
UDK 34(058)



ISSN 2620-1674

УНИВЕРЗИТЕТ У НИШУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ПРАВНИ ХОРИЗОНТИ

Година I | Број 1 | 2018

LEGAL HORIZONS

Volume I | N° 1 | 2018

Ниш, 2018.

ПРАВНИ ХОРИЗОНТИ

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Саша Кнежевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Небојша Раичевић

Чланови Редакционог одбора:

Проф. др Ирена Пејић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Проф. др Срђан Голубовић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Проф. др Предраг Цветковић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Проф. др Марко Трајковић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Проф. др Горан Марковић, Правни факултет Универзитета у Источном Сарајеву,
Проф. др Ивана Јелић, Правни факултет Универзитета Црне Горе,
Проф. др Туњица Петрашевић, Правни факултет Свеучилишта Јосип Јурај Штросмајер у Осиеку,
Доц. др Александар Ђорђевић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Доц. др Душица Миладиновић Стефановић, Правни факултет Универзитета у Нишу,
Доц. др Михајло Цветковић, Правни факултет Универзитета у Нишу.

Секретари Редакционог одбора: др Филип Мирић и Александра Васић

Преводи резимеа: Гордана Игњатовић (енглески)

Лектура: Весна Анђелковић

Технички уредник: Владимир Благојевић

Штампа: Медивест Ниш

Тираж: 100

Часопис се објављује једном годишње.

САДРЖАЈ

Уводна реч.....	VII
-----------------	-----

I ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНЦИ

Марица Мишић ГУСТАВ РАДБРУХ О ПРАВУ, ПРАВНИМ, МОРАЛНИМ И ОБИЧАЈНИМ НОРМАМА.....	1
Јована Анђелковић РАЗЛОЗИ ЗА ПОКРЕТАЊЕ УПРАВНОГ СПОРА	17
Наташа Завођа ПОЈЕДИНИ СЕГМЕНТИ КОЛЕКТИВНОГ ПРЕГОВАРАЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ	31
Милош Митровић ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И УПОРЕДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ.....	49
Јелена Веселиновић УЛОГА СУДА У УТВРЂИВАЊУ ЧИЊЕНИЦА НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ.....	71
Исидора Митић ИСТУПАЊЕ ИЗ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА.....	87
Милан Момчиловић ЗАЈАМ И КАМАТА У ВИЗАНТИЈСКИМ ПРАВНИМ ИЗВОРИМА.....	101
Милица Соврлић ОДГОВОРНОСТ ЗА ПОСТАВЉЕНЕ И ОКАЧЕНЕ СТВАРИ У РИМСКОМ ПРАВУ	113
Стефан Стојановић ЦРКВЕНИ БРАК У ДУШАНОВОМ ЗАКОНИКУ	127
Душан Благојевић РАЗВОЈ СЛУЖБЕНИЧКОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ ДО НАМЕСНИЧКОГ УСТАВА 1869. ГОДИНЕ.....	137

Јелена Томић РАЗВОЈ ПОЛИЦИЈСКЕ ВЛАСТИ У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ.....	153
--	-----

II СТРУЧНИ ЧЛАНЦИ

Славко Милић ПРИМЈЕНА МАЛОЉЕТНИЧКИХ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА НА МЛАЂА ПУНОЉЕТНА ЛИЦА У ЦРНОЈ ГОРИ.....	169
Мирјана Ристић Везенковић ПРИРОДА И ОДЛИКЕ ИСТРАГЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ.....	185
Милан Ђорђевић КАРТЕЛСКО ПОСЛОВАЊЕ КОМПАНИЈА.....	203

III ПРИКАЗИ

Томислав Трајковић ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ УСТАВНОГ ПРАВА У ДЕЛУ „УПОРЕДНО УСТАВНО ПРАВО“ ПРОФ. ЂУЗЕПЕА ВЕРГОТИНИЈА	221
---	-----

IV ДОДАЦИ

Листа рецензената у 2018. години.....	239
Упутство ауторима.....	241

CONTENTS

Editor's Introductory Note.....	VII
---------------------------------	-----

I REVIEW ARTICLES

Marica Mišić GUSTAV RADBRUCH ON LAW, LEGAL, MORAL AND CUSTOM NORMS	1
Jovana Anđelković REASONS FOR INITIATING AN ADMINISTRATIVE DISPUTE.....	17
Nataša Zavođa SOME SEGMENTS OF COLLECTIVE BARGAINING IN COMPARATIVE LAW	31
Miloš Mitrović THE FORFEITURE OF ASSETS DERIVED FROM CRIMINAL ACTIVITY IN THE LAW OF THE REPUBLIC OF SERBIA AND COMPARATIVE LEGISLATION.....	49
Jelena Veselinović THE ROLE OF THE COURT IN DETERMINING THE FACTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS.....	71
Isidora Mitić WITHDRAWAL FROM COMPANY MEMBERSHIP	87
Milan Momčilović LOANS AND INTEREST IN THE SOURCES OF BYZANTINE LAW.....	101
Milica Sovrlić LIABILITY FOR OVERHANGING OR SUSPENDED OBJECTS CAUSING SAFETY RISK IN ROMAN LAW	113
Stefan Stojanović CHURCH MARRIAGE IN DUŠAN'S CODE	127

Dušan Blagojević DEVELOPMENT OF CIVIL SERVICE LEGISLATION IN SERBIA BEFORE THE CONSTITUTIONAL REFORM OF 1869	137
--	-----

Jelena Tomić THE DEVELOPMENT OF POLICE AUTHORITIES IN THE PRINCIPALITY OF SERBIA.....	153
--	-----

II PROFESSIONAL ARTICLES

Slavko Milić APPLICATION OF CRIMINAL SANCTIONS FOR JUVENILES TO YOUNG ADULTS IN THE CRIMINAL LEGISLATION OF MONTENEGRO	169
--	-----

Mirjana Ristić Vezenković THE NATURE AND CHARACTERISTICS OF PROSECUTORIAL INVESTIGATION IN SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE	185
---	-----

Milan Đorđević CARTELS IN CORPORATE BUSINESS ACTIVITIES	203
---	-----

III REVIEWS

Tomislav Trajković HISTORICAL DEVELOPMENT OF CONSTITUTIONAL LAW IN THE WORK "COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW" BY GIUSEPPE DE VERGOTTINI.....	221
---	-----

IV ANNEXES

List of Reviewers for 2018.....	239
Guidelines for Authors.....	241

Уводна реч

Поштовани читаоци,

Часопис „Правни хоризонти” наставља традицију публикације „Зборник радова студената докторских студија права” коју је Правни факултет Универзитета у Нишу издавао у периоду од 2014. до 2018. године. Часопис „Правни хоризонти” и даље је првенствено намењен објављивању радова студената докторских академских студија, али и радова наставника, сарадника и правника практичара.

У овом броју часописа „Правни хоризонти” садржано је 15 радова, од којих су 11 категорисани као прегледни чланци, 3 као стручни чланци и 1 рад као приказ. Радови се баве анализом различитих проблема из области уставног, управног, радног, кривичног, трговинског и римског права, као и историје права и филозофије права.

У Нишу, децембар 2018. године

Главни и одговорни уредник

Проф. др Небојша Раичевић

I ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНЦИ

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 30.05.2018.
Ревидирана верзија: 03.10.2018.
Рад прихваћен: 09.10.2018.

UDK: 340.12

ГУСТАВ РАДБРУХ О ПРАВУ, ПРАВНИМ, МОРАЛНИМ И ОБИЧАЈНИМ НОРМАМА¹

Марица Мишић²

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Методом концептуалне анализе текста „Филозофије права”, биће представљен концепт права Густава Радбруха. Уз његово поимање права као културне творевине која треба да оствари вредности као што су правда, сврсисходност и правна сигурност, детаљније ће бити изнет његов став о преимућству правде као централне вредности идеје права. Тим пре што Радбрух сматра да је правда у смислу праведности односно исправности права карактеристика коју мора имати позитивно право, да би имало карактер права, које се онда поима као морално добро. Поред тога, биће изнета и његова размишљања о односу између културних појава: права, морала и обичаја.

Кључне речи: културна творевина, право, морал, обичај, вредност, правда.

1. Увод

Густав Радбрух био је немачки правни филозоф, који се од већине филозофа права разликовао према заснивању своје филозофије права, не на искључиво једној од антитеза; теорији природног права или правног позитивизма, већ на њиховој комбинацији (Leawoods, 2000: 489). Основе своје правне филозофије Густав Радбрух је поставио у својој „Филозофији права”, објављеној 1932. године, која се сматра његовим најзначајнијим

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” (бр. 179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

² m.marica93@gmail.com.

делом и животним списом. Утицај на Густава Радбруха извршили су филозофи права као што су Штамлер и Емил Ласк, социолог Мак Вебер, правни теоретичари Шомло и Херман Канторович, али и филозофи као што су Имануел Кант и Карл Маркс. Поред њих треба поменути и утемељивача историјске правне школе Савињија, Рудолфа фон Јеринга и Отоа фон Гиркеа. Поред утицаја неокантоваца, који је несумњив, те због чега неки аутори Радбруха сматрају неокантовцем, очигледан је и утицај Ханса Келзена и Георга Јелинека, које он сам квалификује као релативисте. Радбрухова схватања би било правилније означити термином филозофскоправни релативизам, јер би се тако истакла и особеност у односу на правни неокантизам (Vračar, 1980: XXII–XXIII, fn. 13: XXIII). Радбрухов филозофскоправни релативизам поседује црте кантовског и неокантовског скептицизма и агностицизма, будући да сматра да је људски ум ограничен у сазнавању апсолутне истине и бића ствари, као и постављању апсолутне вредности ствари. Релативизам сматра да ниједно схватање о било ком правном питању не може бити потпуно и коначно, нити да може имати сву истину и да уважава сва постојећа објашњења, схватања и вредновања права. Релативизам жели да избегне крајности и да понуди неку трећу опцију и оптимална решења (Vračar, 1980: XXIII–XXIV).

1.1. Исправно право и неправо

Филозофија права се правом бави на другачији начин у односу на општу теорију права. Реч је о учењу о надискуственим елементима права, тј. праву по себи (Лукић, 1992: 324). Радбрух, како истиче у својој „Филозофији права“, не одриче право правној науци да индукцијом из појединих правних појава дође до појма права, али јој одриче могућност да сазна суштину права, односно да га образложи. Уопштавање путем индукције, сматра Радбрух, не може одредити атрибуте појму права као што су нужност и општост у смислу вредности (Radbruch, 1980: 44). Он наглашава да су монистичке методологије природноправне, позитивистичке и историјско-материјалистичке теорије недовољне за изучавање, сазнавање и разумевања права. Због истакнуте двојачке природе права као културне појаве, што ће бити објашњено даље у тексту, неопходан је методолошки дуализам. Могућ је чак и тријализам односно плурализам, уколико се узме у обзир да се право испољава не само као правна стварност и идеја права, већ и као правна норма (Vračar, 1980: XXVI–XXVII). Методички дуализам да се из оног што јесте не може извести требање, односно да се на основу стварности не може утемељити вредност, баш као и учење о исправном праву, Радрух заснива на Штамлеровој филозофији (Radbruch, Реј, 2002: 146). Карактеристично је за филозофију права да чини разлику

између два права, два система норми, које се разликују по својој суштини, али и садржини. Објективно односно природно право је надискуственог карактера, док се право искуственог карактера, које је предмет теорије права, назива позитивним правом. Како објективно право према мишљењу филозофа права обухвата норму чија је садржина одређена суштином света, требало би да садржина норми позитивног права буде истоветна са њима (Лукић, 1992: 324).

Говорећи о природном праву као најстаријем правцу филозофије права, Радбрух наводи да оно каткад служи за дубље учвршћивање позитивног права, а каткад обрнуто, за борбу против прописаног права. Било да је његов извор у природи, откровењу или уму, садржински одређени правни судови о вредности које даје природно право су општеважећи и непроменљиви. Могу се сазнати и имају предност у односу на противречно позитивно право. Ниједно прописано право, које би се утврдило неправедним, не сме ни у ком случају задржати важење (Radbruch, 1980: 26–28). У свом кратком спису *Five Minutes of Legal Philosophy* („Пет минута филозофије права“) који је објављен након слома нацистичког режима, нарочито је истакао да законима који су неправедни и друштвено штетни мора се порећи не само важење, већ и карактер права. Принципи права познатији као природно право (*natural law* или *law of reason*) су снажнији од било ког правног прописа. Уколико би било који закон био у супротности са њима морао би бити лишен правне снаге. Та правна начела која мора поштовати сваки правни пропис да би био позитивно право, односно да би имао карактер права, јесу људска права (Radbruch, 2006: 14–15). Дакле, у том делу је Радбрух доследан теорији природног права и нужној повезаности права и морала. Закони су правно важећи само онда уколико су исправни, односно усклађени са моралом. Уколико се закон и позитивно право супротстављају моралу, теорија природног права истиче да се такав закон не сме сматрати правно важећим (Leawoods, 2000: 490). Ово учење о исправном праву, фиозофија права уопште дугује Рудолфу Штамлеру (Radbruch, 2002: 146).

Правни позитивизам насупрот теорији природног права не тражи у правној стварности правну вредност, правду, већ се ограничава на емпиријско истраживање права у оквирима опште теорије права и посебних правних наука (Radbruch, 1980: 35). Према позитивистима закон је важећи зато што је закон, а закон представља и претпоставља моћ да се у већини случајева спроведе. У крајњој линији, позитивистичка теорија ставља знак једнакости између закона и силе (Radbruch, 2006: 13). Законски позитивизам изводи право из правне културе која настанак и престанак права види искључиво у одлукама државе и људи, без

чије воље права нема, нити га може бити (Stepanov, 2012: 100). Радбрух истиче да је важно критички приступати правним прописима и да треба прихватити као важеће само оне који су у складу са правдом и другим правним вредностима, који представљају исправно право. Сваки закон који представља очигледно гажење правде и правних вредности треба сматрати неправом које оправдава употребу насиља од стране самовољних властодржаца (Vračar, 1980: XLII–XLIII). Сличног мишљења је нпр. и Артур Кауфман који такође каже да један позитивни правни пропис може бити толико неправедан да је у том случају реч о неправу (Kaufmann, 1963: 87). Праведно право – природно право не постоји апсолутно у нашем свету и увек постоји могућност да садржина позитивног права постане изопачена. Занемаривање позитивности права угрожава *сигурност* права, а занемаривање правде угрожава сигурност *права*. Овде се заправо ради о игри речима, у смислу да се мора направити баланс између двеју вредности, правде и правне сигурности, те да није могуће апсолутно остварити ниједну. Кауфман је истакао да су и теорија природног права и правног позитивизма саме за себе једностране и да не одговарају онтолошкој структури права, односно да су правнички неодрживе. Онтолошка структура права је двојака, чине је суштина природног права и постојање позитивног права (*essence and existance, natural lawfulness and legality*) (Kaufmann, 1963: 80–82). Међутим, позитивистичко учење одваја право од морала, објашњавајући правно важење правних прописа искључиво чисто правним критеријумима. Оно је од средине 18. века па све до завршетка Другог светског рата било доминантно у правној филозофији. Сматра се да је управо Радбрух заслужан за оживљавање природног права, након скоро два века превлађивања правног позитивизма. Он тежи да понуди алтернативу између непомирљивих антитеза (Leawoods, 2000: 490–491). Две крајности треба помирити, закључује и Кауфман, а то је могуће само синтезом и релативистичким приступом. Однос поларитета и разликовање природне законитости – праведности и законитости – позитивности, природног и позитивног права јесте кључ у разумевању односа између права и силе, правде и правне сигурности, као и основа за заснивање синтетичког учења (Kaufmann, 1963: 85–87).

2. Појам и идеја права

Као правни релативиста, Радбрух је настојао да припреми синтезу и повеже схватања традиционалне и модерне јуриспруденције, противећи се крајностима као што су правни нормативизам и правни фактицизам (Vračar, 1980: XLIII–XLV). Нормативисти сматрају да се право састоји из норми односно исказа о ономе што треба да буде. Право је у том смислу једна идеја,

мисао, идеална творевина. Природноправна варијанта нормативизма стоји на становишту да право постоји независно од човекове свести, објективно. Право је по својој суштини природно право које произилази из саме природе ствари, које се намеће људима и које они репродукују позитивним правом. И правни позитивизам који правне норме изводи из државе (етатисти) односно друштва (социолози) је вид нормативизма. И једни и други говоре о позитивном праву. Разлика је у томе што први под позитивним правом разумеју све норме које је држава прописала и које као такве важе (правни формалисти, догматичари). Поједини етатисти захтевају и да држава обезбеђује примену прописаних норми тј. ефикасност, односно понашање људи у складу са правном нормом. Други пак правом сматрају само норме по којима се људи заиста и понашају, без обзира на то одакле потиче примена тих норми. Социолози сматрају да се норме могу открити посматрањем стварног понашања људи. Друга крајност је фактицистичко схватање права према коме се оно заправо састоји од стварног понашања људи. Право за њих није нормативна творевина која исказује оно што треба да буде, већ реална, оно што јесте, обична чињеница, односно факт (Лукић, 1954: 26–67). Не улазећи у проблеме у које западају заступници наведених теорија, у наставку ће бити изложено Радбрухово схватање права које је, како је професор Врачар истакао, синтеза супротстављених учења.

На основу утицаја филозофије културе и Густав Радбрух је заузео став о постојању четири царства датости: света бивства (који се изучава објективно и без вредновања), света религија (који превазилази и стварност и вредност), света вредности (који стварају људи својим вредновањем и истицањем требања: логика, естетика и етика) и света културе тј. културних појава (који настаје у друштвеном животу заједница). Свет вредности је насупрот свету стварности, то је оно што треба насупрот оном што јесте, тј. идеал насупрот постојећем, норма насупрот датости. Свет вредности и свет стварности повезује свет културе, односно свет појава стварности које су у служби остварења неке вредности. Поред уметности и науке, културне појаве, које представљају мешавину бивства и требања, су и морал и право. У праву се због тога испољавају супротности као што су правна стварност и правна вредност, правне чињенице и правне норме, фактичност и идеалност права (Vračar, 1980: XXVI)

Радбрух дефинише културни појам као појам стварности чији је смисао да служи некој вредности. Како право смешта у царство културних појава, отуда и његова дефиниција права као културне појаве. Радбрухов појам права је културни појам одређен на следећи начин: „Право је она стварност чији је смисао да служи правној вредности, идеји права” (Radbruch, 1980: 44). Закључује да је реч о мешовитој појави, која као психолошка чињеничност

спада у стварност, истовремено се уздижући изнад осталих стварности, захваљујући нормативности, односно постављајући мерила и захтеве. Право као чињеничност која одговара и чији је смисао да служи идеји права тј. правди Радбрух назива налогом односно скупом налога за заједнички живот људи. Налог истовремено има карактер стварности тј. позитивности и нормативности, односно императива и норме (Radbruch, 1980: 49–50). Императив је карактеристичан за право, док је норма својствена моралу, о чему ће бити више речи касније.

Сама идеја права, мора бити старија од права. Оно се извучи из ње и покушава да је оствари, док је она сама апсолутна вредност, која не произилази ни из једне друге. „Идеја права пак не може бити ништа друго него правда” (Radbruch, 1980: 45). Поред правде, на основу које се једино меродавно утврђује да ли је неки правни пропис важећи или не, идеја права обухвата још две вредности: сврсисходност и правну сигурност. Захваљујући људском несавршенству и погрешивости, дешава се да правни прописи који се доносе не обједињују све три вредности. Зато Радбрух закључује да правни пропис, чак и онај лош, има вредност која се огледа у осигурању права насупрот несигурности (Radbruch, 2006: 14). Како су ове три вредности права међусобно усклађене или сукобљене, то саму идеју права чини антиномичном (Vgačar, 1980: XXX).

Правда, сматра Радбрух ипак није довољна да би се садржински из ње могли извести правни прописи. Да би се, међутим, дошло до њихове садржине неопходна је сврсисходност, друга поменута вредност идеје права. Сврха права је неодвојива од сврхе државе, будући да је право делом државна воља (Radbruch, 1980: 70). Радбрухово схватање сврсисходности овде неће бити дато, довољно је рећи да он сматра да на ово питање није могуће дати одређен, већ само релативистички одговор (Radbruch, 1980: 94). Трећом вредношћу идеје права, правном сигурношћу, он се служи како би објаснио позитивно право. Уколико се не би могло утврдити шта је праведно, онда се мора прописати шта ће бити по праву, од стране органа који су у стању да спроводе оно што је прописано. Позитивност права је, наводи он, претпоставка за исправност права, али и обрнуто, и оно само мора бити исправно. Општеважећи елементи права су идеје правде и правне сигурности, док је сврсисходност релативистички елемент. Осим тога, будући да није увек могуће законом остварити у потпуности све три вредности, мора се одредити која би имала првенство. Дакле, и редослед првенства између њих је релативистички. Наиме, правда и сврсисходност могу доћи у колизију са правном сигурношћу, која захтева позитивност. Позитивно право тежи да важи без обзира на то да ли је праведно или није, односно да ли испуњава сврху или не. На основу правде требало

би процењивати да ли се неки налог уопште може сматрати правом тј. има ли форму права. Дакле, уколико није праведан, морао би му се одрећи карактер права. Исправност садржине правног налога цени се на основу сва три принципа, мада је сврсисходност доминантна. Правна сигурност служи за оцену да ли се праву може признати важење, мада се и остале две вредности морају узети у обзир (Radbruch, 1980: 95–99). Из тог разлога, правна сигурност не сме претежати, у односу на правду и сврсисходност (општу корист – public benefit), тако да омогућује важење оних најнеправеднијих и друштвено најштетнијих закона, којима се мора одрећи чак и карактер права, а не само позитивност (Radbruch, 2006: 14).

До свог одређења појма права Радбрух не долази индуктивно, на основу појединачних правних појава, већ дедукцијом из правде, идеје права. Овакво сазнање има априорни карактер, претправни, за разлику од оног до ког долази правна наука, апостериори, искуствено. Право није право зато што су његови саставни делови појединачне правне појаве, већ обрнуто. Неке појединачне појаве могу се квалификовати као правне, зато што су обухваћене појмом права. Сам појам права обухвата појединачне појмове права, који су такође априорног карактера. До априори правних појмова долази филозофија права која из позитивности и нормативности права извлачи нужне правне појмове. Правни пропис и појмови његових саставних делова, извори права, законитост и противзаконитост, правни однос, правне обавезе и правна овлашћења, субјективна права, субјект и објект права, само су неки од нужних правних појмова које помиње Радбрух. Нужност се огледа у њиховој универзалности односно у неопходности за сваки правни поредак, свако право (Radbruch, 1980: 49–51).

2.1. Концепт правде

Идеја права је саставни део царства вредности и требања, те даје основна мерила стварања и примене права. Идеја права као врховна и апсолутна вредност права најбоље је изражена правдом, као једном од три поменуте вредности које обухвата. Правда је међу њима најмеродавнија за одређивање појма права (Vgačar, 1980: XXIX). Када говори о правди, у суштини на њу свдећи идеју права, Радбрух под тим подразумева објективну правду, чији се идеал представља у идеалном друштвеном поретку. „Праведан у смислу објективне правде може бити само неки однос међу људима”³ (Radbruch, 1980: 45–46).

³ Радбрух прави дистинкцију између правде у субјективном и објективном смислу. И док правда у објективном смислу представља идеал који се огледа у идеалном друштвеном поретку, правда у субјективном смислу заправо је само вид, појавни облик морално доброг. Као објект свог вредновања она узима исти онај на који је усмерен морални вредносни суд: човек, воља, духовни став или карактер човека.

Поред објективног и субјективног смисла, правда може бити схваћена и као једнакост. Сама једнакост се може различито тумачити и имати за предмет људе или добра. Према свом мерилу може бити апсолутна и представљати једнакост између добара или релативна, када се односи на сразмерну једнакост у поступању са различитим лицима. Радбрухово објашњење једнакости одговара Аристотеловом учењу о комутативној и дистрибутивној правди, како је сам подвукао. Његова апсолутна једнакост еквивалентна је Аристотеловој комутативној правди која постоји у односу на природности и претпоставља постојање два лица. С друге стране, релативна једнакост, односно дистрибутивна правда претпоставља постојање најмање три лица и важи у односу на надређености и подређености. Комутативна правда, правда међу равноправнима, проистекла је из дистрибутивне правде која омогућава равноправност и једнак статус. Иако је дистрибутивна правда првобитни облик правде у ком се налази идеја правде на коју је оријентисан појам права, ипак се право не може до краја конструисати из правде. Начело дистрибутивне правде не говори кога треба третирати као једнаког, а кога као неједнаког, већ полази од тога да је једнакост тј. неједнакост већ утврђена са неког гледишта. То гледиште ипак се налази ван ње, као и начин третирања разних лица, док се у њој самој може пронаћи само сразмера (Radbruch, 1980: 46–47). И мада постоји тврђење да правда и правичност нису исто, Радбрух сматра да није реч о супротстављеним, а ни различитим вредностима. Правичност је подврста правде, правда појединачног случаја. И док правда на сваки поједини случај гледа са гледишта опште норме, правичност с друге стране тражи и изводи његов властити закон (Radbruch, 1980: 48).

Да би се стигло до појма права, није довољно само одредити правду, као идеју права. Свакако је то део посла, јер захваљујући „одређености идеје грађом” могу се изводити закључци о „грађи на коју је она упућена”. Под грађом Радбрух подразумева право као посебну врсту стварности, међутворевину између идеје и других стварности (Radbruch, 1980: 49).

3. Однос права и других културних појава

Често се за право каже да представља скуп правних норми, а да су правне норме врста друштвених норми чију примену обезбеђује и санкционише држава својим монополом силе. Саме друштвене норме су хетерогена скупина норми која обухвата поред правних и моралне, обичајне, религиозне, економске и друге норме, посматрано с обзиром на

Идеал морално доброга огледа се у идеалном човеку. Међутим, као људска особина и врлина, субјективна правда је усмерена на објективну правду.

њихову садржину и врсту друштвеног односа који је њима регулисан. У теорији се сматра да друштвене норме за разлику од техничких норми, по правилу имају санкцију која следи уколико дође до прекршаја њихове диспозиције. Обичај и морал као друштвене норме, које су производ неорганизоване масе, у блиској су вези са правним нормама и то на основу тезе о заједничкој јединственој пранорми. Та пранорма постоји као извор осталих друштвених норми у најпримитивнијим друштвеним заједницама, када још увек нису биле издиференциране различите врсте друштвених норми. Радбрух, као што ће се видети, говори о обичају као праоблику морала и права.

Обичај настаје као резултат дугог и стихијског изграђивања од стране друштвене масе, која делује дифузно, спонтано и стихијски. Своју обавезну снагу и ауторитет обичај вуче из традиције, односно дугог понављања. Санкције за његово непоштовање могу бити различите и примењиване од стране друштвене заједнице. Да би од конкретног правила, који је обичај у својој суштини, постала норма тј. идеја потребно да је прође дуг пут константне употребе. Морал с друге стране извлачи своју обавезност сам из себе, из свести о томе да је оно што морална норма налаже добро, а да је оно што забрањује зло. Моралне норме важе саме по себи, оне су аутономне односно субјект на кога се односе им се покорава зато што је убеђен да тако треба да чини. Санкција у виду гриже савести услед непоштовања моралне норме проистиче из његове аутономности. Идеалисти сматрају суштину морала универзалном, надљудском творевином (Лукић, 1954: 5–26). Без даљег полемисања о односу права, морала и обичаја у теорији права, у даљем тексту биће изнета Радбрухова филозофскоправна запажања о праву, моралу и обичају, као појмовима царства културе.

3.1. Однос права и морала

Још приликом одређивања појма права и идеје права, Радбрух је указао на то да постоји разлика између морала и права, односно правде у објективном смислу као идеје права и правде у субјективном смислу као вид морално доброга, као идеје морала. Дефинишући право односно налог као културну творевину, која има елементе позитивности и нормативности и као таква служи идеји права односно правди, он наводи још неке културне појаве. Те посебне врсте стварности, чињеничности, поред налога који служи остварењу правде, су и савест која служи моралној идеји, укус естетској, а разум логичкој. Према томе, оно што је право као налог за правду, то је морал као савест за идеју морала односно етичко добро. Радбрух закључује да се могу упоређивати као пандани морал и право као културни појмови, а правда и етичко добро као вредносни појмови.

Из појма права који је утврдио, он сматра да је могуће направити разлику између права и других нормативних система, и следствено томе права и морала, односно правних и моралних норми (Radbruch, 1980: 52).

Иако веома сродни, углавном да би се направила разлика између њих каже се да право има спољашњи карактер, док морал унутрашњи. Оваква тврдња у себи обухвата четири антитезе које се односе на предмет регулисања, субјекте сврхе, начине обавезивања и изворе важења. У складу с тим прва супротност се односи на то да правне норме регулишу спољашње, а моралне унутрашње понашање. Оваква, грубо одређена разлика, коју Радбрух објашњава, произашла је из схватања права као скупа прописа за заједнички живот људи. Он то чини узимајући у обзир правно искуство које у одређеним ситуацијама има у виду и унутрашње понашање као правно релевантно за правно третирање неког спољашњег понашања, или као чињеницу која сама по себи може да изазове правна дејства. С друге стране, за морал и морално просуђивање унутрашњег понашања релевантна је не нека пасивна унутрашња жеља или нагон, већ активна воља чије се постојање потврђује у некој људској радњи. Из тога Радбрух закључује да не постоји област унутрашњег и спољашњег понашања која се не би могла подвргнути моралном и правном вредновању. Заправо, из првобитно направљене разлике, произилази разлика у усмерености интереса. Морал се интересује за спољашње понашање, уколико оно потврђује неко унутрашње, док право то чини у обрнутом смеру. Право ће се интересовати за унутрашње понашање, само ако се од њега може очекивати неко спољашње (Radbruch, 1980: 52–55).

Друга антитеза, која има у виду субјекте сврхе права и морала, наводи да правна вредност карактерише неку радњу као добру за заједнички живот, односно да се правна вредност огледа у вредности неке радње за друге или укупност других. Насупрот томе, морална вредност неке радње је напосто вредност неке радње и њено карактерисање као добре. Правно обавезивање претпоставља обавезу тј. дужност једног субјекта да се понаша на одређени начин, и право тј. овлашћење другог субјекта да такво понашање захтева. Морално обавезивање пак претпоставља пре свега моралну обавезу тј. дужност субјекта да се понаша на одређени начин, којој се само симболички додаје неко овлашћен (нпр. бог или сопствена савест). Ни када постоји морална обавеза према другом, не постоји с друге стране овлашћење да се захтева њено испуњење (Radbruch, 1980: 55–56).

Трећа супротност огледа се у начину обавезивања. Према томе морална обавеза се врши из осећања обавезности, те је довољно да

духовна настројеност одговара моралној норми. С друге стране се правна обавеза врши из других побуда и довољно је само да понашање буде у складу с правном нормом. Радбрух овде закључује да је разликовање исправно, међутим моралност и легалност не означавају разлику у начину обавезивања. Реч је о разлици у супстратима, односно чињеници да је предмет морала појединачни човек са својим побудама, а права заједнички живот у ком се појављује спољашње понашање појединачног човека и посредно његово унутрашње понашање, али без обзира на побуде. Овако дефинисана легалност, ипак није својствена искључиво праву, већ је заједничка и осталим вредностима које немају за предмет појединачног човека и његове побуде. Дакле, заједничко вредностима правне радње, естетским и логичким вредностима је то да се треба судити без обзира на побуде. У овом делу Радбрух прави разлику између норми вредновања људског понашања, норми одређивања којима се вреднује људска воља и императива. Он закључује да је право по свом првобитном карактеру, састављено из норми вредновања, а не норми одређивања. Правне норме у свом праоблику као норме вредновања су заправо мерила по којима се мери заједнички живот појединаца, док би моралне норме као норме одређивања, које вреднују људску вољу имале карактер заповести упућених појединцима. Право се ипак не зауставља на процењивању и вредновању људских понашања, већ усмерава своје дејство како ка спречавању противречног људског понашања, тако и ка постизању прикладног. Правна мерила, односно норме вредновања из тог разлога се трансформишу у императиве – забране и заповести, који одређују људску вољу. Његова је суштина у деловању и одређивању понашања. Императив се задовољава понашањем саобразном себи, без обзира на мотиве, захтевајући легалност. С друге стране, суштина норме је да важи и обавезује. Норма прописује неко требање и захтева моралност. Понашање, као и побуде које га условљавају морају бити у складу са нормом (Radbruch, 1980: 56–59).

Последња антитеза односи се на различитост извора важења. Тако је право хетерономно, јер онима који су му потчињени приступа споља, као туђа воља која обавезује. Морал је аутономан јер његове законе намеће само властита морална личност. Радбрух сматра да хетерономно обавезивање које се приписује праву представља противречност по себи. Обавезивање туђом вољом, односно туђе хтење које прати моћ принуде, може произвести морање (императив), али не и требање. Уколико се право схвати на овај начин, као воља, онда сматра Радбрух да се мора одрећи образложења његове нормативности, обавезујуће снаге и важења. С друге стране, ако би се право посматрало као нешто нормативно, важеће и обавезујуће, онда

се то својство мора објаснити аутономно, као захтев сопствене моралне личности који је потчињен праву. Аутономија као самообавезивање није хтеће, ни захтев савести, нити нека емпијско-психолошка стварност, већ морална личност. Морална личност је идеална, нормативна творевина, односно сама норма која обавезује (Radbruch, 1980: 59–60).

Поред изнетих разлика, Радбрух сматра да између права и морала морају постојати и извесне сличности, али не у смислу Јелинековог и Шмолеровог схватања права као етичког минимума, односно максимума. Он сматра да су садржинске подударности захтева права и морала случајне и делимичне. Оно што заправо повезује ова два нормативна система јесте то што је сврха права и основ његовог обавезујућег важења морал (Radbruch, 1980: 60–61).

3.2. Морал као основ важења и сврха права

Сами правни прописи који садрже неко хтеће, вољу, односно императив којим се захтева неко људско понашање, како је већ поменуто, праћен силом, односно принудом, производи морање. Међутим, нормативност која је карактеристична за аутономију и морал, право схваћено на образложен начин нема. Како онда то да ипак постоје правне норме и да је и право нормативно, да важи и обавезује? Радбрух одговор тражи у моралу који сматра основом обавезујућег важења права, као и сврхом права. Требање односно како нешто треба да буде, није могуће извести из императива и хтења правних прописа. Међутим, морање постаје требање оног тренутка кад правни императив постане правна норма. Да би се то десило неопходно је да појединачна савест снабде правни императив снагом која морално обавезује. Добивши својство важења, нормативности, право не постаје пука област морала, нити је правна норма исто што и морална норма. Овде заправо долази до „заодевања истог материјала карактером двојаке вредности” како то Радбрух објашњава. Правна вредност, правда, постаје објекат и етичког вредновања односно постаје и морално добро уздизањем на степен предмета моралне обавезе на праведност. Праведност као морално добро јесте исправно право, које једино може постати и позитивно право (Radbruch, 1980: 61–62). Дакле, и из овога се може закључити да само оно право које је морално добро, праведно и исправно може имати карактер права, што Радбрух додатно објашњава приликом аргументације приоритета правних вредности: правде, сврсисходности и правне сигурности. Захтев правне сигурности који се поставља позитивном праву, није довољно да би оно било важеће. Идеално би било да уколико донети закони не би били морално исправни, праведни, они не би могли уопште ни имати карактер права, а самим тим ни важити као позитивно право.

Иако се по садржини морал и право делимично поклапају, ипак је морал сврха права. Радбрух сматра да право не тежи да служи остваривању моралних обавеза тиме што ће их снабдети санкцијом правних обавеза, већ путем субјективних права. Морална норма, а самим тим и морална обавеза тежи да се испуни искључиво ради себе саме, а право у том циљу даје појединцима субјективна права. Право може омогућити морал, али га не може изнудити. Исто тако може се правом омогућити и неморал. Дакле, право, иако различито или пак супротно од морала, је средство за остварење моралних вредности. Спајајући своју сврху са вредношћу, и притом задржавајући сопствену законитост, право бива укључено у морал (Radbruch, 1980: 62–64). Та испреплетеност права и морала карактеристична је, као што је речено у уводном излагању, за теорију природног права и објективно постојећег права. Па ипак, Радбрух не одриче у потпуности важност законима и правним прописима који не би у потпуности били у складу са праведним правом, осим у случају када донет законски пропис гази људска права, у великој је мери неправедан или наноси штету друштву. У том случају је заправо реч о неправу.

3.3. Однос права, морала и обичаја

Разликовање права и обичаја и њихово разграничавање је према Радбруховом мишљењу немогуће, те су из тог разлога сви покушаји да се то учини и пропали. Ствар се додатно компликује постојањем правних обичаја. Пре свега, треба рећи да док морал као стварност служи некој идеји вредности, идеји доброга, а право правди, дотле се за обичај не може пронаћи идеја вредности којој би он служио. Обичај као културни појам, закључује Радбрух, нема своје место у систему културних појмова. Обичај историјски гледано претходи и омогућује морал и право. Реч је заправо о претходном заједничком облику у коме су садржани неразвијени и неиздиференцирани право и морал. Оног тренутка када је дошло до раздвајања права и морала, као самосталних културних појава, обичај постаје мешавина правног и моралног вредновања (Radbruch, 1980: 65–66). Ово његово размишљање одговара тези о првобитној пранорми карактеристичној за епоху првобитне заједнице (Pavićević, 1974: 106).

Као и право, обичај има спољашњи карактер и занима га спољашње понашање. За њега је исто тако битно да заповест коју прописује буде послушана од стране адресата, из ма које побуде. И док с једне стране обавезује у интересу неког споља, ко је овлашћен, с друге стране усмерен је ка унутрашњем карактеру морала. Сходно томе обичај треба поштовати, а не само га упражњавати. Иако овде долази до контрадикторности и међусобног искључивања наведених објашњења, Радбрух ипак дозвољава

да су у самом обичају повезана путем „конвенционалне лажи”. Та амбивалентност обичаја је заправо дегенерација, која настаје у тренутку раздвајања права и морала на два засебна нормативна система. Обичај је изникао из народа и заједнице, његова првобитна друштвена функција била је одржавање јединства народа. Од социјалних функција њему је преостала она васпитна. Као претходни стадијум развоја права и морала, који је припремио терен за њихово раздвајање, обичај је задржао право да појединца уведе у свет морала и права. Приликом васпитавања, индивидуа се са моралом упознаје у облику обичаја, који му заповеда шта треба, а шта не треба чинити. Моћност обичаја потиче од његовог двојаког карактера и двоструког начина обавезивања (Radbruch, 1980: 66–67, 69).

Иако обичај не стоји у служби остварења неке идеје вредности, ипак се његова садржина може вредновати и то са становишта етичког добра или правне вредности. Тако неки обичај може бити добар или рђав, односно у складу или колизији са моралом тј. правом. У савременом свету чини се да ће се индивидуа пре покорити обичају него моралу, односно пре ће делати супротно налагању сопствене моралне личности, него обичају. Разлог је у очекивањима друштва, које пре опрашта повреду неког моралног добра. Међутим, како је порекло обичаја у народу и заједници, а не у друштву, он губи карактер народности, и постаје „фини обичај” како га је Радбрух назвао. Тај фини, градски обичај изникао је не у заједници, већ у друштву, високом друштву и зато га пре треба назвати друштвеном конвенцијом. Друштвена конвенција је разједињавајућа и истиче разлике међу друштвеним слојевима, те има тенденцију да остане недостижна нижим сталезима. Непознавање друштвене конвенције, за оног ко је прекрши није извињавајућа околност. Мања би опасност била да је прекршај учињен свесно и да је било намерног поступања супротно налогу конвенције. Најтеже је, објашњава Радбрух, опростити „простаку који не зна шта пристоји”, док ће се управо супротно, благонаклоно гледати кроз прсте „обешењаку који уме с љупкошћу свесно да пређе преко неког утврђеног начина друштвеног опхођења” (Radbruch, 1980: 67–68).

У наведеном смислу, треба подсетити да човек не живи сам, већ у заједници са другим људима, у друштву. Ако жели да буде прихваћен, он може бити нагнан да у тренутку када би требало да бира да ли ће поступити у складу са моралном обавезом или неком друштвеном нормом, изабере ону потоњу. Проблем оптирања између повреде обичаја и моралног добра односно правне и моралне норме, не би постојао када би између њих постојало поклапање. Дилема чему се покорити може се избећи уколико би се ишло за тим да се ревидирају обичај или правно правило и ускладе се са моралом.

4. Закључак

Густав Радбрух, немачки правни филозоф, који је заслужан за ренесансу природног права након двовековне доминације правног позитивизма, тежио је да пружи синтетичко објашњење права. Право није ни само факт, ни само норма, оно је мешовита творевина. Састоји се од обе врсте елемената, како чињеница, стварности, факата, онога што јесте, тако и нормативности, важења, идеја и онога што треба да буде.

И морал је поред права културна творевина, те им је заједничко да представљају спону између света бивствовања, стварности и света вредности. Обе појаве су стварности које служе остварењу неке идеје вредности. Право као стварност, чињеничност обухвата правне налоге, а морал као стварност јесте савест. Вредност која представља идеју права је правда, али уз њу Радбрух додаје и сврсисходност и правну сигурност. С друге стране вредност коју морал тежи да оствари је етичко добро, исправност. Међутим, правда је и морална вредност, а не само правна. Односно, позитивност и важење једног закона цени се са становишта његове праведности. Позитивно је само оно право које је и праведно, односно исправно. Из тога се може закључити да правни прописи да би били важећи и били позитивно право није довољно да су као такви прописани од стране овлашћеног лица, односно државе, већ је неопходно и да буду исправни, односно праведни. Овај захтев који Радбрух поставља позитивном праву јесте на неки начин алтернатива између чисте теорије природног права и чистог позитивистичког учења о праву, која тражи успостављање баланса између правних вредности који сваки поједини закон треба да оствари. Поучен дешавањима у нацистичкој Немачкој, у својим послератним чланцима Радбрух је истакао да закони које је држава донела, и које би сваки позитивиста сматрао важећим, чак и уколико дерогирају људска права, не смеју се ни у ком случају сматрати правом, те тако не могу ни стећи важност, супротно захтеву правне сигурности. Међутим, он не одриче важност правној извесности, те дозвољава да позитивно право не мора у сваком случају као приоритетну вредност имати правду.

Листа референци

Kaufmann, A. (1963). *The Ontological Structure of Law*. Natural Law Forum (Paper 95), 79–96;

Leawoods, H. (2000). Gustav Radbruch: *An Extraordinary Legal Philosopher*. Washington University Journal of Law & Policy, Volume 2 (Re-Engineering Patent Law: The Challenge of New Technologies), 489–515;

- Лукић, Р. (1954). *Теорија државе и права II – Теорија права*. Београд: Научна књига;
- Лукић, Р. (1992). *Систем филозофије права*. Београд: Савремена администрација;
- Рајићевић, В. (1974). *Основи етике*. Београд: BIGZ;
- Radbruch, G. (2006). *Five Minutes of Legal Philosophy*. *Oxford Journal of Legal Studies*, 1(XXVI), 13–15;
- Radbruch, G. (1980). *Filozofija prava*. Београд: Nolit;
- Radbruch, G. (2002). *Nacrt pogovora za „Filozofiju prava“ iz 1947*. *Reč – časopis za književnost i kulturu, i društvena pitanja*. бр. 65/11. 133–148;
- Stepanov, R. (2012). *Radruhovo jusnaturalističko prevladavanje pravnog pozitivizma*. *Godišnjak Filozofskog fakulteta u Novom Sadu*, 1(XXXVII), 93–102;
- Vračar, S. (1980). *Radruhovo filozofskopravno stanovište*. In: G. Radbruch (ed.), *Filozofija prava*. Београд: Nolit. IX–XLVII).

GUSTAV RADBRUCH ON LAW, LEGAL, MORAL AND CUSTOM NORMS

Marica Mišić

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

Using the method of conceptual analysis, the author explores Gustav Radbruch's text "The Philosophy of Law" and presents Radbruch's concept of law. In addition to his conception of law as a cultural creation striving to attain the values such as justice, purposefulness and legal certainty, the paper elaborates on his view of the priority of justice as a central value underlying the idea of law. In particular, it is supported by his standpoint that justice, perceived in the sense of fairness and moral correctness of the law, should be the feature of the positive law in order to have the character of law, which is then perceived as a moral value. The paper also presents his reflections on the relationship between cultural phenomena: legal norms, moral norms and customs.

Keywords: cultural creation, law, morality, custom, value, justice.

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 31.05.2018.
Ревидирана верзија: 07.10.2018.
Рад прихваћен: 25.10.2018.

UDK: 35.077.3(497.11)

РАЗЛОЗИ ЗА ПОКРЕТАЊЕ УПРАВНОГ СПОРА

Јована Анђелковић¹

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Судски надзор законитости рада управе оличен у институту управног спора, једно је од посебно важних питања сваке државе, у настојању да се заштите права и на праву засновани интереси физичких и правних лица, те обезбеди начело законитости рада управе и владавине права. У Србији је 2009. године донет Закон о управним споровима, који је проширио и детаљније разрадио листу разлога због којих се може покренути управни спор. Циљ рада је да прикаже све разлоге због којих је могуће побијати управни акт у управном спору у позитивном праву Републике Србије, из угла правне теорије и судске праксе, али и да прикаже уређење овог питања у правима неких других држава.

Кључне речи: управни спор, надлежност, правила поступка.

1. Увод

Контрола управе је нужна потреба остваривања начела законитости, а управни спор најснажнији механизам заштите законитости, права и слобода физичких и правних лица од могуће самовоље власти изражене у управним актима. Оценом законитости управних аката у управном спору, судови утичу на правилно и законито решавање управних ствари у конкретним случајевима.

Управни (административни) спор настао је као последица суштинских недостатака разних облика управне контроле управе, а нарочито оних

¹ joka2912@gmail.com.

који се темеље на хијерархијском принципу, са једне, као и потребе да се на одговарајући начин обезбеди остваривање и заштита права грађана у односу на управу, са друге стране (Димитријевић, 2017: 519).

У управном спору, који представља судску власт врши се оцена законитости поступања у управним стварима у једној другој грани власти – извршној. Због тога се, између осталог, степен демократизације у једној држави мери односом извршне и судске власти, а који се посматра кроз квалитет пресуђења у овој материји и поштовању судских одлука од стране извршне власти (Пљакић, 2001: 205). Контрола се састоји од посматрања и оцењивања туђе делатности, према раније утврђеним мерилима, након чега, уколико се утврди да постоји одступање, може да дође до одређене интервенције корективног карактера, а која је усмерана на отклањање недостатака (Милков, 2013: 53). Приметна је чињеница, да је у Србији ефикасност решавања судских, а самим тим и управно-судских поступака, предмет малог броја истраживача (Мојашевић, Вучетић, 2016: 283).

Строго узевши у обзир концепцију поделе власти, судска контрола управе не би била у складу са овим принципом. Међутим, као што је то случај у многим другим ситуацијама у праву, показало се да је животна стварност супериорнија у односу на формално-логичке правне конструкције људи. У том смислу је и појава управног спора један од најречитијих доказа у прилог ове тврдње (Лилић, 2008: 677).

Управни спор има за циљ да осигура законит рад и поступање свих институција које у правном систему једне државе располажу прерогативом извршне власти.

У погледу контроле законитости рада управе од стране судова, разликују се два система: европско континентални и англосаксонски. Англосаксонски систем (Енглеска и САД), карактерише вршење судске контроле управе од стране редовних судова, али је у последње време присутна и појава специјализованих тела за контролу управе – административних трибунала. Европско континентални правни систем има два подсистема: француски и германски. У француском систему управни судови нису део судске власти, већ се налазе у оквиру административне власти, у оквиру које им је гарантована независност у функционалном смислу, док су германске земље (Немачка, Аустрија) основале посебне управне судове за контролу управе, а који су део њиховог правосудног система (Димитријевић, 2017: 522). Круто начело поделе власти, које је од првог дана Француске револуције окренуло своју оштрицу против судске власти, није могло да дозволи да ову контролу у Француској врше редовни судови. Тако је у овој земљи дошло до формирања посебних управних

судова, а касније и до формирања великог и важног Државног савета. Док је развој поменутог система у Француској био константан, у Немачкој је вођена борба око тога да ли контролу управе установити кроз редовне судове, по енглеском моделу, или кроз посебне управне судове, следећи пример Француске (Krbek, 1929: 83).

Управно судска контрола аката државне власти у Србији установљена је доношењем Устава 1869. године, у коме је управни спор дефинисан као „спор између приватног лица са једне стране и управне власти са друге стране, а постоји онде где је наредбом или решењем управне власти право приватног лица повређено противу законских наређења. При томе није спор онде где је законом остављено министру или управној власти како да поступи, оцени и реши ствар”. Након Другог светског рата, управни спор је укинут, да би 1952. године, поново био уведен Законом о управним споровима. Овај Закон је са изменама и допунама и пречишћеним текстовима важио све до 1996. године, када је донет нови Закон о управним споровима.

Најновији Закон о управним споровима Републике Србије донет је децембра 2009. године, а доношењем Закона о уређењу судова предвиђено је формирање Управног суда, као посебног суда, који је надлежан да решава управне спорове за читаву територију Републике Србије, са седиштем у Београду, а установљена су и три одељења суда – у Нишу, Крагујевцу и Новом Саду.

2. Предмет управног спора

Под предметом управног спора, подразумева се оно о чему се у управном спору одлучује, оно што суд контролише, односно оно чиме је неки тужилац незадовољан, те тражи од суда да изврши одговарајућу проверу, односно контролу (Милков, 2013: 83).

Управни спор је спор који се води поводом аката управе, а не против службеног лица или органа управе који је донео акт, дакле ово није спор персоналног карактера, већ је усмерен на акте управе (Вучетић, 2018: 208). Управни спор се увек води у циљу оцене законитости, а не и целисходности аката управе, јер се сматра да уколико се судовима допусти да испитују целисходност аката и радњи управе, постоји могућност да превише задиру у контролу рада управне власти, а јавља се и бојазан да се на тај начин угрози принцип поделе власти (Димитријевић, 2017: 532).

Предмет управног спора постављен је шире у односу на претходно законско решење, тиме што је поред могућности вођења управног спора

против коначних управних аката, предвиђена и могућност одлучивања о законитости других коначних појединачних аката, под условом да се њима решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу странака и да у погледу њих у конкретном случају законом није предвиђена другачија судска заштита. Својство коначности управних аката имају они управни акти, против којих није дозвољена употреба редовног правног средства – жалбе, односно другостепени управни акт и првостепени управни акт против кога није дозвољена жалба у управном поступку. Закон о управним споровима (2009), дефинише управни акт као појединачни правни акт, којим надлежни орган, непосредном применом прописа, решава о одређеном праву или обавези физичког или правног лица, односно друге странке у управној ствари.² Управни спор може да се покрене и због ћутања управе, а у управном спору може да се одлучује и о захтеву за накнаду штете и захтеву за повраћај ствари, уколико су ови захтеви у вези са управним актом чија се законитост испитује у управном спору.

3. Покретање управног спора

Процесно средство којим се покреће управни спор је тужба³, која се предаје непосредно надлежном суду или шаље поштом, такође на адресу Управног суда. Постоји могућност да се тужба изјави и усмено на записник

2 Чл. 5. Законом о управним споровима, Службени гласник РС, бр. 111/09, први пут је дефинисана и управна ствар, као „појединачна неспорна ситуација од јавног интереса у којој непосредно из правних прописа произилази потреба да се будуће понашање странке ауторитативно правно одреди.

3 Чл. 18. Закона о управним споровима, предвиђа да се тужба подноси у року од 30 дана од дана достављања управног акта странци која је подноси или у законом прописаном краћем року. Ако органу овлашћеном за подношење тужбе, односно заинтересованом лицу није достављен управни акт, орган, односно заинтересовано лице може да поднесе тужбу, у року од 60 дана од дана достављања управног акта странци. Ако другостепени орган у року од 60 дана од дана пријема жалбе или у законом одређеном краћем року није донео решење по жалби странке против првостепеног решења, а не донесе га ни у даљем року од седам дана по накнадном захтеву странке другостепеном органу, странка по истеку тога рока може да поднесе тужбу због недоношења решења. Посебан рок предвиђен је у случају ћутања управе, односно уколико другостепени орган, у року од 60 дана од дана пријема жалбе или у законом одређеном краћем року, није донео решење по жалби странке против првостепеног решења, а не донесе га ни у даљем року од седам дана по накнадном захтеву странке поднетом другостепеном органу, странка по истеку тога рока може да поднесе тужбу због недоношења захтеваног акта. Ако првостепени орган по захтеву странке није у року предвиђеном законом, којим се уређује општи управни поступак, донео решење против којег није дозвољена жалба, а не донесе га ни у даљем року од седам дана по накнадном захтеву странке, странка по истеку тога рока може поднети тужбу због недоношења захтеваног акта.

код суда и да се преда у облику електронског документа. Дан предаје тужбе пошти препоручено, односно дан изјаве тужбе на записник сматра се као дан предаје суду.

У погледу надлежности судова за одлучивање у управном спору, Закон је предвидео надлежност Управног суда, који одлучује у већу од троје судија и Врховног касационог суда, који одлучује у поступку по захтеву за преиспитивање судске одлуке против одлуке Управног суда, такође у већу састављеном од троје судија.

Управни спор се увек покреће на захтев овлашћеног тужиоца, никада *ex officio*. Када управни спор покреће овлашћени државни орган (јавни тужилац, јавни правобранилац), он ни тада није покренут по службеној дужности, јер и ти овлашћени органи могу управни спор покренути само подношењем тужбе суду, као и свака друга странка, која је овлашћена на покретање управног спора (физичко лице, правно лице, државни орган, организација, насеље, група лица итд.) (Томић, 2010: 359). Садржина тужбе, као строго формалног поднеска прописана је законом.

4. Разлози за покретање управног спора

Управни спор, као облик судске контроле управе, покреће се против коначних управних аката, за које овлашћена странка сматра да у себи садрже одређени недостатак. По правилу су ти недостаци, односно разлози због којих се може покренути управни спор, у законима постављени доста широко, тако да се под одређеним разлозима могу подвести различите незаконитости. Закон о управним споровима из 1996. године, као разлоге за побијање управног акта у управном спору, предвиђао је да се акт може побијати уколико: 1) у акту није или није правилно примењен закон, други пропис или општи акт; 2) акт је донео ненадлежни орган; 3) у доношењу акта није поступљено по правилима поступка, а нарочито уколико чињенично стање није правилно утврђено, или што је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања.⁴ Поменути Закон је предвиђао да нема неправилне примене прописа, уколико је надлежни орган решавао по слободној оцени на основу и у границама овлашћења, које му је дато прописима и у складу са циљем у коме је овлашћење дато. Новим Законом о управним споровима проширена је листа разлога, због којих се управни акт тужбом може побијати у управном спору:

1) ако у акту није уопште или није правилно примењен закон, други пропис или општи акт (повреда материјалног права);

⁴ Чл. 10 Закона о управним споровима, Службени лист СРЈ, бр. 46/96.

- 2) ако је акт донео ненадлежни орган;
- 3) ако у доношењу акта није поступљено по правилима поступка;
- 4) ако је чињенично стање непотпуно или нетачно утврђено, или ако је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања;
- 5) ако је у акту, који је донет по слободној оцени, орган прекорачио границе законског овлашћења или ако такав акт није донет у складу са циљем у којем је овлашћење дато.⁵

Може се закључити је да нови Закон о управним споровима, у односу на претходни, најпре издвојио чињеничну грешку, у сва три њена облика, као посебан разлог за побијање управног акта. Посебно важно и добро решење у односу на претходни закон је могућност да се побија акт, који је донет на основу дискреционе оцене, а у случају злоупотребе овлашћења. Тужилац не може да побија, а ни суд није овлашћен да проверава правилност управног дискреционог оцењивања, тј. целисходност акта, већ је суд само овлашћен да контролише да ли су, поред осталог, поштоване правне границе дискреционе власти издаваоца акта, а не и ваљаност саме оцене (Томић, 2010: 402).

Потпуна новина новог Закона је могућност да се тужба може поднети ради утврђења да је тужени поновио свој ранији акт, који је већ поништен пресудом, као и могућност подношења тужбе ради утврђења незаконитости донетог акта, који је без правног дејства.

5. Повреда материјалног права

Повреда материјалног прописа, као један од разлога за побијање управног акта у управном спору, недостатак је у коме је примена материјалног права, којим су регулисана права и обавезе странака изостала или материјално право није правилно примењено, што такав управни акт чини незаконитим (Димитријевић, 2004: 149). Модалитети повреде материјалног права могу бити различити. У пракси се често дешава да је надлежни орган погрешно интерпретирао одредбе закона, другог прописа или општег акта, те да је погрешно разумео смисао и садржину прописа. Дакле у конкретном случају, орган је правилно изабрао коју норму треба применити на конкретан случај, али ју је погрешно интерпретирао. У оваквим случајевима, када се јави дилема о примени материјалног права, требало би консултовати правну науку, правила о тумачењу правних

⁵ Чл. 24. Закона о управним споровима, Службени гласник РС, бр. 111/2009.

норми, али и сагледати начелне правне ставове и мишљења судске праксе. Могуће је и да надлежни орган погрешно у погледу временског важења⁶ неког закона, те примени пропис, који више није на снази или пропис који још увек није ступио на снагу. Посебно тешки случајеви повреде материјалног права, јављају се у ситуацијама у којима је Уставни суд неку норму прогласио неуставном, односно супротну законом, те као такву неприменљивом, јер није у складу са хијерархијским устројством правних аката у правном поретку једне државе.

Драстична повреда материјалног прописа може се огледати у томе да пропис уопште није примењен, односно да је надлежни орган донео управни акт, а да га уопште није засновао на одговарајућем материјалном пропису. Овакви случајеви би указивали на нестручност службених лица надлежних органа, или пак на свесно непримењивање неког прописа, што представља повреду службене дужности (Милков, 2013: 97).

Све наведене могућности погрешне примене материјалног права имају исту последицу, независно од начина на који су извршене и представљају разлог за поништење управног акта (Вучетић, 2008: 182). Без обзира на то што управни суд одлучује у оквиру граница постављеног тужбеног захтева, о ништавости управног акта суд води рачуна по службеној дужности.

Повреда материјалног прописа је чест случај који су судови уочавали приликом контроле законитости управних аката. Тако, „Решење је законито, ако је то било у време његовог доношења, ако је правилно примењен материјални пропис, који је требало применити, те накнадно настале околности не утичу на његову законитост, ако законом није другачије прописано. При оцени законитости управног акта поводом редовног или ванредног правног средства орган надлежан за ту оцену везан је истим оним прописом који је требало применити приликом

⁶ „Према оцени Врховног касационог суда, правилно је Управни суд нашао да је у оспореном указу погрешно примењено материјално право. Врховни касациони суд је ценио наводе захтева да је побијеном пресудом повређен чл. 61. Закона о управним споровима и да прописи који се примењују приликом доношења новог акта могу бити само они који су били на снази у време када је управна ствар решавана, па је нашао да су наводи неосновани. Врховни касациони суд налази да је требало ценити испуњеност услова за престанак професионалне војне службе по новом пропису, нарочито стога што у Закону о Војсци Србије у прелазним и завршним одредбама није предвиђена могућност примене одредаба Закона о Војсци Југославије у оваквим случајевима, јер није прописано да се поступци који су започети до ступања на снагу овог закона окончавају у складу са прописима по којима су започети (Пресуда Врховног касационог суда Узп 223/11, од 28.10.2011).

доношења управног акта.⁷ Међутим, погрешно позивање доносиоца акта на одређени пропис не представља разлог за поништај оспореног управног акта, уколико је управна ствар правилно решена.

6. Ненадлежност

Надлежност органа у правном поретку једне државе унапред је установљена и не може се мењати вољом странака у поступку. Из тог разлога повреда правила о надлежности је један од разлога због којих се управни акт може побијати у управном спору. Могуће су повреде стварне (*competentia ratione materiae*) и месне надлежности (*competentia ratione territorii*), с тим да се у пракси ређе дешава да је повређена стварна надлежност. До оваквих случајева, најчешће долази када је правним прописом предвиђено вршење неког управног посла, али њиме није предвиђено ко је надлежан за поступање. Чешћи су случајеви у којима је повређена месна надлежност, која представља право и дужности поступања на одређеној територији.

Нарочито тешком повредом надлежности сматраће се случајеви у којима је управни акт донет у стварима које су у надлежности судова, а посебно су комплексни случајеви разграничења надлежности у државама са федералном организацијом.

У управном поступку орган пази по службеној дужности у току целог поступка на своју стварну и месну надлежност и уколико нађе да није надлежан дужан је да уступи списе надлежном органу.

7 Пресуда Врховног суда Србије Уж 185/1974. Управни суд је поднео захтев за решавање сукоба надлежности са Привредним судом, који се решењем огласио стварно ненадлежним за поступање по тужби акционара и удружења акционара, поднетој против решења Министарства економије и регионалног развоја Републике Србије, којим је верификована структура основног капитала Акционарског друштва, након истека рока за отплату уписаних акција у другом кругу својинске трансформације по моделу продаје акција ради продаје друштвеног капитала. Решавајући настали сукоб надлежности Врховни касациони суд је нашао да је у овој правној ствари надлежан Привредни суд у Београду, на основу чл. 25. став 1. тачка 3. Закона о уређењу судова, те одлучио да је привредни суд надлежан да суди у првом степену у споровима који произилазе из примене Закона о привредним друштвима или примене других прописа о организацији и статусу привредних субјеката, као и споровима о примени прописа о приватизацији. (Решење Врховног касационог суда Ус 1/11 од 20. 10. 2011).

7. Повреда правила поступка и погрешно утврђено чињенично стање

Управна процедура представља скуп унапред утврђених правила, којима странка и други субјекти остварују своја права и на закону засноване интересе у управним поступцима, те је стога непоштовање ових правила један од разлога за покретање управног спора (*errores in procedendo*). У овом случају ради се о повреди формалног прописа, односно правила процедуре, која су дефинисана прописима о управном поступку (Закон о општем управном поступку или закони о посебним управним поступцима). У пракси су чести случајеви повреде правила процедуре. Примера ради, пропуштање органа да странци уз учешће тумача обезбеди могућност употребе свог језика представља битну повреду одредаба поступка, која је могла да буде од утицаја на решавање управне ствари.⁸

Чињенични супстрат одлуке формира надлежни орган решавајући у одређеној управној ствари и настојећи да том приликом утврди све битне чињенице, од којих ће зависити доношење исправног акта. Могуће је да чињенично стање буде неправилно утврђено, јер правилно утврђено чињенично стање представља подлогу за доношење законитог акта. Међутим и уколико су чињенице, које су од значаја за одлучивање у конкретном случају, правилно и потпуно утврђене, постоји могућност да из утврђених чињеница буде изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања. Томић сматра да чињенични закључак непосредно претходи примени материјалног права, али да се не може подвести под саму примену материјалног права и да припада миљеу формално процесне незаконитости (Томић, 2010: 411).

8. Злоупотреба овлашћења

Управни спор је механизам судске контроле законитости рада управе и у њему се испитује законитост управног акта, а не и његова целисходност. У демократском друштву и правним системима који настоје остварењу принципа законитости и владавине права, сва поверена овлашћења органима јавне власти морају имати унапред утврђену границу, односно законске оквире из којих не смеју иступити.

Важно решење Закона о управним споровима из 2009. године, у односу на предходни, јесте могућност да се акт, који је донет по слободној оцени (дискрециони акт) у управном спору побија због тога што је орган прекорачио овлашћење које му је дато или уколико такав акт није донет у

⁸ Пресуда Врховног суда Југославије, У645/67, од 16. 02. 1968. године.

складу са циљем у којем му је овлашћење дато. У сваком акту који се доноси на основу дискреционе оцене постоји правно слободни-дискрециони део, који се у суштини тиче одлуке садржане у диспозитиву дискреционог акта. Диспозитив управног акта, који садржи дискрециону оцену, не може се контролисати у управном спору, јер недостаци које он садржи чине акт нецелисходним, а суд није овлашћен да улази у питање целисходности, већ је овлашћен једино да проверава сагласност неког управног акта са законом, а не и са јавним интересом (Милков, 2013: 100). Тако оцена законитости решења у управном спору обухвата и оцену да ли су изнети разлози којима се орган руководио, приликом доношења решења у складу са циљем у коме му је дато овлашћење да решава по дискреционој оцени.⁹

9. Разлози за покретање управног спора у упоредном праву

Преглед упородноправних решења показује да постоје значајне сличности у погледу разлога због којих се управни акт може побијати у управном спору. Међутим, постоје и одређене специфичности, које карактеришу одређене правне системе.

У француском праву разлози за покретање управног спора јесу: повреда закона, повреда прописа о надлежности, злоупотреба овлашћења и грешка у форми. Француски аутори разликују неколико модалитета повреде правила о надлежности, приликом поступања органа управе: задирање у надлежност између различитих врста власти, повреду надлежности између власти исте врсте и истог нивоа и задирање у надлежност хијерархијски устројених власти, односно органа (као пример наводе се случајеви када подређени доноси одлуку уместо свог надређеног, или подређени доноси одлуку на основу делегације овлашћења од свог надређеног а која није у складу са законом) (Delbond, 1974: 182). Као један од модалитета повреде *ius cogens* правила о надлежности, наводи се и случај када орган, који је овлашћен да донесе акт, исти одбије да донесе у конкретној управној ствари, због погрешног уверења да за то није надлежан.

Право Велике Британије има извесне специфичности, у погледу овог питања, а у складу са прецедетним карактером судских пресуда, те се као разлози због којих се управни акт може побијати у управном спору налазе прекорачење овлашћења (*ultra vires*) и повреде права на правичан поступак.

⁹ Пресуда Врховног суда Србије У 120/65, од 23. 03. 1965. године.

У Уговору о Европској заједници, као разлози за побијање аката институција Заједнице, наведени су: 1) повреда Уговора или било којег правног правила, које је везано за његову примену; 2) ненадлежност; 3) злоупотреба овлашћења и 4) битне повреде поступка. Посебно је осетљив случај повреде Уговора или било којег правног правила, које се везује за његову примену, јер је у систему Европске заједнице успостављено јасно хијерархијско устројство правних аката, што даље значи да сви акти морају да буду у складу са оснивачким уговорима, али и у складу са правним правилима која се везују са њихову примену. У једном случају Суд је поништио одлуку Комисије, због тога што није била у сагласности са природном правичношћу – *natural justice*.¹⁰

Случај битних повреда одредаба поступка је могућ у случајевима када је потребно прибавити мишљење неке институције, односно када је за покретање неког поступка потребна иницијатива одређеног органа, нпр. Комисија не затражи мишљење Економског и социјалног савета или Комитета региона, у случајевима када је то предвиђено.

Разлози због којих се управни акт може побијати у управном спору у хрватском праву су повреда материјалног права, ненадлежност и неправилно и непотпуно утврђено чињенично стање. Управни спор се не може водити о правилности појединачне одлуке, која је донета применом дискреционе оцене јавноправног тела, али се може водити о законитости такве одлуке, границама овлашћења и сврси, због које је то овлашћење дато.¹¹

У праву Федерације БиХ, управни акт се може побијати у управном спору уколико: 1) акт садржи такве недостатке који спречавају оцену његове законитости или недостатке који га чине ништавим; 2) ако није никако или није правилно примењен закон, пропис заснован на закону или општи акт; 3) ако је акт донесен од ненадлежног тела; 4) ако се у управном поступку који је претходио акту није поступило по правилима поступка, а посебно уколико чињенично стање није потпуно и правилно утврђено или ако је из утврђених чињеница изведен неправилан закључак у погледу чињеничног стања; 4) надлежно тело, решавајући по слободној оцени, прекорачило је границе овлашћења, које су му дате правним прописима и одлучило супротно циљу у коме је овлашћење дато.¹² Закон о управном

10 Case 17/74 (*Transocean Marine Paint Association v, Commision*, 1964).

11 Закон о управним споровима Републике Хрватске, Народне новине, бр. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17.

12 Чл. 15. Закона о управним споровима Федерације БиХ, Службене новине Федерације БиХ, бр. 09/05.

спору Црне Горе предвиђа да се управни акт може побијати због: повреде правила поступка, погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, погрешне примене материјалног права, а садржи и формулацију којом је предвиђено да „нема неправилне примене прописа, ако је надлежни орган решавао по слободној оцени, на основу и у границама овлашћења, које му је дато прописима и у складу са циљем у коме му је овлашћење дато.”¹³

10. Закључак

У савременим правним системима управа има све шири дијапазон послова, у својој надлежност, те контрола законитости рада управних власти представља велики изазов за правне поретке који теже остваривању принципа законитости и владавине права. Судска контрола законитости у управном спору, најважнији је инструмент заштите права и на праву заснованих интереса субјеката од самовоље, нестручности, нечињења, али и ненамерних грешака у управном деловању.

Закон о управним споровима, који је донет 2009. године одликује прегледност и конзистентност, што пружа неопходну и добру полазну основу за ефикаснији рад судова и једноставнији пут странкама у поступку заштите права. У њему је предмет управног спора шире постављен, тако што је предвиђена могућност да се управни спор, поред законитости коначних управних, може водити и против других појединачних правних аката, под условом да се њима решава о праву, обавези или на закону заснованом интересу странака и да у погледу њих у конкретном случају законом није предвиђена другачија судска заштита. Поред тога управни спор је могуће водити због ћутања управе, а у управном спору може се одлучивати и о захтеву за повраћај ствари и накнаду штете, иначе имовинскоправним захтевима, а из разлога повезаности са неким управним актом.

У погледу разлога за покретање управног спора, постоји прилична уједначеност у правним системима различитих држава, изузимајући системе засноване на прецедентном праву. Разлози су по правилу у правним прописима постављени прилично широко, што отвара могућност судовима да под одређеним разлозима подведу различите модалитете незаконитости. Судска пракса има изузетан значај у погледу превенције појединих незаконитих поступања, у управном деловању, пре свега у погледу разграничења надлежности за одлучивање, али и указивања на повреде материјалних прописа и правила поступка.

¹³ Чл. 10. Закон о управном спору Црне Горе, Службени лист Црне Горе, бр. 32/2011.

Листа референци

- Case 17/74 Transocean Marine Paint Association v. Commision (1964), ECR;
- Delblond, A. (1982). *L' incompetence des autorites administratives dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, these de 3e cycle*, Paris: Publication administratives;
- Димитријевић, П. (2004). *Реформисање вандредних правних лекова у управном поступку*. Зборник радова Правног факултета у Нишу. бр. 44, 145–173;
- Димитријевић, П. (2017). *Управно право*. Ниш: Медивест;
- Крбек, И. (1929). *Управно право – уводна и основна питања*. Загреб: Југословенска штампа;
- Лилић, С. (2008). *Управно право – управно процесно право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду;
- Милков, Д. (2013). *Управно право – контрола управе*. Нови Сад: Центар за издавачку делатност Правног факултета у Новом Саду;
- Мојашевић, А. Вучетић, Д. (2016). *Студија о ефикасности решавања управних спорова у Републици Србији*. Правни живот. бр. 10, 283–293;
- Пљакић, Л.Ј. (2011). *Практикум за управни спор*. Београд: Intermex;
- Пресуда Врховног касационог суда Узп 223/11, од 28. 10. 201;
- Пресуда Врховног суда Југославије, У645/67, од 16.02.1968;
- Пресуда Врховног суда Србије У 120/65, од 23. 03.1965;
- Пресуда Врховног суда Србије Уж 185/1974;
- Решење Врховног касационог суда Ус 1/11 од 20. 10. 2011;
- Томић, З. (2010). *Коментар Закона о управним споровима са судском праксом*; Београд: Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник;
- Вучетић, Д. (2008). *Типични случајеви манљивости форме управних аката у српској управно-процесној пракси*. Зборник радова Правног факултета у Нишу. бр. 51, 175–196;
- Вучетић, Д. (2018). *О глобалним трендовима у кодификовању управног поступања*. Зборник радова правног факултета у Нишу. бр. 78, 197–215;
- Закон о управним споровима Републике Хрватске, Народне новине, бр. 20/10, 143/12, 152/14, 94/16, 29/17;
- Закон о управним споровима Федерације БИХ, Службене новине Федерације БИХ, бр. 09/05;

Закон о управном спору Црне Горе, Службени лист Црне Горе, бр. 32/2011;

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

Закон о управним споровима, Службени лист СРЈ, бр. 46/1996.

REASONS FOR INITIATING AN ADMINISTRATIVE DISPUTE

Jovana Anđelković

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The judicial review of the lawfulness of the administration's work, embodied in the institute of administrative dispute, is one of the highly important issues in each state, which has to exert efforts to protect the rights and interests of individuals and legal entities, to ensure the principle of legality of the work of administration, and to promote the rule of law. In Serbia, the Administrative Disputes Act was adopted in 2009. It expanded the list of legal grounds and elaborated on the reasons for initiating an administrative dispute. The aim of the paper is to present the provisions on the legal grounds for initiating an administrative dispute in the positive law of the Republic of Serbia and discuss them from the perspective of legal theory and case law. Concurrently, the paper provides an overview of legal provisions on this issue in the legal systems of some other states.

Keywords: administrative dispute, jurisdiction, rules of procedure.

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 09.11.2018.
Рад прихваћен: 27.11.2018.

UDK: 331.106.24(497.11+497.13+497.17)

ПОЈЕДИНИ СЕГМЕНТИ КОЛЕКТИВНОГ ПРЕГОВАРАЊА У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Наташа Завођа¹

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Колективно преговарање је један од најзначајнијих инструмената социјалног дијалога кроз који се уређује значајна сфера радно-правних односа између страна потписница колективног уговора. Стога је општи интерес да се овај сегмент радног права прецизно уреди, јер у одређеним посебним и колективним уговорима код послодавца и држава има значајну улогу. Потребно је обезбедити транспарентност процеса колективног преговарања, као и јасна правила у неким правним ситуацијама које се могу јавити везано за примену закључених колективних уговора. Значајна улога државе огледа се посебно при доношењу одлуке о проширеном дејству колективног уговора. Кризне ситуације могу да настану и због истека рока примене колективног уговора, отказивања колективног уговора или споразумног престанка његове примене, као и због дејства колективног уговора приликом накнадног приступања колективном уговору. Кроз овај чланак дат је преглед ових института у Р Србији и упоредном праву суседних држава, са критичким освртом на поједина усвојена решења или отворена питања.

Кључне речи: колективни уговор, приступање колективном уговору, проширено дејство колективног уговора, отказивање колективног уговора.

1 natasazavodja@yahoo.com, natasazavodja@mbpi.gov.rs.

1. Социјални дијалог и колективно преговарање

Колективно преговарање је важан сегмент социјалног дијалога који се одвија као организовани процес који претходи закључивању колективног уговора. И ратификацијом Ревидиране европске социјалне повеље стране уговорнице су се обавезала да „у намери да обезбеде ефективно остваривање права на колективно преговарање потребно је унапредити заједничке консултације између запослених и послодаваца, и обезбедити добровољне преговоре између послодаваца и организација послодаваца и организација радника”² са циљем да се регулишу услови рада који се на најделотворнији начин обезбеђују путем закључених колективних уговора.

Заједничке консултације и уважавање интереса сваке од страна највидљивији су кроз закључени колективни уговор. Зато је најделотворнији инструмент социјалног дијалога управо колективно преговарање.

Социјални дијалог представља процес као и одговарајући пратећи механизам и институционални оквир, у коме представници владе и социјалних партнера – репрезентативних синдиката и репрезентативне послодавачке организације кроз размену мишљења и сучељавање аргумената, настоје да приближе и усагласе ставове, регулишу конфликте и успоставе стање социјалног мира и кохезије (Стојиљковић, Ристић, Јовановић, 2010: 19).

Сврха вођења социјалног дијалога је постизање компромиса и социјалног пакта социјалних партнера. Основни аргумент у прилог институционализованом и развијеном социјалном дијалогу и договору представља сама чињеница да су земље и владе оријентисане на дијалог, успеле да смање тензије и конфликте и одрже стање социјалне кохезије. Истовремено, оне успевају да стабилизују социјалне односе, и компаративно посматрано, да остваре боље економске и развојне ефекте.

Социјални партнери су заинтересовани да кроз разне врсте консултација и преговора постигну равнотежу својих захтева и права, а која је различито постављена за учеснике социјалног дијалога. Представници репрезентативних синдиката који представљају запослене настоје да у најширој мери заштите своја права и достигнути ниво привилегија. Послодавци као представници капитала настоје да их права запослених и исплаћена зарада коштају што мање и да обезбеде што ефикасније и веће стицање профита. Држава (управа) као страна која држи равнотежу између

² Чл. 6 Ревидиране европске социјалне повеље.

запослених и послодаваца, са улогом да обезбеди социјални мир, а и сама у улози послодавца, настоји да у одређеном историјском моменту постигне што већи слад и што мање видљив сукоб интереса две супротстављене стране.

Значајан утицај светске економске кризе, глобализације и брза примена научно-технолошких проналазака у производњи и привредним токовима намеће свакој држави потребу прилагођавања измењеним привредним и друштвеним токовима.

Стога измене радноправних норми у најширем значењу углавном иду у правцу смањења права запослених, либерализације услова отпуштања и либерализације упућивања запослених на рад код другог послодавца или увођења флексибилних облика рада, односно проналажења начина да се превазиђе економска криза.

Тада владајуће структуре, у циљу обезбеђења потребних финансијских средстава, више излазе у сусрет послодавцима са циљем да се ипак очува постојећа запосленост, али и да се флексибилнијим начином омогући отпуштање запослених.

Синдикати свакако нерадо или са неповерењем прихватају нове флексибилне облике рада и сваку врсту ангажовања запослених, кроз рад ван радног односа. Стога се флексибилни облици рада са аспекта синдикалних позиција сматрају неприхватљивим за представнике запослених.

Управо у намери да помируи ове супротстављене интересе, државна управа прибегава провереном механизму решавања и ублажавања супротстављених ставова кроз социјални дијалог.

Формалне законске претпоставке, којима је утврђен основ и оквир социјалног дијалога, полази од дефиниције Међународне организације рада (МОР), по којој социјални дијалог укључује све облике преговора, консултација или размене информација између представника владе, послодаваца и радника о темама од заједничког интереса у вези са економском и социјалном политиком. Социјални дијалог може постојати као трипартитни или бипартитни, неформални или институционализовани и њихова комбинација, може се водити на националном и регионалном нивоу, на нивоу предузећа, као међуресорски, секторски или њихова комбинација (Мирјанић, 2015: 22).

2. Стране учеснице у колективном преговарању

Колективно преговарање иницирају и воде радничка и послодавачка удружења. Ова удружења морају имати утврђену или признату реперезентативност да би учествовала у поступку колективног преговарања.

Стране у поступку колективног преговарања су различите зависно од нивоа, односно врсте колективних уговора који се закључују. Колективно преговарање код послодавца је процес у коме представници репрезентативног синдиката иницирају почетак колективног преговарања и само колективно преговарање се одвија између представника послодавца и представника репрезентативног синдиката код послодавца (Симовић, 2011).

Запослене код послодавца заступају репрезентативни синдикати, а уколико код послодавца не постоји један репрезентативни синдикат, синдикати се могу удружити и закључити споразум о удруживању (Закон о раду, чл. 249), ради испуњења услова репрезентативности код послодавца потребне за преговоре, и одредити број чланова сваког од синдиката код послодавца који учествује у поступку колективног преговарања.

Поред колективног уговора код послодавца, Закон о раду Републике Србије дефинише и општи колективни уговор који закључују репрезентативна послодавачка удружења и репрезентативне синдикалне организације на националном нивоу.

Посебан колективни уговор који може да се односи на грану, групу, подгрупу или делатност, као и колективни уговор који се закључује ради примене на одређеној територијалној јединици (јединица територијалне аутономије или локалне самоуправе), о чему ће нешто више бити речено у току каснијег излагања. Учесници код закључивања ових посебних колективних уговора јесу репрезентативне послодавачке и репрезентативне синдикалне организације основане/регистроване за наведене нивое (ниво гране, подгрупе, делатности или јединице територијалне аутономије).

Уколико у закључивању колективног уговора, било код послодавца, посебног или општег колективног уговора, учествује више репрезентативних синдиката или нерепрезентативних синдиката, они могу формирати Одбор за преговоре и тако сразмерно броју својих чланова одредити број својих представника у Одбору (Закон о раду – чл. 251).

Учесници у преговорима за закључивање колективног уговора и лице овлашћено за потписивање колективног уговора мора имати овлашћење својих органа (чл. 253. Закона о раду).

Посебан колективни уговор за јавна предузећа и јавне службе закључује оснивач, односно орган који он овласти и репрезентативни синдикати (чл. 246, ст. 1 Закона о раду).

Према Закону о раду прописано је да се „синдикатом сматра самостална демократска и независна организација запослених у коју се добровољно удружују ради заступања, представљања унапређења и заштите свијих професионалних, радних, економских, социјалних културних и других појединачних и колективних интереса (чл. 6 Закона о раду). Дакле, основни циљ синдикалног организовања је заштита права запослених, остваривање бољих услова рада и унапређења професионалних и економских интереса чланова.

Уколико посматрамо упоредно правна решења видимо да се и Уставом Републике Македоније гарантује грађанима слобода удруживања у циљу утврђивања и заштите њихових политичких, економских, социјалних, културних и других права и уверења. Поред тога, Устав Републике Македоније наводи да у циљу остваривања економских и социјалних права грађани имају право на оснивања синдиката, оснивање сопствених удружења и учествовање у међународним синдикалним организацијама. Чл. 32 Устава Републике Македоније предвиђено је да се остваривање права запослених и њихов положај уређују законом и колективним уговорима.

У Републици Србији Закон о раду и подзаконски акт (Правилник о начину рада Одбора за утврђивање репрезентативности организација послодаваца и синдиката)³ утврђује услове за утврђивање репрезентативности удружења послодаваца и синдиката, а највећи број репрезентативних послодавачких и синдикалних организација укључене су у рад републичког Социјално-економског савета. Из наведеног је јасно да је утврђена репрезентативност појединих синдикалних организација на националном, односно републичком нивоу, у ствари још увек само „голо“ право и ствар тренутног политичког компромиса који је резултат одређених политичких притисака и стварања прихватљивих решења, а који још увек покушавају да у пуној мери остваре „наизглед признато право“ на утврђену репрезентативност на националном нивоу.

³ Службени гласник РС, бр. 34/05.

Према Закону о радним односима Македоније прихваћен је термин „представнички синдикат” за територију Републике Македоније, а то је синдикат који испуњава следеће услове:

1) уписује се у синдикални регистар који води министарство надлежно за послове рада;

2) да има најмање 10% укупног броја запослених у Републици Македонији који плаћају чланарину синдиката;

3) да се придружи најмање три синдиката на националном нивоу из различитих грана, односно делова приказаних у регистру синдиката који се воде у министарству надлежном за послове рада;

4) да делују на националном нивоу и да имају регистроване чланове у најмање 1/5 општина у Републици Македонији;

5) да поступа у складу са својим статутом и демократским принципима и

6) да укључи синдикате који су потписали или приступили најмање три колективна уговора на нивоу филијале или одељења-огранка. (Закон о радним односима Републике Македоније – чл. 212).

„Синдикат је независна, демократска и самостална организација радника који се добровољно учлањују, заједно преговарају, заступају, промовишу и штите њихових економске, социјалне и друге појединачне и колективне интересе”, док је истим Законом о радним односима Републике Македоније прописано да је „удружење послодаваца независна, демократска и самостална организација у којој послодавци добровољно заступају, промовишу и штите своје економске, друштвене и друге интересе”.

Чланство у синдикату и удружењу послодаваца је засновано на принципу добровољности, а чланство односно формирање ових удружења може се извршити без претходног уписа, односно одобрења од јавне власти и уписа у регистар.

Према позитивним прописима Македоније прописана је обавеза колективног преговарања за социјалне партнере који могу бити стране у колективном уговору, када се покрене писана иницијатива и стране су дужне да преговарају у доброј вери о закључивању колективног уговора о питањима која према одредбама Закона могу бити предмет колективног уговора. Идентичну обавезу прописује и српски Закон о раду.

У Хрватској Закон о раду такође прописује обавезу преговарања у доброј вери, као и дужност испуњавања његових одредаба у доброј вери од стране странака које су га склопиле и особа на које се примењује.

Колективни уговор у Хрватској мора бити склопљен у писаном облику, а особе које заступају странке колективног уговора морају имати писану пуномоћ за колективно преговарање и склапање колективног уговора (Закон о раду Хрватске).

3. Примена закљученог колективног уговора и период његове примене

Колективни уговор према хрватским прописима може бити склопљен на одређено или на неодређено време. Ипак могу се уочити и одређене неправилности у поступку колективног преговарања у Хрватској, а то је пре свега: колективни уговори се закључују са различитим роком трајања, не постоји законитост, јер се неки колективни уговори закључују на четири године, а одређени без рока трајања тј. на неодређено време.

У српском савременом радном праву колективни уговор се закључује на три године (чл. 263, ст. 1 Закона о раду), али постоји одређен број колективних уговора који су закључени на неодређено време и који се још увек примењују, иако је Закон о раду са усвојеним новим текстом из 2005. године прописао рок важења од три године са могућношћу покретања иницијативе од стране једне потписнице у току важења колективног уговора, са циљем да се његова примена подужи на нови период важења који може бити годину, али максималнио три године.

Сидикати ово тумаче као стечени ниво права запослених па се према аналогном тумачењу примена колективног уговора на неодређено време сматра стеченим нивоом права запослених.

Природа колективних уговора јесте у остваривању већег нивоа права од нивоа права утврђеног Законом о раду и другим законима који уређују радноправни положај запослених у јавном сектору (прописи о државним службеницима, прописи о запосленима у јавним службама, прописи о полицији, прописи о јавним и јавно-комуналним предузећима и др.).

Колективни уговор обавезује све стране које су потписале колективни уговор, или евентуално и послодавце/лица која су после закључења колективног уговора накнадно приступила удружењу послодаваца које је потписало колективни уговор.

Колективни уговор обавезује и сва лица која су се прикључила колективном уговору и сва лица која су додатно постала чланови удружења која су се придружила колективном уговору, утврђено је такође и у македонским прописима.

Право на накнадно приступање колективном уговору признато је и у појединим земљама у окружењу. Од земаља које су биле у саставу СФРЈ, признато је у Србији, Републици Словенији и Федерацији Босне и Херцеговине (Bernaciak, Gumbrell-McCormick, Himan, 2014). Новина и услови приступања колективном уговору у њима нису истоветни. Напротив, у многоме се разликују. Могућност накнадног приступања колективном уговору у Републици Словенији прописана је Законом о колективном преговарању. Одредбом чл. 7, ст. 1 тог закона, прописано је правило по коме синдикати и послодавци, односно њихова удружења могу, уз сагласност потписника, приступити већ закљученом колективном уговору и на тај начин постати његови накнадни потписници.

У правном уређењу Републике Хрватске, према одредбама Закона о раду (чл. 194 Закон о раду), колективни уговор обавезује особе које су га склопиле, те све особе које су у време склапања колективног уговора биле, или су накнадно постале, чланови удружења која је склопило колективни уговор. У колективном уговору мора се назначити ниво његове примене, односно ради ли се о нивоу појединог послодавца, или нивоу гране или делатности (грански колективни уговор).

У случају колективних уговора склопљених на нивоу предузећа (или другог облика правне особе), правна правила којима се уређују питања из радних односа, односно права радника, примењују се на све раднике запослене код тог послодавца, независно од тога јесу ли чланови синдиката или не. Другим речима, послодавац који је склопио колективни уговор дужан је да га примењује према свим радницима који су код њега запослени, јер би у супротном прекршио начело забране дискриминације.

Према прописима Републике Србије такође важи правило да се закључени колективни уговор код послодавца примењује на све запослене код тог послодавца без обзира на то да ли су чланови синдиката који је потписао колективни уговор.

4. Врсте колективних уговора и хијерархијски однос колективних уговора

Посматрано по врстама колективних уговора у складу са прописима Републике Србије може да се закључи општи, посебан и колективни уговор

код послодавца. Посебан колективни уговор закључује се за одређену грану, групу, подгрупу или делатност.

Посебан колективни уговор закључује се и за територију јединице територијалне аутономије или локалне самоуправе.

Колективним уговором код послодавца регулишу се права из рада и по основу рада, и ови уговори не могу да садрже одредбе којима се запосленима дају мања права или утврђују неповољнији услови рада од права и услова утврђених Законом.

Посебан колективни уговор мора бити у сагласности са општим колективним уговором, а колективни уговор код послодавца и са посебним колективним уговором за делатност којој припада и са општим колективним уговором.

4.1. Врсте колективних уговора у Македонији

У Македонији на националном нивоу постоји општи колективни уговор за приватни сектор у области привреде и општи колективни уговор за јавни сектор. Ови уговори су правно обавезујући за све запослене и предузећа, без обзира на то да ли су они чланови удружења која су склопила одговарајући уговор, а колективни уговори у грани/сектору су правно обавезујући само за стране које су чланице удружења која су склопила уговор.

У Македонији колективни уговор се закључује као заједнички за ниво републике, посебан за ниво ресора (чл. 203 Закона о радним односима Републике Македоније), а према Националној класификацији делатности и код индивидуалног послодавца. Подела ресора у Македонији условљена је већ усвојеном поделом према Националној класификацији делатности, па као и формирање синдиката и ресорно преговарање врши се на овом принципу. Није искључена појава да се синдикати више сродних ресора удружују и преговарају о јединственом колективном уговору.

Општи колективни уговор за јавни сектор односи се на државне органе и друге државне организације, на локалне самоуправне јединице, установе, предузећа, канцеларије, агенције, фондове и друге субјекте који обављају послове у јавном интересу (чл. 204 Закона о радним односима Републике Македоније).

Законом о радним односима је утврђено да се општи колективни уговор закључује за приватни сектор привреде и на њега се директно односи и обавезујући је за послодавце и запослене у приватном сектору.

4.2. Хијерархијски однос колективних уговора у српским прописима

Посматрајући хијерархијски однос колективних уговора у Републици Србији, посебан колективни уговор мора да буде у складу са општим, а колективни уговор код послодавца са посебним и општим.

Основно начело на којем се заснива концепт и пракса колективног преговарања је начело аутономије воље учесника у процесу колективног преговарања, а условљена је слободом организовања радничких и послодавачких организација и забраном мешања државе у њихов начин рада и организовања.

Аутономија воље учесника у колективном преговарању подразумева слободан избор страна у колективном преговарању да започну, воде и окончају колективно преговарање, као и слободу одлуке да се потпише колективни уговор. Такође, стране учеснице у поступку колективног преговарања слободне су у одлуци и избору миритеља ради мирног решавања колективног радног спора.

Начело вођења преговора у доброј вери *bona fides* је уверење да се кроз процес колективног преговарања могу остварити појединачни интереси запослених и послодавца, односно улазак у поступак колективног преговарања са стварном намером да се закључи колективни уговор.

Основ колективног преговарања заснива се на принципу слободе удруживања и слободе преговарања, добровољности, аутономији воље уговорних страна, принципу *bona fides* и принципу *in favor laborem in melius* (начело веће повољности за запосленог) које одступа од хијерархијског начела и могућности да се у одређеним случајевима дерогира извор права више правне снаге нормом садржаном у извору права ниже правне снаге, уколико је она повољнија за запосленог (Јовановић, 2009: 26).

Уколико посматрамо однос између закона и колективног уговора јасно је да се он заснива на принципу *favor laborem* – јер колективним уговором могу да се уреде у радним односима већи обим права и повољнији услови рада од оних која су утврђена законом, као и друга права, али која не могу бити супротна правном интересу и позитивним прописима.

У случају да се колективним уговором уреде права и услови рада који су неповољнији од закона, на права запослених примењују се норме утврђене законом, као повољнија права. Дакле, колективи уговор мора бити у сагласности са законом и представљати праву вољу уговорних страна. (Јовановић 2009: 28).

Значи клаузула *in favore laborem in melius* присутна је у колективним уговорима и у јавном сектору и то чини једну значајну предност за уређења права запослених.

5. Престанак примене и отказ колективног уговора

У Македонији је одређено да се колективни уговор може закључити на ограничен временски период у трајању од две године, уз могућност продужења, уз писмену сагласност страна уговорница/потписница (чл. 226 Закона о радним односима Републике Македоније).

Колективни уговор у извесним ситуацијама и према иницијативи сваке од страна потписница може престати и раније и то отказом или сагласношћу свих учесника, а на начин одређен колективним уговором. У случају отказа колективни уговор се примењује још шест месеци, а његова примена може престати и истеком рока за који је закључен. стране потписнице могу да одлуче да наставе са применом колективног уговора. Када се валидност колективног уговора настави сагласношћу страна уговорница, споразум се закључује најкасније 30 дана пре истека важења колективног уговора, осим ако колективни уговор не одреди другачије. Након истека рока на који је склопљен колективни уговор, његове одредбе ће наставити да се примењују до закључења новог колективног уговора (чл. 228 Закона о радним односима Републике Македоније).

Колективни уговор мора да садржи одредбе за отказни рок и поступак за поништавање, измене и допуне колективног уговора.

Колективни уговор закључен на одређено време може се отказати само ако постоји могућност да се раскине уговор. Отказивање уговора мора бити достављено другим уговорним странама.

Оваква прецизност у прописима Републике Македоније свакако је врло корисна јер у случају престанке примене, односно отказа колективног уговора запослени се могу наћи у једној непримераној ситуацији где се доводе у питање начин и обим остваривања појединих права. Тако се обично Законом о раду или у другом закону који уређује радноправни положај запосленог утврђује нпр. минимални и максимални број дана годишњег одмора запосленог, али се критеријуми за његову примену на конкретном запосленог разрађују кроз колективни уговор код послодаваца или кроз посебан колективни уговор.

Стога је престанак примене нпр. посебног колективног уговора и незакључивање новог колективног уговора врло неприхватљиво и за запослене штетно решење.

5.1. Престанак примене колективног уговора у српском праву и правне последице

Исту ситуацију приликом престанка примене, отказа или истека колективног уговора имамамо и код утврђивања права на јубиларну награду. Запослени директном пременом Закона о раду, нпр. у Републици Србији (чл. 120 Закона о раду), право на солидарну помоћ не могу да остваре јер се у општем акту – колективном уговору или правилнику о раду утврђују услови за остваривање овог права, висина и учесталост примене овог института.

Очигледан пример за наведену ситуацију је у Посебном колективном уговору за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика (чл. 29, ст. 1, тач. 5 наведеног ПКУ) којим је предвиђено да запослени који је три месеца на непрекидном боловању има право по основу солидарне помоћи на исплату једне просечне плате код послодавца, а право на ову врсту солидарне помоћи запослени може да оствари једном у току календарске године. Ово представља очит пример остваривања једне од прописаних врста солидарне помоћи који је прецизно дефинисан важећим Посебним колективним уговором и по питању – правне ситуације – непрекидно боловање које траје три месеца, и по питању висине солидарне помоћи – утврђено је да се исплаћује једна просечна плата запосленог или просечна зарада исплаћена на нивоу Републике Србије ако је то за запосленог повољније, а по учесталости исплате односно остварења права – једном у току календарске године.

У Републици Србији колективни уговор се закључује на период од три године, а писаном изјавом стране потписнице колективни уговор се може отказати и раније, с тим што је од добијања изјаве о отказу колективног уговора прописана обавеза потписница да га примењују још шест месеци од дана достављања отказа.

Колективни уговор према Закону о раду може престати споразумом свих учесника (чл. 264 Закона о раду).

У савременој пракси колективног преговарања Законом о раду није уређена правна ситуација која се у пракси неколико пута догодила и изазвала различита правна тумачења, а то је уколико усаглашеном и потписаном колективном уговору приступе друге репрезентативне синдикалне организације које нису одмах потписале колективни уговор него су му накнадно приступиле. Јасно је да се на све запослене у одређеној делатности, грани или групи примењује посебан колективни уговор, па и на чланове синдиката који од почетка потписивања колективног уговора нису страна потписница истог.

Међутим дилема настаје ако се од стране оснивача иницира анексирање посебног колективног уговора, а његово анексирање прихвате управо репрезентативне синдикалне организације које су накнадно приступиле колективном уговору али не и репрезентативне синдикалне организације које су стварне потписнице основног текста посебног колективног уговора.

Остаје правна дилема да ли синдикалне организације које су накнадно приступиле потписаном посебном колективном уговору могу да процене интерес чланства синдиката за анексирање таквог колективног уговора.

На основу изнетог, може се закључити да је синдикат у многим земљама стекао право на накнадно приступање колективном уговору. Начин и услови остваривања тог права уређују се националном регулативом, због чега се разликују од земље до земље. И поред тога, с разлогом се може констатовати да се његовим признавањем обезбеђују додатне претпоставке за даље јачање социјалног партнерства и даље уједначавање положаја учесника колективног преговарања, односно колективних радних спорова у њима (Кулић, Вуковић, Кулић, 2016: 253).

6. Обавеза оглашавања колективног уговора

Имајући у виду да потписани колективни уговор има снагу закона за стране потписнице, обавезно је оглашавање текста колективног уговора у службеном гласилу. На овај начин се колективни уговор чини доступним странама потписницама, али и свим другим субјектима на које се колективни уговор примењује.

Закон о раду Р Србије прописао је обавезу да се општи и посебан колективни уговор по поступку регистрације у регистру колективних уговора објављује у Службеном гласнику Републике Србије (чл. 7 Правилника о регистрацији колективних уговора).

6.1. Специфичности у оглашавању колективног уговора у Хрватској

С друге стране, у хрватском праву колективни уговор који обавезује два или више послодавца, односно удругу послодаваца, и који се примењује на подручју само једне жупаније, објављује се у службеном гласилу жупаније (чл. 2, ст. 2 Правилника о поступку доставе и начину вођења евиденције колективних уговора РХ).

Колективни уговор који обавезује два или више послодаваца, односно удругу послодаваца и који се примењује на подручју две или више жупанија, односно целе Републике Хрватске, објављује се у Народним новинама.

У Хрватском подзаконском акту – Правилник о поступку доставе и начину вођења евиденције колективних уговора (Народне новине бр. 32/15) прецизирана је обавеза да се и све промене које се односе на колективни уговор (анекси, измене и допуне и сл.) објављују у службеном гласилу, али пропуст послодавца да објави колективни уговор који га обавезује не утиче на обавезу извршења његових обавеза из тог колективног уговора.

7. Проширено дејство колективних уговора

За разлику од потребе да се прошири дејство једног колективног уговора и на послодавце који нису чланови удружења послодаваца које је преговарало и закључило одређени колективни уговор, на права запослених који су запослени код једног послодавца, примењују се одредбе закљученог колективног уговора на све запослене, без обзира што нису синдикално организовани. Значи, синдикати ипак у ширем смислу заступају интересе свих запослених, чак и оних који нису чланови синдиката.

У принципу постоји одступање од начела добровољности колективних уговора ако постоји јавни интерес. Заправо, ресорни министар може на предлог стране потписнице колективног уговора проширити примену колективног уговора на особе које нису суделовале у његовом склапању или пак на оне које су му накнадно приступиле према чл. 210–211 Закона о раду (Уџиг, 2004: 214).

7.1. Проширена примена колективног уговора у Македонији

С друге стране, у македонском праву колективни уговор се може додатно доделити лицима (проширити на лица) која, према одредбама Закона о радним односима Македоније, могу бити страна потписница колективног уговора. Декларација о приступању колективном уговору мора се доставити свим странкама које су склопиле/потписале колективни уговор и особама које су додатно приступиле колективном уговору. Особе које су додатно приступиле колективном уговору имају иста права и обавезе као стране које су га закључиле (чл. 233 Закона о радним односима Македоније).

7.2. Проширена примена колективног уговора у Хрватској

Уколико погледамо друга упоредна решења, можемо видети да хрватски правни систем, такође познаје институт проширене примене колективних уговора, који је регулисан чл. 203 Закона о раду. Наиме, министар надлежан за питања рада може, на предлог свих странака потписница гранског колективног уговора, проширити његову примену

на све послодавце у одређеној грани делатности, без обзира на то јесу ли ти послодавци чланови удружења послодаваца која су потписала уговор, или не. У том случају, сви послодавци у грани делатности о којој се ради обавезни су примјењивати одредбе гранског колективног уговора на све раднике које запошљавају (Bodiroga-Vukobrat, Laleta, 2007: 28).

Претпоставка за проширење примене је постојање јавног интереса, те да су уговор склопили синдикати који имају највећи број чланова и удружења послодаваца која има највећи број радника, у сектору или грани делатности о којој се ради. О проширењу колективног уговора одлучује министар на основу података о броју и структури послодаваца и радника у сектору и нивоу материјалних права радника, те након саветовања с представницима послодаваца на које се уговор проширује. Хрватски министри су до сада 13 пута искористили могућност проширења примене колективног уговора, или пак примену измена и допуна колективног уговора о раду, о чему могу да се нађу детаљнији подаци на сајту <http://www.kolektivni-ugovori.info/wp-content/uploads/2016/03/Deterministicki-ili-obicni-kaos-obiljezja-sustava-kolektivnog-pregovaranja-u-RH.pdf>.

7.3. Проширена примена колективног уговора у Србији

На сличан начин је питање проширеног дејства уређено и у српском Закону о раду, са свим изменама од 2005. до 2017. године. „Проширење примене колективног уговора спецификум је колективних уговора, што их битно разликује од других уговора. Законодавац предвиђа да ако постоји јавни интерес, министар надлежан за рад може, на предлог стране колективног уговора, проширити примену колективног уговора на оне субјекте који нису учествовали у његовом закључивању.

Разлог за доношење одлуке о проширеном дејству одређеног колективног уговора је уједначење услова пословања у одређеној делатности или грани код свих послодаваца у Републици Србији, а који нису чланови Уније послодаваца Србије – репрезентативне послодавачке организације.

Такође при доношењу ове одлуке цени се провера оправданости уједначавања пословања у одређеној делатности или грани код свих послодаваца у Републици Србији, да се избегне нелојална конкуренција и да се донетом одлуком о проширеном дејству изједначи социјално-економски положај свих послодаваца и запослених које конкретан колективни уговор „покрива”.

Кроз доношење одлуке о проширеном дејству јасно се види улога државних органа у уједначавању услова привређивања у одређеној

привредној грани и у уједначењу услова рада и заштите запослених у тој грани.

Ваља указати да постоји одступање од начела добровољности колективних уговора ако постоји јавни интерес. Заправо, ресорни министар може на предлог стране колективног уговора проширити примену колективног уговора на особе које нису суделовале у његовом склапању или пак на оне које су му накнадно приступиле, а што је детаљније уређено у одредбама 210–211 Закон о раду (Уџур, 2004: 214).

Листа референци

Bernaciak, M. Gumbrell-McCormick, R. Himan, R. (2014). *Studija Sindikati u Evropi – Novi odgovori na teške trenutke*. Берлин: Friedrich-Ebert-Stiftung – Одељење за централну и источну Европу Берлин. <http://www.fes.de/geverkschaften> (приступљено 12. 09. 2018);

Bodiroga-Vukobrat, N. Laleta, S. (2007). Posebnosti kolektivnog pregovaranja u europskome i hrvatskome pravu. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*. 1(XXVIII). 1 –44;

Јовановић, П. (2009). *Право на професионално удруживање запослених и послодаваца у Србији*. Радно и социјално право. 1(XIII). 11–38;

Knowles, E. Vilton, B. (2015). Вештине преговарања – Водич за помоћ послодавцима при колективном преговарању. Међународна организација рада – Биро за активности послодаваца ИОЕ;

Кулић, Ж. Вуковић, Ј. Кулић, В. (2016). Приступање колективном уговору, Радно и социјално право, 1(XX). 243–260;

Мирјанић, Ж. (2015). Социјални дијалог – изазови у току кризе, Радно и социјално право. 1(XIX). 11 –46;

Посебни колективни уговор за запослене у основним и средњим школама и домовима ученика. Службени гласник РС. бр. 21/15;

Правилник о начину рада Одбора за утврђивање репрезентативности организација послодаваца и синдиката. Службени гласник РС. бр. 34/05;

Правилник о поступку доставе и начину вођења евиденције колективних уговора. Народне новине. бр. 32/15; <http://www.kolektivni-ugovori.info/wp-content/uploads/2016/03/Deterministicki-ili-obicni-kaos-obiljezja-sustava-kolektivnog-pregovaranja-u-RH.pdf> (приступљено 25. 09. 2018);

Правилник о регистрацији колективних уговора. Службени гласник РС. бр. 45/15;

Симовић, В. (2011). Колективно преговарање у међународним стандардима и позитивним прописима у Црној Гори. Подгорица: Социјални савјет Црне Горе;

Стојиљковић, З. Ристић, З. Јовановић, Б. (2011). Социјални дијалог. Београд; Устав Републике Македоније;

Učur, M. Đ. (2004). Kolektivni odnosi iz rada. *Aktualna pitanja ostvarivanja i zaštite prava iz radnih odnosa*. Zagreb: Inženjerski biro. наведено према: Bodiroga-Vukobrat N. Laleta S. (2007). Posebnosti kolektivnog pregovaranja u europskome i hrvatskome pravu. Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci. 1(XXVIII). 1-44;

Закон о потврђивању Ревидиране европске социјалне повеље. Службени гласник РС –Међународни уговори. бр. 42/09;

Закон о раду. Народне новине. бр. 93/1, 127/17;

Закон о раду. Службени гласник РС. бр. 24/05, 61/05, 54/05, 32/13, 75/14, 13/14, 13/17 –одлука УС и 11/17;

Закон о радним односима Македоније – пречистен текст. Службен весник на РМ. бр. 167/15.

SOME SEGMENTS OF COLLECTIVE BARGAINING IN COMPARATIVE LAW

Nataša Zavođa

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

Collective bargaining is one of the most important instruments of social dialogue which regulates the important sphere of labor relations between parties to a collective agreement. Therefore, there is a general interest to precisely regulate this segment of labor law because the state has an important role in certain subject-specific and collective agreements with the employer. It is necessary to ensure transparency of the collective bargaining process, and provide clear rules in some

legal situations related to the application of closed collective agreement. The significant role of the state is particularly reflected in deciding on the extended applicability of collective agreement. Crisis situations can arise due to expiry of the period of application of the collective agreement, the cancellation of the collective agreement or consensual termination of its application, as well as due to the effects of the collective agreement during the subsequent accession to the collective agreement. This article provides an overview of these institutes in the Republic of Serbia and comparative law of neighboring states, with a critical focus on individual solutions adopted or unresolved issues.

Keywords: collective agreement, joining the collective agreement, extended application of a collective agreement, cancellation of the collective agreement.

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 21.05.2018.
Ревидирана верзија: 14.10.2018.
Рад прихваћен: 19.10.2018.

UDK: 343.9.02(497.11)
343.272

ОДУЗИМАЊЕ ИМОВИНЕ ПРОИСТЕКЛЕ ИЗ КРИВИЧНОГ ДЕЛА У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И УПОРЕДНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ

Милош Митровић¹

Студент докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Деструктивни потенцијал организованог криминалитета пресудно је утицао на већину савремених законодаваца да одговорним промишљањем покушају да обезбеде ефикасан механизам (систем мера, средстава, поступака и органа) његовом супротстављању. Међу тим мерама се посебно истиче мера одузимања имовине проистекле из кривичног дела. Посебна пажња у раду је поред сагледавања историјског контекста, услова и околности за увођење наведене мере у инострану законодавства, као и законодавство Републике Србије, поклоњена покушају да се нормативним приступом уз адекватан критички осврт детаљније сагледа постојеће законско решење. Наиме, у Републици Србији је мера одузимања имовине проистекле из кривичног дела уређена посебним Законом из 2013. године који је заменио претходни Закон из 2008. године и тиме отклонио бројне проблеме и нејасноће у његовој примени. Ову меру имовинског карактера треба разликовати од мере одузимања имовинске користи која је прибављена кривичним делом. У првом случају се у ствари ради о тзв. проширеном одузимању имовинске користи, са низом специфичних решења које је одређују. У циљу упоређивања домаћих решења у примени ове специфичне кривичноправне мере имовинског карактера анализирана су и специфична решења у: 1) Италији (где је прво уведена ова мера као ефикасно средство у борби са организованим криминалитетом мафијашког типа), 2) Немачкој (чије кривично законодавство служи као

¹ mitr.milos@gmail.com.

узор великом броју европских законодавстава укључујући и законодавство Републике Србије) и 3) САД (које познаје административно, грађанско и кривично одузимање имовине).

Кључне речи: одузимање имовине, проширено одузимање, имовинска корист, кривично правна мера, организовани криминалитет.

1. Увод

Увођење мере одузимања имовине проистекле из кривичног дела у законодавства великог броја земаља треба схватити као израз потребе за проналажењем ефикасног механизма у борби против организованог криминалитета. Поред употребе синтагме одузимање имовине проистекле из кривичног дела као синоним у раду често ће бити коришћена и синтагма проширено одузимање имовинске користи, карактеристична пре свега за немачки правни систем, која се одомаћила и у нашој правној литератури. Рад започиње освртом на историјат настанка и на околности које су довеле до увођења поменутих мере, да бисмо у наставку нормативним приступом и уз критички осврт покушали пружити детаљнији приказ оваквог законског решења у Републици Србији. Такође, остављено је простора и упоредноправном сагледавању законских решења одузимања имовине стечене кривичним делима у једном броју одабраних земаља, а у циљу продубљенијег разумевања постојећих модалитета у примени овакве, можемо чак слободно рећи и револуционарне мере.

2. Историјат настанка мере одузимања имовине проистекле из кривичног дела

Имовинска кривичноправна мера одузимања имовине проистекле из кривичног дела представља еволутивни искорак у односу на добро познату меру одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом, која у већини европских законодавстава егзистира дуже од пола века, конкретно у наш кривичноправни систем уведена је 1959. године.

Мера одузимања имовинске користи у многим случајевима није у стању да ефикасно пресече и заустави организовану криминалну делатност, јер се увек нађе један број старих или нових чланова криминалне организације који су на слободи и који ће ту делатност наставити и вршити, док су други чланови организације на издржавању казне (Грубач, 2010: 35). Стога је у циљу ефикасније борбе са организованим и другим тешким облицима криминалитета уведена мера одузимања имовине проистекле из кривичног дела или тзв. проширено одузимање имовинске користи.

Наиме, у овим случајевима се не одузима само имовинска корист из конкретног кривичног дела за које се води кривични поступак, већ и она имовинска корист за коју се само претпоставља да потиче из тог, или пак да потиче из других кривичних дела која су повезана са конкретним делом за које се води кривични поступак.

Према неким ауторима (Ј. Ђирић) овакав правни механизам подсећа на конфискацију имовине из доба комунизма, али то не треба да чуди будући да га је први промовисао италијански комунистички посланик Пио ла Торе (Pio la Tore), који је био жртва мафије због свог залагања за борбу против организованог криминала. Након његовог убиства у Палерму 1982. Године, италијански парламент је изгласао Закон о одузимању имовине стечене криминалом, који је послужио као узор сличним законима који се данас примењују у развијеном свету.² Италија је доношењем тзв. „Пио ла Торе закона” постала прва европска држава која је увела овакав механизам у борби са организованим криминалом. Тако је постала узор бројним европским и другим државама које су креирале идентичне механизме одузимања имовине стечене криминалом.

3. Одузимање имовине проистекле из кривичног дела у праву Републике Србије

Република Србија се с обзиром на околности које су окарактерисале последњу декаду 20. века нашла у озбиљном проблему на самом почетку 21. века. Наиме, имовина криминалних организација сумњивог порекла, прибављена извршењем кривичних дела лагано је улазила у легалне финансијске токове, куповином девастираних друштвених предузећа у почетном стадијуму процеса приватизације („прање новца”). Како би се стало на пут легализацији новца и друге имовине криминалног порекла и спречиле криминалне организације у његовом прибављању вршењем кривичних дела, 2008. године је донет Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела.³

3.1. Одузимање имовине проистекле из кривичног дела у праву Републике Србије – материјалноправни аспект

Одузимање имовине проистекле из кривичног дела у право Републике Србије уведено је поменутиим Законом, чиме је у српски кривичноправни

2 Политика 15.05.2011. године. *Одузимање имовине пред Уставним судом*. Преузето 01.04.2018. <http://www.politika.co.rs/sr/clanak/177344/Hronika/Oduzimanje-imovine-pred-Ustavnim-sudom>.

3 Службени гласник РС, бр. 97/08.

систем по први пут уведена *sui generis* мера тзв. проширеног одузимања имовинске користи. Ово одузимање имовине је „проширено” из разлога што овде није реч само о имовинској користи за коју је у кривичном поступку доказано да потиче из конкретног кривичног дела (која се одузима применом мере из члана 91–93. Кривичног законика⁴). Међутим, имајући у виду услов за трајно одузимање имовине, што ће у раду касније бити изложено, може се претпоставити да имовина проистиче из конкретног кривичног дела, уз постојање законске претпоставке да може бити производ чињења и осталих лукративних дела, предвиђених овим Законом.

После доношења Законика о кривичном поступку 2011. године⁵ као и измена Кривичног законика из 2012. године, било је неопходно са тим прописима усагласити и постојећи Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела. У складу са тим, а имајући у виду и касније у раду наведене проблеме у примени одредаба Закона из 2008. године, приступило се ипак изради потпуно новог законског текста. Нови Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела (ЗОИПКД-а) донет је 2013. године⁶ и у даљем тексту фокус ће бити померен ка разматрању одредаба актуелног Закона, уз осврт на одређена нова решења која су у односу на претходни Закон њиме уведена.

У основи Закона из 2008, као и Закона из 2013. године налазе се бројни међународни стандарди садржани у међународним документима универзалног и регионалног карактера али је за њихову садржину од посебног значаја била Стратегија Европске уније за превенцију и контролу организованог криминала од 3. маја 2000. године. Ова Стратегија, поред осталог, препоручује пребацивање терета доказивања порекла имовине са тужиоца на окривљеног. Поред ње, значајну улогу има и Директива о замрзавању и одузимању имовинске користи прибављене кривичним делима у Европској унији. Ова Директива бр. 42/2014 у члану 5. под називом: „проширено одузимање” обавезује државе чланице да усвоје потребне мере које би омогућиле одузимање, у целини или делимично имовине у поседу лица осуђеног за кривично дело које може директно или индиректно довести до економске користи, у случају да суд, на основу околности случаја, укључујући посебне чињенице и доступне доказе, нпр. да је вредност у несразмери са законитим приходом осуђеног лица, сматра да односна имовина потиче од криминалног поступања (Вуковић, 2016: 6).

4 Службени гласник РС, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13, 108/14 и 94/16.

5 Службени гласник РС, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

6 Службени гласник РС, бр. 32/13 и 94/16.

Под имовином проистеклом из кривичног дела се према члану 3. актуелног, као и претходног Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела подразумева имовина власника која је у очигледној несразмери са његовим законитим приходима. При томе власником се сматра окривљени (осумњичени, лице против кога је кривични поступак покренут или осуђени за неко од наведених кривичних дела у овом Закону). Осим тога у складу са Законом имовина проистекла из кривичног дела се одузима и од сведока сарадника, оставиоца, трећег лица и правног следбеника. У вези са оваквим одређењем имовине проистекле из кривичног дела у правној теорији се упућују замерке да овако штурим дефинисањем може довести до произвољног тумачења и неуједначености судске праксе.

Чланом 2. ЗОИПКД-а таксативно су утврђена кривична дела на која се одредбе овог закона примењују. То су: 1. организовани криминал, 2. тешко убиство, 3. отмица, 4. приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију, 5. кривична дела против имовине, 6. кривична дела против привреде, 7. неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога, 8. кривична дела против јавног реда и мира, 9. кривична дела против службене дужности и 10. кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом. У односу на претходни Закон, новим је уведено још једно кривично дело на које се одредбе истог примењују, а то је кривично дело тешко убиство. У вези са наведеним групама кривичних дела, као и појединачних кривичних дела у оквиру групе треба имати у виду да се одредбе ЗОИПКД-а примењују само на поједине облике њиховог испољавања а не у целини.

Као услов за примену одредаба ЗОИПКД-а, на побројана кривична дела јавља се вредносни лимит имовине проистекле из кривичног дела, односно да вредност предмета кривичног дела прелази износ од 1.500.000,00 динара. Овај услов није неопходан само у случају извршења кривичних дела организованог криминала.

3.2. Одузимање имовине проистекле из кривичног дела у праву Републике Србије – процесноправни аспект

Одузимање имовине која је проистекла из кривичног дела је у надлежности посебних државних органа (члан 5. ЗОИПКД-а). То су органи надлежни за откривање, одузимање и управљање имовином: а) јавни тужилац, б) суд, в) организациона јединица МУП-а надлежна за финансијску истрагу, и г) Дирекција за управљање одузетом имовином.

Законом из 2008. године у српско кривично законодавство уведени су правни институти попут финансијске истраге, привременог и трајног одузимања имовине, као и пребацивање терета доказивања са јавног тужиоца на окривљеног. На тај начин, уведен је тзв. „обрнути терет доказивања” где би сам осуђени доказивао да је „одређену спорну” имовину стекао у складу са законом, тј. својим приходима који нису криминалног карактера (Шкулић, 2015: 612). С тим у вези, средишње место у ЗОИПКД-у заузима поступак. Поступак за проширено одузимање имовине уређен је одредбама члана 17–48. ЗОИПКД-а. Он има три основна процесна стадијума: а) спровођење финансијске истраге, б) поступак привременог одузимања имовине и в) поступак трајног одузимања имовине.

3.2.1. Финансијска истрага

Финансијска истрага се покреће против власника када постоје основи сумње да поседује знатну имовину проистеклу из кривичног дела. Постојање оваквих основа сумње представља материјални услов за покретање финансијске истраге, која се у односу на власника имовине сумњивог порекла (окривљени, окривљени сарадник, оставилац, правни следбеник или треће лице) покреће у циљу прибављања релевантних доказа. Нарочито се током финансијске истраге могу примењивати посебне доказне радње уколико се кривични поступак води за кривична дела организованог криминала или других тешких кривичних дела у односу на која се примењују посебне доказне радње сходно одредбама члана 161–187. Законика о кривичном поступку.

Током финансијске истраге, као почетне фазе поступка одузимања имовине у прибављању релевантних доказа, непосредно или посредно учествује широки круг субјеката. Јавни тужилац наредбом покреће финансијску истрагу којом затим и руководи. На његов захтев или по службеној дужности Организациона јединица МУП-а надлежна за финансијску истрагу прикупља релевантне доказе, предузимајући одговарајуће доказне радње. Насупрот овим, тзв. активним субјектима финансијских истрага, у другу групу могли би се сврстати различити државни органи, владине агенције, самосталне институције или регулаторна тела којима спровођење финансијских истрага није примарна делатност али која у оквиру свог делокруга рада прате одговарајуће процесе и евидентирају одговарајуће чињенице које могу бити од пресудног значаја за спровођење финансијске истраге. Како се ангажовање ових субјеката иницира на захтев тзв. активних субјеката финансијских истрага и то у ограниченом и унапред утврђеном обиму, они се могу назвати пасивним субјектима финансијских истрага (Лајић, Жарковић, 2013: 204).

3.2.2. Привремено одузимање имовине

Привремено одузимање имовине из члана 23–37. ЗОИПКД-а, представља другу фазу поступка одузимања имовине проистекле из кривичног дела. Ово је мера превентивног карактера која се спроводи са циљем да спречи власника да евентуалним манипулисањем имовином стеченом вршењем кривичних дела избегне њено одузимање.

Привремено одузимање имовине започиње подношењем захтева јавног тужиоца за привремено одузимање имовине, што се „*questio facti*” решава узимањем у обзир околности конкретног случаја, при томе је за само подношење захтева довољно да јавни тужилац процени да би трајно одузимање имовине проистекле из кривичног дела, премда могуће, „било отежано” (Илић, Николић, Мајић, Мелило, 2009:96). Захтев садржи податке о власнику, законски назив кривичног дела, означање имовине коју треба одузети, доказе о имовини, околности из којих произилази основана сумња да имовина проистиче из кривичног дела и разлоге који оправдавају потребу за привременим одузимањем имовине. Захтев се доставља власнику уз поуку да у року од 15 дана може суду доставити одговор на захтев са доказима о начину стицања имовине, о чему у зависности од фазе поступка одлучује судија за претходни поступак, односно председник већа пред којим се одржава главни претрес.

Како би се спречиле евентуалне злоупотребе власника у погледу располагања имовином, јавни тужилац је овлашћен да донесе наредбу о забрани располагања имовином и о привременом одузимању покретне имовине у случају вероватноће да ће власник располагати имовином сумњивог порекла пре него што суд одлучи о претходно поднетом захтеву. Наредбу извршава Јединица МУП-а надлежна за финансијску истрагу, која по пријему наредбе исту уписује у евиденцију непокретности, док се привремено одузете покретне ствари по наредби јавног тужиоца поверавају на управљање Дирекцији за управљање одузетом имовином. Осим Јединице, наредба се без одлагања доставља банкама и другим финансијским организацијама код којих су депонована новчана средства и хартије од вредности власника.

Наредба о забрани располагања имовином и привремено одузимање покретне имовине је ороченог трајања и на снази је до доношења одлуке суда о захтеву јавног тужиоца или најдуже три месеца од дана доношења наредбе.

Надлежни суд о поднетом захтеву јавног тужиоца одлучује решењем, које доноси одмах после пријема одговора власника, или након протекла рока у којем он то може учинити, а најкасније у року од 8 дана. Како

би суд на захтев јавног тужиоца одговорио позитивно, неопходно је да кумулативно буду испуњени следећи услови: 1) да постоје основи сумње да је физичко или правно лице извршило кривично дело предвиђено чланом 2. ЗОИПКД-а, 2) да постоје основи сумње да је имовина проистекла из кривичног дела, 3) да вредност такве имовине прелази износ од 1.500.000 динара и 4) да постоје разлози одређени чланом 23. који оправдавају потребу за привременим одузимањем такве имовине. Решење суда којим је одређено привремено одузимање имовине доставља се власнику, његовом браниоцу, односно пуномоћнику, јавном тужиоцу, Јединици, Дирекцији и банци или другој организацији надлежној за платни промет. Против овог решења власник може да уложи жалбу и то у року од 8 дана од достављања решења. За одлучивање о жалби, суд заказује рочиште на које позива власника, његовог браниоца или пуномоћника и јавног тужиоца. Поднету жалбу суд може:

1) одбацити – уколико је непотпуна, неблагоприятна или изјављена од неовлашћеног лица,

2) одбити – уколико утврди да је неоснована и

3) усвојити када у целини или делимично укида решење о привременом одузимању имовине уколико: а) не постоји вероватноћа да ће трајно одузимање имовине бити онемогућено или отежано, б) нема довољно доказа о постојању основа сумње да привремено одузета имовина проистиче из кривичног дела, в) власник докаже да није власник целокупне или дела привремено одузете имовине и г) вредност имовине проистекле из кривичног дела не прелази износ од 1.500.000,00 динара.

Привремено одузимање имовине престаје уколико наступи неки од законом прописаних разлога као што су: 1) ако јавни тужилац не поднесе захтев за трајно одузимање имовине у прописаном року, 2) ако решење о привременом одузимању имовине пре истека рока за подношење захтева за трајно одузимање имовине буде правноснажно укинута и 3) ако решење о привременом одузимању имовине буде замењено мером забране располагања привремено одузетом имовином.

Привремено одузимање имовине проистекле из кривичног дела траје најдуже док суд не одлучи о захтеву за трајно одузимање имовине. До подношења захтева за трајно одузимање имовине суд најмање једном годишње по службеној дужности преиспитује одлуку о привременом одузимању и у оправданим случајевима може ту одлуку укинута или је заменити мером забране располагања привремено одузетом имовином над чијим спровођењем надзор врши Јединица МУП-а.

Поред престанка привременог одузимања имовине, оно може бити и укинато. Наиме, решење о укидању привременог одузимања имовине доноси судија за претходни поступак, односно председник већа пред којим се одржава главни претрес, у односу на које се може уложити жалба о којој одлучује ванпретресно веће. Пре доношења решења, суд може заказати рочиште на које позива странке у поступку и представника Дирекције на коме се могу изнети околности које указују на то да даља примена мере привременог одузимања имовине није оправдана.

3.2.3. Трајно одузимање имовине

Трајно одузимање имовине проистекле из кривичног дела је последња фаза поступка. Према законском решењу јавни тужилац подноси захтев за трајно одузимање имовине проистекле из кривичног дела у року од 6 месеци од дана достављања правноснажне пресуде којом је утврђено да је учињено неко од Законом прописаних кривичних дела. У питању је новина у односу на законско решење из 2008, по коме је јавни тужилац могао поднети захтев за трајно одузимање имовине након ступања оптужнице на правну снагу, а најкасније у року од годину дана од правноснажног окончања кривичног поступка.

Захтев треба да садржи следеће елементе: 1) правноснажну пресуду, 2) податке о окривљеном, односно окривљеном сараднику, 3) законски назив кривичног дела, 4) означавање имовине коју треба одузети, 5) доказе о имовини коју окривљени, односно окривљени сарадник поседује или је поседовао и о законитим приходима, 6) околности које указују да је имовина проистекла из кривичног дела, односно околности које указују на постојање очигледне несразмере између имовине и законитих прихода и 7) разлоге који оправдавају потребу за трајним одузимањем имовине. Уколико је захтев поднет против правног следбеника, тада поред наведених елемената мора да садржи и доказе да је правни следбеник наследио имовину проистеклу из кривичног дела. Но, уколико је пак захтев за трајно одузимање имовине поднет против трећег лица, онда мора садржати и доказе да је имовина проистекла из кривичног дела пренета у циљу осујећења одузимања.

О захтеву јавног тужиоца за трајно одузимање имовине расправља ванпретресно веће, док се одлука суда поводом захтева доноси на главном рочишту. Пре одржавања главног рочишта суд у року од 30 дана од подношења захтева заказује припремно рочиште ради предлагања доказа на које позива јавног тужиоца, власника и његовог пуномоћника. Након тога суд заказује главно рочиште у року од 3 месеца од закључења припремног рочишта са изузетком када неки доказ треба прибавити из

иностранства или је његово прибављање отежано, када се одржавање главног рочишта може одложити за још највише 3 месеца.

На главно рочиште суд позива јавног тужиоца, власника и његовог пуномоћника и по потреби друга лица. Главно рочиште почиње изношењем садржине захтева јавног тужиоца, након чега јавни тужилац износи доказе, а окривљени, окривљени сарадник, правни следбеник или треће лице се изјашњавају о наводима јавног тужиоца. Доказни поступак је подељен између јавног тужиоца и власника, који је у обавези да доказује порекло своје имовине. По окончању главног рочишта суд доноси решење, чија је садржина утврђена чланом 44. ЗОИПКД-а, којим усваја или одбија захтев за трајно одузимање имовине. Овлашћена лица могу у року од 15 дана изјавити жалбу на решење о којој одлучује надлежни другостепени суд уз забрану двоструког укидања решења, односно обавезу да ако је предмет по други пут упућен по жалби, о истој мора мериторно да одлучи. Суд у решењу којим усваја захтев јавног тужиоца може одлучити да власнику остави део имовине ако би њеним одузимањем било доведено у питање издржавање власника и лица које је он дужан да издржава. Такође, суд из износа трајно одузете имовине може излучити износ оштећеном на име поднетог имовинскоправног захтева, износ на име трошкова насталих током привременог одузимања или трошкова пуномоћника, ангажованог по службеној дужности.

3.3. Проблеми у примени законских решења о одузимању имовине

Убрзо након усвајања ЗОИПКД-а из 2008. године, Уставном суду Републике Србије је поднет већи број представки којима је тражена оцена његове уставности и усаглашености са потврђеним међународним уговорима и конвенцијама, пре свих са Европском конвенцијом о људским правима и слободама.

Озбиљне критике, превасходно од представника невладиног сектора, упућене су законском решењу предвиђеном чланом 28. став 1. ЗОИПКД-а из 2008. године према коме је јавни тужилац могао већ у моменту правноснажности оптужнице да покрене поступак за трајно одузимање имовине. Наиме, поменуто законско решење је значило очигледно кршење начела „*nulla poena sine culpa*”. Напомињемо да је наведено начело инкорпорирано и у наш Кривични законик, тако што је одредбом члана 2. утврђено да се казне и мере упозорења могу изрећи само учиниоцу који је крив за учињено кривично дело. Имајући наведено у виду, законодавац је новим Законом из 2013. године у члану 38. став 1. овакво овлашћење јавног тужиоца укинуо, тако да јавни тужилац сада може да поднесе захтев за

трајно одузимање имовине тек од тренутка достављања правноснажне пресуде којом је утврђено да је учињено кривично дело.

Стручна јавност је такође упућивала примедбе да се одредбама ЗОИПКД-а крши претпоставка невиности.⁷ Међутим, утврђивањем правне природе ове мере и интенције законодавца у вези са њеним увођењем, преовладало је схватање да се њоме ипак, не крши претпоставка невиности окривљеног будући да се овде ради о посебној мери која се јасно разликује од казне као кривичне санкције. Тако „за разлику од казне, где основ примене института проистиче из схватања о субјективизацији кривице и санкционисања”, код одузимања имовине основ примене мере се налази у уверењу да нико не може задржати оно што је иницијално прибављено кривичним делом, односно противправном радњом. Дакле, казна је институт који прати извршиоца кривичног дела, док је мера одузимања имовине проистекле из кривичног дела институт који прати незаконито стечену имовину, без обзира на то код кога се она у тренутку одузимања налази (Мајић, 2010: 265). Односно, проширено одузимање имовине је поступак *sui generis*, заправо поступак *in rem*, објективан у односу на имовину, који се води по посебном захтеву јавног тужиоца, никада *ex officio* (Драгичевић Дичић, 2017: 111). У овом специфичном поступку се не доказује кривица власника имовине или трећих лица, већ претпоставка да је имовина стечена незаконито коју власник може побијати изношењем доказа о пореклу имовине, што му омогућава право уведено тзв. обрнутим теретом доказивања.⁸

Међутим, постоје схватања да се увођењем обрнутог терета доказивања окривљени нужно излаже ризику да буде кривично гоњен и за нека друга кривична дела, која надлежни органи нису открили, чиме

7 Претпоставка невиности је универзална вредност и једно од основних начела кривичног поступка предвиђена чланом 6. став 2. Европске конвенције о људским правима и основним слободама, чланом 11. став 1. Универзалне декларације о људским правима и другим међународним документима. У Републици Србији је претпоставка невиности загарантована и Уставом (*Службени гласник РС*, бр. 98/06), и то у члану 34. став 3. и у члану 3. Законика о кривичном поступку.

8 Тако је Европски суд за људска права у предмету Филипс против Уједињеног краљевства заузео став да применом одредаба Закона Уједињеног краљевства о трговини опојним дрогама из 1994. године није дошло до повреде претпоставке невиности, будући да подносилац представке није имао регистроване изворе прихода и да власник имовине током поступка није изнео валидне доказе који би потврдили његову невиност. Вид. Пресуду Европског суда за људска права (ЕСЉП) од 05.07.2001. године, донесену на основу представке бр. 41087/98, Одузимање имовине проистекле из кривичног дела: Европски суд за људска права – одабране пресуде и одлуке, Савет Европе - Канцеларија у Београду, Београд, 2013, 115-132.

се крши принцип „*nemo tenetur*”. Према схватању Вуковића, наведена примедба не стоји, јер докази којима власник суду предочава да је имовину законито стекао никако не представљају самооптужење (Вуковић, 2016: 14).

Закон је, од самог доношења, изазвао контроверзе и у погледу „забране ретроактивности” кривичних прописа. Приговор који се односи на ретроактивност је заснован на погрешној претпоставци да се овим Законом у систем уводи нова врста кривичне санкције, што заправо није случај. Зато се питање ретроактивности и не може покренути, јер се оно поставља само када се новим законом прописују нова кривична дела и нове кривичне санкције⁹. Овакво схватање Уставног суда Србије оправдава и чињеница да примена мере одузимања имовине није субјективног карактера као што је то нпр. казна, тако да она не повређује ничије право, већ њена примена прати искључиво незаконито стечену имовину, имовину несразмерну законитим приходима окривљеног, али има и другачијих схватања.¹⁰

Уставни суд Србије се такође, изјашњавао и о приговору да се мером привременог одузимања имовине крши право на мирно уживање имовине које је гарантовано одредбом члана 58. став 1. Устава и чланом 1. Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода. Овом приликом је заузето схватање да се одузимање незаконито стечене имовине не може сматрати несагласним са уставним гаранцијама права на имовину, управо из разлога што се одредбом чл. 58. ст. 1. Устава јемчи мирно уживање својине и других имовинских права само када су они стечени на основу закона.¹¹ Према схватању Уставног суда Републике Србије трајно одузимање имовине проистекле из кривичног дела је утемељено на идеји правичности, односно на начелу да се криминалном делатношћу не може стећи имовина, тј. да из неправда не може настати право. На тај начин Суд је констатовао да трајно одузимање имовине проистекле из кривичног

9 Решење Уставног суда о одбацивању захтева за оцену уставности и/или законитости (пресуђена ствар) Јус 1632/10. Преузето 15.04.2018. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/7491/?NOLAYOUT=1>

10 Вид. Пресуду ЕСЉП од 09.02.1995. у предмету Велч против Уједињеног краљевства по представци бр. 17440/90, Одузимање имовине проистекле из кривичног дела: Европски суд за људска права – одабране пресуде и одлуке, Савет Европе - Канцеларија у Београду, Беорад, 2013, 317-329.

11 Решење Уставног суда ЈУз-117/09. Преузето 15.04.2018. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/7491/?NOLAYOUT=1>. У прилог наведеном решењу иду и схватања ЕСЉП заузета пресудама у предметима Раимондо против Италије, представка бр. 12954/87, ор. cit. 213-227 и Аркури и остали против Италије, представка бр. 52024/99, ор. cit. 63-70.

дела представља меру *sui generis*, а не новоуведену кривичну санкцију, меру која се не примењује *ad personam*, већ *in rem*.

4. Одузимање имовине проистекле из кривичног дела у упоредном законодавству

У циљу свеобухватног сагледавања места, улоге и значаја специфичне кривичноправне мере *sui generis* – одузимање имовине проистекле из кривичног дела као средства у сузбијању различитих облика и видова криминалитета, потребно је да укажемо и на одређена решења у погледу примене ове имовинске мере у савременом кривичном законодавству. У том смислу смо анализирали законодавства следећих држава:

- 1) Републике Италије,
- 2) Савезне Републике Немачке и
- 3) Сједињених Америчких Држава.

4.1. Република Италија

Осамдесете године 20. века представљале су прекретницу у борби италијанског друштва са организованим криминалитетом. Тада се у кривично законодавство уведе имовинске мере будући да постојећа санкција из члана 240. Кривичног законика – конфискација имовине (која је слична кривичноправној мери одузимања имовинске користи прибављене кривичним делом у законодавству Републике Србије) није постигла задовољавајуће резултате. Наиме, санкција из члана 240. КЗ Италије је представљала одузимање имовинске користи у случају осуде за конкретно кривично дело (факултативно одузимање) из којег је таква корист проистекла.

Наиме, у случају осуде, судија је могао наредити одузимање предмета који су употребљени или су били намењени за извршење кривичног дела или предмета који су проистекли из кривичног дела, као и имовинске користи која је прибављена извршењем кривичног дела (Paoli, 1997: 256). При томе су се разликовали следећи облици ове санкције: 1) традиционална или „обична“ конфискација имовине, 2) „обавезна“ конфискација имовине за чланове мафијашких организација, 3) „проширена“ конфискација имовине и 4) „превентивна“ конфискација имовине (која представља најмоћније средство у борби против мафијашких организација) (Глушчевић, 2015: 114).

У борби против организованог криминалитета 1982. године у Италији је донет тзв. „*Pio la Tore*“ закон. Он је предвиђао заплenu и конфискацију

имовине коју су криминалци и њихови сарадници нелегално стекли како би се осујетила неконтролисана акумулација богатства мафијаша, која углавном мотивише њихове криминалне активности. Према утврђеном поступку, окружни јавни тужилац или шеф полиције били су овлашћени да предлажу одузимање имовине за коју се сумња да је проистекла из кривичних дела. Суд је у сваком конкретном случају одлучивао да ли ће прихватити или одбити такав предлог зависно од процене његове оправданости (Arlacchi, 1984: 91).

Под утицајем „*Pio la Tore*” закона бр. 646/82 дошло је до измена Кривичног законика када је чланом 416 *bis* уведена „обавезна” конфискација имовине у односу на осуђена лица која припадају мафијашкој организацији. Наиме, ставом 5. овог члана у односу на лице које је осуђено за припадност мафијашкој организацији суд је дужан да изрекне конфискацију добара која су послужила или су била намењена извршењу кривичног дела или добара која су цена, производ или профит, као и добара која служе поновном инвестирању профита који је противправно стечен (Paoli, 1997: 256–257).

Интересантно је напоменути да је Уставни суд Италије (*Corte Contituzionale*) у фебруару 1994. године прогласио неуставном одредбу Кривичног законика која је омогућавала одузимање имовине која је несразмерна приходима лица од кога је одузимана. Како би се избегао настали *vacuum legis* донет је Закон бр. 501/94 који је одузимање незаконите имовине учинио обавезним у случајевима изрицања пресуда за кривична дела прописана чланом 416 *bis*: 1) злочиначко удруживање (организације мафијашког типа), 2) изнуда, 3) отмица, 4) лихварство, и 5) прање новца (Мујановић, 2007: 8). Обе имовинскоправне мере – „обична” и „обавезна” конфискација имовине се изричу у редовном кривичном поступку ако се утврди повезаност између имовине коју треба одузети и конкретног кривичног дела.

Међу мерама за сузбијање организованог криминалитета посебан значај има тзв. „проширено одузимање имовине” из члана 12 *sexies* Законског декрета бр. 306 од 08. 06. 1992. године, односно Законског декрета бр. 356 од 07. августа 1992. године (Vittoria De Simone, 2017: 89). За примену „проширеног одузимања имовине” потребно је испуњење следећих услова: 1) осуђујућа пресуда или казнени налог за неко од законом таксативно наведених кривичних дела и 2) диспропорција између укупне имовине (новац, добра и други приходи) који припадају субјекту (директно или путем посредног правног или физичког лица) и пријављеног прихода или привредне делатности коју осуђени обавља уколико не може да докаже њено законито порекло (Vittoria De Simone, 2017: 89). Чланом 12 *sexies*

је такође уведен тзв. „обрнути терет доказивања” чиме се окривљени обавезује да докаже законитост порекла своје имовине.

Специфично решење које познаје италијански законодавац је и „превентивна конфискација имовине” које је уведено 1956. године Законом бр. 423/56 (са новелом Закона бр. 575/65 и Законом DLGS, бр. 159/11) (Глушчевић, 2015: 116). За одлуку о превентивном одузимању имовине се не тражи постојање везе између имовине која се одузима и кривичног дела за које је лице осумњичено, већ је довољно постојање сумње да је осумњичени члан криминалне организације и да применом обрнутог терета доказивања није доказано законито порекло његове имовине.

4.2. Савезна Република Немачка

У Кривичном законнику Савезне Републике Немачке је одузимање имовинске користи предвиђено у VII глави¹², док је поступак за изрицање мере одузимања имовинске користи регулисан одредбама Законика о кривичном поступку СР Немачке¹³. Тако је чланом 73. Кривичног законика прописано да се од учиниоца кривичног дела или саучесника одузима противправно стечена имовинска корист, али и имовина која је добијена продајом, заменом или другим начином отуђења незаконито стечене имовине. Оно што је специфичност немачког система јесте да се ова мера може изрећи независно од постојања осуђујуће пресуде, тако да је за њену примену довољно да је извршено кривично дело (Глушчевић, 2015: 122). Чланом 73а. предвиђено је одузимање новчане вредности у случају када се одређени предмет од учиниоца не може одузети, па се одузима новчани износ у вредности тог предмета. Члан 73ц. КЗ ограничава примену ове мере уколико би она довела до претераних тешкоћа за осуђено лице.

Законом о борби против трговине опојним дрогама и других облика организованог криминала (OrgKG) из 1992. године прописана је мера „проширеног одузимања криминалне добити”. Од тада се, поред примене тзв. „брuto начела” у одузимању имовинске користи стечене извршењем кривичног дела, од окривљеног за кривична дела организованог криминала, може одузети и профит за који се претпоставља да је стечен криминалном делатношћу, а што је потребно претходно доказати (Vettori, 2007: 62; Лајић, 2012: 216). Тзв. „брuto начело” које се односило на могућност

12 Strafgesetzbuch für die Bundesrepublik Deutschland (StGB) донесен 15.05.1871. године, са последњим изменама 26.07.2016. године, преузето 02.05.2018. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>.

13 Strafprozeßordnung (StPo), донесен 12. 09. 1950. године, објављен у верзији од 07. 04. 1987. године, са последњим изменама од 08. 07. 2016. године, преузето 02. 05. 2018. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>.

да се окривљеном лицу за кривична дела организованог криминала могла изрећи и новчана казна у износу целокупне имовине је одлуком Савезног уставног суда укинута као неуставно 2002. године.

Под утицајем Закона о борби против трговине опојним дрогама и других облика организованог криминала (OrgKG) одредбе о проширеном одузимању имовине су унете и у Кривични законик. Тако је одредбом члана 73д. прописано „проширено одузимање имовинске користи”. Применом ове мере се, после правноснажности пресуде, одузимају од учиниоца кривичног дела или других лица која су учествовала у извршењу кривичног дела предмети који су стечени извршењем кривичног дела или су били намењени за извршење кривичног дела, с тим што то не утиче на права трећих лица (оштећеног). Предмет одузимања су предмети који су у време доношења одлуке били у својини учиниоца кривичног дела, уз услов да је учинилац поступао са умишљајем.

У вези са проширеним одузимањем имовинске користи је и тумачење Савезног суда (Bundesgerichtshof) према коме надлежни суд може да изрекне ову меру тек након што процени да се ради о имовини незаконитог порекла (Мујановић, 2007: 7), односно ако процени да ли постоје услови за „редовно” одузимање имовинске користи (Глушчевић, 2015: 124).

4.3. Сједињене Америчке Државе

У супротстављању различитим облицима и видовима криминалитета САД су Савезним законом предвиделе три облика одузимања имовине стечене кривичним делима. То су: а) административно, б) грађанско и в) кривично одузимање имовине.

Административно одузимање имовине је у искључивој надлежности савезних агенција за провођење закона, које се одвија без ангажовања суда, а у већини случајева и без учешћа тужиоца. Административни поступак започиње запленом имовине за коју се на основу „вероватног узрока” сумња да представља приход од извршеног кривичног дела. Након заплене имовине савезна агенција је обавезна да о њој обавести власника такве имовине коме се оставља рок од 60 дана да докаже њено законито порекло. Ова агенција је дужна да обавести и друга заинтересована лица која у року од 30 дана могу поднети имовинскоправни захтев у односу на заплењену имовину. Уколико се у законом предвиђеним роковима нико не јави и не изјави жалбу, агенција доноси Декларацију о одузимању имовине којом заплењену имовину трајно одузима. На овај начин се може одузети имовина која укључује било који износ без обзира на валуту и другу личну имовину до 500.000 долара, осим непокретне имовине (Cassella, 2013: 9).

Други вид одузимања имовине је грађанско одузимање. Претпоставка за овај вид одузимања имовине је постојање претходне кривичне пресуде за учињено кривично дело, при чему се мора утврдити адекватна веза између одузете имовине и извршеног кривичног дела. Поступак грађанског одузимања имовине почиње захтевом Владе за одузимање имовине при чему се излаже правни и чињенични основ за такво одузимање. Обавештење о поднетом захтеву суд је дужан да достави свим заинтересованим странама, које имају рок од 30 дана да такав захтев оповргну. Након тога тужилац је у обавези да одговори на поднети захтев Владе тако што га може прихватити или одбити. У парници надлежни органи Владе су дужни да докажу да је имовина проистекла или да је била намењена извршењу кривичног дела, док трећа лица имају могућност доказивања законитог порекла имовине и њихове невиности. Уколико у томе не успеју, суд доноси одлуку о одузимању имовине у корист државе (Cassella, 2013: 13).

Одузимање имовине у кривичном поступку се изриче у редовном кривичном поступку. Оно представља саставни део пресуде за учињено кривично дело. Ова је мера везана искључиво за одређено кривично дело и његовог учиниоца, па њено изрицање није могуће према трећим лицима. Терет доказивања „порекла” имовине је на тужиоцу који мора доказати да је окривљени имовину стекао у време у коме је учинио кривично дело и да је имовина проистекла баш из тог кривичног дела (Cassella, 2013: 14–15). Из наведеног можемо констатовати да одузимање имовине у кривичном поступку у потпуности одражава елементе кривичноправне мере одузимања имовинске користи у нашем законодавству, док у америчком законодавству не постоји пандан одузимању имовине простекле из кривичног дела, као *sui generis* кривичноправне мере својствене законодавству Републике Србије.

5. Закључак

Од самог почетка примене ЗОИПКД-а из 2008. године упућивани су бројни приговори да се њиме задире у основна људска права, иако је потврђен *sui generis* карактер мере одузимања имовине проистекле из кривичног дела. Стога је примена ове мере увек на клацкалици између потребе за очувањем основних људских права и потребе заштите јавног интереса. Постизање баланса између наведених потреба је задатак судске праксе, који може бити постигнут једино правилним тумачењем одредаба ЗОИПКД-а. С тим у вези, примена наведене мере мора бити рестриктивна и у сваком конкретном случају мора бити у оквирима постојања знатне имовине и очигледне несразмере између такве имовине и законитих

прихода окривљеног. Међутим, чини се да је оваквим законским решењем остављено доста простора за арбитрарност судова.

Свесни чињенице да се оспоравањем одредаба ЗОИПКД-а на први поглед стиче утисак да на изванредан начин бранимо имовину криминалног порекла, ипак не одустајемо да на основу таквог приступа понудимо по нама најважније предлоге „*de lege ferenda*”.

На самом почетку истичемо, да синтагма „имовина проистекла из кривичног дела” није најсрећније решење, будући да у већини случајева окривљени до незаконите имовине није дошао вршењем само једног кривичног дела, већ је она плод једне дуже криминалне активности окривљеног.

Такође, није јасно утврђен однос између кривичног поступка и поступка одузимања имовине. Наведено је посебно изражено током паралелног одвијања кривичног поступка и фаза финансијске истраге или привременог одузимања, док је с друге стране, наведени однос на релацији кривични поступак – трајно одузимање имовине регулисан јасном одредбом ЗОИПКД-а из 2013. године.

У циљу ефикаснијег одвијања поступка одузимања имовине неопходно је јасно одредити временско трајање појединих фаза, као и преиспитати обим и карактер фазе привременог одузимања као константе свих до сада вођених поступака одузимања имовине у Републици Србији. Односно, неопходно је утврдити, да ли је привремено одузимање обавезна фаза поступка или се у појединим случајевима она може прескочити и одмах прећи на трајно одузимање имовине.

У контексту (не)ефикасности поступка одузимања имовине, напомињемо да је у Републици Србији до сада одузета имовина у вредности која премашује више стотина милиона евра, али да је највећи део одузете имовине још увек у фази привременог одузимања, што иде у прилог наведеним предлозима „*de lege ferenda*”, а у одређеној мери и потреби за специјализацијом и професионалнијим приступом правосудних органа.

Листа референци

Arlacchi, P. (1984). *Effects of the new anti-mafia law on the proceeds of crime and on the italian economy*. Bulletin on Narcotics, 4(XXXVI). 91–100;

Cassella, S.D. (2013). *Asset Forfeiture Law in the United States*. Juris Publishing, Inc.] [Electronic version] Преузето 30.04.2018. <http://assetforfeiturelaw.us/wp-content/uploads/2016/10/Chapter-for-Colin-King.pdf>;

Драгичевић Дичић Р. (2017). *Проширено одузимање имовинске користи прибављене кривичним делима у Републици Србији*. У: Мујановић, Е. Датзер, Д. (ур.). *Проширено одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелима-теоријски, међународно-правни и компаративно-правни аспекти*. Сарајево: Центар за истраживање политике супротстављања криминалитету и ЈУ Центар за едукацију судија и тужилаца Федерације БиХ. 108–127;

Глушчевић, Ј. (2015). *Одузимање имовине стечене кривичним делом – докторска дисертација*. Београд: Правни факултет Универзитета Унион;

Грубач, М. (2010). *Одузимање имовине проистекле из кривичног дела*. Гласник Адвокатске коморе Војводине, 1/2010, 34–37;

Илић, Г. Николић, Б. Мајић, М. Мелило, Ђ. (2009). *Коментар Закона о одузимању имовине проистекле из кривичног дела са прегледом релевантних међународних докумената, упоредноправних решења и праксе ЕСЉП*. Београд: ОЕБС Мисија у Србији;

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

Лајић, О. (2012). *Упоредни преглед система за истраживање и одузимање имовине стечене криминалом*. Зборник радова Правног Факултета у Новом Саду, 2/2012, 207-222;

Лајић, О. Жарковић М. (2013). *Улога тзв. пасивних субјеката у реализацији финансијских истрага у Републици Србији*. У: Мијалковић, С. et. al. (ур.). *Супротстављање савременом организованом криминалу и тероризму*. Београд: Криминалистичко-полицијска академија. 203–216;

Мајић, М. (2010). *Одузимање имовине проистекле из кривичног дела*. У: Игњатовић, Ђ. (ур.). *Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања – IV део*. Београд: Правни факултет универзитета у Београду. 252–268;

Мујановић, Е. (2007). *Одузимање илегално стечене имовине*. Сарајево: Transparency international & Open Society Fund;

Paoli, L. (1997). *Seizure and Confiscation measures in Italy: a evaluation of their effectiveness and constitutionality*. European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice, Vol. 3(V). 256–272;

Политика (15.05.2011): *Одузимање имовине пред Уставним судом*, преузето 01.04.2018. [http://www.politika.co.rs/sr/clanak/177344/Hronika/Oduzimanje-
imovine-pred-Ustavnim-sudom](http://www.politika.co.rs/sr/clanak/177344/Hronika/Oduzimanje-imovine-pred-Ustavnim-sudom);

Решење Уставног суда IУз-117/09. Преузето 15.04.2018. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/7491/?NOLAYOUT=1>;

Решење Уставног суда о одбацивању захтева за оцену уставности и/или законитости (пресуђена ствар) Iуc 1632/10 преузето 15.04.2018. <http://www.ustavni.sud.rs/page/predmet/sr-Cyrl-CS/7491/?NOLAYOUT=1>;

Савет Европе – Канцеларија у Београду (2013). *Одузимање имовине проистекле из кривичног дела: Европски суд за људска права – одабране пресуде и одлуке*, Београд;

Strafgesetzbuch für die Bundesrepublik Deutschland (StGB) усвојен 15.05.1871. са последњим изменама 26.07.2016; преузето 02.05.2018. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stgb/gesamt.pdf>;

Strafprozeßordnung (StPo), усвојен 12.09.1950. објављен у верзији од 07.04.1987. године, са последњим изменама од 08.07.2016; преузето 02.05.2018. <http://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/stpo/gesamt.pdf>;

Шкулић, М. (2015). *Организовани криминалитет*. Београд: Службени гласник;

Vettori, В. (2007). *Tough on criminal wealth: exploring the practice of proceeds from crime confiscation in the EU*. Netherlands: Springer Science & Business Media;

Vittoria De Simone, М. (2017). *Имовинско сузбијање организованог криминала у италијанском законодавству*. У: Мујановић, Е. и Датзер, Д. (ур.). Проширено одузимање имовинске користи прибављене кривичним дјелима-теоријски, међународно-правни и компаративно-правни аспекти. Сарајево: Центар за истраживање политике супротстављања криминалитету и ЈУ Центар за едукацију судија и тужилаца Федерације БиХ. 84–97;

Вуковић, И. (2016). *Одузимање имовине проистекле из кривичног дела – европски оквир и српско законодавство*. CRIMEN, 1/2016, 3–32;

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела. Службени гласник РС, бр. 97/08;

Закон о одузимању имовине проистекле из кривичног дела. Службени гласник РС, бр. 32/13 и 94/16;

Законик о кривичном поступку, Службени гласник РС, бр. 72/11, 101/11, 121/12, 32/13, 45/13 и 55/14.

**THE FORFEITURE OF ASSETS DERIVED FROM
CRIMINAL ACTIVITY IN THE LAW OF THE REPUBLIC
OF SERBIA AND COMPARATIVE LEGISLATION**

Miloš Mitrović

PhD student Faculty of Law, University of Niš

Summary

The destructive potential of organized crime crucially influenced most of the contemporary legislation systems to try to provide an efficient mechanism of confronting it by responsible thinking and ensuring a relevant system of measures, resources, actions and authorities. One of these measures is the forfeiture (confiscation) of assets derived from criminal activity. In addition to observing this measure in the historical context and examining the conditions and circumstances of introducing this measure into foreign legislations as well as the legislation of the Republic of Serbia, the author attempts to provide a detailed overview of the existing legal solution by examining the normative approach and providing a critical analysis of the envisaged legal provisions. Namely, in the Republic of Serbia, the measure of confiscation of assets derived from criminal activity is regulated by a special Act of 2013, which replaced the previous Act of 2008, thus eliminating ambiguities and numerous problems in its application. This is a property-related measure which should be distinguished from the measure of confiscating the property gain (proceeds) obtained by committing the criminal act. In the first case, it is the so-called extended forfeiture of assets, featuring a range of distinctive and highly specific legal solutions. For the purpose of comparing the national solutions with the solutions provided in other countries, the author analyzes the specific legal provisions on this measure prescribed in the legislations of: 1) Italy (where this measure was first introduced as an efficient instrument for combating the mafia-related organized crime); 2) Germany (whose criminal legislation serves as a model to a large number of European countries, including Serbia); and 3) the USA (where the forfeiture of assets is envisaged as a measure applicable in administrative, civil and criminal proceedings).

Keywords: forfeiture of assets, extended forfeiture, property gain, criminal law measure, organized crime.

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 27.05.2018.
Рад прихваћен: 11.10.2018.

UDK: 343.13/.15(497.11)

УЛОГА СУДА У УТВРЂИВАЊУ ЧИЊЕНИЦА НА ГЛАВНОМ ПРЕТРЕСУ

Јелена Веселиновић¹

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Кривични поступак Републике Србије базира се на адверзијалној конструкцији главног претреса, где је основна идеја законописца била истискивање начела утврђивања материјалне истине из кривичног поступка. Одвајање процесних субјеката и додељивање измењених улога суду и тужилаштву испоставило се као велики изазов и повукло је са собом низ спорних питања у пракси. На странкама је сада терет доказивања, а задатак суда је да, на основу изведених доказа, стекне уверење о кривичној ствари са степеном извесности. Међутим, аутор ће кроз анализу појединих одредаба ЗКП-а указати да улога суда није остала само на нивоу пасивног посматрача и да је „кроз мала врата“ донекле уведено начело утврђивања материјалне истине. На почетку рада биће речи о чињеницама које се утврђују у кривичном поступку и субјектима који их утврђују, док ће предмет другог дела рада бити промењена процесна улога суда кроз анализу одредаба које се односе на процесну активност суда, уз краћи осврт на праксу судова у нашој земљи.

Кључне речи: утврђивање чињеница, начело материјалне истине, доказна улога суда, адверзијални поступак.

1. Увод

Ступањем на снагу Законика о кривичном поступку² (у даљем тексту: ЗКП) елиминисано је једно од дотадашњих кључних начела у кривичном

1 jelenaveselinovic@yahoo.com.

2 Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013 и 55/2014.

поступку, а то је начело утврђивања материјалне истине. Увођењем адверзијалне конструкције главног претреса, идеја законописца била је да инквизиторно начело истисне из кривичног поступка. Међутим, и поред те идеје, остале су извесне процесне установе, као реликти истражног начела, а то су редукована доказна иницијатива суда у доказном поступку (чл. 15. ст. 4. ЗКП) и одговорност суда за нетачно и непотпуно утврђено чињенично стање, као својеврстан психички притисак на судију да посеже за доказним овлашћењима из страха због сношења управо ове одговорности.

Ове радикалне промене повукле су са собом низ спорних питања у пракси. Одвајањем процесних улога и процесних субјеката, увођењем тужилачке истраге, сужавањем овлашћења суда на главном претресу и проширењем овлашћења одбране у прикупљању доказа, кривични поступак Републике Србије добија изванредан хибридни карактер, имајући у виду да „српско позитивно законодавство уводи спој тужилачке и ‘страначке’ истраге” (Николић, 2014: 37).

Правну конструкцију чињеничног стања, као подлоге за решавање спора, чини уверење суда, које исти стиче на основу доказног материјала. Предмет овог рада биће разматрање улоге суда и његов допринос утврђивању чињеничне основе одлуке кроз сужену доказну активност.

2. Појам и врсте правних чињеница у кривичном поступку

2.1. Појам правних чињеница

Правне чињенице су одређене околности за које правна норма везује настанак, промене и престанак правних односа (Вукадиновић, 2007:164). Утврђивање чињеница може се посматрати са два аспекта: епистемолошког и процесноправног (Ђурђић, 2013: 487). Са епистемолошког становишта утврдити неку чињеницу значи уверити се да чињеница постоји или не постоји. Чињенице се сазнају непосредним опажањем на основу сопственог искуства или посредно, логичким закључивањем. Са процесноправног гледишта, шта се има сматрати утврђивањем чињеница зависи од схватања које се чињенице утврђују у кривичном поступку и од гледишта који субјекти утврђују те чињенице. У кривичном поступку се чињенице утврђују са различитим степеном уверења, зависно од фазе поступка и предмета одлучивања.

2.2. Врсте правних чињеница

Чињенице које се утврђују у кривичном поступку класификују се према њиховој вредности, као и последицама које производе. Поред правних чињеница, у кривичном поступку утврђују се и друге чињенице,

које служе за утврђивање правно релевантних чињеница. Разликују се одлучне чињенице, чињенице-индиције и помоћне чињенице.

У кривичном поступку првенствено се утврђују правно релевантне чињенице – одлучне чињенице. Ово су чињенице на које упућују правни прописи и за које право везује одређене правне последице, јер се на њима темељи примена како материјалног тако и процесног кривичног права. Стога, постоје материјалне и процесне правно релевантне чињенице. Скуп материјалноправних релевантних чињеница чини садржину кривичне ствари и то су све оне чињенице које се односе на општа и посебна обележја основног бића кривичног дела, чињенице које представљају основе за искључење противправности и кривице, као и оне на које кривично материјално право надовезује примену кривичне санкције од којих зависи одмеравање казне. Са друге стране, процесноправно релевантне чињенице су чињенице које се односе на форму извођења појединих кривичнопроцених радњи, као и на постојање претпоставки за вођење кривичног поступка. Могу бити оне које представљају процесне претпоставке и процесне сметње од којих непосредно или посредно зависи судска одлука, али и чињенице на којима се темељи одлука о трошковима поступка, односно, одлука о имовинскоправном захтеву (Дракић, 2012: 228). Скуп материјалноправно релевантних и процесноправно релевантних чињеница, које се утврђују у кривичном поступку о једној конкретной кривичној ствари, заједно чине правно релевантно чињенично стање (Стевановић, Ђурђић, 2006: 224).

Друге чињенице које се утврђују у кривичном поступку, а посредством којих се утврђују одлучне чињенице називају се чињенице-индиције. Више чињеница-индиција чини тзв. ланац индиција. Чињенице помоћу којих се утврђује веродостојност доказних средстава називају се помоћне чињенице.

Оно што разликује чињенице-индиције и помоћне чињенице од одлучујућих чињеница, јесте да прве две нису правно важне, на њих се не примењује непосредно правна норма. У диспозитиву судске одлуке проглашавају се утврђене одлучне чињенице, док се утврђене чињенице-индиције и помоћне чињенице проглашавају у образложењу судске одлуке и служе као логички аргумент на коме се темељи уверење да нека одлучна чињеница постоји или не постоји (Ђурђић, 2013: 478). Скуп свих чињеница, одлучних, индиција и помоћних, представља стање ствари.

3. Субјекти који утврђују чињенице у кривичном поступку

„Утврдити чињенично стање у процесноправном смислу значи установљење у прописаној форми и ауторитативно проглашење од стране за то овлашћеног судског органа у његовој одлуци, постојања или непостојања скупа одређених чињеница, на којима се темељи одлучивање у кривичном поступку.” (Грубиша, 1982: 96) У погледу кривичнопроцесних субјеката који у кривичном поступку утврђују чињенице, постоје два гледишта. Уже, односно, монистичко схватање по коме чињенично стање обухвата само оне чињенице за које је суд, у својој одлуци, закључио да постоје. Ово схватање засновано је на већ поменутој процесноправној дефиницији утврђивања чињеничног стања „...од стране за то овлашћеног судског органа у његовој одлуци...”. Из тога следи да у кривичном поступку чињенице утврђује једино суд. Шире, односно, плуралистичко становиште полази од епистемолошког појма утврђивања чињеница у кривичном поступку, по коме утврдити чињеницу значи уверити се у њено постојање, те у субјекте утврђивања чињеница убраја судске и друге државне органе, странке, па чак и вештаке (Ђурђић, 2013: 484–485).

Процесна улога субјеката који учествују у поступку разликује се у зависности од прихваћеног типа кривичног поступка.

Европскоконтинентални систем карактерише водеће начело утврђивања материјалне истине и активна улога суда на пољу извођења доказа. Суд руководи истрагом и главним претресом и дужан је да по службеној дужности изводи доказе ради потпуног разјашњења кривичне ствари и правилног утврђења чињеничног стања. Суд је „господар” доказног поступка, без обзира на то што странке располажу одговарајућом доказном иницијативом. Одлуку о кривици и кривичној санкцији доноси искључиво суд. На теоријском плану, овом моделу одговара процесноправна дефиниција утврђивања чињеница и монистичко учење, по коме само суд утврђује чињенице у кривичном поступку (Ђурђић, Трајковић, 2013: 120).

У чистом адверзијалном кривичном поступку (англоамерички систем), задатак утврђивања одлучних чињеница је на пороти. Кривични поступак је спор између две супротстављене странке, где пороту чине обични грађани, лаици за правну науку. У англоамеричком типу кривичног поступка, странке су те на које је пребачен терет доказивања, док суд игра улогу немог посматрача, где свако интензивније укључивање судије у извођење доказа представља повреду правила поступка. Судија се ни на који начин не меша у доказни поступак, не наређује извођење, нити изводи доказе. Одлуку о кривици у овом систему доноси порота, док је изрицање конкретне кривичне санкције на суду, уколико порота процени постојање

кривице. На теоријском плану присутно је схватање да је епистемолошка дефиниција утврђивања чињеница довољна, а процесноправна непотребна и да је плуралистичко учење о субјектима који утврђују чињенице одговарајуће.

Ригидност поделе на ова два система полако постаје реликт прошлости, имајући у виду тенденцију присвајања ефикасних решења из једног система у други.

4. Извођење доказа и утврђивање чињеница према одредбама ЗКП-а Републике Србије.

Улога суда у утврђивању истине постала је минорна Закоником о кривичном поступку из 2011. године, где је изостављено из текста закона начело утврђивања материјалне истине. За разлику од решења у ЗКП-у из 2001. године³, према коме су суд и други државни органи имали обавезу да истинито и потпуно утврде чињенице које су од важности за доношење законите одлуке, ЗКП-ом из 2011. године успостављена је превага расправног начела над истражним. Положај судије је знатно измењен. Он треба да постане неутрални „трећи” субјекат у сукобу две странке; арбитар у спору који већ у истрази воде два супротстављена противника: јавни тужилац и окривљени (Грубач, Васиљевић, 2014:68). У адверзијалном кривичном поступку доказна улога, која је некада била подељена између странака и суда, сада је преваљена на странке. Докази се, по правилу, изводе на предлог странака, а не по службеној дужности суда. Принцип истраживања материјалне истине и одговорности судије за утврђено чињенично стање, замењен је страначким поступком, па је и принцип судске одговорности за утврђено чињенично стање замењен принципом одговорности странака. Оптужба је *thesis probandi*, поставка тужиоца, чију истинитост тужилац доказује (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2012: 95). Окривљени има право, не и дужност, да предлаже доказе у прилог својој одбрани. Ако одбрана оцени да оптужба нема доказа, неће се користити правом из чл.15. ст.3. ЗКП-а.

Како власт одлучивања о основаности казненог захтева има искључиво суд, да би утврђене чињенице постале основа судске одлуке, потребно је да уверење о њиховом постојању стекне суд. Суд утврђује чињенице на основу изведених доказа. Обавеза тужиоца јесте да докаже оптужбу и то доказивањем постојања, односно, непостојања чињеница, а

³ Чл. 17. Законика о кривичном поступку (Службени лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Службени гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005,115/2005, 85/2005 – др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон и 72/2009).

да суд стекне уверење о томе са степеном извесности. Чињенице које се не могу са извесношћу утврдити, суд ће тумачити у корист окривљеног, као последица начела *in dubio pro reo*. Из овога се може извести закључак да је суд једини који утврђује чињенице у кривичном поступку, а да остали субјекти само помажу суду да стекне уверење о постојању одлучних чињеница.

4.1. Начело утврђивања материјалне истине

Утврдити материјалну истину у кривичном поступку не значи да ће се увек доћи до сазнања о томе како се неки животни догађај заиста одиграо, јер истина утврђена у кривичном поступку није апсолутна. Истина утврђена у кривичном поступку је релативна категорија, пошто се постојање или непостојање неке чињенице утврђује релативно, извођењем различитих доказа. Тако утврђена истина је и субјективна, јер иста кривична ствар не мора довести до исте одлуке различитих судова (Буха, 2017: 171).

Начело утврђивања истине своди се на дужност суда да у кривичном поступку утврђује истину кроз извођење доказа по службеној дужности. Последица увођења тужилачке истраге и измена процесних улога довела је до битних измена одредаба о главном претресу. Наиме, по узору на *common law* систем централни део кривичног поступка учињен је више адверзаторним са циљем да се утврди истина на основу јавног сучељавања оптужбе и одбране, на које сада пада терет доказивања, а пред потпуно неутралним судом, јер је било неопходно угасити принцип истраживања материјалне истине (Грубач, 2011: 497). Главни претрес је уређен по угледу на амерички акузаторски систем и конципиран као чисто страначки. Суд има обавезу да истинито утврди чињенице, али само на основу доказа које изведу саме странке, нема обавезу да истину истражује по службеној дужности (Ђурђић, Трајковић, 2013: 121). Самим тим, идеја је била напуштање принципа судске одговорности за утврђено чињенично стање и инквизиционе максиме која се огледала у утврђивању чињеница са највишим степеном уверења – истинитости (Илић, 2014: 593).

Међутим, иако ово начело заиста експлиците није предвиђено у тексту новог ЗКП-а, бројне су одредбе којима је ипак „кроз мала врата” донекле уведено начело утврђивања материјалне истине. Ради се о одредбама које овлашћују суд да сам одреди извођење доказа по службеној дужности.

Одредбама које се односе на признање окривљеног у току поступка, прописано је да када окривљени призна да је учинио кривично дело, орган поступка дужан је да и даље прикупља доказе о учиниоцу и кривичном делу само ако постоји основана сумња у истинитост признања или је признање непотпуно, противречно или нејасно и ако је у супротности са другим

доказима⁴, док ако је признање оптуженог да је учинио кривично дело дато на главном претресу, изводе се само докази од којих зависи оцена да ли признање испуњава претпоставке из члана 88. ЗКП-а, као и докази од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције⁵. Приликом оцене налаза и мишљења вештака, чланом 124. ЗКП-а, суд је овлашћен да, по службеној дужности, може наредити да се вештачење понови ако је налаз нејасан, непотпун, погрешан, у противречности сам са собом, или са околностима о којима је вештачено, или се појави сумња у његову истинитост, или ако је мишљење нејасно или противречно. Чланом 350. ст.2. ЗКП-а прописано је да председник већа има овлашћење да на припремном рочишту нареди прибављање нових доказа за главни претрес и без предлога странака, док је трећим ставом овог члана прописано да ако је оптужени признао да је учинио кривично дело, предлагање доказа за главни претрес ће се ограничити на доказе од којих зависи оцена да ли признање испуњава претпоставке из члана 88. овог законика, као и доказе од којих зависи одлука о врсти и мери кривичне санкције. И код овлашћења судећег већа налазимо својеврсну доказну иницијативу, где је чл. 368 ст.1 тач.5. ЗКП-а одређено да судеће веће може извести допунске доказе, уколико оцени да је то неопходно да би се отклониле противречности или нејасноће у изведеним доказима и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Члан 408. ст.2. ЗКП-а, који се односи на допуну и завршетак доказног поступка између осталог даје овлашћење суду да само одреди извођење доказа пре објављивања завршетка главног претреса. Чак и после завршних речи на главном претресу, када су саме странке завршиле своје изношење доказа, или ако у току већања и гласања нађе да је то потребно, суд може да одлучи да се доказни поступак настави, односно да се поново отвори ради извођења још неких доказа.⁶ Чланом 419. ст. 2. ЗКП установљена је дужност суда да на основу савесне оцене сваког доказа појединачно и у вези са осталим доказима изведе закључак о постојању одређене чињенице. Ако до таквог закључка суд не би могао да дође на основу изведених доказа које су му предложили странке, морао би да прибави доказе по својој службеној дужности.

Дужност утврђивања чињеница поверена је искључиво суду, који је дужан да са једнаком пажњом утврди чињенице које терете или иду у корист окривљеном. Имајући у виду новоуведену тужилачку истрагу и одредбе чл. 15. ст. 2. и ст. 3. ЗКП-а, закључује се да суд утврђује чињенице на основу оцене изведених доказа, а које изводи суд на предлог странака.

4 Чл. 88. ЗКП

5 Чл. 394. ст. 3. ЗКП

6 Чл. 414. ст. 1. и 415. ст. 3. ЗКП.

Поставља се питање, да ли је суд дужан, да ради утврђивања чињеница, изводи доказе по службеној дужности, без предлога субјеката којима је поверено управо предлагање доказа.

Одредбама ЗКП-а⁷ прописано је да је чињенично стање погрешно утврђено када је суд неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања погрешно утврдио, а непотпуно је утврђено када неку одлучну чињеницу која је предмет доказивања није утврдио. Овде видимо контрадикторност у одредбама ЗКП-а. Наиме, суд је најпре одредбом ослобођен дужности утврђивања чињеничног стања и самог утврђивања истине у кривичном поступку, док се одредбом чл. 440. ЗКП-а враћа та одговорност суду. Жалбени разлог из чл. 440. Законика о кривичном поступку представља класичан основ побијања пресуде због огрешења о начело истине, јер „погрешно или непотпуно утврђено чињенично стање” представља ништа друго до неистинито чињенично стање, односно, неутврђену истину у кривичном поступку (Шкулић, Илић, 2012: 127). Тако да, када повежемо одредбе чл. 440. и чл. 15. ст.3. ЗКП-а (којом је одређен карактер доказног поступка) долази до конфузне ситуације, из које законописац не прописује излаз. Имајући у виду напред речено, закључујемо да су законописци, тиме што су задржали одговорност суда за утврђивање чињеничног стања, створили реалну опасност да ће судије запасти у моралну дилему кад год закључе да је доказни материјал мањкав (Ђурђић, 2013:80).

4.2. Члан 15. ст. 4. ЗКП-а

Суд изузетно може одредити извођење појединих допунских доказа, али не у циљу утврђивања истине, већ само ради отклањања противречности или нејасноћа у већ изведеним доказима. Оваква законска регулатива садржана је у чл. 15 ст. 4. ЗКП-а. То је кључна одредба која „на малигни начин тешко инфицира и трује цео текст Законика из 2011. године” (Шкулић, Илић, 2012: 76). Уз испуњење услова да суд оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио, суд је овлашћен да супсидијарно изводи доказе по службеној дужности. Суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или може, изузетно, сам одредити да се такви докази изведу. Према Коментару (Илић *et al*, 2012: 105), овлашћење суда да предложи или сам одреди извођење додатних доказа, служи да би се отклониле искључиво фрагментарне недоречености или недоследности, а не и предмет оптужбе у целости. Из саме одредбе је првенствено нејасно у којој форми судија даје налог странкама. Да ли је судија испунио дужност и неформалним сугерисањем, или је потребно унети налог на записник

⁷ Чл. 440. ст. 2. ЗКП.

о главном претресу, као процесно засведочење. А потом долази на ред питање колико је та одредба делотворна, узимајући у обзир да не постоји процесно средство којим се странке могу „принудити” да поступе по налогу суда, и да ли је ова врста ауторитативног императива заиста неопходна. Поставља се питање, шта би се десило у ситуацији када би странке одбиле да поступе по налогу; да ли ће судија онда предузети извођење доказа по службеној дужности из страха од жалбе због непотпуног или погрешно утврђеног чињеничног стања.

Саставни део одредбе је и стандард „изузетно”. Наиме, суд је овлашћен да „изузетно” посеже за својим доказним овлашћењима. Оправдано се истиче да, по логици ствари, а узимајући у обзир могућност странака да се жале на погрешно, односно, непотпуно утврђено чињенично стање, суд ће, као орган одговоран за своју пресуду, бити заинтересован да она опстане у ожалбеном поступку, те ће у кривичном поступку тежити да се утврди потпуно и тачно чињенично стање, односно, да се утврди истина (Шкулић, 2013: 507). Таква обавеза могла би да наведе суд да често и непотребно посеже за доказном иницијативом. Посебно се отвара питање какав је третман доказа који је суд извео по службеној дужности, а за који се, након извођења, утврди да иде на штету одбране. Др Мајић у таквој ситуацији, када је суд у „доброј вери” извео доказ по службеној дужности у корист окривљеног, сматра да употреба овог доказа у осуђујућој пресуди нарушава основно правило доказивања, да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу и да се не би могао употребити као подлога осуђујуће пресуде.⁸

И можда највећа енигма, ако је утврђивање чињеничног стања у искључивој диспозицији странака, чему онда могућност да странке оспоравају непотпуност чињеничне основе за коју су оне одговорне. Док, са једне стране поједини аутори сматрају да је опстајањем овог жалбеног основа законодавац утемељио легитимацију суда да настоји да, заједно са странкама, утврди истинитост одлучних чињеница (Илић, 2015: 601), са друге стране стоји теза о контрадикторности самог ЗКП-а у већини одредаба (Шкулић).

Повезаћемо ову одредбу са чл. 16. ст.2. и 4. ЗКП-а, којима је прописано да одлуку којом пресуђује кривичну ствар „суд може засновати само на чињеницама у чију је извесност уверен”, пошто претходно „непристрасно оцени изведене доказе”. Међутим, обавезу суда на утврђивање чињеница са степеном извесности не треба поистовећивати са утврђивањем истине. Своје уверење о извесности постојања неке чињенице, суд заснива само

⁸ Разумевање чл. 15. ст. 4. ЗКП, преузето: 25.05.2018. године, <http://misamajic.com/2015/09/29/razumevanje-clana-15-stav-4-zkp/>.

на доказима. У адверзијалном поступку, доказе на главном претресу изводе једино странке. Суд није дужан да изводи доказе по службеној дужности у случају да странке не изведу довољно доказа. Чланом 16. ст. 5. ЗКП-а је управо и решен тај проблем, те ће сумњу у погледу чињеница од којих зависи вођење кривичног поступка, постојање обележја кривичног дела или примена неке друге одредбе кривичног закона, суд у својој одлуци решити у корист окривљеног, дакле применом правила *in dubio pro reo*. Управо из овог разлога, наметање обавезе суду да постојање сваке чињенице утврђује са степеном извесности не значи истовремено и обавезу суда да потпуно и истинито утврђује чињенично стање, јер „омеђено страначким доказима, судијско уверење дели судбину намере странака и њихове способности да докажу истину” (Ђурђић, 2015: 79).

4.3. Примери неуједначене судске праксе

Проблем неуједначене судске праксе и различитог тумачења и примене права постоји и у примени одредбе чл. 15. ст. 4 ЗКП-а.

Апелациони суд у Крагујевцу је у једној од пресуда заузео став да *самоиницијативно извођење доказа, од стране суда, који би могао штетити окривљеном, значило би да суд на себе преузима функцију доказивања оптужбе, а што није допуштено и у директној је супротности са принципом судијске непристрасности.*⁹

9 Решење Вишег суда у Нишу, Кж. 305/2014 од 22.4.2014. године. Из образложења: „Образлажући своју одлуку да окривљеног ослободи од оптужбе првостепени суд, између осталог, наводи да се извршеним вештачењем није могло утврдити да ли је повреда коју је оштећени критичном приликом задобио могла бити нанета ударцем пластичном гарнишном, с обзиром на то да се вештак о томе није изјашњавао, због чега је суд сходно члану 16. став 5. Законика о кривичном поступку (даље: ЗКП) узео да повреда коју је оштећени критичном приликом задобио није могла настати ударцем описаног предмета.

Чланом 15. став 2. ЗКП прописано је да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу, док је чланом 15. став 4. ЗКП предвиђено да суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одреди да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Имајући у виду да из списка предмета произилази да је медицинско вештачење било непотпуно, с обзиром на то да не садржи изјашњење вештака у погледу чињенице да ли је повреда оштећеном могла да буде нанета ударцем пластичном гарнишном и да ли је наведени предмет са карактеристикама представљеним у оптужном акту могао да представља средство подобно да тело тешко повреди, према налазу другостепеног суда било је нужно у току доказног поступка извођењем допунског вештачења утврдити наведене чињенице. Пропуштање првостепеног суда да у таквој ситуацији наложи странкама у поступку да предложе допунски доказ или да сам по службеној дужности одреди да се такви докази изведу ради разјашњења наведене чињенице, у конкретном случају резултирало је тиме да суд није на поуздан начин утврдио одлучне чињенице које се односе на то да ли је противправно

Виши суд у Нишу је у једном од случајева заузео супротан став да, *уколико је нејасан налаз и мишљење вештака, суд ће по службеној дужности на основу члана 15. став 4. Законика о кривичном поступку одредити да се вештачење понови кад оцени да није утврдио којим средством је оштећеном нанета телесна повреда, пошто се ради о чињеници од које зависи утврђење обележја кривичног дела.*¹⁰

Док Апелациони суд у Крагујевцу, у духу адверзијалног поступка, изричито забрањује мешање суда у доказни поступак, сасвим супротан став примећујемо у пракси Вишег суда у Нишу. Виши суд у Нишу је у другостепеном поступку оценио да је у питању пропуст првостепеног суда, који је донео ослобађајућу пресуду због недостатка доказа да је окривљени учинио кривично дело које му се ставља на терет. Наиме, у конкретном случају, Основно јавно тужилаштво је окривљеном ставило на терет nanoшење тешке телесне повреде другом лицу средством описаним у оптужном акту и вештачење повреда је рађено у односу на тај предмет. У међувремену, тужилац је прецизираним оптужним актом изменио средство извршења дела и у односу на новонаведено средство поступање окривљеног било у узрочно-последичној вези са телесним повредама које је задобио оштећени.”

10 Решење Вишег суда у Нишу, Кж. 305/2014 од 22.4.2014. године. Из образложења: „Образлажући своју одлуку да окривљеног ослободи од оптужбе првостепени суд, између осталог, наводи да се извршеним вештачењем није могло утврдити да ли је повреда коју је оштећени критичном приликом задобио могла бити нанета ударцем пластичном гарнишном, с обзиром на то да се вештак о томе није изјашњавао, због чега је суд сходно члану 16. став 5. Законика о кривичном поступку (даље: ЗКП) узео да повреда коју је оштећени критичном приликом задобио није могла настати ударцем описаног предмета.

Чланом 15. став 2. ЗКП прописано је да је терет доказивања оптужбе на тужиоцу, док је чланом 15. став 4. ЗКП предвиђено да суд може дати налог странци да предложи допунске доказе или изузетно сам одреди да се такви докази изведу, ако оцени да су изведени докази противречни или нејасни и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Имајући у виду да из списка предмета произилази да је медицинско вештачење било непотпуно, с обзиром на то да не садржи изјашњење вештака у погледу чињенице да ли је повреда оштећеном могла да буде нанета ударцем пластичном гарнишном и да ли је наведени предмет са карактеристикама представљеним у оптужном акту могао да представља средство подобно да тело тешко повреди, према налазу другостепеног суда било је нужно у току доказног поступка извођењем допунског вештачења утврдити наведене чињенице. Пропуштање првостепеног суда да у таквој ситуацији наложи странкама у поступку да предложи допунски доказ или да сам по службеној дужности одреди да се такви докази изведу ради разјашњења наведене чињенице, у конкретном случају резултирало је тиме да суд није на поуздан начин утврдио одлучне чињенице које се односе на то да ли је противправно поступање окривљеног било у узрочно-последичној вези са телесним повредама које је задобио оштећени.”

није предложио допунско вештачење. Изведени докази у конкретном случају нису били нејасни и противречни, вештак се није изјашњавао на околност да ли је повреда могла настати предметом који је наведен у прецизираном оптужном акту тужилаштва. Неспорно је да је чињеница којим је предметом нанета повреда оштећеном остала неутврђена, али улога суда у адверзијалном поступку није да трага за истином и утврђивање ове чињенице није био његов задатак, јер би на тај начин радио посао тужилаштва. Улога суда је да, на основу изведених доказа, који у овом случају нису били нејасни и контрадикторни, донесе одлуку, те је доношење ослобађајуће пресуде била исправна одлука поступајућег судије. Оно што ствара забуну јесте да ли услови из ове одредбе треба да се тумаче кумулативно „...ако су изведени докази противречни или нејасни” као један услов, и други „...и да је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио”. Језичким тумачењем, узимајући у обзир да законописац користи везник „и”, јасно је да се ради о кумулативно постављеним условима. У конкретном случају, стоји да кривична ствар није свестрано расправљена и то је неспорно, али изведени докази нису били ни противречни, а још мање нејасни. Јасно је да је у наведеном примеру реч о извођењу допунског доказа, који није могао да „промакне” странкама, а посебно не тужиоцу, који је у својој оптужби навео предмет којим је дело извршено, а остао је пасиван када је требало доказати ту тврдњу. Неактивност или неспособност тужиоца у конкретном случају резултирала су пребацивањем његовог задатка у крило суда. Поред тога, очигледно је да извођење овог доказа никако није било у корист окривљеног, те је оваквим ставом грубо повређено право окривљеног на правично суђење.

5. Закључак

Законик о кривичном поступку из 2011. године уређен је по узору на англоамерички адверзијални модел поступка по принципу строго формалне јавнотужилачке истраге. Критика која се упућује адверзијалном кривичном поступку јесте да истина до које се долази не представља највећи степен извесности, с обзиром на то да њено доказивање није више задатак све три стране, већ само тужиоца и одбране. Истина зависи од искључиве воље странака у поступку да је докажу. Како поједини аутори (Грубач, Васиљевић) истичу, у адверзијалном поступку, окривљени остаје без једног субјекта који је вршио његову материјалну одбрану, што понекад може бити и у супротности са општим интересима, јер ће кривична санкција много чешће моћи да погоди грађанина који није успео да се у кривичном поступку ефикасно одбрани од оптужбе, и обрнуто, санкција

би могла да изостане према стварном кривцу ако његова одбрана „победи” тужиоца.

Чланови Комисије за праћење примене и спровођење новог ЗКП-а¹¹, као и део аутора, истичу да не постоји ниједан једини разлог, сем теоријски, да се суду не омогући да своје одлучивање заснива на истинитим чињеницама, које су од важности за доношење законите одлуке и да му се због тога чланом 15. ЗКП-а омогући да и поред тога што је терет доказивања оптужбе на јавном тужиоцу, може да изведе доказе којима се истините чињенице утврђују, а ако такве доказе нису извеле странке и ако оцени да су изведени докази нејасни, противуречни или у супротности са другим доказима, а када је то неопходно да би се предмет доказивања свестрано расправио. Шкулић посебно истиче процесну неједнакост странака у поступку, додајући да у нашем праву није предвиђена обавезна стручна одбрана у свим случајевима, те насупрот окривљеног – лаика, имамо јавног тужиоца који познаје право и који је у много већој предности.

Ако бисмо изменили постојеће одредбе и дали већу улогу председнику већа, односно већу, онда би суд преузео задатак тужиоца, јер би био дужан да изводи све доказе у циљу утврђивања извесности чињеница, односно свестраног расветљења предмета доказивања, тако да би поред оних који иду у корист одбране, изводио и доказе који су на штету окривљеног. Тиме бисмо пореметили сада успостављену процесну равноправност страна. Наиме, сматрамо да тренутна процесна позиција, у светлу права на правично суђење, заиста представља „једнакост оружја”. Оно што олакшава позицију окривљеног јесу презумпција невиности и примена правила *in dubio pro reo*, која спадају у правила која омогућавају „предност одбране” (*favor defensionis*). Ради се о правилима кривично процесног права, која дају одређене предности окривљеном у односу на јавног тужиоца. Циљ ових начела је уравнотежење процесног положаја окривљеног у односу на почетну правну и фактичку неједнакост међу кривичнопроцесним странкама. Применом ових правила отежава се задатак јавног тужиоца.

Неосновано и непотребно извођење доказа по службеној дужности, било би супротно адверзијалном поступку и довело би до битне повреде одредаба кривичног поступка из чл. 438. ст. 2. тач. 3. ЗКП-а. Питање које се поставља јесте – где је граница процесне активности суда у доказном поступку. Судија и судеће веће ће у сваком случају страховати од укидања пресуде, што због битне повреде одредаба кривичног поступка (ако изведу доказе за које се сматра да их је суд неосновано и непотребно извео) или

11 Извештај Комисије за праћење примене и спровођења новог ЗКП-а за период од 4.11.2013. до 31.01.2014. године.

због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања (ако је суд остао „превише пасиван” у доказном поступку).

Резимирањем целокупне улоге суда, увиђамо да су овлашћења суда пре главног претреса у погледу утврђивања чињеница и извођења доказа, скоро па у потпуности искључена. Суд је постао својеврсни контролор истраге, али без истражних овлашћења, већ само кроз улогу судије за претходни поступак или, како га негде зову, и „судија за људска права”. Дакле, има овлашћења приликом одлучивања о притвору и другим мерама и забранама када тужилац или овлашћена службена лица својим радњама прете да угрозе слободе и права грађана, чиме се обезбеђује законитост тако прикупљених доказа.

Судија на главном претресу више нема доказну иницијативу, али остаје одговорност за донету пресуду. За разлику од англоамеричког система у коме судија и порота деле ту одговорност, у нашем систему улога судије знатно је отежана одузимањем учествовања у истраживању материјалне истине, али остављањем велике одговорности по питању утврђивања кривице и кривичне санкције ако се утврди постојање исте.

Са становишта оспособљености и савести судија и странака у поступку, измењена улога на главном претресу представља велики изазов. Судије тешко прихватају да су сада неутрална страна, „неми” посматрач који се стара о поштовању и остваривању права учесника у поступку. Суд више није суверени и неприкосновени господар доказног поступка. Почетак примене тужилачке истраге вукао је са собом реликте свести судије који трага за истином. Контрадикторности у самом ЗКП-у додатно отежавају положај судије, а посебно питање одговорности суда за утврђено чињенично стање.

Листа референци

Буха, М. (2017). *Начело слободне оцјене доказа у кривичном поступку Републике Српске*, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци. 159–179;

Дракић, Д. (2012). *Судско утврђивање чињеница у кривичном поступку – успостављање стварности извршеног дела*. Анали Правног факултета у Београду. 1(LX). 224–243;

Ђурђић, В. (2013.) *Утврђивање чињеница у кривичном поступку*. Правна ријеч. 37/2013. 475–488.

Ђурђић, В. (2015). *Перспектива новог модела кривичног поступка Србије*. Журнал за криминалистику и право. 2(XX). 71–95;

Ђурђић, В. Трајковић, М. (2013). *О истини у кривичном поступку*. Зборник радова правног факултета у Нишу, 65(LI). 111–127;

Грубач, М. Васиљевић, Т. (2014). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Пројурис;

Грубиша, М. (1982). *Што значи у процесноправном смислу утврдити чињенично стање и тко га утврђује у кривичном поступку*. Наша законитост, бр. 6/1982. 91–110;

Илић, Г. Мајић, М. Бељански, С. Трешњев, А. (2012). *Коментар Законика о кривичном поступку*. Београд: Службени гласник;

Илић, И. (2014). *Реперкусије измењених процесних улога на утврђивање чињеница у кривичном поступку*. Зборник радова Правног факултета у Нишу, 68(LIII). 585–604;

Илић, И. (2015). *Утврђивање чињеница у адверзијалном кривичном поступку и суђење у разумном року*. У: Бејатовић, С. (ур.). *Суђење у разумном року и други кривичноправни инструменти адекватности државне реакције на криминалитет*, Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу, 591–605;

Разумевање чл. 15. ст. 4. ЗКП, преузето: 25.05.2018. године, <http://misamajic.com/2015/09/29/razumevanje-clana-15-stav-4-zkp/>

Стевановић, Ч. Ђурђић, В. (2006). *Кривично процесно право – општи део*, Ниш: Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу;

Шкулић, М. (2013). *Начело истине и основна доказна правила у новом ЗКП-у*. Правна ријеч, 37/2013. 489–513;

Шкулић, М. Илић, Г. (2012). *Реформа у стилу „Један корак напред – два корака назад“*, Београд: Удружења јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије;

Вукадиновић, Г. (2007). *Теорија државе и права*. Нови Сад: Футура публикације;

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

Законик о кривичном поступку, Службени лист СРЈ, бр. 70/2001 и 68/2002 и Службени гласник РС, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 – др.закон, 49/2007, 20/2009 – др. закон и 72/2009;

THE ROLE OF THE COURT IN DETERMINING THE FACTS IN CRIMINAL PROCEEDINGS

Jelena Veselinović

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The current Criminal Procedure Code of the Republic of Serbia eliminated the principle of truth, which was one of the most important principles in the former Criminal Procedure Code. By introducing the adversarial criminal trial proceedings, the legislator's guiding conception was to remove the investigative principle from criminal proceedings. In spite of this conception, there are remaining relics of the inquisitorial principle, which are reflected in legal provisions pertaining to the significantly reduced initiative of the court to adduce evidence ex officio. Establishing a clear distinction between the procedural subjects and the assignment of distinctive roles to the court and the prosecutor turned out to be a great challenge and raised a series of disputable issues in practice. The legislator adopted the adversarial criminal procedure from the Anglo-American legal system but retained the judicial authority to establish the offender's guilt (culpability) and to impose criminal sanctions. Unlike the Anglo-American system, where the judge and the jury share the responsibility for the final judgment, in our system the judge bears a considerably heavier burden. As an entity that has been deprived of the capacity to participate in the investigation of material truth but given great responsibility in establishing guilt and deliberating on criminal sanctions, judges often face a moral dilemma concerning the scope of the using already reduced initiative to adduce evidence ex officio. The lack of a clear answer to this question is confirmed by the inconsistent practice of domestic courts.

Keywords: fact-finding, the principle of material truth, probative role of the court, adversarial procedure.

ИСТУПАЊЕ ИЗ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА¹

Исидора Митић²

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Предмет овог рада јесу околности у којима члан друштва са ограниченом одговорношћу може и на који начин вољно прекинути члански однос у друштву. У раду се тумаче законом прописани основи за иступање члана из друштва према одредбама важећег Закона о привредном друштвима, и том приликом се представљају садашњи проблеми из праксе. Такође, анализирају се одређене ситуације из праксе у којима су примењени законски разлози за иступање члана из друштва, уз осврт на раније регулисање наведених ситуација у претходним законима који су регулисали ову област.

Кључне речи: Закон о привредним друштвима, ЗПД иступање, прекид својства члана, друштво са ограниченом одговорношћу, оправдани разлози.

1. Увод

Друштво са ограниченом одговорношћу³ се поред чињенице да спада у друштва капитала, због доминантности карактеристика овог типа привредног друштва, може сматрати и друштвом лица зато што садржи одређене елементе те врсте друштва у знатно мањој мери. Наиме, наведено и јесте разлог због кога неки аутори представљају друштво са ограниченом

1 Чланак представља резултат истраживања у сарадњи са Привредним судом у Нишу (евиденциони број: VIII Су. Бр. 44/2018-15), на основу одобрења Привредног суда у Нишу по захтеву Правног Факултета Универзитета у Нишу.

2 miticisidora@gmail.com.

3 Чл. 139 Закон о привредним друштвима (Службени гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. закон и 5/2015).

одговорношћу као друштво капитала са одређеним елементима друштва лица. С тим у вези, може се закључити да се поједине одредбе које су карактеристичне за друштва лица, примењују и у овим привредним друштвима.

Уколико се изврши упоређивање између законских могућности престанка чланства, између друштва капитала⁴ и друштва лица⁵, може се уочити да у друштву са ограниченом одговорношћу у односу на акционарско друштво⁶, као други облик друштва капитала, постоје веће могућности за престанак чланског односа. Разлог за то ја тај што се из друштва капитала због велике везаности за друштво путем акција, које су важан део основног капитала друштва, чланство може прекинути само и једино путем преноса акција на друго лице. Са друге стране Законом о привредним друштвима предвиђене су много шире могућности за престанак чланства, како вољног тако и против воље члана, о чему ће касније бити више речи.

2. Начини престанка својства члана у друштву

Члан друштва са ограниченом одговорношћу може изгубити свој статус на различите начине. Вољни престанак чланства у пракси се најчешће врши путем преноса удела на друго лице (у поступку слободног преноса или преноса уз право стицања удела од стране друштва и других чланова), као и иступањем члана из друштва (Васиљевић, 2017:91). Док са друге стране, противно вољи члана, чланство у друштву престаје приликом искључења члана из друштва (Арсих, Марјански, 2013:184).

Када се говори о законом предвиђеним разлозима за престанак чланских односа у друштву⁷, у њих спадају: 1) смрт, ако је члан физичко лице, односно брисањем из одговарајућег регистра, ако је члан правно лице; 2) иступањем из друштва; 3) искључењем из друштва; 4) преносом целокупног удела; 5) повлачењем и поништењем целокупног удела.

2.1. Основи за иступање члана из друштва

Законом о привредним друштвима, прописано је да постоје две правне могућности за иступање члана из привредног друштва. Прва ситуације је

4 Чл. 186 ЗПД.

5 Чл. 137 ЗПД.

6 Чл. 245 ЗПД.

7 Чл. 186 ЗПД.

она у којој члан друштва не потражује од друштва накнаду за свој удео⁸, док је друга у којој члан захтева накнаду⁹. Наведене две ситуације се разликују у томе што се у првом случају не захтева постојање оправданог разлога за иступање, док је у другом неопходно да постоји оправдани разлог за иступање члана из привредног друштва. Такође, важно је напоменути да у другој ситуацији иступање може бити спроведено на основу одлуке скупштине друштва али и на основу судске одлуке¹⁰.

Законско право члана представља могућност иступања из друштва у свако доба, без обавезе навођења разлога за иступање, ако не захтева накнаду за свој удео. Међутим, ово правило има изузетке који су законом предвиђене ситуације, у којима иступање није могуће (нпр. ако члан има неизмирене обавезе према друштву по основу неуплаћеног, тачније неунетог улога у друштву или по основу додатних уплата, у случају када би друштво због иступања члана претрпело штету или би иступањем члан друштва избегао примену правила о поштовању посебних дужности¹¹).

Очигледан је пропуст да се законом јасно регулише поступак иступања из друштва када иступајући члан не захтева исплату накнаде, што за последицу може имати озбиљне проблеме у пракси. Поставља се питање да ли се ова празнина мора попунити применом правила која се користе у поступку иступања када члан захтева накнаду за удео. Наиме, након подношења захтева¹² скупштини за иступање из друштва, у пракси се могу јавити две одлуке, а самим тим и две ситуације. Прва, уколико скупштина усвоји захтев, усвајајућа одлука биће основ престанка својства члана у друштву и друга, уколико скупштина одбије захтев, или ако се не изјасни о захтеву у прописаном року, основ за престанак својства члана представља правоснажна судска одлука која је донета на основу тужбе иступајућег члана друштва.

Са друге стране, ЗДП препознаје ситуацију у којој члан друштва захтева иступање из друштва уз право на накнаду за удео. Као у претходном случају иступање се може спровести на основу скупштинске одлуке или из оправданог разлога на основу правоснажне одлуке суда. Важно је истаћи да постоје нарочито оправдани законом прописани

8 Чл. 187 ЗПД.

9 Чл. 188 ЗПД.

10 Закон о привредним друштвима (Службени гласник РС, број 125/04) по први пут уводи систем судског искључења. Док је Законом о предузећима из 1994. године био предвиђено само искључење члана из друштва одлуком скупштине.

11 Чл. 187 ст. 2 ЗПД.

12 Чл. 189 ЗПД.

разлози који представљају правно ваљан основ за подношење захтева за иступање (Шогов, Радоман, 2007:109). Тако ЗПД таксативно набраја ситуације у којима се сматра да постоје оправдани разлози због којих члан може да иступи из привредног друштва: 1) ако му један или више осталих чланова или друштво својим радњама или пропуштањем проузрокује штету, или ако је очигледно да ће таква штета, према редовном току ствари, наступити; 2) ако је у значајној мери онемогућен да остварује своја права у друштву; 3) ако му друштво намеће несразмерне обавезе. Ставом 3 истог члана прописује се отворена клаузула којом се отвара простор за коришћење других оправданих разлога за иступање из друштва предвиђених оснивачким актом, што представља додатну повољност за члана друштва. У поступку пред судом, не сме се ценити оправданост разлога који су цитирани у закону или оснивачком акту, већ се само сме утврђивати постојање оправданог разлога¹³.

Када се говори о првом Законом предвиђеном разлогу¹⁴ за иступање а који се односи на проузроковање штете, она може бити већ причињена или уколико је очигледно да би она настала према редовном току ствари. С обзиром на то да се посебно не прописује обим штете који је потребно нанети, не може се свака штета сматрати довољним разлогом за иступање. Такође, законом се не прописује ни потребан степен кривице за проузроковање штете, због чега се може тумачити да је довољно ако је штета резултат обичне непажње (Марјански, 2016:120–143). Наведени пропусти законодавца теже ка тумачењу да штета може бити и резултат обичне непажње, што није случај јер је сврха овог института да се утврди постојање такве штете која онемогућава даљи наставак чланског односа у друштву. Законом је прописано правно средство оштећеног у погледу права на накнаду штете, али се не остварује путем истицања захтева за накнаду штете, већ захтева за исплату накнаде за удео, због чега се право на накнаду штете коју је члан друштва претрпео чињењем или нечињењем друштва, може остварити искључиво тужбом у посебној парници.

13 На основу информација добијених од стране Привредног суда у Нишу, након обраде статистичких података, може се закључити да је разлика у броју покренутих поступака у периоду од 2009. године до 2017. године веома различита. Наиме након увођења јасних разлика које се огледају у трошковима и дужини трајања као и исходу самих предмета покренутих пред надлежним судом, број поднетих тужби након 2011. године почиње да видно опада. На основу тога се може закључити да се бира други начин, односно интерни поступак за иступање из друштва.

14 Чл. 188 ст. 2 тач. 1 ЗПД.

Ситуација у којој члан друштва постаје у значајној мери онемогућен да остварује своја законска права у друштву,¹⁵ представља други законом предвиђени оправдани разлог за иступање члана из привредног друштва. У конкретном случају неопходно је да члан буде „у значајној мери онемогућен” у остваривању својих права у друштву. За повреду није од значаја да ли је члан онемогућен да остварује своја управљачка (корпоративна) или имовинска права¹⁶. Последица повреде управљачких права са једне стране, представља значајно онемогућавање члана друштва да утиче на доношење одлука у друштву (повреда права гласа, права на информисање, права на исплату добити након доношења одлуке о расподели исте), док се са друге стране повреда имовинских права најчешће повезује са наступањем штете.

Није искључено да се испуни више од једног оправданог разлога, попут проузроковања непосредне штете члану друштва и онемогућавања вршења чланских права. Међутим, треба правити разлику између спречавања члана да своја права остварује на законом одређен начин и спречавању члана да користи законом предвиђена чланска права. Како се моћ чланова друштва одређује њиховим процентуалним учешћем у основном капиталу друштва са ограниченом одговорношћу, закључујемо да је утицај мањинског члана незнатан. Наиме, мањински члан је кроз остваривање права гласа онемогућен да произведе већи утицај приликом доношења одлука у друштву, али сама чињеница да мањински акционар има право гласа доказује да не постоји спречавање члана у остваривању његових права и поред тога што он на тај начин не врши значајан утицај на одлучивање. У складу са наведеним велика је улога суда приликом оцене постојања оправданог разлога, јер суд мора водити рачуна да не дође до злоупотребе права на иступање.

Трећи законом предвиђени оправдани разлог за иступање члана из друштва је када се члану друштва намећу несразмерне обавезе¹⁷. Оно што се одмах може уочити је недореченост законодавца приликом дефинисања последњег разлога. Наметање правно ваљане обавезе, од стране скупштине надзорног одбора или директора друштва, што би за последицу имало испуњење трећег разлога, није у целости јасна (Шоргов, 2009:80–89). Нпр. неће се сматрати несразмерном обавезом која је наметнута члану, уколико члан има обавезу уплате улога (вршењем додатних уплата) које

15 Чл. 188 ст. 2 тач. 2 ЗПД.

16 Имовинским правима сматрају се: право учешћа у добити друштва (дивиденда), право првенства у стицању нових удела у друштву од стране постојећих чланова друштва, право располагања уделима, право учешћа у расподели ликвидационе или стечајне масе. Наведена права зависе од величине удела члана у друштву.

17 Чл. 188 ст. 2 тач. 3 ЗПД.

је сам преузео, друштво ће га обавестити због неизвршења такве обавезе у целости, захтевајући да је изврши. Са друге стране, ако би скупштина, надзорни одбор или директор дали члану правно неоснован захтев, према Закону члан има право да захтев одбије и не поступи у складу са њим, због чега друштво нема право да га принуди да такав захтев изврши. Дакле, може се закључити да пропуст законодавца да термин наметање у даљем тексту прецизније одреди као последицу има стварање великих проблема и различитих тумачења у пракси.

Због малог броја законом предвиђених разлога постоји могућност да се исти одреде оснивачким актом. Ово представља предност јер се том приликом могу предвидети и други разлози који се имају сматрати оправданим за иступање. Наведено представља предност јер у случају покретања судског поступка, суд не може да цени да ли су наведени разлози оправдани, већ само да ли су се исти остварили.

Узевши у обзир донете пресуде из упоредне судске праксе може се закључити да постоје три извора за стварање оправданог разлога. Као први јављају се лични разлози (пресељење у иностранство, болест), као други јесу односи са осталим члановима друштва (сукоб са члановима у вези пословања друштва) и као трећи разлог јесте само пословање друштва (промене сврхе пословања).

2.2. Изузеци – случајеви у којима закон не допушта иступање из друштва

Ситуације у којима није допуштено иступање из привредног друштва, наведене су таксативно у Закону¹⁸. Иступање није допуштено уколико: (1) члан има неизмирене обавезе према друштву а на основу неунетог улога у друштву, односно на основу додатних уплата, (2) у случају када би се иступањем проузроковала штета друштву и (3) када би се тиме избегла примена правила о поштовању посебних дужности¹⁹ које члан има према друштву. Важно је истаћи да се наведено право члана да иступи из друштва, не може ускратити одредбама оснивачког акта којима би се проширили законом предвиђени разлози а који нису предвиђени у ЗПД.

Први законски разлог због кога иступање из друштва није допуштено јесте неизвршење обавезе уплате или уношења улога у друштво и обавезе вршења додатних уплата. С обзиром на то да приликом иступања члана из друштва удео члана постаје сопствени удео друштва²⁰, правила о

18 Чл. 187 ст. 2 ЗПД.

19 Чл. 61 – 80 ЗПД.

20 Чл.189. ст.6 ЗПД.

солидарној одговорности се као општа примењују на преносиоца и стицаоца. У случају неизвршења обавеза по уделу који је предмет преноса, према редовном току ствари створила би се парадоксална ситуација у којој би друштво након стицања сопственог удела остало дужно самом себи испуњење те обавезе. На тај начин дошло би до повреде начела очувања основног капитала друштва.

Међутим, како додатне уплате имају статус новчаних чинидби које као такве немају правну природу улога и не припадају основном капиталу друштва, у случају неизвршења обавезе додатних уплата члан не може да иступи из друштва. С тим у вези ЗПД је контрадикторан у смислу да члан који је иступио из друштва и даље има обавезу да уплати или унесе уписани улог и изврши додатне уплате, у случају да је то неопходно због намирења поверилаца. Како се одредбом члана 187 ЗПД регулише иступање члана без потраживања накнаде за удео, може се закључити да се разлози недопуштености иступања односе на иступање без оправданог разлога и без потраживања накнаде за удео.

Као други разлог који ЗПД одређује да није допуштено иступање из друштва јесте ситуација у којој би друштво као последицу због иступања претрпело штету²¹. Може се уочити да на овај начин Закон издваја интерес друштва изнад појединачних интереса чланова у друштву. Дакле, постоје две могућности које би могле да наступе у зависности од тога да ли се ради о иступању члана уз накнаду или без исплате накнаде за свој удео. У првом случају понашање члана могло би да значајно оптерети имовину друштва, док са друге стране постоји могућност која је знатно мања, али не и искључена, да друштво ипак претрпи штету.

Као још једна могућност јавља се ситуација у којој се један или више чланова друштва обавезују да ће поред обавезе уплате улога извршавати и оне које по природи имају имовинску вредност. У споредне обавезе, оснивачким актом могу се одредити: обавеза на предају, чињење, пропуштање у корист друштва, испоручивање робе друштву, продаја некретнина, давање ствари у закуп и сл. Поред наведених имовинских обавеза, оне могу имати и лични карактер (суздржавање од тржишне утакмице са друштвом).

И на крају, избегавање поштовања посебних дужности²² које члан има према друштву, представља трећи разлог²³. Одмах се као група издвајају

21 Чл. 187 ст.2. тач. 2 ЗПД.

22 ЗПД као посебне дужности предвиђа: дужност пажње, дужност избегавања сукоба интереса, дужност пријављивања послова и радњи у којима се има лични интерес, дужност поштовања правила забране конкуренције и дужност чувања пословне тајне.

23 Чл. 187 ст. 2 тач. 3 ЗПД.

појединци на које се конкретна одредба може односити. Наведено правило се не може односити на све чланове друштва са ограниченом одговорношћу, већ само на чланове који имају посебан статус у друштву. Закон предвиђа санкцију попут накнаде штете, преноса остварених користи на друштво, могућности искључења члана судском одлуком у случају кршења било која од наведених посебних дужности.

3. Поступак иступања из друштва

Као што је претходно речено, одредбама ЗПД-а одређена су два начина иступања члана из привредног друштва и то са и без оправданог разлога. Члан друштва који иступа без навођења оправданог разлога има обавезу да штету коју је својим иступањем проузроковао надокнади друштву. Дакле, као правно средство друштва јавља се право на накнаду штете, јер се сматра да је члан одговоран за штету коју је проузроковао иступањем (Шоргов, 2010:97-107).

Сваки члан има своје законско право да иступи из друштва и од њега се не може одрећи, нити му се оно може ускратити оснивачким актом привредног друштва. Уколико из оправданих разлога члан друштва жели да иступи из њега, постоје законом одређене радње које је дужан да изврши (Миленковић, 2013:102). Најпре је у обавези да о томе обавести друштво, достављањем писаног захтева скупштини друштва²⁴. О поднетом захтеву одлучује скупштина привредног друштва. Законом су прописани битни елементи које захтев мора да садржи и то: разлог за иступање, износ који се захтева од друштва на име накнаде за удео и рок у коме се захтева исплата накнаде за удео (осим ако је тај рок одређен оснивачким актом)²⁵.

Након подношења захтева за иступање скупштина је у обавези да у законом предвиђеном року од 60 дана донесе одлуку о захтеву и да у истом року о томе обавести подносиоца захтева²⁶. С обзиром на то да одлуке скупштине могу бити усвајајуће или одбијајуће²⁷, уколико се донесе усвајајућа одлука (Миленовић, 2005:260), ради се о иступању без одлуке суда а на основу одлуке скупштине друштва. У случају да је члан уз захтев за иступање из друштва поднео и захтев за обезбеђење удела, приликом усвајања захтева скупштина мора да одобри и закључење предложеног

24 Чл. 189 ст.1 ЗПД.

25 Чл. 189 ст. 2 ЗПД.

26 Чл.189 ст. 3 ЗПД.

27 Чл. 189 ст. 4 ЗПД.

уговора о залози у корист члана који иступа, односно да захтева сагласност члана и пружи му друго одговарајуће обезбеђење.²⁸

У случају да скупштина пропусти да донесе одлуку о захтеву (која се доноси гласањем свих чланова друштва обичном већином, осим ако је оснивачким актом предвиђена већа већина²⁹) и тиме се не изјасни у законском року од 60 дана, сматра се да је захтев усвојен у целини³⁰. Уочава се да је законодавац прописивањем ове одредбе направио пропуст у поступку иступања члана из друштва чиме је отворен простор за настанак проблема у пракси. Уколико скупштина одбије захтев, члан мора да поднесе тужбу суду и на тај начин тражи престанак својства члана³¹. Дакле, према мишљењу великог броја стручњака, законодавац је требало да пропише да у случају да скупштина пропусти да одлучи о захтеву у законском року, суд не би требало да оцењује оправданост разлога (као у случају када је захтев одбијен) већ да утврди да је истеком рока за одлучивање о захтеву дошло до престанка чланског односа³². У том случају, пресуда која је постала правноснажна, имала би деклараторни карактер и представљала би доказ пред регистратором, којим се потврђује да основ за престанак чланског односа постоји. На основу наведеног би у даљем поступку регистратор морао да изврши брисање члана из регистра у складу са Законом о поступку регистрације у агенцији за привредне регистре³³.

Са друге стране, уколико имамо ситуацију у којој члан иступа из друштва из оправданог разлога на основу правноснажне одлуке суда, процедура је другачија. Ако скупштина одбије захтев за иступање, законско је право члана да поднесе тужбу којом се захтева престанак својства члана друштва (Миленковић, 2006:252). Тужбом се поред захтева за престанак својства члана може тражити и исплата накнаде за свој удео³⁴. Такође, законодавац је прописао рок од 60 дана за доношење одлуке о захтеву, а у случају пропуштања члан може поднети тужбу у року од 6 месеци од дана сазнања о разлогу за иступање и то најкасније у року од 3 године од настанка разлога за иступање.³⁵

28 Чл. 189 ст. 4 ЗПД.

29 Чл. 189 ст. 5 ЗПД.

30 Чл. 189 ст. 3 ЗПД.

31 Чл. 192 ст. 1 ЗПД.

32 Чл. 189 ст. 3 ЗПД.

33 Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре (Службени гласник РС, бр. 99/2011 и 83/2014).

34 Чл. 192 ст. 1 ЗПД.

35 Чл. 192 ст. 7 ЗПД.

Суд ће у поступку одлучивања о престанку својства члана друштва, одредити да удео члана друштва прелази на друштво и тиме постаје сопствени удео друштва. Такође, одредиће се рок и висина накнаде коју је друштво у обавези да исплати члану који иступа, као и залога у случају да је била захтевана од члана³⁶. Приликом доношења наведене пресуде суд цени и финансијску ситуацију друштва, с тим да рок који одреди суд не може бити дужи од две године од дана правноснажности пресуде. Приликом одређивања накнаде суд узима у обзир тржишну вредност удела члана друштва који иступа и то на дан подношења тужбе, али не мања од сразмерног дела вредности нето имовине друштва који одговара учешћу удела тог члана у основном капиталу друштва на дан подношења тужбе, осим ако је други начин одређивања те накнаде предвиђен оснивачким актом³⁷.

Суд пресуду о иступању из друштва по наступању правноснажности доставља регистру привредних субјеката ради регистрације престанка својства члана и регистрације сопственог удела друштва³⁸. У овом случају члану друштва који је иступио престаје својство члана друштва даном регистрације престанка тог својства³⁹.

Накнаду члану који је иступио из оправданог разлога, друштво може исплаћивати (без или на основу судске одлуке) из средстава резерви⁴⁰ друштва које се могу користити за те намене и из средстава остварених продајом сопственог удела⁴¹ друштва стеченог иступањем тог члана. До потпуне исплате накнаде удела члану који је иступио из друштва, друштво не може делити добит својим члановима и дужно је да сву остварену добит распоређује у резерве⁴² за ту намену, као и да сва средства друштва из тих резерви користи искључиво за исплату те накнаде⁴³.

Законодавац даље прописује да ако друштво не исплати досуђену накнаду члану друштва који је иступио у року одређеном пресудом, члан друштва који је иступио може да захтева принудно извршење само продајом сопственог удела који је друштво од њега стекло, а за исплату

36 Чл. 192 ст. 2 и ст. 4 ЗПД.

37 Чл. 192 ст. 3 ЗПД.

38 Чл. 192 ст. 5 ЗПД.

39 Чл. 192 ст. 6 ЗПД.

40 Чл. 191 ст. 1 тач. 1 ЗПД.

41 Чл. 191 ст. 1 тач. 2 ЗПД.

42 Чл. 191 ст. 2 тач. 1 ЗПД.

43 Чл. 191 ст. 2 тач. 2 ЗПД.

досуђене накнаде солидарно одговарају својом имовином и остали чланови друштва сразмерно својим уделима у основном капиталу друштва⁴⁴.

4. Последице

Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу може за резултат имати две врсте правних последица и то опште и додатне. Опште настају независно од тога да ли је до иступања дошло из оправданог или неоправданог разлога, те се оне могу у облику друштвених односно корпоративних последица и имовинскоправних последица. Док се као додатне правне последице разликују оне које настају због иступања из оправданог разлога и иступања без оправданог разлога.

Престанак чланства у друштву од стране члана који је иступио из истог представља прву општу корпоративну последицу. Субјективна природа права на иступање ствара могућност да га члан користи независно од тога да ли постоји оправдани разлог или не. Тренутак престанка чланства неки аутори сматрају тренутком пријема изјаве о иступању, док је са друге стране то моменат престанка чланства, односно тренутак када је скупштина друштва издала сагласност, након протека разумног рока или рока утврђеног актом друштва.

Такође, последице се јављају у сфери друштвено-правних дејстава у односу између члана и друштва (унутрашњи) као и (спољашњи) у односу према трећим лицима (Шоргов, 2010: 97–107). Са једне стране у унутрашњем односу долази до престанка чланских права и обавеза према друштву, док се у спољашњем односу стварају последице на основу обавештења које је треће лице добило од друштва. Важно је истаћи да престанком чланства не престаје и његов досадашњи удео у друштву, напротив удео не престаје јер друштво има право да бира начин на који ће удео стећи и то исплатом вредности члану или ће га повући у поступку смањења основног капитала друштва. Наведено за последицу има да члан који иступа мора да трпи повлачење удела или да га пренесе на друштво, члана друштва или треће лице.

Као друга општа последица јавља се имовинскоправна те члан нема право на повраћај свога улога већ на накнаду вредности удела који постоји у друштву у тренутку иступања. Она се одређује на основу тржишне вредности удела у редовном тржишном промету. Истовремено на висину накнаде вредности удела нема утицаја чињеница да ли је до иступања дошло из оправданог или без оправданих разлога.

44 Чл. 193 ст. 2 ЗПД.

Када се говори о додатним правним последицама у случају иступања из оправданог разлога, члан има додатно право на накнаду штете коју је претрпео због иступања из друштва, тачније наступања основних разлога за иступање.

5. Закључак

За разлику од раније важећег ЗПД из 2004. године, којим је било одређено да до иступања може доћи (у складу са оснивачким актом или уговором чланова друштва) уз повреду оснивачког акта или уговора као и иступање на основу судске одлуке, законом из 2011. године по први пут се уводе два правна режима. Новина се огледа у томе да Закон прави разлику између иступања у случају када члан друштва не потражује накнаду за свој удео и када члан захтева накнаду за удео. У првој ситуацији није неопходно постојање оправданог разлога за иступање, док у другој јесте, и у оквиру кога се иступање реализује на основу одлуке скупштине друштва и судске одлуке. Ови правни режими задржани су и након измена Закона о привредним друштвима јер су као такви прихваћени као корисни.

И поред неких побољшања које су донеле измене ЗПД, у овом раду је било речи о омашкама Закона и проблемима који због њих настају (нпр. када скупштина након подношења захтева за иступање, пропусти да се изјасни у року и донесе одлуку о захтеву, по важећим одредбама па се има сматрати да је захтев усвојен). Аутор сматра да су у делу којим се регулише иступање члана из привредног друштва, посебно у процесном, неопходне измене Закона, које су ближе стварним потребама праксе. Њима би се побољшао квалитет тих радњи и унапредило управљање и пословање у привредним друштвима.

Листа референци

Арсвић, З. Марјански, М. (2013). *Право привредних друштава*. Нови Сад;

Марјански, В. (2016). *Иступање члана из друштва са ограниченом одговорношћу*. Право и привреда. 4–6(LIV). 120–143;

Миленовић, Д. (2006). *Субјекти привредног права*. Ниш: Пунта;

Миленовић, Д. (2013). *Привредна друштва*. Ниш: Пунта;

Шогоров С. (2010). *Поступак и правне последице иступања члана из друштва с ограниченом одговорношћу*. Правни живот. 11(LIX). 97–107;

Шогоров, С. (2009). *Основи за иступање члана и друштва са ограниченом одговорношћу*. Право и привреда. 1-4(XLVI). 80 – 89;

Шогоров, С. Радоман, М. (2007). *Пословно Право*. Сремска Каменица: Факултет за европске правно-политичке студије, Центар за научно-истраживачки рад, трансфер знања и издавачку делатност;

Васиљевић, М. (2004). *Пословно право*. Београд: Правни Факултет Универзитета у Београду;

Васиљевић, М. (2006). *Коментар Закона о привредним друштвима*. Београд: Службени гласник;

Васиљевић, М. (2006). *Трговинско право*. Београд: Службени гласник;

Васиљевић, М. (2007). *Компанијско право – право привредних друштава Србије и ЕУ*. Београд: Правни Факултет Универзитета у Београду;

Васиљевић, М. (2013). *Компанијско право*. Београд: Правни Факултет Универзитета у Београду;

Васиљевић, М. (2017). *Компанијско и трговинско право*, Београд: Службени гласник РС;

Закон о поступку регистрације у Агенцији за привредне регистре, Службени гласник РС, бр. 99/2011 и 83/2014;

Закон о привредним друштвима, Службени гласник РС, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 - др. Закон и 5/2015;

Закон о привредним друштвима, Службени гласник РС, број 125/04.

WITHDRAWAL FROM COMPANY MEMBERSHIP

Isidora Mitić

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The subject matter of this paper are the circumstances in which a member of a private limited liability company may willingly withdraw from the company membership. The paper analyzes the legal grounds for a member's withdrawal from a private company, prescribed in the legal provisions of the Company Act of the Republic of Serbia, and identifies current problems in practice. The paper

further analyzes specific situations encountered in practice, where the prescribed legal grounds for the member's withdrawal from the company have been applied. In that context, the paper provides an overview of prior regulation of these legal situations in the former legislative acts that regulating this matter.

Keywords: the Company Act, limited liability company, withdrawal and termination of membership, justified reasons.

ЗАЈАМ И КАМАТА У ВИЗАНТИЈСКИМ ПРАВНИМ ИЗВОРИМА

Милан Момчиловић¹

Студент докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Зајамни посао, као комплексни друштвени феномен, био је предмет правног регулисања од најстаријих времена. Византијско Царство, као државноправни сукцесор античког Рима, преузело је концепт зајма класичног римског права, нарочито у погледу садржине и битних карактеристика зајма као облигационоправног уговора. Циљ овог рада је хронолошки приказ одредаба о зајму и камати у византијским правним споменицима световног карактера и њихово тумачење са историјског, социолошког и телеолошког аспекта. Овим институтима византијско право увек је посвећивало велику пажњу, у складу са њиховим значајем за свакодневни живот и развијену робно-новчану привреду Царства. Законодавство Византије је у погледу зајма и камате често понављало и допуњавало раније прописе, али је било и случајева револуционарног раскида са традицијом. Државна интервенција у сфери кредита није истог интензитета и карактера као на средњовековном Западу. Камата је ограничавана, некада и забрањивана, али пре свега из прагматичних разлога политичке природе, а ређе из чисто идеалистичких, духовних побуда.

Кључне речи: Византија, зајам, уговор, камата, забрана, извор права.

1. Увод

Право Ромејског Царства се од својих римских узора најмање удаљило у сфери облигационог права. Иако због глобалног опадања робног и новчаног промета у познијим вековима византијске историје многи

¹ demolay89@hotmail.com.

институти римског облигационог права нису примењивани у пракси, нити су уношени у законе и зборнике, оно што је основно у потпуности је сачувано. То је разликовање облигација насталих из уговора и деликата, као и римски систем уговора (купопродаја, зајам, најам, остава, ортаклук (Николић, 2011: 349).

Уговор о зајму био је и остао, поред купопродаје, најважнији облигационоправни уговор. По класичном римском праву, уговор о зајму (*mutuum*) сматра се реалним контрактом, где једна страна даје у својину другој страни бесплатно извесну количину заменљивих ствари, а друга страна се обавезује да у одређеном року врати повериоцу исту количину истих ствари. Иако је у начелу овај правни посао био бесплатан, камата је кроз читаву историју Рима наплаћивана и била је веома висока (Ђорђевић, 2013: 98). Овако дефинисану садржину и обележја уговор о зајму задржао је и током целе византијске историје.

Друштво на тако високом цивилизацијском ступњу какво је било византијско није могло да функционише без зајма и кредита. Како наводи Острогорски, „као што сваки познавалац византијских прилика зна, зајамни посао био је у Византији увек веома уобичајен. Сељаци дају зајмове једни другима и добијају их од велепоседника, световних, као и црквених. Није само прекоморска трговина него је и градска трговина намало радила позајмљеним новцем” (Острогорски, 1969: 235). Присутни су потрошни и продуктивни зајмови, зајмови у новцу и у натури, обични и поморски зајмови. Поред приватних лица, у улози зајмодаваца и зајмопримаца јављали су се и професионални банкарски, еснафи трговаца и занатлија, па и државна благајна. Православна црква, премда је њена доктрина сматрала узимање камата грехом и забрањивала зеленашење, никада није била тако бескомпромисна у борби против узуре као католичка. Такав њен став диктиран је свакако потребама друштвене стварности, али и јаснијим разграничењем црквене и световне јурисдикције него што је то био случај на Западу. „Каматарење” је канонским прописима било изричито забрањено представницима православног клера, али су световне власти толерисале камате и само понекад их забрањивале.

2. Протовизантијски период

2.1. Реформа Константина Великог

У протовизантијском периоду, до Јустинијанове Кодификације, правна регулатива зајма није мењана. Формално је важило правило класичног римског права о ограничењу камате на 12% годишње (*centesimae usurae*). Међутим, од Константинове реформе монетарног система, ова одредба

фактички је дерогирана. Како је вредност римског златника – солида (византијска номизма) утврђена на 1/72 литре злата, а вредност сребрног новца – *siliqua* (визант. *keratia*) на 1/24 солида, раширио се обичај да се на име камате месечно наплаћује 3 кератија на номизму, што је 1/8 номизме на месечном, одн. 12,5% камате на годишњем нивоу. Притом се ова камата и даље назива *centesimae usurae* (грч. *Hekatostai*) (Gofas, 2002: 2).²

2.2. Јустинијаново законодавство

Најкрупније промене класичне регулативе зајма уследиле су у Јустинијановој Кодификацији, и то у Кодексу и Новелама. Најзначајнија новина уведена Кодексом је максимизирање камата, читава скала каматних стопа које су се могле уговорити с обзиром на предмет зајма, друштвено-економски положај уговарача и уговорни ризик (Maniatis, 2016: 8). Прописана је општа каматна стопа од 6% годишње на новчане зајмове. Најкрупнији трговци могли су наплаћивати више, до 8%. Истом стопом су Новелом 136. из 535. године привилеговани и професионални банкарари (*argentarii*). Припадници војног и цивилног племства – *illustres* („племенити”, касније протоспатарији) нису на име камате могли узимати више од 4% годишње. Ова одступања од опште стопе налазе своје оправдање, с једне стране, у обављању професионалне делатности од стране банкарара и потребе несметаног функционисања увозно – извозних операција, а са друге, у тежњи централне власти да предупреди претерано економско јачање и узурпаторске тежње истакнутих појединица и породица, потенцијалних опонената централне власти.

Посебну врсту зајмова чинили су они учињени пољопривредницима. Уколико би били у натури, максимална каматна стопа износила је 12%, премда је Новелама из 535. за територије провинција Тракије, Илирика и Мезије повећана на 12,5%. Ако је пак предмет зајма новац, исте Новеле камату ограничавају на 4% годишње (Gofas et al. 2002: 5).

Зајмови црквама могли су да донесу највише 3% камате годишње, а цела центезима (12% месечно) допуштена је код поморског зајма (Stanojević, 1966: 134).

² Занимљиво је да се камата од 12% у Константиново време већ сматрала превисоком и зеленашком. Томе је свакако допринео пад вредности новца у времену пре монетарне реформе. Тако 17. правило Првог васељенског сабора, одржаног 326. године, говори: „Седамнаесто правило првога Сабора заповеда да се сваки клирик набројан у правилу, ако не поштује свету реч – Сребра свога не даде у лихву и који тежи користи и срамном добитку и тражи камату у процентима или у виду половине – извргне (рашчини). Многобројни су видови лихве, а тежа од осталих је процентна, то јест дванаест на сто златника, колико обично траже зеленаши, у старини је литра имала сто, а код нас седамдесет два аксађа...” (Српска академија наука и уметности, 2013: 363).

Прекорачење каматне стопе повлачило је за собом инфамију повериоца. Ако је злоупотребљена нечија потреба за храном да би се уговориле веће камате, поверилац је губио не само камате већ и главницу. У осталим случајевима каматна стопа која је прелазила законом дозвољени износ редуцирана је на легитимну каматну стопу (Stanojević et al. 1966: 135).

Забрану анатоцизма³, која је била на снази током целог класичног периода, Јустинијан је потврдио и проширио. Неплаћени интерес је престајао тећи чим достигне износ главнице, а при израчунавању висине интереса услед које он престаје да тече имале су се урачунати и већ плаћене камате (Stojčević, 1960: 71).

Такође, уведена је могућност уговарања камата неформалним споразумом – пактом, код зајмова које дају општине – *Etiam ex nudo pacto debentur civitatibus usurae creditarum ab eis pecuniarum* (D. 22, 1, 30) и професионални банкари.⁴

3. Период иконокластичке кризе

У постјустинијановском праву, зајам је био предмет регулисања више византијских правних зборника, као и неких царских новела. У овом периоду, његов нераздвојни пратилац био је уговор о залози. Иако по теорији права залога спада у стварна права (*iura in re aliena*), а зајам у облигационо право (и то *obligationes ex contractu*), институти зајма и залог се у овим правним зборницима, због тесне повезаности, уређују у истим одељцима (X Титул Еклоге, XVI глава Прохирона (*De mutuo et pignore*), XXVIII глава Епанагоге (*De mutuo et pignore*) итд.) (Соловјев, 1928: 431). Ово је уобичајена појава у Средњем веку, и поред византијског, изражена нарочито у руском и српском средњовековном праву (Ђорђевић, et al. 2013: 98).

3.1. Еклога

Еклога Лава III (објављена 726. године) посвећује зајму свој X Титул који носи назив „О писменом и усменом уговору о зајму и о залозима које се дају с тим у вези” (*De mutuo per scripturam vel sine scriptura contracto et de*

3 Анатоцизам је грчки израз за лат. *usurae usurarum*, претварање доспелих а ненаплаћених камата у главницу, на коју се опет наплаћује камата.

4 У класичном периоду, неформалним споразумом (пактом) могле су се уговорити само камате код поморског зајма. Од царева Александра Севера и Диоклецијана то је допуштено и код зајма хране – *Frumenti vel hordei mutuo dati accessio etiam ex nudo pacto praestanda est* (C. 4, 32, 11) а касније и у свим случајевима неновчаног зајма (Stanojević, et al. 1966: 112).

pignoribus propter datis) (Соловјев et al. 1928: 431). Поред разликовања с обзиром на форму, Еклога познаје поделу на обичне и поморске зајмове. У чл. 1. искључује се примена института *vis maior* као начина гашења обавезе дужника. Наиме, зајмопримац нема право да одустане нити да одложи враћање дуга због непријатељског напада, или гусарског препада, или због било каквог другог догађаја. Еклова нема никаквих одредаба о узимању камате⁵, али детаљно регулише нека друга питања, нпр. располагање предметом залоге. Ако дужник не врати позајмљено како то уговор налаже, заложни поверилац не може самовласно располагати заложеним добром како би намирио своје потраживање. Поверилац мора, у присуству сведока, опоменути дужника, и то два или три пута, па ако и након тога дужник одбија да испуни обавезу, поверилац може приступити продаји заложене ствари, пошто је извршена процена њене вредности од стране надлежних државних органа. Поверилац је дужан да предмет залоге чува са пажњом коју посвећује својим сопственим стварима (одговара за *culpa levis in abstracto*). Он се ове одговорности може ослободити само ако је залога пропала услед незгоде у којој су пропале и његове сопствене ствари, а постојање ове околности утврђује суд слободном оценом доказа. Еклога забрањује дужничко ропство, али на индиректан начин и само у случају када је потраживање обезбеђено залогом – чл. 3. X Титула предвиђа да заложни поверилац „ако је преузео још и децу дужника, те их унајмио за ропски рад, он губи (своје) потраживање и треба, уз то, и да плати исту толику суму ономе кога држи или његовим родитељима” (Николић, Ђорђевић, 2011: 98).

3.2. Новела Нићифора I

У последњој години владавине (811), цар Нићифор I објавио је новелу чија садржина до данашњих дана, нажалост, није сачувана. Не може се са сигурношћу утврдити да ли је њоме забрањено уговарање каматних зајмова уопште, или само поморских зајмова, мада је ово друго гледиште вероватније. Уколико би се оно прихватило, остаје нејасно да ли се забрана односила на бродовласнике са седиштем ван Цариграда, или само на оне који јесу били стационирани у престоници, али се нису убрајали у

⁵ Можемо само да претпоставимо да је, услед ове правне празнине, и надаље примењивано Јустинијаново право о камати. Међутим, није тешко замислити одбојност Лава III и његових наследника иконобораца према каматарењу. Први цар-иконоборац, противник раскоши, навикнут на суров и једноставан војнички живот, у уводу Еклоге истакао је њене руководне идеје – брига о малим људима и њихова заштита од моћника јер, како се изричито наглашава, „таква је воља Божја, и зато што ће тако Византинци моћи уз Божју помоћ да се одбране од својих непријатеља” (Arveler, 1988: 44). Лав III је, сасвим сигурно, презирао зеленаше и узимање интереса, али је, као касније Лав VI, био свестан улоге кредита у привредном животу и држао интерес за „нужно зло”.

„најугледније” (Gofas, et al. 2002: 6). Оно што је сигурно, овом новелом уведен је принудни зајам за најимућније цариградске бродовласнике, који су код државе морали да подижу зајмове у стандардној висини од 12 фунти злата, уз камату од 4 кератија на 1 номизму, тј. 16,66%. То је највиша каматна стопа прописана једним правним актом Ромејског Царства.⁶ Ова мера, међутим, није дуго важила. Стављена је ван снаге по доласку на престо цара Михаила I Рангабеа, кандидата моћне цариградске олигархије.

4. Законодавство македонске династије

4.1. Прохирон

О зајму говори глава XVI (14 чланова) Прохирона, познатог као Градски закон (издат између 870. и 879. год.). Он изричито забрањује узимање интереса као „недостојно хришћанске државе и забрањено божанским правом”.⁷ Забрана је општег карактера и односи се на све зајмове. Штавише, изричито је прописано да се свако плаћање камате после објављивања овог прописа има сматрати отплатом главног дуга. Затим, забрањује се повериоцу да се служи приходом од заложене ствари. Ако је примио плодове, они се рачунају не као камата, него као исплата главнице. Залогопримац одговара за плодове изгубљене или покварене његовом непажњом, као и за изгубљену залогу, сем ако је случајно изгубљена, без *culpa lata*. У том случају залогопримац може тражити исплату дуга, али само ако није уговорено супротно. Ово је један од ретких случајева опште

6 Ова мера сматрана је једним од „десет грехова Нићифора I”. Народ Цариграда сматрао је лихварском, док је Теофан назива „злоделом” (Острогорски, et al. 1969: 234). Очигледно је да Нићифорова забрана није била диктирана неким моралним побудама, нити је искључиво била управљена на ограничавање економске моћи и утицаја бродовласника. Уклонивши приватну конкуренцију и начинивши од давања зајмова монопол, цар је утврдио високу каматну стопу у корист државне благајне. Ови државни, принудни зајмови морају се сагледати из шире перспективе, као сегмент Нићифорове политике консолидације Царства (реформа пореског система, јачање војске, колонизационе мере итд.). Поред тога, цар је тежио за брзим и сигурним приходима због непрекидних одбрамбених ратова на два фронта (против Бугара и Арабљана) који су изискивали огромна новчана средства.

7 „Мада су многи пре нас сматрали да је допуштено узети приход од лихве, ми смо, због суровости и грубости зајмодаваца, пресудили да је то мрско и недостојно нашег хришћанског живота и забрањено је светим законима. Стога наша понизност заповеда да никоме није допуштено да у било каквој ствари узима лихву, да не бисмо, желећи да поштујемо (државни) закон, кршили Божји. А оно што неко прими, и колико прими, да се урачуна у дуг.” (Српска академија наука и уметности et al. 2013: 365) У овој прокламацији запажа се типично византијско правно схватање о јединству световних и духовних закона и потреби њиховог међусобног допуњавања и усклађеног деловања, изведено из теорије о симфонији световне и духовне власти.

прохибиције интереса световним законима у византијској историји. Побуде законодавца очигледно су верске, али и социолошке, па и социопсихолошке природе. Поред захтева хришћанског морала, ваљало је испунити захтеве сиромашних и презадужених, и на тај начин смањити социјалне тензије и предупредити евентуалне сукобе. Осим тога, економска политика владара македонске династије била је инспирисана идејама правичне цене и правичне зараде, које су, као последица специфичности византијске економије, продрле у византијску економску и правну мисао (Каждан, Констабл, 2009: 62).

4.2. Епанагога

Епанагога Василија I Македонца (донета после 879. године) у глави XXVIII понавља забрану узимања камате. Забрана уговарања каматних зајмова је општа, једини изузетак били су малолетници и сирочад, који су могли узимати интерес. Коментатори су касније нешто другачије тумачили ову одредбу, што је највероватније за циљ имало да се наведена забрана заобиђе. По једној схолији, у уговорима о зајму код којих се као зајмодавац јавља малолетник или сироче интерес се увек подразумева и не мора се посебно предвидети, док се у свим осталим случајевима камата мора изричито уговорити, у супротном радило би се о бескаматном (пријатељском) зајму. По наведеном тумачењу највиша дозвољена каматна стопа износи 12% годишње (Gofas, et al. 2002: 7).

4.3. Новела Лав VI. Василике

Под притиском потреба стварног економског живота цар Лав VI Мудри дозволио је узимање интереса из зајма Новелом 83. Он је увидео неопходност постојања каматног зајма у условима развијене робно-новчане привреде и зато је (не без негодовања) ставио ван снаге одредбе Епанагоге, прописавши општу каматну стопу од 4% на годишњем нивоу. Сем тога, забрана интереса промашила је свој примарни циљ. Када им је ускраћена могућност зараде, зајмодавци су изгубили интересовање да позајмљују, па су се они који су до преко потребних средстава могли доћи само зајмовима, нашли у незавидном положају⁸.

⁸ „Ова одлука (о забрани камата) настала услед беде народа, довела је не до побољшања како је намеравао законодавац, већ до погоршања. Раније, очекујући камату, многи су радо давали зајмове, а када се појавио закон према коме није било дозвољено извличити корист из зајма, неки су постали нечовечни, окрутни и нису се одазвали онима којима је зајам био неопходан... Као последица тога, закон, по себи добронамеран, не само што није био од користи, него је нанео штете... Природа човека није достигла ту висину на којој се налазио тај закон и стога смо укинули овај дивни закон.” (Stanojević, et al. 1966: 200).

У Василикама, шестотомној кодификацији грађанског, црквеног и јавног права цара Лава VI Мудрог, преузета је комплетна регулатива зајма и камате из Јустинијанове кодификације. Увидело се, наиме, да је забрана интереса из ранијег периода штетила не само сиромашним појединцима, него и привреди у целини. Увозно-извозне операције, унутрашња трговина, пољопривредна и мануфактурна производња зависили су, као и данас, од кредита, нарочито у смислу обезбеђења почетног капитала (Maniatis, et al. 2016: 9). Међутим, Василике остају верне традицији социјалне одговорности пређашњих закона и јако наглашавају максимизирање каматних стопа. Уговарање већих камата од прописаних не би производило правно дејство ни када је то резултат слободно изражене, сагласне воље уговарача, а не само у случају наметања недозвољених камата од стране зајмодавца (Domanovsky, 2016: 4)

5. Позновизантијски период

Збирка канона и световних правних правила атонског јеромонаха Властара из средине XIV века, Синтагма, представља врхунац недоследности и конфузије када је у питању регулатива зајма у византијским правним споменицима. У Синтагми Матије Властара се на два места говори о каматном зајму („лихви“); у главама П-11 и Т-7. У прву је ушло само Шесто правило св. Григорија Ниског, које осуђује похлепу клерика и на посредан начин им забрањује узимање камате. У другој се, на првом месту, налази Четрдесет четврто правило Св. Апостола које изричито забрањује узимање камата од стране представника клера и предвиђа њихово искључење из цркве уколико би се о ову забрану оглушили. Затим следе Седамнаесто правило Првог и Десето правило Шестог васељенског сабора, Четврто правило Лаодикијског и Пето правило Картагинског сабора, која сва понављају поменути забрану. Последњи канон, Четрнаесто правило св. Василија осуђује свако узимање лихве и указује на њену неоправданост и са економског аспекта.⁹

За разлику од канона, световни закони наведени у Синтагми су у међусобној контрадикцији. На првом месту наилази се на изричиту забрану уговарања каматних зајмова преузету из Прохирона. Међутим, одмах потом следе разна правила Василика, која, као што је речено, већим делом понављају Јустинијанове одредбе о висини каматне стопе, што води логичном закључку да је по њима каматни зајам дозвољен. У овој глави је и

⁹ „...Ратар, пожњевши клас, не тражи поново семе под кореном. Зајмодавац узима и плодове и не одустаје од онога од чега добија плод; без земље сеје и жање без сетве. Зато када мед (бронза) и злато, који не дају плод природно рађају, она која по природи (својој) рађа, постаје неплодна.” (Српска академија наука и уметности et al. 2013: 365)

правило римског права да неплаћена камата не може нарасти *ultra duplum* (тј. преко износа главнице; тада се вишак рачуна као уплата главнице), као и забрана анатоцизма (узимање „камате на камату“) (Српска академија наука и уметности et al. 2013: 365).

Идентичну противуречност – забрану узимања интереса из Прохирона, а потом одредбе о каматној стопи из Јустинијановог законодавства, садржи и Шестокњижје (*Eksavivlos*), приватна збирка солунског судије Константина Арменопулоса, из XIV века (Gofas et al. 2002: 11).

6. Закључак

Зајам и камата редовно су били у сфери интересовања византијских правних стваралаца. Детаљно су регулисани у већини правних зборника јавног карактера, као и у приватним збиркама прописа. Такође, често су били предмет новела византијских царева.¹⁰ Ова регулатива није увек била доследна, међутим може се издвојити неколико њених општих карактеристика. Најпре, то је јасно и строго разликовање бескаматног и каматног зајма. Византијски зборници (изузев Еклоге) на прво место стављају каматни зајам, чак и онда када га забрањују (попут Прохирона). Другим речима, каматни зајам је правило, због високог степена комерцијализације византијског друштва и развијене робноновчане привреде. Почев од Еклоге, регулативу зајма редовно прате одредбе о залози. Ово потврђује прилагођавање права пре свега каматним зајмовима, будући да је залога, као обезбеђење потраживања, много чешће везана за зајам са каматом, као комерцијални посао, него за бескаматни зајам, као пријатељску услугу. Током дуге византијске историје државна интервенција у сфери зајма и камата никада није била тако интензивна и под толиким утицајем Цркве, као што је то био случај на средњовековном Западу. И када је узурра прохибитована од стране световне власти, то је ретко кад чињено искључиво из верских побуда. Много чешће су хришћанска начела била само изговор, док су прави разлози били финансијске природе

¹⁰ Док се у већини случајева у византијским правним зборницима понављају или допуњују одредбе о зајму из ранијих извора, за новелама се посезало када је требало увести нова, револуционарна решења, било да се радило о забрани интереса или стављању ван снаге такве забране. Ова намена у потпуности одговара карактеру царске новеле, која се дефинише као „текуће законодавство царева, закони које су они доносили решавајући појединачне проблеме који се нису сретали у старијем законодавству. За разлику од великих збирки закона, у којима је сакупљено законодавство старо и по више векова, новеле пружају актуелну слику времена у коме су настале и представљају значајно сведочанство о тадашњим приликама, свакодневном животу, али и царској идеологији“ (Каждан, Констабл, et al. 2009: 235).

(нпр. код забране Нићифора I) или је предузетим мерама било жељено да се остваре неки социјално-политички циљеви (Прохирон, Епанагога).

Преко поменутих зборника византијског права, тачније, рецепцијом појединих њихових одредаба, римско облигационо право проширило је поље примене и на земље византијског Комонвелта. Младе словенске државе препознале су његову неоспорну супериорност у поређењу са својим обичајним правом. Правила римског права о зајму, пре свега одредбе Јустинијанове Кодификације наћи ће се, у мањој или већој мери, у праву средњевековне Бугарске, немањихке Србије и Кијевске Русије, као главних представника византијског културног круга.

Листа референци

- Arveler, E. (1988). *Politička ideologija Vizantijskog Carstva*. Beograd: Filip Višnjić;
- Domanovskyi, A. (2016). Alms, Loans, and Usury in the Byzantine Worldview: An Essay in Comparison, Round table: *Byzantium in the context of world trade*, 23rd International Congress of Byzantine studies, Belgrade 22–27 August 2016;
- Gofas, D. (2002). *The Byzantine Law of Interest*. In: Laiou, A.E. (ed.). *The Economic History of Byzantium: From the 7th through the 15th Century*. Washington D.C: Dumbarton Oaks Research Library and Collection;
- Ђорђевић, А. (2013). *Облигациони уговори Русије од XI до XV века* (докторска дисертација). Правни факултет Универзитета у Нишу;
- Каждан, А. Констабл, Ж. (2009). *Византија – људи и моћ*. Београд: Еволута;
- Maniatis, G. (2016). *The impact of financial institutions on the development of the Byzantine economy (10th–12th century)*. *Zbornik radova Vizantološkog instituta*. LIII/2016. 101–125;
- Николић, Д. (2011). *Историја права – стари и средњи век*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу;
- Николић, Д. Ђорђевић, А. (2011). *Законски текстови старог и средњег века*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу;
- Острогорски, Г. (1969). *Привреда и друштво у Византијском Царству*. Београд: Издавачко предузеће „Просвета“;
- Соловјев, А. (1998). *Законодавство Стефана Душана, цара Срба и Грка*. Београд: Јавно предузеће Службени гласник СРЈ;
- Српска академија наука и уметности, (2013). *Матија Властар*, Синтагма. Београд;

Станојевић, О. (1966). *Зајам и камата*. Београд;

Стојчевић, Д. (1960). *Римско облигационо право*. Београд;

LOANS AND INTEREST IN THE SOURCES OF BYZANTINE LAW

Milan Momčilović

PhD student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

Loan was one of the most common contractual obligations in the Byzantine Empire. Loans and usury were vital in the daily life and developed economy of the Empire. During the long Byzantine history, this type of contract preserved all key attributes of the classic Roman loan. It was regulated by a number of sources of law, principally by laws and Emperor's novellas, but we can also find it in private legal collections. Justinian's legislation prescribed the conditions for lending at interest and the scaled rate structure, which was based on the nature of the capital loaned (currency or commodity), the socio-economic status and occupation of lenders and borrowers. The Ecloga of Leo III makes absolutely no mention of interest, either on ordinary loans or maritime loans. Although the ban on interest is very rare in Byzantine history, it was prescribed in Procheiros Nomos and Epanagogue of Macedonian emperors. In practice, the ban proved to be incompatible with the realities of everyday life, as it had a negative impact on business dealings and impeded the progress of trade. These circumstances forced Leo VI to return to the old legislation of Justinian, which acknowledged the practice of charging interest but regulated its upper limits depending on the social status of the creditor. Some sources from a later period, such as Mathia Vlastar's Syntagma, brought confusion to the regulation of loans because they contained some conflicting provisions from earlier laws. The Orthodox Church strongly opposed and condemned usury but in church canons interest charging was prohibited only to clerics.

Keywords: Byzantine Empire, contract, loan, interest, economy, ban, law, novella.

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 23.05.2018.
Ревидирана верзија: 04.10.2018.
Рад прихваћен: 16.10.2018.

UDK: 347.518(37)

ОДГОВОРНОСТ ЗА ПОСТАВЉЕНЕ И ОКАЧЕНЕ СТВАРИ У РИМСКОМ ПРАВУ

Милица Соврлић¹

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Апстракт

*Потреба заштите пролазника чији су живот и имовина били угрожени због сталне опасности од пада различитих предмета добила је правно утемељење доношењем едикта *Ne quis in suggrunda*. Аутор у раду, полазећи од одредаба овог едикта, анализира претпоставке одговорности за ствари постављене у одређени положај, односно за створену опасност, не бавећи се и последицом која настаје њиховим падом, тј. штетом из разлога што се у том случају ради о другој правној ситуацији. Наиме, одговорност за држање ствари у одређени положај спада у домен одговорности у оквиру квазиделикта, као извора облигација, док је одговорност за штетну последицу проузроковану њиховим падом у домену аквилијанске одговорности, јер ако би предмет пао и повредио некога подизала се тужба по Аквилијевом закону.*

Кључне речи: квазиделикти, високо постављене ствари, одговорност, *actio popularis*.

1. Увод

Римљани су доношењем едикта *Ne quis in suggrunda* поставили темеље одговорности, коју данас називамо одговорношћу за опасну ствар. За ондашње прилике и постигнути ниво правног резона, то

¹ milicasovrlic90@hotmail.com.

је била квазиделиктна одговорност² за високо постављене ствари, односно, одговорност за створену опасност базирану на чињеници да неко држи ствари у одређеном положају, који се карактерише опасним. Заправо, спровођењем одредаба едикта требало је стати на пут устаљеној безобзирности грађана, а која је додатно била изазивана нерешеним инфраструктурним проблемима.

Разлози за увођење овог вида одговорности били су последица лоших социјалних и економских прилика у првим вековима римске државе, па се отуда јавила потреба за уређењем стамбених и пословних просторија у смислу грађевинског планирања, а потом и правног уређења. Наиме, опште је познато, да су сиромашнији слојеви друштва углавном живели у вишеспратницама тј. инсулама, које не само да су биле саграђене од лошег материјала што је доводило до честог и лаког урушавања, неретко и паљења, већ и онима који су у њима живели нису пружале нормалне услове за живот. Пре свега, водовод и канализација нису били регулисани, а прилив градског становништва и недостатак потребних смештајних капацитета је до изградње или доградње нове инсуле решаван тако што је већи број људи живео у скученим становима вишеспратница.

Овакав начин живота, без сумње је утицао на то да се предвиди већ споменута врста одговорности, посебно када се има увиду слика прилика у којима је један просечни Римљанин живео. Отуда је било разумљиво зашто се неко могао позвати на одговорност због високо постављених или обешених ствари. Густо насељене четврти с уским улицама³ и вишеспратницама као стамбеним решењем на чијим су спољним деловима постављане различите ствари довољни су разлози да постоји страх за живот и имовину, те сходно томе и оправданост захтева за заштитом и то пре него што наступи било каква штетна последица. „Стамбена ситуација у Риму крајем републике је била таква да се нешто морало учинити ради

2 Квазиделикти, а самим тим и квазиделиктна одговорност су изазвали доста пажње међу романистима. Порекло квазиделиката није сасвим јасно и добро познато, а у дефинисању квазиделиката и њихових особности није се полазило од тога шта јесу квазиделикти, већ од тога зашто нека понашања нису деликти. Посебно се инсистирало на потребном степену кривице и код једне и друге врсте недозвољеног понашања, при чему је доминантна теорија *dolus vs. culpa* (Види: Descheemaeker, 2009: 4; Kaser, 1968: 163). *Dolus* у основи деликата, а *culpa* квазиделиката, односно да деликти настају намерим поступцима, док су квазиделикти резултат само пуке немарности. (Види: Nicholas, 1962: 225).

3 Урбанистичка регулација у старом Риму, макар када су у питању улице, није била ни налик данашњој. Улице су биле прилично уске за савремене стандарде и преовлађивали су балкони који се пројектују из зграда које су имале излаз на улицу.

обезбеђења јавних путева и сигурности грађана” (Богуновић, 2014: 198). Дакле, преторова интервенција је била оправдана.

Да би се у потпуности разумела суштина ове одговорности, у раду ће се ово питање посматрати са два аспекта: први је онај који се односио на друштвену стварност, саздану од лоших социјалних и економских прилика, а која се не може изоставити када је истраживачка активност усмерена на проналажење разлога који би оправдали увођење ове одговорности; други аспект је чисто правни, тј. посматрање питања применом нормативног метода, чијом анализом долазимо до одговора на питање које су биле претпоставке ове одговорности и која су лица сматрана одговорним.

1. Друштвене и социјалне прилике у римској држави у доба увођења одговорности за штету због постављених и окачених ствари

Разматрања о одговорности изазвану положајем ствари неопходно је базирати на различитим чиниоцима. На почетку, потребно је кроз призму стања у друштву доћи до разлога који су условили нормативно уређење, а како би се касније у потпуности одгонетнула и евентуална правна проблематика која се на предвиђену одговорност односи. Из тог разлога неопходно је упознати се с свакодневним животом грађана у старом Риму, и то преваходно с оним аспектом свакодневног живота који је био условљен стамбеним (не)приликама, јер су то, сматрамо, околности на којима се заснивала нужност увођења одговорности за несмотреност и безобзирност приликом постављања ствари на стамбене и пословне објекте.

„Промене у римској привреди, прелазак на латифундијски начин привређивања и робноовчане односе, довео је до тога да је током I в.п.н.е. велики број ситних поседника напустио поседе и доселио се у Рим” (Маленица, Деретић 2011: 426). Из тог разлога не само Рим, већ и остали велики градови били су веома примамљиви за оне који су желели да напусте своја места становања. Самим доласком у град, раскидали су са дотадашњим животом, али су уједно почињали и нови, који је носио решавање многих животних питања, те између осталог и налажења простора за живот. Међутим, немогућност брзог запослења приморавала је многе да живе у сиромашнијим деловима града, у којима се стамбеним потребама људи није посвећивала потребна пажња, па основних услова за живот није било или су били веома лоши. Већина економско угрожених римских грађана живела је у инсулама, јер је домус постао скуп „класни симбол” (Ноел, 2009: 235), а сматра се да је већ око 150. г.п.н.е. било више од

46.000⁴ оваквих стамбених објеката. Већина од ових вишеспратница није било сигурно место за живот, па пожари, урушавање појединих делова или падање оронулих фасада и црепова нису биле тако ретка појава. Међутим, иако су инсуле биле место за живот сиромашнијих Римљана, ипак је међу њима било и оних који су више зарађивали. Сходно томе, спрат на којем су становали зависео је од личног дохода, јер „док су станови на првом спрату пространи и прилично скупи, што се више пење, станови су скромнији, све до малих соба, танких, крхких зидова у поткровљу” (Ноел, 2009: 235).

С обзиром на проблеме с којима су се сусретали, станари оваквих објеката су били принуђени да се прилагођавају датим приликама и околностима – често су рутински бацали отпад на улицу, а у недостатку простора, ствари су одлагали на прозоре, терасе, зидове. Из тог разлога, пролазници су стално морали бити на опрезу, јер како сведочи Јувеналис у својим Сатирама: „Чини се да си немаран, као неко ко не мисли на очекивано зло, ако журиш на вечеру, а пре тога ниси ни тестамент сачинио, јер ноћу вреба толико смрти...” (Сић, 2002: 230). Због наведених прилика у друштву, јавила се потреба за интервенцијом од стране претора, а у циљу увођења одговорности за постављање ствари у одређени положај опасан за живот пролазника.

Оваква слика живота у сиромашним римским четвртима с уским улицама несумњиво оправдава потребу за заштитом свих оних који су туда уобичајено пролазили, уосталом, „нико не негира да је корисно што је претор ово прописао у едикту: у општој је, наиме, користи да се путевима пролази без страха и опасности” (Алић, 2013: 115).”

У прилог слике римског свакодневног живота, на овом месту, напоменули бисмо и то да је услед миграција, дошло до појаве и бројних еколошких проблема као што су загађење воде, ваздуха, прекомерне буке, проблема у регулацији одлагања секундарних сировина. Примера ради, градски лидери су у Херкуланеуму уложили велике напоре у очувању чистоће на улицама, што се огледало и кроз забрану бацања смећа у близини јавних фонтана (Navlicek, Morcinek 2016: 37). Такође, било је и прописа који су регулисли ниво буке, односно, у које доба дана су могле да се возе двоколице и теретна возила,⁵ а претор је дозвољавао и тужбе

4 Roman Daily Life, Преузето 23.8. 2017. <http://www.ancient.eu/article/637/>.

5 Такав је Цезаров закон о општинама донет 41. п.н.е. Према законским одредбама нико није смео возити теретна кола по улицама Рима, или на оним улицама у предграђу где је стално насељено након изласка сунца, или пре десетог сата у дану, осим за превоз и увоз материјала за градњу храмова бесмртних богова или за јавне радове, или за уклањање градског отпада из зграда чије је рушење дозвољено. Иначе, Цезаров

када је реч о доступности светла или спречавању ширења штетних гасова и непријатних мириса (Станковић 2017: 620), што је било од посебне важности за живот у градовима. Дакле, друштвене и социјалне прилике у римској држави су у једном моменту биле такве да је интервенција надлежног магистрата била нужна како би се увео комунални ред.

2. Одговорности за штету због постављених и окачених ствари према преторовом едикту *Ne quis in suggrunda*

У настојању да се правно уреде ситуације које су настајале због непостојања одговарајуће инфраструктуре (уске улице, високе и оронуле зграде), неуређености канализационе мреже, али и у намери да се стане на пут већој безобзирности, а мањој несмотрености људи, интервенција претора била је неопходна. У периоду републике донета су била два едикта која су уређивала два различита чињенична стања, али су оба имала једнак циљ: заштиту и сигурност људи приликом уобичајених пролазака или шетњи, јер „претор води рачуна о онима који путују” (D. 9, 3, 1)⁶, што с друге стране указује на то, да се претор путем свог едикта није бавио искључиво јавним путевима као таквим. О овоме говоре едикти *De is qui deiecerint vel effuderint* и *Ne quis in suggrunda*, које је забележио Улпијан.

Едикт, *De is qui deiecerint vel effuderint* гласио је: „Одакле год на оно место, где се обично буде пролазило или на којем се буде стајало, нешто буде избачено или просуто, колика штета буде нанета односно учињена у тој ствари, против оног који тамо буде становао, даћу тужбу на двоструки износ. Ако буде речено да је од тог ударца преминуо слободан човек, даћу тужбу на педесет златника. Ако буде речено да је жив али повређен, колико се у тој ствари судији буде учинило правично да осуди туженог, на толико ћу дати тужбу...” (D. 9, 3, 1).

Едикт, *Ne quis in suggrunda* гласио је: „Нека нико на кровним гредама или на крову, изнад оног места куда се обично пролази или где се стоји, нема постављено оно што падом може нашкодити. Ко би учинио супротно овоме, даћу против њега тужбу на основу чињеничног стања на десет златника...” (D. 9, 3, 5, 6).

Закон о општинама садржао је мноштво разнородних правила тзв. *Lex saturna*. Ту су се могле наћи норме о чланству у органима локалне власти, о попису грађанства, али и правила о комуналном реду, и то: о поправци и одржавању јавних улица, употреби јавних површина од стране приватних лица као и већ поменута забрана буке.

⁶ Коришћен превод: Danilović, J. Stanojević, O. (2003). *Tekstovi iz rimskog prava*. Beograd: Javno preduzeće Službeni list SCG.

Доношењем ових едиката, створен је био правни оквир одговорности не само за насталу штету, већ и за одређено стање које је могло довести до штете. Код оба едикта постоје кључни појмови, а који су и заједнички (просторија, радња, пасивна легитимација и основ одговорности), што ће у наставку свакако бити обрађено, али само кроз квазиделиктну одговорност за високо постављене и окачене ствари, јер је „основна повезница између ова два квазиделикта то што се одговара као из деликта (*non proprie ex maleficio*), а свако даље поистовећивање ове две засебне ситуације било би погрешно” (Богуновић, 2014: 206).

3. Претпоставке одговорности

Као што смо већ и напоменули овде је реч о одговорности за створену опасност. Да би одговорност заиста и постојала треба да буду испуњене одређене претпоставке. С обзиром на то да штетна последица изостаје, нужно је постојање радње, односно активног или пасивног држања одговорног лица, а о узрочној вези не може бити речи у правом смислу.⁷ Због тога, ми ћемо у наставку рада, наша разматрања усмерити ка радњама којима се ствара опасност, и настојаћемо да одредимо који су то објекти односно делови објеката који су били подобни да на њиховој спољашњости буду постављене ствари. Одређивање делова грађевина на којима су се ствари могле наћи, не улази искључиво у домен права, али је нужно како би тиме одредили и положај ствари, а што је од важности приликом оцене да ли је реч о тако постављеној ствари која носи ризик од одређене опасности. Положај одређене ствари, која иначе по својој природи и својим својствима није опасна, може је учинити опасном (Stanišić, 2013: 90).

Уосталом, овде примарно говоримо о одговорности утемељеној на позиционој опасности, што указује да не можемо говорити о претпоставкама одговорности на уобичајени начин (разматрати: штету, радњу, адекватну узрочну везу, и субјективни однос).

3.1. Објекти и делови грађевина на којима се могу налазити ствари

Из текста едикта несумњиво се уочава намера претора да обезбеди сигурност на местима где се обично пролази или стоји. „Сходно томе, све грађевине које се налазе на таквим локацијама подобне су да из њих буде проузрокована штета” (Ilić, 2015: 197).

Међутим, везивање за грађевине као архитектонска решења стамбених или пословних питања, исправно је само ако се ради о грађевинама

⁷ О одговорним лицима и томе да ли је реч о субјективној или објективној одговорности говоримо у другом делу рада.

које се налазе на прометним местима, са свакодневним и уобичајеним проласцима грађана. С друге стране, када се има у виду разлог позивања на одговорност због створене опасности, а то су високо окачене ствари, онда се по природи ствари ради о спољашњим деловима грађевина, а које су подобне да се на њима постави оно што падом може да нашкоди. Тако, претор забрањује да се то чини на „кровним гредама или на крову...” (D. 9, 3, 5, 6), али се поред конкретних делова зграда одговорност проширује и за оно што је постављено у стану или спрату, магацину или каквој другој грађевини (D. 9, 3, 1, 9).

Ипак, без обзира на то што је у едикту наведено на којим деловима објеката се не смеју постављати ствари, то не значи да у обзир нису долазили други делови грађевина, јер оно што је опредељујуће јесте положај који ствар заузима. Сходно томе, извор опасности су могле бити и ствари које се налазе на високим балконима или које висе са високих балкона, ствари које су окачене на спољашњим зидовима или прозорима, имајући у виду и тежину саме ствари. Ово даље указује на то да се одговорност не предвиђа за све оно што је постављено, већ за све што је постављено тако да би могло да нашкоди (D. 9, 3, 5, 11). Као добар и сликовит пример овога, можемо навести део Јувеналисовог сведочанства, „јер како се високо дижу зграде, одатле те може убити свакојаки цреп, ако са прозора падају пробушене или изобличене посуде, којом тежином ударају тротоар скоро га пробуше...” (Сић, 2002: 230).

Дакле, ствар која није незнатне тежине, која се налази високо, и на спољашњим деловима пословних и стамбених објеката прометних улица, представља чињенични основ поменуто одговорности.

3.2. Радње којима се ствара опасност

Што се тиче радњи којима може бити проузрокована штета, у едикту је предвиђена радња постављања. Заправо, прописана је забрана постављања ствари у такав положај због којег би ствар представљала опасност по пролазнике.

Међутим, шта се подразумева под положајем ствари и какав положај ствари треба да заузимају није едиктом прецизирано, али међу многим писцима се у преводу тужбе која се користи за овај квазиделикт говори о одговорности за постављене и обешене ствари (Horvat, 1958: 360; Станковић, Владетић, 2014: 329), затим о одговорности за постављене и окачене ствари (Станојевић, 2008: 322; Бујуклић, 2005: 431; Милошевић, 2005: 372), или о одговорности која је настајала због постављених и обешених ствари (Маленица, Деретић, 2011: 426).

Дакле, радња постављања не изостаје као елемент одговорности, али зато положај који ствар заузима може да буде различит, односно најчешће се ради о стварима које са одређених грађевина или делова грађевина висе, тј. једним делом су причвршћене за подлогу, али лако могу услед људских радњи или природних појава постати нестабилне.

Ипак, поред овога треба напоменути да „кад оно што је било обешено падне, али и ако оно што виси падне пре се може сматрати за избаченим, а ако се просуло нешто што је висило, мада га нико није просуо” (D. 9, 3, 1, 3), биће основа да се лице које је одређено едиктом позове на одговорност, али се неће применити едикт *Ne quis in suggrunda*, већ едикт *De is qui deiecerint vel effuderint*. Ово из разлога што се по едикту *Ne quis in suggrunda* не узима у обзир да ли је ствар нашкодила, већ се узима у обзир сама могућност да нашкоди (D. 9, 3, 5, 11).

Међутим, поред чињења, овај квазиделикт ће постојати и у случају нечињења. Таква ситуација постоји онда када неко није сам поставио ствар већ трпи оно што је постављено од стране неког другог. Такво лице не само да није лично поставило ствар, већ не предузима никакве мере да ствар уклони иако зна да ју је неко други поставио и да се налази у положају који представља опасност по живот и имовину пролазника. Поред овога, немарност одговорног лица није се огледала само у пасивном држању када је требало уклонити оно што је неко други поставио већ и онда када није показивана намера да се уклони оно што је настало као последица других процеса, нпр. не уклања цреп, олуке или делове фасаде који прете да падну.

На крају разматрања о поступцима којима се стварају ситуације за позивање на одговорност, а имајући у виду обавезу да се „не држи оно што падом може нашкодити”, може се закључити да је овај едикт имао широку примену. Наиме, није се примењивао само онда када може бити речи о постављању ствари или не предузимању радњи да се исте уклоне, већ и онда када су пролазници били угрожени „стварима”, које су последице природних појава, као што су снег или леденице на крововима, а одговорна особа их није уклонила.

4. Одговорна лица

Тужба којом се остваривала заштита по основу овог квазиделикта била је *de positis et suspensis*. Ова тужба, коју је створио претор још пре Цицероновог времена (Стојчевић, 1977: 299), припадала је групи популарних тужби (*actiones populares*), што значи да ју је могао подићи било ко од грађана, али је предност давана лицу које је имало најјачи интерес да казна буде плаћена (Маленица, Деретић, 2011: 426). Казна

је била 10.000 сестерција, односно 10 ауреа по Јустинијановом праву, а подизала се против власника објекта (зграда, кућа, пословна просторија) или станара тих објеката.

У едикту је круг лица на које се односи забрана постављања ствари у опасан положај изражен формулацијом „нека нико”. То је значило да се забрана односила на све, било станаре, било власнике зграда, било да ту станују било да не станују, али који имају нешто постављено на тим местима (D. 9, 3, 5, 8). Међутим, овде треба направити разлику између одговорног лица и лица које је поставило ствар у недозвољени положај. Наиме, радњу постављања ствари чинио је или је могло да учини не само власник или закупац објекта, већ неко други, нпр. роб или члан породице, али ће одговорно лице увек бити власник или станар објекта. Одређење пасивне легитимације, на овај начин, свакако је било у складу са основном идејом едикта – појачати заштиту грађана и олакшати положај тужиоца. Лакше је било утврдити ко је власник или станар објекта, него ко је заиста поставио ствари.

Власници или станари су били позвани на одговорност и у случају када сами нису ништа поставили, али нису предузимали никакве мере да ствар уклоне и трпели су оно што је било постављено од неког другог. Из тог разлога, уколико је роб поставио, а господар је трпео оно што је постављено, господар није одговарао по основу ноксалне тужбе, већ је одговарао у своје име (Romac, 1973: 461).

С друге стране, у ситуацији када је оно што је било постављено пало и када је неком нашкодило, оштећени је имао право да подигне Аквилијанску тужбу за накнаду настале штете⁸, јер се *actio de positis et suspensis* давала само како би се казнило изазивање опасности. У оваквој ситуацији, аквилијанска тужба је била усмерена против онога који је ствар поставио, а не против онога који је ту становао. Међутим, овде треба напоменути да је у овим случајевима постојао проблем идентификације субјекта који је поставио ствар, „јер се не може са сигурношћу утврдити да је држао нешто постављено онај који је поставио, сем ако није био или власник зграде или станар” (D. 9, 3, 5, 12).

⁸ Доношењем Аквилијевог закона о штети из 286. п.н.е., Римљани су утврдили како општи појам штете тако и правила накнаде штете. За накнаду штете тражило се да се радња учиниоца састоји у чињењу, да веза између радње и последице буде непосредна, као и постојање кривице (степен кривице није био од пресудног значаја, одговарало се и за нехат). Овим законом уведена је идеја обештећења лица које је претрпело штету, и одступило се од идеје освете која је до тада практикована.

5. Правна природа одговорности

Извршиоци радње постављања ствари на спољашње стране зидова, на гредама или крововима могли су да буду чланови породице или робови. Међутим, без обзира на стварног извршиоца радње, пасивно легитимисан био је власник објекта или станар, што се јасно закључује из едикта. Зато су, међу романистима, ове одредбе биле основно полазиште за став да је реч о објективној одговорности за кривицу било роба било слободне особе (Jaramaz Reskušić, Simonoski Bukovski, 2011: 67 Богуновић, 2014: 205 Полојас, 2011: 134).

Дакле, власник или закупац је био одговорни независно од постојања кривице. Једино што је било релевантно у погледу одређивања одговорног лица, јесте да се радило о ономе који је имао нешто постављено, па се сходно томе није улазило у питање о томе ко је заиста неку ствар и поставио. Тако, уколико би роб нешто поставио, а господар трпео оно што је постављено одговарао је господар (D. 9, 3, 5, 10). Дакле, није било места ноксалној одговорности, јер власник или станар који је знао да је нешто обешено и допустио да то остане је крив, без могућности факултативног ослобођења од одговорности (Богуновић, 2014: 2016). Уједно, ова одредба је била кључна да неки од теоретичара одступе од концепта објективне одговорности за овај квазиделикт. Најгласнији је био професор Alan Watson, који сматра да се одговорност *habitato* на неки начин заснива на кривици, јер је имао сазнање да је ствар постављена и самим тим могућност да је уклони, али то није учинио (Descheemaeker, 2012: 11).

Ипак, у одредби која гласи „ако буде сазнања да је то учинио роб без знања господара, заповедићу да га преда у ноксу” (Palmirski, 2006: 322), потврђује се полазиште о објективној одговорности. Ово из разлога што је у римском праву ноксална одговорност била објективна (Mirić Karanikić, 2013: 23). Став о заступљености субјективне одговорности не можемо сматрати правилом, јер се о постојању субјективне одговорности закључује само на основу једне одредбе едикта, те је о субјективној одговорности можда исправније говорити као о изузетку.

Међутим, узимајући у обзир круг лица која се позивају на одговорност, поставља се питање због чега у едикту постоји недоследност, односно две врсте објективне одговорности. Једна је одговорност *suo nomine*, лична и непосредна одговорност корисника стана, друга је ноксална, ограничена одговорност *servi nomine* (Полојас, 2011: 134).

Што се тиче одговорности *suo nomine*, могуће објашњење се заснива на разлозима јавног интереса. Неопходно је било заштитити имовину и личност свакодневних пролазника, а с тим у складу предвиђена је

и популарна тужба чијим подизањем се угрожени пролазник налазио у повољнијем положају. У поступку није морао да доказује кривицу извршиоца, јер је по едикту јасно било предвиђено ко је пасивно легитимисан. С друге стране, ноксалном одговорношћу се штитио власник или станар, јер се њоме ограничавала њихова одговорност. Ако је било осуђено одговорно лице, оно је могло предајом роба да избегне плаћање суме новца утврђене у спору (D. 9, 4, 43). Циљ одговорности *suo nomine* био је да учини одговорним надређеног за понашање у стану или згради над којим он има контролу, док је циљ ноксалних тужби да се омогући непосредна одговорност делинквента, а да се одговорност надређеног ограничи и олакша (Poloјас, 2011: 134).

На крају разматрања о правној природи одговорности, треба навести једно интересантно и оригинално мишљење. Eric Descheemaeker сматра да је одговорност из овог едикта ситуациона одговорност. Овај израз се користи за описивање одговорности која произилази из појаве одређене чињеничне ситуације. Суштински, то је синоним за објективну одговорност, али њена карактеристика је да се у први план не истиче питање кривице, већ се наглашава специфичност чињеничног стања на којем се темељи одговорност. Фраза „ситуациона одговорност” је боља, јер наглашава чињеницу да није реч само о одговорности без кривице нити чак о одговорности без обзира на кривицу, већ о одговорности која је утемељена само на основу чињеничног стања (Descheemaeker, 2009: 2).

5. Закључак

Поједине ствари, иако су намењене да служе човеку и да му олакшају свакодневни живот могу представљати опасност за друге људе и њихову имовину, не само због природе ствари и структуре, већ и положаја који заузимају у простору.

Са проблемима неопрезности и безобзирности приликом коришћења ствари и њене различите употребе суочавали су се и староримски грађани. Разлози јавног интереса захтевали су правно регулисање ових ситуација, а што је и учињено интервенцијом претора, који је доношењем едикта *Ne quis in suggrunda*, у периоду републике, предвидео одговорност због високо постављених ствари, односно одговорност за створену опасност.

Претор је овим поступком, тј. доношењем едикта, настојао да заштитити све оне који су уобичајено пролазили уским улицама између високих зграда и пословних објеката, јер је опасност од повреда или оштећења имовине увек претила. Наиме, могуће је замислити шта је све могло бити постављено на балконима, крововима, гредама или зидовима

ионако оронулих зграда и других грађевина изграђених од лошег материјала, које су се и саме лако урушавале.

Из тог разлога је, да би се предупредила штета, која је могла настати падом окачених ствари, претор предвидео популарну тужбу, која је подизана против власника објекта (зграда, кућа, пословна просторија) или станара тих објеката. Казна за одговорно лице била је 10.000 сестерција односно 10 ауреа по Јустинијановом праву.

У прилог томе да су претори предвиђањем ове одговорности настојали да заштите пролазнике и њихову имовину и да је та заштита био примарни циљ, говори и то која су лица за овај квазиделикт била одговорна и какав је положај активно легитимисаног лица. Наиме, пасивно легитимисан је био станар или власник објекта, иако би радњу постављања могао да изврши неко од укућана, а положај лица у поступку, које је подигло тужбу, тј. активно легитимисаног, био је олакшан тиме што није морало да доказује ко је заиста ствар поставио у одређени положај.

На крају, можемо додати и то да су Римљани имали за оно време, тј. своје прилике и потребе овакав правни изум, који је као и већина њихових института нашао примену и данас. Међутим, наглашавамо да је дошло до незнатне трансформације и о овим ситуацијама можемо говорити једино у контексту одговорности за опасне ствари. Дакле, за савремене прилике једино може бити речи о објективној одговорности за опасне ствари. Дефинисањем овог појма баве се правна теорија и судска пракса, јер правна регулатива најчешће није оптерећена дефинисањем опасне ствари, а под опасном ствари подразумева се ствар штетног потенцијала, који се процењује с обзиром или на својство ствари (структура, сама природа, унутрашње особине), услове који се захтевају за њено руковање или према положају који ствар заузима у простору.

Листа референци

Aličić, S. (2013). *Justinijanov Digesta – deveta knjiga*. Tutin;

Богунувић, М. (2014). *Објективна одговорност у римском праву*. Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци. 36/2014.187–209;

Бујуклић, Ж. (2005). *Римско право*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду;

Danilović, J. Stanojević, O. (2003). *Tekstovi iz rimskog prava*. Београд: Јавно предузеће Службени лист ССГ;

- Descheemaeker, E. (2009). *The Roman division of wrongs: A new hypothesis, Roman Legal Tradition*, Ames Foundation and the University of Glasgow School of Law. 5/2009. 1–23;
- Descheemaeker, E. (2012). *Obligaciones quasi ex delicto and Strict Liability in Roman Law*, University of Edinburgh School of Law Research Paper 3/2012, 1–20;
- Havlicek, F. Morcinek, M. (2016), *Waste and Pollution in the Ancient Roman Empire*, Journal of Landscape Ecology, Vol: 9, No. 3, 33–49. Преузето: 24. 5. 2017 <http://mendelu.vedeckecasopisy.cz/publicFiles/001117.pdf>;
- Horvat, M. (1958). *Rimsko pravo*. Zagreb: Tisak Topografije;
- Плић, V. (2015). *Recepcija dva rimska edikta u Srpski građanski zakonik*. Гласник адвокатске коморе Војводине у Новом Саду 4/2015, 195–206;
- Jaramaz Reskušić, I. Simonoski Bukovski, D. (2011). *Kvazidelikti u rimskom pravu: slučaji: iudex qui litem suam fecit*. *Pravnik* 45/2011. 65–80;
- Kaser, M. (1968). *Romishes privatrecht*. London: Butterworths;
- Маленица, А. Деретић, Н. (2011). *Римско право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду;
- Милошевић, М. (2005). *Римско право*. Београд: Номос;
- Mirić Karanikić, M. (2013). *Objektivna odgovornost za štetu*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду;
- Nicholas, B. (1962). *An Introduction to Roman Law*. Oxford: Clarendon press;
- Ноел Ж.Р. (2009). *Стару Рим*. Београд: Clio;
- Polojас, М. (2011). *O dve vrste objektivne odgovornosti habitatora iz ugla pretorovog edikta de his qui effuderint vel deiecerint* (Ulpian, 9.3.1.pr-1). У: Лилић, С. (ур.). Перспективе имплементације европских стандарда у правни систем Србије, књига I. 132–142;
- Palmirski, T. (2006). *How the commentaries to de his qui deiecerint vel effuderint and ne quis in suggrunda edicts could be used on the ground of edictum de feris*. *Revue internationale des droits de l'antiquité*, No. 53. Electronic version. Преузето: 24. 5. 2017. <http://local.droit.ulg.ac.be/sa/rida/file/2006/Palmirski.pdf>. 322–334;
- Romas, A. (1973). *Izvori rimskog prava*. Zagreb: Informator ;
- Сич, М. (2002). *Практикум из римског права*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду;

Станишић, С. (2013). *Прилог расправи о опасним стварима и опасним дјелатностима*. Бања Лука: Годишњак факултета правних наука у Бањој Луци. 3/2013. 82–100;

Станковић, Е. (2017). *Јавно здравље у старом Риму – cloaca maxima*. Крагујевац: Зборник радова Услуге и одговорност. 617–625;

Станковић, Е. Владетић, С. (2014). *Римско право*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу;

Станојевић, О. (2008). *Римско право*. Београд: Досије студио;

Стојчевић, Д. (1977). *Римско право*. Београд: Савремена администрација.

LIABILITY FOR OVERHANGING OR SUSPENDED OBJECTS CAUSING SAFETY RISK IN ROMAN LAW

Milica Sovrlić

PhD Student, Faculty of Law, University of Kragujevac

Summary

*In Roman law, the adoption of the praetor's edict *Ne quis in suggrunda* was the legal ground for regulating responsibility for dangerously hanging objects that posed risk to citizens' safety. It was the result of the need to protect the passers-by whose lives and assets were endangered by the fall of different objects hanging from surrounding buildings. In this paper, relying on the specific provisions of this edict, the author analyzes the presumed liability for the created risk stemming from hanging objects or items placed in a particular position, without dealing with the consequences i.e the damage resulting from the falling objects, which was regulated as a separate legal situation. Namely, in terms of the sources of obligation, the responsibility to keep things in a specific condition falls within the domain of quasi-delicts, whereas the responsibility for a detrimental consequence caused by falling objects falls within the domain of Acquilian liability (*actio legis Aquilie*). Thus, in case of any injury or damage sustained due to the fall of an overhanging or suspended object causing safety risk, the injured party could file a lawsuit under the Acquilian law (*actio legis Aquilie*)*

Keywords: Roman law, quasi-delict, overhanging/suspended objects, safety risk, liability, *actio popularis*, (*actio legis Aquilie*).

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 31.05.2018.
Рад прихваћен: 09.10.2018.

UDK: 347.623(497.11)"13"

ЦРКВЕНИ БРАК У ДУШАНОВОМ ЗАКОНИКУ¹

Стефан Стојановић²

Студент докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Душанов законик је најзначајнији правни акт средњовековне Србије. Законодавство цара Стефана Душана поред Законика обухватало је Синтагму Матије Властара (византијска правна компилација из прве половине XIV века) и тзв. Закон цара Јустинијана (особена српска правна компилација заснована на преводу неколико византијских правних текстова). У раду је извршена анализа норми Душановог законика о црквеном браку уз одговарајуће правноисторијско разматрање овог института у средњовековној Србији пре доношења Душановог Законика и утицаја византијског права.

Кључне речи: црквени брак, Душанов законик, Властарева Синтагма, српско средњовековно право, византијско право.

1. Увод

Брак је правна установа породичног права. Он се у правној теорији дефинише као правни акт односно као споразум или одлука два лица супротног пола о заједничком животу, али и као правни однос (одн. стање заједнице живота) супружника у којем они имају одређена права и обавезе, настао на основу брака као правног акта.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

² stojanovicst91@gmail.com.

Историја права познаје и друге дефиниције брака. Тако Дигеста садрже Модестинову дефиницију брака (D. 23. 2. 1): „*Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*” („Брак је веза између мужа и жене, сједињењих за цео живот, заједница божанског и људског права”). Ова дефиниција брака је преузета у византијском правном зборнику Прохирону, а преко Прохирона и у Савин Номоканон. Јустинијанове Институције (I. 9,1) на следећи начин дефинишу брак: „*Nuptiae, aut matrimonium est viri et mulierisconiunctio individuam contuetudinem vitae continens*” („Брак је веза између мужа и жене која садржи нераздвојиву животну заједницу”).

Душанов законик у другом и трећем члану регулише брак као правни акт и предвиђа црквено венчање као једини пуноважан начин склапања брака, односно црквени благослов као *conditio sine qua non*. У Византији је брачно и породично право било регулисано правилима (канонима) црквеног права. Брак је једна од седам светих тајни, а обавезност црквеног венчања уведена је новелом цара Лава Филозофа из 893. године, која одређује да је црквени благослов неопходан услов за правоваљаност брака.

Под утицајем византијског права брачно и породично право постају део канонског права и у словенским земљама које су хришћанство примиле преко Византије. Тако у Русији крајем X века, црква почиње да уређује брак, развод и нематеријалне, моралне односе у породици. Међу крштеним Русима брак без црквеног венчања све више почиње да се доживљава као грех који може да се лоше одрази и на потомке, те дефинитивно постаје црквена установа (Николић, 2000: 176). Надлежност црквених судова у Русији била је одређена црквеним уставима древноруских кнежева од којих се по важности, значају и угледу издвајају: Црквени устав кнеза Владимира I³ и Црквени устав Јарослава Мудрог. Црквени устав кнеза Владимира ставио је парнице о имовинским споровима између супружника и споровима о наследству у надлежност црквеног суда, суда митрополита и епископа (Ђорђевић, 2013: 305).

У средњовековној Србији правила византијског црквеног права о браку реципирана су у *Законоправили* Светог Саве. *Законоправило* садржи велики број прописа о браку, посебно је значајно што су у овај одабир уврштене Новеле византијских царева и прописи Цариградских патријарха из XI века. То је значило да су у српској цркви, већ на њеним почецима, били познати за то време најсавременији прописи из области брачног права (Копривица 2013: 552). Будући да су канони о браку и црквеном

3 Његов потпуни наслов је „Устав Светог кнеза Владимира, који је крстио Руску земљу, о црквеним судовима”.

венчању постали део правног система средњовековне Србије Савиним законодавством, логично се намеће питање због чега је била неопходна световна интервенција у брачном праву од стране Душановог законика, који већ у својим првим одредбама наређује обавезно црквено венчање. Готово иста појава била је присутна и у византијској државноправној историји.⁴ Наиме, након Новеле цара Лава Филозофа из 893. године⁵, потоњи византијски цареви још у неколико наврата доносе новеле којима прописују црквени брак. Тако је цар Алексије Комнен 1095. године издао Новелу којом се црквени брак проглашава обавезним и за робове, да би напослетку 1306. године цар Андроник II и патријарх Атанасије издали Новелу којом се тражи да сваки брак буде венчан са знањем дотичног духовника (Соловјев, 1980: 172).

Управо ове тежње црквених и световних власти у Византији, али и у немањих Србији, да се црквено венчање приближи народу указују на чињеницу да је црквено венчање тешко улазило у народни живот како код Грка, тако и код Срба. Из овога можемо претпоставити да су у Србији XIV века многи сељаци, па чак и властела, склапали брак не упитавши о томе црквене власти (Соловјев, 1980: 172).

Да избегавање црквеног венчања приликом склапања брака није било својствено само српском средњем веку, већ да је било карактеристично и за остатак хришћанског света истиче М. Копривица (2013: 556): „Узроци ове појаве могу се потражити и у самим почецима хришћанске цркве. Брак је постојао пре хришћанства, које га је прихватило у виду какав је постојао код Јевреја и на простору Римског царства, на коме се хришћанство формирало. Сврставајући брак у свете тајне, хришћанство му је дало идеалистичку димензију. Црква га је, као свету тајну, сматрала пожељним за све вернике. Поред тога, хришћанска црква је признавала, или показивала велику толеранцију, према браку који је склопљен по римском праву. Уз то, у многим хришћанским правним нормама сусрећу се прописи преузети из римског права.” Уз константну државну интервенцију да се бракови склапају по одобрењу и благослову цркве, коначну превагу

4 Познати су покушаји цара Јустинијана да уведе обавезно црквено склапање брака за становништво вишег и средњег слоја, али они су протумачени као покушаји да се наплате таксе за обављање овог чина и нису наишли на одобравање (Милаш, 1902: 613–617).

5 Постоје мишљења да је овај поступак цара Лава VI био мотивисан личним разлозима, и усмерен, пре свега на одобравање другог брака од стране цркве. Наиме, ова Новела је издата у периоду склапања његовог другог брака са Зојом, за који је тражио одобрење цркве без уобичајене епитимије (Троицки, 1934: 176–177).

у православним државама црквено венчање однело је над римским и обичајним правом тек у XIV веку⁶.

2. Црквено венчање у Србији до доношења Душановог законика

У средњовековним српским изворима израз *венчање* сусреће се у више значења. Једно од њих је крунисање владара. Ипак, чешће значење овог израза било је склапање брака по црквеном обреду. Сам израз своје порекло има у античкој традицији полагања венаца на главу младенцима, док се приликом црквеног венчања на главе младенаца полагају круне. Стари српски израз за склапање брака је *свадба*. Свадба је представљала народну светковину, односно склапање брака по старим народним обичајима. Средњовековно српско право познаје израз *женити се*, означавајући њиме ступање у брак од стране мушкарца, али и израз *мужити се*⁷, који подразумева ступање у брак од стране жене.

Законоправило Светог Саве (тзв. Крмчија), као прва рецепција византијског права у Србији, представља збирку мешовитог световног и црквеног права, али и продор византијских правних начела у српско право. Законоправило је увело по први пут одредбу о обавезности црквеног брака у српско право, будући да садржи поменути Новелу цара Алексија I Комнина из 1095. године. Међутим, Свети Сава је у свој Номоканон уврстио и византијски *Прохирон*, чије одредбе брачног права своје порекло имају у римском праву, тј. садржи Модестинову дефиницију брака, која не захтева црквено венчање (Šarčić, 2004: 99–103). О практичној примени ових прописа мало се може рећи, нарочито што исти зборник садржи опречне ставове по питању склапања брака.

Иако се на основу самих прописа Законоправила не може извести закључак о примени црквеног венчања у пракси, рад првог српског

6 У католичкој цркви тек је на Тридентском сабору 1563. године прописано обавезно црквено венчање уз учешће свештеника у процесу склапања бракова. Међутим, ни после тога црквено венчање није потпуно заживело (Троицки, 1934: 176–177).

7 Овај архаизам употребљава нпр. Душанов законик у члану 154, када прописује санкције за поротнике (али и поротнице), који би се лажно заклели: „*Који се поротци клну и оправе онога-зи по закону, и ако се, по то-зи оправе, поличје 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.*” Душанов законик, текст у: Николић Д, Ђорђевић А. : Законски текстови старог и средњег века, Ниш 2013, стр. 151–184; текст Законика дат је на основу издања Душановог законика која су приредили С. Новаковић (1898), Н. Радојчић (1960), С. Стојичић (1970) и Б. Марковић (1986).

архиепископа да српским верницима приближи црквено венчање свакако је довољан доказ да је Свети Сава својим Номоканоном желео да сваки брак у Србији буде учињен уз црквени благослов. О томе нам сведочи Доментијан, Савин биограф, у свом делу *Житије Светог Саве* (2001: 242–245), наводећи да је питање приближавања црквеног венчања народу била једна од првих активности после формирања и организовања Српске цркве, те да је ова дужност била поверена протоповима, објашњавајући и зашто: „Јер беху се женили многи људи по закону, али не беху венчани; као овце које немају пастира беху они пометени. А посланима заповеди да овако венчавају род људски: да сабирају у цркви све, старце и средовечне и младе мужеве и жене, и сву децу која су од њих рођена, без законског благослова, сакупивши их под окриље њихових родитеља да их тако венчавају једног по једног, све, да буду сви благословени у име Господње.”

Вероватно су се бракови у пракси средњовековне Србије до доношења Номоканона склапали према обичајном праву, што је подразумевало неку врсту уговора или договора између младенаца и њихових родитеља, а могли су да буду склопљени и отмицом или куповином девојке⁸. У законодавству Стефана Душана, отмица девојке представља кривично дело. Тако је овом кривичном делу у Синтагми Матије Властара (Суботин–Голубовић, 2013: 73) посвећена глава А-13 (*О онима који отимају жене брака ради*), која је ушла у *Скраћену Синтагму* нешто скраћена, као глава А-12. Основни закон (познат Србима још из превода Прохирона) прети смртном казном отмичарима, ако су наоружани, док се помагачи кажњавају батинањем, шишањем и одсецањем носа, а ако је отмица била без оружја, отмичар губи руку, а помагачи трпе прогонство после батинања и шишања (Соловјев, 1998: 486). Душанов законик нема посебних одредаба о овом кривичном делу, сем члана 192. који „разбој владичаски” (отмица и силовање властелинске девојке) ставља у надлежност царског суда.⁹

Жичка повеља краља Стефана Првовенчаног 1220. године, иако предвиђа нераскидивост брака, нпр. чл. 17: „и *потому божанствени (с) закон научивше по црковному уставу и предани, и господско запрешченије бист: не разлучати се мужу от жене и жене от мужа*” (Стојичић, 2002: 28), ипак не садржи ниједну одредбу о обавезном црквеном венчању.

8 Отмица девојке, а касније куповина невесте део су најстаријег словенског обичајног права. Тако се у старом руском праву отмица девојке називала умичка, односно умиканије, а износ који се плаћао родитељима невесте вено. (Кадлец, 1924: 78).

9 Члан 192. ДЗ гласи: „*За три работе, за неверу, за крв и за разбојвладичаски да иду пред цара*” (Николић, Ђорђевић, 2013: 170).

Синтагма Матије Властара садржи бројне црквене и световне одредбе брачног права, али не садржи веома значајне новеле византијских царева (Новела цара Алексија I Комнина из 1095. године и Новела цара Андроника II из 1306. године), којима се у византијско право уводи обавезни црквени брак. Насупрот томе, Синтагма садржи Модестинову дефиницију брака која се налази у глави Г-2, допуњену од стране редактора Епанагоге: „Брак је сједињавање мушкарца и жене и заједнички усуд током целог живота, јединство божанског и људског права, било да је то (обављено) благословом, венчањем, било са записом (тј. уговором – напомена аутора); а не прихватамо оно што се преко тога догоди” (Суботин-Голубовић, 2013: 73). Дакле, Модестинова дефиниција је допуњена начинима за склапање брака, па је предвиђено да се брак може склопити било благословом и венчањем, било уговором.

Редактори *Скраћене Синтагме* изоставили су већи број црквених правила о браку, док су задржали световне. Скраћена Синтагма, као и Пуна Синтагма, не садржи одредбу о обавезном црквеном венчању. Душанов законик нема пуно прописа о брачном праву, будући да је оно претежно регулисано Скраћеном Синтагмом. Законик само доноси одредбе о обавезном црквеном браку, управо оне које су недостајале Синтагми.

3. Црквено венчање у Душановом законнику

У српским правним изворима до доношења Душановог законика, готово да нема одредбе о црквеном венчању као једином и пуноважном начину склапања брака. Изузетак у том смислу је *Законоправило* Светог Саве које садржи Новелу цара Алексија I Комнина о црквеном браку. Међутим, чак и практични напори Светог Саве да уведе црквено венчање у правни живот српског народа изгледа нису дали очекиване резултате, будући да је то онемогућавала снага обичајног права, као и непостојање конкретне одредбе о обавезном црквеном венчању снабдевене одговарајућом санкцијом. Одредбе Душановог законика којима се уводи обавезно црквено венчање говоре у прилог овој тези. Оне се налазе одмах после првог члана: „*Најпрво за христијанство. Свим-же образом да се очисти христијанство*” (Николић, Ђорђевић, 2013: 151). Дакле, хришћанство (православље) требало је „очистити” и од невенчаних бракова, склопљених без благослова цркве. Зато је цар Душан поставио дотичне прописе на првом месту у своме Законнику, јер је очигледно сматрао црквени брак предусловом хришћанске породице, која има да буде темељ хришћански уређеног друштва (Тарановски, 2002: 442).

У свом другом члану Законик предвиђа: „*Властеле и прочи људи да се не жене не благословивше се у својега архијереја, али у тех-зи да се благослове које су изабрали (за) духовнике архијереји*” (Николић, Ђорђевић, 2013: 151). Овим чланом наређује се да се ни властела ни други људи не жене без благослова или свога архијереја или духовника од њега постављеног (Новаковић, 2004: 152). Законик овде не употребљава неку општу формулацију, како би обухватио све категорије становништва, већ посебно наглашава „властела и остали људи”, па ове одредбе немају класни карактер, већ је обавеза властеле и обичних људи потупно иста, односно да се никакви изузеци поводом обавезног црквеног брака не дозвољавају властели. Архијереј, односно од њега постављени духовник је имао обавезу да испита да ли постоје законске препреке за склапање брака, крвно или духовно сродство (Соловјев 1980: 172). Право да венчавају имали су *архијереји* (епископи), односно од њих канонски постављени *духовници* (парохијски свештеници).

У члану 3. Законик предвиђа: „*И ниједна свадба да се не учини без венчанија; ако ли се учини без благословенија и упрошенија цркве, такови да се разлуче.*” (Николић, Ђорђевић, 2013: 151). У овом члану употребљен је израз „свадба”. Свадба представља склапање брака по старим народним обичајима. Законик дозвољава овај обичај, али предвиђа да он сам није довољан за пуноважно склапање брака, већ је потребно и црквено венчање, као црквени чин вршења свете тајне. Да би до тога дошло неопходно је „упрошење цркве”, тј. молба упућена архијереју или духовнику који ће након што испита да ли постоје брачне сметње, дозволити (дати благослов) венчање.¹⁰ Т. Тарановски (2002: 442) наглашава да се за црквено склапање брака траже два акта, и то благослов, или дозвола на брак од стране епископа и венчање од надлежног парохијског свештеника, те повезује ове одредбе са општом одредбом Душановог законика (чл. 11), да се свуда по градовима и по селима поставе од епископа парохијски свештеници, који једино имају да врше свештенорадње, дакле и венчање.

Обавезност црквеног венчања фактички је установљена чланом 3. Д.З. прописивањем санкције. Када се свадба учини без венчања, односно без испуњења дотичних црквених услова, младенци имају да се *разлуче* (раставе). Дакле, ако су евентуално средњовековна српска држава и црква толерисале склапање брака по обичајном праву, од доношења Душановог законика то више није случај, јер се такав брак проглашава неважећим, а младенци се растављају, те црквена форма брака постаје једина и искључива.

¹⁰ Венчање је црквени обред у којем централно место заузима стављање круна (а пре хришћанства венаца) на главе младенаца.

4. Закључак

Душанов законик предвиђа обавезан црквени брак за све православне вернике своје царевине и на тај начин коначно ставља тачку на ранија законска колебања и толерисања склапања брака по обичајном праву. Законоправило Светог Саве, али и његови практични напори изгледа нису дали очекиване резултате по питању склапања брака уз црквени благослов. У народу се брак и даље склапао по обичајном праву, будући да свест о обавезности црквеног венчања још увек није била у довољној мери формирана. Томе је погодало и законодавство које није санкционисало овакав начин склапања брака. Тек ће цар Душан својим Закоником прописати да је брак који је склопљен без одобрења црквених власти ништав. Штитећи православље и цркву, наведене одредбе Законика имале су за циљ и очување српске православне породице као темеља српског средњовековног друштва.

Листа референци

Доментијан, С. (2001). *Житије Светог Саве*. прир. Љ. Јухас-Георгиевски, Београд;

Ђорђевић, А. (2013). *Црквени устави древноруских владара*. У: Николић, Д. Ђорђевић, А. Тодоровић, М. (ур.). *1700 година Миланског едикта*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу.

Кадлец, К. (1924). *Првобитно словенско право пре X века*. Београд;

Копривица, М. (2013). *Црквено венчање у средњовековној Србији*. У: Бојовић, Д. (ур.). *Свети цар Константин и хришћанство*. Ниш: Центар за црквене студије. 551–563;

Милаш, Н. (1902). *Православно црквено право: по општим црквено-правним изворима и посебним законским наредбама које важе у појединим аутокефалним црквама*. Мостар;

Николић, Д. (2000). *Древноруско словенско право*, Београд.

Николић, Д. Ђорђевић, А. (2013). *Законски текстови старог и средњег века*. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу;

Новаковић, С. (2004). *Законик Стефана Душана цара српског 1349. и 1354*. Београд;

Соловјев, А. (1980). *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. године*. Београд;

Соловјев, А. (1998). *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*. Београд;

Стојичић, С. С. (2002). *Државноправна историја српског народа*. Ниш: Спектар;

Суботин Голубовић, Т. (2013). *Матија Властар*, Синтагма. Београд;

Šarkić, S. (2004). *The Concept of Marriage in Roman, Byzantine and Serbian Medieval Law*, Зборник радова Византолошког института. 1(XLI). 99–103;

Тарановски, Т. (2002). *Историја српског права у Немањинској држави*. Београд;

Троицки, С. (1934). *Хришћанска филозофија брака*. Београд.

CHURCH MARRIAGE IN DUŠAN'S CODE

Stefan Stojanović

PhD student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

Emperor Dušan's Code is the most important legal act of medieval Serbia. In addition to the Code, the legislation promulgated by Emperor Stephen Dušan also included Vlastar's Syntagma (Byzantine law compilation from the first half of the XIV century) and the so-called The Law of Emperor Justinian (a special Serbian legal compilation based on translation of several Byzantine legal texts). The paper analyzes the norms of Dušan's Code pertaining to Church Marriage, and discusses the historical and legal implications of this institute in medieval Serbia before the adoption of Dušan's Code and the influence of Byzantine law.

Keywords: church marriage, Dušan's Code, Vlastar's Syntagma, Serbian medieval law, Byzantine law.

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 31.05.2018.
Рад прихваћен: 09.10.2018.

UDK: 35.07.2(497.11)"18"

РАЗВОЈ СЛУЖБЕНИЧКОГ ЗАКОНОДАВСТВА СРБИЈЕ ДО НАМЕСНИЧКОГ УСТАВА 1869. ГОДИНЕ

Душан Благојевић¹

Студент докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Циљ рада је анализа развоја службеничког законодавства у нововековној Србији, која је након вишевековног застоја у развоју државности настојала да правни систем гради по угледу на тадашње грађанске европске државе. Пут модернизације није увек био проходан и гладак, пошто су на њему стајали ригидни обрасци патријархалног српског друштва, али и нови друштвено-економски и политички односи. Током XIX и у првим деценијама XX века могу се уочити поједине етапе државноправног развитка чији је битан део чинило и службеничко законодавство. Анализом правних прописа о организацији државне управе и државним службеницима у периоду постојања Србије као самосталне државе (1804–1918) идентификоване су поједине фазе развоја службеничког законодавства. Да не бисмо превазишли оквире овог рада, определили смо се да се као хронолошке границе узму 1804, као година почетка стварања модерне Србије, и 1869, као година уставне реформе која је и у државноправном, а посебно у погледу развитка службеничког законодавства представљала прекретницу. Узимајући у обзир да је данас питање службеничког система у Србији и више него актуелно, у раду указујемо на чињеницу да су у Србији пре готово два века постојали институти који су и данас основни институти службеничког система у државама чланицама Европске уније. С обзиром на то да је након Другог светског рата континуитет службеничког система прекинут, данас га је, можда више него икада раније нужно обновити, и то на начин да се осим инкорпорисања института других држава у овом процесу искористе и они институти које је познавало наше домаће право у XIX веку.

¹ dukarh@gmail.com.

Кључне речи: службеничко законодавство, чиновници, државна управа, правна сигурност, јавни интерес.

1. Увод

Државна управа је значајан сегмент јавног сектора сваке државе и снажно утиче на остале друштвене сфере. Унапређењем рада управе, мења се улога и положај запослених у управи; они данас све више имају активну улогу у процесу формулисања и спровођења политике. Само стварање професионалне управе је трајан и сложен процес који је праћен низом отежавајућих околности. Управни посленици имају важан задатак носиоца промена и промена бирократских начина рада. Према најновијим концепцијама реформе управе и службенички системи се посматрају са динамичког аспекта – као системи функционисања државних службеника у одређеним органима и организацијама којима се стварају претпоставке за професионално, непристрасно и успешно спровођење политике владе и обављање управних послова (Raadschelders, Toonen, Van der Meer, 2007: 299), док јавни интерес даје правац и значење свему што службеници раде.

У Европи се државна управа, у савременом смислу речи, као организовани систем управљања с професионалним државним службеницима, јавља почетком XVIII века. Јединствене кодификације службеничког права су појава новијег датума, док су почетне норме о правном статусу државних службеника биле садржане у различитим правним текстовима. У Европи је Француска прва, стварајући систем државне управе уз помоћ чиновништва, отпочела оштру и систематску борбу краљевске власти против сила које су ту власт крњиле (Krbek, 1948: 18). Стога не чуди да је и сам појам јавна односно државна служба настао у пракси француског Државног савета као „активност управе по начелима јавног права” у поступку „којим се задовољавају потребе од општег интереса” (Jese, 1926:36). Треба напоменути да је у XIX веку опсег делатности у којима су запослени сматрани државним службеницима обухватао, поред запослених у државној централној управи и локалној управи/самоуправи и запослене у јавним службама (здравство, просвета) и јавним предузећима (државна железница, речно бродарство, рудници итд.), односно био је много шири него данас.

Почев од националне револуције, 1804. године, Србија се, током XIX века од од периферне отоманске провинције постепено претварала у модерну грађанску државу, у којој су државни службеници имали веома важно, чак пресудно место. Ако се има у виду то да у грађанској држави „управа као институционални облик извршавања политичких циљева

представља непристрасну, рационалну и континуирану делатност коју врше професионални и деполитизовани управни службеници” (Лилић, 2008: 105), с правом се поставља питање у којој је мери државна управа уобличавана у Србији у XIX и првој половини XX века била у складу са овом констатацијом. На ово питање се, међутим, тешко може дати хронолошки уопштен или садржински паушалан одговор без уважавања специфичности друштвено-економског и политичког развоја које су омеђивале поједине фазе у државноправном животу Србије обележене сопственим посебним законитостима развитка. Службенички систем Србије креиран пре свега позитивним законодавством о државној управи и државним службеницима у том општем оквиру може се посматрати као једна еволутивна целина, почев од времена прве владавине кнеза Милоша Обреновића до краха југословенске државе у Другом светском рату. Већ у првој половини XIX века у Србији је почело да настаје законодавство о чиновницима, које је касније надограђивано, о чему ће бити речи у даљем излагању, при чему не треба сметнути с ума да вршене промене узроковане друштвеним, економским, идеолошким и политичким чиниоцима нису нужно значиле квалитативно позитивне помаке.

Прекид правног континуитета који је у нашој земљи уследио после Другог светског рата, утицао је на то да се положај државних службеника почео уређивати посебним прописима доношеним почев од деведесетих година XX века. Приступања Европској унији као стратешки циљ наше земље довео је до предузимања одређених активности усмерених на достизање стандарда који се од ње захтевају у процедури кандидовања за чланство. Те активности односе се на унапређење рада јавне управе и обезбеђивање високог квалитета услуга грађанима и привредним субјектима и стварање професионалне управе која ће допринети економској стабилности,² а сам процес европских интеграција, снажно је утицао на усвајање савременог службеничког законодавства.³

2 У новембру 2004. Влада Републике Србије усвојила је Стратегију реформе државне управе (Службени гласник РС, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС, 72/12, 9/14 и 42/14 – исправка). Одмах потом усвојен је и Акциони план за спровођење реформе државне управе за период 2009–2012. (www.drzavnauprava.gov.rs/files/ – прегледано 12. 10. 2015), а затим у новембру 2014. и Акциони план за спровођење стратегије јавне управе 2015–2016. Министарства државне управе и локалне самоуправе по коме „Циљ реформе јавне управе у Републици Србији је јавна управа заснована на принципима Европског управног простора, управа која пружа висок квалитет услуга грађанима и привреди и позитивно утиче на животни стандард грађана“. (www.mduls.gov.rs/akcioniplan2019122014 – прегледано 12. 10. 2015.)

3 Видети: *Закон о државним службеницима* (Службени гласник РС, бр. 79/2005, 81/2005, 83/2005, 64/2007, 67/2007, 116/2008, 104/09, 99/14).

2. Чиновници у Србији од 1804. до 1815. године

Први српски устанак и оружани успех Карађорђевих устаника 1804. довео је до тога да су у Београдском пашалуку органи турке власти замењени домаћим, а да је српска држава у устаничком периоду који је окончан њеним војним сломом 1813, иако формалноправно непризната, функционисала као *de facto* независна држава. Турска територијално – административна подела на нахије, кнежине и села је задржана, али су услови сталних борби утицали на устаничке вође да створе државну управу која је била претежно војног карактера. Врховна и локална власт устаничке државе, као и њена организација зависила је најпре од односа између Карађорђа и главних устаничких старешина, великих војвода, при чему овај однос није означавао само пуко отимање о старешинство и превласт већ је садржавао и различите концепције о уставном уређењу нове српске државе.

Уз врховног војводу, органи централне власти у устаничкој Србији били су: старешинске (војводске) скупштине, Правитељствујушчи совјет (од 1805) и Велики суд (од 1811), као најзначајнији локални органи издвојиле су се нахијске старешине које више не бира народ већ поставља виша власт, кнежинске и сеоске старешине које као и судије бира народ али нема права да их збаци изузев судским путем за учињене кривице. Карађорђе тежи да реорганизацијом државне управе ослаби утицај обласних господара, у чему на старешинској скупштини у Београду 1811. коначно и успева, те војводе постају чланови неке врсте заметка владе организоване у оквиру Совјета, и бивају именоване за команданте градова (утврђених места) или за старешине кнежина. Решавање питања власти у устаничкој Србији имало је две компоненте, прва је била борба за врховну власт, док је друга компонента била садржана у односу власти и народа. Ако се пође од тога да се тренд централистичког уређења државе какав је приметан у време Првог српског устанка да оправдати као нужан у ванредним приликама (борба против турске власти), његово продужавање и продубљивање у Србији у време успостављања редовног стања по окончању Другог српског устанка 1815. и нарочито после стицања аутономије 1830. остаје без оправдања.

3. Положај чиновника у Србији од 1815. до 1839. године

Окончањем Другог српског устанка 1815. у Србији се стичу формалноправни основи за организовање сопствене државне администрације истовремено са турском управом. До 1830. успоставља се тзв. систем двовлашћа, у коме Милош успева да свој однос са крупним

старешинама, највећим конкурентима у врховној власти реши у своју корист, након чега приступа централизацији власти. Било је јасно да су новој државној управи потребни чиновници да попуне административни апарат који се успостављао, а у недостатку образованих људи чиновничку службу врше сељаци земљовласници и трговци, али и Срби из Војводине, тзв. пречани. За време прве владе кнеза Милоша управа више има карактер приватне кнежеве службе него правих државних органа. Положај чиновника није био уређен законом, већ је као приватноправни однос зависио од воље кнеза који их је постављао, разрешавао и коме су одговарали за свој рад.

Србији је хатишерифом из 1830. године и формално признато право на независну унутрашњу управу, чиме је створен правни основ и за формално решавање уставног питања које се исцрпљивало у борби најкрупнијих старешина за ограничавање кнежеве апсолутне власти. 1835. године донет је Сретењски устав чија је дванаеста глава (чл. 132–139) садржала одредбе о правима чиновника. Поменуте одредбе су обухватале широк дијапазон права и дужности које су се кретале од одговорности за рад и правилно вршење службе чиновника, преко права на накнаду плате у случају службеног пута и премештаја у друго место, па све до одлуке Народне скупштине из 1835. којом су „народни службеници“ (чиновници) били ослобођени плаћања пореза.

После интервенције великих сила Сретењски устав је укинут, након чега је у Србији обновљен апсолутистички и централистички, „али сада ипак умногоме разблажен“ (Свирчевић, 2011: 106) систем кнеза Милоша. Кнез је задржао установу Совјета (предвиђену хатишерифом) са правом да врши законодавну, извршну и судску власт и да води надзор над управом, али му је променио назив – већ у јулу 1835. у Управитељни, а у октобру 1837. у Књажески совјет. Такође задржава и попечитеље (министре) и обезбеђује примену уставних одредаба које су регулисале правни положај чиновника. У централној управи све се мање осећа она кнежева некадашња бахатост, а након Милетине буне из 1835. године, Милош старешине локалних органа престаје да третира као своје личне слуге, и пристаје и на доношење закона којим би био регулисан њихов положај као неку врсту противуслуге за њихову помирљивост и даљу лојалност. Истовремено, Милош жели да сачува своју озбиљно уздрману управу и колико-толико одржи централизам, управо из тог разлога воспоставља области на челу са војним командантима. Зато је у новембру 1836. донет први закон који је редовним, правним путем уређивао надлежност и положај управних власти и чиновника. Крајем тридесетих година XIX века приступа се и униформисању целокупног државног апарата, што је била како последица

кнежеве намере да се и посебном одећом истакне одвајање од турске власти тако и израз његове тенденције милитаризације унутрашње управе. Првим прописом о униформама чиновника од 2. јуна 1838. забрањено је „нечиновничким лицима” да носе чиновничке знаке (Зборник XIV: 86). Након тога чиновници коначно престају да буду кнежеве слуге и постају прави државни службеници са јасним делокругом послова када је уставна концепција старешинске олигархије најзад однела превагу над кнежевом.

4. Положај чиновника у Србији од 1839. до 1858. године

Након доношења Турског устава уставобранитељи теже настављању са мерама чији је једини циљ био напуштање турског начина управе. У Србији се у доба уставобранитеља чиновништво први пут организује у један посебан друштвени ред по једном јасно профилисаном концепту. Оно добија свој правни статус са гаранцијом независности која подразумева непокретност и све више постаје угледна установа. Уставобранитељски закон о устројству окружних начелства и главним дужностима средњих начелника из 1839. године је закон који је конституисао пирамидалну хијерархију и круту бирократску субординацију органа управе у структури државне администрације.⁴ Стварање јаке централне власти и стабилног правног поретка у држави као очекивани резултат овог закона, међутим изостао је. Незадовољни оваквим стањем, уставобранитељи су убрзо издали неку врсту Упутства за примену овог закона (Зборник, 1840: 84–86), као и Уредбу за окружне казначеје (Зборник, 1840: 94–100), и Закон о устројству општина. Термин „народни службеници” као назив за службенике државе уставобранитељи су променили у „државни службеници” и „чиновници”, док је тренд повлашћивања чиновника започет одмах по доношењу Устава 1838. настављен и под кнезом Александром Карађорђевићем (1842–1858). У марту 1842. донете су две значајне уредбе којима је уређен положај чиновника, као и њихово напредовање од нижих ка вишим положајима у оквиру исте струке (Зборник II, 1842: 176–182) и Уредба о задржавању плате задужених чиновника и званичника како би се смањио тренд растућег задуживања државних службеника. Након ових уредаба донето је још неколико правних аката којима су уређена посебна питања од значаја за чиновнике, какви су: Решење о платама, додатним

4 Како не бисмо превазилазили оквире овог рада, нећемо се упуштати у детаљну анализу одредаба овог закона, само ћемо поменути да је ово закон који ће у уставној историји Србије бити на снази најдуже од свих закона, и то од 12. маја 1839. године до 1888. и 1894–1905. године, тј. није било на снази само за време важења Устава од 1888. године.

приходима, дневницама, решење о дуплој плати, трошковима превоза (Зборник II,1842: 55, III: 90, V: 89, VI: 56, 84).

Узимајући у обзир све раније поменуто, може се закључити да у уставобранитељском периоду чиновник постаје стално и цењено занимање првенствено због сталности положаја (једном добијено постављење односно унапређење може се изгубити само у случају почињене кривице која мора бити доказана судским путем). Уставобранитељска идеја да је чиновничко звање једно добро које му само суд може одузети је у крајњем исходу имала и веома значајних негативних последица. Дисциплине у редовима чиновника бивало је све мање, а неуредности, бахатости и злоупотреба све више. Пошто не може да отпушта чиновнике, влада прибегава њиховом премештању, што је у условима неразвијених саобраћајних комуникација за чиновнике, нарочито оне са породицом, била права казна, али ни ова често коришћена мера није донела осетнији бољитак.

Напослетку, чиновништво није успело да добије оно поштовање које му је по уставобранитељским замислима дуговао народ. Замерке су стизале како од стране владе, тако и од стране маса сељачког народа, чији је став, или боље речено отворена омраза осликан у називу „капуташи” који је чиновницима додељен. Ни спољна обележја, титуле (превсходителство, високородије, високоблагородије, благородије) и униформе, нису могла да умање међусобну омразу, нити да чиновницима у народу прибаве потребни (жељени) ауторитет. Народ је чиновнике сматрао паразитима који без рада уживају у привилегијама. Почетна непопуларност чиновника постепено је прерасла у опште незадовољство које се пренело на целу земљу, те су уставобранитељи били приморани да у децембру 1858. донесу Закон о образовању нарочитих, изванредних комисија са задатком да обиђу читаву земљу, провере понашање чиновника и утврде њихове евентуалне кривице и злоупотребе (Никић,1927: 80). Ова се реакција испоставила закаснелом, а сам Уставобранитељски режим оптерећен сукобом кнеза и Совјета, ближио се крају и никакве мере нису могле да продуже његов опстанак. Незадовољство народа ношено идејама либералне интелигенције о коренитим политичким реформама довело је до захтева за одржавањем Народне скупштине који уставобранитељи више нису могли игнорисати.

5. Положај чиновника у Србији од 1860 до 1868. године

Светоандрејска скупштина одржана крајем 1858. године означила је крај власти кнеза Александра Карађорђевића и уставобранитеља, и поновну владавину кнеза Милоша Обреновића, који је по повратку у Србију

намеравао владати исто онако деспотски као раније, не схватајући да су се друштвене прилике у земљи за двадесет година колико је провео ван ње битно промениле, као и да су се установе које су уставобранитељи успоставили за то време већ довољно утврдиле. Једном речју, повратак на старо више није био могућ, а кнежев покушај васпостављања апсолутне централизоване власти, свео се на просто непоштовање одредаба важећег устава од 1838. године. Када је реч о чиновницима, повратком на режим слободног отпуштања из државне службе, приступа се првом замашнијем пречишћавању чиновництва које ће у каснијој политичкој историји Србије постати редовни пратилац промене режима. Остарели кнез Милош више инстинктивно него по идејном опредељењу за грађанску државу креће према коначном укидању феудалног поретка који је значио партикуларизам и крњио његову власт, те је логична последица тога било и укидање чиновничких титула као израза тих тенденција.

Након смрти кнеза Милоша, 1860. године, на престо поново долази Михаило, кога су, као младог и неискусног кнеза 1842. године, уставобранитељи уз помоћ војске најурили из Србије. Михаило је, међутим у међувремену сазрео и преузео власт са потпуно јасном концепцијом државног уређења које је требало успоставити како би Србија постала онаквом каквом ју је кнез Михаило видео. А он ју је видео као предводницу у покрету коначног ослобођења балканских народа од зулума турке власти и чије би коначно одредиште било у својеврсном државном савезу будућих држава тих народа. Предуслов за све то било је постизање унутрашњег државног јединства, уздизање српског народа у ред просвећених европских народа, што је са собом повлачило и усредсређивање власти у рукама кнеза који је желео владати као просвећени апсолутиста. Важећи Турски устав представљао је препреку свему томе, а пошто се за његову формалну промену није могла очекивати сагласност Порте, кнез Михаило је приступио уставној реформи путем закона. Током 1861. и 1862. донето је неколико закона уставног карактера, којима је практично Турски устав био стављен ван снаге.

Концепција положаја и улоге чиновништва унеколико је промењена Законом о чиновницима грађанског реда који је донет 1861, а допуњен 1864.⁵ Према овом закону чиновници који желе да задрже службу морају да служе влади, али не само као њени стручни органи већ и као њене верне присталице, пошто влада чиновницима може изрицати оштрије дисциплинске мере, и има право да их пензионише „кад нађе да интереси

⁵ Закон о чиновницима грађанског реда од 24. марта 1861, Зборник, XIV, 1862, стр. 38-56, Закон о изменама у закону о чиновницима грађанског реда од 15. фебруара 1864, Зборник, XVII, 1865, стр. 5-6.

државне службе то захтевају”. Ове одредбе добиће свој пун домашај крајем исте деценије са чвршћим повезивањем либерала на политичкој основи, а нарочито почетком осамдесетих година XIX века са стварањем организованих политичких странака. Чиновници ипак нису могли да изгубе службу без одлуке дисциплинарног суда, нити им је могла би одузета плата или пензија, што говори да су ипак, и поред доношења овог закона били заштићени од самовоље највише државне власти имајући у виду да је у законским прописима пропуштено прецизирање прекршаја које су чиновници у служби могли починити, а да су судске одлуке на штету чиновника ретко доношене. Тако је захваљујући и даље стабилном правном положају настављено са праксом премештаја чиновника за учињене прекршаје или злоупотребе у службеној дужности. Занимљиво је поменути да је овим законом чиновнички положај био обезбеђен и од конкуренције приликом пријема у државну службу образованих странаца, пошто су ови у службу могли бити примљени само на основу уговора који се могао обнављати али не дуже од три године.

Пошто се на пољу просвећивања, као и на пољу војне консолидације ради националног устанка којим би коначно била збачена турска власт није одмицало жељеном брзином, незадовољство у земљи постајало је све израженије. Ако се на то дода чињеница да је од првих дана владавине кнеза Михаила опозиција била полицијски прогоњена и принуђена на ванскупштинство па чак и на деловање из емиграције јасно је да је идеја просвећеног апсолутизма у пракси попримила облик правога апсолутизма. Осетивши неизбежност реформи, владајући кругови отпочињу припрему уставне реформе и у јануару 1868. био је довршен уставни нацрт. Кнежеву намеру да изврши уставни преображај земље осујетио је атентат којим је његова владавина изненада окончана. Велика народна скупштина, сазвана одмах ради избора новог кнеза пошто законског наследника није било, стављена је пред свршени чин: имала је само да потврди избор малолетног Милана Обреновића за кнеза Србије и већ утврђени састав Намесништва (Миливоје Блазнавац, Јован Ристић и Јован Гавриловић).

Настављајући праксу скупштина држаних у периоду владавине кнеза Михаила, Велика народна скупштина изјављује жеље за реформама, у чему 1869. године и успева. Уставном реформом од 1869. отворено је ново поглавље у политичкој историји Србије. Доношење овог тзв. Намесничког устава уједно је означило и прекретницу у погледу положаја чиновника у Србији. До тада важећи критеријуми за примање, напредовање и отпуштање из државне службе, иако веома еластично примењивани, након ове уставне промене у пракси бивају замењени једним јединим критеријумом – критеријумом политичке подобности. Квалитети као

што су стручност, образованост, моралност, способност и сви остали које чиновничко законодавство истиче као услове за пријем и опстанак у државној служби постају небитни спрам новог квалитета који се од кандидата за државног службеника захтева готово без изузетка – осведочена лојалност Либералној странци, која иако у организационом смислу још увек у заметку, представља у Србији свемоћну власт. Овај критеријум касније ће, у периоду када буду на власти, практиковати и друге две политичке странке (радикална и напредна).

6. Закључак

Када погледамо историјски развој службеничког система у нововековној Србији, у раздобљу од почетка Српске револуције до Намесничке уставне реформе, можемо уочити и прилично јасно разграничити уже етапе у којима су били изграђивани одређени типови тог система, у којима је централно место имао правни положај државних службеника.

Прву етапу представља период Првог и Другог српског устанка, које у хронолошку и садржинску целину повезује Хаџи-Проданова буна из 1814. Организацији устаничке државе се из данашње перспективе свакако могу учинити бројне замерке, од којих би главне биле премоћ војне над цивилном влашћу и недовољна диференцираност судске и управне власти. Међутим, уколико се она посматра у оквиру датог историјског тренутка, ванредни ратни услови, жеља за ослобођењем од турске власти, не може се избећи закључак да је оновремена државна организација и поред своје недовољне детаљности била јасно устројен систем који је у пракси функционисао прилично ефикасно. И код лица која су обављала државну службу приметне су одређене мањкавости (недостатак образовања), али и то се да оправдати чињеницом да су сталне устаничке борбе од њих захтевале првенствено обављање војничких дужности. Тај први чиновнички кадар у нашој земљи регрутован је поглавито из реда народних старешина чији су углед и моћ првенствено долазили од доказаног успеха у оружаном борби. Њихови погледи на државну управу битно су се разликовали од уставне концепције Карађорђа што је неизбежно водило до њиховог судара. Из те борбе за врховну власт као победник је изашао Карађорђе, који је потом спровео и реформе усмерене на централизацију власти, отпочевши тако један нови процес сужавања традиционалних самоуправних повластица које је српски народ и под Турцима уживао. Чиновништво у новоуспостављеној хијерархији државне управе која није била ни довољно чврста ни довољно

разграната, пак, није имало никакаве правне прописе који би уређивали његов положај, већ је било препуштено вољи више власти.

Окончањем Другог српског устанка, а нарочито након признања аутономије Србије створене су претпоставке за другачији приступ у уређењу државне управе, али су процеси започети у претходном раздобљу толико одмакли да се више нису могли зауставити, те је борба за врховну власт између кнеза Милоша и крупних старешина настављена, а процес сужавања народних самоуправа мерама централизације власти продубљен. Видљив израз ових процеса биле су буне (и старешинске и народне) које су присутне током читаве прве владавине кнеза Милоша, а које је кнез уз помоћ својих присталица и створеног апарата државне принуде веома успешно гушио. Несклон било каквим правним ограничењима своје апсолутне власти и неспреман да било шта препусти случају, Милош је постао неограничени господар Србије којом је деспотски управљао. Познат по својим непредвидивим реакцијама, јако добро обавештен о свим дешавањима у земљи, кнез се питао за све и одлучивао о свему. Стога не чуди што су у периоду прве владавине кнеза Милоша чиновници имали статус његових личних слугу а не државних службеника јер разлика између приватне кнежеве и праве државне службе није постојала. Пошто није било правних прописа о чиновницима, њихов положај (постављање, плата, разрешење) зависио је искључиво од воље кнеза. Тако је долазило и до парадоксалних ситуација: да један чиновник за какав ситан дисциплинарни прекршај изгуби главу, а да други пак, из само кнезу знаних разлога, за неку далеко већу кривицу избегне било какву санкцију. Постојећа правна несигурност, уз веома малу плату, чинила је државну службу потпуно непривлачном за народ који је радије остајао да обрађује земљу или бирао какав занат него одлазио у чиновнике. Ситуација се унеколико поправила половином тридесетих година, пошто је уставно питање добило своје формално разрешење у краткотрајном Сртењском уставу који је садржао и одредбе о чиновницима. И Милошева бахатост је у овом периоду мање изражена, па и чиновници више не трпе изливе његовог беса и чудног смисла за хумор, али ће тек доношењем Турског устава бити обезбеђен формалноправни основ за трајније законско уобличавање њиховог статуса.

Издавање Турског устава означава победу старешинске олигархије над кнезом Милошем, и почетак владавине уставобранитеља који отпочињу широку законодавну активност усмерену на преображај Србије у модерну грађанску државу. Једна од кључних улога у том процесу била је поверена чиновништву, посредством кога је централна власт имала управљати народом као тотор пупилом. Посебном уредбом чиновници

од ранијих личних кнежевих слугу постају заиста прави државни службеници на које пада и део ауторитета државне власти. Осигурани сталношћу (непокретношћу) и редовним платама, снабдевени титулама и униформама, чиновници се издвајају у засебан господски друштвени слој, који дугује сервилност надређеној власти, али зато надмено гледа на прост народ, сељаке, из чијих је редова и сам поникао. У уставобранитељском периоду, у погледу чиновника, клатно се у односу на Милошево време померило у другу крајност, што је за последицу имало недисциплину, самовољу, бахатост, злоупотребе и корупцију у редовима чиновника. Тако је уместо „уваженија” уставобранитељско чиновништво у народу стекло омразу, поставши један од главних узрока незадовољства владавином уставобранитеља, што је допринело њеном окончању.

Након пада уставобранитеља са власти на Светоандрејској скупштини и краткотрајне владавине старог кнеза Милоша, на власт долази кнез Михаило са већ изграђеном и јасном идејом о владавини у духу просвећеног апсолутизма. Тежећи реорганизацији државног уређења у правцу усредсређења власти у једном центру – кнезу, Михаило је као свој главни спољнополитички задатак поставио потпуно ослобођење Србије од турске власти. Ради тога је законима уставног карактера, без формалне промене, важећи Турски устав ставио ван снаге. Михаилова реформа није мимоишла ни чиновништво, чији се положај у односу на уставобранитељски период унеколико мења. Првим потпуним систематским законом донетим 1861. (са изменама и допунама од 1864), чиновници задржавају статус државних службеника, али њихов положај више није безрезервно сигуран пошто је уз строже дисциплинске мере уведена и могућност да буду пензионисани кад „интереси државне службе то захтевају”. Ефекат извршене промене током Михаилове осмогодишње владавине, иако присутан, није био на очекиваном нивоу у погледу побољшања дисциплине чиновништва. Судови су ретко пресуђивали на штету чиновника јер у законским прописима нису били довољно прецизирани прекршаји које су чиновници могли починити у служби. Због тога се у погледу дисциплинског, административног кажњавања чиновника наставило са уставобранитељском праксом премештања чиновника за почињене прекршаје и злоупотребе, што је опет, имајући у виду оновремене комуникацијске (на првом месту саобраћајне) прилике у Србији ипак била права казна.

Насилни крај владавине кнеза Михаила спремно су дочекали имућни трговци и сеоски домаћини, економски консолидовани у претходном периоду, и на челу са једним од намесника Јованом Ристићем као својим политичким предводником у врху државне власти успели су да Уставом од 1869. трасирају пут либералним реформама за које су се раније залагали у

циљу бржег капиталистичког развитка који би им омогућио даље богаћење. Од тада у Србији почиње тренд политизације државне организације који ће до пуног изражаја доћи у другој половини XIX века и који ће бити настављен и током читавог XX века па и даље. Преовлађивање идеје да се државом може управљати само уколико су не само кључне полуге власти већ и сва државна управа у рукама политичких истомишљеника, довела је седамдесетих година у Србији до успостављања праксе пречишћавања чиновништва по критеријуму политичке припадности. Ова пракса ће у времену које је следило бити не само продужена, већ ће се постепено продубљивати у мери да ће најзад захватати и најситније поре чиновничког апарата.

Имајући у виду застоје, прекиде и промене до којих је током два века државноправног развитка нововековне Србије долазило, не чуди да је данас свест о томе да је у нашој земљи постојао континуитет једног зрелог службеничког система. Пре него што се настави са неопходном обновом овог система, а да би та обнова била квалитетнија и да би краће трајала, требало би се запитати да ли је продуктивно да се у наш правни систем само пресађују институти из других земаља (првенствено државачланица Европске уније), а да они претходно нису критички анализирани и да је изостало поређење са институтима који су били део нашег права у XIX и првој половини XX века. Анализа правне регулативе тог времена недвосмислено указује на постојање и примену „савремених” института службеничких система. Питања правне уређености положаја чиновника, транспарентног пријема у радни однос, система права и обавеза и одговорности чиновника, класификације радних места, мобилности, развоја каријере, награђивања, имала су упориште у правним прописима XIX века. Институти забране сукоба интереса и злоупотребе службеног положаја, обавеза лојалности и поштовање етичких принципа и радне дисциплине, били су препознати као кључни принципи рада чиновника. Иако данас међународни стандарди развоја службеничких система имају велику важност за одређивање могућих и пожељних праваца развоја управе потребно је наћи решења која оптимално задовољавају захтеве нашег правног амбијента и традиције. У циљу да се постојећи институти службеничког система што брже измене и њима овлада како би се сустигли европски народи који су за то на располагању имали векове, свакако је потребно користити се, осим туђим, и сопственим историјским искуством.

Листа референци

Акциони план за спровођење реформе државне управе за период 2009–2012. www.drzavnauprava.gov.rs/files/ – прегледано 12. 10. 2017;

Акциони план за спровођење стратегије јавне управе за период 2015–2016. www.mduls.gov.rs/akcioniplan2019122014 – прегледано 12. 10. 2017;

Dragnich, A.N. (1978). *The Development of Parliamentary Government in Serbia*. New York;

Ђорђевић, А. (2005). *Карађорђево законик*, У: Стојчић, С. (ур.). Србија 1804–2004. Ниш: Правни факултет Универзитета у Нишу. 461–468;

Гавриловић, А. (1904). *Знаменити Срби XIX века, књига I*. Београд–Загреб: Српска штампарија;

Guzina, R. (1976). *Opština u Srbiji (1839–1918)*, Beograd;

Хегел, Г.В.Ф. (1964). *Основне црте филозофије права – с Хегеловим власторучним маргинама у његову приручном примјерку филозофије права*, Сарајево: Веселин Маслеша, Свјетлост, Библиотека Логос;

Jese, G. (1926). *Le fonctionnement des services publics*, Paris;

Јовановић, С. (1933). *Уставобранитељи и њихова влада (1838–1858)*. Београд;

Кумануди, К. (1909). *Основи јавног права Краљевине Србије: Административно право I*. Београд;

Krbek, I. (1948). *Lica u državnoj službi*. Zagreb: Izdavački zavod JAZU;

Лилић, С. (2008). *Управно право*. Београд.

Милићевић, Ј. (1960). *Прва група србијанских студената, државних питомаца школованих у иностранству (1839–1842)*. Историјски часопис. IX–X, 363–374;

Никић, Ф. (1927). *Локална управа и самоуправа у Србији у XIX и XX веку*. Београд;

Пантелић, Д. (1927). *Београдски пашалук после Свиштовског мира 1791–1794*. Београд;

Петровић, М. (1901). *Финансије и установе обновљене Србије*. Београд;

Протоколи редовне Народне Скупштине држане о Миољудне 1867. у Крагујевцу, Београд, 1868;

Raadschelders, C.N. Toonen, T.A.J. Van der Meer, F.M. (2007). *Civil Servants in the Enabling Framework State of the 21st Century*. In: Raadschelders, J. Toonen, T. Meer, F.V. der, Van der Meer, F.M. (Eds.). *The Civil Service in the 21st Century – Comparative perspectives*. New York: Palgrave Macmillan. 299–315;

Свирчевић, М. (2011). *Локална управа и развој модерне српске државе. Од кнежинске до општинске самоуправе*. Београд;

Стефановић Караџић, В. (1960). *Први и Други српски устанак*, Нови Сад-Београд;

Стојичић, С. Крстић Мистрицеловић, И. (2013). *Државноправна историја српског народа*. Београд;

Стратегија реформе државне управе, Службени гласник РС, бр. 55/05, 71/05 – исправка, 101/07, 65/08, 16/11, 68/12 – УС, 72/12, 9/14 и 42/14.

Watson, A, (1974). *Legal Transplants: An Approach to Comparative Law*. Edinburgh;

L. D. (1945). *New Horizons in Public Administration*. Tuscaloosa: University of Alabama Press;

Закон о државним службеницима, Службени гласник РС, бр. 79/05, 81/05, 83/05, 64/07, 67/07, 116/08, 104/09 и 99/14;

Закон о државној управи, Службени гласник РС, бр. 20/92, 6/93, 48/93, 67/93, 48/94, 49/99;

Закон о платама државних службеника и намештеника, Службени гласник РС, бр. 62/06, 63/06, 101/07, 99/10, 108/13 и 99/14;

Закон о радним односима у државним органима, Службени гласник РС, бр. 48/91, 66/91, 44/98, 49/99, 34/01, 39/02, 49/05, 79/05, 81/05, 83/05;

Зборник закона и уредаба у Кнежевини и Краљевини Србији, I, II, III, XIV, XVII.

DEVELOPMENT OF CIVIL SERVICE LEGISLATION IN SERBIA BEFORE THE CONSTITUTIONAL REFORM OF 1869

Dušan Blagojević

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The constitutional tradition and the administrative and political environment has had a strong impact on the development of civil service system in Serbia. The author analyzes the development of civil service legislation in 19th-century Serbia, which struggled to establish an advance legal system after a period of several centuries marked by the lack of statehood. As the historical analysis indicates, in the period of when Serbia was an independent state (1804–1918), there were

several phases in the development of the civil service legislation. Marked as a very important year in state and political development of modern Serbian state, the year 1869 was the year of the constitutional reform but it was also recognized as the milestone in the development of the Serbian civil service legislation. Bearing in mind that the European Union accession is a strategic goal pursued by Serbia, the issue of civil service system is highly topical in Serbia, which has to address different aspects of the European integration requirements. Consequently, the aim of the paper is to point out to the fact that, almost two centuries ago, the Serbian legal system had recognized the institutes that are currently the cornerstones of the commonly accepted civil service systems in the EU member states. After considering the international standards and practice in this area, the author discusses the significance of 19th century domestic civil service legislation and its relevance. Given the fact that the continuity of the civil service system was interrupted after the Second World War, it may be time to renew it in line with our tradition and current realities.

Keywords: civil service legislation, civil servants, state administration, legal security, public interest.

ПРЕГЛЕДНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 31.05.2018.
Рад прихваћен: 09.10.2018.

UDK: 351.74/.76(497.11)"18/19"

РАЗВОЈ ПОЛИЦИЈСКЕ ВЛАСТИ У КНЕЖЕВИНИ СРБИЈИ

Јелена Томић¹

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Развој полицијске власти у кнежевини Србији може се поделити у три фазе ради лакшег проучавања. Прва фаза развоја полицијске власти у кнежевини Србији почиње Другим српским устанком 1815. године, а завршава се одласком кнеза Михаила Обреновића 1842. године. У другој фази када на власт долазе уставобранитељи 1839. године, односно 1842. године и она траје до њиховог збацивања са власти 1858. године. Овај период карактерише рад уставобранитеља, као опозиције кнеза Милоша, да ограничи његову власт, уведу законитост и сигурност у земљу, и заправо у другој фази долази до значајнијег развоја полицијске власти. Трећа фаза развоја полицијске власти обухвата период поновне владавине Обреновића до проглашења краљевине Србије, и кнеза Милана краљем 6. марта 1882. године. Овај период представља период великог напретка и промене у развоју полиције у Србији.

Кључне речи: полиција, развој полиције, надлежност, уредба, полиција у Кнежевини Србији.

1. Увод

Развој полицијске власти у Кнежевини Србији можемо према критеријуму достигнутог степена државно-правног развитка поделити у три фазе. Пре свега, као основ треба поменути период Првог српског устанка (1804–1813). Током овог периода Србија се организовала и уређивала као потпуно независна држава, иако је формално била у саставу

1 jelena93tomic@gmail.com.

Турског царства као једна од његових провинција. У устаничком периоду револуционарно настају српски органи централе власти, односно Врховни вожд, Правитељствујушчи совјет, Старешинска скупшина и органи локалне власти. Државна организација није била у потпуности довршена, те се у рукама појединих органа преплитала цивилна са војном влашћу и извршна са судском. Преплитање војне и полицијске власти може се схватити као последица специфичности услова у којима је новоформирана држава настала. Непрекидне борбе и ратне акције устаника сигурно су утицале, мада када погледамо и друге државе видимо да су и оне у почетку и дефинисању власти имале преплитања. У Србији Првог устанка није било потпуне полицијске организације, али су постојали органи који су вршили полицијску власт, као и пројекти за потпуно уређење полиције. На једној од старешинских скупштина одржаној 1804. године полицијска власт поверена је војводама у нахијама, кнежинским кнезовима у кнежинама, сеоским кнезовима и кметовима у селима. Након тога основани су магистрати који су вршили судску и полицијску функцију. Устаничка Србија 1807. године имала је и специјализоване полицијске органе у појединим градовима. Сенат је 30. децембра 1807. године донео „Начертаније устројства полицајне власти у Београду и прочим местима Отечества” које је предвиђало постојање редовне и сталне полиције у градовима. Уставним актом 1811. године предвиђено је шест попечитеља међу којима и попечитељ внутрених дела, Јаков Ненадовић. Сав напор стварања власти у Србији поништен је након војног слома 1813. године и тадашњим поновним успостављањем турског управног система.

2. Прва фаза развоја полицијске власти у Кнжевини Србији

Други српски устанак окончан је основу усменог споразума кнеза Милоша и Марашли Али-паше 1815. године који је 1816. године потврђен султановим ферманима. Тада је у Београдском пашалуку успостављено двовлашће, односно паралелно су постојали српски и турски органи управне власти, све до 1830. године. Систем двовлашћа важио је и за полицијску власт, на тај начин што је надзорна полицијска власт припадала муселиму, а фактички извршиоци полицијских овлашћења били су српски нахијски и кнежински кнезови и сеоски кметови. Њих је постављао кнез Милош, а осим полицијских и управних овлашћења имали су и судске функције. Србима је било дозвољено ношење оружја ради вршења послова унутрашње управе, односно ову привилегију имала су само лица у народној служби. Ову повластицу је кнез Милош вешто искористио и приступио организовању пешадијских и коњичких „пандура коначки” (ангажованих у личној служби при коначима самог кнеза Милоша и других

виђенијих војвода и „пандура општих” полицијских државних службеника задужених за јавни ред и безбедност „царских друмова” од хајдука) (Крстић Мистрицеловић, 2013: 63). Јединство судске и управне функције трајало је до 1820–1821. године када су успостављени судови у Кнежевини Србији, на тај начин новостворени самостални судови преузимају део полицијске надлежности у вези са надзором над странцима, издавањем пасоша, а добијају и право избора варошких полиција, па чак и неке врсте надзора над њиховим радом. Такова буна 1825. године била је узрок организовања прве озбиљније сталне војно-полицијске јединице, јер је кнез Милош увидео да се не може ослонити на неадекватно обучене и слабо наоружане пандуре. С обзиром на то да због тога што је била турска провинција Србија није могла имати сталну војску, Милош је мудро маскирао њено увођење називом „уписни пандури”, али се њена намена врло брзо престала скривати и већ 1826. године она се јавно назива „солдати”, односно војници (Петровић, 1901: 772). Хатишерифом од 1830. године Србија је добила статус вазалне кнежевине са независном унутрашњом управом. Веома је значајно да је једна од одредаба Хатишерифа давала кнезу Милошу право на оружану силу у случају отклањања немира и ради земаљске полиције. Након што је земљу 1834. године управно поделио на пет великих сердарстава, и именовао сердаре који су вршили управну, полицијску и судску власт, нахије је назвао окружјима са „исправничествима” као управним органима, а затим именовао пет попечитеља међу којима и министра унутрашњих дела, али су њихове функције и даље остале неодређене, тако да ово заправо није ни утицало на организацију централне власти.

О детаљнијој организацији државног апарата можемо говорити тек 1835. године након доношења Сретењског устава иако је убрзо суспендован. Према уставном пројекту централни орган власти били су кнез и Совјет састављен од шест попечитеља међу којима би биле две одвојене и независне институције – војска и полиција. Надлежности министра полиције биле су: брига о јавном реду, личној и имовинској сигурности, здрављу, јавном моралу, сиротињи, трговини, занатима, мерама за јавну употребу, поштама, шумама, подизању и одржавању корисних установа. Објавом од 15. фебруара 1835. године за министра полиције постављен је Димитрије Давидовић, утврђен је назив, хијерархија и ранг војних и државних чиновника. Након суспендовања устава, 10. јула 1835. године кнежевим указом уместо Суда народног србског устројен је Државни совјет, који је био задужен за одржавање личних слобода, јавни мир и поредак, да се стара о одржању живота, здравља и заступљености лепих народних обичаја, уз овлашћење да наређује и решава све што се односи на „набљудавање” полиције, дневног мира и поретка. (Милосављевић,

1994: 55) Државни совјет је 10. августа 1835. донео „Правила за полицајце и полицију” који се могу сматрати првим правилима о полицијском раду у Србији. Према овим правилима полиција је дужна да: пази да се у месту које јој припада „сваки мир, тишина и поредак вообште одржи”; пази на „чистоту места”; мотри „на скитаче... и одма’ надлежнима јави”; мотри и на то да ноћне патроле буду добро распоређене и патролције своју дружност најтачније испуњавају; пази да сви који долазе и одлазе из Србије пасоше имају... а оне који немају дотерати надлежнима; пази да ли се „местне наредбе о пожарима набљудавају”; пази да „мере и мерење по чаршији буде тачно”; најзад да мотри „да се не чине какви састанци или договори у којима би се радило што Правитељству или против друге које власти или вообште противу општег благостања, а ако само начује о томе да апси и пријави”. На крају је наглашено да је полиција дужна сваку од побројаних дужности вршити „најтачније” јер у противном подлеже одговорности и казни. (Алиmpiћ, 1905: 52) Нова реорганизација унутрашње управе извршена од кнеза Милоша била је 1836. године када су уместо сердарстава уведене четири војне области на челу са војним командантом, који су добили и полицијска овлашћења. Главни задатак између осталог био им је да пазе да неко не спрема заверу против власти у Србији. Војни команданти вршили су надзорну функцију над средским органима, који су такође били вршиоци полицијске функције. Указом од 14. марта 1837. године у Србији је установљена војно-полицијска канцеларија која је обједињавала, односно вршила војно-полицијске послове. Превласт војних органа и мешање војно-цивилне управе одржаће се у Србији до доношења Устава 1838. године. Према Уставу из 1838. године централни органи власти били су наследни кнез Милош Обреновић и Државни совјет који је био састављен од 17 чланова које је постављао кнез, али их није могао сменити без доказане кривице код Порте. Нешто касније од доношења Устава, издат је указ о Народној скупштини 1839. године којим је предвиђено њено постојање и сазивање. Уставом су успешно раздвојене судска и извршна власт, а законодавној и извршној власти кнеза наметнута су ограничења. Додатни ударац кнежевом апсолутизму био је доношење Устројства Државног совјета, којим је предвиђена обавеза кнеза да министре бира из редова совјетника. Кнез Милош је покушао да уз помоћ војске сруши Устав, што му није пошло за руком. Након тога, 1839. године абдицирао је у корист свог сина Милана, који је убрзо преминуо, а на његово место дошао је Михаило Обреновић, који је недуго затим збачен са престола од стране уставобранитеља.

3. Друга фаза развоја полицијске власти у Кнежевини Србији

Другу фазу развоја полицијске власти можемо назвати и развојем полиције у периоду уставобранитеља од 1839–1858. Са упориштем у новом Уставу из 1838. године уставобранитељи су извршили свеобухватне политичке и правне реформе Србије. Уставом је успостављено министарство унутрашњих дела које је било уз министарство финансија и правде. Надлежности министарства биле су прописане чланом 19. Устава и обухватале су „Дјела Полиције, Карантина, издавање налога Књажески властима Окружја Земаљски, управленије заведенија обштеполезни и пошта; содржаније великих друмова; и изврштеније уредба касателно воинства гарнизона земаљског. Све ово принадлежат' ће Сановнику, опредјеленому за дела внутрења”. Устројенијем централног правленија Књажества Србског од 29. маја 1839. године министарство унутрашњих послова, односно попечитељство внутрењи дела подељено је по структурама на три одељења: одељење полицајно-економическо, одељење карантинско са санитаром и одељење војено. Полицијско-економическом одељењу су била подређена сва окружна начелства, а његова надлежност одређена је као извршење и надзор над свиме што се тиче земаљског поретка, мира и безбедности уопште, односно имало је надлежности да издаје упутства ради тачности издавања и пењгледања пасоша, истребљење скитиница, беспосличара и просјака; управљање општекорисним заводима, подизање, устројавање и надзор над поштама; одржавање друмова, путева и мостова у добром стању; уређење сеоских и варошких општина; примање и отпуштање из српског држављанства. У надлежност Карантинско-санителног одељења спада предузимање свега што би служило одбрани и заштити народног живота и здравља, а нарочито: увођење, уређење и надзор над карантинима против куге; надзор над болницама у циљу искорењивања и осталих заразних болести; старање о подизању апотека, постављању лекара, бабица и спречавања превара и злоупотребе лекова. Војено одељење дужно је старати се о извршењу уредаба које се тичу „Воинства гарнизона земаљског” задуженог за одржавање унутрашњег мира и поретка, као и унутрашње и пограничне безбедности. Своју надлежност ово одељење извршаваће преко Главног гарнизонског штаба коме је поверено управљање војском (Крстић Мистрицеловић, 2013:68).

Вршење полицијских послова поверено је окружним и среским начелницима са својим полицајцима. Према Устројенију окружних начелстава и главним дужностима среских начелника од 12. маја 1839. сва три министарства имала су право да издају заповести окружним начелницима, међутим они су били подређени само министру унутрашњих

дела. Након тога 8. јула 1839. године донето је Наставленије окружним, среским и општинским властима за вршење полицијске службе према коме су окружни начелници били дужни да контролишу рад среских начелника, а наглашена је и обавеза да у случају појаве хајдука обавесте суседна. Села и општине су такође имала одговорност за вршење полицијске власти, њихова надлежност и одговорност регулисана је Устројенијем општина, према коме су општине подељене на три класе. У прву класу спадала је београдска општина чији је председник био и управник вароши, који је изузев судске вршио и полицијску власт са додељеним чиновницима. Сличне обавезе и надлежности су имали и управитељи општина друге и треће класе. Значајно је напоменти да је полицијска организација у Београду значајно измењена кнежевим указом од 20. децембра 1941. године када је полицијско одељење управе Београда издвојено и у засебно одељење и стављено непосредно под власт државне управе (Алимпих, 1905: 96). Наредне године биле су јако плодне за дефинисање рада полиције, у јулу 1843. године донет је Закон против нарушитеља јавног мира и поретка, затим у мају 1845. године донета је Уредба о замењивању телесне казне новчаном, након тога 1847. године донет је Казнителни законик за паоре и крађе. Овим прописима право изрицања казне дато је искључиво судовима, а полиција је могла само тужити судови, међутим ово није уродило плодом јер су судови постајали све затрпанији и нису стизали да суде за да их тако назовемо дела мањег значаја, што је допринело паду ауторитета полиције. Покушај да се врати ауторитет полиције учињен је издавњем Решења од 21. фебруара 1846. године којим је полицији дато право да телесно казни „оне који неће да дођу, нити се дају довести”. Тадашњи министар унутрашњих дела Илија Гарашанин приметивши у народу знаке анархије закључио је да полицијски ауторитет мора да се поврати тако што ће имати право на кажњавање, стога је 1849. године Државном савету дао на оцену два законска предлога: Устројеније полиције и Закон о полицији. Саветска комисија је пројекат Устројенија полицијске власти, након измена дала Савету на усвајање. Тако је 18. маја 1850. године ступила на снагу Полицијска уредба која са Полицијским казним закоником од 27. маја 1850. чини неку врсту целине. Полицијски казници систематизује полицијске преступе према заштитном објекту. Полицијске власти надлежне за испитивање и кажњавање ових преступа према Уредби су: примирителни судови општина, срески начелници, окружни начелници и Управа вароши Београда, док су прописане казне затвор, новчана казна, телесна казна, укидање права еснафског или радње на извесно време, прогон из места пребивања у друго и изгон из земље. Иако није у потпуности прихваћен предлог Илије Гарашанина можемо слободно рећи да је Уредба полицијској власти обезбедила довољно јак ауторитет за

одржавање реда и безбедности у земљи. Уставобранитељи су донели још неколико прописа значајних за рад и унапређење полиције. Тако је Указом из 1851. године Попечитељство внутрењи дела подељено на економско, санитетско, војно, грађевинско и поштанско. Затим је 1853. донет Закон о замени телесне казне казном затвора у случајевима „особитог телесног стања”. Иако на први поглед златан период уставобранитеља за развој полицијске власти имао је и своје негативне карактеристике по целокупно стање у кнежевини. Као главна замерка наводи се бирократизација, повећање пореза, презадуженост сељака, појава зеленаша.

4. Трећа фаза у развоју полицијске власти у Кнежевини Србији

Трећа фаза развоја полицијске власти у кнежевини обухвата период поновне владавине Обреновића до проглашења краљевине Србије, и кнеза Милана краљем 6. марта 1882. године. Одлуком Светоандрејске скупштине 1858. године збачен је Александар Карађорђевић и за кнеза поново изабран Милош Обреновић до чијег је повратка кнежевска власт поверена привременом намесништву. Кнез Милош је одмах по доласку у Београд поставио саветнике и ministre, а у прокламацији од 28. јуна најавио потврду старешина сходно законима и потребама земаљским. Крајем 1859. године кнез Милош је на чело Управитељства вароши Београда поставио Николу Христића, док је у фебруару 1860. године изграђено ново Устројеније Управитељства вароши Београда које је било под јурисдикцијом министарства унутрашњих послова, предвиђено је да град буде подељен на шест квартова, предвиђено је формирање наоружаних служитеља, односно жандарма и служитеља у оделу грађанском који би били подређени управитељу и Управитељству вароши. Михаило Обреновић, наследник Милошев, дошао је на положај кнеза са јасно уобличеним програмом владавине који је за основу имао независност. Кнез Михаило је уставну промену у циљу јачања владалачке власти извршио путем уставних закона 1861. и 1862. године, када је између осталих закона донето Устројеније државне управе у Књажеству Србији 10. марта 1862. године, које је посебно важно за развој полиције. Устројенијем државне управе било је предвиђено 7 министарстава међу којима је било и министарство унутрашњих дела, у чијој надлежности је била: „1. брига о поредку, миру и сигурности лица и имања у земљи, куда спада цела полиција сигурности и полиција санитетска. 2. брига о сирочадима и убогим. 3. решавати о примању у србско поданство... и о иступању из истог. 4. управља телеграфском и поштанском службом и свима заведенијама јавног добротинства. 5. извршење закона о сазивању народне скупштине. 6. претходне мере за рекрутирање народне и стајаће

војске. 7. уобште сва она стања која нису нарочито ком другом министарству у дужност придана, а по природи овог министарства њему би припадала.”² Устројенијем Управитељства вароши Београда од фебруара 1860. године је полиција у Београду образована као посебан полицијски орган и први пут предвиђено формирање жандармерије у Србији. (Бранковић, Радовић, 2010: 11) Устројеније је садржало одредбе о Управитељству као полицијском органу територијално надлежном у Београду и околини, за свој рад било је одговорно министарству унутрашњих дела, било је подељено на 6 одељења због поделе Београда на 6 квартава. На челу одељења био је старешина одељења, а правила о вршењу службе унутар одељења прописивало је Министарство унутрашњих дела. Сви чиновници, званичници и служитељи Управитељства подређени су управитељу, који је имао право дисциплинског кажњавања чиновника за мање преступе и прекршаје док су за веће одговарали директно министарству. Управитељ је имао обавезу да о свим догађајима обавештава министра унутрашњих послова, а два пута дневно и кнеза. Он се старао да се поштују јавни ред и мир, проналазе и лишавају слободе преступници и сваки могући немирсоречи у самом зачетку, а за сузбијање немира већег обима обраћао се за помоћ војсци (Бранковић, Крстић Мистрићеловић, 2014: 49). Одредбама формирања наоружаних службеника, жандарма, успостављена је жандармерија у Србији. Главни задатак жандармерије било је одржавање јавног реда и поретка, обезбеђивање опште и појединачне сигурности, као и предупређивање и отклањање свега што је противно јавном реду и поретку. Новим Устројенијем вароши Београда из јула 1860. године управитељство вароши било је директно подређено кнезу и поступало по његовим налозима, међутим већ изменама 1861. године враћено је под директну команду министарства. Командира жандармеријске чете постављао је кнез на предлог министарства унутрашњих дела. Жандармерија је 1864. године инкорпорирана у војску као једна од четири рода стајаће војске.

Изменама и допунама казнителног закона од 1863. године којим је уведен „полицијски надзор”, као и Законом о преком суду за ајдуковања, разбојништва, јавна насиља и крађе из исте године знатно су проширена полицијска овлашћења у домену судске власти. Последице су биле бројне неправилности изражене већ у току истраге убиства кнеза Михаила Обреновића (Бранковић, et al. 2014: 51). На Великој скупштини одржаној 1868. године за новог кнеза проглашен је Милан Обреновић и изабрано намесништво до његовог пунолетства. Намесничким уставом из 1869. године власт са Сената пренета је на Народну скупштину чиме је поред

2 Чл. 27, Устројеније централне државне управе у Књажеству Србији, Београд, 1862.

одредаба којима је кнезу обезбеђена превага уведени представнички систем у Србији. Устав није зазирао у надлежности и организацију полиције, те је она наставила да функционише на основи постављеној 1862. године. Након два рата против Турске, из којих је изашла као независна држава територијално увећана за четири округа, требало је организовати руководство у новоприпојеним областима, у новим крајевима организоване су општинске и среске управе по угледу на већ постојеће у Србији. Среска управа састојала се од три члана од којих је један био задужен за полицију и бринуо о одржавању реда и сигурности у повереном подручју. Први рат између Србије и Турске указао је на потребу формирања мобилне жандармерије. На предлог министра војног кнез је у јуну 1877. године наредио да се при корпусним и бригадним штабовима активне војске устроје полицијска одељења задужена за „вршење војно-полицијске службе на маршу и битки” (Богдановић, 2002:49). Затим 1879. године формирана су за чување границе крстарећа одељења у надлежности стајаће војске. Да би се избегао сукоб надлежности између војне полиције и служитеља јавне безбедности, Упутством министра војног прецизирано је да војна полиција врши своју власт на војном терену, постојала је до 1884.године када су њене надлежности пренете на жандармерију. Након 6. марта 1882. године Кнежевина Србија постаје Краљевина Србија са краљем Миланом Обреновићем на челу.

5. Закључак

Развој полицијске власти у Кнежевини Србији своје темеље има још у Устаничкој Србији и раније. У устаничком периоду видимо мноштво покушаја да се полицијска власт дефинише, како заједно са војном и судском влашћу, тао и самостално. Сва дешавања и законодавни покушаји стварају лепу подлогу за касније развијање полицијске власти у Србији. У првој фази развоја полиције у кнежевини имамо систем двовлашћа на тај начин што је надзорна полицијска власт припадала муселиму, а фактички извршиоци полицијских овлашћења били су српски нахијски и кнежински кнезови и сеоски кметови. Њих је постављао кнез Милош, а осим полицијских и управних овлашћења имали су и судске функције. Кнез Милош је настојао да изгради што самосталнију власт, а Ђакова буна 1825. године била је узрок организовања прве озбиљније сталне војно-полицијске јединице, јер је увидео да се не може ослонити на неадекватно обучене и слабо наоружане пандуре. С обзиром на то да због тога што је била турска провинција Србија није могла имати сталну војску, Милош је мудро маскирао њено увођење називом „уписни пандури”. Хатишериф из 1830. године коначно ствара услове за самосталнију власт јер је Србија

добила статус вазалне Кнежевине, након тога Милош је именовано пет попечитеља међу којима и министра унутрашњих дела, али његове функције су остале неодређене, тако да заправо то није ни утицало на организацију централне власти. Милош је желео сву власт за себе и није му ишло у прилог ставарање било ког органа са којим би делио или који би му узео део власти. Касније, када је донет Сретењски устав 1835. године, кнезу Милошу је ишло наруку да буде укинута баш из овог разога. Након суспендовања устава, 10. јула 1835. године кнежевим указом уместо Суда народног србског устројен је Државни совјет. Државни совјет је 10. августа 1835. донео „Правила за полицајце и полицију” који се могу сматрати првим правилима о полицијском раду у Србији. Указом од 14. марта 1837. године у Србији је установљена војно-полицијска канцеларија која је обједињавала, односно вршила војно-полицијске послове. Превласт војних органа и мешање војно-цивилне управе одржаће се у Србији до доношења Устава 1838. године. Уставом су успешно раздвојене судска и извршна власт, а законодавној и извршној власти кнеза наметнута су ограничења. Овакве уставне одредбе свакако нису ишле у прилог кнезу Милошу јер су настојале да ограниче његову власт, те је уз помоћ војске покушао да сруши Устав, али му то није пошло за руком, те је абдицирао у корист свог сина Милана, кога је наследио Михаило. У другој фази развоја увиђамо да се власт није опирала увођењу нових реформи. Уставом 1838. успостављено је министарство унутрашњих дела које је било уз министарство финансија и правде. Уставобранитељи су настојали да осавремене и унапреде власт. Донет је низ закона који су се односили на рад полиције. Значајно је напоменти да је полицијска организација у Београду значајно измењена кнежевим указом од 20. децембра 1841. када је полицијско одељење управе Београда издвојено и у засебно одељење и стављено непосредно под власт државне управе. Наредне године биле су јако плодне за дефинисање рада полиције, у јулу 1843. године донет је Закон против нарушитеља јавног мира и поретка, затим у мају 1845. године донета је Уредба о замењивању телесне казне новчаном, након тога 1847. године донет је Казнителни законик за паоре и крађе. С обзиром на то да је прво изрицање казне дато искључиво судовима, дошло је да знатног слабљења ауторитета полиције, што је увидео Илија Гарашанин и захтевао да се поврати углед полиције. Тако је 18. маја 1850. године ступила на снагу Полицијска уредба која са Полицијским казним закоником од 27. маја 1850. чини неку врсту целине. Иако на први поглед златан период уставобранитеља за развој полицијске власти имао је и своје негативне карактеристике по целокупно стање у кнежевини. Као главна замерка наводи се бирократизација, повећање пореза, презадуженост сељака, појава зеленаша. Одлуком Светоандрејске скупштине 1858. године збачен

је Александар Карађорђевић и за кнеза поново изабран Милош Обреновић, период друге владавине Обреновића до проглашења Краљевине Србије 1882. године представља трећи период развоја полицијске власти у Кнежевини Србији. Кнез Милош је одмах по доласку у Београд поставио саветнике и министре. Михаило Обреновић, наследник Милошев, дошао је на положај кнеза са јасно уобличеним програмом владавине који је за основу имао независност. Кнез Михаило је уставну промену у циљу јачања владалачке власти извршио путем уставних закона 1861. и 1862. године, када је између осталих закона донето Устројеније државне управе у Књажеству Србији 10. марта 1862. године које је посебно важно за развој полиције. Устројенијем управитељства вароши Београда од фебруара 1860. године је полиција у Београду образована као посебан полицијски орган и први пут је предвиђено формирање жандармерије. Жандармерија се није дуго задржала као полицијска јединица јер је убрзо инкорпорирана у војни род. Као што видимо и даље имамо преплитање војне и полицијске власти. Након два рата против Турске требало је организовати руководство у новоприпојеним областима. Среска управа састојала се од три члана од којих је један био задужен за полицију и бринуо је о одржавању реда и сигурности у повереном подручју. Први рат између Србије и Турске указао је на потребу формирања мобилне жандармерије, што је уродило плодом. Након 6. марта 1882. године Кнежевина Србија постаје Краљевина Србија са Краљем Миланом Обреновићем на челу.

Када погледамо догађаје и околности кроз које је Кнежевина Србија пролазила и реакције власти можемо рећи да је настојала да на „савремени“ начин одговори изазовима и да унапреди полицијску власт, наравно што безболније по свој положај. Полиција је пролазила кроз различите периоде и преплитала је своју власт са другим органима управе и судства. Свакако, сав напор и напредак у развоју полицијске власти у Кнежевини Србији оставио је добру подлогу за даљи развој у краљевини, па и даље.

Листа референци

Алимпих, Д. (1905). *Историјски развитак полицијских власти у Србији (1793–1869)*, Београд;

Богдановић, Б (2002). *Два века полиције у Србији*. Београд: МУП Републике Србије;

Бранковић, Ж. Крстић Мистрицеловић, И. (2014). *Развој полицијске власти у другој половини 19. века. У: Структура и функционисање полицијске организације – традиција, стање и перспективе (II)*, Београд: Криминалистичко-полицијска академија. 43–59;

Бранковић, Ж. Радовић, Т. (2010). *Жандармерија у Србији (кроз законе и друге списе)*, Београд;

Живановић, Ж. (1924). *Политичка историја Србије у другој половини 19. века, књига III*, Београд;

Јовановић, В. (2012). *Тајна полиција Кнежевине Србије*, Београд;

Јовановић, С. (1991). *Уставобранитељи и њихова влада*, Београд;

Крстић Мистрицеловић, И. (2013). *Развој полицијске власти у првој половини 19. века, Структура и функционисање полицијске организације – традиција, стање и перспективе (I)*, Београд: Криминалистичко-полицијска академија. 53–77;

Љушић, Р. (1994). *Србија 19. века*, Београд;

Милосављевић Б (1994). *Увод у полицијске науке*, Београд;

Петровић, М. (1901). *Финансије и установе обновљене Србије до 1842*. Београд;

Устројеније Управитељства вароши Београда, Београд, 1860;

Устројеније централне државне управе у Књажеству Србији, Београд, 1862.

THE DEVELOPMENT OF POLICE AUTHORITIES IN THE PRINCIPALITY OF SERBIA

Jelena Tomić

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The development of police authorities in the Principality of Serbia can be divided into three phases. The first phase begins with the Second Serbian Uprising in 1815, and ends in 1842 when Duke Mihailo Obrenovic was removed from the throne and went to exile. The second phase begins when the Constitution defenders came to power in 1839 and 1842, and it lasts until 1858 when they were removed from power. Being in opposition during the rule of Duke Miloš Obrenovic, the Constitution defenders had a significant role in this second period, considering their goal to limit his authority and to introduce the principles of legality and security. In fact, this period was marked by a significant development of police authorities in the Principality of Serbia. The third phase includes the period from 1858, when the

Obrenovic dynasty was reestablished, until the proclamation of the Kingdom of Serbia in 1882, when Duke Milan Obrenovic was proclaimed the rightful King of Serbia (on 6 March 1882). This period was marked by great progress and changes in the development of police in Serbia.

Keywords: police, historical development of the police, jurisdiction, regulation, police in the Principality of Serbia.

II СТРУЧНИ ЧЛАНЦИ

СТРУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 343.1-053.6(497.16)

Рад примљен: 30.05.2018.

Ревидирана верзија: 07.10.2018.

Рад прихваћен: 18.10.2018.

ПРИМЈЕНА МАЛОЉЕТНИЧКИХ КРИВИЧНИХ САНКЦИЈА НА МЛАЂА ПУНОЉЕТНА ЛИЦА У ЦРНОЈ ГОРИ

Славко Милић¹

Студент докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Са развојем друштвеног и правног система у Црној Гори све је повољније рјешаван статус малољетника (на и млађих пунолетних лица), да би данас, у савременом друштву, малољетници имали потпуно другачији статус него што га имају пунолетна лица: посебни судски органи, посебна врста кривичног поступка, учешће друштвених и државних органа, искључење јавности, посебан облик одговорности за кривично дело, систем кривичних санкција и правила за њихово изрицање и извршење. На сличан начин, и савремено законодавство на посебан начин одређује кривичноправни статус млађих пунолетних лица. У раду се разматра управо примјена тих малољетничких кривичних санкција на пунолетна лица са фокусом на емпиријске податке Судског савјета Црне Горе и уз детаљну анализу њихове примјене.

Кључне речи: млађа пунолетна лица, малољетничке кривичне санкције, кривично право Црне Горе.

1. Увод

Млађи пунолетници су у црногорском кривичном законодавству лица која су у вријеме извршења кривичног дјела навршила осамнаест, а у вријеме суђења нијесу навршила двадесетједну годину живота (члан 3).² Медицинске и психолошке науке су утврдиле да постоје посебна, специфична биопсихолошка и социјална стања код лица која су, истина,

¹ slavko@milic.me.

² Закон о поступању према малољетницима у кривичном поступку, Службени лист Црне Горе, бр. 64/2011.

стекла законом предвиђену пунољетност (пословну способност), али која указују на успорен и одложен процес њиховог сазријевања, па је њихова зрелост ближа личности малољетника, него пунољетног лица (Јовашевић, 2012: 375). То значи да између малољетства и пунољетства постоји „међупериод”, међустање које носи карактеристике оба животна доба, а које може да траје различито, краће или дуже – вријеме. Због таквих карактеристика личности у позитивном малољетничком кривичном праву (не само Србије и Црне Горе, већ и у низу кривичних законодавстава) овим лицима дат је посебан и „специфичан” кривичноправни статус (положај који укључује права, обавезе и одговорности).

У законодавству Црне Горе које је егзистирало у „југословенском кривичном законодавству” први пут је доношењем Закона о измјенама и допунама Кривичног законика ФНР Југославије од 30. Јуна 1959. године³ уведена трећа категорија учинилаца кривичних дјела (поред малољетних и пунољетних лица).⁴ То су била млађа пунољетна лица (лица узраста од осамнаест година у вријеме извршења кривичног дјела, а која у вријеме суђења још нијесу навршила двадесет једну годину живота).

До тада није постојала никаква законска могућност да се и према пунољетним учиниоцима кривичних дјела примијени нека од васпитних мјера предвиђених за малољетне делинквенте (Лазаревић, Матић и остали: 107). Од тада (дакле, од 1959. године) до данас кривично законодавство прошло је дуги пут реформе од сасвим ретрибутивног система (заснованог на самом деликту и штети која је њиме проузрокована) до ресторативног правосуђа које је засновано на помоћи малољетнику и млађем пунољетнику да схвати значај свога дјела и да се уз помоћ савремених законских рјешења одврати од вршења кривичних дјела и других врста деликата.

Посебан положај млађих пунољетних лица у нашем кривичном законодавству се јавља у два случаја. То су:

а) код примјене васпитних мјера према пунољетним лицима за кривично дјело које су извршили као малољетници и

³ Закон о поступању према малољетницима у кривичном поступку, Службени лист Црне Горе, бр. 64/2011.

⁴ Југословенско кривично законодавство познавало је, све до доношења Закона о измјенама и допунама Кривичног законика из 1959. године само двије законске старосне категорије учинилаца кривичних дјела – малољетнике старе од 14 до 18 година и пунољетнике тј. лица која су у моменту извршења кривичног дјела била старија од 18 година. На ове двије старосне категорије примјењивани су различити кривичноправни режими у погледу утврђивања кривичне одговорности и изрицања кривичних санкција.

б) код примјене васпитних мјера на млађе пунољетне учиниоце кривичних дјела.

Међутим, ова друга специфичност кривичноправног положаја млађих пунољетних лица као учинилаца кривичних дјела је у новије вријеме, реформама у области кривичног законодавства уопште, претрпила одређене измјене. Оне се, првенствено, односе на чињеницу да се учиниоцима кривичних дјела узраста од 14 до 16 година старости (млађи малољетници), под условом да им се суди за кривично дјело које су извршили као млађи малољетници, а у међувремену су постали пунољетни (старији од 18 година), не могу изрећи васпитне мјере као што је то раније било могуће.

Такво рјешење представља специфични облик гашења права државе на кажњавање и примјену других кривичноправних мјера (*ius puniendi*), не дирајући при томе у постојање кривичног дјела или кривицу његовог учиниоца. У овом случају држава губи право на кажњавање учиниоца кривичног дјела услед протекла одређеног времена од извршења кривичног дјела, односно услед наступања одређених година живота на страни учиниоца. Ово је посебан облик „застарелости кривичног гоњења”.

Неопходно је такође нагласити да се пунољетном лицу може изрећи васпитна мјера ако је кривично дјело извршило у узрасту од 16 до 18 година живота (старији малољетник) под условом да у вријеме суђења још није навршило 21 годину живота. У правној теорији, али и у судској и криминално-политичкој пракси се оправдано поставља питање шта је главни критеријум за изрицање малољетничких кривичних санкција пунољетним лицима, односно да ли је суд у обавези да по аутоматизму преиспитује и оцјењује зрелост учиниоца кривичног дјела у вези са његовим календарским узрастом.⁵

Како би се одговорило на ово питање, али и боље разумјела идеја да се према млађим пунољетницима као учиниоцима кривичних дјела, под одређеним условима, могу изрицати малољетничке кривичне санкције, неопходно је анализирати постојеће такве санкције које су изречене у Црној Гори.

⁵ Када је окривљени учинио кривично дјело као млађе пунољетно лице, суд није у обавези да изврши вјештачење преко психолога ради утврђивања и оцјене његове зрелости у вези са календарским узрастом, сем уколико његова зрелост и психофизичко стање нијесу били доведени у сумњу у току вођења кривичног поступка (пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1717/2000).

2. Опис законских рјешења у Црној Гори

Према члану 40. Закона о поступању према малољетницима у кривичном поступку Црне Горе пунољетном лицу које је навршило 21 годину живота не може се судити за кривично дјело које је учинило као млађи малољетник.

У Црној Гори пунољетном лицу које у вријеме суђења није навршило двадесет једну годину живота може се судити за кривична дјела која је учинило као млађи малољетник (лице старије од 14 година, а које нема навршених 16 година) само ако је за кривично дјело прописана казна затвора дужа од пет година.

Овом лицу суд може изрећи само васпитну мјеру посебне обавезе (члан 14) или институционалну мјеру, која подразумијева упућивање у васпитну установу заводског, незаводског типа, и упућивање у специјализовану установу. Приликом одлучивања коју ће од ових мјера изрећи, суд узима у обзир све околности случаја, а нарочито природу и тежину учињеног кривичног дјела, вријеме које је протекло од извршења кривичног дјела, лична својства, владање учиниоца, природу и тежину учињеног дјела, као и сврху васпитне мјере.

Према овим законским рјешењима пунољетном лицу које у вријеме суђења није навршило 23 године живота за кривично дјело које је учинило као старији малољетник суд може изрећи васпитну мјеру посебне обавезе, институционалну мјеру или казну малољетничког затвора под условима из члана 33. Закона.⁶ Приликом одлучивања коју ће од ових санкција изрећи суд узима у обзир све околности случаја, а нарочито природу и тежину учињеног кривичног дјела, вријеме које је протекло од извршења кривичног дјела, лична својства, владање учиниоца, као и сврху ових санкција.

Изузетно, млађем пунољетном лицу суд може, уместо казне малолетничког затвора, да изрекне казну затвора или условну осуду ако сматра да се не може постићи сврха изрицањем кривичних санкција. У

6 Када је окривљени учинио кривично дјело као млађе пунољетно лице, суд није у обавези да изврши вјештачење преко психолога ради утврђивања и оцјене његове зрелости у вези са календарским узрастом, сем уколико његова зрелост и психофизичко стање нијесу били доведени у сумњу у току вођења кривичног поступка (пресуда Округног суда у Београду Кж. 1717/2000). Када је окривљени учинио кривично дјело као млађе пунољетно лице, суд није у обавези да изврши вјештачење преко психолога ради утврђивања и оцјене његове зрелости у вези са календарским узрастом, сем уколико његова зрелост и психофизичко стање нијесу били доведени у сумњу у току вођења кривичног поступка (пресуда Округног суда у Београду Кж. 1717/2000).

случајевима и када је пунољетно лице учинило кривично дјело као млађи малољетник или када је пунољетно лице извршило кривично дјело, а суди му се прије навршене двадесет прве године живота, суд уз изречену санкцију, пунољетном лицу може изрећи одговарајућу мјеру безбједности под условима које прописује Закон (члан 39).

Што се тиче изрицања васпитних мјера пунољетним лицима која су извршила кривично дјело, а у вријеме суђења нијесу навршила 21 годину живота Закон предвиђа да пунољетном лицу које је учинило кривично дјело, суд може изрећи васпитну мјеру посебне обавезе или упућивања у установу заводског типа ако се, с обзиром на његова лична својства и околности под којима је кривично дјело учинило, може очекивати да ће се изрицањем васпитне мјере постићи сврха која би се остварила примјеном казне прописане Кривичним закоником.

Пунољетном лицу које у вријеме суђења није навршило 21 годину живота, којем је изречена васпитна мјера суд може, под условима прописаним Законом, изрећи и мјеру безбједности.

3. Пракса у Црној Гори

У циљу cjеловитног излагања појма, карактеристика, врсте и сврхе кривичних санкција које се примјењују према млађим пунољетним лицима у Црној Гори (што указује на положај млађих пунољетних лица као учинилаца кривичних дјела) у праву ове државе, потребно је да поред правно-теоријске и упоредно-правне анализе одређено мјесто и простор посветимо и анализи практичних аспеката испољавања кривичних санкција за малољетнике које се примењују под законом прописаним условима према млађим пунољетним лицима.

Управо због специфичног био-психо-социолошког стања млађих пунољетних лица која се налазе у међупериоду између недовољне душевне зрелости малољетника и стања потпуне душевне зрелости и карактеристика које одликују пунољетна лица. У раду ћемо на овом мјесту користити податке Судског савјета Црне Горе у временском периоду од 2012. до 2016. године, с тим што због реформе у правосудном информационом систему подаци за 2015. и 2016. годину нијесу доступни.

Прије тога ћемо анализирати примјену малољетничких кривичних санкција према млађим пунољетним лицима у периоду од 2007. до 2012. године према мјесту пресуђења (а то је најчешће мјесто пребивалишта или боравишта учиниоца кривичног дјела) и то кроз анализу броја пријављених, оптужених и пресуђених лица, односно учињених кривичних

дјела, односно кроз анализу врсте изречених кривичних санкција према млађим пунољетним лицима.

Кроз анализу наведених статистичких података у табелама које слиједе биће представљен број пријављених и осуђених млађих пунољетних лица, односно са структуром изречених малољетничких кривичних санкција према два критеријума: а) месту пресуђења и б) години пресуђења. Судски Савјет Црне Горе због увођења ПРИС система⁷ није водио електронске податке за cjелокупну територију Црне Горе у периоду од 2007. до 2009. године, већ је систем кроз „пилот пројекат“ регистровао само резултате рада из надлежности Основног суда у Подгорици.

Табела. 1

Однос броја пријављених и осуђених млађих пунољетних лица, као и врста изречених кривичних санкција у Црној Гори у периоду 2007–2012. године

Град:	Укупан број предмета						Пол	Број осуђених млађих пунољетника						Број осуђених млађих пунољетника (изречена васпитна мјера)					
	2007	2008	2009	2010	2011	2012		2007	2008	2009	2010	2011	2012	2007	2008	2009	2010	2011	2012
Бар				14	45	9	М				15	51	9				1	7	2
							Ж				1	1							
Беране					4	7	М				6	8							
							Ж												
Б и ј е л о Поље				1	13	18	М				1	15	20						
							Ж												
Цетиње				11	14	5	М				10	14	8				3		2
							Ж				1						1		
Херцег Нови				1	16	12	М				1	21	15					3	3
							Ж												
Колашин				9	7	6	М				8	7	11				2		1
							Ж				1								
Никшић					17	11	М					18	11						
							Ж												
Плав						1	М						1						
							Ж												
Пљевља				3	3	2	М				3	3	2						
							Ж												
Подгорица	138	115	178	87	104	62	М	150	134	226	118	118	79	74	38	38	40	27	11
							Ж	13	5	10	4	11	1	3				1	

⁷ Систем за електронско вођење података и електронску додјелу предмета судећим судијама, као и праћење тока судског поступка и објављивања пресуде.

Рожаје				4	15	7	М				4	15	8						
							Ж												
Улцињ				2	26	8	М				2	28	8						8
							Ж					1							
Жабљак				1	3		М				1	3							
							Ж												
Укупно	138	115	178	133	267	148	М	150	134	226	163	299	180	74	38	38	46	45	19
							Ж	13	5	10	7	13	1	3	0	0	1	2	0
							Укупно лица	163	139	236	170	312	181	77	38	38	47	47	19

Из наведених статистичких података о броју пријављених и осуђених млађих пунољетних лица на подручју Црне Горе у периоду 2007–2012. године можемо извести одређене закључке о строгости или благодати казнене политике судова (политике изрицања кривичних санкција), односно о обиму и динамици извршених кривичних дјела, односно изреченим кривичним санкцијама према овој категорији учинилаца кривичних дјела. Ова би анализа била потпунија када би презентирани подаци показивали и структуру извршених кривичних дјела од стране млађих пунољетних лица у посматраном периоду.

Но, уз сва ограничења, ова анализа приказаних статистичких података за подручје Црне Горе у периоду 2007–2012. године даје нам основа за следеће закључке:

- у посматраном периоду, осим у Подгорици, ни у једном другом граду на подручју Црне Горе није пријављено ниједно млађе пунољетно лице за извршење неког, било ког кривичног дјела, или није забиљежено у евиденцији,

- у Подгорици је забиљежен највећи број пријављених млађих пунољетних учинилаца кривичних дјела од максималних 178 лица у току 2009. године, преко 138 лица у току 2007. године до минималних 62 лица у току 2012. године (дакле, последње анализирани године),

- млађа пунољетна лица су се најређе јављала као учиниоци кривичних дјела у следећим градовима: 1) Плаву – једно кривично дјело у току 2012. године, 2) Жабљаку – једно кривично дјело у току 2010. године, односно три кривична дјела у току 2011. године, 3) Беранама – четири кривична дјела у току 2011. године и седам кривичних дјела у току 2012. године и 4) Никшићу – где је евидентирано 17 кривичних дјела у току 2011. године и једанаест кривичних дјела у току 2013. године,

- на другом месту по учесталости пријављивања млађих пунољетних лица као учинилаца кривичних дјела у периоду 2010–2012. године се

налазе : 1) Бар – где је пријављено 68 лица, 2) Улцињ – са пријављених 36 лица и 3) Цетиње – где је у посматраном периоду пријављено 30 лица,

- слична је ситуација и са бројем осуђених млађих пунољетних лица на подручју Црне Горе у периоду 2007–2012. године. Тако је само у Подгорици сваке посматране године забележено осуђивање млађих пунољетних лица за кривична дјела и то у апсолутно највећем броју случајева у односу на друге градове у Црној Гори,

- најмање осуђених млађих пунољетних лица је у посматраном периоду забиљежено на подручју : 1) Плава – једно лице у току 2012. године, 2) Жабљака – једно лице у току 2010. године, односно три лица у току 2011. године, 3) Пљеваља – три лица у току 2010. и 2011. године и два лица у току 2012. године и 4) Берана – шест лица у току 2011. године и осам лица у току 2012. године,

- у посматраном периоду према млађим пунољетним лицима за учињена кривична дјела су најређе изрицане васпитне мјере. Тако на подручју: Берана, Бијелог Поља, Никшића, Плава, Пљеваља, Рожаја и Жабљака ниједном млађем пунољетном лицу није изречена ова врста кривичних санкција за кривична дјела и

- највише је васпитних мјера према млађим пунољетним лицима изречено, поред Подгорице где је сваке анализиране године забележено апсолутно највише изречених васпитних мјера, у: 1) Бару – десет мјера у току 2010. и 2012. године, 2) Улцињу – девет мјера у току 2011. године, 3) Цетињу – шест мјера у току 2010. и 2012. године, 4) Херцег Новом – шест мјера у току 2011. и 2012. године и 5) Колашину – три мјере у току 2010. и 2012. године.

Табела 2.

Број осуђених млађих пунољетних лица, те врсте и мјере кривичних санкција (васпитних мјера) у Црној Гори у периоду 2007–2012. године према градовима

Град:	Врста васпитне мјере	Број осуђених млађих пунољетника (изречена васпитна мјера)											
		2007		2008		2009		2010		2011		2012	
		М	Ж	М	Ж	М	Ж	М	Ж	М	Ж	М	Ж
Бар	Дисциплинска мјера – укор									2			
	Појачан надзор органа социјалног старања						1		4		2		
	Заводска мјера								1				
Цетиње	Појачан надзор од стране родитеља						1						
	Појачан надзор органа социјалног старања						2	1			2		

Херцег Нови	Појачан надзор од стране родитеља										1		
	Дисциплинска мјера – укор								1				
	Појачан надзор органа социјалног старања								1		2		
	Заводска мјера								1				
Колашин	Појачан надзор органа социјалног старања												
	Мјера појачаног надзора						2				1		
Подгорица	Појачан надзор од стране родитеља	29	1	19		7		12		11	1	5	
	Дисциплинска мјера – укор	20	2	2		8		5				2	
	Појачан надзор органа социјалног старања	19		7		7		7		5			
	Мјера појачаног надзора	2		5		16		16		10		4	
	Заводска мјера	4		5						1			
Улцињ	Појачан надзор од стране родитеља									1			
	Појачан надзор органа социјалног старања									6			
	Мјера појачаног надзора									1	1		
Укупно	Појачан надзор од стране родитеља	29	1	19	0	7	0	13	0	12	1	6	0
	Дисциплинска мјера – Укор	20	2	2	0	8	0	5	0	3	0	2	0
	Појачан надзор органа социјалног старања	19	0	7	0	7	0	10	1	16	0	6	0
	Мјера појачаног надзора	2	0	5	0	16	0	18	0	11	1	5	0
	Заводска мјера	4	0	5	0	0	0	0	0	3	0	0	0
	Укупно	74	3	38	0	38	0	46	1	45	2	19	0

Из наведених статистичких података о броју и врсти изречених васпитних мјера према млађим пунољетним учиниоцима кривичних дјела у појединим градовима на подручју Црне Горе у периоду 2007–2012. године можемо извести одређене закључке о строгости или благодати казнене политике судова (политике изрицања кривичних санкција):

- од свих малољетничких кривичних санкција, према млађим пунољетним лицима, су у посматраном периоду у Подгорици најчешће изрицане мјере појачаног надзора од стране родитеља. Иначе, ово су својевремено биле и најчешће изрицане малољетничке кривичне санкције у СФР Југославији (Лазаревић, Матић и остали: 107). У Црној Гори су ове санкције изрицане од максималних 29 мјера у току 2007. године, преко 19 мјера у току 2008. године до минималних пет мјера у току 2012. године,

- и мјера укора је у Подгорици млађим пунољетним лицима изрицана често (то је друга најчешће изрицана санкција овој врсти учинилаца кривичних дјела). Тако је укор изрицан од максималних 20 пута у току 2007. године до минимална два пута у току 2008. и 2012. године, док у току 2011. године ова мјера није изречена ниједном,

- мјера појачаног надзора органа социјалног старања је најчешће изрицана 2007. године и то у 19 случајева, док у току 2012. године није изречена ниједном,

- заводске васпитне мјере су такође изрицане млађим пунољетним учиниоцима кривичних дјела у изузетно ретким случајевима од свега четири мјере у току 2007. године или пет мјера у току 2008. године до само једне мјере у току 2011. године. У осталим посматраним годинама ова врста малољетничких кривичних санкција није уопште изрицана млађим пунољетним лицима,

- од укупно изречене 74 васпитне мјере у посматраном периоду од 2007–2012. године, најчешће су изрицане мјере појачаног надзора родитеља и то у 29 случајева у току 2007. године или у 19 случајева у току 2008. године. Потом по учесталости изрицања слиједи мјера укора која је изречена у 20 случајева у току 2007. године, односно у осам случајева у току 2009. године. Мјера појачаног надзора органа социјалног старања је изрицана у 19 случајева у току 2007. године, у 16 случајева у току 2011. године, у десет случајева у току 2010. године., односно само у седам случајева у току 2008. и 2009. године,

- према млађим пунољетним учиниоцима кривичних дјела заводске васпитне мјере су у посматраном периоду изрицане изузетно ријетко – готово осимболично, и то од четири мјере у току 2007. године или пет мјера у току 2008. године до минималне три мјере у току 2011. године, док у осталим посматраним годинама ове мјере нису уопште изрицане и

- интереснатно је да у изрицању малољетничких кривичних санкција према млађим пунољетним лицима преовладавају лица мушког пола, док је према свега три женска лица у току 2007. године, два женска лица у току 2011. године или једном женском лицу у току 2010. године изречена нека од васпитних мјера.

Табела 3.

Однос пријављених и осуђених млађих пунољетних лица, као и структура изречених казни у Црној Гори у периоду 2012–2016. године.⁸

⁸ Према подацима Судског савјета овај орган није водио податке за период 2015 –2016. године због реформе Судског информационог система. Извор – Допис Судског савјета бр. 343 од 22. 05. 2016. године упућен Научном центру за безбједносна, социолошка и криминолошка истраживања „Дефендологија” – Никшић.

Година	Укупан број лица против којих је покренут поступак	Укупан број осуђених лица	Затворска казна	Условна осуда	Новчана казна	Рад у јавном интересу
2012	933	269	73	124	13	0
2013	700	169	47	93	3	1
2014	520	139	37	76	1	0
2015	0	0	0	0	0	0
2016	0	0	0	0	0	0

Из наведених статистичких података о броју и врсти изречених васпитних мјера према млађим пунољетним учиниоцима кривичних дјела, односно о односу броја пријављених и осуђених лица за љ.

Ипак, из расположивих података у периоду 2012–2014. године о примени малољетничких кривичних санкција према млађим пунољетним учиниоцима кривичних дјела можемо извести следеће закључке:

- у посматраном периоду у току 2012. године је забележен највећи број пријављених млађих пунољетних лица за учињена кривична дјела и то 933 лица, док је најмање ових лица пријављено у току 2014. године – свега 520 лица или за 40 % мање у односу на прву анализирану годину,

- највећи проценат осуђених млађих пунољетних лица за кривична дјела у односу на број пријављених лица је забиљежен у току 2012. године. Те је године осуђено 39,55 % од броја пријављених лица (дакле, око 40 % или 2/5, што је изузетно висок проценат ако се ови подаци доведу у вези са идентичним подацима за пунољетна осуђена лица). Потом слиједи 2014. година када је осуђено 26,73 % пријављених лица, односно 24,14 % пријављених млађих пунољетних лица је и осуђено,

- млађим пунољетним лицима је у посматраном периоду 2012–2014. године (дакле, у почетку примјене посебног малољетничког кривичног закона у Црној Гори) најчешће изрицана условна осуда. Она се кретала од максималних 124 осуда у току 2012. године што је износило 46,10 % од укупно осуђених лица. Најмање је условних осуда и то 76 изречено у току 2014. године што је чинило 54,68 % од броја пријављених лица,

- потом у структури изречених кривичних санкција према млађим пунољетним лицима слиједи казна затвора. Тако су у току 2012. године изречене 73 казне затвора или 27,14 % од броја осуђених лица или 2014. године када је изречено 37 казни затвора што је чинило 26,62 % осуђених лица,

- казна рада у јавном интересу је симболично изрицана овој категорији учинилаца кривичних дјела и то само једном и то у току 2013. године и

- и новчана казна је према млађим пунољетним лицима изрицана изузетно ријетко и то од једне казне у току 2014. године, преко три новчане казне у току 2013. године до максималних 13 казни у току 2012. године.

Табела 4.

Изречене васпитне мере млађим пунољетним лицима у Црној Гори у периоду 2012–2016. године

Година	Мјере упозорења	Појачан надзор	Посебне обавезе	Судска опомена	Заводска мјера	Дисциплинска мјера –укор
2012	7	48	0	1	0	3
2013	0	17	3	2	1	3
2014	0	18	0	2	0	4
2015	0	0	0	0	0	0
2016	0	0	0	0	0	0

Из података који су наведени у последњој анализираној табели, а који се односе на врсту изречених малољетничких кривичних санкција према млађим пунољетним лицима као учиниоцима кривичних дјела у Црној Гори у току 2012–2014. године можемо извести следеће закључке:

- према млађим пунољетним лицима је у току 2012. године изречено свега седам мјера упозорења, док у осталим годинама ова малољетничка кривична санкција није уопште изрицана овој категорији лица,

- најчешће је према млађим пунољетним лицима изрицана мјера појачаног надзора. Она се кретала од максималних 48 изречених мјера у току 2012. године до 17 мјера у току 2013. године, односно 18 мјера у току 2014. године,

- посебне обавезе су симболично изрицане према овој категорији учинилаца кривичних дјела. Наиме, ове су мјере изречене само у једном случају и то у току 2013. године,

- такође у току 2013. године је према млађим пунољетним лицима изречена само једна заводска мјера као најтежа врста васпитних мјера,

- судска опомена је такође према овој категорији учинилаца кривичних дјела изрицана изузетно ријетко и то једном у току 2012. године и два пута у току 2013. и 2014. године и

- дисциплинске мјере су према млађим пунољетним лицима изрицане нешто чешће него што је случај са судском опоменом или заводским васпитним мјерама. Ове су мјере изречене по три пута у току 2012. и 2013. године, односно четири пута у току 2014. године.

4. Закључак

У кривичном праву Црне Горе примјењују се у односу на млађа пунољетна лица опште одредбе малољетничког кривичног права. Овако законом прецизиран положај омогућава млађим пунољетним учиниоцима кривичних дјела значајну привилегију у односу на друга пунољетна лица као извршиоце кривичних дјела и приближава их положају малољетних лица управо због успореног или одложеног процеса њиховог сазријевања. Данашњи кривичноправни положај млађих пунољетних лица (дакле, лица која су у време извршења кривичног дела навршила 18 година, али у вријеме суђења нијесу навршила 21 годину живота) је имао дуги историјски развој у Црној Гори у истом временском периоду. То је вријеме које не познаје посебан положај млађих пунољетних лица као учинилаца кривичних дјела, па чак ни малољетство не познаје као „посебну категорију” кривичног права, већ узраст учиниоца кривичног дјела представља ублажавајућу или олакшавајућу околност приликом одмјеравања казне таквом учиниоцу конкретног кривичног дјела. До првог законодавног препознавања категорије млађих пунољетних лица као учинилаца кривичних дјела и њиховог посебног кривичноправног положаја, под утицајем школе нове друштвене одбране (и идеја Марка Ансела) долази тек 1959. године када је донијет Закон о измјенама и допунама Кривичног законика ФНР Југославије из 1951. године. Према овим лицима се у великој мјери примјењују малољетничке кривичне санкције чиме се уважава сличност између ове двије категорије учинилаца кривичних дјела. Посебно су уређене могућности изрицања одређених врста васпитних мјера, односно казне малољетничког затвора, али и казне затвора, односно условне осуде које су санкције прописане за пунољетна лица. Слична рјешења је преузело и последње социјалистичко кривично законодавство – КЗ СФРЈ из 1976. године и припадајући републички и покрајински кривични закони из 1977. године чиме је положај млађих пунољетних лица уређен прецизним одређењем њиховог старосног узраста и разликовањем три кривичноправне ситуације у којима су им под законом прописаним условима могле бити изречене васпитне мјере или казна малољетничког затвора.

Када се анализирају наведени законски услови произилази да није лако објективно сагледати критеријуме за примјену малољетничких одредаба на млађе пунољетне учиниоце кривичних дјела. Међутим, у утврђивању законских услова мора се поћи од претпоставке да код „младих” постоји повезаност између делинквентног понашања и узраста учиниоца кривичног дјела.

Иначе, у изради овог рада, у разговорима са судијама за малољетнике у Црној Гори наглашено је да ни досадашњи законски прописи, судска пракса, као ни правна теорија нијесу дали нека одређена правила којима би се послужио судија за малољетнике при својој одлуци о изрицању малољетничких кривичних санкција млађем пунољетном лицу у конкретном случају. Уосталом и наведени статистички подаци из наведених извора, као и њихова прецизна анализа са низом закључака иду у прилог овом схватању.

Листа референци

Допис Судског савјета бр. 343 од 22. 05. 2016. године упућен Научном центру за безбједносна, социолошка и криминолошка истраживања „Дефендологија” у Никшићу;

Јовашевић, Д. (2010). *Кривично право*. Београд: Номос;

Лазаревић, Љ. Матић, О. и остали. (1965). *Примена заводских васпитних мера према малолетницима*. Београд: Институт за криминолошка и криминалистичка истраживања;

Пресуда Окружног суда у Београду Кж. 1717/2000;

Закон о измјенама и допунама Кривичног законика ФНР Југославије, Службени лист ФНРЈ, бр. 30/59;

Закон о поступању према малољетницима у кривичном поступку, Службени лист Црне Горе, бр. 64/201.

***APPLICATION OF CRIMINAL SANCTIONS FOR
JUVENILES TO YOUNG ADULTS IN THE CRIMINAL
LEGISLATION OF MONTENEGRO***

Slavko Milić

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

With the development of social and legal system in Montenegro, the status of juveniles (and young adults) is being resolved much more appropriately. In the contemporary society, juveniles have a completely different status than adults. Moreover, there are special judicial bodies, special types of criminal proceedings, the participation of social and state bodies, excluding the public, a special form of responsibility for the committed crime, the system of criminal sanctions for juveniles and the rules for their imposition and execution. Similarly, the modern legislation in a particular way determines the criminal and legal status of young adults. The paper discusses the application of these juvenile criminal sanctions to adults, focusing on the empirical data of the Judicial Council of Montenegro and providing a detailed analysis of their application.

Keywords: young adults, juvenile criminal sanctions, criminal law of Montenegro.

СТРУЧНИ ЧЛАНАК
Рад примљен: 30.05.2018.
Ревидирана верзија: 04.10.2018.
Рад прихваћен: 17.10.2018.

UDK: 343.102:343.163(497.11)

ПРИРОДА И ОДЛИКЕ ИСТРАГЕ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ СРБИЈЕ

Мирјана Ристић Везенковић¹

Студенткиња докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

У раду су анализирани законске одредбе о уређењу јавнотужилачке истраге, којом је замењена судска истрага коју је спроводио истражни судија, иначе традиционални модел у историји српског кривичног поступка. Објашњени су законски услови за покретање истраге, субјекти истраге, форма и доказна снага радњи доказивања које органи поступка предузимају у истрази. На бази те анализе и уочених карактеристика дефинисане су опште одлике и правна природа истраге. Уочени су недостаци покретања јавнотужилачке истраге који доводе у питање уставност таквог законског решења и право осумњиченог на приступ суду. У раду је заузет аргументован став да је у погледу могућности прикупљања доказа у корист одбране, осумњичени у изразито инфериорном положају у односу на јавног тужиоца, па се не може сматрати да је поступак правичан. На концепцијском плану критиковано је законско решење којим се доказима које у истрази изведе јавни тужилац или полиција признаје иста доказна снага као да су изведени пред судом уз поштовање начела непосредности и контрадикторности.

Кључне речи: претхотни кривични поступак, јавнотужилачка истрага, јавни тужилац, доказне радње.

1. Увод

Реформу кривичног процесног законодавства из 2011. године карактеришу две најзначајније и суштински радикалне промене кривичног

¹ risticm85@yahoo.com.

поступка: (1) уместо судске уведена је јавнотужилачка истрага и (2) главни претрес је уређен на адверзијалном принципу. Међутим, иако је номинално одређен субјект који покреће и спроводи истрагу, у стручним и научним радовима води се расправа о природи истраге (Шкулић, Илић, 2012: 56–59), (Бејатовић, 2013: 139–141), из чега се види актуелност теме. Предмет расправе у овом раду биће само првопоменути радикални захват законодавца.

Приликом објашњења природе истраге треба поћи од услова за њено покретање и субјекта који одлучују о њеном покретању и који је спроводе. Објашњење услова за њено покретање треба да разграничи истрагу од делатности органа кривичног гоњења које јој претходе. Са друге стране, субјект односно орган коме се поверава истрага у доброј мери одређује природу делатности које чине садржину саме истраге. У истрази, наиме, могу учествовати само органи гоњења, што претпоставља да ће се истрага састојати од делатности које одговарају оперативној ефикасности ових органа, или се може предвидети и учешће суда, у мањој или већој мери, што изискује уређење форме процесних радњи суда. Међутим, треба имати у виду да одстрањење суда из истраге или његова пасивизација у домену доказних радњи не искључује могућност да и делатности других органа буду формализоване. Даље треба сагледати да ли се у истрази предузимају процесне радње, пре свега доказне радње и у којој форми, што је темељ да истрага буде неформална или формална фаза. Истом циљу треба да послужи и сагледавање почетка кривичног поступка и сврхе истраге: од момента у којем започиње кривични поступак зависи да ли је истрага његов структурални елемент, а од сврхе истраге зависи које радње ће у њој бити предузимане.

Укратко, полазиште је да субјекти истраге, форма процесних радњи, моменат кад поступак почиње и сврха истраге одређују њену природу и типичне одлике.

2. Услови за покретање истраге

За покретање истраге у Законику о кривичном поступку² предвиђена су два услова: (1) основи сумње су материјални услов, а (2) наредба надлежног јавног тужиоца о покретању истраге представља формални услов.

² Законик о кривичном поступку Републике Србије (Службени гласник РС, бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013, 45/2013, 55/2014), у даљем тексту ЗКП.

(1) Материјални услов је један, али је различито одређен зависно од тога да ли се истрага покреће против познатог или непознатог учиниоца. Ако је осумњичени познат, потребно је да постоје основи сумње да је одређено лице извршило неко конкретно кривично дело (чл. 295 ст. 1 тач. 1), што значи да је материјални услов везан и за дело и за учиниоца. У ситуацији кад је учинилац непознат, јавни тужилац може покренути истрагу ако постоје основи сумње да је извршено кривично дело (чл. 295 ст. 1 тач. 2), у ком случају се материјални услов односи само на кривично дело.

Према теоријским схватањима и законским одредбама, основи сумње су најнижи степен уверења о кривичном делу и чиниоцу. То није нека лична произвољна сумња, него сумња која се мора заснивати на подацима и доказном материјалу који су прибавили органи који врше функцију кривичног гоњења (полиција и јавни тужилац).

Може се запазити да је у односу на раније законско решење, када је истрага била судска, снижен степен сумње потребан за покретање истраге, јер су уместо основане сумње сада довољни основи сумње. Тиме су изједначени законски услови за покретање предистражног поступка, који је неформалан и претходи истрази, и услови за покретање истраге, која је по закону фаза формалног кривичног поступка. Снижавање тзв. „чињеничног супстрата“ за покретање истраге, изазвало је теоријске и стручне критике из више разлога. Пре свега, решење је нелогично јер поступак треба да се развија и креће унапред, да се од једне до наредне фазе оствари напредак у откривању и расветљењу кривичног дела и учиниоца. Затим, ако се има у виду природа предистражног и истражног поступка, њихова сврха и карактер радњи које се у њима предузимају и субјекти надлежни за њихово предузимање, закључак је да исти степен сумње не може бити услов за покретање преткривичног (предистражног) и кривичног поступка (Бејатовић, 2010: 31). На практичном плану такво решење компликује садржину и форму одлука о одређивању притвора пре покретања истраге, пошто је за одређивање притвора потребан виши степен сумње (основана сумња) него за покретање истраге. На крају, због изједначавања материјалног услова за покретање предистражног поступка са материјалним условом за поретање истраге, није јасно када јавни тужилац по закону може, односно мора да покрене истрагу, што „ствара латентно поље за арбитражно кривично гоњење, уместо услова за примену начела легалитета“ (Ђурђић, 2016: 178).

(2) Истрага се покреће одлуком јавног тужиоца у форми наредбе (чл. 296 ст. 1), која се јавља као формални услов за покретање истраге. Законом

је прописан обавезни садржај³ ове формалне одлуке јавног тужиоца, из чега произилази намера законодавца да истрага буде формална фаза кривичног поступка, без обзира на то што је јавнотужилачка. Међутим није јасан рацио законских одредаба о достављању наредбе, јер се не доставља окривљеном одмах након њеног доношења да се упозна за шта се терети, како би могао да реализује своју одбрану. У закону је прописано да се достављање врши ако је учинилац познат и да наредбу о покретању истраге јавни тужилац доставља осумњиченом и његовом браниоцу, и то „заједно са позивом, односно обавештењем о првој доказној радњи којој могу присуствовати“ (чл. 297 ст. 1). Изгледа као да је достављање наредбе законски услов да јавни тужилац предузме било коју доказну радњу којој одбрана може присуствовати. С тим у вези, може се запазити да закон допушта да јавни тужилац тактизира и да ту доказну радњу планира за крај, кад истрага буде фактички завршена, па окривљени до самог краја неће ни знати да је против њега покренута истрага (Бркић, 2016: 83), чиме се спречава реализација одбране. Управо због тога, неким ауторима се чини као да су законописци концепцијски осмислили тајну истрагу јавног тужиоца (Ђурђић, 2016: 179), која би требало да буде препуштена историји јер је карактеристична за инквизициони тип кривичног поступка који је одавно превазиђен.

Док одредбе о достављању наредбе о покретању истраге против познатог осумњиченог имају некакву сврху, те одредбе немају никакав смисао кад се истрага покреће против непознатог учиниоца. У том случају још постоји опасност по правичност поступка јер би након доношења наредбе јавни тужилац, истина, уз претходно одобрење судије за претходни поступак, такође могао да предузима доказне радње којима не може да присуствује осумњичени јер је у том тренутку непознат.

Окривљени нема право жалбе суду против наредбе јавног тужиоца о покретању истраге. Није прописано ни правно средство којим би окривљени иницирао преиспитивање наредбе о покретању истраге од стране вишег јавног тужиоца. Зато се с правом поставља питање шта је уопште сврха доношења било какве формалне одлуке о спровођењу истраге, ако се ради о одлуци против које није дозвољена жалба (Шкулић, 2010: 65). То што окривљени нема никакво правно средство којим би се заштитио од неоснованог или незаконитог кривичног гоњења, доводи у питање право осумњиченог на приступ суду и право на правно средство (Илић, 2016: 542), која представљају основна људска права гарантована

³ У наредби о спровођењу истраге се морају навести: лични подаци осумњиченог ако је познат, опис дела из кога произлазе законска обележја кривичног дела, законски назив кривичног дела и околности из којих произилазе основи сумње (чл. 296. ст. 3. ЗКП).

Уставом и Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Пре свега, тиме је доведена у питање уставност законских одредаба о покретању истраге, зато што је Уставом свакоме гарантовано право да суд „расправи и одлучи о основаности сумње која је била разлог за покретање поступка” (чл. 32 ст. 1 Устава).

(3) Већ је речено да се истрага може покренути и против непознатог учиниоца. Мада се то могло очекивати, за покретање истраге против непознатог учиниоца нису предвиђени никакви посебни услови. Као и кад се покреће против познатог осумњиченог, потребно је да постоје основи сумње да је извршено кривично дело, што је материјални услов, и да јавни тужилац донесе наредбу о спровођењу истраге, што представља формални услов. Никаквих других услова нема. Кад постоје основи сумње, остављено је јавном тужиоцу да по слободном нахођењу одлучи да ли ће у предистрази предузимати потражне радње са циљем да открије учиниоца да је извршио кривично дело, или ће донети наредбу о спровођењу истраге и спроводити истрагу са истим циљем. И у истрази против непознатог учиниоца јавни тужилац има могућност да предузима доказне радње, уз претходно одобрење судије за претходни поступак, а изведени докази се могу користити у даљем поступку и бити чињенична основа пресуде, па је тако онемогућено окривљеном да учествује у поступку који се против њега води и да реализује своја права, пре свега право на одбрану. У току и после спроведене истраге против непознатог учиниоца нису прописане гаранције за заштиту права окривљеног. Најпре, није прописано да се поставља бранилац по службеној дужности, што је обавеза органа поступка кад се окривљеном суди у одсуству (Кнежевић, 2014: 66). Затим, нема прописаних правила која би омогућила и гарантовала окривљеном да у каснијим фазама поступка унакрсно испита сведоке и вештаке. Ови груби недостаци уређења истраге оштро су критиковани (Бејатовић, 2010: 97, 98), а начелно гледано недопустиво је да се савремени кривични поступак води против непознатог учиниоца (Бркић, 2016: 9).

3. Субјекти истраге

Истрагу покреће и спроводи „надлежни јавни тужилац”,⁴ а то може бити основни или виши јавни тужилац на чијем подручју је извршено кривично дело. У законнику није одређен рок у коме се истрага мора покренути, већ је прописан један посредни рок везан за предузимање доказних радњи.

⁴ Законик о кривичном поступку предвиђа и могућност да се законом одреди једно јавно тужилаштво као истражни центар, у коме би се спроводила истрага за више јавних тужилаштава, али још увек нису основани (чл. 298. ст. 2).

Наиме, јавни тужилац доноси наредбу о спровођењу истраге „најкасније у року од 30 дана од дана када је јавни тужилац обавештен о првој доказној радњи коју је полиција предузела” (чл. 296 ст. 2). У којој мери је наведени рок обавезујући постоје различита мишљења. Једни сматрају да је идеја законодавца да омогући довољно времена за одлуку јавног тужиоца хоће ли доказну радњу полиције „ауторизовати или ће одбити њену ауторизацију” (Илић, Мајић, Бељански, Трешњев, 2013: 685). Други у предузимању било које доказне радње од стране полиције виде могућност да полиција „присили” јавног тужиоца да покрене истрагу, без обзира на то да ли и он оцењује да има места за покретање истраге, што је противно забрани сваког утицаја на рад јавног тужилаштва, установљеној Законом о јавном тужилаштву⁵ (Илић, 2012: 164). Према трећем гледишту и у случају кад је полиција предузела неку доказну радњу јавни тужилац самостално оцењује да ли су се стекли законски услови за покретање истраге, па може одбацити кривичну пријаву или покренути истрагу (Бркић, 2016: 89), а оба рока, и фактички рок одређен описно „пре или непосредно после прве доказне радње” и рок од 30 дана су инструкционог карактера (Шкулић, 2013: 94). Ово последње гледиште сматрамо прихватљивим ако се имају у виду принципи уређења кривичне тужбе и чињеница да закоником нису прописане никакве последице по поступак ако јавни тужилац покрене истрагу после истека рока од 30 дана.

Поред јавног тужиоца у истрази могу учествовати и други субјекти, са различитим улогама и овлашћењима. Постоје субјекти којима јавни тужилац може поверити предузимање доказних радњи у истрази, субјекти који могу пружати помоћ јавном тужиоцу у вршењу истраге, субјекти који могу присуствовати доказним радњама, и на крају, у истрази може учествовати и судија за претходни поступак.

У ситуацијама кад се укаже потреба да доказну радњу треба предузети на подручју другог суда, надлежни јавни тужилац може поверити предузимање те радње јавном тужиоцу који поступа пред судом на чијем подручју треба предузети доказну радњу. Јавни тужилац коме је поверено предузимање доказне радње може да предузме и друге доказне радње које са овим стоје у вези или из њих проистичу. Он не може да донесе одлуку о прекиду а још мање о обустави истраге. Једино може уступити предмет јавном тужиоцу надлежном за предузимање поверене му доказне радње, кад протумачи да није надлежан за предузимање те радње.⁶

⁵ Чл. 5. ст. 2. Закона о јавном тужилаштву.

⁶ Види члан 299. ст. 2. и 3. ЗКП.

Поред јавног тужиоца коме надлежни јавни тужилац повери предузимање неке доказне радње, у истрази се као орган поступка може појавити и полиција. Наиме, надлежни јавни тужилац „може поверити полицији извршење појединих доказних радњи”, али да би имале доказну снагу, полиција их мора предузети „у складу са одредбама законика”.⁷ Ово овлашћење је непрецизно формулисано па није јасно на које законске одредбе упућује, на које доказне радње се односи и под којим условима. Закон не ограничава ни врсту ни број доказних радњи које се могу поверети полицији, па се може закључити да полицији може бити поверена свака доказна радња, чак и оне које полиција није овлашћена да предузима у предистражном поступку, као и да јавни тужилац може полицији поверити једну или више доказних радњи. Неки аутори у непостојању ових лимита виде опасност да се у пракси јавнотужилачка истрага претвори у полицијску (Ђурђић, 2017: 70). Док је истрага била судска, полицији су повереване две истражне радње – претресање стана и привремено одузимање предмета, као типичне полицијске радње.⁸ Напоследку, сваку од поверених процесних радњи полиција мора да предузме у законом прописаној форми за ту радњу, да би добијени резултати имали доказну снагу.

У предузимању доказних радњи могу учествовати неки субјекти а да немају улогу органа кривичног поступка, већ субјекта који пружа помоћ. Учешће тих субјеката је предвиђено у ситуацијама када је јавном тужиоцу потребна форензичка, аналитичка или каква друга помоћ полиције или помоћ других државних органа у вези са спровођењем истраге. Јавни тужилац има овлашћење да од њих затражи помоћ, а ти органи су дужни да је пруже (чл. 298. ст. 4).

У истрази учествује као процесни субјект и одређени функционални састав кривичног суда иако истрага није судска, само што су његова овлашћења рестриктивно постављена у односу на јавног тужиоца. Наиме, у истрази се може јавити судија за претходни поступак у улози: (1) контролора законитости ове фазе поступка, (2) органа који одлучује о мерама за обезбеђење присуства окривљеног и (3) који предузима доказне радње којима се задире у права учесника поступка (Бркић, 2016: 85), чему треба додати (4) улогу органа који одлучује о предузимању доказних радњи у корист окривљеног, кад јавни тужилац одбије његов доказни предлог или уопште по њему не поступи и (5) улогу органа који одлучује о споразуму странака о признању кривичног дела. Судија за претходни поступак може се појавити само у овим процесним ситуацијама ако се

⁷ Члан 299 ст. 4. ЗКП.

⁸ Види чл. 246. ст. 3. Законика о кривичном поступку из 2001.

стекну законске претпоставке, а то значи да у неким истрагама уопште неће ни учествовати.

На крају, поједини субјекти, као што су осумњичени, његов бранилац и оштећени, у истрази могу учествовати путем присуства одређеним доказним радњама. Та овлашћења су им дата у циљу остваривања функције коју иначе у поступку имају, о чему ће датаљније бити говора у излагању о предузимању доказних радњи у истрази.

4. Доказне радње у истрази – форма и доказна снага

После доношења наредбе јавни тужилац приступа спровођењу истраге, у чијој суштини је предузимање доказних радњи. Јавни тужилац је овлашћен да предузме све доказне радње које су по његовом мишљењу потребне да прикупи доказни материјал потребан за подизање оптужбе и да се оствари сврха истраге у целини. Ради се у ствари о свим радњама доказивања прописаним закоником о кривичном поступку, а то су саслушање окривљеног, испитивање сведока, вештачење, увиђај, реконструкција кривичног догађаја, доказивање исправом и посебне доказне радње. Неке од тих доказних радњи може јавни тужилац сам да предузме а неке само уз садејство суда. Да би предузео претресање стана и све посебне доказне радње потребна му је одлука суда, зато што се овим радњама значајно ограничавају основна људска права и слободе.

Сваку доказну радњу јавни тужилац мора да предузме у законом прописаној форми за ту радњу, да би имала доказни кредибилитет. Зато се може закључити да је истрага строго формална фаза кривичног поступка, а не нека неформална фаза којом руководи јавни тужилац у којој он прикупља потребне податке и други доказни материјал потребан за покретање судског кривичног поступка, какво је уређење у англоамеричком моделу кривичног поступка. Поред тога, из одредаба о одступању од начела непосредности⁹ може се закључити да све доказне радње које јавни тужилац предузме у истрази сагласно закону, имају исту доказну снагу као да су предузете на главном претресу, па могу бити чињенична основа пресуде. Нови законик садржи исте оне одредбе које су важиле за истражног судију, по којима су се могли читати искази сведока и вештака које су они дали истражном судији, што начелно није могуће нити је оправдано (Шкулић, 2010: 66). Тиме су са судским доказима изједначени докази до којих дођу полиција и јавни тужилац предузимањем доказних радњи у предпретресним фазама поступка, што противречи адверзијалном уређењу главног претреса а доводи у питање и правичност

⁹ Види члан 406. ЗКП.

поступка, јер докази које изведе јавни тужилац као једна странка постају аквизиција поступка.

Упркос преласку на расправни модел, јавни тужилац у нашем поступку задржао је досадашњи положај „непристрасног” заштитника закона (Бајовић, 2014: 160). Јавни тужилац је дужан да непристрасно разјасни сумњу о кривичном делу за које спроводи процесне радње, и да са једнаком пажњом испита „чињенице које терете окривљеног и чињенице које му иду у корист”.¹⁰ Исту такву обавезу има и полиција. Међутим, овакво законско решење није примерено адверзијалном кривичном поступку, у коме је адверзијални тужилац „строго пристрасан” и као странка лично заинтересован „за победу у виду осуђујуће пресуде” (Бајовић, 2014: 160). Оно противречи и логици успешног и ефикасног обављања функције кривичног гоњења, па се зато у адверзијалним системима и сматра да полиција и тужилаштво не мисле да је њихова дужност да прикупљају доказе који ће указати да су пронашли „погрешног човека” (Jackson, 1988: 559). Питање је колико су и у нашем поступку полиција и јавни тужилац спремни да раде против себе тако што ће „непристрасно” доказивати да кривично гоњење осумњиченог није основано, кад се зна да се и њихови резултати мере осуђујућим пресудама.

И присуство доказним радњама у истрази остало је регулисано као да је истрага и даље судска. Окривљени, његов бранилац и оштећени и даље имају право да присуствују доказним радњама без обзира на то што их сада у истрази предузима јавни тужилац. Да би реализовали та своја права, прописано је да се на саслушање осумњиченог позива његов бранилац, а остали поменути субјекти се позивају, односно обавештавају о месту и времену испитивања сведока и вештака или спровођења увиђаја. Неприсуствовање ових субјекта спровођењу доказне радње не спречава да јавни тужилац предузме ту радњу нити умањује њену доказну снагу. Током присуства неким од тих радњи, они могу да предложе јавном тужиоцу да ради разјашњења ствари постави питања сведоку или вештаку, а по дозволи јавног тужиоца могу постављати питања и непосредно. Имају и право да захтевају да се у записник унесу њихове примедбе у погледу предузимања доказне радње којој присуствују и могу да предложе прикупљање других доказа.¹¹ Присутвом ових процесних субјеката спровођењу доказних радњи и у јавнотужилачкој истрази обезбеђује се тзв. страначка јавност (општа јавност је по природи ствари искључена у истрази), која има као главну сврху контролу органа поступка. Међутим, тиме се не успоставља равноправност странака у истрази нити

¹⁰ Члан 6. ст. 4. ЗКП.

¹¹ Види члан 300. ЗКП.

се надомешта начело контрадикторности пошто окривљени по правилу поставља питања преко јавног тужиоца који их не мора прихватити, а осумњичени у истрази нема право ни на унакрсно испитивање сведока оптужбе.

У погледу доказа који могу бити у корист одбране, поред оних доказа који се обезбеђују путем „непристрасне” истраге, закоником су предвиђена и два посебна механизма: (1) прикупљање доказног материјала у корист одбране¹² и (2) предузимање доказних радњи у корист одбране.¹³

Први механизам је успостављен прописивањем овлашћења за окривљеног и његовог браниоца да могу самостално прикупљати доказни материјал у корист одбране. Окривљени и његов бранилац имају право: (а) да разговарају са лицем које им може пружити податке корисне за одбрану и да од тог лица прибављају писане изјаве и обавештења, уз његову сагласност; (б) да улазе у приватне просторије или просторе који нису отворени за јавност, у стан или просторе повезане са станом, уз пристанак њиховог држаоца; (в) да од физичког или правног лица преузму предмета и исправе и прибаве обавештења којима оно располаже, уз његову сагласност, као и уз обавезу да том лицу издају потврду са пописом преузетих предмета и исправа. Бранилац и осумњичени немају право да прикупљају податке и писани доказни материјал од оштећеног и од лица која су већ испитана од стране полиције или јавног тужиоца.

Оваква законска регулатива сматра се нормативном разрадом теоријске концепције тзв. паралелне истраге, без обзира на то што се у закону тај израз не помиње (Шкулић и др. 2012: 52). Управо због такве концепцијске оријентације упућују јој се бројне критике. Најпре, та наводно установљена права окривљени би имао и да нису прописана Закоником о кривичном поступку. Затим, окривљени по закону није овлашћен да изводи доказе, тј. да испитује сведоке или вештаке. И кад би био овлашћен окривљени и његов бранилац да изводи доказе, поставља се питање да ли су уопште оспособљени за то, а пре свега који би окривљени имао материјалне могућности да ангажује детективе и компетентне адвокате да реализује извођење доказних радњи у своју корист. Очито би то могао мали, незнатан број богатих окривљених којима новац не би била препрека (Шкулић и др. 2012: 53). И они аутори који не сматрају да овај механизам представља „паралелну истрагу” критикују кредибилност овог механизма прикупљања доказа у корист одбране. Ако се пође од идеје да се желело да се озакони припрема сведока одбране, што је дозвољено и редовно се

12 Чл. 301. ЗКП.

13 Чл. 302. ЗКП.

примењује у класичном адверзијалном моделу кривичног поступка, то у нашем поступку не би било могуће јер би се та припрема сматрала утицајем на сведоке, што је предвиђено као основ за притвор. Наведеним нормама кредибилитет одузима и експлицитно законско искључење доказне снаге предузетих радњи осумњиченог и његовог браниоца (Ђурђић, 2017: 67). У законнику је прописано да се писане изјаве и обавештења која осумњичени и његов бранилац добију од презумптивних сведока могу користити само за проверу веродостојности њихових исказа или за доношење одлуке да та лица јавни тужилац или суд испита као сведоке.¹⁴ То значи да подаци добијени од презумптивних сведока немају снагу доказа. Независно од доказне снаге, основни недостатак регулативе је што нема прописаних формалности потребних да се обезбеди веродостојност прикупљених изјава и другог доказног материјала. На бази наведених аргумената општи закључак би био да окривљени од овог механизма неће имати неке користи а установљена „права“ не доводе окривљеног у равноправан положај са противном странком, па овај механизам не чини поступак правичнијим.

Другим механизмом у ствари је законом установљена доказна иницијатива окривљеног, како би се колико-толико поправио дебаланс у положају странака на штету окривљеног, пошто јавни тужилац у истрази одлучује и спроводи доказне радње. Механизам се састоји у овлашћењу осумњиченог и његовог браниоца да предложи јавном тужиоцу предузимање одређене доказне радње кад сматрају да је потребно ту радњу предузети. Ако јавни тужилац одбије њихов предлог или о предлогу не одлучи у року од осам дана од дана подношења предлога, осумњичени и његов бранилац могу поднети предлог судији за претходни поступак, који је дужан да одлуку о томе донесе у року од осам дана. Могућа је двојака одлука, да се предлог за извођење доказне радње усвоји или одбије. Одлуком којом усваја предлог, судија за претходни поступак налаже јавном тужиоцу да предузме доказну радњу и одређује му рок у коме треба да то учини.¹⁵

И ово законско решење подвргнуто је критици, највише зато што је у његовим темељима идеја да суд мора по сваку цену остати доказно неактиван. Најпре, није логично да се окривљени као једна странка обраћа противној странци да предузме доказне радње у корист одбране. За такво решење се сматра да не звучи реално и остварљиво, а понајмање правично (Шкулић, 2010: 54). Питање коректног и објективног спровођења доказне радње у корист одбране још више се заоштрава кад ту радњу јавни тужилац треба да предузме по налогу суда. Наиме, чак и кад

14 Чл. 301. ст. 4. ЗКП.

15 Види члан 302. ЗКП.

прихвати да изврши одлуку суда, он треба да предузме доказну радњу чије предузимање сматра непотребним, само зато што је на то приморан, па је још више нелогично да у тој ситуацији једна странка „са ентузијазмом врши радње у корист противне странке” (Шкулић, 2010: 55). Мана је и то што не постоји законом прописани механизам да судија за претходни поступак примора јавног тужиоца да предузме било коју доказну радњу коју му својом одлуком наложи. Нема никаквих прописаних последица ако јавни тужилац неће да изврши налог суда да предузме неку доказну радњу у корист одбране. У том случају, одбрани једино остаје притужба вишем јавном тужиоцу, али се у делотворност овог правног средства не можемо уздати. Фундаментални недостатак механизма предузимања доказних радњи у корист одбране лежи у концепцији положаја суда у домену доказивања а посебно у претходном стадијуму кривичног поступка. Сва законодавства која познају јавнотужилачку истрагу, као што је немачко, аустријско, црногорско, хрватско и др., предвиђају да суд у истрази предузима оне доказне радње код којих прети опасност од одлагања и тзв. инцидентне доказе. Зато је било рационално и концепцијски исправно прописати да уместо налога јавном тужиоцу судија за претходни поступак доноси одлуку и сам предузима доказну радњу која је предложена у корист одбране.

5. Природа и одлике истраге

Да би се одредила природа истраге, поред услова за њено покретање, субјеката који је покрећу и спроводе, као и форме и врсте радњи које чине њену садржину, о чему је напред детаљно излагано, потребно је још сагледати одредбе о почетку кривичног поступка и одредбе којима је уређена сврха истраге.

Почетак кривичног поступка значајан је за одређивање природе истраге јер од њега зависи да ли је истрага део формалног кривичног поступка или није. Доскора је почетак кривичног поступка био појам који је искључиво одређивала теорија кривичног процесног права. О почетку кривичног поступка постоје различита гледишта (Ђурђић, 2014: 146), која су условљена општим типом кривичног поступка и схватањем самог појма кривичног поступка. Иако је то превасходно теоријско питање, српски законодавац се определио да законски дефинише почетак кривичног поступка, али је тај моменат одредио као да је истрага и даље судска. Прописао је да редовни кривични поступак почиње или „доношењем наредбе о спровођењу истраге” или „потврђивањем оптужнице којој

није претходила истрага”,¹⁶ а да скраћени кривични поступак почиње „доношењем решења о одређивању притвора пре подношења оптужног предлога” и „одређивањем главног претреса или рочишта за изрицање кривичне санкције”.¹⁷ Иако је ова законска дефиниција почетка кривичног поступка критикована са теоријског становишта, ипак се мора узети у обзир приликом одређивања природе истраге. Из дефиниције се види, кад се ради о редовном кривичном поступку, да се почетак кривичног поступка везује за почетак истраге. То значи да је истрага у структури кривичног поступка, један њен део, једна фаза, па је она зато фаза формалног кривичног поступка.

И сврха истраге утиче на њену природу, јер као сврха истраге може бити одређено да је у њој прикупљен доказни материјал на основу кога ће тужилац одлучити о подизању оптужбе, или да је сврха да се у њој изводе докази који могу бити чињенична основа пресуде. Зависно од тога, истрага може бити неформална или део формалног кривичног поступка. И одредбе о сврси истраге остале су исте као кад је истрага била судска: „У истрази се прикупљају докази и подаци који су потребни да би се могло одлучити да ли ће бити подигнута оптужница или обустављен поступак, докази који су потребни да се утврди идентитет учиниоца, докази за које постоји опасност да се неће моћи поновити на главном претресу или би њихово извођење било отежано, као и други докази који могу бити од користи за поступак, а чије се извођење, с обзиром на околности случаја, показује целисходним”.¹⁸ Очито да сврха истраге није да се само омогући одлука јавном тужиоцу да ли ће подићи оптужницу, него и да се обезбеде докази који могу бити чињенична основа пресуде, па зато истрага мора бити формална.

Из претходног излагања о почетку кривичног поступка и сврси истраге може се закључити да је истрага по својој природи структурални елемент кривичног поступка, тј. фаза формалног кривичног поступка. Одлука о покретању истраге у искључивој власти је јавног тужиоца и једино овај државни орган спроводи истрагу. По том критеријуму истрага је јавнотужилачка, али у извесној мери има елементе тужилачко-полицијске истраге, пошто у спровођењу истраге може учествовати и полиција ако јој предузимање појединих доказних радњи повери јавни тужилац. Мада је законом прописано да бранилац и осумњичени могу у току истраге прикупљати доказни материјал у корист одбране, не може се сматрати

¹⁶ Члан 7. ст. 1. тач. 1. и 2. ЗКП.

¹⁷ Члан 7. ст. 1. тач. 3. и 4. ЗКП.

¹⁸ Члан 295. ст. 2. ЗКП.

да је уведена тзв. „паралелна истрага” јер недостају одговарајући правни механизми.

На основу анализе законских одредаба о уређењу истраге може се рећи да истрага има следеће одлике:

- Истрага се покреће само за дела за која се гони по службеној дужности за која је прописана казна затвора до осам година.

- Истрага се може водити само против пунолетних учинилаца кривичних дела. У поступку према малолетницима води се припретни поступак пред судијом за малолетнике (Бркић, 2016: 80).

- За покретање истраге потребан је најнижи степен уверења о делу и учиниоцу – основи сумње, што значи да је прописан исти услов као за покретање предистражног поступка.

- Истрага се по правилу води против одређеног лица за одређено кривично дело, али се може покренути и водити против непознатог учиниоца кривичног дела, па се и у том погледу не разликује од предистражног поступка.

- Иако је јавнотужилачка а не судска, истрага је строго формална. Покреће се формалном одлуком, тј. наредбом јавног тужиоца (Шкулић, 2010: 65), против које није допуштена жалба суду. Све доказне радње јавни тужилац је дужан да предузима у законом прописаној форми, као да су судске. Истрага је формална и у погледу присуства окривљеног, браниоца и оштећеног доказним радњама које се у истрази спроводе, у погледу прекида и обуставе истраге (Ђурђић, 2014: 276).

- Докази прибављени и изведени у истрази могу се користити и у даљим фазама кривичног поступка, и у крајњем могу бити чињенична основа пресуде.

- Истрага није обавезна фаза кривичног поступка. Јавни тужилац у редовном кривичном поступку одлучује на основу доказног материјала из предистражног поступка да ли ће спровести истрагу или подићи непосредну оптужбу. У скраћеном поступку истраге уопште и нема.

- Примарна сврха истраге је прикупљање доказа да јавни тужилац одлучи хоће ли подићи оптужбу или обуставити поступак, односно да се утврди идентитет учиниоца. Секундарна је сврха истраге да се прибаве докази који не трпе одлагање, као и докази од користи за даљи поступак и пресуђење.

6. Закључак

Последњом реформом кривичног процесног законодавства установљена је јавнотужилачка истрага, са циљем да се убрза кривични поступак и побољша његова ефикасност. Специфичност новелирања је у томе што су из старог законика преузете скоро све одредбе о истрази, углавном неизмењене, са незнатним интервенцијама, само је истражни судија замењен јавним тужиоцем. Оваквим законодавним поступком, уместо нове концепције, настала је јавнотужилачка истрага али уређена као да је судска.

Зато што је формализована као да је и даље врши истражни судија и зато што концепцијски није усклађена са адверзијалним главним претресом, настала су погрешна или неприхватљива решења. Непрописивањем судске заштите, онемогућено је уставом гарантовано право приступа суду и право на правно средство. Стварањем могућности да се истрага води и против непознатог учиниоца, онемогућено је будућем окривљеном да учествује у кривичном поступку који се води против њега и самим тим да реализује своје право на одбрану. Концепцијски је недостатак снижење уверења о делу и учиниоцу на најнижи степен – основе сумње, што је исти материјални услов као за покретање предистраге, тако да је препуштено слободној процени јавног тужиоца да ли ће покренути истрагу, чиме се стварају услови за арбитрарно поступање. Уређењем истраге као строго формалне фазе и прописивањем да докази које у истрази изведу јавни тужилац или полиција имају исту доказну снагу као да су изведени на главном претресу пред судом, значајно је погоршан положај окривљеног и доводи се у питање правичност тако уређеног поступка. Сви ти недостаци и концепцијске недоследности нису валидна нормативна основа за остваривање начела правичног поступка.

Листа референци

- Бајовић, В. (2014). *Положај суда и тужилаштва у новоусвојеном расправном моделу кривичног поступка*. У: Илић, Г. (ур.). Реформа кривичног права. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије;
- Бејатовић, С. (2010). *Радна верзија Законика о кривичном поступку Републике Србије и тужилачки модел истраге*. Ревиија за криминологију и кривично право, 2(XLVIII). 23–39;
- Бејатовић, С. (2013). *Концепт истраге и нови ЗКП РС*. У: С. Бејатовић (ур.). Нова решења у казненом законодавству Србије и њихова практична

примена. Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу. 131-144;

Бејатовић, С. (2014). *Кривично процесно право*, Београд: Службени гласник;

Бркић, С. (2010). *Критички осврт на прву главу радне верзије Нацрта ЗКП Србије од 14. 9. 2010. године*. Ревизија за криминологију и кривично право. 2(XLVIII). 71-93;

Бркић, С. (2016). *Кривично процесно право – II*, Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду;

Ђурђић, В. (2010). *Редефинисање класичних процесних појмова у Преднацрту ЗКП из 2010. године*, Ревизија за криминологију и кривично право. 2(XLVIII). 3-22;

Ђурђић, В. (2014). *Кохерентност процесног законика као претпоставка ефикасног кривичног поступка*. У: Право и друштвена стварност. (Научни скуп са међународним учешћем). Косовска Митровица: Правни факултет у Приштини (са привременим седиштем у Косовској Митровици). 271-286;

Ђурђић, В. (2014). *Покретање и контрола јавнотужилачке истраге (са посебним освртом на кривични поступак у Србији)*. У: Јовановић, И. и Петровић Јовановић, А. (Ур.) Тужилачка истрага – регионална кривичнопроцесна законодавства и искуства у примени. Београд: Мисија ОЕБС-а у Србији. 139-151;

Ђурђић, В. (2016). *Неопходност преуређења претпретресних фаза кривичног поступка Србије*. У: Илић, Г. (ур.). Доминантни правци развоја кривичног законодавства и друга актуелна питања у правном систему Србије. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије. 168-202;

Ђурђић, В. (2017). *Кривично процесно право – Посебни део*, Ниш: Правни факултет у Нишу;

Грубач, М. (2011) *'Нове установе и нова решења ЗКП од 26. септембра 2011. г'*, Правни записи, 2;

Илић, Г. Мајић, М. Бељански, С. и Трешњев, А. (2013). *Коментар Законика о кривичном поступку*, Београд: Службени гласник;

Илић, И. (2016). *Право на жалбу и ефикасност кривичног поступка*. У: Европске интеграције и казно законодавство. (редовно годишње саветовање Удружења, на Златибору). Београд: Српско удружење за кривичноправну теорију и праксу. 536-549;

Jackson, J.D. (1988). *Two Methods of Proof in Criminal Procedure*. The Modern Law Review. 5(LI). 549–568;

Кнежевић, С. (2014). *Суђење у одсуству окривљеног*. Зборник радова Правног факултета у Нишу, 66(LII). 89–104;

Шкулић, М. (2009). *Кривично процесно право*, Београд.

Шкулић, М. (2010). *Погрешна концепција Нацрта Законика о кривичном поступку Србије*, Ревивија за криминологију и кривично право. 2(XLVIII). 41–70.

Шкулић, М. Илић, Г. (2012). *Како је пропала реформа – Шта да се ради?*. Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије.

Шкулић, М. Илић, Г. (2012). *Реформа у стилу „један корак напред – два корака назад“*, Београд: Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије;

Васиљевић, Т. (1971). *Систем кривичног процесног права СФРЈ*, Београд: Завод за издавање уџбеника.

THE NATURE AND CHARACTERISTICS OF PROSECUTORIAL INVESTIGATION IN SERBIAN CRIMINAL PROCEDURE

Mirjana Ristić Vezenković

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The paper analyzes the legal provisions on the regulation of prosecutorial investigation proceedings, initiated by the public prosecutor's office, which replaced the judicial investigation carried out by the investigating judge, as the traditional model deeply rooted in the history of Serbian criminal procedure. The author elaborates on the legal conditions for initiating the prosecutorial investigation, the role of the subjects in the investigation, and the form and probative force of evidence-gathering actions undertaken by the procedural authority during the investigation. Based on this analysis and the observed characteristics, the paper discusses the general aspects and the legal nature of prosecutorial investigation. The author has also noted the shortcomings in the process of launching the inquiry by the public prosecutor's office, which calls into question the constitutionality of such a legal solution and the suspect's right of access to justice. The author argues

that, in terms of the possibility of gathering evidence in favor of the defense, the position of the suspect is particularly inferior in relation to the public prosecutor's position; thus, the proceedings cannot be considered fair. At the conceptual level, the author criticizes the legal solution stipulating that the evidence presented by the public prosecutor or the police is given the same probative force as if the evidence was adduced before a court, in compliance with the principle of immediacy and contradiction.

Keywords: pre-trial criminal proceedings, prosecutorial investigation, public prosecutor, evidence-gathering actions.

СТРУЧНИ ЧЛАНАК

UDK: 334.753:346.5

Рад примљен: 31.05.2018.

Ревидирана верзија: 30.09.2018.

Рад прихваћен: 01.10.2018.

КАРТЕЛСКО ПОСЛОВАЊЕ КОМПАНИЈА

Милан Ђорђевић¹

Студент докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Циљ рада је приказати природу картелског пословања и механизме које држава предузима ради њеног спречавања. Картелско пословање је модел привредног делања којим се нарушава слободна конкуренција и благостање потрошача. Да би се државе избориле са овим видом пословања оне посежу за одговарајућим санкционисањем. У раду су, пре свега, приказани сви услови који су потребни да би дошло до стварања картела. Потом, описује се картелско пословање које постоји код производње роба и пружања услуга у законским оквирима, као и картелско пословање криминалних организација. С тим у вези, описује се тежња држава да подстакну саме учеснике картела на његово откривање и давање имунитета од санкционисања оваквим учесницима картела. На крају аутор износи своје запажање у вези са природом картелског пословања и импликацијама које оно ствара на терену права.

Кључне речи: картели, пословање, уговор, конкуренција, санкције, договор, цена, тржиште, потрошачи, произвођачи.

1. Увод

Картелско пословање је један од великих проблема са којим се суочавају данашње привреде. Велике компаније које послују на светском тржишту настоје да остваре што већу добит (профит), и у складу с таквом пословном политиком, не презају ни од незаконитих радњи. Насупрот картелском пословању, стоји законски оквир држава који не дозвољава овај вид нарушавања конкуренције.

¹ milanzdjordjevic@hotmail.com.

Откривање картела представља мукотрпан, тежак и компликовани задатак државних органа. Споразуми између конкурената су најчешће усмени и тајни, па самим тим и њихово откривање представља проблем. Високе казне које су забрањене за картелско пословање и удруживање не спречавају произвођаче да послују на овај начин, да ризикују милионске казне, како би остварили што је могуће већи профит.

Како заштитити слободно тржиште и спречити злоупотребе у домену картелских договора и даље представља проблем, како на регионалном, тако и на глобалном нивоу. На нивоу ЕУ разматра се израда сопственог софтвера, односно сета алгоритама који би препознали могући „договарајући“ софтвер. Задатак овог софтвера био би да открије софтвер који картелима служи за договарање цена или истискивање конкуренције са тржишта. Данашња технологија омогућава да се без људске интеракције и формалних договора компанија произвођачи помоћу софтвера договоре како ће се понашати на тржишту. Откриће о разним могућностима софтвера поткрепили су податком да су при прошлогодишњем истраживању сазнали да две трећине малопродајних ланаца користи алгоритме како би пратили цене своје конкуренције. Оваква иницијатива ЕУ показује да је проблем картелског пословања комплексан и да се сем правника и економиста у њега морају укључити и други стручњаци како би овај проблем могао бити решен.

Данашња законодавства нуде и имунитет од кажњавања учесницима картела за сарадњу у случају да сами открију картел и пруже инсајдерске информације о картелском пословању.

2. Картел: појам и врсте

Олигопол представља тржишну структуру у којој постоји мањи број („неколико“) привредних субјеката на страни понуде: „неколико“ произвођача, односно продаваца. Кључно питање које се у таквим ситуацијама поставља јесте како ће они да се понашају. Конкретно, да ли ће ови произвођачи да конкуришу један другом, или ће сарађивати између себе (Беговић, Лабус, Јовановић, 2013: 262).

Уколико постоји олигопол, тј. ако постоји само неколико произвођача који остваре сарадњу на том плану, говоримо о постојању кооперативног олигопола. Основу кооперативног понашања чини дослух произвођача, односно дослух конкурената којима се избегава међусобна конкуренција. Уколико се ради о отвореном дослуху, односно експлицитном споразуму између произвођача, ради се о картелу. Картел би могао да се дефинише као специфичан олигопол у којем произвођачи, уместо да праведно

конкуришу један другоме, улазе у процес отворене сарадње. Картели се понекад сматрају и горим од монопола. У ствари, често се сматра да монополи постоје из чисто техничких разлога, нпр. зато што је технологија таква да економија обима онемогућава да коегзистенција неколико фирми представља најпрофитабилнији начин производње. У таквим случајевима се не износи никакав вредносни суд против монопола, већ се тврди да влада треба само да спречи претпостављену експлоатацију потрошача путем регулације монопола или његове национализације. Вредносни судови о картелима много су строжи пошто се претпоставља да ту не постоје технички разлози ни за какву монополску позицију, већ да се картели стварају *ex nihilo* путем директних споразума између произвођача у циљу експлоатације купаца (Салин, 2005: 95). Савршеним картелом се назива онај картел којим су обухваћени сви произвођачи у једној грани. Међутим, јавља се и скривени дослук, при коме нема експлицитног споразума између конкурената, нити комуникације међу њима, али се конкуренти понашају као да постоји картелски споразум. Будући да је исход скривеног дослука идентичан отвореном дослуку, односно картелу, и ова врста понашања спада у кооперативне олигополе.

Познати су многи картели у производњи опојних дрога или картели у производњи дијаманата. Учесници картела изричито и прећутно склапају договор о престанку међусобног такмичења, а потом и у вези са одређеним параметрима њиховог пословања. Ти параметри пословања око којих се договарају могу бити: цене производа, количине производа, географска подела тржишта, итд. Треба додати и да споразум о продајној цени најчешће прати споразум о количини производа којим учесници картела споразумно одређују колико сваки појединачни произвођач може да понуди тржишту. У овом другом случају ради се о одређивању квота. У случају географске поделе тржишта, ради се о географском „парцелисању” на онолико делова колико има учесника картела. На пример пет учесника картела поделе једно тржиште на пет делова на којима се понашају као монополисти. Картели могу угрозити компаније из различитих земаља и заједничке активности у једној земљи могу утицати на производњу и цене у другим земљама. Правни лекови и политички проблеми који настају у примени прописа и заштити конкуренције преко националне границе коментарисани су од стране професора Јургена Баседова (Jurgen Basedow). До сада је прилично јасно утврђено да ограничавање конкуренције које настане у страниој земљи утолико што производи ефекте у домаћој земљи, може у целини бити процесуирано од стране домаћих власти. Имајући у виду садашњу глобализацију економских активности било би, наравно, пожељно ако би ограничења конкуренције била третирана широм света

према идентичним правилима. Упркос неким корацима који су предузети у том правцу, под покровитељством Светске трговинске организације, дуг је пут како би се постигао овакав најпожељнији крај (Neumann, Weigand, 2004: 13). Наш закон остварује свој домен примене само на територији наше земље, јер се територијална примена одредаба овог закона везује за радње и акте учињене на територији Републике Србије, односно на радње и акте учињене ван њене територије а који утичу или би могли утицати на конкуренцију на територији Републике Србије². Картелски споразум може настати и ради изигравања сврхе јавног надметања, попут јавних набавки. Рецимо, у поступку јавне набавке неке машине, три учесника (понуђача) унапред склопе споразум о понуђеној цени, тако што ће један понудити најнижу цену, а други и трећи нешто вишу цену. У следећем поступку јавне набавке, други понуђач ће понудити најнижу цену а преостали понуђачи нешто већу цену, итд. Ради се о томе да ови понуђачи унапред договарају „победника“ у поступку јавне набавке и тиме изигравају саму сврху јавног надметања (Николић, Мојашевић, 2016: 332). Један од најпознатијих картела у САД везан је за јавне набавке капиталне опреме за електричне централе (генератори, трансформатори, турбине, итд.), који је трајао, према свим расположивим информацијама, од 1946. године до 1959. године. Четири велика америчка произвођача те опреме договорила су се ко ће од њих да победи на свакој од јавних набавки за електричне централе у САД. Изабрани „победник“ јавног надметања онда би понудио најнижу и са становишта купца, најповољнију цену, друга два произвођача би понудила нешто вишу цену, док би четврта компанија понудила драстично вишу цену. Поента је у томе што је најнижа, а за купца најповољнија цена, била далеко виша, тј. неповољнија него цена која би се добила неспутаном конкуренцијом. Победник је одређиван тако што су коришћене месечеве мена. Сваком произвођачу је додељена једна месечева мена, пун месец, на пример, и уколико је јавно надметање расписано током те мена, победник тендера је унапред постао тај произвођач (Беговић, Павић, 2012: 46).

Картелски споразуми су учестала појава на тржишту, међутим, као форма удруживања они нису стабилни, већ су склони краткотрајном деловању, осим ако не призову државу у „помоћ“. Пошто виша цена може да се постигне само ако учесници ограниче производњу испод нивоа на ком би били вољни да производе по фиксној цени, сваки од њих има подстицај да спусти цену како би се производња повећала, али се такође сваки од њих притом нада поштовању договора од стране другог учесника. То је мало вероватно, и пропаст картела може уследити веома брзо, ако држава не

2 Чл. 2. Закона о заштити конкуренције, Службени гласник РС, бр. 51/2009 и 95/2013.

помогне његово функционисање, тако што ће својим прописима омогућити оснивање и трајање ових пословних партнерстава. Забрана јавних скупова и састанака у сврху формирања и деловања картела поскупљује овакве споразуме. Могућност овере споразума о купопродаји који група предузећа закључи преко заједничке продајне агенције, код суда или другог надлежног органа, ојачаће структуру те групе ако се предвиђају казне за непоштовање овереног уговора (Freadman, 2012: 131–132).

Треба напоменути да право конкуренције забрањује картел. Из те чињенице произилази неколико последица. Прво, картел је правно ништавни споразум, што значи да уколико неко од његових учесника не испуни своје обавезе, остали учесници не могу од суда да захтевају да заштити њихова права, стога учесници картела морају сами да надгледају примену тог споразума. Друго, будући да је овај споразум законом забрањен, за њега је прописана казна. Стога је рационално понашање потенцијалних учесника картелског споразума да при доношењу пословне одлуке о склапању картелског споразума у обзир узимају трошкове које доноси та казна (Беговић, Павић, 2012: 63). Картел је штетан по конкуренцију јер готово увек умањује друштвено благостање, за разлику од монопола који може имати позитивне ефекте. Картел се забрањује од надлежних органа без доказивања штетних последица по конкуренцију. Код нас, то чини Комисија за заштиту конкуренције (скр. Комисија), а на нивоу ЕУ, Европска комисија. Поред Европске комисије, на територији Уније, значајну улогу у примени права конкуренције има и Суд правде (Николић, Мојашевић 2016: 333). ЕУ је донела директиву 2014. године којом се одређују правила и уређују поступци за накнаду штете према националном праву за кршење одредаба права тржишне конкуренције држава чланице и Европске уније.³

У једном случају из европске судске праксе, а који се тицао банкарског картела на територији Аустрије, представници банака споразумели су се о фиксирању износа камата на кредите и депозите, кроз размену битних информација која се одвијала у оквиру различитих комитета који су за ту прилику формиран (Николић, Мојашевић, 2016: 333).

Занимљив је приступ који користи Мареј Ротбар (Murray Rothbard) у истраживању посебног случаја картела по коме он прихвата идеју у складу са којом су картели заверенички системи усмерени на увођење рестриктивних акција у производњи (смањење производње). Међутим он показује да су, с једне стране, рестриктивне акције произвођача савршено

³ The European Parliament and of the Council. Directive 2014/104/ EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/euri=CELEX:32014L0104>, Преузето 19.9.2018

оправдане, а да с друге стране картели не могу да створе монополску моћ пошто таква моћ не може да постоји уколико је приступ тржишту слободан. Тако по гледишту Ротбарда ако се произвођачи организују кроз рестриктивне споразуме у картел, монополску позицију може стећи само један произвођач, или скуп произвођача организованих у картеле, само ако је тражња нееластична, што чини рестрикције производње могућим и профитабилним. Али на потрошачима је да њихова тражња не буде нееластична: ако су незадовољни понашањем картела, могу да одлуче да имају савршено еластичну тражњу, тј. да не прихвате раст цена кроз смањење производње. Као што је Ротбард писао: „Ако се потрошачи заистаprotиве акцији картела, и ако им резултати размене заиста наносе штету они ће заиста бојковати монополистичку фирму, снизиће своје куповине тако да крива тражње постане еластична, и фирма ће бити приморана да повећа своју производњу и снизи цене. Ако је акција монополизовања цена предузета од стране картела фирми, који немају других адута за чињење производње ефикаснијом, они ће се онда распасти, због управо показане еластичности криве тражње” (Ротбард, 2003: 565).

2.1. Предуслови картела

Постоје три основне групе предуслова настанка картела, имајући на уму да су трошкови стварања картела условљени постојањем очекиване вредности казне, односно потребом за очувањем тајности тих активности. Опстанак картела везан је за три групе фактора: подстицаје онима који желе да изиграју картел, могућности да се открије изигравање картела, као и могућности за делотворно кажњавање оних учесника који су га изиграли (Беговић, Павић, 2012: 48).

Постоје три основне групе предуслова картела, односно предуслова његовог настанка и опстанка. То су:

- монополски предуслови;
- структурни предуслови;
- предуслови понашања.

2.1.1. Монополски предуслови

Прва група предуслова односи се на то да ли постоје тржишни услови у којима ће се заједничким деловањем произвођача, рецимо обарањем понуде, доћи до одговарајућег раста цена, односно до раста и максимизације профита. Другим речима, картел представља својеврсну симулацију монопола, па се поставља питање да ли постоје предуслови за стварање монопола, затим, поставља се питање да ли постоје баријере

уласку, будући да уколико такве баријере не постоје, формирање картела постаје бесмислено. Слично томе намеће се питање да ли картелским споразумом могу да буду обухваћени сви, односно већина произвођача у грани. Уколико већи број произвођача или неко од већих произвођача из било ког разлога не може да буде укључен у картел, онда се ефективно догађа исто што се догађа са уласком нових произвођача. Поставља се питање и еластичности тражње са којом се сусрећу потенцијални учесници картела. Уколико се ради о тражњи која је нееластична, релативно мало смањење агрегатне понуде доводи до релативно великог повећања цене и повећања профита. У том случају произвођачи имају снажне подстицаје да ступе у картел (Беговић, Павић, 2013: 268).

2.1.2. Структурни предуслови

Број конкурената у грани односно број (потенцијалних) учесника картелског споразума представља први структурни предуслов картела. Уколико је број конкурената у грани велики, а мала њихова величина мерена, на пример, учешћем у укупном приходу на нивоу гране, јављају се знатни проблеми. Прво се увећавају трошкови склапања картелског споразума, попут трошкова преговора, а нарочито трошкова обезбеђивања тајности таквих преговора. Постоје и трошкови надгледања картелског споразума, односно надгледања извршења обавеза из тог споразума. Јасно је да увећање броја конкурената умањује вероватноћу настанка и опстанка картела. Картели су најчешћи у гранама са малим бројем конкурената (олигополске гране) (Беговић, Павић, 2012: 50).

Поред броја конкурената на тржишту треба водити рачуна и о постојању симетрије међу њима у њиховој тржишној моћи. Уколико постоји велики учесник на тржишту, он умањује вероватноћу настанка, односно опстанка картела. Постојање вишка капацитета или знатних залиха готових производа може да има двојако дејство. С једне стране, уколико онај који жели да изигра картел поседује вишак капацитета или велике залихе готових производа, може релативно лако да увећа сопствену понуду и да на тај начин изигра картел. С друге стране, постојање залиха и вишак капацитета омогућава и делотворан рат ценама, односно истискивање конкурената са тржишта, па рат ценама постаје веродостојна претња за оне који разматрају изигравање картела, што умањује вероватноћу настанка, односно опстанка картела (Беговић, Павић, 2012: 50). Уколико учесници на тржишту симултано послују на више различитих тржишта, што значи да су конкурентни у погледу понуде више различитих производа, увећава се вероватноћа картелског споразума. Иста је ситуација у којој су учесници

картела мањински власници у привредним друштвима конкурената, тј. уколико постоји унакрсно власништво конкурената.

Регуларност и висока фреквенција набавки поспешују картел. Уколико је реч о релативно малим набавкама које су регуларне, све заинтересоване стране имају подстицаја да сарађују, будући да изигравањем једне од тих набавки добијају релативно мало, а због одмазде других конкурената губе могућност добијања у другим случајевима. Постојање једног великог, снажног купца, односно концентрација набавки на једног купца умањује вероватноћу настанка картела (Беговић, Павић, 2012: 51).

Веома битан структурални предуслов картела односи се на право конкуренције и његову примену. Будући да је картел забрањен и кажњив, учесници картелског споразума излажу се ризику казне, а тај ризик зависи од тога каква се казнена политика води и колико се ефикасно спроводи право конкуренције, односно прописана казнена политика. Предузетници разматрају да ли ће се упустити у картел на основу очекиване вредности казне за такво кршење закона. Као пример можемо навести кажњавање технолошких компанија Инфинеон (Infineon), Филипс (Philips) и Самсунг (Samsung) од стране Европске комисије у износу од 138 милиона евра због удруживања у картел и намештања цена чипова за смарт картице. Немачка, холандска и јужнокорејска компанија биле су у дослуху путем билатералних контаката остварених у периоду између септембра 2003. и септембра 2005. године. Том приликом јапанској компанији Renesas додељен је имунитет због откривања постојања тог картела, што представља позитиван пример органа ЕУ који изричу санкције да одређеном учеснику картела додели имунитет у замену за откривање картелског споразума. Том приликом компанија Инфинеон кажњена је са 82,7 милиона евра, Филипс са 20,1 милион евра, док је Самсунг кажњен са 35,1 милион евра, при чему је казна Самсунгу умањена за 30% због сарадње са истражитељима.⁴ Комисија је заузела став да су компаније знале да је њихово понашање незаконито, и да су свесно утицале на цену чипова.

2.1.3. Предуслови понашања

Једна група предуслова односи се на размену информација између учесника картелског споразума. Што је већа размена тих информација, већа је шанса опстанка картела. Објављивање будућих цена такође представља размену веома битних информација, будући да оно представља веродостојни (обавезујући) сигнал. Економска наука под веродостојним

⁴ European Commission Press Release *Antitrust: Commission fines smart card chips producers E 138 million for cartel*. Преузето 30.5.2018. http://europa.eu/rapid/press-release-IP-14-960_en.htm.

сигналом подразумева оне сигнале који обавезују онога који их шаље да сноси одређене трошкове уколико се покаже да сигнал који је послао није истинит (Беговић, Павић, 2012: 52).

Суштина изигравања картелског споразума јесте повећање обима производње преко дозвољеног, односно договореног, а то најчешће прати минимално смањење цене испод картелске, како би се увећани обим понуде реализовао на тржишту (Беговић, Лабус, Јовановић, 2013:270). Због тога је од кључне важности да сви учесници картела на одговарајући начин могу да надгледају продајне цене свих других учесника, односно да лако могу да уоче да је дошло до изигравања картела. Клаузула најповлашћенијег купца значи да се продавац обавезује да све своје купце третира на исти начин. Стога понашање купца, који жели да реализује своје право које проистиче из наведене клаузуле, олакшава откривање изигравања картела. Слично дејство има и клаузула равњања са конкуренцијом, која обавезује продавца да својим купцима обезбеди онолико повољне услове куповине, пре свега цену, као и сви његови конкуренти. Успешном откривању изигравања картела помаже и ситуација у којој сви произвођачи имају само једног заједничког посредника у продаји сопствених производа (Беговић, Павић, 2012: 53).

Један од кључних механизма којима се изиграва картел јесте обарање продајне цене испод договорене равнотежне цене. Стога је пажљиво посматрање продајних цена свих конкурената, односно свих учесника у картелу, кључни механизам на основу кога се добија информација да ли неко изиграва картел или не (Беговић, Лабус, Јовановић, 2013: 271).

Уколико цена падне испод одређеног нивоа, они учесници који су довели до таквог пада цена, односно они учесници који су изиграни могу да крену у рат ценама, тј. да започну са драстичним обарањем цена, како би се са тржишта истиснули они који изигравају картел. Да би оваква претња била веродостојна потребно је да они који започињу рат ценама буду ефикаснији од оних који треба да буду жртве тог рата (Беговић, Лабус, Јовановић, 2013: 274).

Могућност одмазде према онима који изигравају картел расте уколико су други учесници картела они који већ спадају у прекршиоце закона и који се не либе да насиљем дођу до онога што желе. Уколико је мафија организатор картела постоји велика вероватноћа да ће казна за изигравање картела бити драстична. Постоје бројни примери где је италијанска мафија у САД организовала картеле, намештене тендере, где су само они учесници тендера који су плаћали „рекет“ мафији могли да добију посао (Carlton, Perloff, 2004: 128). Познати су и картели колумбијске мафије,

која се бави производњом и дистрибуцијом кокаина, а где нагло обарање цене дроге неког од „мафијашких босова“ доводи до рата на улицама. Уједињене нације процењују да у САД постоји 55 милиона корисника илегалних дрога. Према неким проценама Уједињених нација годишња зарада од малопродаје дрога износи између 100 и 150 милијарди долара. Да бисмо боље разумели о којој цифри се ради Мајкрософт (Microsoft) има годишњи приход од 60 милијарди долара. Илегалне дроге представљају специфичан производ због својих карактеристика који тражи модел пословања и давање гаранција произвођачима да ће њихов производ бити прикладно пласиран на тржиштима на којима се троши, а једини начина да се то уради је да се има контрола географских коридора на којима се врши транспорт дроге. Не само да је то тржиште од више милијарди долара, већ је оно и сложено тржиште. На пример, будући да је, кока осетљива биљка која расте само на одређеним подручјима, пословни модел који ће бити усмерен ка том тржишту захтева децентрализовану, интернационалну производњу која такође мора да има добру контролу квалитета. То значи да се мора осигурати производња и контрола квалитета у Јужној Америци. Такође се морају осигурати и добри и сигурни путеви дистрибуције до крајњих корисника дроге. Пресецање канала кријумчарења, заплена дроге или откривање плантажа дроге има за последицу одмазду и примену насиља. Картелско пословање криминалних организација представља проблем са којим ће се државе тешко носити, како због финансијске моћи ових организација тако и због насиља које оне примењују у циљу чувања свог положаја (Интермагазин, 2014).

Сами учесници картелског споразума често у сам споразум уграђују механизме којима се умањује вероватноћа изигравања картела. Један од таквих механизма јесте тзв. „цена окидач“. Уколико цена падне испод одређеног нивоа, нивоа цене окидача, онда нико више од учесника нема обавезу да се придржава картелског споразума.

2.2. Правни аспект третмана картела

Картели представљају мету антимонополског законодавства у свакој земљи у којој постоје прописи који штите конкуренцију. Први задатак законодавства које се бори против картела јесте да законски дефинише шта се сматра картелом. Велики број законодавстава то чини тако што међу хоризонталним споразумима побројава и оне који се сматрају класичним, тврдим случајевима картела. Зато је лакше као дефиницију узети оно што користи Канцеларија за фер трговину Велике Британије која картел дефинише као „споразум конкурената да се не такмиче међусобно“ (Беговић, Павић, 2012: 55).

Основни елемент картела представља споразум. Споразуми којима се стварају картели могу бити изричитни и прећутни. Опасност да изричите манифестације сагласности воља буду откривене учинила је да се споразуми чланова картела не чине на тај начин, или барем не у писаној форми.

Како би што више отклонили недоумице европски законодавци па и наш, дали су веома широке дефиниције онога што се сматра споразумом који представља основу картела. Тако се у нашем Закону о заштити конкуренције у члану 10 набраја да рестриктивни споразуми могу бити „уговори, поједине одредбе уговора, изричитни или прећутни договори, усаглашене праксе, као и одлуке облика удруживања учесника на тржишту”.⁵ Оваква набрајања преузета су из европског законодавства, али нису проблематична за тумачење, осим два последња облика: „усаглашене праксе” и „одлуке облика удруживања на тржишту”.

Усаглашена пракса је правна концепција која је настала у европском законодавству. Сматра се да је правни тест постојања усаглашене праксе „ментални консензус” међу конкурентима да, уместо да једни другима буду конкуренција, почну *de facto* да сарађују на тржишту (Whish, 2001:105).

Друга концепција вредна додатног разматрања јесте она по којој се картел као рестриктивни споразум може манифестовати и преко одлуке коју доносе удружења учесника на тржишту. Удружења привредника представљају добру платформу која може служити за прикривање дослуха: не само што су удружења места на којима се састанцима и контактима може дати привид легалности, већ су и места где учесници картела касније могу да правдају своје понашање тиме што су „поштовали одлуке” или препоруке удружења. У таквим случајевима је могуће кажњавање не само удружења већ и члана удружења који је активно учествовао у доношењу одлуке и касније је спровео.

Уколико тело надлежно за спровођење антимонополског закона установи постојање оваквог споразума, оно овакав споразум проглашава ништавним, налаже странама у оваквом споразуму да ствари врате у пређашње стање и одређује казну коју треба да плате учесници овог споразума, односно они који су прекршили одредбе антимонополског закона (Беговић, Лабус, Јовановић, 2013: 276).

Иако је забрана картелских споразума, са становишта економске теорије, најмање контроверзна мера антимонополске политике, у њеној примени се јављају проблеми. Први проблем везан је за само откривање

⁵ Чл. 10. Закона о заштити конкуренције.

картелских споразума, јер будући да њихови учесници знају да је кажњив они брижљиво сакривају сваку информацију о том споразуму. Најефикаснији начин да се картелски споразум открије јесте да се створе услови, односно подстицаји за сведочење неког од учесника, тзв. „инсајдера” (Беговић, Лабус, Јовановић 2013: 276). Можемо навести пример када је Европска комисија казнила осам произвођача и два дистрибутера прехранбене амбалаже, укупном новчаном казном од 115.865.000 евра, због учешћа у једном или више од укупно пет откривених картела на овом тржишту производа. Кажњене су компаније из Финске, Француске, Немачке, Италије, Португалије и Велике Британије. У поступку који је против њих водила Европска комисија доказано је да су исте, а противно правилима конкуренције у ЕУ, договарале цене и вршиле поделу купаца полистиренске пене и полипропиленских чврстих подлога за паковање, које се користе за паковање хране у прехранбеној индустрији. Картел је откривен по пријави једног од учесника, који је захваљујући томе добио потпуни имунитет од казне за учешће у картелу. На тај начин се показало да инсајдерска информација значи као „суво злато” у откривању картела и доприноси његовом бржем откривању, а да инсајдери имају мотива да сарађују с властима због могућег умањења или потпуног избегавања казне (Аналитика, 2015). Такође пример строгог санкционисања представља и случај једног произвођач камиона из Шведске који је кажњен са 880 милиона евра због штетовања цена камиона са другим произвођачима. Сканија (Scania) је једина кажњена, пошто су остали учесници картела Ман (MAN), Даф (DAF), Даимлер (Daimler), Ивеко (Iveco), Волво/Рено (Volvo/Renault) постигли договор о намирењу с Европском комисијом, док је Сканија то одбила. Државе у циљу сузбијања картелског пословања дају и имунитет од кажњавања учесницима картела који су спремни да сарађују у откривању картелског пословања.⁶

Други проблем везан за забрану картелских споразума јесте њихово разликовање од других хоризонталних споразума, тј. споразума између конкурената. Неки од хоризонталних споразума о заједничком улагању у истраживање и развој, односно развој новог производа или технологије, не представљају нарушавање конкуренције. На надлежном телу стоји обавеза да на јасан начин постави основу за разликовање између ова два споразума. Надлежно тело може на захтев заинтересованих страна, да одобри појединачно изузеће појединог споразума, чиме заинтересоване стране добијају пословну сигурност да њихов споразум неће више бити

⁶ European Commission- Press release, *Antitrust: Commission fines Scania €880 million for participating in trucks cartel*. Преузето: 20.5.2018. http://europa.eu/rapid/press-release-IP-173502_en.pdf.

предмет истраге, тако да слободно могу да се баве својим пословним активностима (Беговић, Лабус, Јовановић, 2013: 276).

Наши законски прописи не разликују картеле од осталих рестриктивних споразума, већ су сви рестриктивни споразуми подвргнути истоветном стандарду, такозваном „тексту ефекта“. Ово значи да су рестриктивни споразуми ништави, осим ако „доприносе унапређивању производње и промета, односно подстицању техничког или економског напретка, а потрошачима обезбеђује правичан део користи под условом да не намећу учесницима на тржишту ограничења која нису неопходна за постизање циља споразума, односно да не искључују конкуренцију на релевантном тржишту или његовом битном делу“. Формално гледано нема забране *per se*. Међутим имајући у виду да су ефекти картела искључиво такви да ограничавају и нарушавају конкуренцију, овај „текст ефеката“ односно изузетак од правила опште забране рестриктивних споразума у готово свим случајевима остаће мртво слово на папиру. Пракса европских судова је таква да, ако споразум објективно има за циљ ограничавање или спречавање конкуренције Европска комисија не мора да доказује да су у конкретном случају наступиле штетне последице, већ је на учесницима картела да покажу да потпадају под изузетак од забране. Картели су у нашем законодавству забрањени без обзира на то да ли су „мали“ или „велики“ (Беговић, Павић, 2012: 57).

Стварање картела на тржишту Србије, трговање инсајдерским информацијама и договарање цена међу произвођачима, требало би да буде део прошлости. То се очекује у ближој будућности када буде усвојен Закон о робним берзама. Директори предузећа у Србији која постану чланови робних берзи и који буду ширили дезинформације, злоупотребљавали доминантну позицију на тржишту могли би бити кажњени казном затвора од 6 месеци до 8 година. Из надлежног министарства најављују да ће се након усвајања закона он „проширити“ и односиће се и на друге тржишне играче који нису регистровани на робним берзама. Контролу рада предузећа на берзама обављаће Комисија за хартије од вредности. Циљ закона је да се створи сигурно тржиште, без могућности злоупотребе положаја и информација до којих је неко дошао. Стање на тржишту у смислу договарања цена, стварање монопола и картела, иначе прати и Комисија за заштиту конкуренције при Министарству трговине, а доношењем овог закона, ствара се нова институција која ће омогућити фер трговину (Параграф, 2018).

3. Закључак

Картелско пословање представља заједничко деловање произвођача конкурената на одређеном тржишту, где они директно утичу на цену производа тако што штелују своју производњу чиме нарушавају благостање купаца. Заштита конкуренције одувек је била једна од кључних области на којој почива ЕУ, а разлог за то је крајње једноставан. Функционисање унутрашњег тржишта на коме је заснована ЕУ и те како зависи од доследне примене правила слободне конкуренције и слободног тржишта. А цео концепт ове области, како држава чланица, тако и ЕУ, заснива се на обезбеђивању конкуренције у сврху економског благостања потрошача. Насупрот настојањима држава и њихових институција да ограниче и сузбију картелско пословање, стоји жеља за што већим профитом компанија које послују на том тржишту. Ригорозне казне за којим посежу државе у кажњавању учесника картела свакако имају за сврху да осујете учешће компанија у картелском пословању. Колико је картелско пословање распрострањено говори и чињеница да је оно присутно и у криминалним круговима, где организоване криминалне групе долазе до веће зараде на темељу картелског пословања.

Договор између компанија о формирању цена, виших од оних које би се формирале на слободном тржишту, утиче на благостање потрошача који сnose крајњи финансијски терет овако формираних цена. Државе би морале да нађу начина да заштите своје грађане од овог вида пословања компанија. Казнена политика и поред своје ригорозности у виду прописаних казни не успева да сузбије постојање оваквих договора о формирању цена међу конкурентима. Државе би морале да сарађују интензивније како би решиле овај проблем који је глобалног карактера и како би предупредиле намере компанија које желе да овако послују. Државе, у сарадњи између себе, и у сарадњи са међународним организацијама, требало би више да размењују информације како би се благовремено открило нарушавање слободне конкуренције и како би могло да се благовремено делује у циљу заштите слободног тржишта и потрошача. Док се сарадња међу државама не подигне на једном већем нивоу поводом спречавања овог вида пословања, овај проблем ће постојати и биће све чешћи.

Листа референци

Аналитика (2015). *Европска комисија разоткрила још два картела на европском тржишту*. Преузето: 20.05.2018. <http://m.portalanalitika.me/clanak/191997/evropska-komisija-razotkrila-jos-dva-kartela-na-evropskom-trzistu>;

Беговић, Б. Лабус, М. Јовановић, А. (2013). *Економија за правнике*. Београд: Правни Факултет Универзитета у Београду;

Беговић, Б. Павић, В. (2012). *Увод у право конкуренције*. Београд: Правни Факултет Универзитета у Београду;

Carlton, D. Perloff J. (2004). *Modern Industrial Organization*, New York: Addison Wesley;

European Commission Press Release Antitrust: *Commission fines smart card chips producers E 138 milion for cartel*. Преузето 30.5.2018. http://europa.eu/rapid/press-release-IP-14-960_en.htm;

European Commission – Press release, Antitrust: *Commission fines Scania E880 milion for participating in trucks cartel*. Преузето:20.5.2018. http://europa.eu/rapid/press-release-IP-173502_en.pdf;

Freadman, M. (2012). *Капитализам и слобода*, University of Chicago. Београд: Службени гласник;

Интермагазин (2014). *Криминалне организације – Како и шта раде мексички нарко картели*. Преузето 21.05.2018. <http://www.intermagazin.rs/kriminalne-organizacije-kako-i-sta-rade-meksicki-narko--karteli/>;

Neumann, M. Weigand, J. (2004). *The International Handbook of Competition*. Edward Elgar Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA;

Николић, Љ. Мојашевић, А. (2016). *Економија за правнике – 4. измењено и допуњено издање*. Ниш: Медивест;

Параграф (2018), *Нацрт закона о робним берзама*, Преузето 20.5.2018, <https://www.paragraf.rs/dnevne-vesti/080518/080518-vest16.html>;

Rothbard, M.N. (2003). *Man, Economy and the State*. Auburn: Ludwig von Mises Institute;

Салин, П. (2005). Катаксија: *Картели као ефикасне производне структуре*. Преузето 21.05.2018. http://_katalaksija.com; <http://2005/05/04/karteli-ka-efikasne-proizvodne-strukture>;

The European Parliament and of the Council. *Directive 2014/104/ EU on certain rules governing actions for damages under national law for infringements of the competition law provisions of the Member States and of the European Union*. Преузето 19.9.2018. <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/hr/TXT/euri=CELEX:32014L0104>;

Whish, R. (2001). *Competition Law – 4th edition*. London: Butterworths;

Закон о заштити конкуренције. Службени гласник РС. бр. 51. 2009. и бр. 95. 2013.

CARTELS IN CORPORATE BUSINESS ACTIVITIES

Milan Đorđević

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

The purpose of this paper is to present and discuss the nature of cartel business activities and the mechanisms used by the state to prevent such practices. Cartel business is a model of economic activity that violates free competition and consumer welfare. In order to deal with this type of business activities, countries resort to appropriate sanctions. First, the paper presents the conditions for the creation of a cartel. Then, it describes the cartel business activities related to the production of goods and services within the legal framework, as well as the illegal cartel activities of criminal organizations. In this regard, the paper elaborates on the efforts exerted by the state to encourage the cartels participants to disclose illicit activities in exchange for being granted immunity from sanctioning. Finally, the author presents his observations on the nature of cartel business activities and the implications in field of law.

Keywords: cartels, business activities, contract, competition, sanctions, agreement, price, market, consumers, producers.

III ПРИКАЗИ

ПРИКАЗ

UDK: 342.3/4:340.5

Рад примљен: 31.05.2018.

Ревидирана верзија: 17.09.2018.

Рад прихваћен: 25.09.2018.

ИСТОРИЈСКИ РАЗВОЈ УСТАВНОГ ПРАВА У ДЕЛУ „УПОРЕДНО УСТАВНО ПРАВО“ ПРОФ. ЂУЗЕПЕА ВЕРГОТИНИЈА

Томислав Трајковић¹

Студент докторских студија,
Правни факултет Универзитета у Нишу

Апстракт

Код традиционалне типологије облика политичке власти професор Ђузепе Верготини у свом делу „Упоредно уставно право“ користи историјску методу те се тако позива на Платона који је разликовао шест облика политичких институција у свом делу „Република“, затим на Аристотела који је разрадио шему поделе власти у свом делу „Политика“ и додао нове облике власти на Платонову типологију државе. Аристотел, одређује три типа власти која сматра позитивном верзијом и то аристократију, демократију и монархију, а наспрам ова три облика која је сматрао чистим и позитивнијим јер је им је сврха била задовољити колективне интересе грађана, Аристотел је извршио и поделу дегенеративних облика државног уређења где се моћ користила за егоистичне циљеве, те наспрам демократије одредио демагогију, наспрам аристократије олигархију, и наспрам монархије тиранију. У модерним државама сматра да облик државног уређења традиционално спада у граничну област између политичких и уставних студија. Вредности, принципи и циљеви ка којима тежи политичка власт оцртавају се у уставу. Професор Ђузепе Верготини наводи да формирање националних држава, које се стабилизовало у двадесетом веку, углавном је разбило јединство претходних великих правних и политичких система, остављајући простора за настанак многобројних државних поредака, од којих се сваки показао суверен и самодовољан. Ђузепе Верготини свој рад заснива на еволуцији облика владавине те су тако из државне монархије настале републике односно парламентарне монархије.

¹ tomitrajkovic@gmail.com.

Кључне речи: правно-историјски метод, упоредни метод, типологије облика политичке власти, политички системи, уставно право, суверенитет.

1. Биографија професора Ђузепеа Верготинија

Ђузепе Верготини рођен је у Пизи, 1936. године. Био је редовни професор уставног права на Правном факултету Универзитета у Болоњи је од 1974. године, где је у периоду од 1975. до 1981. и од 1987. до 1991. године предавао и упоредно јавно право. Члан је управног одбора италијанске асоцијације уставотвораца, чији је један од оснивача. Такође је члан Извршног одбора Међународног удружења за уставно право (IACL) (1991–2003), чији је сада почасни председник. Он је надгледао оснивање Центра за уставне студије и демократски развој, формираног од стране Правног факултета Универзитета у Болоњи. Усмерава већ више година „Центар за развој италијанског истраживања”, који је до сада публикувао тридесет дела. Био је потпредседник „Dell’ Accademia delle Instituta” у Болоњи (2002–2005), подпредседник Судског војног савета Италије (од 2005) и уредник часописа „Уставне стазе”, као и члан одбора уредништва публикација уставног права: „Закон и друштво”; „Номос”; „Парламентарни преглед”; „Правна архива”; „Економски закон”; „Парламентарне Студије” и „Уставна политика”.

2. Политичке институције у области Уставног права

Формирање националних држава, које се стабилизовало у двадесетом веку, углавном је разбило јединство претходних великих правних и политичких система, остављајући простора за настанак многобројних државних поредака, од којих се сваки показао суверен и самодовољан. Најновија настојања да се формирају велике регионалне државне организације, попут Европске уније, уз очигледно настајање заједничких транснационалних правних простора, као и тежња ка тзв. глобализацији, ионако окренута формирању заједничких политичких и правних система, нису довела до превазилажења државе, али су осетно променила принцип суверенитета.

Свака држава има тенденцију да њен државни поредак проистиче из њених сопствених нормативних извора, али не може да се пренебрегне тенденција глобализације у 20. веку, стварање нових либералних држава након пада државног социјализма у земљама Источне Европе по узору на либералне државне системе Западне Европе. Стварање јединственог глобалног тржишта такође утиче на то да се државе одричу својих

суверених права да односе у одређеним сегментима своје државе регулишу само сопственим нормативним изворима. Под утицајем јачих и богатих држава Западне Европе које у циљу стварања заједничких тржишта врше притисак на слабије државе да своје нове либералне системе ускладе са њиховим стварају се сродни правни системи који подлежу међусобном упоређивању, што представља предмет упоредног уставног права.

Професор Ђузепе де Верготини поставља питање којим проблемима се може вршити историјско упоређивање између различитих правних система, те наводи да се треба одговорити на следећа питања:

- 1) Зашто упоређивати – проблем функције
- 2) Шта упоређивати – проблем предмета
- 3) Како упоређивати – проблем методе

Професор даље наводи да након Другог светског рата односно након стварања држава по узору на Совјетске државе у Источној Европи које су одступале од класичног модела демократског система, а затим стварања нових држава деколонизацијом су настали нови системи који се нису могли упоређивати са системима класичних модела демократских држава. У класичне моделе демократске државе професор ставља државе Западне Европе као посебан тип система и државе Англосаксонског права као други тип модела демократског уређења државе. Наводи да ниједан од ова два типа не може да се упоређује са системима неоколонијалних држава насталих укрштањем локално политичких историјских карактеристика са принципима и решењима инспирисаним либералним демократским државама и социјалистичким државама.

3. Историјски развој уставних идеја опонашањем и преплитањем система

Професор у овом одељку говори о преплитању система односно постепеном приближавању уставних норми и поступака за њихово спровођење у којима су државе одлучиле да створе нове организације са циљем да омогуће интеграције својих система. Овде као пример наводи Европску унију и Савет Европе као организације које су условиле у циљу приближавања држава и стварање јединственог тржишта и приближавање уставних норми и поступака за њихово спровођење. Посебно приближавање *Civil Law* и *Common Law* система. Овако преплитање у ствари представља хармонизацију државних уређења који и даље остају различити али и стварање хибридних норматива који су последице сарадњи и интеграција.

Ови хибридни нормативи настају међусобним споразумима међу државама. Треба овде и навести стварање неких хибридних норматива по налогу заједничких органа који представљају национално право као што је то Европски суд за људска права у Стразбуру.

Судије оваквих наднационалних судова као што је Европски суд за људска права у Стразбуру се сматрају од стране професора проф. Верготинија протагонистима рада на превазилажењу затворености државног система и покретачима разбијања идеја о правном систему као затвореном систему тако што ће поћи од параметара који су настали изнад система заједничким одлукама изабраних судија у заједнички орган свих држава. Претпостављеном настанку надржавног уставног права морао би да претходи нестанак јасне дефиниције, односно превазилажење традиционалног принципа државног суверенитета и за њега везане превласти позитивног државног права. Активна улога судија у обезбеђењу основних права има предност по професору Верготинију. Када је реч о овим теоријским питањима, треба разликовати стварање заједничке културе права, која је неоспорна и превазилази државне границе тамо где постоје либерални системи власти, од стварања надуставног права.

Историјско преплитање, као и друге тенденције које за циљ имају да нагласе приближавање система, попут глобализације, уједначавања, хомогенизације, концепт је који настоји да се позове на упоређивање и понекад да се користи њиме тако да да вредност суштински заједничким принципима, и сходно томе, аспектима сличности система који се проучавају. *Presumptio similitudinis* ће компаратисти искористити тако да истакну да резултат њиховог критичког рада води сличним закључцима јер развијене државе одговарају тренутним потребама за одговорима на очекивања настала на исти или на сличан начин. Али, заправо, упоређивање није ограничено само на потрагу за сличностима и преплитањима устава, законодавства и судске праксе. Треба, у ствари, стално имати у виду потребу да се не занемарују разлике: вредновање разлика (*prioritization of difference*) омогућава да се не запоставе вредности попут плуразлизма и разноврсности „културног памћења” и стога, да се не уклоне супротности присутне у критичкој анализи упоредног проучавања.

4. Функција упоређивања историјских промена државних и уставних система

Упоређивање има различите сврхе, као што је задовољење потребе оног који га обавља, затим обично упознавање неке правне норме или продубљивање знања, што представља доктринарно истраживање. Поред

потребе за упоређивањем, постоји потреба за продубљивање знања у циљу прикупљања историјских података за законодавца, како би боље осмислио стварање нових норми које ће се примењивати у будућности. Такође постоји потреба за упоређивањем од стране судије који је користи за формирање његове одлуке, чији је циљ да се тиме реши конкретан случај којим се бави. У Common Law системима ова функција судије може бити равна функцији законодавца, с обзиром на то да може бити прецедент.

Упоредивање према проф. Верготинију представља инструмент за проверу генерализације и других циљева. Упоредивање као класичан пример наводи упоредну анализу на основу које се дошло до сазнања о различитим уставним системима а што је касније омогућило разрађивање категорија у које се ти систем сврставају. Концепт „облик државног уређења” и „облик власти” настали су од рада на упоређивању и анализи проучаваних елемената различитих система, односно проналажењу њихових заједничких елемената, из чега је касније проистекла одређена класификација према проналажењу заједничких именитеља у различитим системима.

Ако на пример посматрамо „парламентарни облик власти” констатујемо да је реч о формули класификације чија је теорија разрађена посматрањем стварног енглеског поимања устава, а потом и других система (француског, белгијског). Проучавање аналогија и историјских константи довело је до дефиниције модела са јасним карактеристичним елементима (представничка власт, слободни избори, парламентарно поверење, политичка контрола парламента над владом, функција опозиције, разликовање функција парламента и владе, арбитражна улога шефа државе итд.). Увек када се проучава систем који на први поглед у себи садржи неки од ових елемената, неопходно је урадити поређење или са апстрактним моделом парламентарног облика владавине или са неким системима који се обично дефинишу као такви. Тако ће се закључити да ли да се систем који се разматра сврста у тај тип, назван управо „парламентарни облик власти”.

Ћузепе Верготини наводи да само историјско упоређивање има више функција:

1) функција провера знања јер истраживачу даје прилику да потврди податке у вези са проучавањем одређеног државног система. Наиме, да би се разумео неки државни систем морају прво да се проуче његове институције. Тако анализирани институције се даље могу упоређивати са истородним институцијама у сродним системима. Упоредивање врши се на основу емпиријске анализе, чији резултати генерализацијом доводе

до општих правила што представља једну од основних функција упоредне науке.

2) функција разумевање институција поретка омогућава да се поређењем норми и праксе у различитим уставним системима утврди каква је пракса која настаје спровођењем одређене норме у другом упоређиваном систему и на тај начин оствари разумевање институција система који се проучава.

5. Нормирање и упоређивање постојећих државних система као детерминанта историјског развоја истих

Припрема нормативних текстова препознатљива је по томе да се обилно користи упоредна наука и то како за разумевање норме тако и за утврђивање праксе која настаје из тих норми. Уколико се познаје језик на којем је текст устава написан, или уколико правници једне земље познају културу неке друге, то може навести на опонашање институција ове друге када се проучава нови устав, као што се догодило са неколицином чланова јужноафричког устава, инспирисаних немачким Основним законом. Одлука да се прихвати институција онаква какву је регулисао одређени систем, за који се сматра да је учинио најбољи могући избор, не захтева обавезно рад који је у правом смислу упоређивачки. Кад смо ово разјаснили, треба рећи и да избор усмерен на прихватање страних институција може произаћи из упоредне анализе неколико могућих опција из неколико различитих система (на пример: проучавање различитих уређења институције парламентарног поверења или уставног судства), таквих да доведу до прихватања детаљних законских прописа или само принципа који су заједнички са другим системима. Тако је писац шпанског Устава из 1978. у великој мери прихватио институције немачког Основног закона након процене решења других система. Критичка расправа о португалском и шпанском уставу и о институцијама немачког и италијанског судства утицала је на одлуке бразилског уставотворца приликом стварања Устава из 1988. године.

6. Утицај међународног права на развој уставног права

Захваљујући великом оптицају међународних повеља стварању међународних организација шири се култура права која постаје заједничка различитим државама нарочито после Другог светског рата. Неки сматрају да ово представља универзализацију уставног права. Међутим, Ђузепе Верготини сматра да је стварањем надржавних организација настала

потреба за дијалогом уставних судова и међународних органа правде и тиме потреба судија приликом доношења појединачних одлука за сазнањем о другим уставним системима и њиховом судском праксом, а све у циљу хармонизације односа. Штавише, један од разлога који објашњавају потребу да се пробуди методологија упоређивањем имајући у виду да се поред ње направи права теорија јесте побољшање међунационалног дијалога судова. Чак иако се занемари такав циљ и даље важи концепт да је упоређивање незаобилазни инструмент који олакшава испитивање и тачка у којој се повезују историја права, правне теорије и позитивно право, и у коју се уклапа улога судова а посебно уставних судова.

Такав пример нуди и све веће прибегавање принципу пропорционалности у уставној и међународној судској пракси. Историјска анализа показује како се осетно повећао број судија које су користиле тај принцип полазећи од примера који нуди *Bundesverfassungsgericht* почев од седамдесетих година прошлог века. Редом, на тај принцип су се позивали у одлукама Европског суда за људска права². Недавно је принцип пропорционалности коришћен у судској пракси америчког Врховног суда³, где се у вези са поређењем права појединца на ношење оружја и заједничког интереса у контроли оружја, изражавајући своје неслагање, судија Брејер (Breyer) изричито позива на ову увезену доктрину да би навео на поређење „пропорционалности” између две врсте потреба. Изричито позивање на овај принцип, према неким коментаторима, може бити схваћено као предуслов приближавања америчке судске праксе немачкој и европској пракси: позивање на методу и поређење по методи били би предуслов коришћења уставних идеја из *civil law* система, те стога и страног права ради поређења.

По правилу судови решавају случајеве који се тичу уставности без могућности да користе страног право или упоређивање. С тим у вези Верготини даје пример Уставног суда Шпаније који је истражујући проблем уставности, законских одредаба о једнаким могућностима, пошто је узео у обзир поступак који предвиђају италијанске и француске одредбе, јасно потврдио да ће ипак једини уставни основ који треба пратити бити државни устав.⁴

² Европски суд за људска права (пресуда *Handyside v. UK* и *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*).

³ *District of Columbia v. Heller*.

⁴ Tribunal Constitucional de España, sentencia 12/2008, de 29 de enero, Преузето: 09.05.2018. <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/it-IT/Resolucion/Show/SENTENCIA/2008/12>.

7. Међународна судска надлежност и као основ развоја уставног права у модерним државама

Међународни судови и друге организације са судском надлежношћу стварају своје право кроз одлуке суда односно судија и на тај начин постају део међународног поретка. Принципи које користе судије приликом доношења одлука могу потицати из поредака држава чланица тог органа односно суда на пример Уједињених нација када је реч о Међународном суду правде и Међународном кривичном суду, или принципи Европске уније и Савета Европе када је реч о Европском суду правде. Међународни судски орган бира правне принципе са великом слободом, а досадашње искуство указује на то да судови односно судије не узимају у обзир принципе свих држава чланица те организације већ само принципе држава чији поретци заслужују да им се посвети пажња. Тако у Статуту Међународног суда правде, суд примењује поред Међународних споразума и обичаја и опште принципе права које признају просвећени народи, што је предвиђено у чл. 38. Статута (Gorla, 1992: 94). Битно је знати да Суд правде Европске уније и Европски суд за људска права приликом упоређивања превасходно користе право земаља чланица.

8. Европски суд правде

Због својих карактеристика, Верготини Европски суд правде назива и суд *par excellence* (Gorla, 1992: 94). У Статуту овог суда правни проблеми који се јаве изван уговорне одговорности која је предвиђена Споразумом на основу ког је суд формиран предвиђа да суд мора да користи опште принципе заједничке свим правним поретцима земаља чланица (чл. 340 Уговора о функционисању Европске уније, некада чл. 288. Уговора о Европској унији). Из овога произилази да суд мора да прибегне критеријуму заједничког именитеља. Овакав начин решавања може изазвати велике проблеме услед различитости државних система. Када се јави немогућност проналаска заједничког именитеља услед наведене различитости, суд је дужан да користи право или судску праксу која је од стране судија оцењена као корисна за решење конкретног случаја. У оваквим случајевима очигледно преовладава дискреционо право судија. Испитивање судске праксе овог суда указује да суд црпи правне принципе из права државе чланице које је најприкладније односно најближе конкретном проблему. У таквим случају не тражи се заједнички именитељ уколико га је немогуће наћи.

Непотпуност правних прописа који се односе на права и који произилазе из уговора заједнице била је једини узрок због којих је Европски

суд правде био приморан да током 70–тих година прошлог века почне да ствара опште принципе који проистичу из правних принципа држава чланица. На овај начин ствара се ново право. Ово ново право представља целокупност културних вредности држава чланица и до новог права дошло се применом метода упоређивања, што је очигледно.

9. Предмет упоређивања у уставном праву

Предмет упоређивања у Уставном праву обично су државни поретци и њихове институције, али се могу поредити и унутрашњи јавни поретци са поретцима Међународних јавних организација.

10. Историјска компатибилност као предуслов упоређивања

Да би могло да се изврши упоређивање између два уставна система, исти морају да имају заједничке именитеље односно да постоји хомогеност поредака. Такав проблем не постоји у уставним системима земаља Западне Европе с обзиром на то да имају заједничку уставну културу. Међутим, уколико су уставни системи потекли из различитих уставних култура, оваква метода рада у упоредном праву је онемогућена. Зато је тешко примењивати ову научну методу када се ради о правним системима који потичу из различитих уставних култура. То је посебно случај када се покушава применити ова метода између система либералних држава Западне Европе и система држава са Блиског Истока, међутим, делимично се може вршити упоређивање када се ради о новим системима који су прихватили основне принципе јачих држава, као што је то случај са земљама Источне Европе које су након пропасти државног социјализма, а превасходно у циљу уласка у Европске интеграције стремиле ка стварању уставних система компатибилним са моћним земљама Западне Европе. Такође, могуће је делимично применити ову методу када се упоређују државни системи Западне Европе са новоствореним неоколонијалним државама. Наиме, ове државе су након стицаја независности често примењивале делимично уставне принципе земаља чије су колоније биле, а делимично примењивале своје племенске обичаје и правила. Постоји и трећи случај када је примена упоређивања у упоредном уставном праву апсолутно могућа а то је када су земље победнице након Другог светског рата, након ослобађања одређене територије, наметнуле уставе који су сродни и складни са сопственим уставима. Такав је случај са октроисаним уставом Јапана, који је 1946. године саставила земља победница САД.

11. Историјски типови, модели и њихови оптицаји

У уставној литератури приликом поделе облика власти долази се до проналажења карактеристичних елемената који су стабилни и стални и који се могу свести у одређени тип. Обично прва земља која примени одређени тип државног уређења представља облик власти *par excellence* са којим се касније упоређују други, слични типови. Тако се на пример државни систем полупредседничког типа као *par excellence* сматра француски систем. Остале државе које касније измене своје уставне системе упоређују се са овим *par excellence* типом. Систем САД представља *par excellence* тип председничког система, те тако на пример систем који је прихваћен након пада државног социјализма у Федералној Републици Русији бива упоређиван са ова два система с обзиром на то да се упоређивањем може закључити да систем Федеративне Републике Русије има елементе и полупредседничког система и председничког система.

12. Историјски облици државног уређења и власти

12. 1. Традиционална типологија политичке власти

Код традиционалне типологије облика политичке власти Верготини користи историјску методу те тако се позива на Платона који је разликовао шест облика политичких институција у свом делу „Република“, затим на Аристотела који је разрадио шему поделе власти у свом делу „Политика“ и додао нове облике власти на Платонову поделу. Аристотел тако одређује три типа власти која сматра позитивном верзијом и то аристократију, демократију и монархију, а наспрам ова три облика која је сматрао чистим и позитивнијим, јер је им је сврха била задовољити колективне интересе, Аристотел је сачинио и поделу дегенеративних облика владавине где се моћ користила за егоистичне циљеве, те тако наспрам демократије одредио демагогију, наспрам аристократије олигархију, а наспрам монархије тиранију. Затим наводи типологију власти Макијавелија у његовом делу Владалац, који разликује републике и кнежевине односно државне системе чија је власт подељена између неколико колективних тела и државну власт која је у рукама једног човека односно кнежевина.

У модерним државама Верготини наводи да облик државног уређења традиционално спада у граничну област између политичких и уставних студија. Вредности, принципи и циљеви ка којима тежи политичка власт оцртавају се у Уставу. У неким системима где је идеологија битан елемент иста има утицај и на саме Уставе као што се то дешавало у земљама Источне Европе у време државног социјализма. Такође, Верготини наводи да су облици владавине еволуирали те су тако из државне монархије настале

републике односно парламентарне монархије у којима монарх добија само фигуративни значај.

12.2. Правни профил облика државног уређења као скуп вредности принципа који произилазе из Устава

Вредносни принципи и циљеви према којима треба да се окрене политичка власт по Верготинију представљају карактеристику којом треба да се одликују сви Устави. У неким случајевима филозофска црта је јача као што се то односи на бивше земље Источног блока, док је у другим јача морална црта која проистиче из религијских принципа. Такође, прави разлику и између политичких циљева које владајућа група жели да оствари, што се огледа у самој форми државног система, а често и сам назив државе указује на то: тако у Грчком уставу стоји да Грчка држава представља демократску републику, у Шпанском уставу да је облик власти парламентарна монархија, а у Иранском уставу исламски облик власти. Такође, карактеристика политичког режима који је створио Устав може се лако препознати из уставних клаузула у којима на пример стоји забрана ревизије, јер се у тим случајевима ради о принципима који су битни за спровођење политичке воље.

Поред овог историјског метода Верготини наводи и типологију коју нуди доктрина. Те тако наводи троделну поделу облика државног уређења и то на државу либералног типа, ауторитативну фашистичку државу и социјалистичку државу. Даље наводи поделу на плуралистичке државе које су обично заступљене у традицији западних демократских држава где је Уставом загарантована мирна конкуренција за обављање власти и монополистичке државе са једном партијом, која елеминише опозицију. Затим врши поделу посебно код ауторитативних облика владавине на одређене типове и то социјалистички тип и диктатуру односно аутократију. Ова два типа имају заједничку одлику да служе остваривању циља мање групе људи занемарујући вољу већине. С друге стране направио је и типологију демократског облика владавине као опозитног облика ауторитативном облику владавине. Демократски облик владавине дели на следеће типове:

1) председнички облик власти попут оног у Сједињеним Америчким Државама,

2) полупредседнички облик власти попут оног у Француској и

3) парламентарни облик власти у којим председника републике бира народ путем парламента односно посредно. У односу на председнички и

полупредседнички тип демократског облика владавине он се разликује од парламентарног јер се шеф државе бира непосредно на изборима.

13. Значење устава кроз историју

Као дефиницију Устава Верготини наводи да он представља општа правила која уређују стварање правних прописа и посебно стварање формалних закона, или као основни пропис који се поставља као принцип поретка пошто условљава прописе о стварању других прописа. Као ширу дефиницију наводи да Устав представља подлогу за организациону структуру друштвене групе у циљу организације њене заједнице, те с тога Устав уређује врховну установљену власт.

Стварање формалног Устава у историји представља гарант за одређени облик конституисања власти. Ови нови облици формалних Устава настали након буржоаске револуције према Верготинију не могу се поредити са старим облицима писаних Устава који у ствари представљају гаранцију врховне власти у неким аспектима, одређеним сталежима, заједницама и сл. Нови облици Устава код Ђузепеа Верготинија добијају нову поделу и типологију, те их дели на Уставе са:

(I) гарантистичком концепцијом, који гарантује одређене принципе и права,

(II) традиционалистичком концепцијом у ком се сматра је Устав божанског порекла

(III) позитивистичка концепција као војног чина у фази консолидовања либералне државе, где се држава сматра нечим установљеним и живим независно од нације, те се може сматрати и Келзеонистичком концепцијом, мада тако Верготини не наводи.

(IV) децизионистичка и нормативистичка концепција где се Устав схвата као основана политичка одлука носиоца власти која је формализована у неком тексту. Ову теорију први је поставио Шмит (Schmitt, 1928: 98)

(V) материјална концепција која представља концепцију државног уређења који се не заснива само на Уставу као највишем правном акту односно формалном основу, већ на правилима на којима се заснивају институције које носе државну власт, те се због тога та правила називају материјалним Уставом.

(VI) концепција Устава као табеле вредности у који тип убраја Уставе који се заснивају на позитивизацији принципа етничких вредности.

Наиме, након Другог светског рата јављале су се тенденције да се Уставом превасходно заштите основи етичке вредности и људска права.

14. Стварање устава

Сваки уставни поредак има своје обично порекло, практично чак и формални услови се заснивају на почетној одлуци о оснивачкој вредности Устава за неки поредак и оснивачким принципима који треба да буду заштићени у наведеном Уставу. Ово се најлакше може уочити у стварању Устава након револуција или приликом стварања нових држава.

15. Врсте поступака за доношење Устава

Спољашни поступци су бројни и обично су заступљени код држава којима су исти наметнути од стране земаља победница у ратним сукобима, те тако као пример наводи Устав Јапана из 1946. године, Основни немачки закон из 1949. године, и итд. Ове Уставе донели су победници и наметнули их и обично су исти рефлексije Уставних поредака сила победница.

Међународно вођени поступци су поступци у којима Устави настају захваљујући Споразумима међу државама или активностима међународних организација. Овај начин доношења Устава још назива као вођени или потпомогнути концепт стварања уставотворне власти. Као нама близак пример Ђузепе Верготини наводи Устав Босне и Херцеговине (1991–1995) и Македоније (2001).

Унутрашњи поступци где извор Устава потиче из неких органа који већ постоје на територији на којој држава треба да буде формирана.

Верготини набраја три фазе стварања Устава и то:

- Фазу иницијативе
- Фазу припреме
- Фазу одлучивања о Уставном тексту

Поред горе наведене поделе поступака стварања устава Ђузепе Верготини прави још једну поделу у зависности од тога каква је процедура стварања Устава, те их дели на монархијске и демократске поступке. У монархијским поступцима носилац уставотворне власти је био краљ који је у ствари давао концесије сталежима и народу, те се такви устави често зову октроисани односно подарени. Друга врста поступка и то демократски поступак Верготини дели на начин на који већина одлучује Уставом, те тако наводи да постоји: одлучивање народа путем предуставног

референдума, као што је то било у Норвешкој 1905. и у Грчкој у више наврата, Уставотворни референдум где народ усваја већ припремљени уставни текст који се сматра коначним, међудржавни споразум ради оснивања федералне државе где више држава преноси део свог суверенитета на федералну државу и на крају као најновији облик демократског доношења Устава наводи уговор којим суверене државе преносе део суверенитета путем већ изграђених институција.

16. Уставни циклуси везани за историјски развој државе

У одељку шест Ђузепе Верготини се осврће на историјски аспект развоја устава, те почиње од Устава САД као првог либералног устава, затим се осврће на уставе из периода Француске револуције који имају заједничку црту са америчким уставом јер су у оба случаја била загарантована основна људска права. Затим се осврће на уставе из периода рестаурације и ту превасходно говори о доношењу октроисаних устава у напредним земљама са монархистичким уређењем. Под уставима рационализованог парламентаризма Ђузепе Верготини наводи Вајмарски Устав, затим аустријски и чехословачки, и као заједничку црту ових Устава наглашава постојања механизма успостављања контроле и поверења између извршне и парламентарне власти. Као посебан тип издваја Устав СССР који је након победе у Другом светском рату од стране Совјетске Русије имао велики утицај у земљама Источне Европе али и Азије. Такође, издваја посебно ауторитативне уставе где као пример наводи Устав Португалије из 1933. године и седам шпанских основних закона у периоду од 1938. до 1967. године. На крају као последњи тип Устава односно државног система издваја исламске уставе који покушавају да организују државни поредак поштујући принципе ислама.

17. Традиционална типологија модерних држава

Када говори о институцијама демократије као облика државног уређења Ђузепе Верготини се прво осврће на историјски развој бирачког права што је систематски исправно јер од бирачког права произилазе и институције које се формирају избором – ту се превасходно мисли на парламент. Парламенти вуку кроз историју главну функцију саветовања кроз своје комисије, а такође и изборну функцију, посебно у односу на судску власт односно носиоце судске власти. Такође, кроз историју су парламенти имали и судску функцију као што је то случај у англосаксонским системима где је горњи дом био највиши судски орган. Даље, разматрајући парламент као централи орган либералних демократија он врши поделу

представничког тела на униномиални и плуриномиални систем када говори о остварењу бирачког права. Систем избора чланова парламента дели на систем већине, затим пропорционални систем, те у оквиру пропорционалног система наводи типове односно механизме избора чланова парламента.

Раздвајање законодавне и извршне власти и историјат поделе функција опозиције односно подела између опозиције и већине је битан елемент по Верготинију за постојање демократског система власти. Посебно наглашава битност независности судије од политичке власти и начин избора судија као гарант независности судске власти, ту се осврће на избор судије у англосаксонском праву који има одлике политичког избора и избор у земљама *Civil Law* где постоји бирократски избор вршиоца судске функције, те се осврће на системе кроз историју којима се обезбеђује независност судија.

Ђузепе Верготини се осврће на више типова односно механизма којима се обезбеђује аутономија парламента. Такође врши поделу парламента на дводомни систем и једнодомни и наглашава да је по његовом мишљењу дводомни систем исправнији јер представља гаранцију против злоупотреба до којих би могло да дође уколико би постојао само један дом. Ту се позива на историју и случај Француске скупштине која је била једнодомна у периоду од 1972. до 1973. године. Дводомни принцип подразумева гаранцију од ризика исхитреног доношења закона, јер даје могућност да горњи дом поново размотри и ревидира предлог. Ипак закључује да последњих година уставни углавном предвиђају једнодомне парламенте, јер је почев од 1950. године укинута горњи дом на Новом Зеланду, у Данској, Шведској и итд..

За цењеног професора Ђузепеа де Верготинија и његов рад може се рећи да је његов метод рада у упоредном Уставном праву дао велики допринос овој науци и надам се да ће овај коментар помоћи бољем схватању његових метода јер су очигледно допринеле плодној и успешном раду.

Листа референци

De Vergottini, Giuseppe. (1998). *Le transizioni costituzionali. Sviluppi e crisi del costituzionalismo alla fine del XX secolo*. Roma;

De Vergottini, Giuseppe. (2011). *Diritto costituzionale comparato – Vol. 1*. Roma: Reparto Economia e diritto;

Европски суд за људска права, Преузето: 09.05.2018, <https://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=applicants/srp&c>;

Schmitt, C. (1928). *Verfassungslehre*. München, Leipzig;

Tribunal Constitucional de España, sentencia 12/2008, de 29 de enero, Преузето: 09.05.2018, <http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/it-IT/Resolucion/Show/SENTENCIA/2008/12>.

HISTORICAL DEVELOPMENT OF CONSTITUTIONAL LAW IN THE WORK "COMPARATIVE CONSTITUTIONAL LAW" BY GIUSEPPE DE VERGOTTINI

Tomislav Trajković

PhD Student, Faculty of Law, University of Niš

Summary

*In the traditional typology of the form of political power, Professor Giuseppe de Vergottini uses the historical method in his work "Comparative Constitutional Law", by referring to ancient philosophers: Plato, who distinguished six forms of political institutions in his work *The Republic*; and Aristotle, who elaborated on the division of power in his work *Politics* and added new forms of power to Plato's division. Thus, Aristotle determined three types of authority: aristocracy, democracy and monarchy. As opposed to these three forms which he considered to be pure and positive because their purpose was to meet the collective interests, Aristotle developed the typology of the degenerative forms of government where power is used for self-interest: demagoguery as opposed to democracy; oligarchy as opposed to aristocracy, and tyranny as opposed to monarchy. In modern states, the system of state organization traditionally belongs to the border area between political and constitutional studies. The values, principles and goals pursued by political authority are embodied in the Constitution. De Vergottini states that the formation of stable national states in the 20th century largely shattered the unity of previous major legal and political systems, leaving room for the emergence of many state orders, each of which proved sovereign and self-sufficient. In his work *De Vergottini* explores different forms of government which developed in the course of history: monarchy, republic and parliamentary monarchy.*

Keywords: legal-history method, comparative method, typologies on forms of political power, political systems, constitutional law, sovereignty.

IV ДОДАЦИ

ЛИСТА РЕЦЕНЗЕНАТА У 2018. ГОДИНИ

Проф. др Драган Николић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Предраг Димитријевић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Мирослав Лазић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Миомира Костић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Ирена Пејић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Саша Кнежевић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Срђан Голубовић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Небојша Ранђеловић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Милена Јовановић Zattila, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Предраг Цветковић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Горан Обрадовић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Марко Трајковић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Марија Игњатовић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Славиша Ковачевић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Дејан Вучетић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Александар Мојашевић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Проф. др Дарко Димовски, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Доц. др Александар Ђорђевић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Доц. др Душица Миладиновић Стефановић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Доц. др Иван Илић, Правни факултет Универзитета у Нишу;
Доц. др Драган Благић, Правни факултет Универзитета у Приштини (са привременим седиштем у Косовској Митровици).

ЧАСОПИС „ПРАВНИ ХОРИЗОНТИ“
УПУТСТВО АУТОРИМА

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ

Фонт и маргине	Рукопис рада куцати у <i>Word</i> -у, коришћењем фонта <i>Times New Roman ћирилица (Serbian-Cyrillic)</i> , (осим оригиналних латиничних навода). Аутори из бивших југословенских република могу користити фонт <i>Times New Roman latinica</i> . Величина слова у главном тексту треба да буде 12 pt , размак између редова 1,5 lines , а у фуснотама 10 pt , са размаком између редова 1 (single) . Формат страница треба да буде A4 (све маргине 2,5 cm).
Обим рада	Рад треба да има од 35.000 до 40.000 карактера, односно од 4.000 до 6.000 карактера када се ради о приказима, укључујући размаке. У неведени обим рада спадају и фусноте, апстракт, резиме и попис коришћене литературе и документације.
Језик	Рад послати на српском или енглеском језику. Аутори из бивших југословенских република могу послати рад и на хрватском, босанском или црногорском језику.
Коришћење наводника	У српском тексту користити следеће наводнике: „” (на пример: „меко право”), а у енглеском тексту: “ ” (на пример: “soft law”).
Наслов рада	Наслов треба да што верније опише садржај чланка. Наслов куцати великим словима величином фонта 14 pt, bold и приложити га и на енглеском језику.
Аутор(и)	На самом почетку рада навести име и презиме аутора, назив и пуну адресу институције у којој аутор студира (или је у њој запослен) и e-mail адресу. Све податке о аутору, његовом звању и институцији приложити и на енглеском језику.
Подаци о пројекту или програму	Евентуални подаци о пројекту у оквиру којег је рад написан (назив и број пројекта, назив институције која финансира пројекат и сл.), приказују се у фусноти на првој страници рада.

Подаци о усменом саопштењу рада	Ако је рад био изложен на научном скупу под истим или сличним називом, податак о томе треба навести у оквиру посебне fusnote на дну прве стране текста.
Апстракт (Сажетак)	Апстракт је кратак информативан приказ садржаја чланка који читаоцу омогућава да брзо и тачно оцени његову релевантност. Саставни делови апстракта су циљ истраживања, методи, резултати и закључак. Обим апстракта је 100–200 речи.
Кључне речи	Иза апстракта навести 5 до 8 кључних речи на језику на ком је послат рад.
Структура текста	<p>1. Увод</p> <p>2. Поднаслов првог нивоа</p> <p>2.1. Поднаслов другог нивоа</p> <p>2.1.1. Поднаслов трећег нивоа</p> <p>2.1.1.1. Поднаслов четвртог нивоа</p> <p>3. Поднаслов првог нивоа</p> <p>4. Закључак</p> <p>Сви поднаслови пишу се фонтом 12 pt, уз коришћење нумерације и врсте слова употребљених у примеру изнад.</p>
Листа референци (References)	На крају текста наводи се листа литературе и документације на коју се аутор позивао у раду. Референце поређати абецедним редом по презимену аутора, а код истог аутора, по години издања (од најновије до најстарије). Ако има више радова истог аутора који су објављени исте године, иза године користити латинична слова a, b, c итд. (код цитирања у тексту поступити на исти начин). На крају сваке референце куцати знак ;
Резиме (Summary)	Пише се на крају текста после „Листе референци”, дужине од 3.000 до 4.000 карактера (укључујући размаке), на српском и енглеском језику (ради лекторисања превода). Иза резимеа навести кључне речи на енглеском језику (односно српском језику уколико је рад послат на енглеском језику).
Табеле, графикони, слике	Табеле урадити у програму Word . Фотографије, графикони или слике доставити у формату jpg .

Изјава о ауторству и пренос ауторских права	Аутори радова потписују изјаву о ауторству, која садржи и сагласност за пренос ауторских права.
Достављања радова	Радови се достављају у електронском облику (као <i>attachment</i>) на следећу адресу: pravnihorizonti@prafak.ni.ac.rs.
Рецензирање	Сви радови подлежу анонимном рецензирању од стране два рецензента. Радови аутора који у предвиђеном року не поступе по примедбама рецензента неће бити објављени. Редакција часописа обавља комуникацију само са првонаведеним аутором.

2. ЦИТИРАЊЕ И ЛИСТА РЕФЕРЕНЦИ

Радове цитирати у самом тексту, као што је наведено у табели која следи. **Фусноте** користити само када је неопходно пружање додатног објашњења или пропратног коментара, као и у случају позивања на прописе или одлуке судова и других органа.

Цитати и позиви на литературу у тексту и листа референци на крају текста мора у потпуности да се слажу. Сваки рад, пропис, одлука и др. на које се позива у тексту или фусноти мора се унети у листу референци, односно, сваки рад, пропис, одлука и др. наведени у листи референци мора да постоје у тексту. Библиографске јединице се наводе без превођења.

Врста рада	Цитирање у тексту (или позивање у фусноти)	Листа референци
Књига, 1 аутор	(Келзен, 2010: 56)	Келзен, Х. (2010). <i>Општа теорија права и државе</i> . Београд: Правни факултет Универзитета у Београду;
Књига, Више аутора	Прво цитирање у тексту: (Димитријевић, Поповић, Папић, Петровић, 2007: 128) Наредно цитирање у тексту: (Dimitrijević et al., 2007: 200)	Димитријевић, В., Поповић, Д., Папић, Т., Петровић, В. (2007). <i>Међународно право људских права</i> . Београд: Београдски центар за људска права;

Колективно ауторство	(Oxford, 1996: 245)	<i>Oxford essential world atlas</i> (3rd ed.). (1996). Oxford, UK: Oxford University Press;
Рад или део књиге која има приређивача	(Нолте, 2007: 280)	Нолте, К. (2007). Задаци и начин рада немачког Бундестага. У: В. Павловић и С. Орловић (Ур.), <i>Дилеме и изазови парламентаризма</i> (стр. 279-289). Београд: Konrad Adenauer Stiftung;
Чланак у часопису	(Марковић, 2006: 36)	Марковић, Р. (2006). Устав Републике Србије из 2006 – критички поглед. <i>Анали Правног факултета у Београду</i> . 2(LIV). 5-46;
Енциклопедија	(Pittau, 1983: 3)	Pittau, J. (1983). Meiji constitution. In <i>Kodansha encyclopedia of Japan</i> (Vol. 2, pp. 1-3). Tokyo: Kodansha;
Институција као аутор	(Републички завод за статистику, 2011)	Републички завод за статистику. <i>Месечни статистички билтен</i> . Бр. 11 (2011)
Прописи	Фуснота: Чл. 12, ст. 2, тач. 3 Закона о основама система васпитања и образовања, <i>Службени гласник РС</i> , бр. 62/1996. (Напомена: Чланове, ставове и тачке прописа наводити на начин примењен у овом примеру – не стављати тачку иза бројке и унети размак иза интерпукцијских знакова)	Закон о основама система васпитања и образовања. <i>Службени гласник РС</i> , бр. 62/1996;

Судске одлуке	<p>Фуснота: Case T-344/99 Arne Mathisen AS v Council [2002]. или Одлука Уставног суда IY-197/2002.</p>	<p>Case T-344/99 Arne Mathisen AS v Council [2002] ECR II-2905 или Омојуди v UK (2010) 51 EHRR 10 или Одлука Уставног суда IY-197/2002, <i>Службени гласник РС</i>, бр. 57/2003;</p>
Електронски извори	<p>Навођење у тексту: (Wallace, 2001)</p> <p>Фуснота: European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp, приступљено 10. 04. 2018.</p>	<p>Wallace, A. R. (2001). The Malay archipelago (vol. 1). [Electronic version]; http://www.gutenberg.org/etext/2530, приступљено 10. 04. 2018. или European Commission for Democracy through Law, Opinion on the Constitution of Serbia, http://www.venice.coe.int/docs/2007/CDL-AD(2007)004-e.asp, приступљено 10. 04. 2018;</p>

НАПОМЕНА: Радови који нису сачињени у складу са овим Упутством уопште неће бити узети у разматрање од стране Редакције часописа.

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

ПРАВНИ хоризонти = Legal Horizons / главни и
одговорни уредник Небојша Раичевић. - Год. 1, бр. 1
(2018)-

. - Ниш : Правни факултет Универзитета у Нишу, 2018-
(Ниш : Медивест). - 24 cm

Годишње. - Наставља традицију публикације Зборник
радова студената докторских студија права.

ISSN 2620-1674 = Правни хоризонти

COBISS.SR-ID 271326476