994: 8). Професионалне судије Савезног радног суда именује председник СР Немачке на заједнички предлог савезног министра за рад и социјалне послове и Изборног комитета за савезне судије, који сачињавају у паритетном броју министри рада и социјалних послова федералних јединица и чланови које бира савезни парламент, уз консултовање савезног министра правде, као и посебног тела које представља интересе професионалних судија Савезног радног суда (али без права на вето) (Weiss, Schmidt, 2008: 151). За разлику од права на одређено учешће у

9 Како је Савезни радни суд надлежан да одлучује о правним, а не о чињеничним питањима, последично, професионални елемент има у овом суду већи значај него у судовима нижег ранга који одлучују и о чињеничним питањима (Weiss, Schmidt, 2008: 150).

10 Независност лица која су изабрана да пресуђују у судским поступцима је кључни фактор у осигурању доношења правилне одлуке и њеног прихватања од страна у спору. Члан 97(1) Основног закона, део 1 Закона о уставним судовима и део 25 Закона о немачком правосуђу прописују да све судије морају бити независне. Наведено значи да у тумачењу и примени правних прописа судије не смеју бити руковођене никаквим инструкцијама. Од њих се захтева да одлуке доносе независно и у оквиру прописа. Ово се односи не само на професионалне, већ и на судије лаике (Waas, 2016: 158).

11 Након истека периода од три године судије се бирају трајно на судијску функцију. Они не могу бити опозвани. У други суд се могу преместити само под условом да се са тим сагласе, чак и ако би премештај подразумевао њихово напредовање (Weiss, 1994: 8).

поступку избора професионалних судија првостепеног и другостепеног суда, у поступку избора професионалних судија Савезног радног суда нису предвиђена партиципативна права синдиката запослених и удружења послодавца.

Именовање судија поротника. – Судије поротници првостепеног и покрајинског радног суда постављају се за период од пет година, од стране министра рада и социјалних послова одговарајуће федералне јединице са листе одговарајућих гранских синдиката и гранских удружења послодаваца на подручју радног суда (Weiss, 1994: 9).

2.3. Надлежност немачких радних судова

Радни судови у СР Немачкој надлежни су за решавање индивидуалних радних спорова и правних колективних радних спорова, док се интересни колективни радни спорови решавају алтернативним методама и методама колективног деловања (индустријске акције) (Weiss, 1994: 4–6).¹² Стварна надлежност радних судова је дефинисана помоћу критеријума поступка за решавање спора, па се тако разликују спорови који се решавају у поступку доношења пресуде и спорови који се решавају у поступку доношења решења (Стојановић: 2007: 31).

Немачки радни судови одлучују о индивидуалним радним споровима, као врсте грађанских спорова посебне врсте, у поступку за доношење пресуде, с тим да њихова надлежност за решавање индивидуалних радних спорова може бити искључива или изборна. Колективни радни спорови се делимично решавају у поступку за доношење пресуде, а делимично у поступку за доношење решења.¹³

Посебно овлашћење радних судова у области колективних радних односа јесте право на издавање привремене мере забране индустријске акције

12 Остали судови имају само надлежност у погледу маргиналних питања. На пример, административни судови су надлежни ако државни службеник одбије да прекине штрајк и дође на посао. Општи судови су надлежни за штрајк који не воде синдикати, већ друга удружења запослених која немају способност да буду учесници колективног преговарања или у случају спорова између синдиката и њихових чланова у вези искључења из чланства (Neumann, 1993: 26).

13 Иако је број колективних радних спорова који се решавају пред немачким радним судовима знатно мањи у односу на број индивидуалних радних спорова, значај поступања радних судова у области колективног радног права је много већи, из разлога што судови својим одлукама уобличавају структуру колективног преговарања, колективног деловања и саодлучивања (Weiss, Schmidt, 1994: 157).

(штрајка или локаута), ако суд процени да би прибегавање индустријској акцији могло изазвати несразмерну штету.¹⁴

2.4. Странке и њихови заступници

Страначку способност у поступку пред радним судовима имају запослени и послодавци, ако је у питању индивидуални радни спор, односно синдикат и послодавац, односно удружење послодаваца, ако је у питању колективни радни спор.¹⁵ Поред тога, у поступку пред немачким радним судовима страначку способност имају и савети запослених, као и највиши органи рада савезне државе, односно највиши органи рада оних покрајина у којима су формиран синдикати или удружења послодаваца (Weiss, Schmidt, 2008: 153; Weiss, 1994: 98; Брковић, 2003: 98–99).

Странке могу пред радним судовима да воде поступак саме или преко заступника.¹⁶ Пред првостепеним и другостепеним судовима странке

14 Упркос чињеници да су, према Закону о радним судовима у СР Немачкој, судови овлашћени да спрече ширење индустријске акције, у стварности судови имају само миноран утицај на њихово ширење. Странке у индустријском сукобу ретко подносе захтев за издавање привремене мере забране. Међутим, индиректни утицај судова не треба бити потцењен, јер су стране у индустријском спору свесне да могу тужити за накнаду штете након завршетка акције (Neumann, 1993: 28).

15 За разлику од многих других земаља, у СР Немачкој на страни запослених као странка у поступку може се појавити не само синдикат већ и запослени самостално. Синдикати немају могућности да спрече запослене да поднесу тужбу суду. Ово правило одговара дубоко укоренејој филозофији самосталности и достојанства запослених, као и једнаког третмана свих појединаца. Успех запослених на суду, ипак, треба критички сагледати. Док је већина судских поступака покренута од стране запослених, а не послодаваца, у преко 80% случаја тужбе су поднете након престанка радног односа. Док радни однос још постоји запослени се плаше да туже суду. Било да су у праву или не, постоји страх од реваншизма. Нема сумње да би се овај страх смањило ако би колективни заступници имали искључиву надлежност за покретање судског поступка (Weiss, 1994: 9–10).

16 Према *ArbGG* из 1926. године, адвокатима је било забрањено да заступају странке пред првостепеним радним судом: само су представници синдиката имали то овлашћење. Питање ко би требало да буде заступник странака пред радним судом је било предмет веома жестоке дебате за време Вајмарске републике. Сада је ова дебата само од историјског значаја. Према члану 11 *ArbGG*-а адвокати, као и правни заступници синдиката и удружења послодаваца могу бити заступници странака пред првостепеним радним судом. Док су правни заступници удружења послодаваца најчешће адвокати, то није случај са заступницима синдиката. Најчешће су то лица којима синдикати нуде посебне тренинге и програме обуке да развију своја знања потребна за заступање странака пред судом. У пракси се заступање од стране адвоката повећава, док се заступање од стране правних представника синдиката смањује (Weiss, Schmidt, 2008: 153).

у поступку могу заступати адвокати и представници синдиката или удружења послодавца, као и представници савеза струковних удружења, под условом да је заступник овлашћен статутом или преко пуномоћја странке и да је странка члан тог удружења или савеза. Пред Савезним радним судом странке морају да буду заступане од стране адвоката.¹⁷ Право заступања има сваки адвокат који има дозволу за рад било ког немачког суда (Брковић, 2003: 98).¹⁸

2.5. Поступак пред радним судовима

„У немачком законодавству нема дефиниције појма радног спора, већ се одређење истог врши на основу поступка решавања радног спора“ (Стојановић, 2007: 31). Радни судови су надлежни за решавање правних радних спорова. Разликовање између индивидуалних и колективних радних спорова, иако карактеристично за немачко право, није од значаја за радне судове, будући да су исти надлежни и за једну и за другу врсту спорова (Weiss, 1994: 4). Међутим, постоји неколико процедуралних особености у зависности од тога да ли је реч о индивидуалним или колективним радним споровима. У том смислу, у *ArbGG*-у се прави разлика између: 1) поступка за доношење пресуде (*Urteilsverfahren*) у коме се одлучује о индивидуалним радним споровима, и 2) поступка за доношење решења (*Beschlussverfahren*) у коме се одлучује о колективним радним споровима (Стојановић, 2007: 31).¹⁹

Специфичност немачког радног законодавства је постојање низа решења која за циљ имају убрзање поступка, и то: начело концентracије поступка, непостојање института судског одмора, краћи рокови за предузимање парничних радњи у односу на општи парнични поступак, привремене мере, забрана враћања на ново суђење у поступку по жалби и превремено принудно извршење. Посебан квалитет немачком радном судству даје и висок степен ефикасности у решавању радних спорова.²⁰ Овоме треба

17 Овакво законско ограничење је последица правила да Савезни радни суд одлучује само о правним, али не и о чињеничним питањима (Weiss, Schmidt, 2008: 153–154).

18 Наведеним решењем незадовољан је Савезни радни суд јер се неретко дешава да адвокати немају потребна знања из области радног права (Weiss, 1994: 98).

19 Чл. 23а *ArbGG*.

20 Ефикасност радног судства потврђују статистички подаци: у 2012. години више од 85% од 403.550 поступака вођених пред радним судовима је окончано у року од 6 месеци. У свега 4% случаја је уложена жалба, а у 62% случаја поступак по жалби је окончан у року од 6 месеци (Извор: Федерална статистичка канцеларија „Ausgewählte Zahlen für die Rechtspflege“ Fachserie 10 Reihe 2.8, 2012; нав. према: Schmidt: 2014: 13). У 2014. години је пред радним судовима вођено укупно 381.965 поступака. У

додати и чињеницу да судије посвећују велику пажњу проучавању предмета спора, припремању главне расправе, расправљању са странкама и њиховим заступницима. Због наведених карактеристика систем радног судства СР Немачке се у новије време узима као огледни пример и постаје модел на основу којег су конципирани поједини системи радног судства у свету (Стојановић, 2008: 30).

Концентрација поступка. – „Идеал поступка за доношење пресуде јесте добро припремање главне расправе како би, по могућности, могла да буде закључена на једном рочишту (начело концентрације поступка)“ (Божовић, 2016: 84).²¹ Да би такав идеал могао да се оствари неопходно је да се главна расправа темељно и квалитетно припреми. Због тога су суду, у тзв. припремном поступку, дата широка овлашћења (начело официјелности), те суд има могућности да изводи и доказе које странке нису предложиле, као и да од странака захтева додатна изјашњења и појашњења. Уколико странка у року који суд одреди не достави доказе односно допуне и објашњења у вези са тужбеним захтевом, прети јој преклузија. Суд ће уважити закаснеле допуне, објашњења и доказе, само ако то не би проузроковало продужење поступка или ако странка закашњење накнадно оправда.²² Ако закључење расправе на једном рочишту, упркос наведеном, није могуће, суд ће заказати следеће рочиште у најкраћем могућем року (Weiss, Schmidt, 2008: 154–155).²³

Убрзање поступка. – Важност убрзане процедуре је наглашена у немачком радном законодавству.²⁴ У циљу убрзања поступка одређени рокови су краћи. Тако, рок који мора протећи између уручења тужбе и првог рочишта је седам дана, док је у парничном поступку најмање две недеље.²⁵ Пресуда

368.223 случајева поступке су покретали запослени, синдикати и савети запослених. Отпуштање је било предмет спора у 201.354. случаја. Само 28.762 случаја је окончано судском одлуком. Супротно томе, 236.689 случаја се завршило поравнањем (било на суду или вансудски). У поступцима који су се односили на постојање радноправног односа, тј. утврђивања законитости решења о отказу уговора о раду, време окончања поступка је било следеће: 62.825 случајева је завршено за месец дана, 90.342 случаја је завршено у периоду до три месеца и 21.461 случај у периоду од шест до дванаест месеци. Само је у 3.306 случајева поступак трајао више од дванаест месеци (Извор: Waas, 2016: 157).

21 Чл. 56 ArbGG.

22 Чл. 56/2 ArbGG.

23 Упркос наведеном, у немачкој правној теорији се као слабост поступка у радним споровима наводи да суд нема довољно могућности да обезбеди концентрацију поступка и правовремено тумачење навода странака у спору.

24 Чл. 9 ArbGG.

25 Чл. 47/1 ArbGG.

се, по правилу, објављује на рочишту на којем се закључује расправа, а само у изузетним случајевима суд може одложити објављивање пресуде, али за веома кратак рок.²⁶ Осим тога, у радном судству не постоји институт судског одмора, предлагање нових доказа пред покрајинским судом је ограничено, а покрајински суд не може да врати предмет нижем суду на поновни поступак због повреде правила поступка.²⁷

Рочиште за мирње. – Суд је дужан да пре одржавања рочишта за главну расправу закаже посебно рочиште за посредовање (нагодбу, медијацију, постизање компромиса), које професионални судија одржава сам, без судија поротника, и на коме судија на суптилан начин странкама износи своје правно схватање конкретног предмета спора. Правна оцена судије има велики утицај на странке, тако да се чак 30% спорова заврши на рочишту за медијацију (Weiss, Schmidt, 2008: 154).²⁸ Покушаји судије да странке реше спор мирним путем настављају се кроз цео судски поступак. Како би избегле трошкове судског поступка и неизвесности у вези са сведоцима и другим врстама доказних средстава, странке врло често постижу поравнање у каснијим фазама поступка, тек након што одреде које доказе планирају да поднесу суду (Blakenburg, Rogowski, 1986: 82; Burgess, Corby, Latreille, 4). И у овој фази поступка судија може, на основу своје правне оцене случаја, поновити мишљење о томе како се спор може решити, чиме се обема странкама даје увид у то какву одлуку могу очекивати (Blakenburg, Rogowski, 1986; 82).

Превремено извршење. – Тужена страна у поступку има право да током целог поступка поступи по тужбеном захтеву тужиоца, како би се започети поступак окончао, а настали спор превазишао. Тим пре, такво поступање могуће је по доношењу првостепене пресуде суда, чак и у случају да није наступила правноснажност. Штавише, у појединим случајевима, пресуде радних судова, на захтев оштећене стране, могу се привремено принудно извршити, ако су за то испуњени сви законом предвиђени услови.

26 Чл. 60 ArbGG.

27 Резултат оваквих законских решења је прилично висок проценат случајева који су решени релативно брзо. (Aaron, 2014: 25).

28 Године 2012, на пример, чак 59% од свих случајева (у просеку 234.920) решено је поравнањем (Извор: Савезно Министарство за рад и социјална питања – „Tätigkeit der Arbeitsgerichte (Deutschland), 2012.). Из овог разлога, рочиште за поравнање пред радним судовима је веома добро прихваћено од стране коментатора Закона о радним судовима (вид. J. Francken, *Das Arbeitriht als Multi-Door Courthouse*, Neue Juristische Wochenschrift, vol. 59, бр. 59, 2006, стр. 1103–1107). Ипак, постоје и критичари који тврде да су у многим случајевима странке скоро присиљене од стране судија да прихвате поравнање (V. Rieble, Interview in *Impulse* (business magazine), 26. Jan., 2012); Нав. према: Waas, 2016: 159.

Међутим, ако се тужени противи оваквом начину извршења, тврдећи да би му се таквим извршењем нанеле последице које се више не би могле исправити, радни суд је дужан да процени да ли су испуњени сви услови за принудно извршење. У случају да је противљење тужене стране по оцени суда основано, суд ће у тексту пресуде искључити могућност привременог принудог извршења (Брковић, 2003: 119).²⁹

Забрана повраћаја на ново суђење. – У циљу убрзања поступка решавања радних спорова, као и што мањег и боље предвидивог трошковног ризика, Законом о радним судовима је одређено да због повреде правила поступка од стране радног суда није допуштено враћање предмета на поновно суђење. Повреде правила поступка могу настати када је суд приликом предузимања неке радње пропустио да примени неко процесно правило или га је погрешно применио.³⁰ Закон о радним судовима одређује апсолутну забрану укидања првостепених пресуда и враћање предмета првостепеном суду на поновни поступак. И у парничном поступку у СР Немачкој виши суд има овлашћења да о захтеву, на основу нове јавне расправе, самостално и коначно одлучи, а не да враћа првостепеном суду на поновно суђење. Ипак, за разлику од Закона о радним судовима, Закон о парничном поступку допушта да виши суд, у случају одређених тежих повреда правила поступка, може да побијану пресуду укине и предмет врати првостепеном суду на поновни поступак (Стојановић: 2007: 48).³¹

Трошкови поступка. – Судске таксе у радним споровима су доста ниже у односу на таксе у парничном поступку и доспевају за плаћање тек по окончању поступка у сваком степену, те странке немају обавезу да унапред уплате трошкове поступка (предујам). За одређене колективне радне спорове таксе се уопште не плаћају (Schmidt, 2014: 16). Обрачун вредности предмета спора: када је предмет спора постојање, непостојање или отказ радног односа, као основ се узима износ накнаде за рад коју би запослени

29 Чл. 62 ArbGG.

30 Чл. 68 ArbGG.

31 Такав је, на пример, случај са пресудама пре чијег доношења суд није уопште спровео мериторан поступак – одбацивање тужбе, пресуда због изостанка итд. Строго одређење које вишем суду у радном спору у целини забрањује да побијану пресуду укине и предмет врати суду на поновни поступак у великој мери утиче на убрзање тока и економичност поступка, као веома значајним начелима решавања радних спорова. Упркос томе, ово решење је у немачкој правној теорији било предмет честе критике, нарочито због тога што у одређеним случајевима практично значи да је странка прикраћена за једну инстанцу; Udo Isenhardt, *Das Berufungsverfahren, Festschrift zum 100 jaehrigen Bestehen des deutschen Arbeitsgerichtsverbandes*, Luchterhand, Berlin, 1994, стр. 355; Нав. према: Стојановић, 2007: 48.

остварио да је радио у периоду од три месеца, а судске таксе представљају само мали проценат овог износа (Weiss, 1994: 14).

У поступку пред првостепеним радним судом, странка која добије спор нема право на накнаду трошкова пуномоћника и трошкова због утрошеног времена (Waas, 2016: 157).³² У другостепеном и трећестепеном поступку, странка која изгуби спор, мора платити судске трошкове супротне стране, поред сопствених. Пред другостепеним судом, запосленог који је члан синдиката може заступати представник синдиката, без накнаде. Чланство у синдикату, међутим, не значи аутоматски понуду заступника у овој фази поступка. Синдикати одлучују у сваком конкретном случају да ли су вољни да понуде бесплатну правну помоћ у поступку по жалби. То зависи од процене синдиката о шансама запосленог да успе у спору.³³

Поступак по правним лековима. – Рок за изјављивање жалбе на одлуке радног суда износи месец дана. У складу са измењеном регулативом, жалба је дозвољена ако вредност предмета спора прелази 600 евра, ако је у питању спор о постојању радног односа, и ако првостепени суд дозволи жалбу (Weiss, Schmidt: 2008: 155). У последњем, трећем случају, реч је о тзв. допуштеној жалби за коју важе иста правила као и за ревизију. Суд ће жалбу допустити: ако је спор од принципијелног значаја; ако се ради о спору о постојању или непостојању колективног уговора; ако је спор настао поводом тумачења колективног уговора чије се подручје важења протеже изван области надлежности радног суда; ако је спор последица синдикалне борбе, и ако првостепена пресуда одступа од праксе првостепеног суда или било којег покрајинског радног суда, под условом да је пресуда донета у вези са истом странком и да је странка предложила њено доношење (Weiss, Schmidt, 2008: 155).³⁴

32 Сврха овог правила је да се минимизира финансијски ризик запосленог, који би, да нема овог правила, у случају да изгуби спор, био обавезан да плати трошкове заступања супротне стране. Међутим, постојање овог правила може да учини да успех у спору изгледа прилично шупље, посебно када су трошкови поступка високи. Практично је, ипак, утицај овог правила за чланове синдиката ублажен, с обзиром на то да синдикати често нуде бесплатну праву помоћ и заступање за своје чланове. То је за многе запослене главни разлог зашто се учлањују у синдикат. Отуда синдикат функционише као осигурање у случају спора (Weiss, 1994: 14, Waas, 2016: 141).

33 Разлог за овакво решење је једноставан: синдикати не желе да троше новац непотребно (Weiss, 1994: 14).

34 Уколико странка није у тужби навела вредност предмета спора, у случају подношења жалбе у складу са чл. 64/1 *ArbGG*-а (допуштеност жалбе када је у питању вредност предмета спора), странка је дужна да накнадно одреди и у довољној мери образложи његову вредност (Чл. 64/5 *ArbGG*).

Против одлуке покрајинског суда дозвољено је подношење ванредног правног средства, ревизије, којом се побија другостепена одлука само у погледу погрешне примене права, а о допуштености ревизије одлучује покрајински суд, чија се одлука побија. По правилу, ревизија се допушта ако захтев има начелан значај или ако одлука покрајинског суда није у складу са судском праксом Савезног радног суда, односно одлуком неког од покрајинских судова и ако трећестепени суд још није одлучио у сродној правној ствари.³⁵

3. Опште одлике судског решавања радних спорова у Републици Србији

Домаћу регулативу судског решавања радних спорова карактерише, најпре, непостојање судова специјализованих за решавање радних спорова, упркос бројним позитивним искуствима других земаља, ставу научне и стручне јавности, као и традицији радног судства у Србији.³⁶ Судску заштиту права из радног односа запослени остварује пред судовима опште надлежности.³⁷ Стварно надлежни судови за решавање радних спорова у првом степену су основни и виши судови. Другостепени суд у радним споровима је апелациони суд, који одлучује о жалбама на одлуке основних и виших судова. Према Закону о уређењу судова, предвиђено је обавезно формирање одељења за радне спорове у оквиру виших и апелационих судова, док је у основним судовима формирање посебних одељења за радне спорове факултативно.³⁸ У складу са наведеним, у појединим основним судовима се не формирају посебна одељења за радне спорове, већ све

35 Чл. 72 *ArbGG*. Такође, предвиђена је и тзв. прескочна ревизија, када се иста изјављује Савезном радном суду директно против првостепене (Aarøn, 2014: 25).

36 У Србији је још Законом о радњама из 1910. године било предвиђено увођење судова добрих људи у свакој вароши и већем индустријском месту за радње и предузећа. У литератури се истиче да је суд добрих људи имао велики значај и утицај у пракси (Перишић, 1958: 46). Поред тога, Уставом од 1974. године, као посебни правосудни органи, одвојени од редовног судства, уведени су судови удруженог рада, у чијој је искључивој надлежности, све до друштвене реформе 90-их година, било решавање радних спорова на просторима данашње Републике Србије (Обрадовић, Ковачевић Перић, 2016: 171).

37 Радне спорове могу да решавају и привредни суд (спорови између запосленог и послодавца у стечају) и управни суд (управни спор између државног службеника и државе као послодавца, колективни радни спор о законитости решења министра о репрезентативности синдиката или удружења послодаваца, као и спорове поводом права из социјалног осигурања). Чл. 11, 15 и 22 Закона о уређењу судова, *Сл. гласник РС*, 116/08, 104/09, 101/10, 31/11 – др. закон, 78/11 – др. закон, 101/11 и 101/13.

38 Чл. 39 Закона о уређењу судова.

судије грађанског одељења решавају одређени број радних спорова. У трећем степену поступа Врховни касациони суд, одлучујући о ванредним правним лековима. У оквиру овог суда не постоји посебно одељење за радне спорове.³⁹ Овакво решење домаћег законодавца је непримерено, и то не само из разлога потребе постојања посебног сензибилитета и специфичних знања судија који решавају радне спорове, већ и због чињенице да радни спорови чине значајан проценат укупног броја спорова који се решавају у оквиру грађанских одељења.

Друга значајна одлика судског решавања радних спорова у нашој земљи је да представници радника и послодаваца нису заступљени у оквиру судских већа, односно представници социјалних партнера не учествују у доношењу судских одлука ни у једном од три степена решавања радних спорова.⁴⁰

Домаћи судови су надлежни за решавање индивидуалних радних спорова и правних колективних радних спорова, што је уобичајено решење у упоредноправној пракси. Међутим, специфичност српског радног судства јесте чињеница да је надлежно и за решавање интересних радних спорова⁴¹ (што није често решење у упоредном праву) и социјалних спорова поводом права на здравствену заштиту.

Када је у питању поступак у парницама из радног односа, главна одлика је недоследност у прилагођавању природи радног спора. У закону постоје одредбе којима се модификују поједини процесни институти, али ове се одредбе примењују упоредо са општим правилима парничног поступка, тако да у пракси нису довеле до неког приметног побољшања квалитета поступка решавања радних спорова, нити до његовог убрзања.

4. Могући правци измене домаћег законодавства о судском решавању радних спорова

Република Србија се налази на путу друштвене трансформације која подразумева и реформу законодавства. Реформом парничног процесног права учињен је покушај да се поступак што више убрза, постигне суђење

39 У оквиру Врховног касационог суда постоји Кривично одељење, Грађанско одељење са специјализованим већем за управну материју, Одељење за заштиту права на суђење у разумном року и Одељење судске праксе. Види: чл. 26–42 Пословника о уређењу и раду Врховног касационог суда, *Сл. гласник РС*, 37/10, 51/14, 41/16 и 62/16.

40 Чл. 34–37. и чл. 437 Закона о парничном поступку, *Сл. гласник РС*, бр. 72/11, 49/13 – одлука УС, 74/13 – одлука УС и 55/14.

41 Чл. 443 Закона о парничном поступку.

у разумном року, оствари потпунија реализација принципа правичног суђења и боља концентрација поступка, као и да се отклоне сва законска решења која нису у складу са европским правним стандардима.⁴² Међутим, поред унапређења ефикасности општег парничног поступка, неопходна је и измена поступка решавања радних спорова која би се темељила на решењима која су потврдила своју ефикасност у упоредном законодавству.

Посматрањем немачког модела радног судства, анализирањем претпоставки његовог настанка и развоја, као и бројних позитивноправних решења немачког радног законодавства, може се доћи до закључка да специјализовано судство за решавање радних спорова има бројне предности у односу на судове опште надлежности, а пре свега са аспекта социјалног мира, праведности, правне сигурности и владавине права. СР Немачка спада у ред земаља са најбоље развијеним системом решавања радних спорова. Радно судство у СР Немачкој је организовано као специјализовано, тростепено, са низом решења која доприносе високом степену ефикасности у решавању радних спорова. Због наведених особина немачки систем радног судства се често узима као пример по коме се треба угледати, те су бројни системи радног судства у свету конципирани управо по немачком моделу. Међутим, општепознато је да свака земља има низ друштвенно-политичких и социјално-економских особености, па некритичко прихватање страних решења често доноси више штете него користи. Из тих разлога, приликом инкорпорације одређених страних решења, мора се водити рачуна да предложене законске измене не угрозе основне правнополитичке вредности и циљеве и да се некритички не преузму решења која су страна нашој правној традицији, правној култури и стању наше правне свести. Посебно се мора водити рачуна о кадровским и материјалним могућностима судства, као и менталитету како судија, тако и странака и њихових заступника. Приликом анализе могућности измена домаћег законодавства о судском решавању радних спорова по угледу на немачки модел радног судства потребно је најпре утврдити начела уређења радног судства која би могла бити заједничка за ове две државе, затим утврдити начела која треба да буду стожер домаће институционализације, те се затим, уз уважавање свих наведених фактора, одлучити за појединачна функционална решења прихватљива за нашу земљу.

42 Закон о парничном поступку, усвојен у Народној скупштини Републике Србије 26. септембра 2011. године и објављен у "Сл. гласнику РС", бр. 71/11, представља други по реду закон којим је у нашој држави уређен парнични поступак. Овај закон, који је донет по хитном поступку, ступио је на снагу 1. фебруара 2012. године, када је престао да важи Закон о парничном поступку из 2004. године ("Сл. гласник РС", бр. 125/04 и 111/09).

Организација српских радних судова. – У складу са напред наведеним, најпре је потребно утврдити да ли степен развијености српске привреде и број становника оправдава постојање посебних радних судова у нашој земљи, као што је то случај у СР Немачкој (Божовић, 2016: 207–208). Имајући у виду наведене критеријуме, чини се да за наш правосудни систем постоје две опције: да се у оквиру судова опште надлежности формирају посебна одељења за решавање радних спорова или да се уведу посебни радни судови специјализовани за решавање радних спорова који би пратили, на пример, мрежу привредних или виших судова, са постојањем једног другог степеног радног суда. Разлога за и против и једне и друге могућности има доста. Чини се да је главни аргумент у прилог прихватања првог решења чињеница да би на тај начин било избегнуто стварање дуплих судских управа (а тиме и увећање трошкова), а да би кроз обавезно оснивање посебних одељења при сваком основном суду, адекватан избор судија специјализованих за решавање радних спорова и посебна правила поступка могле бити уважене све специфичности решавања радних спорова које су условиле појаву радних судова.

Састав судова. – У вези са наведеним, могућа је и измена постојећег решења, по којем се домаће законодавство разликује од немачког, да представници социјалних партнера нису укључени у састав судског већа. За разлику од судова опште надлежности где по правилу суди професионални судија као судија појединац, а у случају суђења у већу – судије поротници су из редова обичних грађана, који немају посебна знања из области радног права, за суђење у одељењима за радне спорове, судска већа треба да буду састављена од професионалних судија и судија поротника из редова удружења радника и послодаваца. Оваквим саставом судова који решавају радне спорове постиже се специјализација, што доприноси квалитету судске заштите. Емпиријска истраживања су показала да је у земљама где су ангажовани судије поротници већа рационалност и легитимитет судских одлука (Höland, 2010: 296–313). Судије поротници комбинују знање и практично искуство. Њихово учешће смањује ризик постојања једностраног приступа и осигурава да професионалне судије морају да објасне своје резонување, што доприноси лакшем прихватању одлука и јачању поверења у судство.

Ако оснивањем посебних одељења за радне спорове признајемо посебност радним споровима, неопходно је ту исту посебност признати и приликом поступка избора судија који решавају радне спорове. У том смислу, по угледу на немачка решења, ваљало би размислити о могућности да се у сам поступак избора професионалних судија укључе и социјални партнери (нпр. преко Социјално економског савета) који би давали

претходно мишљење о кандидатима за судије. С тим у вези, услов за избор и вршење судијске функције професионалног судије би требало да буде континуирано стручно усавршавање у домену радног и социјалног права, из разлога што специфичност радних спорова захтева и специфична знања, као и посебан сензибилитет судија.

Надлежност. – С обзиром на то да позитивноправно решење према коме се интересни радни спорови решавају у поступку пред судом не одговара природи ове врсте спорова, следећи правац измене позитивног законодавства Републике Србије би требало да буде уношење одредаба према којима би судови требало да буду надлежни само за решавање правних, али не и интересних колективних радних спорова, будући да су за решавање ове врсте радних спорова примереније методе мирног решавања.

Поступак. – Приликом законског уређивања поступка судског решавања радних спорова треба задржати добра решења из парничног поступка, као што су правила заснована на начелу хитности, овлашћење суда да по службеној дужности одређује привремене мере, краће рокове за доношење одлуке о одређивању привремене мере по предлогу странке, краће парционе рокове.⁴³ У преосталом делу, могуће је увести одређене новине, које би представљале *lex specialis* у односу на опште одредбе парничног поступка.

Тако, попут решења у немачком праву, а у складу са начелом доступности суда, треба предвидети могућност да се тужба пред судом надлежним за решавање радних спорова може подићи и усмено на записник. У том случају, службено лице суда које сачињава записник би имало овлашћења да упозорава странку на формалне недостатке тужбе, али не и на њену материјалну (не)утемељеност.

Одредбе домаћег законодавства о решавању радних спорова предвиђају начело хитности, али оно што недостаје домаћој регулативи су одредбе којима би се донекле ограничило начело диспозиције странака у погледу подношења захтева и навођења новог, у циљу концентracије поступка и његовог окончања на једном или малом броју рочишта. Конкретно решење, по угледу на немачко законодавство, може бити предвиђање правила да ће странка бити преклудирана уколико у року који суд одреди не достави доказе, односно допуне и објашњења у вези са тужбеним захтевом, а да суд може уважити закаснеле допуне, објашњења и доказе, само ако то не би проузроковало продужење поступка или ако странка закашњење накнадно оправда. Овакво решење тражи и шира овлашћења суда у

43 Чл. 437–440 Закона о парничном поступку.

утврђивању чињеница како убрзање поступка не би ишло на штету истине у поступку. Стога би судије које решавају радне судове, у складу са начелом официјелности, требало да имају шира овлашћења приликом вођења поступка у односу на судије судова опште надлежности, где преовлађује начело диспозитивности. Активна улога судија подразумевала би њихову могућност да издају странкама обавезујуће налоге за достављање доказа, као и могућност извођења доказа које странке нису предложили, ако је то потребно за правилно и потпуно утврђивање чињеничног стања.

Поред напред наведеног, а по угледу на немачко радно законодавство, поступак судског решавања радних спорова би ваљало уредити тако да првенствени задатак суда буде постизање компромиса између странака. У том смислу би требало предвидети да рочиште за мирење, тј. рочиште на којем би суд покушао да спор међу странкама реши нагодбом (поравнањем), буде обавезна фаза у поступку. У том смислу би, за разлику од позитивноправног решења које само предвиђа да ће суд да упозна странке са њиховим правом да спор могу решити медијацијом, ваљало увести правило по коме би судија имао овлашћење да отворено расправља са странкама о чињеничним и правним питањима, износећи своје ставове, уз максимално напрегнуће да странке спор реше поравнањем, а опет не присиљавајући их, јер поравнање треба да буде резултат њихове слободе воље.

Занимљиво решење немачког законодавства, о чијем увођењу у нашу регулативу би ваљало размислити, јесте могућност да првостепене пресуде којима се поништава решење послодавца о отказу уговора о раду и налаже враћање запосленог на рад буду извршене иако је против њих изјављена жалба, осим ако послодавац докаже да би извршењем претрпео ненадокнадиву штету.

Поред наведеног, немачко радно законодавство нуди још једно решење, о чијем увођењу у наш систем судског решавања спорова ваља размислити, уз анализу свих могућих последица његове примене. Наиме, по угледу на немачко, и у нашем радном судству је могуће предвидети правило према коме другостепени суд не би имао овлашћења да због повреде правила поступка укида првостепене пресуде и предмет враћа на поновно суђење, већ би имао само овлашћења да потврди или преиначи првостепену пресуду или пак отвори главну расправу и донесе одлуку након закључења. Главна предност оваквог решења било би спречавање честих ситуација које настају у пракси да другостепени суд због мањих процесних мањкавости укидају првостепене пресуде и тиме непотребно продужавају трајање поступка. Међутим, због низа деликатних ситуација

које могу настати приликом конкретног регулисања овог питања ваља бити опрезан и предвидети прецизна правила и евентуалне изузетке.

Да би судски поступак решавања радних спорова био доступан радницима, као економски слабијој страни, могућа су различита решења у смислу бесплатности вођења поступка или јефтинијих процедура. Наведено се, по угледу на немачко право, може постићи смањењем судских такси и одлагањем њиховог плаћања до правноснажног окончања судског поступка.⁴⁴

5. Закључак

Посматрањем историјата радних судова у СР Немачкој, од настанка до њихове институционализације као високоспецијализованих судова за решавање радних спорова, те анализирањем основних карактеристика организације и надлежности ових судова, као и главних обележја судског поступка решавања радних спорова, може се закључити да СР Немачка, без сумње, има један од најбоље развијених система решавања радних спорова. Најзначајнији квалитет у решавању радних спорова у СР Немачкој је постојање специјализованог тростепеног судства у овој изузетно значајној друштвеној и правној области. Специјализација радног судства у три степена (основни, покрајински и савезни ниво) омогућила је изузетно квалитетно и ефикасно судство у области радних односа. Ефикасност радног судства се темељи на начелима убрзања поступка, концентracије поступка, забране враћања предмета на поновно суђење и активне улоге суда. Веома је значајно да су у радном судству СР Немачке у предлагању и избору судија и одређивању судских већа у потпуности заступљени интереси социјалних партнера – синдиката, послодаваца и државе. Значајан квалитет немачком радном судству даје и висок степен ефикасности у решавању радних спорова, што потврђује чињеница да се у више од 50% случајева радни спорови реше на првом обавезном рочишту за мирeње. Овоме треба додати и чињеницу да судије посвећују велику пажњу проучавању предмета спора, припремању главне расправе,

44 Као могући будући правац измене нашег законодавства, вреди поменути и решење немачког радног законодавства, према коме је, из разлога ефикасности, право подношења жалбе ограничено, тј. жалба је безусловно могућа у споровима чија вредност прелази одређени лимит или се тиче одређене врсте спорова, док у свим осталим случајевима суд може да дозволи жалбу ако се ради о одступању од праксе врховног суда или о питању о којем се виши судови нису изјаснили. Међутим, упркос потврђеној успешности наведеног решења у немачкој судској пракси, чини се да његово увођење у наш систем судског решавања радних спорова у овом тренутку није примерено нашем менталитету и достигнутом степену развоја наше правне свести.

расправљању са странкама и упознавању странака са својим ставовима о могућностима исхода спора.

Због наведених квалитета система решавања радних спорова и друге су државе (нпр. Словенија), по угледу на СР Немачку, формирале радно судство као специјализовано, користећи њено богато искуство у овој области, чиме се радно судство у свету развија и све више добија на значају. Имајући у виду наведено, као и чињеницу да се Република Србија налази на путу друштвене трансформације, која обухвата и реформу правосудног система, приликом доношења нових законских решења посебну пажњу треба посветити анализи и могућности институционализације одређених решења немачког система радног судства, као несумњиво најнапреднијег система решавања радних спорова.

Сагласно наведеном, домаће судско решавање радних спорова, за разлику од актуелног, треба да се темељи на начелима трипартизма, специјалног образовања судија, доступности суда, мирног решавања спорова, убрзања поступка и активне улоге судија. Институционализацијом наведених решења у домаћи правосудни систем уједначила би се судска пракса у области радних спорова и тиме остварила потпунија заштита принципа правичног суђења, убрзао би се потупак решавања радних спорова и постигло суђење у разумном року.

Литература/References

Aaron, B. (2014). Labour Courts and Organs of Arbitration. U: Kahn-Freund, O. Hepple, B. (Prir.). *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. XV. Labour Law. Boston: Mohr Siebeck, Tubingen, Martinus Nijhoff Publishers. Chapter 16. 3–125.

Aust-Dodenhoff, K. (2004). Die Arbeitgerichtbarkeit: Auf dem Weg zur ordentlichen Gerichtsbarkeit? [The labour court jurisdiction: On its way to becoming part of the ordinary jurisdiction?]. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. Vol. 21. No. 24. 24–26.

Балтић, А. (1955). *Основи радног права ФНРЈ*. Београд: Савремена администрација.

Blankenburg, E. Rogowski, R. (1986). German Labour Courts and the British Tribunal System. A Socio-Legal Comparison of degrees of Judicialisation. *Journal of Law and Society*. No. 1. Vol. 13. 67–92.

Божовић, Б. (2015). Север и југ европског радног и социјалног судства. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. Бр. 4. 2025–2046.

Божовић, Б. (2016). *Радни и социјални судови – друштвена улога и оправданост увођења у правосудни систем Републике Србије*, докторска дисертација. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Брајић, В. (2001). Остваривање и заштита права на раду и по основу рада запослених и радни спорови, *Зборник радова са Саветовања правника 4–8. јун 2001, Актуелна питања савременог законодавства*. Београд: Удружење правника Југославије.

Брковић, Р. (2003). *Радни суд*. Крагујевац: Институт за правне и друштвене науке Правног факултета Универзитета у Крагујевцу.

Burgess, P. Corby, S. Latreille, P. *Labour courts abroad*, Economic & Socail Research Council, Lay Members as Judges in Employment Rights Cases.

Vranken, M. (1988). Specialisation and Labour Courts: A Comparative Analysis, *Comparative Labour Law Journal*. Vol. 9. No. 4. 497–525.

Vranken, M. (2009). *Death of Labour Law – Comparative Perspectives*, Melbourne: University Press.

Givry, J. De (1968). *Labour courts as channels for the settlement of labour disputes: an international review*. Geneva: International Labour Office. Vol. 6. 364–375.

Davies, O. (1980-1981). Social Courts in China and the German Democratic Republic, *Poly Law Review*. London. 43–45.

Лубарда, Б. (2013). *Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу*, друго издање, Београд: Правни факултет у Београду, Центар за издаваштво и информисање.

Neumann, D. (1993). Federal Republic of Germany. U: Werner B. (Prir.). *European labour courts: Industrila action and procedural aspects*. Geneva: International Labour Office. 25–30.

Nielebock, H. (2004). Fünf oder uwei Gerichtsbarkeiten? [Five or two jurisdictions?]. *Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht*. Vol. 21. No. 1. 28–30.

Обрадовић, Г. Ковачевић Перић С. (2016). *Дисциплинска одговорност запослених*. Ниш: Центар за публикације Правног факултет Универзитета у Нишу.

Перишић, Д. (1958). *Судска заштита права из радних односа у ФНРЈ*. Београд.

Steenkamp, A. (2006). *W[h]ither the Labour Courts? The Superior Courts Bill and the Future of the Labour Courts*, HeinOnline..27 Indus L.J.Juta 18.

Shmidt, I. (2014). *The Federal Labour Court*. [Electronic version]. Преузето 13. 7. 2017. http://www.bundesarbeitsgericht.de/englisch/englische_version.pdf

Стојановић, М. (2007). *Радни спорови – СР Немачка, Република Италија, Република Словенија и Република Србија*, Крагујевац.

Hepple, B. Veneziani, B. (2009). *The transformation of Labour Law in Europe*, Oxford-Portland.

Höland, A. (2010). Ehrenamtliche Richterinnen und Richter in der Arbeitgerichtsbarkeit. U: Diederich, T. Le Friant, M. Nogler, L. Kezuka, K. Pfarr, H. (Prir.). *Individuelle und kollektive Freiheit in Arbeitsrecht*. Baden-Baden: Nomos. 296–313.

Waas, B. (2016). German. U: Ebisui, M. Cooney, S. Fenwick, C. (Prir.). *Resolving Individual Labour Disputes - A comparative overview*. Geneva: International Labour Office.

Weiss, M. (1994). Labour Dispute Settlement by Labour Courts in Germany. *Industrial Law Journal*. Vol. 15. Part 1. 1–19.

Weiss, M. Schmidt, M. (2008). *Labour Law and Industrial Relations in Germany*. The Netherlands: Kluwer Law International.

Weiss, M. (1987). *Labour Law and Industrial Relations in the Federal Republic of Germany*. The Netherlands: Kluwer Law International.

Weiss, M. Simits, S. Rzydz, W., The settlement in Labour Disputes in the Federal Republic of Germany. U: *Industrial Conflict Resolution in Market Economies*. (Prir.) Hanami, T. Blanpain, R. Deventer: Kluwer Law International.

Windel, P. A. Tong-Shuan, Y. (2012). *Is there a Need for Independent Labour Courts*. HeinOnline.. 7 NTU L. Rev. 319.

Закон о парничном поступку. *Сл. гласник РС*. Бр. 72.2011, 49.2013 - одлука УС, 74.2013 - одлука УС и 55.2014.

Закон о радним судовима СР Немачке (*Arbeitgerichtsgesetz - ArbGG*), <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/arbagg/gesamt.pdf>

Закон о уређењу судова. *Сл. гласник РС*. Бр. 116.2008, 104.2009, 101.2010, 31.2011 - др. закон, 78.2011 – др. закон, 101.2011 и 101.2013.

Пословник о уређењу и раду Врховног касационог суда. *Сл. гласник РС*. 37.2010, 51.2014, 41.2016 и 62.2016.

Marija Dragičević, LL.B.

Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

**POTENTIAL AMENDMENTS OF NATIONAL LEGISLATION
ON JUDICIAL SETTLEMENT OF LABOUR DISPUTES, BASED
ON THE GERMAN MODEL OF LABOUR JUDICATURE**

Summary

Upon examining the German model of labour judicature, analyzing the presumptions of its origin and development, and numerous positive-law solutions of German labour legislation, it can be concluded that the specialized judiciary for resolving labour disputes has numerous advantages in comparison to the courts of general jurisdiction, primarily from the aspect of social peace, fairness, legal safety and the rule of law. The Federal Republic of Germany falls into the group of countries with the best developed labour dispute resolution system. In FR Germany, labour disputes are adjudicated within a three-tiered system, which includes courts of special jurisdiction. Thus, labour judicature provides a range of solutions that contribute to a high level of efficiency in resolving labour disputes. The efficiency of labour judiciary is based on the principles of acceleration of the procedure, procedure concentration, prohibition of reversing the case for retrial, and an active role of the court. Due to these features, the German labor judicature system is often taken as an example which serves as a model for conceptualizing labor judiciary systems in other countries through the world. However, it is generally known that each country has a range of socio-political and socio-economic features. Thus, non-critical acceptance of peculiarities of foreign legislative solutions often leads to more damage than benefit. For this reason, when analyzing the potentials of the institutionalization of labour courts into the judicial system of the Republic of Serbia, it is first necessary to establish the principles of organization of labour judiciary which could be common to these two countries and, then, to establish the basic principles that could be used as the cornerstone of domestic institutionalization. Thereupon, on the basis of historical analysis of our labour judiciary as well as socio-political and socio-economic circumstances in our country, we should decide on individual operative solutions acceptable for our country.

Key words: labour courts, resolving labour disputes.

Милош Радовановић,*
Докторанд Правног факултета,
Универзитет у Београду

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878361R

UDK: 341.645.2
Раd примљен: 25.11.2017.
Раd прихваћен: 07.04.2018.

ПОДНОШЕЊЕ АКЦИОНОГ ПЛАНА И АКЦИОНОГ ИЗВЕШТАЈА У ПОСТУПКУ ИЗВРШЕЊА ПРЕСУДЕ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Апстракт: Државе чланице Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода дужне су да извршавају пресуде Европског суда за људска права. Надзор над извршавањем ове међународне обавезе врши Комитет министара Савета Европе. Кључна средства комуникације између државе и Комитета министара у поступку надзора над извршењем пресуда јесу акциони план и акциони извештај. Овим актима држава обавештава Комитет министара о мерама које планира да предузме или које је већ предузела, у циљу имплементације стразбуришке пресуде у национални правни систем. Органи надлежни за доношење прописа нису посветили довољно пажње поступку надзора над извршењем пресуда Европског суда за људска права. Надлежност за комуникацију са Комитетом министара у том поступку, а пре свега надлежност за подношење акционог плана и акционог извештаја, због тога није уређена прописом. Активан приступ заступника Републике Србије пред Европским судом за људска права спречио је да ова правна празнина изазове негативне последице на испуњење међународних обавеза Републике Србије.

Кључне речи: Европски суд за људска права, Комитет министара Савета Европе, извршење пресуда Европског суда за људска права, акциони план, акциони извештај.

1. Увод

Европски суд за људска права у Стразбуру (даље: ECHR) у својој пракси афирмирати је правило да би поступак извршења пресуде коју је донео суд требало сматрати саставним делом суђења.¹ Важење овог начела није

* milos@radovanovic.biz

1 Case EVT company v. Serbia [2007], ECHR, para. 46.

ограничено само на одлуке националних судова. Оно би требало да се примењује и у погледу пресуда самог ЕСНР. Поступање по пресудама ЕСНР један је од путева који доводе до унапређења система људских права у Европи (Lambert Abdelgawed, 2008: 5). Државе чланице Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (даље: Конвенција) обавезне су да се повинују свакој пресуди ЕСНР у којој су странке.²

Систем надгледања извршења, односно поступања по пресудама чини да систем заштите људских права пред ЕСНР заиста буде делотворан. На тај начин у потпуности је заокружена правна заштита коју појединац може остварити пред ЕСНР (Плавшић, 2016: 344). Уредно извршење стразбуршких пресуда има веома велики значај и за апликанта који је успео у спору против државе, али и за развој домаћег правног система у циљу превенције сличних повреда субјективних права у будућности (Brakhuysen, Van Emmerik, 2003: 1).

Аутор се у овом раду бави извршењем пресуда ЕСНР, односно надзором над извршењем пресуда ЕСНР. Посебна пажња биће посвећена акционом плану и акционом извештају поступку надзирања извршења пресуда ЕСНР. Аутор ће критиковати домаће прописе због тога што не уређују надлежност за подношење акционог плана и акционог извештаја, односно за заступање Републике Србије у поступку надзора над извршењем пресуда ЕСНР. У раду ће се указати да је заступник Републике Србије пред ЕСНР својим активним приступом, а пре свега подношењем акционих планова и извештаја, уверио Савет Европе да наша држава у знатној мери испуњава обавезу извршења стразбуршких пресуда. Аутор ће ипак закључити да би постојећи недостатак у домаћем пропису требало отклонити и навести пропис Републике Хрватске као пример на који се може угледати.

2. Комитет министара у поступку надзора над извршењем пресуда ЕСНР

ЕСНР (осим у одређеним изузецима) не назначава начин на који његова пресуда треба да буде извршена.³ То значи да су државе слободне да процене које мере треба предузети да би пресуда била имплементирана у национални правни систем. ЕСНР једноставно нема овлашћења да

² Чл. 46, ст. 1 Конвенције.

³ Стразбуршки суд је кроз своју праксу давно учинио јасним да су његове пресуде по својој суштини деклараторне. В. Case Marckx v. Belgium [1979], ЕСНР, para. 58. Једино део пресуде којим се налаже исплата правичног задовољења (*just satisfaction*) по својој природи није деклараторан.

поништи, опозове или модификује националне законе нити појединачне акте судских или управних власти државе чланице (Forst, 2013: 5).

Слобода држава да изабере начин на који ће извршити пресуду ЕCHR ипак није апсолутна. Савет Европе поделио је надлежности између ЕCHR, коме припада судска улога, и Комитета министара, који врши извршна овлашћења (Bussararin Ericson, 2016: 13). Конвенцијом је прописано да Комитет министара врши надзор над извршењем пресуда ЕCHR.⁴ Принцип заједничке одговорности држава чланица Савета Европе за поштовање људских права, као један од принципа на којима се заснива систем Конвенције, изражен је у поступку надзора над извршењем пресуда. Надлежност да надгледа извршење пресуда ЕCHR има орган који чине представници држава – Комитет министара, а не Секретаријат Савета Европе (Lambert Abdelgawed, 2008: 32).⁵

Правноснажна пресуда доставља се Комитету министара, који надгледа њено извршење. Ако се у току поступка по изјављеној представи постигне поравнање (*friendly settlement*), ЕCHR скида предмет са листе својих предмета одлуком која садржи кратак опис чињеница и постигнутог поравнања, а та одлука се доставља Комитету министара, који надзире извршење поравнања.⁶

Правилима Комитета министара за надзор над извршењем пресуда и пријатељских поравнања (*Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements*) прописано је да ће Комитет министара по пријему правноснажне пресуде, којом ЕCHR утврђује повреду Конвенције или протокола уз њу, позвати одговорну државу (*respondent State*) да обавести Комитет о мерама које је предузела или намерава да предузме како би се повиновала пресуди

4 В. чл. 46, ст. 2 Конвенције.

5 Иако је Комитет министара по свом саставу једну политичко тело, он је својим поступањем на плану извршења пресуда показао висок степен ефикасности и у материји извршења пресуда поступа управо као правосудни орган (Поповић, 2012: 428). Министри спољних послова држава чланица Савета Европе у пракси једном годишње имају седницу Комитета министара (*Session of the Committee of Ministers*). Редовне активности Комитета министара у седишту Савета Европе обављају се на нивоу заменика министара (*Ministers' Deputies*). Посебна врста састанака Комитета министара на нивоу заменика јесу састанци посвећени извршењу пресуда ЕCHR – *Human Rights (DH) meetings*. Ови састанци одржавају се по правилу четири пута годишње. Седница Комитета министара Савета Европе у 2017. години одржана је 19. маја у Никозији. У 2017. години састанци Комитета министара (на заменичком нивоу) посвећени извршењу пресуда ЕCHR били су заказани за 7–10. март, 6–7. јун, 19–21. септембар и 5–7. децембар.

6 В. чл. 39, ст. 3 и 4 Конвенције.

ЕCHR.⁷ Комитет министара, приликом надзора, требало би да испита да ли је исплаћено правично задовољење које је досудио ЕCHR. Када је то потребно, Комитет министара испитаће и да ли су предузете друге – неновчане мере, неопходне ради извршења пресуде ЕCHR. Те мере могу бити појединачне (*individual measures*) или опште (*general measures*). Циљ појединачних мера је да утврђена повреда права престане и да се, колико је то могуће, оштећено лице доведе у положај који је постојао пре него што је до повреде дошло. Опште мере предузимају се како би се спречило да у будућности дође до сличних повреда права из Конвенције.⁸

3. Појам акционог плана и акционог извештаја

Начин, односно поступак у коме Комитет министара врши надзор над извршењем пресуда ЕCHR постао је стандардизован. Радни методи Комитета министара⁹ подразумевају да држава обавештава Комитет министара о томе шта намерава да предузме, односно шта је већ предузела, како би извршила пресуду ЕCHR, путем стандардних образаца – акционог плана и акционог извештаја.¹⁰

Акциони план јесте документ у коме се наводе мере које држава планира да предузме како би се извршила пресуда ЕCHR, донета у поступку у коме је та држава била странка. У акционом плану такође би требало да буде наведен оквирни рок (*indicative timetable*) у коме држава намерава да предузме планиране мере. Акциони извештај јесте извештај којим држава обавештава Комитет министара о мерама предузетим у циљу извршења пресуде ЕCHR.¹¹ Држава може у неким случајевима сматрати да су све

7 Правило 6, ст. 1. Правила Комитета министара за надзор над извршењем пресуда и пријатељских поравнања.

8 *Ibid*, ст. 2.

9 Радни методи Комитета министара за надзор над извршењем пресуда ЕCHR доступни су на сајту Одељења за извршења пресуда ЕCHR (*Department for Execution of Judgments of European Court of Human Rights*). В. <http://www.coe.int/en/web/execution/rules-and-working-methods>, visited 20, November 2017.

10 У закључцима заузетим на Високој конференцији Савета Европе одржаној 26–27. марта 2015. године у Бриселу, акциони планови и акциони извештаји помињу се као „кључно средство дијалога између Комитета министара и држава чланица, које такође може допринети унапређењу дијалога са другим учесницима, као што су ЕCHR, национални парламенти и националне институције за људска права.“ В. Council of Europe. High-Level Conference on the Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility, стр. 141.

11 Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2009)29-rev, Action Plans– Action Reports Definitions and objectives*(даље: Information documents CM/

потребне мере већ предузете. Тада акциони план неће бити подношен, већ ће одмах бити поднет акциони извештај.¹²

Комитет министара би требало да буде обавештаван о току предузимања мера предвиђених акционим планом, као и евентуалним препрекама за предузимање тих мера. Држава чланица о томе обавештава Комитет министара новим, измењеним акционим планом. Зато се може рећи да је акциони план документ који се мења, који еволуира (*evolving document*). Он се мора редовно уређивати и допуњавати током процеса извршења пресуде ЕCHR. Требало би да акциони план садржи ажуране информације о развоју догађаја, који су се јавили приликом усвајања и предузимања првобитно планираних мера.¹³ Мењаним, односно допуњаваним акционим плановима држава Савету Европе показује напредак постигнут у поступку извршења пресуде ЕCHR.

Последња фаза у „еволуцији“ једног акционог плана јесте акциони извештај. Када све мере које су описане иницијално поднетом акционим плану, односно у акционим плановима којима је био ажуриран иницијални акциони план, буду предузете, држава чланица ће поднети акциони извештај. Могло би се рећи да последње ажурирање акционог плана акциони план претвара у акциони извештај.¹⁴

Акциони планови и акциони извештаји у једном предмету се не искључују. Они се могу и међусобно комбиновати када постоји потреба за тим. (Омејас, 2012: 1933). У неким случајевима држава може већ приликом првог обавештавања Комитета министара да поднесе акциони извештај у коме приказује мере које су већ предузете у циљу извршења пресуде ЕCHR. Истовремено, држава може поднети и акциони план који предвиђа мере које тек треба да буду усвојене ради спровођења исте пресуде.¹⁵

Међународна обавеза државе чланице Савета Европе је да се повинује пресуди ЕCHR. Одређени обрасци помажу Комитету министара да прати

Inf/DH(2009)29-rev, Action Plans – Action Reports Definitions and objectives).

12 Нпр. Република Србија је оценила да су предузете све потребне мере да би пресуда ЕCHR у предмету Анђелковић против Србије била извршена. Република Србија због тога у овом предмету Комитету министара није подносила акциони план, него је 23. маја 2014. године поднела директно акциони извештај.

13 Council of Europe, Department for the Execution of Judgments of ECHR, *Guide for the drafting of action plans and reports for the execution of judgments of the ECHR*, (даље: Guide for the drafting action plans and reports), стр. 3.

14 *Ibid.*

15 *Information documents CM/Inf/DH(2009)29-rev, Action Plans – Action Reports Definitions and objectives.*

како је држава то учинила. Битно је да одговорна држава имплементира пресуду ЕСНР у свој правни систем, тј. да исплати досуђено правично задовољење, да предузме појединачне мере како би утврђена повреда права престала и како би се оштећено лице довело у ситуацију која је постојала пре учињене повреде (у мери у којој је то могуће), те да усвоји опште мере ради превенције сличних повреда у будућности. Да ли ће држава у форми акционог плана или у форми акционог извештаја уверити Комитет министара да је то учињено, мање је битно.

Обавеза државе да изврши пресуду ЕСНР несумњиво јесте правна обавеза која произлази из изричите одредбе Конвенције. Обавеза државе да поступи по акционом плану који је сама поднела нема тај карактер. Акциони план није правно обавезујући документ. Путем акционог плана држава изражава своју необавезујућу намеру да пресуду изврши на начин одређен у акционом плану.¹⁶ Чланица Савета Европе и након што у акционом плану опише планирану стратегију којом ће пресуда ЕСНР бити имплементирана у национални правни систем, остаје слободна да до те имплементације дође неким другим путем. Држава неће прекршити своје међународне обавезе ако у првобитном акционом плану предвиди да ће пресуду ЕСНР извршити на један начин, па после одлучи да је ипак изврши на неки други начин.¹⁷ Ипак, упорно непоступање по акционом плану, без оправданог разлога, може прерасти у повреду обавезе државе да се повинује пресуди ЕСНР.

Општи принцип међународног права људских права јесте принцип супсидијарности. Заштита људских права по овом начелу би требало примарно да се обезбеди на унутрашњем, а тек супсидијарно на међународном плану. Држави чланици треба да буде пружена могућност да сама отклони евентуалну повреду конвенцијског права, као и све последице које је та повреда произвела (Јакшић, 2006: 441). Акциони план и извештај јесу кључни елементи принципа супсидијарности. Они

16 *Ibid.*

17 Нпр. у поступку извршења пресуде ЕСНР у предмету Зорица Јовановић против Србије, Република Србија је у акционом плану поднетом 12. новембра 2014. године предвидела да се наведена пресуда ЕСНР изврши путем оснивања комисије одлуком Владе, а у акционом плану поднетом 9. јануара 2015. године предвидела је да начин извршења те пресуде буде доношење посебног закона (*lex specialis*). Упор. измењени акциони план за извршење пресуде ЕСНР у предмету Зорица Јовановић против Србије поднет 12. новембра 2014. године. Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["DH-DD\(2014\)1358E"\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{) и Измењени акциони план за извршење пресуде ЕСНР у предмету Зорица Јовановић против Србије, поднет 9. јануара 2015. године. Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["DH-DD\(2015\)68E"\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{).

изражавају одговорност државе чланице да изврши пресуду ЕСНР и њену слободу да, под надзором Комитета министара, изабере начин на који ће то учинити.¹⁸

Различите мере могу бити потребне ради извршења пресуде ЕСНР. Оне често имају велики утицај на домаћи правни систем. Понавање правноснажно окончаног судског поступка, ако се одреди на основу пресуде ЕСНР, јесте појединачна мера за извршење те пресуде. То је мера која има веома упечатљив утицај на принцип *res judicata* у националном праву (Lambert Abdelgawed, 2008: 18). Као опште мере за извршење пресуда ЕСНР најчешће се помињу промена закона и судске праксе.¹⁹ Некада ће бити потребно и предузимање мера фактичке природе, као што су нпр. изградња одговарајућих затвора, постављање већег броја судија, обука полицијских службеника и сл.²⁰

4. Рок за подношење акционог плана и акционог извештаја

Обавеза извршења пресуде ЕСНР је безусловна. Никакве формалности не претходе настанку обавезе државе да поступи по пресуди, којом је ЕСНР утврдио да је та држава учинила повреду конвенцијских права. Обавеза државе да се повинује правноснажној пресуди стразбуршког суда извире из саме чињенице да је пресуда правноснажна. Поступак пред Комитетом министара није предуслов извршења пресуде, него процес у коме се надзире да ли је та обавеза испуњена. Дужност држава да изврши правноснажну пресуду ЕСНР настаје пре но што се пресуда достави Комитету министара. Стога ни почетак рока за подношење акционог плана или акционог извештаја није везан за достављање пресуде Комитету министара.

Држава је обавезна да поднесе акциони план (или акциони извештај ако сматра да су потребне мере већ испуњене) у року од шест месеци од правноснажности пресуде ЕСНР. Раније подношење је пожељно, нарочито ако постоји потреба за хитним предузимањем индивидуалних мера, или ако је у самој (пилот) пресуди предвиђен рок за предузимање одређених мера.²¹

18 Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2010)37, Supervision of the execution of judgments and decisions of ECHR: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*, стр. 10.

19 *Ibid*, стр. 27–28.

20 *Ibid*, стр. 31.

21 Guide for the drafting action plans and reports, стр.10.

Рок за подношење акционог плана, односно извештаја, по својој правној природи није преклузиван. Последице за државу у виду губитка неког права неће наступити чак и ако овај рок протекне, а акциони план (или акциони извештај) не буде поднет. Ипак, овај рок не би требало игнорисати. Кршење рока за подношење акционог плана или акционог извештаја није знак уредног извршавања међународних обавеза. Пропуст државе да благовремено поднесе акциони план не указује на то да ће пресуда ЕCHR бити брзо извршена. Такав пропуст може изазвати реакцију Савета Европе.

Одељење за извршавање пресуда ЕCHR²² у случају непоштовања наведеног рока писмено ће позвати орган одговорне државе да у додатном року поднесе акциони план или акциони извештај. Тај додатни рок износи три месеца, ако је реч о стандарном поступку надзора над извршењем пресуде ЕCHR, или два месеца, уколико је реч о предмету у коме Комитет министара надзор врши по појачаној процедури. Прекорачење додатног рока може бити разлог да Комитет министара одлучи да извршење пресуде, које је било надзирано по стандарном поступку, почне да надгледа са појачном пажњом, тј. по појачаној процедури.²³

Шестомесечни рок у компликованим случајевима може бити сувише кратак за идентификовање свих потребних мера. Некада је потребно дуже време како би се одредило које то мере треба предузети да би недостатак у националном правном систему, откривен пресудом ЕCHR, био отклоњен. Тада је неопходно у акционом плану навести кораке које треба предузети, како би се идентификовале мере потребне за извршење пресуде ЕCHR. Такви кораци су нпр. оснивање *ad hoc* радних група, помоћ Секретаријата Савета Европе, састанци на високом нивоу, округли столови и сл. Потребно је предвидети и рокове у којима овакве активности треба завршити (нпр. рок у коме радна група треба да поднесе извештај).²⁴

22 Послове надгледања извршења пресуда Комитет министара обавља уз помоћ Одељења за извршење пресуда ЕCHR (*Department for Execution of Judgments of the ECHR*) (Lambert Abdelgawed, 2016: 342). Ово одељење јесте организациона јединица у оквиру Генералног директората за људска права и владавину права, тј. у оквиру Секретаријата Савета Европе. В. <https://rm.coe.int/16806bee46>, visited 20, November 2017.

23 Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2010)45 – Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action plan*, стр. 4.

24 Council of Europe, Department for Execution of Judgments of ECHR, *Objective indicators of slowness in execution*, стр. 2.

5. Надлежност за подношење акционог плана и акционог извештаја по прописима Републике Србије

Орган одговорне државе подноси Комитету министара акциони план или акциони извештај. Позитивни прописи Републике Србије не одређују који је тај орган. Чл. 13 Закона о правобранилаштву²⁵ уређује заступање Републике Србије пред ЕCHR. Одредба ст. 2 овог чл. предвиђа заступника Републике Србије пред ЕCHR. Према наведеној одредби, заступник Републике Србије пред ЕCHR јесте заменик државног правобраниоца који обавља послове заступања Републике Србије пред ЕCHR.

Наведени члан закона уређује надлежност за заступање Републике Србије пред ЕCHR, али не и надлежност за заступање пред Комитетом министара. Надлежност заступника Републике Србије за подношење акционих извештаја и акционих планова у поступку надзора на извршењем пресуда ЕCHR, не може се извести из Закона о правобранилаштву. Ипак, све акционе планове и акционе извештаје достављене Комитету министара у поступку надзора над извршењем пресуда од стране Србије поднео је заступник Републике Србије пред ЕCHR.

Позитивним прописима није искључена надлежност заступника Републике Србије пред ЕCHR за заступање пред Комитетом министара у поступку извршења пресуда. Домаћи закони ниједном другом државном органу не стављају у делокруг подношење акционих планова и акционих извештаја Комитету министара. Негативни сукоб надлежности у овој материји био би штетан за благовремено и уредно извршење пресуда ЕCHR. Такав сукоб надлежности државних органа могао би довести и до кршења међународних обавеза Републике Србије.

Надлежност заступника пред ЕCHR да представља Србију и пред Комитетом министара у поступку надзора над извршењем пресуда раније се можда могла извести из чл. 6, ст. 2 Уредбе о заступнику Републике Србије пред Европским судом за људска права.²⁶ Наведена подзаконска одредба гласила је: „Ако је пресудом ЕCHR утврђено да је Република Србија прекршила Конвенцију, заступник се стара о извршавању пресуде. Исплата износа договореног поравнањем, или назначеног у пресуди ЕCHR врши се из средстава органа Републике Србије чији су акти проузроковали кршење људских права.“ Уредба је престала да важи ступањем на снагу Закона о правобранилаштву.²⁷

25 Закон о правобранилаштву, *Сл. гласник РС*, 55/14.

26 Уредба о заступнику Републике Србије пред Европским судом за људска права, *Сл. гласник РС*, 61/06. (даље: Уредба).

27 В. чл. 63 Закона о правобранилаштву.

Поступак надзора над извршењем пресуда ЕСНР, који се води пред Комитетом министара, није био у центру пажње писца Уредбе. Чл. 6 Уредбе у коме се (врло мало) помиње извршење пресуда ЕСНР, прилично је непрецизан. Такво нормирање било је веома несавршено. Влада приликом доношења Уредбе није посветила довољно пажње поступку надзора над извршењем пресуда ЕСНР. Извесна правна празнина у овој области постојала је још у време важења Уредбе.

Законодавац приликом доношења Закона о правобранилаштву још мање пажње је посветио поступку надзора над извршењем пресуда ЕСНР. Тачније, законодавац је приликом стављања Уредбе ван снаге потпуно превидео да постоји поступак у коме Комитет министара надгледа како државе извршавају пресуде ЕСНР.

Постоји потреба да држава општи са органима Савета Европе, пре свега са Комитетом министара, у циљу имплементације пресуда ЕСНР у национални правни систем. Законодавац није био свестан потребе за том комуникацијом, нити потребе да неки државни орган у име Републике Србије ту кореспонденцију врши. Законодавно тело пропустило је да одреди који ће орган у име Републике Србије обављати кореспонденцију са Комитетом министара у поступку надзора над извршењем пресуда ЕСНР, тј. орган који ће Комитету министара подносити акционе планове и акционе извештаје. Уместо да попуни правну празнину која је постојала у време важења Уредбе, законодавац је ту правну празнину још више продубио. Такво нормирање оставило је могућност негативног сукоба надлежности.

6. Поступање заступника Републике Србије пред ЕСНР

Заступник Републике Србије пред ЕСНР припремао је и подносио акционе планове и извештаје у поступку надзора над извршењем пресуда, иако га домаћи пропис на то не обавезује изричито. Заступник Републике Србије није кршио (прилично несавршене) домаће прописе у овој области. Он није проширио своје надлежности *contra legem*. Пре би се могло рећи да је пракса заступника Републике Србије у поступцима надзора над извршењем пресуда ЕСНР попунила правну празнину.

Имплементација пресуда ЕСНР јесте обавеза државе. Успешно извршавање тог задатка захтева да у њега буду укључени судови, легислатура, управна власт, а често и субјекти грађанског друштва. Могућност да поступа у циљу извршења пресуде ЕСНР у неком случају ће бити на једном телу, а у неком другом случају ће бити на другом телу унутар државе. У већини

земаља влада је кључни државни орган за имплементацију пресуде ЕСНР (Anagnostou, Mungiu-Pippidi, 2014: 210).

Извршавање овако комплексног посла превазилази моћи једног заменика државног правобраниоца – заступника Републике Србије пред ЕСНР. Он не може обезбедити да највиши органи извршне власти, законодавно тело и правосуђе, имплементирају ставове ЕСНР.

Заступник Републике Србије може прикупљати информације од различитих субјеката и координирати њихов рад у циљу идентификације мера које су потребне за извршење пресуде ЕСНР. Заступник Србије пред ЕСНР, као државни орган који је најбоље упознат са праксом ЕСНР и Комитета министара, јесте најкомпетентнији да процени које мере треба предузети да би се поступак надзора над извршењем пресуде ЕСНР успешно окончао. Он може (у форми акционог плана или акционог извештаја) обавестити органе Савета Европе, пре свега Комитет министара, које мере држава у ту сврху планира да учини и које је већ учинила. Заступник Републике Србије пред ЕСНР није носилац ни политичке ни судске власти, па је тешко очекивати да он сам донесе и спроведе мере потребне ради успешног извршења пресуда ЕСНР.

Заступник Републике Србије пред ЕСНР, за разлику од законодавног тела, био је потпуно свестан поступка надзора над извршењем пресуда ЕСНР и значаја који у том поступку имају акциони план и акциони извештај. Активни приступ заступника Републике Србије предупредио је негативан сукоб надлежности.

Подношењем акционих планова и акционих извештаја, заступник Републике Србије пред ЕСНР спречио је да наша држава прекрши дужност извршавања стразбуршких пресуда. Недостаци у домаћем закону нису се одразили на испуњавање међународних обавеза Републике Србије. Статистички подаци које је објавио Секретаријат Савета Европе, односно Одељење за извршење пресуда ЕСНР показују да, почев од 2016. године, Република Србија релативно успешно извршава стразбуршке пресуде и да се надзор над тиме ефикасно спроводи.²⁸

28 Комитет министара је током 2016. године у 111 случајева оценио да је Република Србија успешно извршила пресуде ЕСНР и одлучио да оконча надзор у тим предметима. Од 1. јануара до 20. јуна 2017. године Комитет министара је у 45 случајева оценио да је Република Србија успешно извршила пресуде ЕСНР и окончао надзор над њиховим извршењем. Да би се схватио степен успешности Србије у извршењу пресуда ЕСНР у овом периоду (1. јануар 2016–20. јун 2017. године) треба истаћи податак да је у истом периоду Комитету министара достављено 39 пресуда ради надзора над њиховим извршењем од стране Републике Србије, као и податак да је током 2015. године Комитет министара само у пет случајева оценио да је Република Србија успешно извршила

Интерес међународне сарадње, европских интеграција и подизања стандарда људских права у Републици Србији захтева да наша држава комуницира са Саветом Европе у поступку надзора над извршењем пресуда ЕCHR. Акциони план и акциони извештај јесу кључни елементи те комуникације. Није довољно да њихов значај буде познат само заступнику Републике Србије пред ЕCHR. Важност акционог плана и акционог извештаја у поступку надзора над извршењем пресуда ЕCHR требало би да буде познат и другим државним органима, пре свега оним највишим, али и стручној јавности.

Међународне обавезе Републике Србије не би требало да буду препуштене ентузијазму заступника пред ЕCHR. Ради уредног извршења обавезе поступања по пресудама тог суда, на дужи рок у будућности, потребне су норме које јасно утврђују орган надлежан за подношење акционих планова и акционих извештаја и осталу кореспонденцију са Комитетом министара. Тај орган наравно, може бити исти онај који је надлежан за заступање пред ЕCHR.

7. Надлежност за подношење акционог плана и акционог извештаја у упоредном праву

У највећем броју држава исти орган је надлежан и да Комитету министара подноси акционе планове и извештаје и да заступа државу у поступку пред ЕCHR. Тај орган је заступник државе пред ЕCHR – државни агент (*Government Agent*). Међутим, у неким земљама овај задатак је децентрализован, као што је то случај у Републици Ирској и у Уједињеном Краљевству Велике Британије и Северне Ирске, где акциони план припрема орган власти који је најповезанији са утврђеном повредом Конвенције. Парламентарне делегације такође могу учествовати у писању акционих планова или акционих извештаја, као што је то случај у Естонији.²⁹

Акционе планове и акционе извештаје у поступцима надзора над извршењем пресуда од стране Републике Хрватске, слично као и у Србији, Комитету министара подноси заступник Републике Хрватске пред ЕCHR. Уредба о Уреду заступника Републике Хрватске пред Еуропским судом за људска права,³⁰ у поређењу са нашом Удредбом, делује као савршенији пропис. Уредба је говорила само о заступању Републике Србије пред ЕCHR,

пресуде ЕCHR. В. Council of Europe. Department for the Execution of Judgments of ECHR. *Country Factsheet, Serbia*. Retrieved 25, June 2017, from <https://rm.coe.int/1680709761>.

29 Guide for the drafting action plans and reports, стр.14–15.

30 Уредба о Уреду заступника Републике Хрватске пред Еуропским судом за људска права, *Народне новине*, 18/12. (даље: хрватска Уредба).

али не и пред Комитетом министара у поступку надзора над извршењем пресуда.³¹ Хрватском Уредбом заступнику Републике Хрватске поверено је заступање и пред ЕСНР, али и пред другим органима Савета Европе.³² Такође, заступник Републике Хрватске пред ЕСНР изричито је овлашћен да координира извршење пресуда ЕСНР у Хрватској, као и да представља Републику Хрватску у поступку надзора извршења пред Комитетом министара.³³ Међу пословима који се обављају у Уреду заступника Републике Хрватске пред ЕСНР експлицитно су набројани послови припреме и суделовања у координацији извршења пресуда ЕСНР, као и послови припреме и суделовања на састанцима Комитета министара о извршењу пресуда.³⁴

Уред Заступника Републике Хрватске пред ЕСНР подељен је на три организационе јединице. Једна од њих јесте и Одељење за извршење пресуда и одлука ЕСНР.³⁵ Послови који улазе у делокруг овог одељења јасно су прописани. У те послове, између осталог, спада: припрема и учествовање у координирању извршења пресуда ЕСНР, послови припреме и учествовања на састанцима Комитета министара о извршењу пресуда, као и послови израде предлога акционих планова и акционих извештаја Републике Хрватске о извршењу пресуда и одлука ЕСНР.³⁶

Хрватска Уредба приликом неких будућих промена наших прописа могла би послужити као модел по коме треба уредити надлежност за комуникацију са Комитетом министара у поступку надзора над извршењем пресуда ЕСНР.

8. Закључак

Република Србија је декларативно привржена људским правима и европским принципима и вредностима. Поштовање европских принципа и вредности и поштовање људских права подразумева извршавање пресуда ЕСНР, као и сарадњу са органом Савета Европе који то извршење надзире. Акциони планови и акциони извештаји јесу кључна средства сарадње између држава чланица и Комитета министара. Подношењем тих аката држава обавештава Савет Европе, тј. Комитет министара о мерама које

31 Чл. 2 Уредбе.

32 Чл. 2 хрватске Уредбе.

33 Чл. 3 алинеја 2 и 3 хрватске Уредбе.

34 Чл. 5 алинеја 3 и 4 хрватске Уредбе.

35 Чл. 6 хрватске Уредбе.

36 Чл. 8 хрватске Уредбе.

планира да предузме, односно које је већ предузела, како би пресуда ЕСНР била имплементирана у национални правни систем.

Акциони план и акциони извештај јесу веома значајни документи, јер они омогућавају Комитету министара да ефикасно врши надзор над извршењем пресуда ЕСНР. Посебно је значајан акциони план, јер се њиме предвиђају мере које су потребне да у појединачном случају утврђена повреда људских права буде (колико је то могуће) отклоњена, и мере које ће спречити да у будућности дође до сличних повреда права.

Државни органи који доносе прописе нису у довољној мери упознати са значајем ових докумената. Законодавно тело није показало довољно пажње приликом уређивања надлежности заступника Републике Србије пред ЕСНР. Оно је потпуно превидело поступак надзора над извршењем пресуда ЕСНР, који се води пред Комитетом министара. Због тога, приликом прописивања делокруга послова заступника Републике Србије пред ЕСНР, није предвиђено да заступник Републике Србије представља Републику Србију и у поступку надзора над извршењем пресуда ЕСНР, те да у том поступку Комитету министара подноси акционе планове и акционе извештаје.

Заступник Републике Србије схватио је значај надзора над извршењем пресуда ЕСНР. Он је, без изричитог налога у пропису, ипак подносио акционе планове и акционе извештаје. Тиме није прекршио прописе, него је само попунио правну празнину која је и раније постојала, а која је продубљена доношењем Закона о правобранилаштву. Заступник Републике Србије пред ЕСНР на тај начин је омогућио Комитету министара да се увери у то да Република Србија у знатној мери испуњава своју међународну обавезу извршења пресуда ЕСНР у предметима у којима је странка.

Акциони план и акциони извештај несумњиво имају велики значај за уредно извршење стразбуршких пресуда. Није довољно да тај значај буде познат само заступнику Републике Србије пред ЕСНР. Важност акционих планова и акционих извештаја требало би да буде позната и осталим државним органима, пре свега оним највишим, али и домаћој стручној јавности. Надлежност за подношење акционих планова и акционих извештаја, и уопште за комуникацију са Комитетом министара, требало би да буде јасно уређена прописом. Хрватска Уредба изгледа као пример на који би се пропис Републике Србије могао угледати.

Литература/References

Anagnostou, D. Mungiu-Pippidi, A. (2014). Domestic Implementation of Human Rights Judgments in Europe: Legal Infrastructure and Government Effectiveness Matter. *The European Journal of International Law*. Vol. 25 no. 1. 205–227. [Electronic version]. Retrieved 25, June 2017, from <http://www.ejil.org/pdfs/25/1/2483.pdf>.

Brakhuysen, T. Van Emmerik, L, M. (2003). A Comparative View on the Execution of Judgments of the European Court of Human Rights. In Christou, A, T. Raymond, J, P. (Eds.). *European Court of Human Rights: remedies and execution of judgments*. [Electronic version]. Retrieved 20, November, 2017, from https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1896160.

Bussararin Ericson, M. (2016). *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*. Uppsala: Master's Thesis, Uppsala University – Department of Law [Electronic version]. Retrieved 20, May 2017, from <http://www.diva-portal.org/smash/get/diva2:914392/FULLTEXT01.pdf>.

Council of Europe. Department for the Execution of Judgments of ECHR. *Guide for the drafting of action plans and reports for the execution of judgments of the ECHR*. Retrieved 22, June 2017, from <https://rm.coe.int/1680592206>.

Council of Europe. Department for the Execution of Judgments of ECHR. *Objective indicators of slowness in execution*. Retrieved 22, June 2017, from <https://rm.coe.int/16805b0195>.

Council of Europe. Department for the Execution of Judgments of ECHR. *Country Factsheet, Serbia*. Retrieved 25, June 2017, from <https://rm.coe.int/1680709761>.

Council of Europe. *High-Level Conference on the Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility*. Retrieved 23, November 2017, from <https://rm.coe.int/high-level-conference-on-the-implementation-of-the-european-convention/1680695a9c>.

Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2009)29-rev, Action Plans – Action Reports Definitions and objectives*. Retrieved 22, June 2017 from https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=09000016805adb14.

Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2010)37, Supervision of the execution of judgments and decisions of ECHR: implementation of the Interlaken Action Plan – Modalities for a twin-track supervision system*. Retrieved 22, June 2017 from <https://rm.coe.int/16804a327f>.

Council of Europe. Ministers' Deputies. *Information documents CM/Inf/DH(2010)45 – Supervision of the execution of judgments and decisions of the European Court of Human Rights: implementation of the Interlaken Action plan*. Retrieved 22, June 2017 from <https://rm.coe.int/16804a3e07>.

Forst, D. (2013). The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights - Limits and Ways Ahead. *ICL Journal*. No. 3-2013. [Electronic version]. Retrieved 19, November 2017, from https://www.icl-journal.com/media/ICL_Thesis_Vol_7_3_13.pdf.

Lambert Abdelgawed, E. (2016). Dialogue and the Implementation of the European Court of Human Rights' Judgments. *Netherlands Quarterly of Human Rights*. Vol. 34/4. 340-363. [Electronic version]. Retrieved 20, May 2017, from http://www.nqhr.net/pdf_file/ITS/NQHR_34_04_0340.pdf.

Lambert Abdelgawed, E. (2008). *The execution of judgments of the European Court of Human Rights*. 2nd edition, Strasbourg: Council of Europe Publishing.

Omejac, J. (2012). Izvršenje presuda i odluka Europskog suda za ljudska prava. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*. 5–6 (62). 1913–1942.

Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements (adopted by the Committee of Ministers on 10 May 2006 at the 964th meeting of the Ministers' Deputies and amended on 18 January 2017 at the 1275th meeting of the Ministers' Deputies) Retrieved 20, November 2017, from <https://rm.coe.int/16806eebf0>.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода.

European Court of Human Rights. Case *EVT company v. Serbia*, Application No. 3102/05, Judgment of 21, June 2007.

European Court of Human Rights. Case *Marckx v. Belgium*, Application No. 6833/74, Judgment of 13, juna, 1979.

Закон о правобранилаштву *Службени гласник РС*, број 55/14.

Заступник Србије пред ЕCHR. *Акциони извештај о извршењу пресуде ЕCHR у предмету Анђелковић против Србије, поднет 23. маја 2014*. Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["DH-DD\(2014\)742E"\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{).

Заступник Србије пред ЕCHR. *Измењени акциони план за извршење пресуде ЕCHR у предмету Зорица Јовановић против Србије, поднет 12. новембра 2014*. Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["DH-DD\(2014\)1358E "\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{).

Заступник Србије пред ЕСНР. *Измењени акциони план за извршење пресуде ЕСНР у предмету Зорица Јовановић против Србије, поднет 9. јануара 2015.* Retrieved 20, November 2017, from [http://hudoc.exec.coe.int/eng#{"EXECIdentifier":\["DH-DD\(2015\)68E"\]}](http://hudoc.exec.coe.int/eng#{).

Јакшић, А. (2006). *Европска конвенција о људским правима – коментар.* Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Плавшић, Н. (2016). *Заштита појединца пред Комитетом за људска права и пред Европским судом за људска права.* Београд: Докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Београду. [Electronic version]. Retrieved 19, November, 2017, from <http://nardus.mpn.gov.rs/bitstream/handle/123456789/7535/Disertacija.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

Поповић, Д. (2012). *Европско право људских права.* Београд: Службени гласник.

Уредба о заступнику Републике Србије пред Европским судом за људска права. *Службени гласник РС.* Бр. 61. 2006.

Уредба о Уреду заступника Републике Хрватске пред Европским судом за људска права. *Народне новине.* Бр. 18. 2012.

Miloš Radovanović,

PhD candidate, Faculty of Law, University of Belgrade

**SUBMISSION OF AN ACTION PLAN AND AN ACTION REPORT
IN THE PROCEDURE FOR THE EXECUTION OF JUDGMENTS
OF THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS**

Summary

The High Contracting Parties of the European Convention of Human Rights and Fundamental Freedoms are obliged to execute judgments of the European Court of Human Rights. The Committee of Ministers of the Council of Europe supervises the execution of this obligation. An action plan sets out the measures the Member State intends to take to implement a judgment. An action report sets out the measures taken to implement the judgment. These acts are key tools of communication between the State and the Committee of Ministers in the procedure of supervision of the execution of judgments of the European Court of Human Rights. The Serbian authorities in charge of enacting legislation have not paid enough attention to the supervision of the execution of the European Court judgments. The competence concerning the communication with the Committee of Ministers in the procedure of supervision of the execution of European Court judgments and submission of action plans and action reports is not regulated by domestic law. The active approach of the Government Agent of the Republic of Serbia has prevented the negative consequences that this legal gap may have on the fulfillment of international obligations of the Republic of Serbia.

Keywords: *European Court of Human Rights, Committee of Ministers of the Council of Europe, execution of ECtHR judgments, action plan, action report.*

Стефан Стојановић,*
Докторанд Правног факултета,
Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878379S

UDK: 347.94“05/12”
Раd примљен: 14.12.2017.
Раd прихваћен: 06.02.2018.

ИРАЦИОНАЛНА ДОКАЗНА СРЕДСТВА КАО ДЕО ПРАВНЕ ТРАДИЦИЈЕ СЛОВЕНА**

Апстракт: *Ирационална доказна средства представљају и део правне традиције Словена. Будући да их познају готово сви најрелевантнији словенски правноисторијски извори, може се основано претпоставити да своје порекло имају у најдубљој старини словенског обичајног права. Циљ рада је да укаже на конкретне одредбе словенских правних споменика које регулишу ова доказна средства, да покуша да утврди начине њиховог извођења, као и да открије њихову улогу и однос према рационалним доказним средствима.*

Кључне руке: *ирационална доказна средства, словенско обичајно право, средњи век, судски поступак.*

1. Увод

Ирационална доказна средства представљају одлику правних система старог и средњег века, у којима је религија имала важну улогу. Позната су код Словена и Германа, али и других индоевропских народа. Своју примену налазила су због правне, али и опште друштвене неразвијености која је ограничавала могућност употребе рационалних доказних средстава.¹

У ирационална доказна средства спадају заклетва, саклетвеници, „божји суд“ (ордалије, правдање усијаним гвожђем и правдање водом) и судски двобој. Познају их сви релевантни словенски правни зборници: Руска правда, Новгородска и Псковска судна грамота, Душанов законик, Елблоншка књига (зборник пољског обичајног права), чешки средњовековни статuti, Винодолски закон и други, па се може основано претпоставити да своје

* stojanovicst91@gmail.com

** Раd представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (број пројекта 179046), који финансира Министарство науке, просвете и технолошког развоја.

1 Николић, Д.: „Древноруско словенско право“, стр. 192.

порекло имају у најдубљој старини словенског обичајног права. Такође, она су и део германске правне традиције.²

Поред ирационалних, словенски правни зборници предвиђају и примену рационалних доказних средстава. Рационална доказна средства у словенским правним изворима су „свод“, „лице“, сведоци и исправе. „Свод“ је био особено општесловенско рационално доказно средство, које је у својој суштини представљало начин виндикације украдене ствари. Према Т. Тарановском свод је био једна врста нарочитог поступка, у коме су се комбиновале својинска тужба (*actio vindicatoria*) и тужба због крађе (*actio furti*).³ „Лице“ (поличије, обличеније), такође је општесловенско рационално доказно средство и подразумева доказе са лица места, тзв. *corpus delicti*. Оно подразумева објекат кривичног дела, нпр. нешто украдено, насилно отето, али чак и оруђе, којим је кривично дело извршено.⁴ Сведоци су рационално доказно средство, пред судом исказују своја лична опажања, дакле оно, што су сами видели или чули. Исправе су доказно средство које се појављује на вишем степену правног развоја и у словенско право доспевају парцијалном рецепцијом римско-византијског права, али и спонтано, као резултат општег развоја друштвено-економских услова словенских државно-политичких подручја.⁵

Насупрот наведеним рационалним, стоје имагинарна (ирационална) доказна средства. Циљ овог рада биће да управо кроз упоредни приказ правних норми садржаних у најрелевантнијим словенским правноисторијским изворима, прикаже и објасни начине и технике извођења ирационалних доказа, да утврди у којим случајевима се примењују, а пре свега њихову веродостојност и однос према рационалним доказним средствима.

2. Заклетва

Заклетва је ирационално доказно средство познато свим индоевропским народима у старом и средњем веку. Под њом се подразумевало поткрепљивање истинитости неког тврђења призивањем богова или божјег имена.⁶ Примењивала се у кривичном и грађанском судском поступку и представљала је формалистичко доказно средство. Дакле,

2 Шаркић, С., Поповић, Д.: „Велики правни системи и кодификације“, стр. 67.

3 Тарановски, Т.: „Историја српског права у Немањинској држави“, стр. 582.

4 *Ibidem*, str. 581.

5 Ђорђевић, А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 123.

6 *Ibidem*, str. 78.

морала је бити положена у одређеној форми, према обичајима уз изговарање тачно одређених речи. Сматрало се да Бог неће допустити да исправно положи заклетву онај који не говори истину. Погрешно полагање заклетве доводило је до губитка спора. Са друге стране своје утемељење је имала у страхопоштовању божанстава, односно у друштвеној свести да ће оног који се лажно заклиње сустићи божја казна. У пракси је то најчешће доводило до тога, да ако би оптужени заиста био крив за учињено кривично дело, онда не би имао храбрости да се закуне, па би тако признавао кривично дело и кривицу.

Т. Тарановски сматра да је заклетва прасловенски и општесловенски институт.⁷ Заклетва, као доказно средство позната је код Словена под различитим називима – „рота“, „присега“, „клетва“, „заклетие“, „по души и по вери“, „klatwa“.⁸ Најстарији општесловенски назив за заклетву био је „рота“.⁹ Да је постојала и у време пре примања хришћанства недвосмислено нам доказује уговор између кнеза Олега и Византије из 907. године, као и уговор између кнеза Игора и Византије из 944. године. По уговору кнеза Олега и Византије из 907. године, којим је закључен мир између Руса и Ромеја, представници обеју страна заклели су се свако на свој начин – Византинци љубљењем крста („цјеловаше сам крст“), а Олег и његова дружина заклели су се у оружје и у своје богове („према руском закону, и заклињаху се оружјем својим, и Перуном, богом својим, и Волосом, сточним богом“).¹⁰ Први члан уговора кнеза Игора са Византијом из 944. године наводи да постоје крштени и некрштени Руси, па се за прве каже да ће, уколико не поштују Уговор, „примити казну од Бога Сведржитеља“, а за друге да им неће помоћи њихов бог Перун. У завршним одредбама Уговора, хришћански изасланици заклињу се својом црквом Св. Илије у Кијеву да ће поштовати одредбе Уговора, а некрштени својим штитовима и мачевима.¹¹

Заклетву је најчешће полагао тужени, како би се одбранио („очистио“) од оптужбе, па је таква заклетва била „очишћујућа“ (пургаторна). У недостатку других доказа тужилац је могао да положи тзв. допунску заклетву. Обе врсте заклетве познаје Шири Руска правда, и то у члановима 49 и 52. Члан 49 Руске правде предвиђа полагање заклетве од стране туженог (оставопримца, депозитара) у случају уговора о остави: „Ако неко

7 Тарановски, Т.: „Историја српског права у Немањинској држави“, стр. 588.

8 Ђорђевић, А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 78.

9 Израз „рота“ одржао се код Пољака и Чеха, те се њиме означава формула или текст заклетве. Тарановски, Т.: „Историја српског права у Немањинској држави“, стр. 588.

10 Повијест минулих љета или Несторов летопис, стр. 19.

11 Николић, Д.: „Древноруско словенско право“, стр. 81.

некоме остави нешто на чување, за то нису потребни послухи (сведоци); ако онај што је оставио (после) оптужује за више (него што је оставио), онај што је чувао да се закуне: „толико си код мене оставио“, пошто му је учинио услугу и чувао његове ствари (робу).¹² Овим чланом је, дакле, регулисана очишћујућа заклетва, коју полаже тужени. Тужилац је полагао допунску заклетву, ако није могао да обезбеди сведоке или саклетвенике, што је предвиђено у члану 52: „Ако нема послуха (сведока), а буде (у питању) износ од 3 гривне, за свој новац нека се (поверилац) закуне; ако је већи износ, да му се каже: „сам си погрешно што ниси узео послухе.“¹³ Његова заклетва је у правом смислу допунска, будући да није могао да изведе правно јачи доказ – саклетвенике или сведоке.¹⁴ Тужилац се допунском заклетвом могао користити само у споровима мале вредности (до 3 гривне).

Ове врсте заклетви познаје и пољско обичајно право, записано између 1230. и 1250. године у Правној књизи града Елблага (Елблоншка књига). Овај зборник садржи 29 чланова, који су значајни са познавање старог словенског судског поступка. Највише говори о кривичном праву и поступку, као и Руска правда.¹⁵ У члану XXVI, став 2 Елблоншке књиге предвиђена је допунска заклетва. Тужилац, власник животиње, могао је своје тврдње да поткрепи уз три односно два помагача у спору против туженог пастира.¹⁶ Став 3 истог члана регулише очишћујућу заклетву предвиђајући да онај који је оптужен за спречавање испаше туђе стоке, може себе ослободити одговорности полагањем заклетве да то није учинио.¹⁷

Поред поделе заклетве на очишћујућу и допунску с обзиром на то ко је полаже (тужилац или тужени), постоји и подела на инокосну и заклетву са помагачима, имајући у виду критеријум да ли заклетву полаже само једно лице или се после њега заклиње (понавља текст заклетве) још и одређени број лица, који му на тај начин помажу да заклетва буде правоваљана. Заклетва са помагачима је, дакле, таква заклетва, када после странке полажу заклетву још и њени помагачи, који су тим изјављивали да верују у истинитост исказа на који се странка заклекла (*iuramentum de credulitate*).¹⁸

12 Николић Д., Ђорђевић А.: „Законски текстови старог и средњег века“, стр. 124.

13 *Ibidem*, стр. 124.

14 Ђорђевић А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 80.

15 Соловјев А.: „Историја словенских права“, стр. 169.

16 Греков Б. Д.: „Изабранные труды, I“, стр. 437.

17 *Ibidem*.

18 Тарановски Т.: „Историја српског права у Немањинској држави“, стр. 588.

Најбољи пример заклетве са помагачима даје нам зборник хрватског обичајног права – Винодолски закон из 1288. године. Наиме, у члану 9 овог закона предвиђено је: „Ако буде парница (правда) пред двором због насиља или због крађе које ствари, а тужитељ нема свједочанства против кривца и допусти да му се заклетва (рота), за грабеж мора се кривац заклету само-25...“¹⁹ Дакле, ако нема других доказа против оптуженог за тешку крађу са елементима разбојништва, довољно је да се оптужени закуне. У томе су му морала помоћи још 24 човека, како би доказ био правоваљано изведен.²⁰ Ипак, овде се не може са сигурношћу утврдити да ли је реч о помагачима у заклетви или саклетвеницима, посебном доказном средству. Израз „само-25“ изгледа да упућује на закључак да се мисли на помагаче у заклетви, будући да је наглашено да се оптужени сам заклинје. Са друге стране и чл. 68 Винодолског закона даје простора за овакво тумачење, јер се у њему изричито тврди да се поводом кривичног дела убиства тужени заклинјао само-50, а да се за оне који му недостају могао заклету и сам. Слично је предвиђено и у чл. 10, где се тражила заклетва само-шест за крађу из тора и паљење жита.²¹ Пољички статут (статут аутономне хрватске жупе Пољица), такође зборник хрватског обичајног права из 1440. године, познаје заклетву као доказно средство, те је у споровима о земљи прописује изразом „на дај бог“ и „моје је, не дај бог“.²²

Заклетва, као доказно средство, постојала је и у српском средњовековном праву. Заклетву је полагао тужилац, који би тражио натраг своју оставу, а прималац оставе би је порицао, а о чему се говори у уговорима цара Душана са Дубровником из 1349. и 1357. године: „И где кому даје Дубровчанин свој добитак кому годе трговцу (подразумева се: у поклад, тј. у оставу), тере му од њега у бах удрит (пориче, одрече се), да се кљне Латинин за този, да буде верован по закону, како су имали у родитеља и у прародитеља царства ми.“²³ И тужени је полагао заклетву по одредбама Уговора са Дубровником из 1349. године: „Који год трговац доведе коње купивши из туђе земље, и препозна их, да се закуне трговац сам-други“.²⁴ Ово је била повластица за Дубровчане, јер се за спорове поводом крађе коња према Душановом законнику примењивало посебно доказно средство – „свод“.

19 Николић, Д., Ђорђевић, А.: „Законски текстови старог и средњег века“, стр. 136.

20 Израз „само-25“ значи да је уз оптуженог заклетву полагало још 24 лица.

21 Детаљније: Ђорђевић А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 83–84.

22 Jiřeček K.: *Svod zakonov slovanskych, Statut Poljički, dod. uz glavu II*, str. 402.

23 Тарановски, Т.: „Историја српског права у Немањинској држави“, стр. 589.

24 Ђорђевић. А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 86.

3. Саклетвеници

Према Т. Тарановском саклетвеници²⁵ су били честити, непорочни и веродостојни људи, који су под заклетвом потврђивали извесне, битне за дотични судски спор, чињенице, а чијим је исказима суд имао да поклони безусловну веру.²⁶ Разлика између саклетвеника и помагача била је у томе што су саклетвеници лица која су полагала заклетву да би се потврђивале чињенице битне за суд, а посредно и чињенице о моралним и људским вредностима странке, док помагачи у заклетви саму суштину доказивања и сврху постојања испуњују понављањем текста и ритуала заклетве. Код помагача, битан је искључиво број извршених заклетви, а код саклетвеника битна је гаранција шире заједнице, јемство већег броја сродника или суседа да је страна у спору без кривице.²⁷

Руска правда у члану 18, чији је наслов *О поклепној вири*, предвиђа правдање путем саклетвеника (послуха). Овде је реч о оптужби (клевети) за убиство, која није поткрепљена рационалним доказним средствима – сведоцима, као и доказима са лица места, нити је оптужени ухваћен на делу. У том случају се оптужени ослобађа одговорности путем 7 саклетвеника, односно 2, ако је оптужени странац. Овај члан гласи: „Ако неко буде (лажно) оптужен за виру (убиство), тада треба да буде 7 послуха (саклетвеника) који ће отклонити виру (оптужбу, клевету); ако (оклеветани) буде Варјаг или ко други (странац?) тада два (послуха)“.²⁸

Старо чешко право, такође, познаје установу саклетвеника. Члан 7 у Статутима Конрада Отона из 1189. године предвиђа: „Нека нико никога не оптужује, осим у случајевима када је штета нанета верним сведочанством суседа и ако (тужилац) буде ухваћен у лажи, тада нека буде каменован уз присуство суда општине (заједнице).“ Верно сведочанство суседа управо представља установу саклетвеника.²⁹

Елблоншка књига, зборник пољског обичајног права регулише саклетвенике као доказно средство. Према овом зборнику, туженом је било потребно пет саклетвеника у споровима поводом лакших крађа, шест за увреду и наношење телесне повреде, осам за крађу кнежевих ствари, убиство витеза или силовања, а једанаест за најтежа кривична

25 Други словенски изрази за саклетвенике били су: „послухи“, „ротници, поротници (од старословенске речи *рота*)“, „душевници“, „стариници“, „старци“, „клеветници“, а понегде се сусреће и израз „сведоци“.

26 Тарановски, Т.: „Историја српског права у Немањинској држави“, стр. 589.

27 Ђорђевић, А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 87.

28 Николић, Д., Ђорђевић, А.: „Законски текстови старог и средњег века“, стр. 120–121.

29 Ђорђевић, А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 90–91.

дела – разбојништво, издају, тешку крађу из кнежевог двора, провођење осумњиченог из једне општине у другу и паљевину.³⁰

Винодолски закон, зборник хрватског обичајног права предвиђа саклетвенике у неколико својих чланова. Тако у члану 10 предвиђа: „Због крађе из тора и због паљења жита, које се налази на пољу, те због узимања сијена ноћу из стога, да то није починио мора се заклету само-шест. И тат не смије имати одговорника без дозволе двора. Ипак, онај који треба да положи заклетву, нека нађе поротнике, како боље може...“³¹ Члан 68 слично одређује: „За убојство, ако нема свједока, оптужени за њега мора се оправдати само-50 својих поротника, како најбоље зна и може...“³² Веома је занимљив члан 56 Винодолског закона, будући да као „поротнике“ предвиђа жене. У случају када је неко оптужен за кривично дело силовања, жена као тужилац (оштећена), ако није имала сведоке, своју оптужбу је могла доказивати путем саклетвеница: „Ако би тко учинио насиље којој жени, употребивши је сполно или би покушавао да то учинити, мора платити кнезу 50 либара, а тој жени такође, ако се не буде могао с њом на који начин нагодити. Или ако (она) за речено насиље нема свједока, њој се вјерује; свакако мора се заклету само-25, ставивши руку на еванђеље дотичући се, за речено насиље, против онога, на кога се буде тужила; те поротнике та жена нека нађе, како најбоље зна. Ако поротника нема или их не може толико имати, та је жена дужна заклету се мјесто оних који јој недостају. Које се пак с њом куну, или она сама последије првог пута, морају такнути руком и рећи: „на њу се кунем“. А сви њени поротници морају бити жене...“³³ Да су у српском и хрватском праву жене могле бити саклетвенице (поротнице), доказао је уважени професор А. Соловјев.³⁴

Саклетвеници су доказно средство и српског средњовековног права. У Душановом законнику познати су под називом „порота“ и „поротници“. С. Новаковић сматра да је порота била редовни суд који је из праксе српских обичаја извукао и утврдио краљ Милутин.³⁵ Ово гледиште данас је углавном напуштено. Т. Тарановски сматра да је порота у Душановом законнику била безусловни судски доказ, односно да представља тзв.

30 *Ibidem*, str. 91.

31 Николић, Д., Ђорђевић, А.: „Законски текстови старог и средњег века“, стр. 136.

32 *Ibidem*, str. 147.

33 *Ibidem*, str. 145.

34 Соловјев, А.: „Жене као поротници у Душановом законнику“, Архив за друштвене и правне науке, посебан отисак, Београд 1939.

35 Новаковић, С.: „Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354.“, стр. 210.

„доказну пороту“.³⁶ Исто становиште заступа и К. Јиречек, који сматра да је порота била доказно средство и наглашава да појам поротника потпуно одговара појму саклетвеника.³⁷

Одредбе о пороти углавном су смештене у другом делу Душановог законика из 1354. године (чл. 151–154 ДЗ), па бисмо их у духу византијског права могли назвати новелама о пороти. По речима Т. Тарановског, новаторство Душанових новела о пороти манифестовало се у проширивању круга примењивања пороте, као и у детаљнијој регламентацији њене организације.³⁸ Душанов законик се у члану 152 позива на законе краља Милутина: *„Како јест било закон у деда царства ми, у Светаго краља, да су велијим властелом велији властеле поротци, а средњем људем противу (према) их дружини, а себрдијам их дружина да су поротци. И да нест у пороте родима ни пизменика.“*³⁹ Дакле, видимо да је порота била регулисана још за време краља Милутина и да се одређивала према сталешком начелу. За велику властелу поротници морају бити такође велика властела, за средње људе – њихова „дружина“, а за себре (себрдију) порота људи из њиховог сталежа.⁴⁰ Законик предвиђа увођење пороте за сва кривична дела (и за много и за мало). Број поротника је 6, 12 или 24 с обзиром на тежину кривичног дела: *„Повелова царство ми. От сада напреда да јест порота и за много и за мало. За велико дело да јест 24 поротци, а за помањи дгг 12, а за мало дело 6 поротца. И ти-зи поротци да несу вољни никога умирити, разве оправити или окривити. И да јест vsака порота у цркве, и поп у ризах да их заклне. И у пороте камо се већи(на) клну и кога већи(на) оправе, ти-зи да су веровани.“*⁴¹ Међутим, члан 151 Душановог законика не даје критеријум по којем се разликују велико дело, помањи дгг и мало дело, нити наводи која то посебна кривична дела спадају у једну од ове три групе. Предвиђа и надлежност, односно задатак поротника. Они не могу имати улогу медијатора странака, дакле посредника који ће помирити странке. Њихова улога је или да „оправе“, тј. да ослободе оптужбе својом заклетвом, односно да ускраћивањем заклетве „окриве“ оптуженог. Према речима К. Јиречека, поротници нису судије, јер се пред њих нису износили докази, они су сами доказно средство, али од пресудног значаја – после њиховог исказа судији остаје само да оптуженог пусти или да му одмери казну.⁴² За решавање

36 Тарановски, Т.: *„Историја српског права у Немањинској држави“*, стр. 607.

37 Јиречек, К., Радонић, Ј.: *„Историја Срба II“*, стр. 124.

38 *Op. cit.*, str. 607.

39 Николић, Д., Ђорђевић А.: *„Законски текстови старог и средњег века“*, стр. 166.

40 Соловјев, А.: *„Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године“*, стр. 298.

41 *Op. cit.*

42 Јиречек, К.: *„Историја Срба III“*, стр. 146, 149, 160, 162, 163.

спора, пресудна је већина гласова поротника. Душанов законик у члану 153 регулише и састав пороте код спорова са „међународним елементом“: „Иноверцем и трговцем поротци половина Србаљ и половина њих дружине, по закону Светаго краља.“⁴³ Ова одредба представља уступак учињен странцима, најчешће Дубровчанима, да половину пороте чине управо људи из њихове дружине. Члан 154 ДЗ предвиђа одговорност поротника који би „оправили некога“, а накнадно би се установила кривица странке у чију се невиност заклела већина: „Који се поротници клну и оправе онога-зи по закону, и ако се, по то-зи оправе, поличије обрете истину у онога-зи оправчије кога су оправили поротци, да узме царство ми на тех-зи поротцех вражду по тисушту перпер, а веће по том да несу ти-зи поротци веровани, ни да се кто од њих ни мужи ни жени.“⁴⁴ Овај члан је веома значајан јер нам указује неколико ствари. Пре свега, коначно разрешава дилему да ли је порота била суд или доказно средство. Да је порота била суд, онда поротници не би могли кривично да одговорају за донету пресуду. Дакле, поротници су исто што и саклетвеници – доказно средство. Ако би се касније појавио доказ са лица места (*поличије*), које је у супротности са оним на шта су се заклели поротници, долазило би до њихове кривичне одговорности. Поротника који се лажно заклео погађале су следеће санкције: 1) новчана казна од хиљаду перпера (*вражда по тисушту перпер*); 2) забрана да убудеће буде поротник (*да несу ти-зи поротци веровани*) и 3) забрана склапања брака (*ни да се кто од њих ни мужи⁴⁵ ни жени*). Овај члан садржи и конкуренцију доказа. То нам доказује да Законик новелом о пороти не укида друга доказна средства. Напротив, *поличије* (*лице, обличеније*), као рационално доказно средство има већу доказну снагу у односу на пороту.

На крају можемо закључити да је Душанов законик у свом другом делу из 1354. године, ипак учинио уступак властели поновним „оживљавањем“ старих српских обичаја о „пороти“ насупрот велике реформе судства увођењем државних царских судија. Сада је властелина у недостатку других рационалних доказа могао да оправда одређени број поротника из њиховог сталежа (*да су велијим властелом велији властеле поротци*). Ово доказно средство проширено је и на сва кривична дела (*от сада напреда да јест порота и за много и за мало*). Са друге стране, како би спречио могуће злоупотребе, цар Душан је предвидео и строге казне за поротнике који би се лажно заклели и на тај начин *оправили* кривца.

43 Николић, Д., Ђорђевић, А.: „Законски текстови старог и средњег века“, стр. 166.

44 *Ibidem*.

45 Израз *мужити се* представља стари израз који је означавао ступање у брак од стране женског лица. Овај члан нам несумњиво доказује да су у српском средњовековном праву жене могле да буду поротнице (саклетвенице).

4. „Божји суд“

„Божји суд“ (*iudicium dei, ordal, ordalium*) прастара је установа индоевропских народа, заснована на веровању да ће бог некаквим видљивим знаком „интервенисати“ у корист невиног.⁴⁶ Постојале су две врсте овог доказног средства: једностране и двостране ордалије. У прву групу спадало је правдање усијаним гвожђем (*iudicium ferri candentis*; општесловенски: „железо“) и правдање водом (*iudicium aquae frigidae*). Двострана ордалија била је судски двобој. Ово су такође, била ирационална (имагинарна) доказна средства, чијем се извођењу приступало једино онда када није било директних, рационалних доказа. Да своје порекло имају у најдубљој старини словенског права, несумњиво нам говори и Хелмолдова хроника. У њој је наведено да су Балтички Словени злочинце предавали свештеницима који су их „испитивали“ комадима усијаног гвожђа.⁴⁷

Већина словенских правноисторијских извора познаје ордалије „железо“ и „воду“, али о њима говоре лапидарно, као о нечему што је савременицима довољно јасно и познато, без потребе давања конкретних објашњења како се у пракси изводе ови докази. Једини словенски правни зборник који детаљно описује извођење једностраних ордалија је Елблоншка књига. Ордалија „железо“ регулисана је у глави XXIV, а правдање водом у глави XXV овог зборника пољског обичајног права. Глава XXIV Елблоншке књиге прописује да судија туженом налаже извођење доказа усијаним гвожђем („железом“), уколико овај није имао сведоке или саклетвенике и уколико је одбијао да се бори у судском двобоју. Доказивање врелим гвожђем могло је да се изведе на два начина: прелажењем туженог преко комада усијаног гвожђа, или ношењем у руци таквих комада. Доказ је сматран неуспешним уколико тужени не би на прописан начин направио три корака. Уколико би то урадио правилно, рана му је прекривана посебно освештаним воском. После три дана, восак се скидао и судија је пажљивим прегледом констатовао да ли је доказ успешно или неуспешно изведен. Иначе, и само одустајање од „божјег суда“ повлачило је губитак спора. Свештеник је имао битну улогу у извођењу овог доказа. Он је био дужан да освети и место и комаде усијаног гвожђа светом водом. Читао је молитву о Богу као једином праведном судији, дајући овом доказном средству печат стварне Божје воље.⁴⁸ Потапање у воду или „стављање на воду“ као други начин доказивања „божјим судом“ прописује глава XXV Елблоншке књиге. Овоме се приступало уколико није било сведока или саклетвеника, а судија

46 Николић, Д.: „Историја права – стари и средњи век“, стр. 183.

47 Кадлец, К.: „Првобитно словенско право пре X века“, стр. 159–160.

48 Ђорђевић, А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 101–102.

је желео да пресуди истог дана. Свештеник је морао да освети воду пре почетка извођења доказа. Тужени је везиван тако да није могао да помера ни руке ни ноге, а обележаван је „стављањем знака на главу“, како би се могло приметити да ли тоне или не. Око појаса му се везивало уже, како би га извадили из воде, уколико би почео да тоне. Ако не би одмах потонуо, суд га је сматрао кривим за дело за које је оптужен.⁴⁹

Чешки летопис Козме Прашког и Декрет кнеза Бжетислава I из 1039. године такође помињу усијано гвожђе, свету воду и судски двобој.⁵⁰ У тексту чешке хронике Козме Прашког и Статутима Бжетислава прописано је да је црквени суд архипрезвитера могао да наложи извођење доказа врелим гвожђем или светом водом (*...ако они неће да признају своју кривицу, тада нека буду подвргнути испитивању врелим гвожђем и светом водом*).

Руска правда у групи одредаба које се тичу доказних средстава предвиђа правдање усијаним гвожђем и потапањем у воду без објашњавања начина и технике извођења. Правдање усијаним гвожђем налаже се оптуженом за убиство, уколико не постоје рационални докази, а он не може да обезбеди саклетвенике⁵¹ (чл. 21 ШП): *„Када су тражили и нису прибавили послуха (саклетвеника), а тужилац терети за убиство, нека се пресуди (усијаним) гвожђем.“*⁵² Правдање усијаним гвожђем је предвиђено не само у случају убиства, него и код кривичног дела крађе изнад пола гривне злата (40 гривни куна). За крађу вредности од две до четрдесет гривни куна предвиђено је правдање потапањем у воду. За крађе мање вредности била је довољна заклетва тужиоца. Овај систем извођења ордалија регулисан је већ у наредном члану (чл. 22 ШП), који се лепо надовезује на претходни: *„Тако исто (поступити) и у свим расправама око крађе и оптужбама, ако нема очигледних доказа, дати му (усијано) гвожђе када је (вредност спора) до пола гривне злата; ако је мање, онда приступити доказивању потапањем у воду, и то до вредности (спора) до две гривне (сребра); за још мање, нека (тужилац) положи заклетву за своје куне (новац).“*⁵³ Руска правда само још у једном члану говори о правдању усијаним гвожђем. То је члан 85 ШП: *„Сви спорови да се пресуђују са слободним послухима (сведоцима), ако ли послух буде холоп, да се не појављује на суду; ако тужилац жели и узме га, нека каже: „по његовој изјави те узимам“ (на одговорност), „али те оптужујем ја, а не холоп“, па му (оптуженом) дати (усијано) железзо; ако (железзо) покаже*

49 *Ibidem*.

50 Соловјев, А.: *„Историја словенских права“*, стр. 159–160.

51 Николић, Д.: *„Древноруско словенско право“*, стр. 131.

52 Николић, Д., Ђорђевић, А.: *„Законски текстови старог и средњег века“*, стр. 121.

53 *Ibidem*.

кривицу, нека од њега узме своје, а ако не покаже, платити (оптуженом) гривну за муку, пошто је оптужен на основу холопове изјаве.⁵⁴ И овај, као и претходна два члана (чл. 21 и 22 ШП) не дају нам ближе одређење поступка извођења ових доказа, па се може претпоставити да је био исти или барем сличан оном из Елблоншке књиге.

Српско средњовековно право познаје једностране ордалије као доказна средства под називима „котао“ и „железо“. У повељама српских владара манастирима и црквама из XIII и XIV века примећује се тенденција забрањивања или значајног ограничавања употребе „божјег суда“, очигледно под утицајем византијског и црквеног права.⁵⁵ На пример, Скопска хрисовуља из 1300. године изрично одређује: „да нест котла људем Светаго Георгија... ни у ком потворе“.⁵⁶ Душанов законик у члану 150 прописује када се „железо“ изводи као доказ: „И ако кто поиште судом гусара и тата а не буде обличенија, да им јест оправданије железо што је положило царство ми; да га узимају у вратех црковних от огња и да га постави на светој трпезе.“⁵⁷ С. Новаковић објашњава да се овај доказ изводио на следећи начин. Пред вратима цркве би се усијало на ватри железно (гвожђе), те је оптужени био дужан да га узме и носи од црквених врата до свете трпезе. Ако би се том приликом опекао значило је да је оптужени крив, али ако није дошло до опекотина⁵⁸, онда би оптужени био невин и самим тим ослобођен кривичне одговорности.⁵⁹ Из овог члана видимо да Душанов законик ограничава примену овог института само на кривична дела крађе и разбојништва. Чак и у тим случајевима ово ирационално доказно средство је супсидијарног карактера, будући да је извођење овог доказа условљено недостатком доказа са лица мета, односно ако учинилац кривичног дела није ухваћен на лицу места (а не буде обличенија). Друго ирационално доказно средство у Душановом законнику – „котао“, заступљено је у два члана. Члан 84 гласи: „Судби да не за котал ни оправе никакве; кто се оправе, да не дава судијам оправе...“⁶⁰ Смисао овог члана је у томе да онај који се оправда овим доказним средством чак није дужан ни да плати судску таксу (оправу). Из самог члана не сазнајемо у којим

54 *Ibidem*, стр. 127.

55 Ђорђевић, А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 105.

56 Тарановски, Т.: „Историја српског права у Немањинској држави“, стр. 584.

57 Николић, Д., Ђорђевић, А.: „Законски текстови старог и средњег века“, стр. 166.

58 Занимљиво је гледиште Т. Тарановског како је заправо у пракси долазило до тога да се онај који се правда усијаним гвозђем не опече. О томе детаљније: Тарановски, Т.: „Историја српског права у Немањинској држави“, стр. 587–588.

59 Новаковић, С.: „Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354.“, стр. 236.

60 Николић, Д., Ђорђевић, А.: „Законски текстови старог и средњег века“, стр. 159.

случајевима се примењује ово доказно средство, али је и оно вероватно, као и „железо“ било супсидијарног карактера. Међутим, Душанов законик овом доказном средству даје снагу најсигурнијег (најверодостојнијег) доказа. То нам говори управо о суштини самог „божјег суда“. Оправдање „котлом“ било је божји знак да је оптужени невин. Такво чињенично стање узимало се као коначно утврђено, те није било места жалби, нити поновном извођењу неког другог доказа, а сам спор би постао *res iudicata*. Оптужени за кога је „божји суд“ доказао да није крив, ослобађан је плаћања судске таксе. Иако нам не даје одговор на питање у којим случајевима се примењивало доказно средство „кота“, Душанов законик ограничава његову примену само на себре. У односу на властелу учињен је уступак, те се припадници властеле могу оправдати путем „пороте“. Наиме, у члану 106. ДЗ предвиђено је: *„Дворане властеоски, ако учини које зло кто от њих, кто буде пронијаревик, да га оправе отчина дружина поротом, ако ли јесте себар, дахвати у котал.“*⁶¹

„Божји суд“, односно правдање путем „железа“ и „воде“, било је познато свим Словенима⁶², и ова доказна средства су извођена готово на истоветан начин. Утицај византијског црквеног и световног права, недоумице у коначном исходу извођења доказа „божјег суда“, као и веома сложена процедура, били су одлучујући чиниоци укидања ових средстава доказивања, те ће их из употребе све више потискивати судски двобој.⁶³

5. Судски двобој

Судски двобој је ирационално доказно средство, и то двострана ордалија. Познато је већини словенских права. Као „божји суд“ такође, је имао улогу супсидијарног, али и доказног средства путем којег се одређени спор и коначно решавао. Сматрало се да је победник у судском двобоју уједно и она процесна странка која је успела у спору.

Занимљиво је да Руска правда уопште не помиње судски двобој. Или судски двобој није прописан у Руској правди под утицајем Цркве, или је био толико утемељен у обичајном праву да није било потребе да се посебно наводи.⁶⁴ Међутим, у потоњим правноисторијским изворима руских градова Пскова и Новгорода (Псковска и Новгородска судна грамота), за разлику од Руске правде, нема ни помена о доказивању усијаним гвожђем, врелом

61 *Ibidem*, стр. 161.

62 Занимљиво је да једино зборник хрватског обичајног права, Винодолски закон из 1288. године, нема ни помена о „божјем суду“.

63 Ђорђевић А.: *„Постанак и развој судства код Словена“*, стр. 107.

64 *Ibidem*, стр. 109.

водом и слично, док је судски двобој (*поле*) прописан у многим њиховим одредбама. Наиме, према одредбама Псковске судне грамоте, судски двобој се увек одвијао у присуству двојице изасланика – једног кнежевог и једног градског. Победнику у овој тучи тољагама, признавано је да је у конкретном случају он био у праву, а не супротна, у двобоју побеђена страна. Ако су супротстављене стране жене, ниједна није могла да за судски двобој узме заменика, већ су морале да се лично боре. Право да се уместо њих боре њихови заменици, имали су само свештеници, монаси, малолетни, болесни и инвалиди.⁶⁵

Чешко средњовековно право такође познаје судски двобој као доказно средство. Према К. Кадлецу судски двобој се у чешком праву називао „штот“.⁶⁶ У Конрадовом Статуту предвиђено је да се судски двобој може налагати само странцима. Рожембергска књига, зборник чешког обичајног права, наводи да је за поступак поводом убиства, суд налагао извођење судског двобоја мачевима, а палицама или моткама за незаконито присвајање ствари убијеног.

Судски двобој, као и једностране ордалије, најбоље је објашњен у глави XXIII Елблоншке књиге⁶⁷, зборнику пољског обичајног права. Судија је, по тексту првог члана поменуте главе, питао туженог да ли има сведоке који би потврдили његову невиност. Уколико тужени не би могао да обезбеди сведоке, судија би налагао извођење судског двобоја. Ако би тужени прихватио двобој, обе стране су добијале рок од 14 дана за припрему. Елблоншка књига прави разлику у начину извођења двобоја, водећи рачуна о друштвеној припадности страна у спору. Уколико су обојица сељаци, туку се тољагама. Ако би племић изазвао сељака, такође би се тукли тољагама. Једино би се борили мачевима ако би сељак био тужени, а племић тужилац. Судски двобој у Пољској је био нарочито суров: прописано је чак да им се главе поспу пепелом „како крв не би ишла у очи и ометала их у борби.“ Учесници су имали штитове и тољаге у рукама. Тукли су се све док једна страна не би признала да је побеђена, или док неко од њих не би погинуо. Последице судског двобоја биле су следеће: ако би изгубио тужилац, уз губитак спора био је дужан да плати казну која је иначе била предвиђена за то кривично дело. Тужени који је био побеђен у двобоју, губио је спор и за њега су настајале све последице које су проистицале из тога.⁶⁸ У даљем

65 Николић Д. : „Историја права – стари и средњи век“, стр. 251.

66 Кадлец К. : „Првобитно словенско право пре X века“, стр. 125.

67 Греков Б. Д. : „Изабранные труды, I, стр. 431.

68 Према оптуженом за кривично дело издаје који би изгубио у судском двобоју, извршавана је и додатна санкција – каменовање од стране окупљеног народа.

тексту наведене главе Елблоншке књиге прописани су услови под којима је виши или нижи феудалац могао да захтева замену у судском двобоју, тј. да уместо њега у двобоју учествује неки њему подвлашћен човек. Кнез је као господар земље у сваком случају могао да пошаље било кога од својих људи да се бори уместо њега. Међутим, када би дошло до судског спора између феудалца и кмета, изричито је прописано да се феудалац не може борити са својим зависним сељаком. Тада би феудалац као замену узимао другог кмета, који бе се борио у феудалчево име. Свештеници су такође, могли да шаљу заменике у судском двобоју. Судски двобој је био доказно средство и у споровима зависних људи са црквених поседа.

Српски и хрватски правноисторијски извори не помињу судски двобој. У литератури постоји мишљење да је израз *узданије* који употребљава Душанов законик означавао судски двобој. Ово је нарочито заступао С. Новаковић упоређујући српски израз „узданије“ са чешким „*vzdani*“ који употребљава неусвојени чешки закон *Maiestas Carolina* из средине XIV века.⁶⁹ У савременој литератури ово гледиште није прихваћено. К. Јиречек указује на члан 131. Душановог законика⁷⁰, изводећи закључак да се судски двобој дозвољава једино војницима. Са друге стране А. Соловјев износи мишљење да је овде реч највероватније о рецепцији византијског права.⁷¹ Једину индикацију да је у српском средњовековном праву судски двобој постојао као доказно средство садржи Скопска хрисовуља краља Милутина из 1300. године, у којој се каже: „*да нест котла људима Светаго Георгија, ни надставе ни белег ни у ком потворе*“. Израз *белег* можда представља некадашњи судски двобој, будући да је поменут уз „*котао*“ и да је познат израз „*изаћи на белег*“.⁷²

6. Место ирационалних доказних средстава у доказном систему словенских правноисторијских извора

Сви релевантни словенски правноисторијски извори прописују правдање ирационалним доказним средствима. Поред тога, они настоје и да одреде у којим случајевима се она имају применити, као и какав је њихов однос у конкуренцији са рационалним доказним средствима, односно који је редослед извођења доказа. Будући да се учачавају извесне законитости у

69 Новаковић С. : „*Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354.*“, стр. 206-207.

70 Члан 131. ДЗ: „*На војсце сваде да нест. Ако ли се свадита два, да се бијета, а ин никто од војник да им не помаже. Ако ли кто потече и помаже на порвицу, они-зи да се (у)бију.*“ Николић Д., Ђорђевић А. : „*Законски текстови старог и средњег века*“, стр. 163.

71 Соловјев А. : „*Историја словенских права*“, стр. 520.

72 Ђорђевић А. : „*Постанак и развој судства код Словена*“, стр. 115.

редоследу извођења доказа који прописују поједини словенски правни споменици, то ће и циљ овог одељка бити да укаже на њих.

У Руској правди (Шира правда), се редослед извођења доказа може најбоље уочити код кривичног дела убиства. Наиме, из самог наслова члана 18. ШП *О поклепној*⁷³ *вири*, видимо да је реч о лажној оптужби за убиство, тј. о оптужби која није заснована на рационалним доказима. Дакле, примат имају рационална доказна средства – докази са лица места (лице, обличеније, *corpus delicti*) и сведоци. У недостатку ових, приступа се правдању ирационалним доказним средством – саклетвеницима (послухима), којих је према члану 18. ШП требало да буде 7, односно 2, ако је оптужени био странац. Ако оптужени није могао да прибави саклетвенике, онда се приступали једностраној ордалији – правдање усијаним гвожђем према члану 21. ШП. Ова ордалија се примењивала и за кривично дело тешке крађе - крађа вредности изнад пола гривне злата (чл. 22 ШП). Правдање водом, у недостатку других доказа, примењивало се за лакшу крађу (од две до четрдесет гривни куна). За ситну крађу била је довољна заклетва тужиоца. Анализом датих одредаба, можемо извести закључак да Руска правда одређује следећи редослед доказних средстава:

1. лице (докази са лице места; *очигледни докази* – чл. 22 ШП; *corpus delicti*, или код дозволе самопомоћи у чл. 34. ШП);
2. сведоци (за телесне повреде - нпр. чл. 29. и чл. 31. ШП, или када је предмет зајма веће вредности од 3 гривне – чл. 52 ШП);
3. саклетвеници (7 односно 2) за убиство; заклетва за имовинске спорове мање вредности (нпр. према чл. 52. ШП код зајма до 3 гривне).
4. „божји суд“ - усијано гвожђе за тежа кривична дела; правдање водом – за лакше крађе.

Готово исти редослед доказних средстава приметимо и у хрватском зборнику обичајног права Винодолском закону. Оно што је одмах уочљиво јесте да Винодолски закон не познаје установу „божјег суда“. Такође, у самом Закону не наилазимо и на општесловенски израз „лице“, односно неки други сличан израз (поличичје, обличеније итд), којим би се означавали директни докази са лица места (*corpus delicti*), као што је то на пример украдена ствар, средство којим је извршено кривично дело итд. Само у једном члану запажамо израз којим би, према нашем мишљењу, могло да буде обухваћено и ово рационално доказно средство (чл. 9 ВЗ): „Ако буде парница (правда) пред двором због насиља или због крађе које ствари,

73 Сама реч „клепати“ у савременом некњижевном руском језику и даље значи оклеветати, лажно оптужити.

а тужитељ нема свједочанства против кривца и допусти му се заклетва (рота), за грабеж мора се кривац заклету само-25...⁷⁴ Дакле, ако тужилац нема свједочанства за кривично дело крађе, тужени се могао оправдати заклетвом са још 24 помагача. Израз свједочанство Винодолског закона подразумева рационалне доказе, односно према терминологији члана 22. Руске правде *очигледне доказе*. Под овим изразом (свједочанство) спада свакако „лице“, али он може обухватити и сведоке. Члан 68. Винодолског закона јасно предвиђа да у случају када нема сведока за кривично дело убиства, тада се оптужени оправдава заклетвом са помагачима, а случају да нема довољног броја помагача будући да је било потребно „само-50“, могао је да се сам закуне онолико пута, колико недостаје помагача. Имајући у виду ове одредбе можемо утврдити редослед извођења доказа према Винодолском закону:

1. свједочанство:

- а) „лице“
- б) сведоци;

2. заклетва:

- а) заклетва са помагачима (само-25, само-6, само-50)
- б) полагање заклетве од стране туженог онолико пута, колико недостаје помагача.

Елблоншка правна књига такође прави градацију доказних средстава. Ако нема директних, несумњивих доказа, онда се као доказно средство одређују саклетвеници. По редоследу извођења доказа, слично Руској правди, саклетвеници су били испред двобоја и ордалија.⁷⁵ О томе сведочи глава XXIV: „Уколико судија свом човеку, који је оптужен и не може да има сведоке (саклетвенике), наложи да се бори у судском двобоју, а овај каже да не може да се бори, и нечим потврди своју немоћ (да се бори), обавезан је да носи железно.“⁷⁶ Дакле, када је редослед извођења доказа по Елблоншкој књизи у питању, ствар је јасна:

1. „лице“,
2. сведоци (захтевани од тужиоца, слично као у одредбама руског права),
3. саклетвеници,

74 Николић Д., Ђорђевић А. : „Законски текстови старог и средњег века“, стр. 136.

75 Ђорђевић А. : „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 91.

76 Греков Б. Д. : „Изабранные труды, I, стр. 432.

4. судски двобој,
5. „божји суд“ (ордалије).

У српском средњовековном праву, као и у правима других словенских народа тог времена, може се уочити одређени редослед доказних средстава. Душанов законик познаје доказно средство „лице“, и то под називима *обличеније* (чл. 150. ДЗ), *поличије* (чл. 154. ДЗ), *лице* (чл. 92. ДЗ). У Душановом законнику не налазимо сведоке у ужем смислу речи, тј. као рационално доказно средство, али се они помињу у Скраћеној Синтагми, која у скоро свим рукописним преписима прати Душанов законик.⁷⁷ Такође, Душанов законик познаје саклетвенике (пороту), али и ордалије „котао“ и „железо“. О односу „лица“ са ирационалним доказним средствима Душанов законик нам даје следеће податке. У чл. 150. предвиђено је оправдање „железом“ за кривично дело крађе и разбојништва, ако не буде *обличенија*, тј. доказа са лица места, а чл. 154. ДЗ даје предност *поличију* над поротницима који су се (како се касније испоставило) лажно заклели. Што се тиче односа „пороте“ и „божјег суда“ Душанов законик не говори, за разлику од Руске правде где се у случају убиства недвосмислено каже, да ако оптужени не може да прибави саклетвенике, приступа правдању усијаним гвожђем. Једино у чл. 106. ДЗ предвиђа да је за себре обавезна ордалија „котао“, док је за властелу довољна „порота“, али и тада не у којим случајевима. Иако не осветљава до краја односе ирационалних и рационалних доказних средстава, посматрајући одредбе Душановог законика заједно са Скраћеном синтагмом, можемо претпоставити следећи редослед доказних средстава:

1. „лице“,
2. сведоци,
3. поротници (порота),
4. „божји суд“ – „котао“ и „железо“.

На основу оваквог распореда доказних средстава у наведеним словенским правним изворима, закључујемо да се прво приступало извођењу рационалних доказа – лица и сведока, потом полурационалног доказа – саклетвеника, и на крају ирационалног „божјег суда“ – ордалија, у почетку једностраних, које је временом почела да замењује двострана ордалија – судски двобој. Критеријум према којем су разврстана доказна средства, односно утврђен редослед који се морао поштовати приликом извођења доказа, био је степен рационалности доказних средстава.

⁷⁷ Ђорђевић А.: „Постанак и развој судства код Словена“, стр. 119.

Према том критеријуму постојање рационалних искључивало је примену ирационалних доказа, који су имали супсидијарни карактер. Наиме, ниједан словенски правни споменик не наводи могућност кумулативног извођења рационалних и ирационалних доказних средстава у судском поступку, већ само предвиђа примену ирационалних једино у случају непостојања рационалних доказа. Дакле, никада се у судском поступку није могло десити нпр. да се окривљени за кривично дело убиства оправда ирационалним доказним средством „божјег суда“ - правдање усијаним гвожђем (као доказног средства евентуално јаче правне снаге), ако против њега већ постоје очигледни рационални докази, као што су „лице“ (ствари са лица места, тело убијеног, средство којим је кривично дело извршено), сведоци који су својим изјавама посведочили да је окривљени заиста извршио кривично дело итд. Пресуда је могла бити донета или само на основу рационалних, или само на основу имагинарних доказа. Дакле, и путем ирационалних доказних средстава постизало се потупно исто што и путем рационалних доказа – коначно решавање спора, што значи да се њихова правна снага и веродостојност није доводила у питање.⁷⁸ Међутим, разлог њиховог секундарног и супсидијарног карактера лежи управо у њиховој ирационалној природи, јер се путем њих утврђивала само формална, а не и материјална истина. Да је то било јасно утврђено у правној свести Словена, несумњиво нам доказује и редослед по којем је требало приступати извођењу доказа, који је готово исти у свим словенским правним зборницима, док је чак у Елблоншкој књизи на месту у којем се говори о правдању водом наведено да судија ипак, нерадо одређује овакав начин доказивања. Разлог због којег су се словенски законодавци опредељивали да имагинарна доказна средства уврсте у своје зборнике, јесте пре свега, њихова дубока укореењеност у словенском обичајном праву.⁷⁹ Такође, на тај начин, омогућили су да ниједан спор не остане нерешен услед недостатка рационалних доказа. Понекад су ова доказна средства добијала и ширу примену из политичких разлога, као нпр. могућност правдања путем „пороте“ за властелу у Душановом законнику.

78 Једино Душанов законик оставља могућност да се веродостојност заклетве поротника (саклетвеника) доводе у питање због могуће злоупотребе, и то путем рационалног доказног средства – *поличије*, које би се касније пронашло. Строге личне и имовинске санкције су предвиђене у чл. 154. ДЗ за поротнике који би се лажно клели. Наравно, веродостојност ордалија („божјег суда“), није могла бити оспорена, јер се путем њих утврђивала божја воља.

79 Доказивање врелим гвожђем опстало је на јужнословенским просторима до XIX века (у Вуковом Рјечнику је описано под појмом „мазија“).

7. Закључак

Ирационална доказна средства прописана су у свим најважнијим словенским правним изворима. То је доказ њиховог општесловенског порекла. Заклетву и саклетвенике познају сва словенска права. Установу „божјег суда“ није познавало хрватско обичајно право, будући да нема никаквих помена о њој у Винодолском закону. Такође, скоро да нема ни једног чрвшћег доказа у јужнословенским изворима о постојању судског двобоја као доказног средства на тим просторима. Углавном се словенски правни споменици односе према њима лапидарно, не описујући детаљније начине и технике извођења ових доказа. Ово нарочито важи за ордалије. Због тога се приликом њиховог проучавања највише ослањамо на зборник пољског обичајног права Елблоншка књига⁸⁰, у којем су детаљно описано правдање усијаним гвожђем и правдање водом, као и судски двобој. Ова доказна средства нису примарног, већ секундарног и супсидијарног карактера у односу на рационална доказна средства. Разлог овоме, је у њиховој ирационалности, будући да се њима утврђивала само формална, али не и материјална истина. Словенски законодавци су били свесни ове чињенице, па су управо и предвидели редослед извођења доказа према којем предност имају рационална доказна средства, а тек у њиховом недостатку се могло приступити извођењу имагинарних доказа. Када би дошло до њихове примене, ирационална доказна средства су сматрана веродостојним и на основу њих би спор био решаван. Међутим, код доказног средства – саклетвеника, могло се поставити питање његове веродостојности, јер је постојала реална опасност (нарочито, када утицај религије почне да слаби), да се саклетвеници лажно закуну. Због тога је Душанов законик предвидео строге личне и имовинске санкције за „поротнике“, који би лажном заклетвом „оправили“ оптуженог. Код „божјег суда“, такве опасности није било, па је сматран апсолутно веродостојним доказом. Међутим, временом, једностране ордалије, које су у словенском праву познате под називима „железо“ и „вода“, своје место су све више почеле да уступају двостраној ордалији – судском двобоју. Тај прелаз, вероватно је најбоље уочљив у руском праву. Наиме, Руска правда прописује једностране ордалије, док ништа не говори о судском двобоју. Са друге стране, потоњи руски правноисторијски извори Новгородска и Псковска судна грамота ништа не говоре о једностраним ордалијама, а предвиђају

80 Ово се у литератури објашњава тиме што је пољско обичајно право (Елблоншка књига) записано од стране немачких завојевача за потребе њиховог суда, којима пољски (словенски) правни обичаји нису били познати, па су настојали да их што исцрпније забележе.

судски двобој под називом „поле (поље)“. Слична ситуација је постојала у чешком и пољском праву.

Представљајући део словенског обичајног права, ирационална доказна средства нашла су своје место и у словенским правним зборницима и законцима, као важна допуна доказног ситета у коме су примат имала рационална доказна средства. Услед недостатка доказа путем којих би се утврдила материјална истина у неком спору, а што је према правном и уопште друштвеном развоју оног времена у пракси могло бити често, примена ирационалних доказних средстава била је нужна, како би се, па макар и на темељу формалне истине решио неки грађанскоправни спор, односно утврдила нечија кривична одговорност у кривичном поступку.

Литература/References

Греков Б. Д, *Изабранные труды, том I*, Москва 1957.

Ђорђевић Александар, *Постанак и развој судства код Словена*, Ниш 2008.

Јиречек К, Радонић Ј, *Историја Срба, књига II*, Београд 1998.

Јирећек К, *Svod zakonuv slovanskych, Statut Poljički, dod. uz glavu II*, Prag 1880.

Кадлец Карло, *Првобитно словенско право пре X века*, Београд 1924.

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.

Новаковић Стојан, *Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354*, Београд 1898.

Повијест минулих љета или Несторов летопис, (превео са руског Н. Бенковић), Београд 2003.

Соловјев Александар, *Жене као поротници у Душановом законик*, Архив за друштвене и правне науке, посебан отисак, Београд 1939.

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 Закононика*, Београд 2001, Досије.

Тарановски Теодор, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд 2002, Издавачко предузеће „Лирика“.

Шаркић Срђан, Поповић Драгољуб, *Велики правни системи и кодификације*, Нови Сад 2012, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност.

Stefan Stojanović,

PhD student,

Faculty of Law, University of Niš

IRRATIONAL EVIDENCE AS PART OF THE LEGAL TRADITION OF THE SLAVS

Summary

Irrational evidence is part of the legal tradition of the Slavs. Considering the fact that irrational evidence is recognized in almost all relevant Slavic legal history sources, it can be reasonably assumed that this type of evidence has its origins in the deepest antiquity of the Slavic customary law. The aim of the paper is to point out to the specific provisions of Slavic legal sources which regulate this type of evidence, to try to determine the procedure for aducing such evidence, and to discover their role as compared to rational evidence.

Key words: *irrational evidence, Slavic customary law, Middle Ages, judicial proceeding.*

Бојана Арсенијевић,*
Докторанд Правног факултета,
Универзитета у Нишу

ПРЕГЛЕДНИ НАУЧНИ РАД
doi:10.5937/zrpfni1878401A

UDK: 347.67

Раd примљен: 14.12.2017.

Раd прихваћен: 04.02.2018.

ТАЈНО ЗАВЕШТАЊЕ У ПОЈЕДИНИМ САВРЕМЕНИМ ЕВРОПСКИМ ПРАВНИМ СИСТЕМИМА

Апстракт: У раду се анализира тајно (мистично, затворено) завештање као један од облика завештања у савременим европским правним системима. Аутор је обухватио законска решења и ставове теорије о тајном завештању у француском, немачком, италијанском и руском праву, те указао на постојеће разлике у погледу услова за његову пуноважност у наведеним правима. Посебан део рада посвећен је предностима и недостацима тајног завештања. На крају, аутор даје аргументе због чега треба размислити о регулисању овог облика завештања домаћим наследноправним прописима.

Кључне речи: завештање, форма завештања, облици завештања, тајно (мистично, затворено) завештање.

1. Увод

Право захтева да последња воља завештајно способног лица буде исказана у одговарајућој форми, како би могла да произведе одговарајуће правне последице. С обзиром на прописане захтеве форме, праве се разлике између облика завештања, које правни систем сваке појединачне државе регулише у области остваривања слободе завештајног располагања. Тајно, мистично или затворено завештање је један од регулисаних облика завештања на европском правном подручју, које је посебно интересантно имајући у виду да је реч о јавном облику завештања, у чијем састављању учествује јавни бележник, а које завештаоцу обезбеђује тајност садржине његове последње воље.

Предмет рада је правна регулатива тајног завештања у појединим савременим европским правним системима: у француском, немачком,

* a.bojana@prafak.ni.ac.rs

италијанском и руском праву. Наведени правни системи изабрани су на основу њиховог значаја за домаће право, а имајући у виду историјски утицај тих права на изградњу и развој домаћег права и политичко-економске односе између наведених држава и Републике Србије.

Упоредноправна анализа пружиће сазнања о условима пуноважности овог облика завештања, а нарочито о његовим предностима, који су били разлог његовог правног регулисања, као и о његовим недостацима, који утичу на његову популарност у примени. На основу свега наведеног, размотрићемо оправданост регулисања *de lege ferenda* тајног завештања у домаћем праву.

2. Појам завештања и формалност као обележје завештања

Завештање или тестамент¹ је „једнострана, строго лична и увек опозива изјава воље завештајно способног лица којом оно, у законом прописаном облику, распоређује своју имовину за случај смрти“ (Стојановић, 2011: 192). Из овако датог појма завештања могу се издвојити његова основна обележја: једнострани и формални правни посао, строго личног карактера, увек опозив и располагање *cum animo testandi*.

С обзиром на тему овог рада, најзначајније обележје завештања јесте формалност, те ћемо му посветити посебну пажњу.² Формалност завештања као правног посла је нужна из два разлога. Први разлог заједнички је за све правне послове – форма треба да обезбеди „озбиљну, истиниту, смишљену, праву и 'хладну' вољу“ (Марковић, 1972: 101). Другим речима, форма завештања има заштитну и упозоравајућу функцију јер представља „гарантију истинитости последње воље завештаоачеве“ (Константиновић, 1947: 342) и истовремено завештаоца спречава „да брзоплето и непромишљено располаже својом имовином за случај смрти“ (Ђурђевић, 2009: 851). Други разлог је специфичне природе и односи се само на завештања – с обзиром на то да је завештање једнострано и строго лично правно посао, чије се тумачење и примена врши после смрти завештаоца, могуће су бројне злоупотребе, те форма треба да обезбеди „да се последња воља писмено фиксира“ (Марковић, 1972: 101) и тиме створи објективна могућност утврђења њене садржине.

У односу на свечани карактер форме завештања у старијим правима, у модерном праву строгост форме завештања је ублажена како би сваком

1 Завештање – црквенословенски корен речи, од *заветовати се*, дати свечано обећање Богу да се нешто учини. Тестамент – од латинског *testari*, сведочити, изјавити пред сведоцима. Наведено према: Стојановић, 2011: 192.

2 О осталим обележјима завештања видети: *Ibid.* 193–195.

грађанину била доступна могућност састављања завештања, али „тако да пружа правну сигурност и гарантује реалност и озбиљност последње воље“ (Радовановић, 1957: 16).

2.1. Системи завештајних облика

Сви облици завештања које једно право познаје чине систем облика завештања тог права, чији је основни принцип *numerus clausus*. Систем облика завештања ограничава слободу завештајног располагања јер ће завештаочева последња воља бити пуноважна само ако је изражена у облику који је предвиђен законом.³ Сваки појединачни правни систем има свој систем завештајних облика. Између више правних система могу се уочити разлике у погледу регулисаних облика завештања, као и у погледу услова за пуноважност регулисаних истих облика завештања.

Тако, француско право регулише својеручно завештање, јавнобележничко завештање, мистично завештање и међународно завештање, као и ванредне облике завештање и то: војничко завештање, завештање у условима заразе, завештање на острву и поморско завештање.⁴ У немачком праву регулисано је пет облика завештања: својеручно завештање, јавнобележничко завештање и одређена завештања у нужди – завештање пред градоначелником, завештање пред три сведока и поморско завештање.⁵ У наследном праву Италије нормирани су својеручно завештање, јавнобележничко завештање, међународно завештање и специјална завештања – завештање у условима заразе, опште непогоде или несреће, завештање састављено у авиону, завештање састављено на броду и војничко завештање.⁶ Руско право регулише јавнобележничко завештање, завештање оверено од стране одређених овлашћених лица, тајно завештање, својеручно завештање пред сведоцима и међународно завештање.⁷

3 Уређени систем облика завештања ограничава слободу завештајног располагања у погледу форме њеног остваривања. С друге стране, установа нужног наслеђивања представља садржинско ограничење слободе завештајног располагања јер опредељује део заоставштине којим завешталац никако не може да располаже. Док је циљ прве врсте ограничења правна сигурност, циљ ограничења у виду нужног дела јесте заштита најближих сродника завештаоца и очување породичне заједнице.

4 Articles 976–1001.de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018.

5 Paragraphs 2231–2272. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

6 Articoli 601–619.di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.*

7 Статња 1124–1129. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.*

3. Тајно завештање

Приликом уређивања система завештајних облика, законодавац настоји да понудом већег броја различитих облика завештања омогући завештаоцу избор за њега најприступачније форме за исказивање последње воље, а с обзиром на карактеристике сваког облика завештања. Када донесе одлуку да састави завештање, пред завештаоца се тада поставља питање избора завештајне форме. Одлуку о избору облика завештања завешталац доноси на основу упоређивања предности и недостатака који одликују одређене завештајне облике.

Када завешталац одлучује о састављању завештања у приватној или јавној форми, он тада вага две своје основне претензије – пожељност тајности садржине приватног облика завештања или сигурност јавног облика завештања, коју му пружа учествовање представника јавне власти у његовом састављању. Имајући у виду овако изражене потребе завешталаца, законодавци појединих држава регулишу тајно завештање⁸ као јавни облик завештања чија садржина остаје непозната јавном бележнику и завештајним сведоцима који учествују у његовом састављању. На тај начин остварена је симбиоза наизглед супростављених захтева – тајности садржине и јавности облика.

Тајно завештање је писани, јавни и редовни облик завештања. Регулисано је у правима држава чланица Европске уније: Француска, Луксембург, Холандија, Немачка, Италија, Шпанија, Португал, Малта, Грчка, Мађарска и Естонија.⁹ Када је реч о правима држава које нису чланице Европске уније, тајно завештање регулишу и права Русије,¹⁰ Белорусије¹¹ и Украјине.¹² Можемо закључити да је тајно завештање регулисано у бројним европским

8 За појмовно означавање овог облика завештања, италијанско право користи израз „testamento segreto“ – у преводу тајни тестамент, француско право користи израз „testament mystique“ – у преводу мистични тестамент, руско право користи израз „закрытое завещание“ – у преводу затворено завештање, а немачко право нема посебни назив. Сматрамо да је израз тајно завештање најпогоднији јер у први план истиче његову основну карактеристику – тајност садржине завештајних располагања.

9 The European Network of Registers of Wills Association. „Europe Wills“ Reports: Status and Summary of the Project. Преузето 10.12.2017. године. <http://www.arert.eu/Europe-Wills-reports.html?lang=en>

10 Статја 1126. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

11 Статја 1046. Гражданский кодекс Республики Беларусь, No. 218-3/1998, с изменениями на 31 декабря 2013 г. 96-3.

12 Стаття 1249. Цивільний кодекс України, *Відомості Верховної Ради України*, №№ 40-44/2003, із останній змінами № 47/2016.

правним системима и то чак у четрнаест држава. У овом раду, као што је речено, сагледаћемо нормативу у правима Француске, Немачке, Италије и Русије.

Француско и руско право регулишу тајно завештање као посебан облик завештања, док немачко и италијанско право овај вид завештајног располагања уређују као један од подоблика јавнобележничког завештања. Италијански законодавац је овај подоблик јавнобележничког завештања регулисао у посебном члану и именовao као тајно завештање. Немачки законодавац само је регулисао јавно завештање, које може бити састављено од стране завештаоца или трећег лица, а које затим завешталац предаје у отвореном или затвореном омоту јавном бележнику. Можемо закључити да модалитет јавног завештања у немачком праву, које завешталац предаје у затвореном омоту јавном бележнику, представља тајно завештање.

Да би тајно завештање било пуноважно, као и свако завештање уопште, нужно је испуњење три услова: 1) да је лице било завештајно способно у тренутку сачињавања завештања; 2) да је имало потребну вољу за сачињавање завештања; 3) као и да је иста изражена у законом предвиђеној форми. Услови пуноважности форме тајног завештања односе се на писање тајног завештања и његову предају јавном бележнику у присуству завештајних сведока. Свим овим условима за пуноважно завештајно располагање у облику тајног завештања биће посвећена посебна пажња у наставку.

3.1. Завештајна способност за састављање тајног завештања

Завештајна способност (*testamentum factio activa*) општи је услов пуноважности завештања и мора да постоји како у тренутку његовог састављања, тако и у тренуцима измене или опозива завештања. По својој природи, то је „посебна способност“ (Стојановић, Ђирић, 2010: 55), чије постојање кумулативно одређују два елемента: објективни елемент – узраст, и субјективни елемент – способност за расуђивање.

У италијанском и руском праву завештајно је способно лице које је навршило осамнаест година живота и које је способно за расуђивање.¹³ Значај разматрања питања завештајне способности за састављање тајног завештања долази до изражаја у немачком и француском праву, која разликују ограничену и потпуну завештајну способност. Потоња се и у немачком и у француском праву стиче са навршених осамнаест година, уз

13 Articolo 591. in relazione con articolo 2. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.Статья 1126. Гражданского кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

постојање способности за расуђивање. Ограничену завештајну способност у немачком праву има малолетник са навршених шеснаест година који је способан за расуђивање. Он своју последњу вољу може да изрази у облику јавног завештања, усменом изјавом учињеном пред јавним бележником или предајом незапечаћеног писмена јавном бележнику,¹⁴ али не може да састави тајно завештање. У француском праву ограничену завештајну способност има малолетник са навршених шеснаест година, који може завештајно да располаже само са половином своје имовине, којом би иначе, као пунолетно лице, могао да располаже,¹⁵ при чему то може учинити у свакој завештајној форми, укључујући и тајно завештање.

Способност за расуђивање, као субјективни услов постојања завештајне способности, углавном није регулисана наследноправним прописима.¹⁶ Изузетак представља право Немачке, које садржи негативну дефиницију, прописујући да способност за расуђивање нема лице које због менталног поремећаја, слабоумности или поремећаја свести, није у стању да увиди значај исказане воље и поступа према том увиду.¹⁷

3.2. Воља за сачињавање завештања

Воља за сачињавање завештања (*animus testandi*) мора бити „манифестована у спољном свету и мора бити озбиљна, стварна, слободна, одређена и безусловна“ (Стојановић et al. 2010: 46). Неиспуњеност ових захтева, као и недозвољени утицај трећих лица на вољу завештаоца, утиче на правну ваљаност завештања.

3.3. Састављање тајног завештања

Разликујемо три начина састављања тајног завештања: 1) као својеручно завештање, 2) када завешталац пише завештање коришћењем техничких средстава писања и 3) као алографско завештање. Док руско право допушта

14 Paragraphs 2229. und 2233. des BürgerlichesGesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

15 Article 904. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Ставом другим поменутог члана предвиђено је да ће малолетник моћи да располаже целокупном својом имовином ако је позван да служи у рату, за време док трају непријатељства, али само у корист својих рођака и то до шестог степена сродства или у корист свог супружника. Став трећи истог члана регулише да малолетник који нема рођаке до шестог степена сродства може да располаже својом имовином као пунолетна особа.

16 Детаљније о способности за расуђивање видети Стојановић et al. 2010: 51–55.

17 Paragraph 2229. des BürgerlichesGesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

само први начин састављања тајног завештања,¹⁸ остала права регулишу сва три наведена начина.¹⁹

Логична последица руских прописа јесте да неписмена лица не могу да саставе тајно завештање. У осталим правима изричито је предвиђено да завешталац који не зна или не може да чита неће моћи да завештајно располаже на овај начин.²⁰ Уколико је завешталац нем, глув или глувонем, али зна да чита и пише, може да састави тајно завештање, а изјаву да се ради о његовој последњој вољи даће у писаном облику.²¹

3.3.1. Писање тајног завештања

Као што је речено, у правима Француске, Немачке и Италије завешталац може тајно завештање да напише својеручно или коришћењем техничких средстава писања, као што су компјутер или писаћа машина, док је у руском праву једино дозвољено својеручно писање завештања од стране завештаоца. Иако ригорозни, захтеви руског права настоје да онемогуће било какву злоупотребу овог облика завештања. Наиме, законски израз „својеручно“ или „својом руком“ тумачи се у смислу да текст завештања „мора написати лично завешталац и то на начин који обезбеђује утврђивање аутентичности његовог рукописа“ (Ђурђевић, 2009: 852), јер је „писање сопственом руком сигуран знак да завештање садржи само и једино вољу завештаоца“ (Кашћелан, 2010: 145). Међутим, треба имати у виду да завешталац лично мора да преда јавном бележнику тајно завештање и да изјави да писмено које предаје садржи његову последњу вољу, те се чине неоправданим страхови да је аутентичност воље угрожена уколико је писмено написано на компјутеру. Стога можемо закључити да су решења француског, немачког и италијанског права ближа друштвеној стварности, у којој је писање на компјутеру део свакодневнице већег дела становништва. Састављање тајног завештања од стране само завештаоца у највећем степену задовољава „потребе мистерије, тајне и апсолутне

18 Статја 1126. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

19 Article 976. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Paragraph 2232. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBL. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBL. I S. 2787, BGBL. I S. 969.* Articolu604. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

20 Articles 978. et 979. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Paragraph 2233. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBL. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBL. I S. 2787, BGBL. I S. 969.* Articoli604.e 605. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

21 *Ibidem.*

слободе, које имају углавном сви људи, када у одређеном тренутку свог живота, слободни од притиска и других утицаја, одлучују о судбини свог богатства“ (Lefort, 2001: 26).

Француско, немачко и италијанско право регулишу и могућност да тајно завештање буде састављено у алогографској форми, тако што ће друго лице написати писмено за завештаоца. Задужено лице то може учинити својеручним писањем или коришћењем средстава техничког писања. Суштина тајног завештања овде није повређена: тајно завештање омогућава завештаоцу да његова последња воља остане непозната за она лица за која он то жели, у првом реду за јавног бележника и завештајне сведоке, који учествују у његовом састављању. Да ли ће завешталац своју последњу вољу да обзнани трећим лицима, то је ствар његове слободне воље.

Није дозвољено састављање тајног завештања у електронском облику (Ђурђевић, 2011: 438. Институт, 2007: 55).

Италијанско право прописује ограничење да су неважећа завештајна располагања учињена у корист лица које је за завештаоца написало текст завештања, осим уколико завешталац својеручно не потврди те одредбе. Завештајна располагања у корист јавног бележника којем је тајно завештање предато су неважећа.²²

3.3.2. Потпис завештаоца

Без обзира на начин писања тајног завештања, оно мора бити својеручно потписано од стране завештаоца. Потпис представља доказ две круцијалне чињенице: да је завешталац донео озбиљну и коначну одлуку о расподели своје имовине за случај смрти и да текст који потписује признаје за своју вољу. Уколико потпис изостане, тајно завештање је неважеће. У италијанском праву је регулисано да тајно завештање које је завешталац написао коришћењем техничких средстава писања или када је писмено написало друго лице, у целини или делимично, завешталац мора да потпише на сваком листу који садржи текст завештања, без обзира да ли су листови спојени или не.²³

3.4. Предаја тајног завештања јавном бележнику

Француско и италијанско право регулишу да завешталац предаје затворено и запечаћено писмено, у коверти или без ње, јавном бележнику у присуству

22 Articolo598. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

23 Articolo604. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

два завештајна сведока, уз изјаву да се ради о његовој последњој вољи. Немачко право нормира исто решење, с тим да присуство завештајних сведока није потребно.²⁴

Норме француског права даљи поступак пријема тајног завештања регулишу на следећи начин: на самом затвореном писмену или коверти јавни бележник саставља акт о пријему завештања, у коме је дужан да наведе датум и место пријема завештања, да опише затворено писмено и печат, а затим акт о пријему завештања потписују завешталац, јавни бележник и завештајни сведоци. Датумом сачињавања тајног завештања сматра се дан наведен у акту о пријему завештања (Legoyer, 2011: 192). Након завршене процедуре пријема тајног завештања и његовог регистровања, француско право прописује да јавни бележник није дужан да задржи тајно завештање, осим уколико му га завешталац преда у депозит (Lefebvre, 2011: 359).

Италијанско право регулише сличну процедуру предаје тајног завештања: писмено на којем је завештање написано или које садржи завештање завешталац печати, тако да се не може отворити без уништења или промене печата, и тако запечаћено завештање предаје јавном бележнику, који ће на затвореном писмену или на посебном папиру да састави акт о пријему завештања, наводећи чињеницу пријема и изјаве завештаоца, број и отисак печата, податке о сведоцима и о осталим спроведеним формалностима.²⁵

И у немачком праву је регулисано да јавни бележник саставља акт о пријему завештања, али се посебна пажња посвећује акту промене држаоца завештања. Није неопходно да се предаја завештања обави „из руке у руку“, али је битно да јавни бележник дође у државину завештања у истом тренутку и на истом месту када му завешталац изјављује да писмено које јавни бележник преузима садржи његову последњу вољу. Сматра се да предаја није извршена уколико је завешталац само обавестио јавног бележника где и код кога се налази писмено које садржи његову последњу вољу (Ђурђевић, 2011: 440).

Руско право примењује принцип „бабушки“ у поступку предаје тајног завештања.²⁶ Наиме, завешталац предаје јавном бележнику писмено, у

24 Article 976. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Articolo 605. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17. Paragraph 2233. des Bürgerliches Gesetzbuch, *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

25 Articoli 604. e 605. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

26 Бабушке (рус. матрјошка, од матрјона – матријархат) су руска дрвена играчка која се састоји од више идентичних лутки које се расклапају, при чему се унутар сваке

затвореној и запечаћеној коверти. На тој коверти се потписују завештајни сведоци, а затим тако потписану коверту јавни бележник печати и ставља у другу коверту, на којој уписује податке о завештаоцу, о месту и датуму пријема завештања и личне податке завештајних сведока, као и напомене учињене завештаоцу.²⁷ Опште правило у руском праву је да се у завештању мора навести датум и место његове овере.²⁸ Међутим, ово правило не важи када је реч о тајном завештању јер се оно „не оверава, већ се предаје јавном бележнику који само оверава чињеницу о пријему коверте у којој је тајно завештање“ (Институт, 2007: 47), а правне последице производи само датум те овере.

3.5. Завештајни сведоци

Француско, италијанско и руско право предвиђају да је завешталац дужан да преда тајно завештање јавном бележнику у присуству два завештајна сведока. У немачком праву присуство завештајних сведока није прописано, али је завешталац слободан да захтева од јавног бележника „да позове до два сведока или другог јавног бележника да узму учешћа у поступку састављања завештања“ (Ђурђевић, 2011: 445). Када је реч о категоријама лица која се могу јавити у улози завештајних сведока, законима ових држава су регулисане одређене апсолутне и релативне забране.

Апсолутне забране се тичу одређених својстава лица, које су по ставу законодавца препрека стварном и озбиљном сведочењу о акту признања завештања. Нормама француског права изричито је предвиђено да сведоци могу бити само пунолетна лица, која знају да се потпишу и која разумеју француски језик.²⁹ Занимљиво је ограничење да супружници не могу да буду сведоци приликом састављања једног истог завештања.³⁰ Суштина овог правила се огледа у елиминисању могућности да се као сведоци јаве лица која су међусобно зависна или поводљива, што може угрозити објективност улоге коју им закон додељује. У италијанском праву сведок може бити само пунолетно лице које је потпуно пословно способно (Braun, 2011: 131). Руско право нормира да завештајни сведок не може бити лице које није потпуно пословно способно, које је неписмено или које

налазе мање лутке.

27 Статја 1126. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

28 Статја 1124. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

29 Article 980. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018.

30 *Ibidem*.

има физички недостатак који му не дозвољава да у пуној мери сведочи одређеном акту састављања завештања.³¹ Опште правило у руском праву је да завештајни сведок не може бити лице које не зна језик на коме је састављено завештање.³² Међутим, ово ограничење не важи за састављање тајног завештања јер се завештајни сведоци и не упознају са његовом садржином (Институт, 2004: 28). У немачком праву позвани сведок не може бити малолетник, лице које је душевно оболело или душевно заостало, лица која не могу у потребној мери да чују, говоре или виде, као ни лица која не умеју да пишу (Ђурђевић, 2011: 445).

Релативне забране тичу се лица која су директно или индиректно заинтересована за одређена располагања из завештања. Обично се ради о наследницима и њиховим сродницима, а код јавних облика завештања и о лицима која су учествовала у изради завештања. Релативне забране у француском праву се односе на службенике који раде у јавнобележничкој канцеларији, лица у чију се корист располаже завештањем, као и на њихове крвне и тазбинске сроднике, до четвртог степена сродства.³³ У италијанском праву завештајни сведок не може бити лице које има неки интерес у погледу завештања, али није забрањено да сведоци буду лица запослена у јавнобележничкој канцеларији (Braun, 2011: 131). Руско право регулише да завештајни сведок не може бити јавни бележник, лице у корист кога је учињено завештајно располагање, као ни супружник, деца и родитељи тог лица.³⁴ У немачком праву позвани сведок не може да буде лице које очекује правну корист из завештања, јавни бележник и његов супружник или регистровани партнер, сродници јавног бележника у правој линији, као ни запослени код јавног бележника (Ђурђевић, 2011: 445).

Чињеница у чију корист су извршена завештајна располагања позната је само завештаоцу. Стога јавни бележник нужно мора да упозори завештаоца да лица која се јављају у својству завештајних сведока не смеју истовремено бити лица у чију је корист он располагао у завештању, уз упозорење да ће таква евентуална располагања утицати на правоваљаност завештања.

31 Статја 1124. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

32 *Ibidem*.

33 Article 975. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018.

34 Статја 1124. Гражданског кодекса Российской Федерации, (часть третья), *Российская газета*, 233/01, с изменениями на 28 марта 2017 года.

3.6. Конверзија облика завештања

Како би у највећој мери осигурали валидност завештајног располагања завештаоца, француско и италијанско право предвиђају да, уколико изјава последње воље не испуњава услове за тајно завештање, иста ће важити као својеручно завештање ако су за то испуњени услови.³⁵ Италијанске норме још стипулишу да, када завешталац повуче тајно завештање од јавног бележника, тај акт неће представљати опозив тајног завештања уколико оно и даље може да важи као својеручно.³⁶ Занимљиво је да слично решење није прихваћено у руском праву, иако оно једино изричито захтева да тајно завештање завешталац мора да својеручно напише и потпише.

4. Предности тајног завештања

Тајно завештање је јавни облик завештања који завештаоцу омогућава тајност садржине завештајних располагања. Наведене основне карактеристике тајног завештања чине овај облик завештајног располагања веома привлачним завештаоцу када се он опредељује за ову завештајну форму за исказивање своје последње воље.

Тајност садржине завештајних располагања – Основна одлика тајног завештања, која га и појмовно одређује, јесте чињеница да садржина последње воље завештаоца сигурно остаје непозната јавном бележнику, завештајним сведоцима и свим другим лицима које завешталац одлучи да ускрати за то сазнање. Приликом састављања других јавних облика завештања, када завешталац усмено на записник исказује своју последњу вољу или предаје писмено које садржи његову последњу вољу, са чијом садржином се представник јавне власти упознаје, завештајна располагања завештаоца више нису тајна, без обзира на дужност чувања тајне овлашћених лица. Чињеница је да још неко лице, осим завештаоца, зна за садржину његове последње воље. Завешталац може бити нарочито заинтересован да његова последња воља остане непозната свима, коју му могућност заиста нуди једино тајно завештање.

Пристапачна форма тајног завештања – Једноставни захтеви форме за састављање тајног завештања представљају велику предност овог облика завештања. Као што је већ речено, довољно је да завешталац напише и потпише завештање, или да друго лице за завештаоца напише текст завештања, а он га потпише, које ће потом предати јавном бележнику и изјавити да затворено писмено садржи његову последњу вољу.

35 Article 979. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Articolo607. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

36 Articolo685. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

Сигурност аутентичности последње воље завештаоца – Приликом предаје тајног завештања јавном бележнику, завешталац мора да потврди да је реч о његовој изјави последње воље, што представља одређену гаранцију аутентичности завештања. Сама озбиљност одласка код јавног бележника, као представника јавне власти, и формалност акта потврђивања да затворено писмено представља његову последњу вољу, навешће завештаоца на посебну пажљивост, да приликом предаје писмена буде сигуран да је то његово завештање.

Смањене могућности злоупотребе – С обзиром на чињеницу да се тајно завештање налази у депозиту у јавнобележничкој канцеларији, могућности да оно буде изгубљено, фалсификовано или уништено су минималне.

Сигурност пуноважности завештајног располагања – Регулишући могућност конверзије, француско и италијанско право настоје да осигурају реално остваривање последње воље завештаоца, у условима када форма изјављене последње воље не испуњава законске захтеве за тајно завештање. На тај начин, састављање тајног завештања постаје и најсигурнији вид завештајног располагања, уз најмањи степен могућности да се завештајна располагања завештаоца покажу као ништава због недостатака завештајне форме. Услови писања тајног завештања нису претерано строги, као што смо већ објаснили, али чак и када ти услови нису испоштовани, постоји могућност да завештајно располагање завештаоца опстане као својеручно завештање. Својеручно завештање у француском праву завешталац мора својеручно да напише, датира и потпише, а у италијанском праву и да наведе место састављања.³⁷ Притом, треба имати у виду да је велика вероватноћа да ће завешталац, који се определи за састављање тајног завештања, из разлога тајности његове садржине, одлучити управо да завештање својеручно, самостално напише, при чему је ствар општеустаљене културе кореспонденције да се писмено потпише и датира.

5. Недостаци тајног завештања

Иако су предности састављања тајног завештања бројне, оно ипак садржи и одређене недостатке. Занимљива је чињеница да због тих недостатака тајно завештање није често употребљаван облик завештања (Lefebvre, 2011: 358. Leroyer, 2011: 193. Lefort, 2001: 52. Braun, 2011: 135. Институт, 2007: 55).

³⁷ Article 970. de le Code civil des Français, avec dernière modification au 3 janvier 2018. Articolo602. di Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, 79/42, con le ultime edizione di 75/17.

Накнадно откривање недостатака форме тајног завештања – Тајном завештању се замера што, иако чува приватност последње воље завештаоца, по његовом отварању сви евентуални недостаци форме или неусклађеност садржине завештања са домаћим правним поретком значиће његову невалидност. Могућност конверзије у француском и италијанском праву неће моћи да одржи на снази завештање чији начин састављања не одговара својеручном завештању, као ни завештање чију садржину чине недозвољена располагања, супротна домаћем правном поретку. Ове недостатке јавни бележник не може да отклони јер не учествује у фази писања тајног завештања.

Трошкови састављања тајног завештања – С обзиром на то да у поступку састављања тајног завештања учествује јавни бележник, то се нужно јављају новчани трошкови према јавнобележничкој тарифи. Затим, осим евентуалних новчаних трошкова путовања, одлазак у јавнобележничку канцеларију истовремено представља и временски трошак за завештаоца. Имајући у виду да системи завештајних облика у француском, немачком и италијанском праву нуде могућности састављања приватних облика завештања чије састављање није скопчано са наведеним трошковима, то су они приступачнији и стога привлачнији грађанству. Речено не важи за руско право, које нормира да у састављању сваког облика завештања учествује јавни бележник или овлашћено лице, те су ови новчани и временски трошкови неизбежни.

6. Закључак

Регулисаност већег броја различитих облика завештања поставља пред завештаоца задатак да изабере онај облик завештања који највише одговара његовим претензијама и условима у којима се налази. Завешталац је редовно заинтересован за сигурност коју му омогућава састављање јавног облика завештања, али је некада јача потреба за осигуравањем тајности учињених завештајних располагања, што му обезбеђује састављање приватних облика завештања, у првом реду својеручног завештања. Одговарајући на овако сукобљене потребе завештаоца, законодавци појединих савремених европских држава регулишу тајно завештање.

Овај облик завештања није регулисан у домаћем праву, што је веома интересантно, имајући у виду да наше право нормира чак девет других облика завештања. Анализиране бројне предности тајног завештања наводе на разматрање оправданости таквог резервисаног става домаћег законодавца. Наиме, уколико домаће право допушта састављање својеручног завештања, које такође обезбеђује тајност садржине

завештања, али ствара проблеме у пракси у погледу проналажења завештања и опасности од различитих злоупотреба, фалсификовања и уништења, чини се оправдано регулисати тајно завештање, које ће пренебрегнути наведене недостатке приватног својеручног завештања. С друге стране, треба имати у виду да домаће право оставља могућност завештаоцу да приватно завештање депонује код јавног бележника и тако оствари циљеве заштите свог завештања од губљења, злоупотреба и уништења. Такође, потребно је поставити и питање оправданости постојања појединих облика завештања у домаћем праву, сагледано кроз призму њихове примене у друштву, те упоредити сврсисходност њиховог регулисања и потенцијалних резултата регулисања тајног завештања. Још се мора имати у виду да домаће право не регулише могућност састављања јавнобележничког завештања предајом писмена, већ искључиво усменом изјавом завештаоца учињеном пред јавним бележником. Размишљајући *de lege ferenda*, разумно је посветити пажњу могућности регулисања овог начина састављања јавнобележничког завештања и, нарочито, тајног завештања.

Литература/References

Антић, О. (2009). *Наследно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник.

Braun, A. (2011). Testamentary Formalities in Italy. In Reid, K. De Waal, M. Zimmermann, R. (ed.). *Testamentary Formalities*. Vol. 1. Oxford: Oxford University Press. 121–141.

BürgerlichesGesetzbuch. *BGBI. I S. 42, ber. S. 2909, 2003 S. 738, BGBI. I S. 2787, BGBI. I S. 969.*

Граждански кодекс Российской Федерации, (часть третья). *Российская газета*, Н. 233. 2001. С изменениями на 28 марта 2017 года.

Гражданский кодекс Республики Беларусь. No. 218- З. 1998. С изменениями на 31 декабря 2013 г. No.96-З.

Ђурђевић, Д. (2009). Слобода тестирања и формализам олографског тестаментa. *Правни живот*. Бр. 11. 845–864.

Ђурђевић, Д. (2011). Нотарски тестамент у немачком праву. У Васиљевић, М. и Чоловић, В. (ур.). *Увод у право Немачке*. Београд: Институт за упоредно право, Правни факултет у Београд. 432–436.

Институт Государства и права Российской Академии Наук. (2004). *Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, Части Третьей*.

Институт Законодавства и Сравнителног правоведења при правительстве. (2007). *Комментарий к Гражданскому Кодексу Российской Федерации, Части Третьей*. 2.Издание.

Кашћелан, Б. (2010). Својеручно завештање у италијанском праву, *Годишњак Правног факултета, Слободир II Универзитет у Бијељини*. Бр. 1. 135–155.

Константиновић, М. (1947). Тезе за предпројекат закона о наслеђивању. *Архив за правне и друштвене науке*. Бр. 3 (1947). 315–347.

Code civil des Français. 1804. Dernière modification au 3 janvier 2018.

Codice Civile, *Gazzetta Ufficiale*, N. 79. 1942. N. 75. 2017.

Lefort, M. (2001). *Donations et testaments*. Paris: Litec, Groupe LexisNexis.

Leroyer, A. (2011). *Droit des successions*. 2.ed. Mayenne: Dolloz.

Марковић, С. (1972). Форме тестаментa de lega lata и de lege ferenda. *Зборник радова Правног факултета у Нишу*. Бр. 11. 101–114.

Радовановић, Б. (1957). Правни значај и природа усменог тестаментa. *Гласник адвокатске коморе АП Војводине*. Бр. 3/1957. 15–21.

Стојановић, Н. (2011). *Наследно право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Стојановић, Н. Ђирић, З. (2010). Правни и психијатријски аспект завештајне способности. У Петровић, М. и Стојановић, Н. (ур.). *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права*. Вол. 2. Ниш: Правни факултет, Центар за публикације. 45–78.

Successions et libéralités. (2011) 3.ed. Dossiers Pratiques Francis Lefebvre.

The European Network of Registers of Wills Association. “*Europe Wills*” Reports: *Status and Summary of the Project*. Преузето 10. 12. 2017. године. <http://www.areg.eu/Europe-Wills-reports.html?lang=en>

Цивільний кодекс України, *Відомості Верховної Ради України*, №№ 40-44. 2003. Із останній змінами № 47. 2016.

Bojana Arsenijević, LL.M.

PhD student,

Faculty of Law, University of Niš

SECRET WILL IN SOME CONTEMPORARY EUROPEAN LEGAL SYSTEMS

Summary

The paper analyzes a secret (mystic or closed) will, as one of the forms of the last will and testament regulated in some contemporary European legal systems. The analysis is based on the normative framework and theoretical disputes about the legal nature of the secret will in the laws of France, Germany, Italy and Russia. The author highlights the differences between these legal systems in terms of the legal conditions for making a valid secret will. Particular attention has been given to the advantages and disadvantages of a secret will. In the conclusion, the author argues for adequate regulation of the secret will in the national succession legislation.

Key words: *will (testament), legal form, types of will, secret (mystic, closed) will.*

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ (М51)

УПУТСТВО АУТОРИМА

Опште напомене	Рукопис рада компјутерски обрадити коришћењем програма <i>Word</i> , у фонту <i>Times New Roman</i> ћирилица (Serbian-Cyrillic), (осим оригиналних латиничних навода), величина фонта 12 pt , размак између редова 1,5. Формат странице треба да
Обим рада	Један ауторски табак - рад не треба да има више од 40.000 карактера,
Језик и писмо	Језици на којима се могу објављивати радови су српски, енглески, руски, француски и немачки.
Наслов рада	Наслов рада куцати величином фонта 14 pt, bold , Times New Roman
Аутор(и)	Име и презиме аутора, назив и пуна адреса институције у којој аутор ради, контакт е-mail адреса (величина фонта 12 pt). Све податке о ауторима, титула и институција,
Подаци о пројекту или програму*	На дну прве странице текста, треба навести у фуноти следеће: Назив и број пројекта, назив програма, назив институције која финансира пројекат.
Подаци о усменом саопштењу рада*	Ако је рад био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у
Апстракт	Апстракт садржи 100-250 речи.
Кључне речи	Не више од 10 кључних речи на српском и енглеском језику (Key words).
Структура текста	<ol style="list-style-type: none"> 1. Увод 2. Поднаслов 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Поднаслов 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Поднаслов 3 3. Поднаслов 2 4. Закључак <p>Наслови и поднаслови пишу се фонтом 12 pt, bold.</p>
Литература (References)	Пише се након текста, као посебна секција. Поређати све јединице азбучним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издавања (од најновије до најстарије). Молимо ауторе да искључе команду numbering, тј. без бројева испред. (Погледати табелу на крају упутства).
Резиме (Summary)	Пише се на крају текста после Литературе, дужине до 2 000 карактера
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у Wordу или Excelу. Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg.
Ауторска права	Аутори радова потписују сагласност за пренос ауторских права. Изјаву преузети овде .
Достава радова	Радови се достављају у електронском облику (као attachment) на следећу адресу: zbornik@prafak.ni.ac.rs
Огледни примерак рада	Овде можете преузети ОГЛЕДНИ ПРИМЕРАК РАДА

* Ови подаци уносе се само у случају да рад испуњава наведене услове (пројекат или саопштење)

УПУТСТВО ЗА ЦИТИРАЊЕ ЛИТЕРАТУРЕ

Навођење цитата треба урадити **у тексту**, као што је наведено у упутству. **Фус ноте** користити само када је неопходно пружити додатно објашњење или пропратни коментар, као и у случају позивања на нормативни акт, службена гласила и одлуке судова.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа библиографских јединица на крају текста морају се у потпуности слагати. Сваки цитат из текста и позив на литературу мора да се нађе на листи библиографских јединица, односно, свака библиографска јединица наведена у литератури мора да се нађе у тексту. Позив на библиографске јединице наводи се у оригиналном писму, без превођења.

Врста рада	Референце – литература	Цитирање у тексту
Књига, 1 аутор	Келзен, Х. (2010). <i>Онима теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.	(Келзен, 2010: 56)
Књига, Више аутора	Dimitrijević, V. Popović, D. Papić, T. Petrović, V. (2007). <i>Međunarodno pravo ljudskih prava</i> . Beograd: Beogradski centar za ljudska prava.	Прво цитирање у тексту: (Dimitrijević, Popović, Papić, Petrović, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al. 2007: 200)
Колективно ауторство	<i>Oxford Essential World Atlas</i> . (1996). 3.ed. Oxford: Oxford University Press.	(Oxford, 1996: 245)
Рад или део књиге која има приређивача	Nolte, K. (2007). Zadaci i način rada nemačkog Bundestaga. U Pavlović, V. i Orlović, S. (Priř.) <i>Dileme i izazovi parlamentarizma</i> . Beograd: Konrad Adenauer Stiftung. 279-289.	(Nolte, 2007: 280)
Чланак у часопису	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46	(Марковић, 2006: 36)
Енциклопедија	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> . Vol. 2. Tokyo: Kodansha. 1-3.	(Pittau, 1983: 3)
Институција као аутор	Републички завод за статистику. (2011). <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11.	(Републички завод за статистику, 2011)
Прописи	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 62. 2004.	Фус нота: Чл. 12. Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Сл. гласник РС</i> , 62/04
Судске одлуке	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905 или <i>Отојуди v UK</i> (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IУ-197/2002. <i>Службени гласник РС</i> . Бр. 57. 2003.	Фус нота: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] или Одлука Уставног суда IУ-197/2002
Електронски извори	Wallace, A.R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Преузето 15.11.2005. http://www.gutenberg.org/etext/2530 или European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	Навођење у тексту: (Wallace, 2001) Фус нота: European Commission for Democracy through Law. <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> . Преузето 24.5.2007. http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp

Collection of Papers, Faculty of Law, Niš (M51)

GUIDELINES FOR AUTHORS

General notes	The paper shall be processed in <i>MS Word (doc.)</i> format: paper size A4; font Times New Roman (Serbian-Cyrillic) , except for papers originally written in <i>Latin</i> script; font size 12 pt; line spacing 1,5.
Paper length	The paper shall not exceed 16 pages. An article shall not exceed 40.000 characters (including spaces). A review shall not exceed 6.000 characters (including spaces).
Language and script	Papers may be written in Serbian, English, Russian, French and German.
Paper Title	The paper title shall be formatted in font Times New Roman , font size 14 pt, bold . The title shall be submitted in English as well.
Author(s)	After the title, the paper shall include the name and surname of the author(s), the name and full address of the institution affiliation, and a contact e-mail address (font size 12 pt). The data on the author(s), academic title(s) and rank(s), and the institution shall be provided in English as well.
Data on the project or program*(optional)	In the footnote at the bottom of the first page of the text shall include: the project/program title and the project number, the project title, the name of the institution financially supporting the project.
Data on the oral presentation of the paper*(optional)	In case the paper has already been presented under the same or similar title in the form of a report at a prior scientific conference, authors are obliged to enter a relevant notification in a separate footnote at the bottom of the first page of the paper.
Abstract	The abstract shall comprise 100 - 250 words at the most
Key words	The list of key words following the abstract shall not exceed 10 key words. The key words shall be submitted in both Serbian and English.
Text structure	<ol style="list-style-type: none"> 1. Introduction 2. Chapter 1 <ol style="list-style-type: none"> 2.1. Section 2 <ol style="list-style-type: none"> 2.1.1. Subsection 3 3. Chapter 2 4. Conclusion <p>All headings (Chapters) and subheadings (Sections and Subsections) shall be in <i>Times New Roman</i>, font 12 pt, bold.</p>
References	At the end of the submitted text, the author(s) shall provide a list of References. All entries shall be listed in alphabetical order by author's surname, and each entry shall include the source and the year of publication. When referring to the same author, include the year of publication (from the most recently dated backwards). Please, see the table at the end of the Guidelines for Authors .
Summary	The summary shall be included at the end of the text, after the References. The summary shall not exceed 2.000 characters (including spaces) and it shall be submitted in both Serbian and English.
Tables, graphs, figures	Tables shall be prepared in <i>MS Word</i> or in <i>Excell</i> . Photos, graphs or figures shall be in jpg . format.
Copyright	The authors are obliged to sign a written consent on the transfer of copyright. The Author's Statement may be downloaded here .
Paper submission	The papers shall be submitted in electronic format (as an attachment) to the following address: zbornik@prafak.ni.ac.rs

* The data shall be included only if the paper is subject to such circumstances.

CITATION GUIDELINES

The citations should be included in the text, in line with the guidelines provided below. Footnotes shall be used only for additional explanation or commentary and for referring to the specific normative act, official journals, and court decisions.

In-text citations and reference entries shall fully comply with the list of bibliographic units in the References, provided at the end of the paper. Each in-text citation and reference entry shall be clearly cross-referenced in the list of bibliographic units and, vice versa, each bibliographic unit shall be entered in the text of the submitted paper. The referential sources shall be cited in the language and script of the original work (without providing an English translation).

Type of work	References	In-text citation
Book (a single author)	Jones, C. P. (1994). <i>Investments: Analysis and Management</i> . New York: John Wiley & Sons. Ltd.	(Jones, 1994: 123)
Book (a number of authors)	Osterrieder, H., Bahloul, H., Wright, G., Shafner, K., Mozur, M. (2006). <i>Joining Forces and Resources for Sustainable Development Cooperation among Municipalities – A Guide for Practitioners</i> . Bratislava: UNDP	First in-text citation: (Osterrieder, Bahloul, Wright, Shafner, Mozur, 2006: 31) A subsequent in-text citation: (Osterrieder et al., 2006: 45)
Joint authorship (a group of authors)	<i>Oxford Essential World Atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press	(Oxford, 1996: 245)
An article or a chapter in a book with an editor	Scot, C., del Busto, E. (2009). Chemical and Surgical Castration. In Wright, R. G. (ed.), <i>Sex Offender Laws, Failed Policies and New Directions</i> (pp. 291-338). New York: Springer	(Scot, del Busto, 2009: 295)
Journal article	Sandler, J. C., Freeman, N. J. (2007). Tipology of Female Sex Offenders: A Test of Vandiver and Kercher. <i>Sex Abuse</i> . 19 (2). 73-89	(Sandler, Freeman, 2007: 79)
Encyclopedia	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha Encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha	(Pittau, 1983: 3)
Institution (as an author)	Statistical Office of the Republic of Serbia, <i>Monthly statistical bulletin</i> , No. 11 (2011)	(Statistical Office RS, 2011)
Legal documents and regulations	Education Act, Official Gazette RS, No. 62 (2004)	Footnote: Article 12. Education Act, Official Gazette RS, 62/04
Court decisions	Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] ECR II-2905; or <i>Omojudi v UK</i> (2010) 51 EHRR 10; or Constitutional Court decision IY-197/2002, <i>Official Gazette RS</i> , No. 57 (2003)	Footnote: Case T-344/99 <i>Arne Mathisen AS v Council</i> [2002] or Constitutional Court decision IY-197/2002
Online sources	Wallace, A. R. (2001). <i>The Malay archipelago</i> (vol. 1). [Electronic version]. Retrieved 15 November 2005, from http://www.gutenberg.org/etext/2530 ; or European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp	In-text citation: (Wallace, 2001) Footnote: European Commission for Democracy through Law, <i>Opinion on the Constitution of Serbia</i> , Retrieved 24 May 2007, from http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp