

Универзитет у Нишу
Правни факултет

**ЗБОРНИК РАДОВА СТУДЕНАТА
ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА ПРАВА**

Ниш, 2015

ЗБОРНИК РАДОВА СТУДЕНАТА ДОКТОРСКИХ СТУДИЈА ПРАВА

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Војислав Ђурђић

Проф. др Мирослав Лазић

Преводи

Гордана Игњатовић

Технички уредник

Ненад Милошевић

Штампа

„Медивест“ Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-204-2

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

САДРЖАЈ

Бранка Бановић ПОВРЕДА НА РАДУ И ПРОФЕСИОНАЛНО ОБОЉЕЊЕ	1
Милан Костић, ОДГОВОРНОСТ СЛУЖБЕНИКА У СРБИЈИ – ПЕРИОДИЗАЦИЈА РАЗВОЈА ..	21
Зоран Филиповић, УЛОГА ОМБУДСМАНА У КОНТРОЛИ УПРАВЕ – КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА.....	35
Дарко Бикаревић, УТИЛИТАРНОСТ ВОЂЕЊА ПРИТУЖБЕНОГ ПОСТУПКА.....	53
Јелена Василић, ЗАЈЕДНИЧКО ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА.....	73
Ивана Евтимов, СТИЦАЊЕ ЛИЧНИХ СЛУЖБЕНОСТИ ОДРЖАЈЕМ У ДОМАЋОЈ ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ	89
Јелена Коцић, ОГРАНИЧЕЊА ПРИВАТНЕ СВОЈИНЕ НА ПОЉОПРИВРЕДНОМ ЗЕМЉИШТУ	99
Радмила Миленковић, НАЧЕЛО СОЦИЈАЛНОГ ПОСТУПАЊА У СЛУЧАЈЕВИМА СИНГУЛАРНЕ И ГЕНЕРАЛНЕ ЕГЗЕКУЦИЈЕ НА ИМОВИНИ ДУЖНИКА ФИЗИЧКОГ ЛИЦА.	119
Тијана Митровић, ИМОВИНСКИ ОДНОСИ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА.....	139
Драгана Ранђеловић, ДЕНАЦИОНАЛИЗАЦИЈА - РАЗЛОЗИ И ЦИЉЕВИ	157
Ксенија Цветановић, ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ РОДИТЕЉА КОЈИ НЕ ВРШИ РОДИТЕЉСКО ПРАВО НАКОН РАЗВОДА БРАКА.....	169

Ивана Миловановић, КРИМИНАЛИТЕТ ЖЕНА И ПЕНОЛОШКИ ТРЕТМАН ПРЕМА ОСУЂЕНИЦАМА.....	185
Гордана Николић, ТРГОВИНА ЉУДИМА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И СУДСКОЈ ПРАКСИ.....	201
Мијомир Перовић, КРИВИЧНА ДЈЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ СА АСПЕКТА НОРМИРАЊА, ОТКРИВАЊА И ДОКАЗИВАЊА ЕКОЛОШКИХ ДЕЛИКАТА НА ВОДАМА.....	221
Данијела Тошић ЗАКОНОДАВНО-ПРАВНА РЕГУЛАТИВА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У ХРВАТСКОЈ (И ДРУГИХ ОБЛИКА НАСИЉА НАД ЖЕНАМА).....	239
Марија Драгићевић, ПРИНЦИП НЕУТРАЛНОСТИ УПРАВЕ ЦИЉНОГ ДРУШТВА У ПРАВУ ПРЕУЗИМАЊА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.....	255
Александар Јанић, СТРАНЕ ДИРЕКТНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ У СРБИЈИ.....	273
Мр Сања Шкорић, ПРАВНИ СУБЈЕКТИВИТЕТ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА – СТИЦАЊЕ, ЗНАЧАЈ И ДЕЈСТВА.....	289

ПОВРЕДА НА РАДУ И ПРОФЕСИОНАЛНО ОБОЉЕЊЕ

Апстракт: Основ за уређивање осигурања од повреда на раду и професионалних обољења садржан је у Конвенцијама МОР-а бр.102 о најнижим стандардима социјалне сигурности из 1952.године и Конвенција бр.121о давањима за случај несреће на послу и професионалних болести из 1964.године, које промовишу достојанствен рад у смислу подједнаке могућности за жене и мушкарце да добију достојанствен и продуктиван посао у условима слободе и једнакости, безбедности и људског достојанства.

Србија као земља која је ратификовала поменуте конвенције регулисала је право по основу повреде на раду и професионалних обољења, низом законских и подзаконских акта, као и многобројним правилницима који разрађују сам поступак остваривања тих права.

С обзиром да се права по основу повреде на раду и професионалног обољења у нашем законодавству у највећем броју остварују кроз систем здравственог и пензијског и инвалидског осигурање, у раду су приказани управо врсте и основи за остваривање тих права.

Кључне речи: повреда на раду, професионално обољење, Конвенције МОР-а, здравствено осигурање, пензијско и инвалидско осигурање.

1. Увод

Социјална обезбеђења запослених уводе се још у периоду раних почетака масовне индустријске производње. У оквирима социјалног обезбеђења уводе се разне врсте осигурања, између осталих и осигурање од повреде на раду и професионалних обољења.

У Србији је систем социјалне сигурности запослених у случају повреде на раду и професионалних обољења, као и накнада које се остварују у

1 brankica87@live.com

тим случајевима, регулисан многобројним законским и подзаконским актима. Међутим, накнаде у случају повреде на раду нису регулисане појединачним законом нити их уређује једна институција. Већина надокнада у случају повреде на раду се обезбеђује у оквиру здравственог осигурања и пензијског и инвалидског осигурања.

Заштита здравља и безбедности на раду укључује више актера – запослене и послодавце, јавну власт (државну, локалну самоуправу), здравствене установе и фондове обавезног социјалног осигурања (здравственог, осигурања за случај несреће на раду, пензијског и инвалидског).²

Систем безбедности и здравља на раду у Републици Србији заснован је на многобројним међународним директивама и у складу са њима прво је донет Закон о безбедности и здрављу на раду („Сл.гласник РС“, бр.101/2005), којим се промовише принцип превенције професионалних ризика на радном месту и регулише обавеза послодавца да донесе акт о процени ризика у писаној форми, а све у циљу смањења броја повреда на раду, професионалних болести и болести у вези са радом. На основу Закона, донет је Правилник о начину и поступку процене ризика на радном месту и у радној околини („Сл.гласник РС“, бр.78/2006, 84/2006 – испр. 30/2010) као најзначајнији подзаконски пропис на коме се заснива систем превенције промовисан Законом. Правилник ближе уређује начин и поступак процене ризика од настанка повреда на раду или обољења запослених на радном месту и у радној околини, као и мере за њихово отклањање.

Од значаја за заштиту права запослених при повреди на раду и код професионалних обољења од значају су такође и следећи закони који регулишу и правно дефинишу ову материју а то су пре свега: Закон о раду („Сл.гласник РС“, бр.24/2005, 61/2005, 54/2009, 32/2013, 75/2014)³, затим Закон о пензијском и инвалидском осигурању („Сл.гласник РС“, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УС, 84/2004 – др.закон, 85/2005, 101/2005 – др.закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014) и Закон о здравственом осигурању („Сл. гласник РС“, бр. 107/2005, 109/2005 – испр., 57/2011, 110/2012 – одлука УС, 119/2012, 99/2014, 123/2014 и 126/2014 – одлука УС), којима су прописани општи услови остваривање права на заштиту у случајевима повреде на раду и професионалних обољења, као и висине и начини остваривања права на накнаду у тим случајевима. Такође ова материја је регулисана и многобројним подзаконским актима у смислу правилника и упутства којима се ближе уређују поступци накнаде код повреде на раду и професионалних обољења.

2 Б.Лубарда, Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Правни факултет Универзитета у Београду, 2012, стр.366

3 Који на општи начин дефинише права запослених која се остварују из радног односа

2. Радна способност

Радна способност је способност појединца за обављање посла који се може валоризовати на тржишту рада или способност организма да у току рада одржи унутрашњу физиолошку равнотежу и да по престанку рада брзо и у потпуности успостави све облике равнотеже који су одступили од физиолошких вредности. Осим тренутног стања здравља и многи други фактори: радно место, породичне и социјалне прилике, навике, климатски услови итд одређују човекову психофизичку целину и битно утичу на његову радну способност.⁴

Постоје два основна облика радне способности и то општа радна способност, која подразумева способност појединца за обављање свих врста послова, без обзира на стручну оспособљеност а у циљу обезбеђивања средстава за егзистенцију, као и професионална радна способност, за обављање послова у области уско професионалног опредељења везано за степен стручне спреме и стручну оспособљеност.

Не постоји нека опште прихваћена дефиниција радне способности јер су оне директно везане за одређене законске дефиниције система социјалног и других осигурања.

Оцена радна способности је процес многобројних испитивања, мерења и процена које заједнички обављају медицински и други стручњаци. Да би се обавио медицински део експертизе за оцену радне способности неопходна је тачна дијагноза обољења, мишљење да ли је процес дефинитиван или се стање може побољшати адекватном терапијом, стање морфологије и функција свих органа и система битних да одговоре биолошким захтевима радних.

У циљу давања коначног мишљења о радној способности неопходно је имати анализу радног места испитиване особе која обухвата: назив и задатке радног места, опис и попис послова, материјал са којим се ради, средства рада (машине, алате, уређаје), општа и лична техничка заштитна средства, која се примењују, телесне активности за време рада, психолошке захтеве радног места, карактеристике радне просторије и радну средину (микроклиматска и физичко-хемијска испитивања), тј. присутне професионалне штетности које се јављају при раду. Анализа се врши по посебној методологији где учествује тим стручњака: лекар специјалиста медицине рада, дипломирани инжењер технологије, дипломирани инжењер електронике, инжењер заштите на раду, психолог,

4 [Sr.wikipedia.or/sr/Радна_способност\(медицина\)](http://Sr.wikipedia.or/sr/Радна_способност(медицина)), приступљено сајту 16.03.2015.године у 21.12 часова

социјални радник и друго особље вишег и средњег профила из редова медицинских и техничких струцњака.⁵

3. Повреда на раду и професионално обољење

3.1. Повреда на раду

Повредом на раду сматра се повреда осигураног лица која се догоди у просторној временској и узрочној повезаности са обављањем послова по основу кога је осигуран, проузрокована непосредним и краткотрајним механичким, физичким или хемијским дејством, наглим променама положаја тела, изненадним оптерећењем тела или другим променама физиолошког стања организма.⁶

Конкретна законска дефиниција јасно одређује природу узрочника којим може бити нанета повреда на раду, као и временску и просторну повезаност наступања повреде са обављањем послова за које је лице осигурано.

Повреда на раду је повреда осигураника проузрокована наглим променама положаја тела, изненадним оптерећењем тела или другим променама физиолошког стања организма, под условима да је настанак повреде узрочно везан за обављање послова односно радних задатака.

Повредом на раду сматра се и:

1. Повреда коју је осигураник претрпео на редовном путу од стана до места рада и обрнуто, на путу предузетом ради извршења радних задатака и на путу предузетом ради ступања на рад.
2. Повреда осигураника настало као искључива последица неког несрећног случаја или више силе, за време обављања послова односно радних задатака или у вези са њима.
3. Повреда коју осигураник претрпи при обављању послова и задатака у вези са акцијама спасавања или одбране од елементарних непогода или несрећа при обављању јавних и других друштвених функција или грађанских дужности на позив државних и других овлашћених органа, при вршењу обавезне војне службе и при обављању других послова и задатака за које је законом утврђено да су од општег друштвеног интереса.

5 Ј.Јовановић, Оцењивање радне способности радника са обољењима кардиоваскуларног система, Acta medica Medianaе, 2000. стр.36

6 Закон о пензијском и инвалидском осигурању („Сл.гласник РС“, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УС, 84/2004 – др.закон, 85/2005, 101/2005 – др.закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014)

Повредом на раду може се сматрати само повреда изазвана обављањем посла по условом да постоји и временска и просторна повезаност са обављањем тог посла.

Поведа на раду представља нарушавање здравља, физичког или психичког интегритета личности, тренутно или на дуже време.

Нарушавање физичког интегритета подразумева обољење, телесно оштећење (лакше или теже). Физичку бол и смрт, док нарушење психичког интегритета подразумева поремећај психичког здравља са трајним или временски ограниченим последицама.⁷

3.2. Професионално обољења

Професионалне болести обухватају одређене болести проузроковане дужим непосредним утицајем процес и услова рада на пословима односно радним задацима које осигураник обавља.

Из ове законске дефиниције произилази појам професионалних болести:

- а. да се ради о одређеним болестима
- б. да су те болести проузроковане дужим непосредним утицајем процеса и услова рада
- в. да се тај рад и услови рада односе на радно место односно послове које је осигураник обављао
- г. да је то оно радно место односно они послови по основу којих је осигураник осигуран

Дефиницијом је обухваћена и сагледана узрочно последична повезаност болести настале у условима непосредног дужег експонирања запосленог процесу рада, односно условима радне средине.

Ипак може се рећи да оваква законска дефиниција има недостатак нарочито у погледу начина утицаја радне средине, јер дефинише само непосредни утицај процеса рада на запосленог, искључујући на тај начин могућност посредног утицаја радне средине на запосленог које свакако може бити присутно у вези са процесом рада који запослени обавља.

Такође дужина изложености радника, широко је дефинисана, је су могућа професионалан обољења код запослених који су условљени његовим личним својствима (нпр. ослабљен имунитет, физичка кондиција итд.).

Правилником о утврђивању професионалних болести („Сл.гласник РС“, 105/13), утврђено је 56 професионалних болести и набројани су послови

7 П. Јовановић, Радно право, шесто измењено и допуњено издање, Правни факултет Нови Сад, 2012, Центар за издавачку делатност, стр.453

при чијем се обављању ове болести појављују као и услови под којима се ове болести сматрају професионалним.

Основни услов да се једна болест узаконском смислу сматра професионалном јесте постојање узрочно – последничног односа између обављања послова и настанка болести и да се налази на листи професионалних болести.

Професионалне болести, радна места, односно послове на којима се те болести појављују и услове под којима се сматрају професионалним у нашој земљи утврђује министар надлежан за послове пензијског и инвалидског осигурања и министар здравља на предлог Фонда.

Пријаву професионалних болести попуњава здравствена установа која је дијагностификовала обољење. Професионално обољење утврђују органи здравственог и пензијског и инвалидског осигурања на основу листе професионалних болести, пријаве професионалне болести и медицинске документације.

3.3. Критеријуми за утврђивање професионалне болести

1. Критеријуми за узрочност- заснивају се на:

- постојању статистички значајне повезаности између експозиције штетном агенсу и оштећења здравља
- постојању повезаности између интензитета експозиције и величине поремећаја здравља
- вишим концентрацијама агенаса или нјиховим метаболита код експонованих радника
- чинњеници да се слични поремећаји могу доказати и у експерименту на животињама

2. Критеријуми за морфолошке и функционалне промене

- сигурни критеријум- значе да је појаве једне морфолошке промене на органу или систему довољна за утврђивање професионалне болести
- вероватни критеријум- значе да је неко стање или поремећај вероватно последица утицаја професионалног штетног фактора, али је за утврђивање професионалне болести потребна и морфолошка или функционална промена на бар још једном органу или систему
- могући критеријум- ради се о професионалним болестима за чије су утврђивање неопходне промене на најмање три органа или система

3. Критеријуми за трајање болести и време експозиције

- дужина изложености нокси може утицати на величину поремећаја здравственог стања па је минимална дужина експозиције код неких болести дефинисана у Листи професионалних болести.
- временско трајање поремећаја здравља је код неких професионалних болести дефинисано у Листи али само у случају када се поремећај може поправити без икаквих последица.⁸

3.4. Правилник о утврђивању професионалних болести

Правилник о утврђивању професионалних болести („Сл.гласник РС“, 105/13), предвиђа следеће категорије професионалних болести које су распоређене на основу узрока које доводе до настанка ових професионалних обољења и то: болести узроковане хемијским дејством (метали и металоиди (17), гасови (5), растварачи (7), пестициди (1)), болести узроковане физичким дејством (9), болести проузроковане биолошким факторима (4), болести плућа (10), болести коже (2), малигне болести (1)

Болести у вези са радом

1. Бихевиоралне реакције и менталне болести (анексиозност, синдром сагоревања, технострес, менталне болести)
2. Обољења кардиоваскуларног система (хипертензија, исхемијска болест срца и ЦВ-болест)
3. Обољења респираторног система (бронхитис, емфизем, астма)
4. Обољења локомоторног система (лумбални синдром, болни синдром врата и горњих екстремитета, остеоартроза)⁹

4. Права за случај повреде на раду и професионалних болести

4.1. Права из здравственог осигурања

4.1.1. Потпуна здравствена заштита

Ово право обухвата: 1) мере превенције и раног откривања болести; 2) прегледе и лечења жена у вези са планирањем породице као и у току трудноће, порођаја и материнства до 12 месеци после порођаја; 3) прегледе и лечења у случају болести и повреде; 4) прегледе и лечења болести уста и зуба код деце до навршених 18 година живота, односно до краја прописаног средњошколског или високошколског образовања, а најкасније до

⁸ М. Аранђеловић, Ј. Јовановић, Медицина рада, Медицински факултет Универзитета у Нишу, 2009, стр. 32-34

⁹ Правилник о утврђивању професионалних болести („Сл.гласник РС“, 105/03)

навршених 26 година живота, старијих лица која су тешко телесно или душевно ометена у развоју, као и лица са тежим урођеним или стеченим деформитетом лица и вилице; 5) медицинску рехабилитацију у случају болести и повреде; 6) лекове и медицинска средства; 7) протезе, ортезе и друга помагала за кретање, стајање и седење, помагала за вид и слух, говор, стоматолошке надокнаде као и друга помагала.

Здравствена заштита остварује се кроз здравствену делатност а у складу са Законом о здравственој заштити („Сл.гласник РС“, бр. 107/2005, 72/2009 – др.закон, 88/2010, 99/2010, 57/2011, 119/2012, 45/2013 – др.закон и 93/2014). При остваривању здравствене заштите учествују одговарајући стручно медицински органи. То су : избрани лекар, првостепена лекарска комисија и другостепена лекарска комисија.

Избрани лекар обавља прегледе и дијагностику, одређује начин и врсту лечења, указује хитну медицинску помоћ, упућује на специјалистичке прегледе, прописује лекове и медицинска средства, утврђује дужину привремене спречености за рад због болести и повреде осигураника до 30 дана.

Првостепена лекарска комисија састоји се од два лекара и потребног броја заменика које именује директор Републичког фонда за здравствено осигурање. Првостепена комисија обавља следеће послове: даје оцену и утврђује дужину привремене спречености за рад осигураника, по предлогу избраног лекара, преко 30 дана привремене спречености за рад; даје оцену по приговору осигураника или његовог послодавца на оцену избраног лекара о привременој спречености за рад;¹⁰ даје оцену о захтевима за наканду трошкова лечења и путних трошкова; утврђује здравствено стање осигураника ради издавања потврде о коришћењу здравствене заштите у иностранству; предлаже упућивање осигураника, у случају дужег трајања привремене спречености за рад, надлежном органу за оцену радне способности (инављидности) по прописима о пензијском и инвалидском осигурању; утврђује потребу за рад осигураника са скраћеним радним временом и обавља друге послове у складу са законом о здравственом осигурању.

Другостепена лекарска комисија састоји се од три лекара и потребног броја заменика, које именује директор Републичког фонда за здравствено осигурање. Ова комисија обавља следеће послове: даје оцену по приговору осигураника односно послодавца на оцену тј. чињенично стање које је

10 Ако осигурано лице није задовољно оценом здравственог стања коју је дао избрани лекар, може да изјави приговор првостепеној лекарској комисији – непосредно или посредством избраног лекара. Приговор се подноси писмено или усмено у року од 48 сати од саопштења оценом избраног лекара.

утврдила првостепена комисија и о томе даје своју оцену и мишљење;¹¹ може да врши ревизију свих права, односно вештачење у вези са овим правима из обавезног здравственог осигурања о којима је одлучивао изабрани лекар, односно првостепена лекарска комисија, а по захтеву осигураног лица, послодавца, матичне филијале, односно Републичког фонда. Оцена коју даје другостепена комисија, поводом изјављеног приговора, коначна је. Ако осигурано лице није задовољно овом оценом може тражити да му матична филијала изда решење, а против тог решења је могућ управни спор.

4.1.2. Право на накнаду зараде за време привремене спречености за рад

У питању је право на накнаду зараде због привремене спречености за рад због болести и других предвиђених разлога. У друге разлоге спада и повреда на раду као и професионално обољење. Ипак ова накнада не припада осигуранику у следећим случајевима: 1) ако је намерно проузроковао неспособност за рад; 2) ако је неспособност за рад проузрокована акутним пијанством или употребом психоактивних супстанци; 3) ако се без оправданог разлога не подвргне лечењу, осим ако за лечење није потребан пристанак предвиђен законом; 4) ако се без оправданог разлога не јави изабраном лекару за оцену привремене спречености за рад или се не одазове на позив за излазак пред ту комисију у датом року; 5) ако се за време привремене спречености за рад бави привредном или другом активношћу којом остварује приходе; 6) ако злоупотреби право на коришћење одсуства са рада због привремене спречености за рад (злоупотреба права на „боловање“) као и у другим случајевима предвиђеним овим законом.

Код коришћења права на накнаду зараде постоји одређени режим коришћења ових права који чини скуп правила утврђених законом, која се односе на: 1) утврђивање постојања привремене спречености за рад; 2) одређивање дужине коришћења права на накнаду; 3) одређивање основа за накнаду; 4) обезбеђивање исплате накнаде; 5) висину накнаде. Тих правила морају се придржавати како осигураник, као корисник тих права тако и његово послодавац и надлежни здравствени органи (изабрани лекар и лекарска комисија).

Утврђивање постојања спречености за рад врши изабрани лекар, односно лекарска комисија (зависно од дужине те спречености) и одређује датум

11 Против оцене првостепене лекарске комисије осигурано лице које је незадовољно том оценом, може да изјави приговор другостепеној лекарској комисији у року од три дана од дана саопштења оцене. Приговор се подноси усмено на записник или писмено првостепеној лекарској комисији (може и непосредно другостепеној комисији писменим путем), а она је дужна да приговор заједно са предметом хитно достави другостепеној комисији.

почетка и датум завршетка (трајање) те спречености. Спреченост за рад наступа даном када изабрани лекар установи да осигураник није способан за обављање свог рада. То је обично дана када се осигураник јавио свом изабраном лекару. Међутим, лекар може да оцени спреченост за рад и за период пре првог јављања, али највише за три дана уназад. Лекарска комисија може дати оцену о спречености за рад и за период дужи од три дана пре јављања изабраном лекару у одређеним случајевима.¹²

Дужина коришћења права на накнаду зараде зависи од времена потребног за отклањање узрока спречености (зависно од врсте болести, повреде). Правилник о медицинско-доктринарним стандардима за утврђивање привремене спречености за рад („Службени гласник РС“, број 100/11), прописана је дужина трајања привремене спреченост за рад у случају различитих врста обољења. Право на накнаду припада од првог дана спречености за рад и за све време њеног трајања, али само ако за то време траје и радни однос по ком основу би осигураник примао своју зараду да није наступила спреченост за рад. Дакле право на накнаду зараде изводи се из права на зараду и исплаћује се уместо зараде. Изузетно, у случају ако је узрок спречености за рад повреда на раду или професионална болест, накнада се исплаћује за све време спречености, као и после престанка радног односа, до отклањања узрока спречености.

Основ за обрачун накнаде зараде чини просечна зарада коју је осигураник остварио у предходних 12 месеци пре месеца у које је наступила привремена спреченост за рад. Основ се усклађује са кретањем зарада код послодавца у месецу који предходи месецу од којег осигуранику припада право на усклађивање (право усклађивања основа). Право на усклађивање се стиче уколико осигураник прима накнаду дуже од два календарска месеца.

Обезбеђивање исплате накнаде зараде врше послодавац осигураника и Републички фонд, односно матична филијала. За првих 30 дана спречености за рад накнаду обезбеђује на терет својих средстава послодавац, а од 31. дана матична филијала Фонда. Накнада зараде утврђује се на основу извештаја о привременој спречености за рад (дознака) издатог од стране стручно – медицинског органа у поступку (изабрани лекар или лекарска комисија). У техничком смислу послодавац увек врши обрачун накнаде зараде, али уколико исплата иде на терет матичне филијале обрачун се доставља тој филијали, а она преноси одговарајући износ на посебан рачун послодавца.

Висина накнаде зараде коју обезбеђује послодавац за првих 30 дана утврђује се на основу прописа о раду. Према Закону о раду висина накнаде

12 Ако је осигураник био на стационарном лечењу, ако је спреченост наступила за време боравка у иностранству и у другим случајевима када осигураник није могао да дође до лекара.

у случају ако је спреченост за рад наступила као последица професионалне болести или повреде на раду је 100% основне зараде коју запослени остварује код послодавца. Висина накнаде коју обезбеђује матична филијала у складу са Законом о здравственом осигурању, идентична је наведеним износима, које обезбеђује послодавац. Наведени износи и када их обезбеђује послодавац и филијала, не могу бити нижи од минималне зараде утврђене у складу са Законом о раду.

4.1.3. Право на накнаду трошкова превоза

Накнада трошкова превоза, у вези сакоришћењем здравствене заштите, обезбеђује се осигураним лицима, као и пратиоцу осигураног лица – ако је пратилац неопходан¹³, у случају упућивања у здравствену установу ван подручија матичне филијале, под условом да је здравствена установа удаљена најмање 50 километара од места његовог становања. Наведени услов не важи ако је реч о осигураном лицу које је упућено на хемодијализу као и на хемио и радиотерапију, детету до навршених 18 година живота и старијем лицу које је тешко душевно или телесно ометено у развоју и уколико је здравствена установа на подручију матичне филијале.

Висина накнаде трошкова превоза одређује се према најкраћој релацији у износу цене коштања карте аутобуса или другог разреда воза. Изузетно имајућ у обзир природу обољења или повреде, накнада трошкова превоза припада и за друга средства јавног саобраћаја ако је такав превоз неопходан. Као превозно средство могу се користити и санитетска кола у случају неопходне здравствене заштите и по налогу лекарске комисије, а уколико санитетска кола нису доступна и сопствени превоз (уз накнаду у износу од 10% цене по литру бензина за сваки пређени километар).

Осигурано лице које се за време боравка у другом месту разболи или повреди (службени пут, годишњи одмор), нема право на накнаду трошкова превоза за повратак у место запослења односно пребивалишта, осим ако због здравственог стања постоји потреба посебног превоз о чему одлуку доноси првостепена лекарска комисија.¹⁴

¹³ Сматра се да је пратилац свакако неопходан ако се на лечење упућује дете млађе од 18 година, односно старије лице које је теже телесно или душевно ометено у развоју, као и лице код којег је дошло до губитка појединих телесних и психичких функција (не може самостално да обавља активности свакодневног живота), укључујући слепа, слабовида и глува лица.

¹⁴ П. Јовановић, оп. цит, стр. 456

4.1.4.Право на протетичка и ортопедска средства, на санитарне справе, очна, слушна и друга помагала

Правилник о о медицинско техничким помагалима која се обезбеђују из средства обавезног здравственог осигурања (Сл.гласник РС“, бр. 52/2012, 62/2012-испр., 73/2012 – испр., 1/2013, 7/2013 – испр., 112/2014, 114/2014 – испр., 18/2015), уређује врсте медицинско – техничких помагала, затим индикације за прописивање помагала која се обезбеђују осигураним лицима од стране републичког фонда за здравствено осигурање, потом стандард материјала од којих се израђују помагла и рокови трајања помагла, као и начин и поступак остваривања права осигураних лица на помагала.

Правилником су утврђена помагала која се обезбеђују осигураним лицима (са или без партиципације) и то :протетичка средства (протезе), ортотичка средства (ортезе), посебне врсте помагала и санитарне справе, очна помагала, слушна помагала , помагала за омогућавање гласа и говора и стоматолошке надокнаде.

Осигурано лице остварује право на помагала која су утврђена Листом помагала, на основу медицинске индикације утврђене за свако поједино помагало у складу са овим правилником и одговарајуће медицинске документације којом се доказују те индикације. Осигурано лице има право на помагала које прописује изабрани лекар, односно лекар одговарајуће специјалности на основу прегледа, утврђеног здравственог стања и медицинских индикација и др., у складу са одредбама овог правилника. Када је за прописивање помагала потребно мишљење лекара одговарајуће специјалности, односно мишљење три лекара одговарајућих специјалности, такво мишљење не може бити старије од 12 месеци.¹⁵

5. Права из пензијског и инвалидског осигурања

Права из пензијског и инвалидског осигурања остварују се као последица повреде на раду или наступањем професионалне болести а могу наступити као умањење или губитак радне способности (инвалидност), телесно оштећење или смрт осигураника.

Права за случај инвалидности и телесног оштећења проузрокованих повредом на раду или професионалном болешћу остварују:

1. Лица која у складу са законом, обављају привремене и повремене послове преко омладинских задруга до навршених 26 година, ако су на школовању;

¹⁵ Правилник о о медицинско техничким помагалима која се обезбеђују из средства обавезног здравственог осигурања (Сл.гласник РС“, бр. 52/2012, 62/2012-испр., 73/2012 – испр., 1/2013, 7/2013 – испр., 112/2014, 114/2014 – испр., 18/2015)

2. Лица која се налазе на стручном оспособљавању, доквалификацији или преквалификацији, која упути организација надлежна за запошљавање;
3. Ученици и студенти када се, у складу са законом, налазе на обавезном производном раду, професионалној пракси или практичној настави;
4. Лица која се налазе на издржавању казне затвора, док раде привредној јединици установе за издржавање казне затвора (радионица, градилиште и сл.) и на другом месту рада
5. Лица која, ускладу са прописима, обављају одређене послове на основу уговору о волонтерском раду.¹⁶

5.1.Право на инвалидску пензију

Инвалидност постоји када код осигураника настане потпуни губитак радне способности, због промена у здравственом стању проузрокованих повредом на раду или професионалном болешћу, која се не може отклонити лечењем или медицинском рехабилитацијом.

Повреда на раду је значајна у систему пензијског и инвалидског осигурања из разлога што се права по основу инвалидности (као и телесног оштећења) проузроковане повредом на раду, стичу и остварују независно од дужине стажа осигурања, односно стичу се и остварују у већем обиму.

Потребно је указати на чињеницу (околност) да ли нека повреда представља повреду на раду, цени орган вештачења фонда у поступку остваривања права из пензијског и инвалидског осигурања.

У складу са чл.55. Закона о безбедности и здрављу на раду („Сл.гласник РС“, бр. 101/2005), потребно је да извештај о повреди на раду послодавац доставља запосленом који је претрпео повреду и организацијама надлежним за здравствено и пензијско и инвалидско осигурање, а садржај и начин издавања образаца извештаја прописује министар надлежан за рад. С тим у вези донет је Правилник о садржају и начину издавања образаца извештаја о повреди на раду, професионалном обољењу и обољењу у вези са радом („Сл.гласник РС“ , бр.72/06, 84/06 – исправка).¹⁷

Професионалане болести, у смислу Закона о пензијском и инвалидском осигурању, јесу одређене болести настале у току осигурања, проузро-

16 Љ.Радићковић,Н.Ракић, Коментар и примена закона о пензијском и иналивском осигурању –објашњења – примери- службена мишљења – подзаконска акта, Београд, 2011, стр.32

17 Правилник о садржају и начину издавања образаца извештаја о повреди на раду, професионалном обољењу и обољењу у вези са радом („Сл.гласник РС“ , бр.72/06, 84/06 – исправка)

коване дужим непосредним утицајем процеса и услова рада на радним местима, односно пословима које је осигураник обављао.¹⁸

Одредбама овог закона предвиђено је да су професионалне болести по свом значају код стицања и остваривања права из пензијском и инвалидског осигурања изједначене са повредом на раду, што значи да се права из пензијског и инвалидског осигурања по основу професионалне болести стичу и остварују независно од дужине стажа осигурања, а остварују се у већем обиму.

С обзиром да је законски појам одређења професионалне болести и радних места, односно послова на којима се те болести појављују доста опште одређен, професионалном болешћу сматра се она болест која је као таква предвиђена подзаконским актом.

Такође, Закон о безбедности и здрављу на раду („Сл.гласник РС“, бр. 101/2005), прописује да извештај о професионалној болести послодавац доставља запосленом који има професионално обољење и организацијама надлежним за здравствено и пензијско и инвалидско осигурање.

Осигураник код кога настане потпуни губитак радне способности, у смислу Закона о пензијском и инвалидском осигурању, стиче право на инвалидску пензију под следећим условима:

1.Ако је инвалидност прузрокована повредом на раду или професионалном болешћу

2.Ако је инвалидност проузрокована повредом ван рада или болешћу – под условом да је губитак радне способности настао пре навршења година живота прописаних за стицање права на старосну пензију утврђених у члану 19. став 1. Закона о пензијском и инвалидском осигурању и да има најмање пет година стажа осигурања.

Право на инвалидску пензију стиче осигураник код кога настане губитак радне способности (неспособност за било који посао), без обзира на дужину стажа осигурања уколико је инвалидност проузрокована повредом на раду или професионалном болешћу.¹⁹

5.2.Право на породичну пензију

Ако у случају повреде на раду или услед обољења од професионалне болести наступи смрт осигураника, пензијским и инвалидским

18 Закон о пензијском и инвалидском осигурању

19 На пример: Осигураник који ради 15 дана, односно има 15 дана стажа осигурања код кога се утврди инвалидност проузрокована повредом на раду, испуњава услове за стицање права на инвалидску пензију, јер у овом случају није прописан услов у погледу дужине стажа осигурања.

осигурањем обезбеђује се члановима породице материјална и социјална сигурност кроз право на породичну пензију. По природи овог права ради се о изведеном праву, а оно се изводи из права корисника, односно права које би имао осигураник. Да би се остварило право на породичну пензију морају бити испуњени законом прописани услови на страни умрлог осигураника, односно корисника права, као и посебни услови које треба да испуњавају чланови породице умрлог осигураника.

Закон о пензијском и инвалидском осигурању прописује у чл.27 став 2, да ако је смрт лица настала као последица повреде на раду или професионалне болести, чланови његове породице стичу право на породичну пензију без обзира на дужину пензијског стажа тог лица.

Такође Закон о пензијском и инвалидском осигурању прописује да се члановима породице сматрају: брачни друг; деца (рођена у браку или ван брака или усвојена, пасторчад коју је осигураник, односно корисник права издржавао, унучад, браћа и сестре и друга деца без родитеља, односно деца која имају једног или оба родитеља која су потпуно неспособа за рад, а коју је осигураник, односно корисник права издржавао); родитељи; брачни друг из разведеног брака ако му је правоснажном судском одлуком утврђено право на издржавање.²⁰

Породична пензија одређује се од старосне пензије или инвалидске пензије која би осигураном лицу припадала у часу смрти, односно од пензије која је кориснику припадала у часу смрти, у проценту који се утврђује према броју чланова породице који имају право на ту пензију и то:

Ако пензија припада само члановима уже породице или само члановима шире породице умрлог осигураника односно корисника права одређује се у следећим процентима: за једног члана 70%, за два члана 80%, за три члана 90%, за четири или више члана 100%.

Ако пензија припада и члановима уже породице и члановима шире породице умрлог осигураника односно корисника права, члановима уже породице одређује се породична пензија према предходном образложењу, а члановима шире породице припада остатак до износа старосне или инвалидске пензије.

Ако право на породичну пензију имају брачни друг и разведени брачни друг умрлог осигураника, односно корисника права, одређује се једна породична пензија у висини која припада за једног члана породице и дели се у једнаким износима.

Када је инвалидност проузрокована повредом на раду или професионалном болешћу, право на инвалидску пензију се стиче без обзира на дужину

20 Закон о пензијском и инвалидском осигурању

пензијског стажа коју осигураник има. У том случају, приликом утврђивања висине инвалидске пензије која служи као основ за одређивање породичне пензије, полази се од тога да осигураник има пун пензијски стаж од 40 година.²¹

5.3. Право на новчану накнаду за телесно оштећење

проузроковано повредом на раду, односно професионално болешћу

Телесно оштећење постоји када код лица настане губитак, битније оштећење или знатнија онеспособљеност појединих органа или делова тела, што отежава нормалну активност организма и изискује веће напоре у остваривању животних потреба без обзира на то да ли проузрокује или не проузрокује инвалидност.²²

Лица код којих постоји телесно оштећење проузроковано повредом на раду или професионално болешћу мора да износи најмање 30% да би се остварило право на новчану надокнаду.²³

За телесно оштећење проузрокованог повредом на раду или професионално болешћу стиче се право на новчану накнаду за телесно оштећење. Стицање овог права није условљено само настанком телесног оштећења већ је неопходно да је оно проузроковано повредом на раду или професионално болешћу.

Телесно оштећење није условљено постојањем инвалидности. Ипак телесно оштећење може да постоји упоредо са постојањем инвалидности проузроковане истом повредом или болешћу. Међутим могуће је да та повреда или болест нису довели до инвалидности, али су проузроковале телесно оштећење. У том случају се остварује право на новчану накнаду по основу тог телесног оштећења проузрокованог повредом на раду, као самостално и независно право од ризика инвалидности и права по том основу. Код осигураника код кога постоји телесно оштећење, може бити у потпуности очувана радна способност.

Телесна оштећења као и проценат тих оштећења, утврђује министар надлежан за послове пензијског и инвалидског осигурања и министар здравља на предлог Фонда. Полазећи од тога телесним оштећењем сматраће се само оно телесно оштећење које је утврђено у подзаконским актима. Правилником о утврђивању телесних оштећења („Сл. гласник РС“, бр. 105/03, 120/08), предвиђена су телесна оштећења од најмање 30%, као и проценти тих оштећења, која су основ за стицање права на новчану накнаду и за рачунање стажа осигурања са увећаним трајањем у смислу члана 58.

21 Љ. Радифковић, Н. Ракић, оп. цит, стр. 70

22 Закон о пензијском и инвалидском осигурању

23 Закон о пензијском и инвалидском осигурању

Закона о пензијском и инвалидском осигурању²⁴, а иста су подељена у 10 група, у зависности од тога на који део тела се односи телесно оштећење, као и одређивање процента ако постоји два или више телесних оштећења.

Према Закону о пензијском и инвалидском осигурању, телесна оштећења су дефинисана у проценту који не може износити више од 100%, а висина процента зависи од тежине телесног оштећења. Постоје осам степена телесног оштећења тј. у процентима од 30% до 100%. Најтеже телесно оштећење има највећи проценат од 100% и одговара првом степену телесног оштећења, а најмањи проценат од 30%, одговара осмом степену телесног оштећења, односно : први степен телесног оштећења – 100%, други степен – 90%, трећи степен – 80%, четврти степен – 70%, пети степен – 60%, шести степен – 50%, седми степен – 40%, осми степен – 30%. Ови степени и проценти су елементи на основу којих се одређује висина новчане накнаде за телесно оштећење. Ти проценти се прецизно за свако конкретно телесно оштећење утврђују Правилником о телесним оштећењима.

Када код осигураника, код кога је раније настало телесно оштећење проузроковано повредом на раду или професионалном болешћу испод 30%, дође до погоршања тог телесног оштећења или настане нов случај телесног оштећења повредом на раду или професионалном болешћу, тако да укупно телесно оштећење износи 30% или више, осигураник стиче право на новчану накнаду за телесно оштећење у одговарајућем проценту према новом степену телесног оштећења које се одређује на основу новог стања укупног телесног оштећења.

Висина новчане накнаде за телесно оштећење одређује се од основа који чини основ за затечене кориснике права на новчану надокнаду за телесно оштећење у Републичком фонду за пензијско и инвалидско осигурање запослених, у проценту телесног оштећења који се утврђује на Основу Правилника о утврђивању телесних оштећења и која су прописана Законом о пензијском и инвалидском осигурању. Новчана накнада за телесно оштећење припада у сталном месечном износу.

Поступак за остваривање права на телесно оштећење покреће се на захтев осигураног лица, а на основу медицинске документације. Телесно оштећење утврђује орган вештачења при фонду за пензијско и инвалидско осигурање, усклађу са Законом и општим актима. Поступак се може покренути и по службеној дужности, а на основу мишљења органа вештачења датог

24 У чл.58 Закона о пензијском и инвалидском осигурању, наводи се да се стаж осигурања са увећаним трајањем рачуна и осигураницима који су на раду, по основу кога су били обавезно осигурани провели радећи као осигураници са телесним оштећењем од најмање 70%. Овим лицима се 12 месеци ефективно проведених на раду рачуна као 15 месеци стажа осигурања.

приликом вештачења о инвалидности, и то како у ситуацији кад се у истој повреди или болести стичу елементи и инвалидности и телесног оштећења, тако и у ситуацији када је инвалидност искључена, али је утврђено телесно оштећење.²⁵

5.4. *Право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица*

Право на новчану накнаду за помоћ и негу другог лица, има осигураник коме је због природе и тежине стања повреде или болести утврђена потреба за помоћи и негом за обављање радњи ради задовољавања основних животних потреба.

Потреба за помоћи и негом другог лица постоји код лица које је непокретно, или које због тежине и природе трајних болести и болесног стања није способно да се самостално креће ни у оквиру стана уз употребу одговарајућих помагала, нити да се само храни, свлачи, облачи и да одржава основну личну хигијену, код слепог лица које је изгубило осећај светлости са тачном пројекцијом и код лица које постиже вид са корекцијом до 0.05.

Висина новчане накнаде за помоћ и негу другог лица одређује се у висини износа усклађене новчане накнаде за помоћ и негу затечених корисника овог права у осигурању запослених.²⁶

Чињеницу постојања потребе за помоћи и негом другог лица утврђује орган вештачење при Фонду за пензијско и инвалидско осигурање на начин и у поступку предвиђеним општим актима Фонда.

5.5. *Право на накнаду погребних трошкова*

У случају смрти корисника пензије, лицу које је сносило трошкове сахране припада накнада погребних трошкова, без обзира на сродство са умрлим.

Накнада погребних трошкова припада у висини једне и по просечне пензије у Фонду за пензијско и инвалидско осигурање у предходном кварталу, у односу на дан смрти.²⁷

6. Закључак

Законом о раду на општи начин прописано је да запослени у случају повреде на раду или професионалног обољења има одређени вид заштите. Системом социјалног осигурања у Србији и то кроз систем здравственог и пензијског и инвалидског осигурања, регулисан је начин заштите и остваривања

25 П.Јовановић, оп. цит, стр. 465

26 Закон о пензијском и инвалидском осигурању

27 П.Јовановић, оп. цит, стр. 469

ових права. Ипак и ако постоји велики број законских и подзаконских акта који регулишу ову област права, сам систем остваривање и заштите права није регулисан на једнообразан начин. С тим у вези постоје препоруке Међународне организације рада да се законска регулатива Србије у погледу ових права регулише кроз доношење јединственог законског акта који би регулисао ову материју.

Литература

1. Б. Лубарда, Радно право – расправа о достојанству на раду и социјалном дијалогу, Правни факултет Универзитет у Београду, 2012
2. Закон о пензијском и инвалидском осигурању („Сл.гласник РС“, бр. 34/2003, 64/2004 – одлука УС, 84/2004 – др.закон, 85/2005, 101/2005 – др.закон, 63/2006 – одлука УСРС, 5/2009, 107/2010, 93/2012, 62/2013, 108/2013, 75/2014 и 142/2014)
3. Ј.Јовановић, Оцењивање радне способности радника са обољењима кардиоваскуларног система, ActamedicaMedianae, 2000
4. Љ.Радифковић,Н.Ракић, Коментар и примена закона о пензијском и инвалидском осигурању –објашњења – примери- службена мишљења – подзаконска акта, Београд, 2011
5. П.Јовановић, Радно право, шесто измењено и допуњеноиздање, Правни факултет Нови Сад, 2012, Центар за издавачку делатност
6. Правилник о утврђивању професионалних болести („Сл.гласник РС“, 105/03)
7. Правилник о о медицинско техничким помагалима која се обезбеђују из средства обавезног здравственог осигурања (Сл.гласник РС“, бр. 52/2012, 62/2012-испр., 73/2012 – испр., 1/2013 , 7/2013 – испр., 112/2014 , 114/2014 – испр., 18/2015)
8. Правилник о садржају и начину издавања образаца извештаја о повреди на раду, професионалном обољењу и обољењу у вези са радом („Сл.гласник РС“, бр.72/06, 84/06 – исправка)
9. Проф.др М.Аранђеловић,Проф.др Ј.Јовановић, Медицина рада, Медицински факултет Универзитет у Нишу, 2009
- 10.Sr.wikipedia.or/sr/Радна_способност(медицина)

Branka Banović,

PhD student at the Faculty of Law in Nis

INJURIES AT WORK AND OCCUPATIONAL DISEASES

Summary

Basis for regulation of insurance against industrial accidents and occupational diseases contained in the ILO Conventions No.102 concerning Minimum Standards of Social Security from 1952 and Convention No. 121 concerning benefits for accidents at work and occupational diseases from 1964, promoting decent work in terms of equal opportunities for women and men to obtain decent and productive work in conditions of freedom and equality, security and human dignity.

Serbia as a country which has ratified the Convention regulate the right from injuries and occupational diseases, the range of legal acts, as well as numerous regulations that elaborate on the procedure of exercising those rights.

With regard to the rights based on injuries at work and occupational diseases in our legislation in most accomplished through a system of health and pension and disability insurance, the paper presents precisely the type and basis for the exercise of these rights.

Keywords: *occupational injuries, occupational diseases, ILO Conventions, health insurance, pension and disability insurance.*

ОДГОВОРНОСТ СЛУЖБЕНИКА У СРБИЈИ – ПЕРИОДИЗАЦИЈА РАЗВОЈА

***Апстракт:** У раду је анализирана одговорност службеника у Србији у појединим историјским периодима, као и одговорност државних службеника у позитивном праву Србије. Приказ одговорности дат је хронолошки, почев од 1804 године и доношења првих прописа па закључно са 1918 годином, и то приказом најзначајних уставних и законских одредби које су се тицале одговорности службеника из тог периода. Ради упоредног приказа одговорности у раду је сажето обрађена и одговорност службеника у позитивном праву Србије. Циљ рада је да прикаже које су све врсте одговорности службеника и у којем обиму постојале у одређеним временским периодима у Србији.*

***Кључне речи:** службеници, дисциплинска, материјална и кривична одговорност, дисциплински поступак.*

1. Увод

Општа је обавеза за државне службенике да државну службу обављају у складу са прописаним правним правилима и начелима струке. Међутим, ако приликом вршења службене дужности повреди правила којима је прописан начин обављања службе онда се поставља питање њихове одговорности.

Правни системи, а нарочито модерних држава, посебно санкционишу кршење права које проузрокују државни службеници вршењем службе.¹

milank3009@gmail.com

1 У САД због исувише велике одговорности јавни службеници су се у великом броју случајева пасивно понашали због страха да својим актом не проузрокују штету појединим лицима. Због тога је током 20-ог века правило о одговорности службеника замењено имунитетом када они решавају о правима и обавезама физичких и правних лица или делују на основу дискреционих овлашћења. Детаљније: (Давинић, 2004: 235-244).

У циљу спречавања, односно смањења негативних последица прописују се репресивне мере у облику одговарајућих санкција за случај повреде службене дужности од стране државних службеника. У зависности од врсте повреде која је начињена вршењем службене дужности одговорност државних службеника може бити: дисциплинска, кривична и материјална.

2. Појам и врсте одговорности

Дисциплинска одговорност представља одговорност за повреду прописима утврђене службене дужности. Дисциплинску одговорност, по прописаном поступку, утврђује дисциплинска власт² и службеницима изриче прописане санкције због повреде службене дужности. Ова одговорност има за циљ да обезбеди добро функционисање државних служби.

Кривична одговорност је одговорност за кривична дела утврђена кривичним законом која учини службеник у обављању службене дужности или у вези са обављањем службене дужности.

Материјална одговорност је одговорност службеника за штету коју причини обављањем службене дужности или у вези са обављањем службе. Ту штету може причинити лицима према којима се јавља као носилац државне службе, а може је причинити и самом органу у коме обавља службу.

У Кнежевини Србији и Краљевини Србији питање одговорности државних службеника остваривало се по различитим правилима, тако да се може посматрати кроз четири периода.³

3. Одговорност службеника у Србији првог устанка

Изградња државног апарата у Србији првог устанка, у условима перманентних ратних сукоба, утицала је на милитаризацију администрације. У изразито војној организацији управе, поставља се питање да ли су

2 Легитимност основа дисциплинске власти послодавца, у радном праву, одређује се у зависности да ли се прихвата уговорна или институционална теорија. Детаљније: (Лубарда, 2001: 241-242).

3 Професор Драгаш Денковић питање одговорности разматра кроз четири периода: први период (1804-1813) у којем државни службеници одговарају по општим прописима; други период (1815-1838) у којем је одговорност државних службеника зависила од кнежеве воље; трећи период (1838-1888) у коме се поново уводи могућност да грађани своја права штите пред судом и туже државне службенике, а од 1861. године за то им је потребно претходно одобрење надлежног органа и четврти период (1888-1921) када се укида административна гаранција, односно за заштиту права пред судом и тужбу против службеника грађанима није потребно претходно одобрење надлежног органа. (Денковић, , 1973: 77).

службеници били одговорни, а нарочито да ли су одговарали за штету коју би проузроковали грађанима. Прва правила која су предвиђала одговорност службеника садржана су у Карађорђевог законика.

Већ члан 9, иначе први сачувани члан Карађорђевог законика, имао је за циљ да отклони све оно што је водило непоштену суђењу. (Мирковић, 2008: 25). Тај члан прописује да ће се старешина, војвода, капетан, кнез, судија, који би судио из ината или по кумству, пријатељству или по сродству или по миту, пред целим народом означити за рушитеља правде народне, и лишиће се звања, а мито или глобу срамотно пред народом вратиће оном од ког је узео. Слично је било прописано и у случају одузимања ратног плена војнику, где је војни суд поред казне лишења чина старешину или војног управитеља осуђивао и на враћање плена и на служење у војсци без чина. (Мирковић, 2008: 29).

Најзначајнију одредбу о одговорности старешина представља члан 41. Карађорђевог законика. Овим, чланом је предвиђено подношење тужбе суду против старешина без икаквог претходног одобрења. Међутим, намера о потчињавању старешина закону у великој мери доведена је у питање, с обзиром да је истим чланом прописано: „кои би се тревиио да на правди и без никакове кривице тужбу преда на чиновника, а не посведочи се, но срамотио чесно лице, таи каштиги подлежи и аресту“. Ово прописивање тешке казне против подносиоца тужбе, ако кривица чиновника не буде доказана, у великој мери је представљало озбиљну препреку да грађани, применом ове одредбе штите своја права. Ипак, без обзира на то, сматра се да је том одредбом у устаничкој Србији прокламовано начело одговорности и постављен први основ законитости и правној сигурности. (Денковић, 1973: 78. и Мирковић, 2008, 85).

Општа правила о одговорности предвиђена Карађорђевим законом примењивала су се и на службенике. Тако је у случају нехотичног убиства, службеник, поред одређене казне затвора, био дужан да породици плати оно што суд досуди (члан 19). Исто тако сматра се да је постојала и одговорност службеника, иако она изричито није била прописана, за непоштовање одредбе о забрани кулука (члан 32). (Денковић, 1973: 79).

Поред одредаба Карађорђевог законика о одговорности службеника, постоје и други подаци који указују да се лична одговорност службеника у пракси спроводила. Тако је Правитељствујушћи совјет 1807. године упутио нахијама уредбе којима је одредио да се у свакој нахији установи суд од три судије и да је пред судом морао одговарати и војвода ако буде тужен, а и у Деловодном протоколу Карађорђа где има података о одговорности војвода. (Денковић, 1973: 79-80).

4. Одговорност службеника за време прве владе Кнеза Милоша

За време прве владавине Кнеза Милоша, до доношења Устава од 1835. године, није било прописа о службеницима. То је одговарало личној владавини Милоша и његовом схватању службеника. (Балтић, 1939: 114). Милош је своје чиновнике сматрао као личне слуге, а однос између Милоша и чиновника био је чист приватно-правни однос. Због тога се Вук Караџић залагао да се чиновницима да „пристојна правица“, јер наши чиновници према чиновницима у Влашкој и Молдавији изгледају као „просјаци и робови“. (Јовановић, 1933а: 44).

Поставља се питање да ли су у то време чиновници, када није било прописа о статусу чиновника и њиховој одговорности, одговарали за штету коју причине грађанима. Одговор на ово питање произилази из односа Милоша и старешина. Наиме, за разлику од Милоша који није био ничим ограничен, старешине су биле ограничене Милошем. У складу са тим, а то потврђују и други подаци, за разлику од Милоша који није никоме одговарао, стрешине су одговарале пред Милошем. Тако је, на пример, Милош опростио ужичкој нахији један део пореза јер је било немогуће да кнезови који су проузроковали штету исплате накнаду из своје имовине. (Денковић, 1973: 81). Овај пример показује да је постојала извесна одговорност чиновника, али она није била правно регулисана већ је зависила од воље Милоша. Исто тако, он показује да је и држава одговарала за своје службенике.

Прва правила о одговорности чиновника садржао је Сретењски устав, којим је прописана општа одговорност чиновника за све што у оквиру службе раде (члан 132). Поред тога, више власти имале су право, удаљити, за одређено време, чиновника из службе, на кога би пала некаква сумња. За то време (три месеца ако се сумња да је дело учино у Србији, односно шест месеци ако се сумња да је дело учињено ван Србије), у коме се утврђивала кривица чиновнику се одбијало пола плате, ради накнаде штете ако је некоме својом кривицом проузроковао (члан 134). Исто тако, грађанима је у начелу било допуштено да се могу обраћати свим судовима, од најнижих до највиших, ако су повређена њихова права (члан 111).

На основу ових одредби може се закључити да је грађанин имао право да тужи службеника који би му вршењем службене дужности проузроковао штету. За подношење тужбе није било неопходно претходно одобрење државног органа, а постојала је лична одговорност службеника.

5. Одговорност чиновника у периоду од 1838. до 1858. године

Устав од 1838. године поставља основе службеничког права које су касније разрађене прописима. Тим уставом чиновници престају да буду кнежевске слуге и постају државни чиновници. У погледу одговорности чиновника устав не садржи изричите одредбе, али је предвидео да грађани пред судом могу штитити своја права (члан 27). За подношење тужбе суду против државних чиновника грађанима није било потребно претходно одобрење надлежног органа.

Детаљнија правила о одговорности чиновника садржана су у другом делу Уредбе о чиновницима. Уредба је предвиђала и дисциплинску и грађанску и кривичну одговорност чиновника, али чиновник није могао бити отпуштен из службе административним путем.

По Уредби о чиновницима, чиновник је могао бити укорен ако не поштује званичну подчињеност и ако неуредно извршава или не извршава службене дужности. Међутим, ако и после укора настави са таквим понашањем виша власт је могла да тог чиновника, у зависности од његове грешке оштро укори, до месец дана суспендује или надлежном суду преда. Суд је након утврђене кривице могао чиновника на дуже време суспендовати из службе или плате, оштрије казнити или службе лишити (члан 2).

За случај одавања званичне тајне, коју је чиновник био дужан да чува у зависности од важности предмета по заклетви, било је прописано да чиновник може бити оштро укорен, премештен, задржан о редовног напредовања, из службе искључен, а и на други строжи начин кажњен (члан 4).

Чиновник је могао бити кажњен, на нижи степен службе постављен или лишен службе због неизвршавања званичних законитих налога (члан 6).

Одговорност чиновника постојала је и за понашање, не само приликом вршења службе, већ и у приватном животу. Тако сви чиновници који нису живели по правилима световног закона и по прописима моралне или благонравне науке могли су бити први пут оштро или строго укорени, а други пут и из службе отпуштени (члан 8).

Посебно је значајна одредба по којој се чиновницима налаже да савесно и праведно извршавају своје послове, и да државна добра чувају, а да ни добра приватних људи ни на какав незаконит начин не присвајају. За случај примања мита, или незаконитог стицања користи наношењем штете држави или приватним људима чиновник је кажњаван не само губитком службе, већ је, у зависности од причињене штете и указане кривице, могао бити строго кажњен. (члан 9).

Поред тога, чиновник који је дисциплински био кажњен на нижи степен службе или је суспендован од плате, односно из службе, предаван је са доказима његове кривице надлежном суду, који је доносио пресуду. (члан 14).

Уредба о чиновницима као дисциплинске казне предвиђала је само укор и губитак плате до месец дана. Ово је било недовољно за одржавање реда међу чиновницима. У овом периду влада није могла административним путем отпустити чиновника, па уместо тога она, у циљу тежег кажњавања, примењује премештај чиновника. Премештај је у оно време представљао праву казну за чиновника, јер су чиновници у случају премештаја морали да растуре не само кућу већ и читаво газдинство. (Јовановић, 1933а: 63).

У пракси одговорност службеника по Уредби о чиновницима није дала значајније резултате. Углавном су службеници одговарали за кривична дела и преступе по којима судови суде. Изостала је одговорност за многа огрешења о правила службе која нису имала кривични карактер, јер судови нису могли да их подведу под одговарајући параграф. (Јовановић, 1933б: 186).

6. Одговорност службеника за време друге владе Милоша и Михаила

Поновним доласком Милоша на власт мења се статус службеника и то не само вољом Милоша већ и у складу са одлуком Светоандрејске скупштине од 19.01.1858. године. Наиме, Народна скупштина захтевала је збацивање свих саветника и министара, али и збацивање непоузданих чиновника, „који су прави злотвори народу, па зато нека се такви одма из службе одпуште“. (Денковић, 1973: 85).

Прокламацијом о ступању на владу, између осталог, Милош је обзнанио да ће, сходно законима и потребама земље личним указом потврдити чиновнике, при чему ће се утврдити да ли ту потврду чиновник заслужује. Такав став имао је за последицу велики број жалби на државне органе, али и још већи број молби за пријем у службу. Сељаци су се жалили на све оно што су од чиновника претрпели, јер су мислили да је дошло време да се чиновницима за све наплати. (Јовановић, 1933б: 42). За испитивање тих жалби донет је 15.08.1858. Закон о комисијама, чији је задатак био да обиђу земљу и утврде чиновничке злоупотребе, а евентуалне казне изрицао је посебан суд за који је народ говорио да је преки суд за чиновнике. (Јовановић, 1933б: 33). У овом покрету против чиновника, многи чиновници изгубили су службу, а чиновничка права гарантована Уставом од 1838. године погажена.

За време друге владе Кнеза Михаила положај чиновника и њихова одговорност детаљније су уређени законом. Први Закон о чиновницима донет је 24.03.1861. године, а други Закон чиновницима 15.02.1864. године.⁴ Ти закони у великој мери ослањали су се на схватње које је Милоје Лешјанин (један од највернијих присталица Михаила) изложио у раправи: „Државна служба и државне слуге“. Циљ те расправе, која је писана по узору на немачку правну књижевност, био је да докаже да чиновник није сопственик свога звања, већ да му је звање поверено у општем интересу, као и да о употреби звања полаже рачуна поглавару. У складу са тим, поред судске одговорности мора постојати и одговорност чиновника пред вишом административном влашћу.

Први Закон о чиновницима, детаљно уређује „одржавње реда и достојанства у служби“ (параграф 36-48), и прописује административне казне: писмени укор и одузимање плате до три месеца. Писмени укор и казну одузимања плате до 15 дана могли су изрицати све старешине органа. Међутим, казну одузимања плате од 15 дана до три месеца могли су изрицати министри и старешине надлештава у рангу министара који су непосредно одговорни кнезу, као и Совјет.

Дисциплинске казне могле су се изрицати због недостојног понашања и службених преступа. Недостојно понашање представљало је опијање, скитња, јавно картање, лаокомислено задуживање, као и нечовечно поступање према народу које није представљало кривично дело. Службене преступе представљало је немарно и неуредно обављање дужности, непоступање по наредбама претпостављених, обављање законом забрањеног рада и трговине, неслагање са чиновницима у служби, лоше поступање старијих чиновника према млађима. Интересантна је и одредба по којој је службени преступ представљало и јавно критиковање било које власти и њених наредби, а у циљу омаловажавања исте. Поред тога, прописано је да ће се чиновник који за две године учини трећи дисциплински преступ предати суду ради лишења службе.

Изрицање казне укора и укидање плате за 15. дана могло се изрећи тек након саслушања чиновника који је учинио преступ. За остале казне окривљеном би се саопштила његова кривица и остављао рок за писмену одбрану.

Надлежност суда за одлучивање у случају дисциплинских преступа одређена је у случају кад чиновник у року од три године учини трећи дисциплински преступ. У том случају претходно испитивање врше два

4 Вид. Сборник закона и уредаба књига XIII и XVII, Правителствена књигопечатња, Београд 1861. и 1865.

или више чиновника који не могу имати мање звање од чиновника који је дисциплински преступ учинио. Након тога, окривљени подноси одбрану па се предмет шаље Министарству правосуђа које одређује суд који ће судити.

Закон о чиновницима од 1861. није у потпуности одвојио кривичну одговорност од грађанске што се види из параграфа 15. којим је предвиђено: „чиновник поред казне, коју би према својој кривици по прописима Казнителног закона искусио, још и на накнаду штете осудити“.

У погледу одговорности за штету коју би службеник нанео грађанима вршењем службене дужности Закони о чиновницима, поред разлика, садрже и једно истовето правило да грађанин не може тужити службеника без претходног одобрења државног органа, али је поступак одобрења различито регулисан. Тако, по првом Закону о чиновницима Министарство правосуђа је након извиђања посебне комисије тражило да кнез да одобрење и преко Министарства правосуђа одреди суд који ће судити. По другом Закону, службеник који је неправилним вршењем своје дужности неком начинио штету одговарао је за штету, али суд није могао да суди ни по грађанској ни по кривичној тужби без одобрења надлежног министра. За дела извршена ван службене дужности службеник је одговарао као и остали грађани.

Закон о чиновницима од 1864. године детаљније је регулисао питање одговорности службеника. Тим законом одваја се одговорност службеника за штету причињену грађанима од кривичне одговорности. Поред тога, утврђен је и рок у коме оштећени може тражити штету и он је износио шест месеци од сазнања за штету, осим код штета насталих „из злочинства“ где је рок застарелости из Грађанског законика (24 године). Овим законом предвиђено је и отпуштање службеника као дисциплинска мера, коју изриче посебан суд састављен од виших службеника, а против чијих одлука нема места жалби. Исто тако, предвиђено је и отпуштање службеника о коме одлучује влада (параграф 76). То отпуштање влада је могла применити према оним лицима која су постала телесно или душевно неспособна за државну службу. (Јовановић, 1933б: 189).

Закон о чиновницима допуњен је 1868. године одредбама које су се односиле на одговорност службеника. Једном допуном се предвиђа да се тужба за накнаду штете подноси надлежном министру. Ако министар да право на тражење накнаде штете обавестиће министра правде, који право на тражење накнаде дозвољава и одређује суд који ће судити. Истом допуном одређен је и рок за подношење тужбе који износи три месеца од дана кад је оштећени обавештен који је суд одређен за суђење. Овим се још више штите службеници. (Денковић, 1973: 87). Другом допуном,

промењен је параграф 76. Закона. Том променом дато је прво влади да може отпуштати чиновнике по слободној оцени. Тако влада може, поред лица која су постала телесно или душевно неспособна за службу, дапусти, из било ког разлога, и лица за која сматра да је њихово отпуштање у интересу службе. (Јовановић, 1933б: 189).

Имајући у виду да се владавина Михаила ослањала на војску и бирократију, то су и сви чиновнички закони донети у његово време имали за циљ да службенике што више заштите од одговорности за штету проузроковану грађанима. Исто тако, увођење могућности отпуштања службеника у интересу службе имало је за циљ да службенике учини зависним од владе, тако да су „у ствари више били службеници владе него службеници државе, имали су привилегисани положај у односу према грађанима“. (Денковић, 1973: 88).

7. Одговорност службеника у периоду од 1869. до 1918. године

Устав од 1869. године у основи је потврдио првила о одговорности службеника одредбом „сваки чиновник одговара за своја званична дела“ (члан 105. став 1). Исто тако потврђена је и административна гаранција, јер за суђење службеницима за њихова званична дела било је потребно одобрење надлежне власти (члан 110).

Устав од 1888. године укида административну гаранцију која није допуштала подношење тужбе против службеника без претходног одобрења надлежног органа. По Уставу, „Сваки Србин има право да непосредно и без ичијег одобрења тужи суду државне чиновнике и званичнике, ..., ако су они у својем службеном раду повредили његова права. За Министра, судије и војнике под заставом важе нарочите одредбе“ (члан 28). Иста правила о одговорности садржали су и Устав од 1901. и 1903. године.

У овом периоду, у коме се примењивао Закон о чиновницима од 1864. године, у погледу одговорности државних службеника, осим укидања административне гаранције, скоро да и није било других промена.

8. Одговорност службеника у позитивном праву Србије

У нашем позитивном праву дисциплинска одговорност и одговорност за штету државних службеника уређена је законом.⁵ Прописане су лакше и теже повреде дужности из радног односа и врсте дисциплинских

5 Чл. 107-125. Закона о државним службеницима и намештеницима, Сл. гласник РС, 79/05, 81/05 – исправка, 83/05 – исправка, 64/07, 67/07 – исправка, 116/08, 104/09 и 99/14.

казни (новчана казна, одређивање непосредно нижег платног разреда, забрана напредовања до четири године, премештај на радно место у непосредно ниже звање уз задржавање платног разреда и престанак радног односа). Као дисциплински органи јављају се руководиалац или дисциплинска комисија, односно Високи службенички савет кад је у питању дисциплинска одговорност државних службеника које је на положај поставила Влада. Дисциплински поступак покреће руководиалац органа писменим закључком.

Првостепени дисциплински поступак (за државне службенике на извршилачким местима) води или руководиалац или дисциплинска комисија, који/а одлучује о дисциплинској одговорности. Другостепени дисциплински поступак води се, на основу жалбе државног службеника, пред Жалбеном комисијом Владе. Против одлуке Жалбене комисије Владе може се покренути управни спор. Првостепени дисциплински поступак против државних службеника на положају води Високи службенички савет, а против њихових решења о дисциплинској одговорности може се водити управни спор. (Детаљније: Лубарда, 2006: 582-589).

Законом о државним службеницима прописана су правила на основу којих се утврђује одговорност државног службеника за штету проузроковану државном органу. Па тако следи да је службеник одговоран за штету који на раду или у вези са радом намерно или из крајње непажње проузрокује државном органу. Постојање штете као и висину и околности под којима је штета настала утврђује руководиалац органа, с тим што је остављена могућност да то уради и друго лице које руководиалац писмено овласти. Међутим уколико би утврђивање висине штете могло да проузрокује несразмерне трошкове, штета може да се одреди и у паушалном износу. Руководилац и државни службеник могу да закључе писмени споразум којим одређују висину и начин накнаде штете који има снагу извршне исплате. У случају да државни службеник одбије да надокнади штету, право на надокнаду штете може да се оствари у праничном поступку.

Закон о државним службеницима предвиђа да за штету коју државни службеник на раду или у вези са радом проузрокује трећем лицу незаконитим или неправилним радом одговара Република Србија. Законодавац је оставио и могућност да оштећеник захтева накнаду штете и од државног службеника непосредно, али једино под условом да је државни службеник ту штету проузроковао намерно. Наравно уколико Република Србија оштећенику надокнади штету коју је државни службеник проузроковао намерно или из крајње непажње има право да од државног службеника захтева накнаду плаћеног износа. Рок у коме

Република Србија има право да захтева накнаду исплаћеног износа износи шест месеци од дана исплаћене накнаде штете, и по истеку тог рока захтев престаје да постоји.

9. Закључак

Прва правила о одговорности старешина налазимо још у одредбама Карађорђевог законика. Касније су општа правила о одговорности службеника садржана у Сретењском и свим каснијим уставима. Детаљнија правила о одговорности садржала је уредба о чиновницима од 1842. године, а и каснији закони о чиновницима. Тим прописима биле су предвиђене дисциплинска, кривична и грађанска одговорност. При том, по Уредби о чиновницима, дисциплинска одговорност била је незнатна, с обзиром да су чиновници одговарали за кривична дела и преступе по којима суде судови. Међутим, каснији закони о чиновницима постепено дају све већи значај дисциплинској одговорности, тако да се уводи и могућност административног отпуштања службеника у интересу службе.

Када су у питању дисциплинске казне које су биле карактеристичне за период 19 века у Србији постоје одређене подударности али и разлике са казнама које постоје у позитивном праву. Недвосмислено највеће сличности постоје у погледу новчане казне, односно одбитка од плате за одређени временски период, и престанка радног односа, односно одпуста из службе као најтежих санкција, с тим што је у одређеним случајевима чиновник могао бити и строжије кажњен, док у позитивном праву престанак радног односа представља најтежу санкцију. У одређеним временским периодима постојала је и могућност задржавања редовног напредовања која се поклапа са забраном напредовања у позитивном праву. Када су у питању разлике које постоје, као што је на пример било постојање одређених казни које позитивно право не познаје (укор), занимљиво је поменути да је у одређеном периоду премештај чиновника представљао тежу казну, док у позитивном праву премештај службеника због потреба рада у други државни орган представља обавезу службеника за који није потребна његова сагласност, истина тај премештај је временски ограничен.

Највеће сличности између различитих историјских решења и позитивног права постоје када су у питању повреде дужности из радног односа, јер се углавном ради о истим повредама. Једну од разлика представљала је могућност да је чиновник могао бити кажњен и за своје понашање у приватном животу, док таква повреда није предвиђена у позитивном праву.

Највеће разлике између позитивног права и одређених историјских решења када је у питању одговорност службеника постоје када је у

питању одговорност службеника за накнаду штете. Наиме, за разлику од позитивног права где лице којем државни службеник проузрокује штету има право да накнаду те штете захтева и непосредно од државног службеника, ако је он штету проузроковао намерно, ранија правила предвиђала су административну гарантiju, односно грађанин није могао тужити службеника без претходног одобрења државног органа. Наравно битно је поменути и да дуго времена није била одвојена кривична од грађанске одговорности.

Литература

БАЛТИЋ, А., *Општа теорија о појму јавних службеника*, Привредник, Београд 1939;

ДАВИНИЋ, М., *Концепција управног права Сједињених Америчких Држава* – магистарска теза, Београд 2004;

ДЕНКОВИЋ, Д. Ђ., „Одговорност државних службеника у Србији XIX и XX века“, *Анали правног факултета у Београду*, бр. 2/1973;

ЈОВАНОВИЋ, С., *Уставобранитељи и њихова влада*, Геца Кон, Београд 1933а;

ЈОВАНОВИЋ, С., *Друга влада Милоша и Михаила*, Геца Кон, Београд 1933б;

ЛУБАРДА, Б. А., „Дисциплинска одговорност и хармонизација права“, *Право и привреда*, бр. 5-8/2001;

ЛУБАРДА, Б. А., „Правни положај државних службеника“, *Правни живот*, бр. 11/2006;

МИРКОВИЋ, З. С., *Карађорђево законик*, Правни факултет Универзитета у Београду, Центар за публикације, Београд 2008;

Правни извори

Устав Краљевине Србије од 1903. године;

Устав Краљевине Србије од 1901. године;

Устав Краљевине Србије од 1888. године;

Устав Књажества Србије од 1869. године;

Устав Књажества Србије – Султански хатишериф од 1838. године;

Устав Књажества Србије од 1835. године;

Закона о државним службеницима и намештеницима, *Сл. гласник РС*, 79/05, 81/05 – исправка, 83/05 – исправка, 64/07, 67/07 – исправка, 116/08, 104/09 и 99/14;

Закон о чиновницима грађанског реда и о постављењу у стање покоја с пензијом свију чиновника уопште од 15.02.1864. године;

Закон о чиновницима грађанског реда од од 24.03.1861. године;

Уредба о чиновницима од 17.03.1842. године;

Milan Kostic,

an Assistant at State University in Novi Pazar

The Responsibility of Clerks in Serbia – development of periodisation

Summary

In this paper, it has been analysed the responsibility of clerks in Serbia related to certain historical periods, and the responsibility of public clerks in Positive Law of Serbia. The review of responsibility has been given chronologically, starting from 1804 and brining of the first regulations, and concluding with 1918, and the review of the most significant Constitutional and Law provisions related to the responsibility of clerks from this period. For the comparative review of responsibility, it has been discussed in shortly on the responsibility of clerks in Positive Law of Serbia. The aim of the paper is to present all types of responsibilities of clerks and the scope they have existed in certain time periods in Serbia.

Key words: *clerks, disciplinary, material and criminal responsibility, a disciplinary procedure.*

УЛОГА ОМБУДСМАНА У КОНТРОЛИ УПРАВЕ – КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА¹

Апстракт: Убрзана трансформација савремених друштава није заобишла ни јавну управу као сегмента извршне власти који је у најдиректнијем контакту са грађанима и чија је основна делатност непосредна примена закона и подзаконских аката на конкретне животне ситуације. Савремени концепт управе подразумева да је она ограничена уставним и законским нормама, а њено поступање је изложено парламентарној и судској контроли. Ипак, однос јавне управе и грађана у значајној мери је и данас, обележен неправношћу субјеката. Ово је последица недовршености започетог процеса напуштања традиционалне улоге управе и њеног системског преображаја. Упоредна искуства указују да заједно са традиционалним облицима управне и судске контроле управе, постоји и потреба за увођењем „једноставних и јефтиних“ инструмената контроле управе, неоптерећених процедуралном крутошћу и правним формализмом, али истовремено ефикасних у контроли управних структура и њихових процедура. Упоредноправна анализа порекла, овлашћења и нарочито контроле управе од стране омбудсмана, изузетно је значајна за потпуно сагледавање његове улоге и могућности практичне примене позитивних искустава и добрих пракси на омбудсмане у државама у којима се ова институција тек развија и у којима је најчешће и реформа управе тек на свом почетку.

Кључне речи: контрола управе, добра управа, омбудсман, компаративна анализа.

1 zoranfilip65@gmail.com

1. Увод

Декларација права човека и грађанина од 1789, као продукт доктрине либерализма, представља почетак развоја корпуса људских права као једне од најважнијих цивилизацијских тековина. Ова идеја је у току XX и почетком XXI века еволуирала у савремени интернационални концепт заштите човека и његових индивидуалних и колективних права. Унапређење заштите људских права, али и потреба за новим облицима контроле и надзора управе, у складу са савременим концептом државе наметнули су потребу да се пронађу нови механизми заштите људских права, пре свега од незаконитог и неправилног рада органа управе (Миленковић, 2012: 134).

Институција омбудсмана као посебан облик контроле управе непосредно је повезана са идејом остваривања и заштите људских права. Због тога се омбудсман данас најчешће дефинише као заступник (заштитник) права грађана и то посебно од незаконитог и неправилног рада управе, тзв. *maladministration* (Лилић, Миленковић, Ковачевић-Вучо, 2002: 11, 23).

Модели управе који данас преовлађују у развијеним земљама, посебно европским, полазе од концепције социјалне функције државе и управе (Лилић и др. 2002: 65, 66). Право грађана на „добру“ управу развијало се у протеклих неколико деценија управо као последица промене приступа у односу грађана и управе и као одраз савремених тенденција поимања управе као сервиса грађана. „Лоше поступање, не мора нужно да значи и да је оно и незаконито. Међутим, развој демократије је захтевао да рад управе буде не само законит (легалан) већ и легитиман са становишта друштвене оправданости (...) зато је потребно пронаћи најбољи начин искорењивања таквих неправилности и праксе лоше управе“ (Миленковић, 2012).

2. Појам и врсте контроле управе

Сврха контроле управе је остваривање законитог, сврсисходног и ефикасног рада управе. То је континуирана делатност праћења понашања управе, начина употребе њених овлашћења и аката које она доноси, те њиховог упоређивања с унапред одређеним мерилима. Овај процес у уређеним правним системима је један специфичан правни однос у коме постоје најмање два субјекта од којих је један који врши контролу, субјект контроле (активни) и други над којим се врши контрола – контролисани субјект (пасивни). Контролисани субјект је управа, а предмет контроле је рад управе, под чиме се подразумевају радње управе и општи и појединачни акти управе (Димитријевић, 2013: 439).

Уобичајено је да се, у зависности од карактера овлашћења и вршиоца контроле разликују политичка и правна контрола управе. Код политичке контроле управе субјекти контроле су политички субјекти (нпр. парламент, влада, политичке странке, и јавно мњење). Као облике правне контроле управе можемо навести управну контролу управе, судску контролу управе, контролу управе од стране независних контролних органа и друго (Миленковић, 2012: 106).

„Политичка контрола у садржинском смислу подразумева оцену политичке целисходности радњи и аката органа управе, односно одговор на питање, да ли су акти и радње управе у складу са општим, јавним и политичким интересима.“ (Димитријевић, 2013: 440). Контролисани субјект је управа као целина, али и конкретни појединци, функционери, изабрани од скупштине или именовани (постављени) од Владе.

Правна контрола управе подразумева оцену сагласности аката и радњи управе са вежећим прописима и ограничена је на правне елементе. Може се одредити и као надзор који се успоставља, регулише и санкционише правним нормама. Правну контролу карактеришу правне санкције којима се обезбеђује ефективност у вршењу контроле, која се огледа нпр. у могућности поништавања или укидања неког акта. Правна контрола управе се у теорији управног права дели на управну контролу управе (управни надзор), судску контролу управе и посебну контролу управе. Ова подела за критеријум узима субјект контроле, односно органе који врше контролу: управа, суд и тзв. посебни органи (тужилаштво и омбудсман) чији је положај у у структури државних органа и посебно у односу према управи, специфичан, посебан. Правна контрола има два облика, контрола законитости (легалитета) и целисходности (сврсисходности, опортунитета) рада управе (Димитријевић, 2013: 440).

3. Омбудсман и контрола управе

Упоредна искуства су показала да заједно са традиционалним облицима управне и судске контроле управе и свих њихових варијанти, постоји и потреба за увођењем „једноставних и јефтиних“ инструмената контроле управе, неоптерећених процедуралном крутошћу и правним формализмом, али истовремено ефикасних у остваривању транспарентности и административних процеса и структура (Лилић, 1995: 478-484). Заступници теорије о претежној улози омбудсмана као парламентарног опуномоћеника разматрају институцију омбудсмана искључиво у делу који говори о контроли парламента над радом управе (Марковић, 2002: 496). Међутим, у теорији постоје и нешто другачија гледишта, по којима је са становишта

врсте контроле омбудсман облик спољне несудске контроле, али не и чисто парламентарне контроле управе (Јовичић, 1969: 19). Контрола управе од стране омбудсмана представља успешну комбинацију правне и политичке контроле њеног рада која је у савременим условима неопходна како би се превазишли недостаци постојећих облика управне и судске контроле управе. Суштина институције омбудсмана своди се на „њену иманентну подобност да пробија зачаране бирократске кругове и да непробојне ауторитативне административне системе учини транспарентним, тј доступним парламентарној контроли и општој јавности“ (Лилић, и др. 2002: 25). Ова особина омбудсмана најбоље долази до изражаја када је у питању његов однос према управи. У теорији се наводи да је концепт либералне државе претрпео значајне промене, те да убрзана трансформација савремених друштава, присутна у многим областима друштвених заједница, није заобишла ни јавну управу и условила је њен другачији однос према грађанима (Добрашиновић, 2005: 25; Радиновић, 2001: 241). У систему извршне власти, управа представља сегмент који се налази у најдиректнијем контакту са грађанима, јер је њена основна делатност да непосредно примењује законе и подзаконске акте на конкретне животне ситуације. Овлашћење омбудсмана да цени не само законитост, већ и целисходност радњи и аката управних органа, разликује га од других институција, пре свега од судова, које су овлашћени да оцењују искључиво законитост рада органа управе. „Омбудсман, који може да делује на захтев грађана, али и на сопствену иницијативу, у свим правним системима има широка истражна овлашћења. Сви органи над чијим радом врши контролу и којима се обрати, у обавези су да му доставе све тражене документе, чак и оне који су проглашени за тајне. У свом раду, омбудсман може од управних органа тражити одговоре и објашњења, давати предлоге и препоруке... Међутим, ни у једном правном систему омбудсман не може преиначавати акте органа управе, поништавати их нити им налагати да донесу другачију одлуку“ (Лилић и др. 2002: 25). У највећем броју земаља као услов за обраћање грађана омбудсману предвиђено је да су претходно исцрпљена сва правна средства, односно да правна средства нису предвиђена законом. У неким државама предвиђа се могућност деловања омбудсмана док траје управни или судски поступак, али његова овлашћења и у том случају се односе на процедуру, а не мериторно одлучивање. (Лилић и др. 2002: 27)

4. Компаративна анализа улоге омбудсмана у контроли управе

Упоредноправна анализа порекла и овлашћења омбудсмана, а нарочито обима и процедура контроле управе од стране омбудсмана, изузетно је значајна за потпуно сагледавање његове улоге и могућност практичне

примене позитивних искустава у државама у којима се ова институција тек развија. Обично је у овим државама и реформа управе тек на свом почетку. Омбудсман је установа међународног права и саставни део система Европске уније, а све земље кандидати за улазак у ЕУ у процесу стандардизације и хармонизације својих прописа са регулативном Европске уније у обавези „не само да оснивају институцију омбудсмана, већ да своје постојеће системе омбудсмана прилагоде „европским узорима“ (Шуковић, 1966: 169). Ово се свакако може применити и на Србију и земље региона.

4.1. Шведски омбудсман

Устав Шведске из 1809. године, базиран је на принципу равнотеже између краља и парламента, тако што је краљ постављао „канцелара правде“, а парламент је бирао омбудсмана, као свог заступника (повереника) чији је основни задатак био да у име парламента врши надзор над поштовањем закона од стране управе и судова, те на тај начин штити права грађана од самовоље власти (Зечевић, 2006: 307). Омбудсман Шведске је институција са дугом традицијом и великим значајем, угледом и ауторитетом. У складу с тим има и велика овлашћења. Омбудсман може истраживати жалбе против јавних службеника централне и локалне управе (Зечевић, 2006: 307; Stasey, 1968: 383). У Шведској од 1986. године делују четири омбудсмана под јединственим називом *justitieombudsman*: Главни омбудсман, Омбудсман који контролише рад судова, органа кривичног гоњења и оружаних снага, Омбудсман који надзире рад социјалног осигурања и старања и случајеве у области здравства и образовања, Омбудсман који контролише рад пореских органа, извршење судских одлука и рад дела цивилне администрације који није у надлежности других омбудсмана. Омбудсман нема овлашћења да надзире владу и министре. Надзор над кабинетом односно владом и министрима врши *Riksdag* односно парламент, а омбудсман надзире огране управе, локалну управу и судове. Подела надзорних овлашћења између парламента и омбудсмана значи да је делатност омбудсмана регулисана само законом, те да му парламент не може издавати упутства које случајеве да истражује. На овај начин систематски се обезбеђује начело самосталности омбудсмана тако да он сам доноси своје одлуке без икаквог политичког утицаја, што је од највећег значаја да би се одржало поверење јавности у ову институцију (Зечевић, 2006: 311, 312).

Начин избора омбудсмана у Шведској је у функцији учвршћивања и одржавања њиховог ауторитета у систему, бира га парламент на период од четири године, на пленарној седници акламацијом, што изискује потпуну претходну усаглашеност о кандидату. У погледу односа према

влади омбудсман нема никакву одговорност, а његова независност је обезбеђена кроз финансирање рада омбудсмана од стране парламента, а не владе. Годишњи извештај омбудсман подноси парламенту и у њему се дају детаљни подаци о незаконитој и неправилној делатности службених лица тако да је извештај у ствари најјаче оружје омбудсмана због свог снажног одјека у јавности. Овлашћење омбудсмана да оцењује законитост, али и целисходност аката и радњи јавне управе је сама суштина ове институције, а такође и заштите права и слобода појединаца. Посебно овлашћење шведског омбудсмана јесте да може непосредно да гони јавног службеника, а такође и да изриче опомене. Једно од најзначајнијих овлашћења омбудсмана јесте његово право на приступ свим службеним досијеима и документима, те законска обавеза јавних службеника да омбудсману дају било коју информацију коју тражи и да му помажу у истраживању (Зечевић, 2006: 313-315).

4.2. Омбудсман Квебека (Канада)

Једна од специфичност канадског заштитника грађана је у веома ограниченој надлежности федералног омбудсмана, која се првенствено односи на заштиту двојезичности, односно употребе службених језика (Повереник за службене језике), док осталим овлашћењима углавном располажу провинцијски омбудсмани којих у Канади има десет (Бекер, 2010: 168).

Омбудсман Квебека заслужује посебну пажњу због своје изузетне ефикасности. Наиме, омбудсман Квебека у току године ријеши преко 20000 предмета, при чему су трошкови за рад његове канцеларије око једног долара по становнику (Бекер, 2010: 174), што га чини једном од најефикаснијих институција ове врсте у свету. Притужбе омбудсману се углавном односе на државне институције и агенције, као и на различите установе здравствене и социјалне заштите чију правилност и законитост рада контролише омбудсман. Закон о заштитнику грађана Квебека донесен је 1968. године и прописује да Народна скупштина Квебека бира Заштитника двотрећинском већином, на предлог премијера, на мандат од пет година, са могућношћу реизбора (Бекер, 2010: 168). Основне вредности на којима омбудсман заснива свој рад су: правда, поштење, поштовање, непристрасност и транспарентност рада. Ове вредности су заштићене кроз принципе обавезне за све запослене, а то су: а) *приступачност*, која се огледа у могућности подношења притужби непосредно, у току радног времена, или писменом поштом, као и *on-line* кроз формулар који је на web-страници омбудсмана доступан непрекидно 24 часа. Запослени обавезно познају оба службена језика (француски и енглески), канцеларије

су приступачне за инвалидне особе, б) *пуна посвећеност странкама*, што подразумева љубазност, поштовање и дискретност, те упућивање странке надлежној служби или органу уколико омбудсман није надлежан за решавање захтева; в) *темељан рад на сваком предмету* - обавезност објективног потпуног и непристрасног истраживања навода из притужбе од стране квалификованих експерата; г) *поверљивост* – странкама се гарантује потпуна поверљивост у складу са прописима којима се регулише заштита приватности података; д) *јасност и једноставност* значи да сви видови комуникације са странкама подразумевају јасан једноставан и разумљив језик и стил како у усменој тако и писаној комуникацији. Омбудсман Квебека углавном нема надлежност када се притужба односи на федералне владине органе, институције и агенције; општинске одлуке; одлуке образовних институција (Бекер, 2010: 171). Експанзија институције омбудсмана и утицаја шведског модела и на земље изван европског континента те његова надоградња у упоредном праву, довела је до међусобног прожимања и унапређења њихових позитивних искустава. Анализом предмета, обима и поступка контроле омбудсмана Квебека, може се констатовати да његова позитивна искуства имају и повратно дејство на омбудсмане у европских државама, те да постоји компатибилност најважнијих циљева ове контроле са основним принципима Европског кодекса доброг управног поступања.

4.3. Европски омбудсман

Уговором из Мастрихта,² уведена је институција Европског омбудсмана, са основним задатком да се бори против “*maladministracije*” у раду институција и тела уније. Одлуком Европског парламента о регулисању и општим условима за обављање дужности омбудсмана од 9. марта. 1994. године, успостављена су основна правила за рад ове институције (Шаула, 2008: 28).

Европски кодекс доброг управног поступања³ предвиђа право грађана Европске уније на квалитетну управу (*good administration*), које по мишљењу Европског омбудсмана Јакоба Содермана, произилази из два за управу суштински важна принципа. Први је један од основних демократских принципа - владавина права, а други принцип/концепт управе као јавне службе (Рабреновић, 2002: 157). Један од основних

² *The European Ombudsman. Treaty on European Union*, (ОЈЕС С 191, 29.7.1992); Уговор је потписан 07. фебруара 1992. године, а ступио на снагу 1. новембра 1993. год.

³ *Европски кодекс доброг управног поступања*, увид извршен, 17.07.2014. год. на: <http://www.ombudsman.europa.eu/hr/resources/code.faces;jsessionid=75E1BA07C0C0328833BF15FD3E4D5CB1/me/3510/html.bookmark#/page/1>.

циљева Кодекса је да стандардизује, и детаљније објасни шта право на добру администрацију (управу) значи у пракси. У образложењу Кодекса стоји да се њиме на једноставан начин конкретизује, у лако читљив и разумљив документ - постојећи правни оквир материјалних и процесних принципа управног права, уставних одредби о заштити достојанства грађана и поштовању људских права и слобода, на начин који је у потпуности усклађен са најбољом праксом и стандардима држава чланица Европске уније, као и саме Европске уније, те да он представља општи оквир правилног административног понашања (добре управе) за органе јавне власти и јавне службенике. Основни принципи на којима се заснива Кодекс су *недискриминација, пропорционалност предузетих мера у односу на циљ, забрана злоупотребе овлашћења, непристрасност и независност, објективност, заштита легитимних очекивања, конзистентност, давање савета, експедитивност у поступању и учтивост*. Европски омбудсман надлежан је покренути поступке по службеној дужности, или по пријавама грађана и правних лица свих држава чланица Европске уније, а које се односе на неправилности у раду европских институција, односно незаконитог поступања. Законито поступање је основни предуслов за „добру управу“ (Шаула, 2008: 30). Дакле омбудсман с једне стране брине о заштити људских права, а с друге има функцију надзора рада управе.

Поступак пред омбудсманом практично се одвија у три фазе при чему је прва фаза у ствари покушај договорног решења спорних питања. Ако се договор не постигне, а по оцени омбудсмана запријемљена притужба садржи довољно елемената који указују да су угрожена права подносиоца, нарочито ако су уочене неправилности веома озбиљне, омбудсман ће сачинити препоруку и упутити је органу о којем је реч и предложити начин решења спорног питања. У року од три месеца по пријему нацрта препоруке, надлежни орган је обавезан омбудсману доставити одговор који треба да буде у форми исцрпног извештаја по свим тачкама и елементима како су препоруком наведени. Уколико препорука омбудсмана не буде прихваћена или институција уопште не понуди решења, или понуди решења која су за омбудсмана неприхватљива, наступа трећа фаза у којој омбудсман у форми специјалног извештаја о предметној ствари обавештава Европски парламент. То је крајње средство које омбудсману стоји на располагању, а евентуално усвајање резолуције у надлежности је парламента и зависи од политичке одлуке парламентарне већине. У току вођења поступка омбудсман располаже овлашћењима која му омогућавају провођење истраге и обавезу свих институција, органа и тела заједнице, али и власти држава чланица на сарадњу са омбудсманом (Граховац, 2008: 135,136).

Европски омбудсман мора да обезбеди провођење свих стандарда које тражи од других тела и институција, како би грађани у њега имали поверење и како би могао својим примером да утиче на оне којима се обраћа.

4.4. Институција омбудсмана Босне и Херцеговине

Устав Босне и Херцеговине, прописује да ће Босна и Херцеговина и оба ентитета осигурати највиши ниво међународно признатих људских права и основних слобода, као и да ће се права и слободе предвиђени у Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода директно примењивати у Босни и Херцеговини као акти који имају приоритет над свим осталим законима.⁴

Институција омбудсмана за људска права Босне и Херцеговине успостављена је 1996. године, у складу са анексима IV (који је уједно и Устав Босне и Херцеговине) и VI Општег оквирног споразума за мир у Босни и Херцеговини, као независна институција да штити људска права и промовише добру управу и владавину права. Институција омбудсмана се у међувремену значајно трансформисала, нарочито након доношења Закона о омбудсману за људска права Босне и Херцеговине.⁵ Овим Законом су загарантовани независност омбудсмана и оквирни инфраструктурни услови за заштиту и промовисање људских права и основних грађанских слобода. Омбудсман поступа у оквиру устава, закона, других прописа и општих аката, као и ратификованих међународних уговора и општеприхваћених правила и стандарда међународног права. Омбудсман је као и омбудсмани у других државама надлежан да разматра предмете који се односе на слабо функционисање или повреде људских права и слобода које почини било који орган Босне и Херцеговине, да контролише законитост и правилност рада органа управе, да поступа по пријему жалбе или по службеној дужности, а може предузимати и опште истраге.

Омбудсман има и посебна овлашћења сходно одредбама Закона о министарским именованима, именованима Савјета министара и другим именованима БиХ,⁶ према којем омбудсман има овлашћења за предузимање мера да се приговор жалиоца на одлуку о именовану

4 Чл. 1. и чл. 2. Устава БиХ (Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у БиХ - **General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina**), потписаног 14. децембра 1995. године у Паризу. *Доступно на:* http://www.ccbh.ba/public/download/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_srp.pdf увид извршен 15. 07. 2014,

5 Закона о омбудсману за људска права БиХ, *Сл. гласник БиХ* бр. 32/00, 35/04 и 32/06)

6 Закон о министарским именованима, именованима Савјета министара и другим именованима БиХ, *Сл. гласник БиХ* бр. 32/00.

одређеног лица испита. Такође има и посебна овлашћења сходно одредбама Закона о слободи приступа информацијама у БиХ,⁷ према којем може *inter alia* разматрати сачињавање и достављање информација, као што су водичи и опште препоруке које се односе на спровођење и примену овог закона, укључивати их у посебан дио годишњег извештаја. Омбудсман може предложити надлежном органу да обустави извршење оспорене мере у времену не дужем од десет дана када у току истраге установи да извршење управне одлуке може резултирати непоправљивом штетом за права подносиоца жалбе. У случају непоступања одређеног органа или тела власти по препоруци омбудсмана, о томе се претходно указује вишем надлежном органу, а потом у годишњем извештају о резултатима активности омбудсмана, који се упућује Парламентарној скупштини БиХ, Парламенту Федерације БиХ, Народној скупштини Републике Српске и Председништву БиХ.

4.5. Омбудсман (Пучки правобранитељ) Хрватске

Институција омбудсмана уведена је уставни поредак Републике Хрватске Уставом⁸ из 1990. године под називом „Пучки правобранитељ“. Уставом је утврђено да је Пучки правобранитељ опуномоћеник Хрватског сабора који штити уставна и законска права грађана у поступку пред државном управом и телима која имају јавна овлашћења. Бира га Хрватски сабор на осам година, а услови за избор и разрешење, делокруг и начин рада Пучког правобранитеља и његових заменика уређује се законом. Закон о Пучком правобранитељу⁹ донет је у Хрватском сабору 1992. године, Законом о правобранитељу за дјецу¹⁰ 2003. године, а Законом о равноправности сполова¹¹ уведен је и правобранилац за равноправност полова. Мандат хрватског омбудсмана од осам година је један од дужих мандата у упоредном праву, али с друге стране, омбудсман Хрватске је веома слабо заштићен, јер за његов избор, али и разрешење, није предвиђен посебан поступак нити квалификована већина у парламенту. Хрватски сабор га може разрешити дужности, тј. сменити без икаквог разлога и без образложења, ако тако одлучи обичном већином гласова (Малчић, 2005: 53). Такве одредбе несумњиво негативно утичу на независност носилаца челне функције па тиме и институције у целини. Поједине уставне и законске одредбе,

7 Чл. 22. Закона о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини, *Сл. Гласник БиХ* бр. 28/00, 45/06, 102/09 и 62/11.

8 Чл. 93. Устава Републике Хрватске, *Народне новине РХ* бр. 56/90.

9 Закон о пучком правобранитељу, *Народне новине РХ*, бр. 60/92.

10 Закон о правобранитељу за дјецу *Народне новине РХ* бр. 96/03.

11 Закон о равноправности сполова *Народне новине РХ* бр. 82/08.

јасно упућују на тзв. дански модел према коме су у делокругу омбудсмана само органи и тела државне и локалне управе као и друга правна лица која су прописима о јавној управи (у хрватском случају тела са јавним овлашћењима), а из делокруга су судови искључени, - изричито као у Данској или прећутно као у Хрватској (Малчић, 2005: 55). Разлог због којег се грађани најчешће обраћају омбудсману у готово свим областима је дуготрајност поступка, а у далеко мањем броју случајева притужбе се односе на незаконит и неправилан рад управних тела или њихове одлуке. Према уобичајеној класификацији за хрватског омбудсмана се може рећи да се ради о *парламентарном омбудсману, националном* (нема регионалних или локалних правобраниоца) без локалних испостава, *општем* (који покрива сва подручја осим оних која покривају посебна правобранитељица за децу и равноправност полова) и *инокосном*, чији заменици се бирају на његов предлог. У хрватској стручној и научној јавности присутан је критички став у погледу персоналног избора омбудсмана. Тако се наводи да су лица која су у прва три мандата бирани за омбудсмана испуњавала само критеријум формалне стручности (15 година радног искуства у правној струци), али ниједан од њих није био у тренутку избора посебно истакнут правник нити у јавности познат у области заштите људских права на основу свога личног залагања. (Видаковић Мукић, 2005: 72). Такође се наводи да су изабрани према непознатим критеријумима парламентарне већине у крајње нетранспарентном поступку, што значи да нису обезбеђени услови да изабрана особа буде независна и самостална, те да неће бити подложна било чијим упутствима и налозима или сопственим политичким амбицијама. Ипак, према мишљењу исте ауторке институција омбудсмана и поред очигледних слабости допринела је, напретку у прихватању идеје владавине права и заштити људских права у Републици Хрватској.

4.6. Омбудсман (Заштитник грађана) Србије

Заштитник грађана је у правни систем Републике Србије уведен Законом о Заштитнику

грађана.¹² Ова институција постаје уставна категорија 2006. године,¹³ чиме је положај заштитника грађана знатно ојачан, а његова улога дефинисана у складу са најбољим међународним искуствима. Тако Устав Републике Србије предвиђа: “Заштитник грађана је независан државни орган који штити права грађана и контролише рад органа државне управе, органа надлежног за правну заштиту имовинских права и интереса Републике

¹² Закон о заштитнику грађана, *Сл. гласник РС*, бр. 79/05, 54/07.

¹³ Чл. 138. Устава Републике Србије *Сл. гласник РС*, бр. 98/06.

Србије, као и других органа и организација, предузећа и установа којима су поверена јавна овлашћења.“ (Чл. 138.) Заштитник грађана није овлашћен да контролише рад Народне скупштине, Председника Републике, Владе, Уставног суда, редовних судова и јавних тужилаштава. Бира га и разрешава Народна скупштина и њој је одговоран за свој рад. Заштитник грађана ужива имунитет као народни посланик, а о његовом имунитету одлучује Народна скупштина.

Заштитник грађана се стара о заштити и унапређењу људских и мањинских слобода и права, при чему појам „грађанин“ има шире значење и обухвата како свако физичко лице, (домаће и стране држављане), тако и свако домаће и страно правно лице о чијим правима одлучују органи државне управе (Ђорђевић, Миленковић, Вељовић, 2011: 21). Правни оквир за деловање Заштитника грађана је устав, закон и други прописи и општи акти, као и ратификовани међународни уговори и општеприхваћена правила међународног права. Седиште заштитника грађана је у Београду, али заштитник може образовати канцеларију и ван свог седишта. Заштитник грађана има значајна овлашћења у погледу права законодавне иницијативе из своје надлежности. Има и овлашћење да јавно препоручи разрешење функционера, односно да иницира покретање дисциплинског поступка против запосленог у органу управе, као и да надлежном органу поднесе захтев, односно пријаву за покретање кривичног, прекршајног или другог одговарајућег поступка (Ђорђевић, и др. 2011: 25). Заштитник има право да приступа просторијама органа управе и да располаже свим подацима које орган поседује, а важно је истаћи да има и надлежности за вођење независне и непристрасне истраге, односно поступка за утврђивање могуће повреде људских права. Уколико би подносиоцу притужбе била нанета ненадокнадива штета, или у случају повреде принципа добре управе, Заштитнику грађана је остављена могућност покретања поступка и пре него што су исцрпљена сва правна средства. Поред Заштитника грађана на централном нивоу, омбудсман постоји и у Аутономној покрајини Војводина (Покрајински омбудсман) и у 20 градова и општина (јединица локалне самоуправе) у Србији (Ђорђевић, и др. 2011: 22-25). Оснивање институције покрајинског омбудсмана омогућио је Закон о утврђивању одређених надлежности аутономне покрајине из фебруара 2002. године. Скупштина Аутономне покрајине Војводина усвојила на седници од 23. децембра 2002. године Одлуку о покрајинском омбудсману¹⁴. Према Одлуци, покрајински омбудсман је независан и самосталан орган, који се стара о заштити и унапређењу људских права и слобода.

14 Одлука о покрајинском омбудсману, *Сл. лист АПВ* бр. 23/02. од 23. 12. 2002 године.

Законом о локалној самоуправи из 2002. и 2007. године, остављена је могућност, а не обавеза локалним властима да могу установити службу омбудсмана на локалном нивоу. Неки домаћи аутори ово решење не сматрају најбољим сматрајући да „увођење једног веома битног демократског механизма зависи од отворености и „добре воље“ локалних власти“. (Ђорђевић, и др. 2011: 36)

Као надлежности заштитника грађана града/општине, предвиђају се да они поступају у свим оним ситуацијама када се повређује право грађана од стране локалних органа власти. Заштитници грађана града/општине неће поступати у ситуацијама када је грађанин повређен актом или радњом покрајинског, односно републичког органа, већ ће притужбу проследити надлежном омбудсману (Грујић, 2013: 52-62).

Закључак

Концепт институције омбудсмана заснован је на идеји заштите људских права и потреби да споре и скупе судске поступке замене једноставне и брзе процедуре којима би се најефикасније штитила права грађана од незаконитог и неправилног рада управе. Највећи број држава је институцију омбудсмана уредио по узору на шведски модел. То значи да омбудсман првенствено контролише поједине органе управе, укључујући полицију, заводе за издржавање затворских казни, војне органе, разне друге јавне службе и друге органе и организације којима су поверена јавна овлашћења, а којима се грађани обраћају ради остваривања својих права. У ове надлежности спада и овлашћење омбудсмана да тражи право приступа документима, у предметима у којима врши контролу. Обраћање омбудсману, односно подношење притужби је лишено свих формалности, управо да би ова институција била доступна сваком грађанину који сматра да му је угрожено неко његово право. Омбудсман нема овлашћење да измени, укине или поништи спорни акт, него може упутити критику и препоруку органу који је тај акт донио, али само у мањем броју држава препоруке омбудсмана имају правно обавезујући карактер. Ипак, омбудсман најчешће има овлашћење да покрене дисциплински, па и кривични поступак против одређеног службеног лица, као и да предложи парламенту разрешење функционера који је по његовој процени одговоран за кршење прописа. Осим тога, омбудсман по правилу има право законодавне иницијативе, уколико сматра да постоје одређени нормативни недостаци као разлози лошег функционисања управе.

Право на „добру управу“ произилази из два, за управу, суштински важна принципа: *владавине права*, као једног од основних демократских принципа,

те концепту *управе као јавне службе*. Ови принципи детаљно су разрађени Европским Кодексом доброг управног понашања са циљем да се њиме конкретизује постојећи правни оквир материјалних и процесних принципа управног права, уставних одредби о заштити достојанства грађана и поштовању људских права и слобода.

У пракси се лоша управа манифестује на различите начине и обухвата разне административне грешке, пропусте, неправде, као што су: недостаци и неправилности у обезбеђењу потребних информација, неадекватно објашњење, одлуке засноване на погрешним или неадекватним информацијама и игнорисању важних доказа; кашњење у поступању; недостаци у правилима и процедурама; грубост и некоректно понашање службеника; пристрасност и необјективност; неразумна, неоправедна или угњетачка радња; деловање јавног тела несагласно правилу или принципу који га обавезује; грешке у правном тумачењу.

Сврха контроле управе је остваривање законитог, сврхсисходног и ефикасног рада управе. Контрола управе од стране омбудсмана представља успешну комбинацију правне и политичке контроле њеног рада која је у савременим условима неопходна како би се превазишли недостаци постојећих облика управне и судске контроле управе. Иако савремени концепт управе подразумева да је она ограничена уставним и законским нормама, да је њен рад изложен парламентарној и судској контроли, однос управе и грађана у значајној мери је и данас, обележен неравноправношћу субјеката. Ово је последица недовршености започетог процеса системског преображаја управе и напуштање њене традиционалне улоге. Овлашћење омбудсмана да цени не само законитост, већ и целисходност радњи и аката управних органа, разликује га од других институција, пре свега од судова, које су овлашћени да оцењују искључиво законитост рада органа управе. Због тога омбудсман као специфична и независна институција има посебну улогу у контроли рада управе и остварењу права грађана пред управом. Европски омбудсман обједињује добре праксе и искуства чланица Европске уније и њихових законодавних решења, али он истовремено има трајну обавезу да обезбеди провођење свих стандарда које тражи од других тела и институција.

Нормативни оквир за рад Заштитника грађана у Србији усклађен је са најважнијим принципима предвиђеним кључним међународним документима који регулишу, стандарде за омбудсмани и националне институције за заштиту људских права. Ипак на основу досадашњих резултата у раду омбудсмана у Србији, али у другим државама у региону, може се закључити да је у њима улога омбудсмана као контролора и важног

чиниоца унапређења управе, још увек далеко од прокламованих циљева. Увођењем институције омбудсмана у њихове правне системе, оне су тек крочиле на дуг пут који морају проћи како би институцију омбудсмана прилагодили „европским узорима“. Развој институције омбудсмана заједно са реформом управе, представља један од најважнијих задатака у процесу приближавања Србије и других земљама региона достигнутим стандардима заштите права грађана пре свега у Европској унији. Европски кодекс доброг управног поступања и пракса Европског омбудсмана су веома значајни као оријентир на том пут, али уз прихватање и других нормативних решења и добрих пракси у свету који би више одговарали специфичностима домаћег правнополитичког система.

Литература

Бекер, К. (2010). Заштитиник грађана (омбудсман) Квебека. *Страни правни живот* 2. 165-176

Видаковић Мукић, М. (2005). Омбудсман-изазов за земље у транзицији, искуство Репу-блике Хрватске у *Омбудсман, водич за усвајање функционалног закона* (стр. 61-72). Београд: Центар за развој Србије.

Граховац, Н. (2008). *Институција омбудсмана у Босни и Херцеговини*. Магистарски рад, Бања Лука: Факултет Правних наука.

Грујић, А. (2013). Институција заштитника грађана на локалном нивоу. *Правне Теме*, год. 1. бр 2. 52-61

Димитријевић, П. (2013). *Управно право-општи део*. Ниш

Добрашиновић, Д. (2005). Омбудсман између грађана и институција. У: *Омбудсман водич за усвајање функционалног закона* (стр. 17-32). Београд: Центар за развој Србије

Ђорђевић, С. Миленковић, Д. Вељовић Д. (2011). Капацитети и потенцијали институције локалног омбудсмана у Србији (са истраживањем), - Студија. Београд: ОЕБС Србија

Зечевић, Р. (2006). Искуства Омбудсмана у Шведској и Норвешкој, Изворни научни рад. Увид извршен 17. 07. 2014. на: <http://www.doiserbia.nb.rs/img/doi/0025-8555/2006/0025-85550603306Z.pdf>

Јовичић, М. (1969). Омбудсман – чувар законитости и права грађана, Београд: Институт за упоредно право

Лилић, С. Миленковић Д. Ковачевић-Вучо Б. (2002). Омбудсман-међународни документи, упоредно право, законодавство и пракса, Београд: Комитет правника за људска права Увид извршен 13. 07. 2014. на: <http://ombudsman.yucom.org.rs/wpcontent/uploads/2013/02/Za%C5%A1titnik-gra%C4%91ana-preporuke-u-praksi.pdf>

Лилић, С. *Управно право*, (1995). Београд

Малчић, Ј. (2005). Пучки правобранитељ Републике Хрватске, *Функција институције омбудсмана*. У: *Омбудсман водич за усвајање функционалног закона*. (стр. 53-60). Београд: Центар за развој Србије

Марковић, Р. (2002). *Управно право*, Београд: Правни факултет Универзитета у Београду

Миленковић, Д. (2012). *Јавна управа-одабране теме*. Београд: Факултет политичких наука Универзитета у Београду

Миленковић, Д. *Принцип добре управе, (good administration)*: Увид извршен 15.07. 2014. на:[http://www.mogucasrbija.rs/Oblast/100/Dobra%20uprava/47/Princip%20dobre%20uprave%20\(good%20administration\).html](http://www.mogucasrbija.rs/Oblast/100/Dobra%20uprava/47/Princip%20dobre%20uprave%20(good%20administration).html).

Рабреновић, А. (2002). Начела квалитетне управе у праву европске уније, *Јавна управа*, бр.1. Савет за државну управу

Радиновић, Д. *Омбусман и извршна власт*, (2001). Београд

Stacey, F. (1968). *Government of Modern Britain*. Oxford

Шаула, В. (2008). Европски омбудсман – заштитник права грађана Европе на добру администрацију, *Модерна управа, часопис за управно-правну теорију и праксу* 1. 27-34

Шуковић, М. (1966). Савезна Република Југославија – основна системска обележја у *О институцији заштитника права грађана (омбудсману)*. Београд

Правни прописи

Устав Републике Србије. *Службени гласник РС*. бр. 98 (2006)

Устав Републике Хрватске. *Народне новине РХ*. бр. 56 (1990)

Устав БиХ (Анекс IV Општег оквирног споразума за мир у БиХ - *General Framework Agreement for Peace in Bosnia and Herzegovina*), (1995) Париз. Увид извршен 15. 07. 2014. на: http://www.ccbh.ba/public/down/USTAV_BOSNE_I_HERCEGOVINE_srp.pdf

Закон о утврђивању одређених надлежности аутономне покрајине. *Службени гласник РС*. Бр. 6 (2002) и 101 (2007)

Закон о омбудсману за људска права БиХ. *Сл. гласник БиХ*. бр. 32 (2000), 35 (2004), 32 (2006)

Закон о министарским именовањима, именовањима Савјета министара и другим именовањима БиХ. *Сл. гласник Босне и Херцеговине*. бр. 32 (2000)

Закон о слободи приступа информацијама у Босни и Херцеговини. *Сл. Гласник Би Х*. бр. 28 (2000), 45 (2006), 102 (2009), 62 (2011)

Закон о пучком правобранитељу. *Народне новине РХ*. бр. 60 (1992)

Закон о правобранитељу за дјецу. *Народне новине РХ*. бр. 96 (2003)

Закон о равноправности сполова. *Народне новине РХ*. бр. 82/08.

Закон о заштитнику грађана. *Сл. гласник РС*. бр. 79 (2005), 54 (2007)

Закон о утврђивању одређених надлежности аутономне покрајине. *Службени гласник РС*. бр. 6 (2002), 101 (2007).

Одлука о покрајинском омбудсману. *Службени лист АПВ*. бр. 23 (2002), 5 (2004), 16 (2006), 18 (2009)

Статут Европског омбудсмана. (*Decision of the European Parliament on the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties* (OJ L 113, 4.5.1994, п. 15), (OJ L 92, 9.4.2002, п. 13), (OJ L 189, 17.7.2008)

Treaty on European Union, (The European Ombudsman), (OJ EC C 191, 29.7.1992.)

Decision of the European Parliament on the regulations and general conditions governing the performance of the Ombudsman's duties (OJ L 113, 4.5.1994.), (OJ L 92, 9.4.2002.) (OJ L 189, 17.7.2008.)

Европски кодекс доброг управног поступања, увид извршен, 17.07.2014. год. на: <http://www.ombudsman.europa.eu/hr/resources/code.faces;jsessionid=75E1BA07C0C0328833BF15FD3E4D5CB1/me/3510/html.bookmark#/page/1>.

Zoran Filipović

The Council of Peoples of the Republic of Srpska

OMBUDSMAN'S ROLE IN ADMINISTRATION CONTROL – COMPARATIVE ANALYSIS

Summary

Accelerated transformation of modern societies did not circumvent the public administration as a segment of the executive power which is in the most direct contact with the citizens. Its main field of work is a direct implementation of laws and by-laws to specific life situations. Although modern administration concept implies that it is limited by constitutional and legal norms and that its action is a subject of the parliamentary and judicial control, the relation between the public administration and citizens is, to a large extent nowadays, marked with the inequality of the subjects. It is a result of the incompleteness of the started process of abandoning the traditional administration's role as well as its systematic transformation. Comparative experiences clearly indicate that along with the traditional types of the administration and judicial administration control, there is a need for the engagement of „simple and cheap“ administration control instruments which are not burdened with the procedural rigidity and legal formalism while being simultaneously efficient in the control of the administration structures and its procedures. The authorization of the Ombudsman to evaluate not only the legality but also the viability of the administrative organ's actions and acts differs from other institutions, primarily courts that are authorized to evaluate exclusively the legality of the administrative organs' work. The comparative analysis of the origin, authorization and especially the control of the administration by the Ombudsman is especially significant for a complete overview of its role and possibilities of the practical application of the positive experiences and good practical actions on the Ombudsman in the countries in which this institution has just started its development and in which the administration reform is at the start. Ombudsman is an institution of the international law and an integral part of the European Union's system. The candidate countries for the EU membership which are in the process of the standardization and harmonization of their regulations with the European Union's legal acts are obliged to establish the Ombudsman institution and also to adjust their existing Ombudsman systems to “the European models”.

Key words: *administration control, good administration, Ombudsman, comparative analysis.*

УТИЛИТАРНОСТ ВОЂЕЊА ПРИТУЖБЕНОГ ПОСТУПКА СА ПОЗИЦИЈЕ ГРАЂАНА

Апстракт: Приликом обављања све сложенијих безбедносних послова и задатака, полиција примењује разноврсна овлашћења која су искључиво намењена очувању и заштити људских права и слобода. Међутим, ипак долази до озбиљних прекорачења и злоупотреба овлашћења, којом приликом наступају трајне последице по грађане. Један од начина да се повећа ниво законитости, професионалности и одговорности полицијских службеника је контрола. Један од механизма контроле рада полиције је и контрола рада полиције решавањем притужби, која је предмет овог рада.

Циљ је да се укаже на неопходност контроле рада полиције, као органа државне управе који располаже са значајним овлашћењима, којима се могу повредити права и слободе грађана. Такође се жели да се кроз обраду законских и подзаконских аката, који непосредно регулишу наведену област контроле, укаже на одређене специфичности вођења поступка по притужбама грађана и донесе закључак да ли је притужбени поступак целисходан са позиције грађана.

Кључне речи: полиција, контрола, притужбе, притужилац, притуженик, целисходност.

1. Уводна разматрања

Држава је организација која врши одређене функције, неопходне за битисање друштва као организоване и компактно уређене целине. Једна од основних државних функција је безбедносна функција, чије остваривање понекад подразумева и употребу силе. Да би са успехом остварила своје функције, држава установљава органе који имају одређена овлашћења,

1 darko.bikarevic@yahoo.com

укључујући и средства принуде. Органи управе су једини државни органи који имају овлашћење да примењују принуду, и то не сви, већ само они који су за то посебно образовани и оспособљени. То су, по правилу, војни и полицијски органи. Значи, једино држава преко полиције и других субјеката силе има монопол примене силе. Увек постоји опасност да та сила изађе из жељеног и прописаног оквира и зато се мора контролисати. Један од субјеката који се мора контролисати је полиција.

Полиција извршава веома сложене и захтевне безбедносне послове и задатке безбедносне заштите имовине, спречавања, откривања и расветљавања кривичних дела, прекршаја и других деликата, безбедносне заштите живота, права и слобода и личног интегритета, као и друге задатке утврђене позитивним прописима. Значај и потреба контроле полиције, између осталог, проистичу из вредности које се гарантују и штите, а то су људска права и слободе. За обављање полицијских послова полиција мора имати одређене инструменте, алате, односно овлашћења. Она су бројна и разноврсна и помоћу њих се, у складу са законом, могу ограничити људска права и слободе, па чак и право на живот, подразумева се у случајевима предвиђеним законом. У неким случајевима њихове примене долази до кршења и повреда слобода и права грађана.

Контрола полиције заснована је на легислативној основи и дефинисана је одредбама Закона о полицији.² Предвиђена је спољашња контрола полиције, унутрашња контрола полиције институционализована у Сектору унутрашње контроле полиције и контрола рада полиције решавањем притужби, која ће бити у фокусу предметног рада. Значи, екстерна и интерна контрола полиције, у зависности да ли се контролори налазе ван или у оквиру полицијске организационе структуре.

Овом приликом неће се детаљно вршити анализа одредби прописа који регулишу област контроле рада полиције решавањем притужби, Закона о полицији, Правилника о поступку решавања притужби³ и Инструкције о примени правила притужбеног поступка.⁴ Осврнућемо се проблемски на поједине одредбе наведених прописа, у циљу превазилажења евентуалних нејасноћа и подизања нивоа квалитета вођења притужбеног поступка. Наведено ће утицати на професионалнији однос полицијских службеника према грађанима, јер свесни чињенице да ће њихови поступци бити детаљно анализирани у могућем притужбеном поступку, полицијски службеници ће се одговорније и професионалније односити приликом предузимања службених мера и радњи. Самим тим, остваривање и

2 Видети чл.170-181 Закона о полицији, Службени гласник Р.Србије, број: 101/05, УС-63/09 и 92/11.

3 Службени гласник Р.Србије, број: 54/06.

4 Интерни акт МУП-а, 2009.

заштита људских права и слобода ће бити квалитетније, а што и јесте један од циљева спровођења контроле полиције, без обзира о којој врсти контроле се ради.

2. Контрола рада полиције решавањем притужби

У правној држави полиција штити грађане, али су грађани заштићени и од полиције (Милетић et al., 2012:341). На који начин су грађани заштићени од полиције, путем подношења притужби на њен рад и да ли су грађани остварили своје правне интересе након спроведеног притужбеног поступка, видеће се у тексту који следи.

Период у вези подношења представки и притужби грађана на поступање припадника полиције и спровођења поступака провера њихових навода можемо поделити на два дела: период до 2005 године и период после 2005 године. Разделну тачку представља законско нормирање контроле рада полиције решавањем притужби.

Контрола рада полиције решавањем притужби представља новину уведену Законом о полицији. На тај начин је значајно унапређена пракса поступања са притужбама грађана. За разлику од ранијег периода, сада је по први пут предвиђено и мериторно решавање притужби, целовито је уређено покретање, вођење и закључење поступка поводом поднетих притужби. У ствари, треба поменути да Закон о државној управи први уводи контролу путем решавања притужби,⁵ али одредбе се односе на целокупну државну управу и нису конкретизоване у односу на подношење притужби на рад полиције.

Поред Закона о полицији, овај поступак је ближе прописан и Правилником о поступку решавања притужби, који је донео министар унутрашњих послова у складу са Законом о полицији, као и наведеном Инструкцијом о примени правила притужбеног поступка (у даљем тексту: Инструкција).

Доношењем Закона о полицији и Правилника о поступку решавања притужби уоквирене су позитивноправне претпоставке да делотворност притужби на рад полицијских службеника буде неупоредиво већа него раније, када се по поднетим притужбама грађана поступало сегментарно и према интерним правилима. Оваквим решењем остварена су два циља: уређен је начин остваривања права на петицију, сагласан са чланом 58

⁵ У чл.81 се наводи да су ргани државне управе дужни да свима омогуће прикладан начин за подношење притужби на свој рад и на неправилан однос запослених, да је на поднету притужбу орган државне управе дужан да одговори у року од 15 дана од дана пријема притужбе, ако подносилац притужбе захтева одговор и да је орган државне управе дужан да најмање једном у 30 дана разматра питања обухваћена притужбама; Сл.гласник РСрбије, број: 79/05, 101/07, 95/10 и 99/14.

Устава, и уведен је делотворан облик контроле полиције решавањем поднетих притужби на рад полицијских службеника (Милетић, 2009:346).

Ни у једном пропису који регулише материју изражавања незадовољства грађана на поступања полиције, није презентована дистинкција између представки и притужби, тако да сматрамо за потребно да исто напоменемо. Елем, они акти и обраћања грађана који испуњавају формалне претпоставке наведене у Закону о полицији и Правилнику о поступку решавања притужби се категоризују у притужбе, и поступак решавања и, с тим у вези, заштита података, евидентирање, надзор и извештавање, спроводи се у складу са наведеним прописима.

Они акти и обраћања који не испуњавају захтеване критеријуме из наведених прописа, називају се представке. И у вези њих се спроводе одговарајуће провере, и у зависности од њиховог исхода, иницирају се одговарајући поступци у циљу утврђивања одговорности полицијских службеника, али те провере се не врше у складу са горе наведеним прописима, већ по интерним актима и правилима.

Заједнички именитељ представки и притужби је чињеница да се покрећу одговарајући поступци против полицијских службеника у случају да се утврди да су повредили права и слободе грађана, без обзира који је акт грађана био иницијални за покретање притужбеног поступка, представка или притужба.

Треба напоменути да се суштински утврђивање чињеничног стања врши исто и по притужби и по представи, користе се исте методе и иста средства. Једна од основних разлика је та да временски рад по представи нигде није дефинисан, док се приликом рада по притужби морају поштовати законски рокови и процедуре. Друга основна разлика је та да се у раду по представи, након спроведеног поступка провере, подносилац представке само писменим путем обавештава о извршеним проверама по представи. У случају да је подносилац незадовољан спроведеним поступком и утврђеним чињеницама није предвиђен никакав облик другостепеног проверавања нити право жалбе. У притужбеном поступку притужилац се прво позива на разматрање притужбе где му се усмено преноси све шта је утврђено у поступку провере. Том приликом притужилац има право да се изјасни да ли је сагласан са утврђеним чињеницама, шта сматра да није добро утврђено, може да предложи и нове доказе који потврђују његове наводе, те уколико не постигне сагласност са старешином који је вршио провере по притужби, предмет се уступа Комисији.⁶ Након комисијског

6 У ситуацијама где старешина предочи притужиоцу да је утврдио пропусте у раду полицијских службеника и ако наведе које ће мере одговорности предузети према њима, притужилац се саглашава са старешином, потписује Записник о разматрању притужбе и тиме се поступак по притужби закључује.

решавања притужиоцу такође остаје право да се обрати Лицу овлашћеном за надзор над радом комисије, као и Дирекцији полиције, уколико није задовољан са одлуком комисије (Вујасиновић, 2013:9). Разуме се, поред наведеног, притужиоцу остају на располагању и друга правна средства за остварење заштите својих правних интереса.

3. Законске одредбе о поступку решавања притужби

Одредбе Закона о полицији⁷ у чл.180 дефинишу ко, коме и у ком року може да поднесе притужбу на полицијског службеника. Такође, врши се експланација када по притужби поступа руководиоца организационе јединице, а када Комисија, и ко је у саставу Комисије, као и рокови у којем своје поступање морају да окончају руководиоца организационе јединице и комисија, уз констатацију да подносилац притужбе има на располагању сва правна и друга средства за заштиту својих права и слобода.

И веома битна ствар, дато је овлашћење министру да ближе пропише поступак решавања притужби. Наредни, члан 181 дефинисао је дужност чувања поверљивих података.

Позитивна страна наведеног је у томе што је материја контроле полиције путем решавања притужби први пут добила основу у законском тексту тј. постала је законска категорија. Произвољности, како грађана, тако и полицијских службеника везано за наведену област су сведене на минимум и њихово деловање је детерминисано законским оквирима.

Негативна страна је та, што се грађанин, након добијања одговора у вези поднете притужбе, упућује на коришћење свих правних и „других“ средстава за заштиту својих права и слобода, с тим да остаје нејасно шта се подразумева под „другим средствима.“

Значи, без обзира на исход вођења поступка по притужби грађана тј. да ли се грађанин сагласио са ставовима руководиоца организационе јединице или није, он се упућује на друге институције за остварење својих права и слобода. Намеће се питање: Да ли је притужбени поступак целисходан за грађанина?

Сем констатације да је од стране полицијског службеника извршена повреда права и слобода грађана, и предузимања мера одговорности у односу на полицијског службеника, не предузима се ништа што би грађанину надокнадило штету због незаконитог и неправилног поступања полицијског службеника. Изводи се закључак да исти није целисходан за грађанина, иако је у поступку утврђено да је дошло до повреде његових права и слобода. Наиме, грађанин није остварио своја права, јер последице

7 Службени гласник Р.Србије, број: 101/05, УС-63/09 и 92/11.

које су наступиле услед незаконитог или неправилног поступања полицијског службеника нису отклоњене. Оне и даље производе одређено дејство штетно за грађанина, које се морају отклањати у другим судским поступцима, који опет изискују активно учешће грађанина.

Како закони не могу предвидети све ситуације које се намећу на терену у његовој примени, након седам месеци од доношења Закона о полицији донет је и доле наведени Правилник о поступку решавања притужби, како би се прецизирале законске одредбе и олакшало вођење притужбеног поступка.

4. Објашњење појединих одредаба Правилника о поступку решавања притужби

Правилник о поступку решавања притужби је ступио на снагу 01.09.2006. године⁸, а до његовог ступања на снагу грађани су своје незадовољство на поступање полицијских службеника износили путем представки, а за чије решавање тј. проверавање навода, нису постојали посебни прописи, односно општи акти. Поступак је уређен као двостепен, у њему учествује притужилац – лице које подноси притужбу, а у другом степену узимају учешће у одлучивању и представници јавности, чиме се обезбеђује објективност и демократичност поступка.

Наиме, поступак се спроводи на два нивоа. Један, код руководиоца организационе јединице где је запослен притуженик-полицијски службеник на кога се односи притужба, а други пред Комисијом која води даљи поступак по притужби.

Правилником о поступку решавања притужби (у даљем тексту: Правилник) ближе се прописује поступак решавања притужби које против полицијских службеника подносе појединци и, с тим у вези, заштита података, евидентирање, надзор и извештавање.

У чл.2 се, између осталог, наводе ситуације када се притужбени предмет уступа Комисији која води даљи поступак по притужби, а што је дефинисано и чл.180 ст.4 Закона о полицији. Одредба чл.16 ст.2 Правилника прописује рок за достављање предмета Комисији, и каже: „У случајевима из члана 180. став 4. Закона о полицији руководиоца организационе јединице мора притужбу са свим прикупљеним документима првог наредног радног дана да уступи Комисији ради решавања притужбе.“ Ситуација је кристално јасна када се притужилац није одазвао позиву на разговор

⁸ Изузев одредаба члана 18, које ступају на снагу осмог дана од дана објављивања овог правилника у „Службеном гласнику Републике Србије“, Службени гласник Р.Србије, број: 54/06 од 27. јуна 2006.

код руководиоца организационе јединице или када се одазвао, а није се сагласио са његовим ставом. Међутим, када из притужбе произилази сумња о учињеном кривичном делу за које се гони по службеној дужности, тражи се додатно објашњење. Шта подразумева констатација да се провере чињенице и околности у вези са наводима из притужбе, што се захтева када су у питању горе наведене ситуације? То код сумње да је извршено кривично дело за које се гони по службеној дужности изискује одређену стручну компетенцију приликом предузимања одређених мера и радњи у наведеном правцу, а ситуацију додатно компликује лимитиран рок поступања, јер се притужба са свим прикупљеним документима првог наредног радног дана мора уступити Комисији.

Руководећи радници треба да изврше увид у начин уручења позива притужиоцу од стране полицијских службеника, тј. да се предузму све прописане и законом предвиђене мере да се позив и уручи, а не да се констатује није нађен, непознат на адреси, фиктивна адреса и слично. Ово из разлога неопходности присуства притужиоца разговору код руководиоца организационе јединице, како предмет не би био прослеђиван Комисији, а да разговор није био ни омогућен (Бикаревић, 2010:8).

У поступку решавања притужбе, притужилац - лице које подноси притужбу и полицијски службеник против кога се притужба подноси – притуженик, могу имати правну помоћ о свом трошку. Може се поставити питање, од ког момента је притуженик може имати?

Како одредбе Правилника не прецизирају моменат од када се правна помоћ може користити, а у складу са уставном материјом у вези права на правну помоћ, закључује се да је може користити од првог разговора у вези са притужбом.

Ово не треба мешати са позивањем на разговоре полицијских службеника од стране старешина у вези кориговања, усмеравања, обављања и вршења текућих послова из надлежности министарства, већ само када се поступа по Правилнику (Бикаревић, 2010:8-9). И притужилац и притуженик се излажу новчаним трошковима за правну помоћ, и када се поступак заврши, надокнаду својих трошкова морају остваривати у судском поступку, који у ни једном делу није везан исходом притужбеног поступка.

Постоје одређене специфичности везане за подношење притужбе. Наиме, у чл. 3 ст.1 Правилника се експлицитно наводи: „Притужилац може притужбу да поднесе писмено, усмено или у електронском облику Министарству, односно организационој јединици Министарства надлежној по месту пребивалишта или боравишта притужиоца (у даљем тексту: надлежна организациона јединица).“

Следећи став истог члана, између осталог, каже да се усмена притужба подноси на записник надлежној организационој јединици Министарства у седишту (Биро за притужбе и представке), односно на подручју, надлежној за притужбе или за то одређеној од стране руководиоца надлежне организационе јединице (у даљем тексту: притужбена јединица).

Било је нејасноћа да ли састављати записник по одредбама Закона о општем управном поступку или по нахођењу руководиоца организационе јединице, уз консултовање прописа који регулишу притужбени поступак?

Притужбена јединица на подручју је организациона јединица у подручној полицијској управи надлежна за притужбе и представке, односно организациона јединица коју је за то одредио руководиоца подручне полицијске управе. То може, нпр. бити организациона јединица надлежна за контролу законитости рада у одељењу полиције или начелник подручне полицијске управе може одредити полицијске службенике који ће обављати послове притужбене јединице (нпр. официр за законитост и административни службеник).⁹ Треба напоменути да се притужбена јединица на подручју подручне полицијске управе не образује никаквим актом него само усменим наређењем. Тако да уколико је то официр из одељења полиције он не може наређивати начелницима других Одељења да предузму одређене радње јер је он хијерархијски испод њих (Вујасиновић, 2013:24).

Подношење притужбе путем телефона се не сматра усменим подношењем притужбе, јер исто захтева формалну процедуру која се огледа у сачињавању записника. У таквим случајевима потенцијални притужилац се упућује на остваривање свога права на прописан начин, а што се обавезно констатује у службену забелешку која се сачињава поводом његовог обраћања.

Значи, грађанин може поднети притужбу на целој територији државе, без обзира на место где је дошло, по мишљењу грађана, до повреде његовог права и слободе услед незаконите или неправилне радње полицијског службеника. Да ће притужба бити на поступању код надлежног лица одређеног за поступање по притужбама јемчи одредба чл.4 ст.2 Правилника која каже: “Кад је притужба предата Министарству или ненадлежној организационој јединици полиције ови су дужни притужбу без одлагања да проследе надлежној организационој јединици у којој ради притуженик против кога је притужба поднета...” Међутим, поставља се питање: „Шта предузети ако притужилац Министарству или ненадлежној организационој јединици полиције жели да поднесе усмену притужбу?”

9 Тачка 7 Инструкције о примени правила притужбеног поступка

Пријем притужбе је битан моменат и зато се мора децидно дефинисати, то је иницијални моменат за поступање по притужби и не смеју се оставити „празни простори.“

Ситуација је другачија када је у питању поступање по запримљеној притужби. Закон о полицији у чл.180 ст.3 предвиђа да сваку притужбу поднету против полицијског службеника мора прво да размотри и све околности у вези са њом да провери руководилац организационе јединице у којој је запослен полицијски службеник на кога се притужба односи или полицијски службеник кога је он овластио. Исто налаже и чл.8 ст.1 Правилника. Што значи, ако је грађанин-притужилац поднео притужбу у Брању, по месту пребивалишта или боравишта, због поступања полицијског службеника у Новом Саду, наводе притужбе мора да проверава руководилац организационе јединице у Новом Саду. Из наведеног произилази, у складу са одредбом чл.14 ст.1 Правилника, да ће се по извршеној провери притужбе притужилац позвати у Нови Сад ради обављања разговора са руководиоцем организационе јединице, како у току прикупљања података тј. проверавања притужбе, тако и због обављања разговора по извршеној провери притужбе и сачињавања записника о разматрању притужбе. Исто важи и за појављивања пред Комисијом, ради прикупљања додатних доказа или предузимања додатних активности на разјашњавању чињеничног стања, односно кад је потребно поновити поједине поступке или цео поступак проверавања притужбе, као и ради присуствовању седницама Комисије. Веома неекономично за притужиоца, јер трошкове сноси из сопствених средстава, без обзира на исход притужбеног поступка.

Полицијски службеник који прима усмену притужбу дужан је притужиоца да упозна са поступком решавања притужбе. Као што се види, за пријем притужбе овлашћен је сваки полицијски службеник из надлежне организационе јединице, а док је за решавање притужби овлашћен само руководилац организационе јединице. Под руководиоцем организационе јединице подразумева се шеф кабинета министра, секретар министарства, начелник сектора, начелник Службе унутрашње контроле, директор полиције, начелник подручне полицијске управе и командир полицијске станице, односно полицијски службеник кога су овластили. Поклања се изузетна пажња у персоналном смислу у вези предузимања мера ради остваривања целовитог увида у полицијско поступање на које се односи притужба.

Ако је притужба поднета непосредно, притужиоцу се издаје потврда о примљеној притужби. Даном пријема притужбе послате поштом или у електронском облику сматра се дан предаје пошти или дан отпреме из електронског поштанског предајника.

Не налаже се шта мора да садржи и које елементе да поседује потврда, већ је то остављено на уређење руководиоцу организационе јединице.

Дужност упознавања притужиоца са поступком решавања притужбе тј. да је упознат са њиме треба да буде констатовано, да се исти касније не би жалио да му је ускраћено то право и самим тим компликовао поступак. Сматрамо да би то требало констатовати у потврди.

Руководилац организационе јединице који прими притужбу на решавање мора о примљеној притужби без одлагања да обавести притужбену јединицу у седишту Министарства и директора полиције, односно лице које он овласти, ако је у поступању на које се притужба односи, између осталог: извршена, односно наводно извршена радња која може бити предмет ширег разматрања у средствима јавног обавештавања која штампу растурају и шире друга обавештења на целој територији земље.

Наведена одредба је веома растегљиво формулисана, оставља доста простора за слободну процену руководиоца организационе јединице, што га у случају неадекватне процене, по мишљењу његовог претпостављеног старешине, може стајати дисциплинске одговорности. Инструкција поводом наведеног каже да је процена руководиоца организационе јединице „само“ да без одлагања обавести надлежне. То „само“ да без одлагања обавести надлежне без ближих критеријума за процену и јесте деликатно и било би потребно предметне ситуације децидирано навести.

На захтев притужбене јединице или директора полиције, односно лица које он овласти, руководилац организационе јединице је дужан да их обавести без одлагања и о другој примљеној притужби.

О наведеним притужбама притужбена јединица у седишту Министарства извештава министра, односно лице које он овласти.

Руководилац организационе јединице може у горњим случајевима да захтева повратно обавештење, да предложи учешће полицијских службеника из одговарајуће организационе јединице у седишту Министарства или других лица овлашћених да учествују у поступку решавања притужбе. Захтев може да поднесе и усмено, а у року од 24 часа да га потврди писмено.

Сматра се да би адекватнија била реч „замоли или затражи“ него „захтева“ повратно обавештење, јер у службеној комуникацији нисмо у позицији да захтевамо од оних који су у хијерархијској организационој структури изнад нас.

Руководилац организационе јединице мора у вези са притужбом да проучи све расположиве документе, обави потребне разговоре и учини све друго што је потребно да се оствари целовит увид у полицијско поступање на

које се односи притужба. Мора да провери све чињенице неопходне за утврђивање чињеничног стања и да обави разговор са притужеником против кога је притужба поднета.

Можда је реч „мора“ неадекватна, јер ако притуженик не жели, не мора да разговара на предметне околности, тј. не мора да изјави ништа. Ако прича само једна страна, то се не може сматрати разговором, јер су за разговор потребне две стране.

У записник о разматрању притужбе руководиоца организационе јединице уноси битне чињенице. У записнику није потребно наводити да ли је притужба притужиоца основана или није. Наводе се докази који су изведени и шта је на то изјавио притужилац.

Чини нам се да би ипак требало у записнику о разматрању притужбе навести да ли је притужба основана или није. Јер, у случају да се притужилац слаже са изнетим чињеницама, односно сагласи са ставовима руководиоца организационе јединице, предлаже му се да се поступак решавања притужбе закључи, а како да притужилац донесе одлуку о даљем исходу поступка, када му није јасно речено да ли је његова притужба основана или није.

Представници јавности могу бити разрешени са листе чланова Комисије пре истека периода на који су именовани, и то на лични захтев, на образложени захтев предлагача или решењем министра у случају да се члан Комисије неоправдано не одазове на две узастопне седнице Комисије.

Министар именује представнике јавности својим решењем, а исте може разрешити само ако се неоправдано не одазову на две узастопне седнице Комисије. Требало би предвидети већу могућност деловања министра по питању разрешења представника јавности, а не само у горе наведеном случају.

Седница Комисије је јавна. Комисија може да искључи јавност из разлога заштите поверљивих података.

Јавност се за седнице Комисије посебно не обавештава, упозната је само од стране учесника поступка, тако да фактички није ни присутна на седницама. У циљу транспарентнијег рада Комисије потребно је на адекватан начин обавештавају јавност о одржавању седница, како би неутрални грађани, а и стручна јавност узели више учешћа приликом одржавања истих.

Ради појашњења појединих стручних питања могу се на седницу Комисије позвати стручњаци за поједине области, односно питања. Ако су позвани стручњаци запослени у Министарству руководиоци унутрашњих

организационих јединица дужни су да им омогуће учешће на седници Комисије.

Веома је дискутабилно да ли је неко стручњак, ко му уопште даје то својство и на основу којих критеријума.

На основу спроведеног поступка пред Комисијом и утврђених чињеница, околности и доказа изведених у поступку решавања притужбе, Комисија гласањем, којем не присуствују остали позвани, одлучује о основаности притужбе. Донета је она одлука за коју гласају најмање два члана Комисије. Кад за одлуку није гласао, члан Комисије који је представник јавности има право да свој став образложи у писаном облику, а његов акт прилаже се уз записник из члана 24. овог правилника и постаје његов саставни део.

Питање гласи: Каква ће одлука бити донета када за одлуку није гласао представник јавности, а председник Комисије и представник Сектора унутрашње контроле гласају различито, један да је притужба основана, а други да притужба није основана? Оваква ситуација није предвиђена Правилником.

Приликом оцене доказа од стране Комисије читају се списи који су сачињени од стране поступајућих полицијских службеника и руководиоца у конкретним ситуацијама. Том приликом Комисија не врши провере непосредно, изласком на лице места или у директом обављању разговора са евентуалним сведоцима догађаја, већ се оцена доказа врши искључиво сагледавањем достављених списа предмета. У таквој оцени доказа може доћи до одређених пропуста у раду Комисије из разлога што утврђене чињенице могу бити погрешно презентоване од стране руководиоца или се део чињеница може изоставити и на тај начин се може донети погрешна одлука (Вујасиновић, 2013:15)

Може се рећи да се више ради са папирима него са људима, изостаје непосредност.

На крају одговора, који председник Комисије доставља притужиоцу, се констатује да је поступак решавања притужбе закључен и да притужилац има на располагању сва правна и „друга“ средства за заштиту својих права и слобода. Ни овде, као ни у Закону о полицији, се не појашњава шта се сматра под „другим“ средствима.

У притужбеном поступку се поступа *ex officio*. Лица која воде притужбени поступак су строго везана захтевом притужиоца и не поступају ван предмета притужбе. Уколико се током вођења поступка утврде пропусти од стране полицијских службеника који нису указани од стране притужиоца, по истима се не поступа тј. не спроводе се мере провере у односу на њих.

Штавише, Комисија и у оквиру притужбеног предмета нема надлежности у погледу иницирања мера одговорности према полицијском службенику

у случају да је притужба основана, нити поседује право предлагања и изјашњавања. Комисија има својство „сервисног органа“ непосредног старешине полицијског службеника који је предмет притужбе, јер на њему је одлука да ли ће предузети тј. иницирати покретање одговарајућег дисциплинског поступка. Значи непосредног старешине, а не руководиоца организационе јединице у смислу Правилника, јер то не морају бити иста лица.

Комисија, као другостепени орган у притужбеном поступку, има извршилачку улогу у односу на првостепени орган, коме би требала да буде надређена.

Пренебегава се позитивна одредба чл.4 ст.3 Уредбе о дисциплинској одговорности: „Сваки запослени који сазна за учињену повреду службене дужности може дисциплинском старешини да поднесе иницијативу за покретање дисциплинског поступка.“ Остаје нејасно зашто председник Комисије и представник Сектора унутрашње контроле полиције на поступају у складу са поменутом одредбом.

5. Инструкција о примени правила притужбеног поступка

Услед идентификовања одређених нејасноћа, а у циљу превазилажења истих и постизања одређеног степена униформности поступања приликом решавања притужби грађана, од стране представника Бироа за притужбе и представке, Дирекције полиције, Сектора унутрашње контроле полиције, Секретаријата МУП-а и лица овлашћеног за надзор над радом Комисија, донета је Инструкција о примени правила притужбеног поступка. Иста је развила законску и подзаконску материју везану за поступање по притужбама и искристалисала одређене сегменте притужбеног поступка: ко може поднети притужбу, рокове за подношење притужбе, подношење и садржина притужбе, када се по притужби не поступа у притужбеном поступку, првостепени поступак, поступак пред Комисијом, као и надзор над решавањем притужби.

Предмет притужбеног поступка није управна ствар, већ утврђивање чињенице да ли је полицијски службеник (притуженик), применом полицијских овлашћења извршио повреду права и слобода притужиоца. Стога се притужбени поступак не може водити по правилима Закона о општем управном поступку,¹⁰ већ искључиво по прописима који га уређују – Закону о полицији и Правилнику о поступку решавања притужби (Интерни акт МУП-а, Инструкција о примени правила притужбеног поступка, 2006:1).

10 Службени лист СРЈ број: 33/97, 31/01, Сл.гласник РС број: 30/10.

Наведена одредба је веома битна, јер је у пракси било дилема да ли да се у оквиру притужбеног поступка примењује Закон о општем управном поступку или не. Упркос наведеној констатацији, у Инструкцији се на неким местима и даље упућује на одредбе Закона о општем управном поступку.

Инструкција, за разлику од Правилника, сматра да се грађани могу обратити било којој организационој јединици МУП-а ради подношења притужбе, што сигурно доприноси учвршћењу одлуке код грађана да поднесу притужбу.

Међутим, сматрамо да је не прецизно дефинисан начин подношења притужбе. Наведено је да се притужба подноси лично, а не у поступку по службеној дужности, тако да се нпр. записник о саслушању осумњиченог, службена белешка о обавештењу примљеном од грађана и сл., не могу сматрати записником о пријему притужбе.

Грађанин и јесте лично присутан када се спроводи поступак према њему и сачињавају одређена писмена. Требало је навести да се мора иницирати посебан поступак, одвојен од горе наведених поступања полицијских службеника, у складу са прописима који регулишу предметну област.

Поставља се питање да ли ће полицијски службеник који заприма усмену притужбу на записник, ако сазна да су предметном притужиоцу, по његовој изјави, повређена права и слободе на подручју друге организационе јединице, узети изјаву на записник и на те околности (у другом записнику) или ће притужиоца упутити на организациону јединицу где је дошло до повреде права и слобода? Питање произилази из диференције одредби Правилника и Инструкције.

Јасне су одредбе које указују да се по неуредној притужби неће поступати и да ће иста бити одбачена, али није правилно наведен основ за такво поступање лица овлашћеног за вођење притужбеног поступка. Наиме, наводи се да уколико се оцени да има разлога за поступање по таквом поднеску у другом поступку притужба се одбацује у складу са чл.4. ст.3.,¹¹ а у обавештењу о одбачају притужбе, притужилац се обавештава и о томе да ће бити извршене провере његових навода у другом поступку и да ће о исходу тог поступка бити посебно обавештен.

Међутим, наведена одредба Правилника регулише поступање приликом одбацивања притужбе у случају да је притужба непотпуна или неразумљива и не даје потпору за одбацивање притужбе по било ком другом основу и не регулише даље поступање са таквом притужбом.

11 Мисли се на Правилник о поступку решавања притужби.

Иако је констатовано, да притужбени поступак није управни поступак, опет се упућује на поступање, као да се ради о управном поступку. Налаже се поступање у складу са одредбама чл.335 КЗ РС, у вези исказа притужиоца и осталих учесника у притужбеном поступку.

У поменутој одредби¹² пише: „Казном из става 1. овог члана казниће се и странка која приликом извођења доказа саслушањем странака у судском или управном поступку да лажан исказ, а на овом исказу буде заснована одлука донесена у том поступку.“

Међутим, притужбени поступак није управни поступак, те се наведена одредба не може применити у наведеном случају.

Даље у Инструкцији се наводи да уколико се утврди да је притужилац очигледно злонамерно у притужби изнео нетачне наводе, Министарство унутрашњих послова не може притужиоца гонити, нити санкционисати, већ поступак приватном тужбом може покренути притуженик, или било који полицијски службеник коме је на тај начин нарушен углед и достојанство.

Позивајући се на одредбе поменутог Кривичног закона консектаријум је да се за наведено кривично дело гоњење предузима по службеној дужности, а не по приватној тужби.

Када притужилац постане недоступан, ако је непознат на адреси, ако у току поступка изгуби пословну способност, а није му одређен старалац, и слично, примењују се општа правила о личном достављању која важе у свим правним поступцима.

Остаје нејасно на који закон алудира ова одредба, кад је јасно да се у притужбеном поступку не примењују одредбе Закона о општем управном поступку.

Екстензивније је схватање Инструкције у односу на Правилник, што се тиче конверзације са учесницима притужбеног поступка. Она дозвољава да на седници Комисије, притужилац и притуженик могу постављати питања учесницима у поступку (известиоцу, члановима комисије, притужиоцу, притуженику), али не непосредно, него преко председника комисије, тј. могу да му предложи да се остали учесници изјасне на одређене околности, док Правилник каже да само чланови комисије могу постављати питања учесницима у поступку.

Комисија не предлаже предузимање мера одговорности према полицијском службенику, уколико утврди да је притужба основана, нити се о њима

12 Службени гласник Р.Србије, број: 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13.

изјашњава. Притужбени поступак може бити само основ за предузимање мера, које се предлажу и спроводе у оквиру другог поступка.

Још једном се пренебегава одредба чл.4 ст.3 Уредбе о дисциплинској одговорности у МУП-а која даје могућност покретања иницијативе за покретање дисциплинског поступка код дисциплинско старешине, од стране сваког запосленог који сазна за учињену повреду службене дужности. Зашто би од наведеног били изузети чланови комисије, тј. њен председник и представник Сектора унутрашње контроле полиције?

6. Закључак

У савременом друштву које је засновано на идејама људских права и правној држави, неопходно је да се подвргне контроли организација (полиција) која има тако значајну улогу у друштву и располаже са крупним овлашћењима, којима се у одређеним случајевима суспендују људска права и слободе.

Циљ сваког демократског друштва јесте успостављање и функционисање што ефикаснијег механизма контроле полиције, што ће резултирати предузимањем мера одговорности према оним полицијским службеницима који поступају ван законских оквира, а чиме ће се назаконит рад полицијских службеника смањити на минимум, а повећати степен заштите и остварења људских права и слобода. Један део наведеног механизма спроводи се и контролом рада полиције путем решавања притужби.

Посматрајући могућности изношења незадовољства на рад припадника полиције уочавају се два периода. До 2005. године и након 2005. године, када је контрола рада полиције подношењем притужби постала облигаторна тј. добила законску снагу у облику Закона о полицији. Ради ближег прописивања поступка решавања притужби, 2006. године од стране министра унутрашњих послова донет је Правилник о поступку решавања притужби, који је до тада био веома фрагилан и водио се на основу интерних аката и правила. У циљу превазилажења одређених апорија које су идентификоване током вођења притужбених поступака, од стране представника МУП-а, 2009. године донета је Инструкција о примени правила притужбеног поступка.

По сваком акту или обраћању грађана у вези сумње да су му нарушена или повређена права или слободе од стране полицијског службеника, ће се поступати у циљу утврђивања чињеничног стања и предузимања мера одговорности према полицијском службенику, уколико се утврди да је дошло до повреда или нарушавања права или слобода грађана. У зависности од испуњавања одређених формалних претпоставки, поступци провере ће се водити у складу са горе наведеним законским и подзаконским актима и класификоваће се у притужбе, или ће се обрадити ван наведених

прописа и сврстати се у представке. Значи, ни једно обраћање грађанина поводом указивања на незаконитост и неправилност обављања послова и задатака од стране полицијског службеника, неће бити занемарено, већ ће се предузети адекватне мере провере навода о чему ће се обавестити грађанин који је указао на наведено.

С друге стране, полицијски службеници нису заштићени од злонамерних и лажних представки и притужби. У случају констатовања таквих ситуација, према притужиоцу се примењују само адмонитивне мере.¹³

Када би покушали извршити валоризацију притужбеног поступка, места за глорификовање би сигурно било јер је поступак заснован на легислативним основама тј. на Закону о полицији, ближе је прописан Правилником о поступку решавања притужби и прецизиран Инструкцијом о примени правила притужбеног поступка, што грађанима битно олакшава спровођење Уставом зајемченог права, права на подношење петиције или других предлога¹⁴ и целој ствари даје јавну конотацију.

Доношењем наведених прописа, притужбени поступак је строго формализован и прецизиран, од момента подношења притужбе до мериторног одлучивања по истој. Битно је повећан ниво одговорности полицијског службеника који врши проверавање навода из притужбе, јер му је поступање тачно одређено и датумски лимитирано (сачињавање записника, потврда, уручење позива, а све везано роковима), без могућности било каквих импровизација и произвољности. Грађани имају одређену дозу сигурности да ће се тај поступак заиста доследно и спровести, јер им је гаранција за то, законски акт.

Међутим, круцијална ствар је да грађанин након спроведеног притужбеног поступка, и активног учествовања у истом које се огледа у подношењу притужбе, одазивању на позиве руководиоца организационе јединице и председника Комисије ради обављања разговора и сачињавања одређених аката, утрошку економских средстава и времена, ипак није остварио своје правне интересе, без обзира на констатацију што је притужба оцењена као прихватљива и оправдана.

Наиме, изузев генералне превенције, спровођење дисциплинских, прекршајних или кривичних поступака према полицијском службенику који је повредио права и слободе, нема никаквог дејства и значаја у односу на грађанина коме су та права и слободе повређена.

13 Полицијски службеници у Р.Хрватској и Р.Српској имају одређену врсту заштите од грађана који су поднели неосноване, злонамерне, лажне или увредљиве представке, јер се иницирају одређени поступци против аутора, тј. подносиоца таквих представки по службеној дужности (Видети: Бикаревић, 2014:57 и 61).

14 Видети: чл.56 Устава Р.Србије, Службени гласник Р.Србије, број: 98/06.

У одговору који се доставља притужиоцу присутна је констатација да је поступак по притужби закључен и да има на располагању сва правна и „друга“ средства за заштиту својих права и слобода.

Из наведеног произилази консекуција да је притужбени поступак са позиције грађанина нецелисходан, чак и уважавајући чињеницу да се грађанин сложио са изнетим чињеницама, односно сагласио са ставовима руководиоца организационе јединице. И у овом случају, сем констатације да је „у праву“, грађанин није остварио своје правне интересе.

Од контроле полиције решавањем притужби не треба превише очекивати, она само допуњује читав арсенал средстава и механизма контроле. С друге стране, не треба очекивати ни агилно учествовање грађана у притужбеном поступку, зарад остварења генералне превенције, а без остварења личних правних интереса.

Литература

Бикаревић, Д., (2010). Проблеми и поступак контроле рада полиције решавањем притужби, дипломски-мастер рад, Нови Сад;

Бикаревић, Д., (2014). Специфичности и задаци унутрашње контроле полиције неких земаља Југоисточне Европе, преддокторски рад, Нови Сад;

Вујасиновић, Ђ., (2013). Комисија за решавање притужби грађана на рад полицијских службеника-проблеми и ограничења, дипломски-мастер рад, Нови Сад;

Закон о општем управном поступку, Службени лист СРЈ број: 33/97, 31/01, Сл.гласник РС број: 30/10;

Закон о полицији, Службени гласник Р.Србије, број: 101/05, УС-63/09 и 92/11;

Интерни акт МУП-а, (2006). Инструкција о примени правила притужбеног поступка, Београд;

Кесић, З., (2011). Прекорачење и злоупотреба полицијских овлашћења у сенци дискреционе моћи полиције, Безбедност, год. 53, бр. 2, Београд, стр. 68;

Кривични законик, Службени гласник Р.Србије, број: 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12, 104/13;

Милетић, С., (2009). Коментар Закона о полицији, Београд;

Милетић, С., Југовић, С., (2012). Право унутрашњих послова, Београд;

Никач, Ж., (2012). Концепт полиције у заједници и почетна искуства у Србији, Београд;

Правилник о поступку решавања притужби, Службени гласник Р.Србије, број: 54/06;

Симић, Б., Никач, Ж., Контрола полиције у Републици Србији у функцији заштите људских права, Култура полиса, год. 9, бр. 2, стр. 309;

Уредба о дисциплинској одговорности у МУП-а, Службени гласник Р.Србије, број: 08/06;

Устав Р.Србије, Службени гласник Р.Србије, број: 98/06.

Darko Bikarevic, Ph.D. Student
University of Novi Sad
Faculty of Law Novi Sad

The utility of keeping the complaint procedure with the position citizens

Summary

During the performance of increasingly complex and demanding security tasks, police enforce various powers in different environments and is influenced by many factors, which facilitate or hinder their implementation. Powers are exclusively established to preserve and protect human rights and freedoms, but there is a serious violation of human rights and freedoms, which occur when irreparable consequences.

One of the modalities to increase the level of legality, professionalism and accountability of police officers control. The focus of this work is the internal control of the police embodied in police oversight resolving complaints.

The aim is to show the importance of the role of the control of the police, as well as the problem-oriented aspects perceive the way of keeping the complaint procedure and present certain difficulties and specificities that make its implementation. Also, the present work is a function of determining the appropriateness of keeping the complaint procedure with the position of citizens, who complains that he violated the rights or freedoms.

Keywords: *police, control, complaints, complainant, defendant, expediency.*

ЗАЈЕДНИЧКО ВРШЕЊЕ РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА

Апстракт: У раду се бавимо анализом модела заједничког вршења родитељског права, како током трајања заједнице живота родитеља и деце, тако и по њеном престанку. Наиме, док егзистира потпуна породична заједница, родитељи врше родитељско право над својом малолетном децом заједнички и споразумно. Након њеног престанка, традиционално је један родитељ самостално вршио родитељско право, док је други задржавао одређена права и дужности из садржине родитељског права, али не и његово вршење, што је доводило до неједнаког третмана и неравноправности родитеља у односу на децу. Како би се отклониле негативне последице самосталног вршења родитељског права, Породични закон Србије из 2005. године уводи могућност заједничког вршења родитељског права и након престанка потпуне породичне заједнице. Због бројних погодности заједничког вршења родитељског права, тежиште нашег рада је управо на овом облику родитељског старања након престанка потпуне породичне заједнице, чија се све потпунија афирмација може очекивати у будућности.

Кључне речи: Родитељско право, заједничко вршење родитељског права, заједница живота родитеља и деце, родитељи, деца.

1. Увод

Родитељско право се традиционално одређује као право и дужност родитеља да се старају о личности, правима, интересима и имовини свог малолетног детета (Поњавић, 2007: 237). По самој законској дефиницији, изведено је из дужности родитеља и постоји у мери у којој је потребно

1 Рад је резултат истраживања на пројекту Министарства просвете, науке и технолошког развоја РС: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору, бр. 179046.

обезбедити заштиту личности, права и интереса детета.² Дакле, суштину овог института представљају дужности родитеља и њихова одговорност према друштву за правилан развој детета.

Историјски посматрано, родитељско право је најчешће имало основ у статусу родитеља, који је условљавао и статус детета, те се вршење родитељског права разликовало зависно од тога да ли су родитељи у браку, ванбрачној заједници, или су разведени, да ли је дете брачно или ванбрачно (Ковачек-Станић, 1994: 11). Када је реч о савременом појму родитељског права, акценат је стављен на равноправност мајке и оца у вршењу родитељског права, као и на равноправност деце, без обзира да ли су рођена у браку, ван брака или су усвојена, зачета природним путем или уз биомедицинску помоћ. (Китановић, 2011: 414).

Садржина родитељског права је компактна, она, по слову закона, обухвата: старање о детету, чување и подизање детета, васпитање и образовање детета, заступање детета, издржавање детета, управљање и располагање имовином детета.³ Дакле, говоримо о остваривању личних и имовинских дужности и права, с тим што су основни принципи на којима почива њихова реализација заједнички.

У нашем позитивном праву, вршење родитељског права има два основна модалитета, заједничко и самостално вршење родитељског права.

У раду ћемо елаборирати модел заједничког вршења родитељског права, за време трајања потпуне породичне заједнице, и по њеном престанку, и указати на уочене предности и недостатке овог модела, пре свега у светлу позитивног законодавства у нашој земљи, уз кратак осврт на поједина упоредноправна решења.

2. Заједничко вршење родитељског права за време трајања заједнице живота родитеља и детета

Родитељи су титулари родитељског права од момента успостављања родитељскоправног односа према детету. Родитељи који су у браку стичу родитељско право у моменту рођења детета, *ex lege*. Уколико нису у браку, мајка стиче родитељско право у моменту рођења детета, док га отац стиче након утврђеног очинства (признањем или у судском поступку). Када

² Чл. 67. Породичног закона Србије (ПЗС), *Службени гласник РС*, бр. 18/05, 72/11.

³ Садржина родитељског права обухвата и право родитеља да добију сва обавештења о детету од образовних и здравствених институција (чл. 68-74 ПЗС). Тиме се део одговорности за правилан развој детета са родитеља премешта на установе у којима деца проводе значајан део времена.

родитељи воде заједнички живот, родитељско право врше заједнички и споразумно, при чему је без значаја околност да ли су у браку или ванбрачној заједници.⁴ Овим решењем се исказује друштвена заинтересованост за заједницу у којој се рађају деца, без обзира на њен правни карактер.

Из законске формулације видимо да је за одређивање модалитета вршења родитељског права у нашем праву кључна чињеница да ли родитељи живе у заједници или не. Притом, заједничко вршење родитељског права могуће је када родитељи воде заједнички живот, као и у случају одвојеног живота, уз испуњење законом предвиђених услова.

Родитељско право припада мајци и оцу заједно, и они га по правилу врше заједнички и споразумно уколико воде заједнички живот.⁵ Акценат је свакако на споразумном вршењу родитељског права, будући да је често фактички немогуће а и непотребно да родитељи увек врше сва права и обављају све дужности из делокруга родитељског права заједнички. Савремени темпо живота и динамичност правног промета то нарочито не дозвољавају. Зато важи претпоставка постојања сагласности другог родитеља када се у правном саобраћају као заступник детета појави само један од њих, нарочито када је реч о обављању уобичајених, свакодневних послова за дете (Поњавић, 2008: 239).⁶ Данас је општеприхваћено правило да ако две особе имају родитељско право, свака може исто вршити без пристанка оне друге (Thomson, 2006: 259).

Законодавац, као меру предострожности, предвиђа и решење за случај неслагања родитеља око вршења родитељског права, у виду интервенције суда, коме се родитељи могу обратити у циљу решавања спора. Мада вођење ове врсте поступка делује прилично невероватно када је реч о родитељима које везује заједница живота, сматрамо добрим решење закона за ову, макар и чисто на теоријском плану могућу, конфликтну ситуацију. Овим путем је наглашено начело равноправности родитеља, будући да, у спорној ситуацији, неће преовладати ни воља оца ни воља мајке, већ ће суд донети одлуку руководећи се најбољим интересом детета (Поњавић, 2007: 245).

Наравно, могућност покретања поступка у таквом случају треба рестриктивно тумачити, у смислу да се несугласица појавила у вези

4 Чл. 75. ст. 1. ПЗС.

5 Чл. 75. ст. 1. ПЗС.

6 Није могуће и није практично да оба родитеља свакодневно, у свакој ситуацији, одлучују заједнички. Сагласност је спонтана и прећутна када је реч о свакодневном старању о личности и имовини детета, и као таква олакшава свакодневно одвијање породичног живота.

са доношењем неке значајније одлуке која ће битно утицати на живот детета, те сваки од родитеља заправо „блокира“ вршење права оног другог (Цвејић-Јанчић, 1997: 675).⁷ Одлука о таквим, битним, питањима иначе изискује сагласност оба родитеља, и то изричиту, чак и у случају када само један родитељ врши родитељско право.⁸ Овакви конфликти ће, по природи ствари, бити израженији када родитељи не живе у заједници, али не треба узети да нису могући и у случају када постоји заједница живота. Тужба у овој врсти спора може бити подигнута од стране детета, родитеља или органа старатељства.⁹ Према нашем ранијем законодавству, надлежност у оваквим ситуацијама имао је орган старатељства.¹⁰

На овом месту треба поменути да карактер породичне заједнице није одувек био ирелевантан када је реч о вршењу родитељског права. Напротив, када је наше право у питању, ако се осврнемо на период важења СГЗ-а, породично право је било базирано на принципима неравноправности полова, неравноправности ванбрачне деце у односу на брачну, као и посебне законске заштите малолетне деце (Цвејић-Јанчић: 2004, 361-381).¹¹ Принцип неравноправности ванбрачне деце у односу на брачну прожимао је начин вршења родитељског права, који је нарочито зависио од породичног статуса детета (брачно или ванбрачно). Конзервативизам српског друштва у то време, довео је до спорог напуштања заосталих схватања о неравноправном положају жене, чија су деца из ванбрачног односа такође била дискриминисана, и то због околности којима сама нису допринела. Наиме, родитељско право према ванбрачном детету

7 Упис у одређену школу, одређивање личног имена, избор начина лечења, смештај у здравствену установу, начин управљања имовином детета.

8 Чл. 78. ст. 3. ПЗС.

9 Чл. 264. ПЗС.

10 Чл. 123. ст. 1. Закон о браку и породичним односима Србије (ЗБПО), Службени гласник РС, бр. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95, 29/01. Орган старатељства је према нашем ранијем законодавству имао много шира овлашћења у породичноправној материји.

Влада Републике Србије је 2006. године формирала Комисију за кодификацију нашег грађанског права, састављену од стручњака у области грађанског права. Трећа књига Преднацрта посвећена породичним односима, презентована је јавности 2011, и у њој су предложена поједина нова решења. Преднацрт предвиђа поновно ширење круга ових овлашћења, али не у мери у којој су постојала према ЗБПОС. Видети чл. 97 и 98 Преднацрта. Преднацрт грађанског законика Србије (Преднацрт) је доступан на интернет адреси <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>. Преузето 05. 04. 2014.

11 Принцип посебне законске заштите малолетне деце предвиђен СГЗ-ом не може се поистоветити са идентично формулисаним принципом који егзистира у савременом праву.

припадало је мајци и она је била дужна да се стара о његовом животу, здрављу и образовању.¹² Додуше, постојала је могућност позакоњења ванбрачног детета.¹³ Брачна деца су уживала много повољнији правни положај, али је и овде била изражена неравноправност јер је родитељско право подразумевало различите обавезе за оца и мајку. Отац је био законски заступник своје малолетне деце, имао је обавезу да их издржава, да управља њиховом имовином и да даје одобрење за ступање у брак пре пунолетства.¹⁴

Поред тога, основни критеријум за поверавање детета након развода били су пол и узраст детета, па су мушка деца до 4. године и женска до 7. године поверавана мајци, сем ако разлози дечје среће нису упућивали на другачије решење.¹⁵ Према угарском праву које се примењивало на делу територије данашње Војводине,¹⁶ критеријуми поверавања су били узраст и пол детета, као и кривица родитеља за развод (Ковачек-Станић, 2013: 108).

Послератно законодавство доноси новине које су у складу са достигнутим степеном друштвеног развоја, као и променама у сфери друштвених односа, па је постало јасно да родитељско право не треба вршити у корист родитеља, те да је у питању претежно скуп дужности родитеља према деци (Цвејић-Јанчић, 2004: 361-381). Основни закон о односима родитеља и деце из 1947. године,¹⁷ предвиђа, примера ради, да обавезу издржавања имају оба родитеља, да су оба родитеља законски заступници малолетне деце, и да родитељско право врше заједнички и споразумно мајка и отац детета. Орган старатељства се појављивао као арбитар у случају несагласности, што је у духу принципа равноправности родитеља. То је, без икакве сумње, помак у односу на раније важећа решења, али је самостално вршење родитељског права било једини могући облик његовог вршења по престанку заједнице живота. Штавише било је предвиђено да родитељ коме је поверено дете врши родитељско право у свим његовим сегментима, а да други родитељ једино може, уколико се са неком мером не слаже, затражити интервенцију органа старатељства (Бакић, 1967: 322-323).

12 Пар. 129. Српски грађански законик (СГЗ), <http://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>. Преузето 20. 04. 2014.

13 Пар. 134. СГЗ.

14 Пар. 119. и 126. СГЗ.

15 Пар. 118. СГЗ.

16 Породичноправни односи родитеља и деце у Војводини између два светска рата били су регулисани угарским правом, сем у Срему и на територији Војне границе где је важило аустријско право.

17 Основни закон о односима родитеља и деце ФНРЈ, *Службени лист ФНРЈ*, бр. 104/1947.

3. Заједничко вршење родитељског права након престанка потпуне породичне заједнице

Заједничко вршење родитељског права се подразумева уколико оба родитеља живе заједно са својом децом, али представља могући начин уређења односа родитеља и деце и у ситуацији када дође до прекида заједничког живота родитеља. Наиме, постојање заједнице живота родитеља и деце, ствара претпоставку заједничког и споразумног вршења родитељског права, које припада и једном и другом родитељу. Насупрот томе, када породичне заједнице нема, заједничко вршење родитељског права се не претпоставља. Уколико родитељи желе и могу да се након престанка потпуне породичне заједнице споразумно старају о деци, морају тај споразум писмено изразити, а у надлежности суда је процена да ли исти одговара најбољем интересу деце. У Швајцарској је решење закона блиско нашем, будући да је за заједничко вршење родитељског права по престанку заједнице живота потребан захтев родитеља и судска одлука којом се потврђује да је то решење у интересу детета (Ковачек-Станић, 2009: 62).

Ова могућност у нашем праву није одувек постојала. Према решењу раније важећег ЗБПО правило је било да уколико родитељи не живе заједно, родитељско право врши родитељ са којим дете живи.¹⁸ Закон је заправо сугерисао да се родитељи, у случају да живе одвојено, договоре о томе код ког ће дете живети, и установљавао је претпоставку да су се родитељи споразумели да вршење родитељског права припада оном код кога дете живи. Дакле, споразум родитеља у погледу питања остваривања родитељског права је фаворизовало и раније законодавство, али је на нормативном плану могућност заједничког вршења родитељског права и по престанку заједнице живота уведена тек Породичним законом из 2005. године.

Када родитељи одлуче да прекину заједницу живота, чињеница да они неће живети заједно не доводи у питање постојање родитељског права, али отвара питање начина остваривања овог права за убудуће. Наиме, након фактичког прекида заједнице живота родитељи могу вршити дужности и остваривати своја права споразумно, или ће, пак, један од њих самостално вршити родитељско право. Савремени концепт родитељства акценат ставља на споразумно вршење родитељског права. У великом броју земаља се заједничко вршење родитељског права и када родитељи не живе заједно, одавно практикује као правило (Китановић, 2011: 42). У нашем породичном законодавству све до доношења Породичног закона 2005. године, могућност заједничког вршења родитељског права по престанку

18 Чл. 124. ст. 1. ЗБПО.

заједнице живота правно није постојала.¹⁹ У случају развода, поништаја брака или фактичког престанка ванбрачне заједнице, деца су судском одлуком поверавана једном од родитеља или изузетно трећем субјекту.

Дакле, једини модел родитељског старања по престанку заједничког живота, било је самостално вршење родитељског права. Данас, уколико споразум постоји и уколико суд процени да је у складу са најбољим интересом детета, он ће га потврдити тако што ће га унети у изрек пресуде, а родитељи ће наставити да се заједнички и споразумно старају о детету.

Ипак, треба истаћи да је и у ранијем периоду у пракси практиковано заједничко вршење родитељског права, без обзира на обавезу суда да донесе одлуку о поверавању детета једном од родитеља.²⁰ Иако није постојала могућност да суд донесе одлуку о заједничком вршењу родитељског права и након престанка брака, уколико су родитељи били спремни да међусобно сарађују по питањима која се тичу заједничке деце и након престанка брака, за то није било правних препрека.

Тако је заједничко вршење родитељског права најпре егзистирало као творевина праксе, која је израз друштвене реалности и потреба људи, да би потом биле предузете активности на плану нормативног уобличавања (Китановић, 2011: 42). Дакле, фаворизовање споразумног решавања питања везаних за односе са дететом није новина у нашем праву, али је таква пракса формално подигнута на виши ниво кроз увођење могућности заједничког вршења родитељског права на основу одлуке суда тек 2005. године.

У теорији и пракси истичу се различити разлози који иду у прилог заједничком вршењу родитељског права као доминантне форме родитељског старања након престанка потпуне породичне заједнице. Приоритет савременог породичног права у случају престанка животне заједнице родитеља јесте уредити насталу ситуацију на начин који ће у најмањој мери штетно утицати на дете, и који ће омогућити његов оптимални напредак и развој. У том смислу, заједничко вршење родитељског права је од огромне важности, која се огледа у минимизирању негативног утицаја одвојеног живота родитеља на дете. Родитељима су најбоље познате прилике у којима се свако од њих налази, са једне стране, као и потребе детета, са друге. Самим

19 Ако родитељи који живе одвојено не могу да се споразумеју код кога ће дете живети, ЗБПО је предвиђао надлежност два органа за регулисање такве ситуације, а то су орган старатељства и суд. Суд је имао надлежност одлучивања у брачном (евентуално патернитетском спору) док орган старатељства у свим осталим случајевима.

20 Фаворизовање споразума родитеља о старању над децом у нашем праву је традиционално присутно, и по СГЗ-у је егзистенција споразума искључивала интервенцију државног суда (пар. 118. СГЗ).

тим што су у стању да се споразумеју о начину вршења родитељског права у околностима, по правилу, поремећених односа међу њима, родитељи показују спремност да добробит свог детета ставе на прво место.²¹

Сматра се да заједничко вршење родитељског права детету показује да је и даље једнако вољено од стране оба родитеља, и тиме умањује потенцијални трауматични осећај губитка због разлаза родитеља (Payne, Payne, 2008: 475-483). Разлог због ког деца тако тешко прихватају раздвајање родитеља пре свега јесте недовољно искуства. Деца су склона томе да овакве ситуације приписују својој кривици, нечему што су рекла, урадила, мислила. Зато стручњаци родитељима препоручују да упуте дете у новонасталу ситуацију на начин који је једноставан и лако прихватљив за дете (Драшкић, 2011: 299).

Неки аутори (Ковачек-Станић, 2009: 311) користе термин заједничко родитељско старање као алтернативу термину заједничко вршење родитељског права. Концепт заједничког старања, прихваћен у појединим упоредним правним системима, обухвата две компоненте а то су заједничко правно, законско старање (*legal joint custody*) и фактичко, физичко старање (*physical, actual joint custody*) (Standley, 2008: 235). Заједничко физичко старање подразумева да се оба родитеља и фактички старају о детету, што суштински подразумева да оно има два дома. Све остале компоненте одлучивања о битним питањима везаним за дете спадају у правно старање, које је једино неопходно да бисмо говорили о заједничком вршењу родитељског права (Ковачек- Станић, 2009:311; Meyer, Krause, 2006: 220-221).

У литератури постоји и схватање да је заједничко вршење родитељског права вишеструко штетно по интересе детета, јер потреба за стабилношћу представља принцип који чини суштину најбољег интереса детета. Ово становиште је, међутим, остало прилично изоловано, и окарактерисано као екстремно и направично, како према детету тако и према родитељу коме оно није поверено, а коме би родитељска улога на овај начин била потпуно ускраћена. Чињеница је да родитељство не престаје разводом брака, тј. престанком заједнице живота, као и да су детету у његовом психофизичком развоју потребна оба родитеља (Ковачек-Станић, 2002: 231).

21 Родитељи најбоље могу проценити степен емоционалне повезаности детета са оба родитеља, а руковођени љубављу према њему, вероватно ће успети да пронађу оптимално решење. Оваквим приступом осигурава се приватност и интимност породичног живота.

У нашем праву, споразум о заједничком вршењу родитељског права не може бити наметнут, родитељи га могу постићи једино сами. Једно другачије, иновативно решење, садржи најновији аустријски закон који се односи на родитељско старање. Наиме, њиме је уведена могућност да суд донесе привремену одлуку о заједничком родитељском старању, на период од шест месеци, с тим што се у овом периоду врши непосредни увид у породичну ситуацију и начин остваривања заједничког старања, како би се испитало како заједничко старање практично функционише и да ли је оптимално решење с аспекта интереса детета. Након периода провере, суд доноси коначну одлуку о форми родитељског старања. Ако се запитамо да ли би увођење такве могућности било прихватљиво у нашем праву, треба најпре поћи од постојећег стања специјализованих служби, које су у Аустрији врло развијене и заступљене, као и друге форме подршке одговорном родитељству (Петрушић, 2013: 169-175). Ова мера би била тешко спроводива у нашој пракси, јер постојећа преоптерећеност центара за социјални рад отвара питање колико би се озбиљно приступало провери да ли је заједничко старање адекватан модел старања. Сем тога, мишљења смо да заједничко вршење родитељског права треба да буде принцип без било каквих додатних услова. Тиме се управо стимулишу родитељи да заједнички и споразумно учествују у подизању детета, што је и суштина успешног родитељства.

Дакле, у нашем праву, родитељи морају постићи писмени споразум о заједничком обављању дужности и о вршењу права из садржине родитељског права. Поред захтева да постигну писмени споразум, правна судбина овог споразума условљена је и одлуком суда, коме је стављена у надлежност процена да ли је тај споразум у најбољем интересу детета. Својом вољом, родитељи могу тај споразум учинити више или мање опширним, односно детаљним, али, по слову закона, није нужно конкретизовање начина на који ће родитељи реализовати садржину родитељског права.²² Законодавац им даје слободу, штавише, довољан је њихов оквирни договор да ће права и дужности обављати у интересу детета, међусобним споразумевањем. Заправо, родитељи се овим путем саглашавају да ће наставити са вршењем родитељског права на исти начин као и пре прекида заједнице живота, у мери у којој новонастала ситуација то фактички дозвољава. Овде се отвара дилема да ли суд може исправно проценити такав споразум у светлу добробити детета, односно, да ли је ово решење довело до праксе аутоматског укључивања споразума родитеља у пресуду?

22 Чл. 76. ст. 1. ПЗС.

Иако би споразум родитеља требало да буде преиспитан од стране суда, у светлу најбољег интереса детета, у домаћој судској пракси се споразум често без спроведених извиђајних радњи, као и без утврђивања жеље детета са којим родитељем жели да живи, уноси у диспозитив одлуке. Претпоставља се да ће родитељи постићи најбољи могући споразум, али би било пожељно да суд, уз помоћ надлежних институција, сагледа свеукупну породичну ситуацију и психолошко стање субјеката родитељскоправног односа, како би се утврдила усаглашеност споразума са интересима детета и могућност његовог функционисања у пракси.²³

Ипак, решење законодавца о оквирном споразуму родитеља потпуно је у складу са савременом тенденцијом у породичном праву, будући да у многим земљама заједничко вршење родитељског права одавно представља доминантни облик његовог вршења (Ковачек-Станић, 2002: 238).²⁴

Наравно, у овако осетљивој и важној материји, не треба се дословно угледати на законодавство и праксу других држава, с обзиром да је реч о области која је специфична и прожета утицајем културних, обичајних, вредносних и других елемената једног друштва. Давно је речено да породично право, више од других правних грана, има печат националне индивидуалности и условљено је менталитетом и културом једног народа (Панов, 2013: 175). У нашем праву је могућност заједничког вршења родитељског права по престанку заједнице живота родитеља релативно скоро нашла своје

23 Према ЗБПО, судови су консултовали орган старатељства када није било споразума о деци, док су постигнути споразум по правилу прихватили сматрајући да је у интересу детета, чиме је суштински доношење одлуке било резервисано за родитеље.

24 У многим земљама данас (Шведска, Норвешка, Финска, Велика Британија, Француска, Италија, Немачка, Белгија, Холандија, Швајцарска, Португалија, Мађарска, Чешка, САД, Аустралија), не само да изричит споразум родитеља потврђен судском одлуком није услов за заједничко вршење родитељског права и по престанку заједнице живота, већ је у неким земљама могуће да суд одлучи да старање буде заједничко и против воље родитеља, ако сматра да је то у најбољем интересу детета (нпр. у Шведској и Норвешкој). Додуше, реч је о изузетној могућности, која се опрезно и рестриктивно примењује. Шведска је једна од првих земаља која уводи правило да старање остаје заједничко и по престанку заједнице живота, по сили закона, дакле без доношења одлуке суда о томе. Претпоставља се, дакле, да ће се родитељи споразумевати и надаље о свим питањима која се односе на дете. У случају несагласности о неком питању од битног значаја за дете постоји могућност обраћања надлежним установама (савету за социјално старање, агенцији за породично саветовање), које ће пружити помоћ у споразумевању, а тек ако ово нема ефекта, у судском поступку ће бити донета одлука о самосталном вршењу родитељског права од стране једног родитеља. Разграната је и мрежа установа (општинских савета за социјално старање и агенција за породично саветовање) које организују тзв. „кооперативне разговоре“ са родитељима, у циљу постизања споразума. Овакав прелазни ниво би требало предвидети и у нашем праву.

место, те се ка евентуалним новим изменама мора ићи постепено, имајући у виду недостатке који се покажу у пракси.²⁵

Уосталом, било какви додатни захтеви у погледу садржине споразума, могли би у пракси довести до избегавања његовог закључивања, што је потпуно супротно циљевима који се настоје остварити у концепту родитељства, а то је одвајање улоге родитеља од њихових личних односа и статуса. Законодавац једино наглашава да споразум родитеља мора обухватити питање пребивалишта детета.²⁶ По логици ствари, то ће бити пребивалиште оног родитеља са којим дете наставља заједнички живот. Овај захтев је у интересу правне сигурности и предупредбе потенцијалних спорних ситуација у пракси.

Са тим у вези, појавила се дилема, да ли би у интересу детета било одређивање наизменичног становања, нарочито уколико родитељи живе у близини? Ова могућност би учврстила њихов равноправни правни положај према детету, чија се важност толико потенцира, у смислу позитивног психолошког утицаја пре свега на дете али и на саме родитеље, те на њихову вољу и одговорност да се о детету наставе бринути заједнички и након престанка заједничког живота. У теорији је заступљено становиште да одређивање тзв. наизменичног становања детета није сврсисходно (Поњавић, 2007: 246).

Родитељи свакако могу организовати вршење родитељског права на начин који ће подразумевати „наизменично“ провођење времена код сваког од њих, нарочито ако просторна димензија то допушта (рецимо родитељи живе у истом месту, делу града, или чак улици). То је управо онај однос који се у упоредном праву назива заједничко фактичко старање, о чему смо већ говорили. Дакле, у нашем праву нема препрека за наизменични боравак детета код једног а потом код другог родитеља, чак и у току дана, ако за то има услова и ако је то решење у интересу детета при чему ће дете и у тој ситуацији имати само једно пребивалиште.

Родитељ код кога није пребивалиште детета и даље врши родитељско право. Наравно да обим вршења овог права, у односу на родитеља који се свакодневно стара о детету неће бити исти, али то је једна од неминовних последица престанка заједнице живота. Циљ заједничког вршења родитељског права јесте да се односи на релацији родитељ-

25 У време када је заједничко вршење родитељског права по престанку заједнице живота (или у случају да ње није никад ни било) уведено у упоредном праву, споразум родитеља је био предуслов заједничког старања о детету. Наше право је тренутно на овом стадијуму еволутивног развоја уређења односа родитеља и деце.

26 Чл. 76. ст. 2. ПЗС.

дете-родитељ што више нормализују, дакле да се у центар активности родитеља постави добробит детета, те да се однос између њих самих потисне у други план. Али, било би идеалистично и претенциозно рећи да се овим путем може надоместити потпуна породична заједница, и предности које има непосредно свакодневно старање оба родитеља о детету за његов правилан развој. Ми говоримо о моделу који треба да буде најбоље решење у околностима које немају исти квалитет, у поређењу са потпуном породичном заједницом.

Иако потпуна породица још увек, ужива подршку друштва и државе, као примарно окружење за рађање и одгајање деце, постоје ситуације у којима је, без обзира на начелне предности одрастања уз утицај и присуство оба родитеља, за дете најбоље да родитељско право врши само један од њих. Лош квалитет односа и нетрпељивост између родитеља може изазвати далекосежније негативне последице по психофизички развој детета, од околности да не одраста уз оба родитеља. Уколико су односи између родитеља изузетно заоштрени, ако живе у удаљеним местима (рецимо, различитим државама), или им се стил живота и васпитни циљеви изразито супротстављају, дете ће имати више штете него користи од заједничког вршења родитељског права.

На суду је велика одговорност да у конкретном случају, свеукупним сагледавањем свих субјективних и објективних околности, исправно процени могућност да постигнути споразум у пракси заиста функционише.

Споразум родитеља о заједничком вршењу родитељског права може бити раскинут, на захтев једног или оба родитеља који су учествовали у његовом закључењу.²⁷ Поред тога, нема сметњи да раскид споразума затраже дете или орган старатељства. Суд не може наметнути овај споразум родитељима али га може раскинути и уз њихово противљење, уколико је то у најбољем интересу детета (Поњавић, 2007: 246).

И Европски суд за људска права је у више својих одлука потврдио став да дете мора имати контакт са оба родитеља како би могло хармонично да се развија, али само у мери у којој је то у складу са најбољим интересом детета. У том смислу, законска могућност заједничког вршења родитељског права не може се наметнути родитељима, будући да постојање јаког конфликта међу њима представља индицију да заједничко вршење родитељског права не би било у складу са најбољим интересом детета. Наглашена је потреба да се избегне тзв. конфликт лојалности до кога често долази у оваквим случајевима а који подразумева немогућност детета да води стабилан и миран живот и да не буде рапапето између различитих ставова, стилова

27 Чл. 264. ст. 1. ПЗС.

живота, образовања својих родитеља (Драшкић, 2011: 300). Психофизичко здравље детета је најважније, а оно је угрожено уколико постоји осећање страха и неизвесности, те је у таквим ситуацијама самостално вршење родитељског права сврсисходније решење

4. Закључак

Постојање заједнице живота родитеља и деце, ствара претпоставку заједничког и споразумног вршења родитељског права. Ово би требало да буде редован вид вршења родитељског права. Насупрот томе, након фактичког прекида заједнице живота родитељи могу да наставе са вршењем дужности и остваривањем својих права споразумно, или ће пак један од њих самостално вршити родитељско право.

Више је разлога који иду у прилог заједничком вршењу родитељског права након престанка потпуне породичне заједнице. Кључна предност заједничког вршења родитељског права огледа се у минимизирању негативног утицаја одвојеног живота родитеља на дете. Али, било би идеалистично рећи да се овим путем може надоместити потпуна породична заједница и непосредно свакодневно старање оба родитеља о детету. Реч је о моделу који треба да омогући да дете задржи контакте са оба родитеља након престанка заједничког живота, што има позитиван утицај на његов психофизички развој.

Уколико родитељи желе и могу да се након престанка потпуне породичне заједнице споразумно старају о деци, споразум о томе морају постићи у писменој форми, а у надлежности суда је процена да ли споразум одговара најбољем интересу деце. У том смислу, законска могућност заједничког вршења родитељског права не може се наметнути родитељима, будући да постојање јаког конфликта међу њима указује да заједничко вршење родитељског права не би било у складу са најбољим интересом детета.

Многе земље су у признавању предности овог модела вршења родитељског права отишле корак даље, те се заједничко вршење родитељског права и када родитељи не живе заједно, практикује као правило, у складу са савременим концептом родитељства.

Сматрамо да ће, и у нашем праву, *de lege ferenda*, бити услова да заједничко вршење родитељског права по престанку потпуне породичне заједнице постане правило, у смислу увођења законске претпоставке о томе. Промовисање и јачање улоге породичних саветовалишта и стварање установа за породично посредовање, у смислу превентивног рада са породицом, могло би да помогне, и да укаже родитељима да у првом плану треба да

буду деца, уколико дође до породичне кризе која би могла водити њеном распаду. Овим путем би се родитељима могло указати на предности заједничког вршења родитељског права по престанку заједничког живота, те допринети афирмацији овог модела у пракси.

Литература

Бакић, В. (1967). *Породично право СФРЈ*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Драшкић, М. (2011). *Породично право и права детета*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Закон о браку и породичним односима. *Службени гласник СРС*. Бр. 22(1980), 24(1984), 11(1988), 22(1993), 25(1993), 35(1994), 46(1995), 29(2001).

Китановић, Т. (2011). *Утицај развода брака на родитељско право*. Правна ријеч, Бања Лука. 28.

Китановић, Т. (2011). *Вршење родитељског права после развода брака*. Правни живот. 7-8.

Китановић, Т. (2011). *Заједничко вршење родитељског права после развода брака*. Тематски зборник радова „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, Правни факултет Ниш.

Ковачек-Станић, Г. (1994). *Правни израз родитељства*. Нови Сад: Правни факултет.

Ковачек-Станић, Г. (2009). *Породично право: партнерско, деље и старатељско право*, Нови Сад: Правни факултет Нови Сад.

Ковачек-Станић, Г. (2013). *Породичноправни односи родитеља и деце у Србији (Војводини) кроз историју и данас*. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду. 2.

Ковачек-Станић, Г. (2002). *Упоредно породично право*, Нови Сад: Правни факултет, Одбор за пронаталитетну популациону политику града Новог Сада.

Meyer, D, Krause, H. (2007). *Family law in a Nutshell*, Chicago: Thomson West.

Payne J., Payne M. (2008). *Canadian Family law*. Toronto: Irwin Law.

Панов, С. (2013). *Хармонизација породичног права Србије са правом ЕУ*. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду. 1.

Поњавић, З. (2007). *Породично право*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Поњавић, З. (2008). *Уговорно вршење родитељског права*. Правни живот. 10.

Петрушић, Н. (2013). *Аустријски модел помоћи и подршке детету у поступку за уређивање родитељског старања и личног контакта*. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 65.

- Породични закон Србије. *Сл. гласник Републике Србије*. бр. 18(2005), 72(2011).
Преднацрт Грађанског законика Србије, <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>, приступ 05. април 2014.
Српски грађански законик, <http://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama.html>, приступ 20. април 2014.
Standley, K. (2008). *Family law*. London: Palgrave Macmillan Law Masters.
Thomson, J. (2006). *Family law in Scotland*. Edinburgh: Tottel Publishing.
Цвејић-Јанчић, О. (1997). *Заједничко вршење родитељског права*. Правни живот. 9.
Цвејић-Јанчић, О. (2004). *Родитељско право у Србији према Српском грађанском законик*у. Зборник радова Правног факултета у Новом Саду. 2.

Jelena Vasilic,
student of doctoral studies
Faculty of Law, University of Nis

MUTUAL EXERCISE OF PARENTAL RIGHTS

Summary

The topic of this paper is a joint exercise of parental rights, one of the two basic models of the exercise of parental rights in all modern legal systems.

Primarily, we dealt with the solutions of our positive legislation for its regulation. The central part of the work is divided into two parts, the first one is devoted to the joint exercise of parental rights for the duration of a complete family community, and the second, devoted to this model after the termination of a complete family community.

In Serbian law, the possibility of a joint exercise of parental rights after the dissolution of family community has been recognized relatively recently. In many countries the use of this mechanism is the rule, precisely, they have incorporated the presumption of joint parental responsibilities regardless of whether parents and children live in a community, or not anymore. Pointing out the advantages of this model of custody, we have tried to point out benefits of joint custody, and the justification for the introduction of such presumption into our right, after the results being shown in the practice.

Key words: *parental rights, joint exercise of parental rights, life community of parents and children, parents, children.*

СТИЦАЊЕ ЛИЧНИХ СЛУЖБЕНОСТИ ОДРЖАЈЕМ У ДОМАЋОЈ ТЕОРИЈИ И ПРАКСИ

Апстракт: Својина, најпотпунија правна власт на стварима, је вечита инспирација посленика правне мисли. Свакако требамо приметити да питање одржаја, није само питање права својине. Својина је наше почетно одредиште, тачка гледишта из које произилазе за нас ужа права у погледу ствари и наш циљ коме тежимо. Међутим, животне околности и прилике су различите. У животу нисмо увек власници, нити то можемо увек бити. Стога се поставља питање, примене правног института одржаја, на постанак ограничених стварних права. Та права се такође тичу ствари. Ако је то заиста тако, да ли институт одржаја, подразумева и стицање тих права или не. Предмет овог рада је стицање права личних службености путем одржаја у домаћем праву. Идеја за настанак рада састоји се у јединственом сагледавању конституисања личних службености путем одржаја кроз законска решења и праксу домаћих судова.

Кључне речи: одржај, личне службености, квалитети државине, правна дејства.

1. Правни извори регулисања права личних службености у Републици Србији

Личне службености (право употребе, становања и плодоуживања), нису детаљно регулисане у домаћем праву. Према одредбама Закона о основама својинскоправних односа Републике Србије², право плодоуживања, право

1 evtimovivana@yahoo.com

2 „Службени лист СФРЈ“, бр. 6/1980, 36/1990, „Службени лист СРЈ“, бр. 29/1996, „Службени лист РС“, бр. 115/2005. Текст закона може се наћи на сајту: <http://www.parlament.gov.rs>. У наставку рада биће коришћена скраћеница ЗОСПО.

употребе и становања, као и стварни терети уређују се законом.³ У оквиру одредаба ЗОСПО, за регулативу личних службености није било места, јер се сматрало да ови институти не спадају у стварно-правне односе и да треба да буду регулисани посебним републичким законом [Лазић, 2000: 40]. Како правна регулатива личних службености није уследила, на територији Републике Србије, примењују се правна правила Српског грађанског законика.⁴

Личне службености су регулисане у оквиру VIII главе СГЗ-а, која носи назив „О службеностима“ (*servituti*). Пар. 371 СГЗ-а, предвиђа да се од стварних службености разликују личне службености, при којима није једна ствар другој на корист опредељена, но ствар је за корист лицу каквом назначена. „Ово бива од три струке: кад једна ствар каквом лицу само 1) на употребљење, 2) на уживање, 3) за обитавање служи“. На стицање личних службености примењују се аналогно одредбе СГЗ-а, које се односе на стицање права својине како на покретним тако и на непокретним стварима. Према, пар. 342 СГЗ-а: „службености прибављају се оним начином као што се уопште сопствености различитих ствари или добара добијају“. Одредбом пар. 340 СГЗ-а, предвиђено је да се свака службеност или оснива на закону или на уговору, или на последњој вољи, или на пресуди судској, или на застарелости. Када кажемо застарелост, под њим подразумевамо и стицање права одржајем. СГЗ на јединствен начин уређује утицај времена на постанак и престанак права и то у IV глави која носи назив „О застарелости“.

2. Услови за стицање права личних службености одржајем

Пар. 340 СГЗ-а, предвиђена је могућност стицања права личних службености одржајем, али у оквиру те одредбе нису постављени услови, који морају бити испуњени да би се држалац права личних службености, позвао на стицање одржајем. Како је правни институт одржаја, регулисан чл. 28 ЗОСПО, то се одредбе овог члана примењују и на стицање личних служ-

3 чл. 60 ЗОСПО.

4 Одредбе Српског грађанског законика, примењују се на основу чл. 4 Закона о неважности прописа донетих до 06.04.1941. године и за време непријатељске окупације „Службени лист ФНРЈ“, бр. 86/1946 и 105/1947. Наиме овим Законом је предвиђено да судови могу користити правна правила из предратних прописа, ако нема нових прописа о одређеном друштвеном односу, ако предратни прописи нису у супротности са уставом ФНРЈ из 1946. године и ако нису у супротности са уставним начелима. Грађански законик за Краљевину Србију, (текст Законика од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама), може се наћи на сајту: <http://www.sr.wikisource.org/sr>. У наставку рада биће употребљавана скраћеница СГЗ.

бености одржајем. Вршилац садржине права личне службености, може се позвати на стицање права редовним одржајем или ванредним одржајем. На редовни одржај може се позвати вршилац права личне службености, чија је државина законита, није прибављена силом, претњом или злоупотребом поверења и која је савесна за време одређено законом. На ванредни, апсолутни одржај, може се позвати вршилац права личне службености чија је државина савесна за време одређено законом.

Законита државина права личне службености, постоји када је вршилац права личне службености до државине дошао на основу пуноважног правног посла подобног да се стекне право личне службености, под условом да таква државина није прибављена силом, претњом или злоупотребом поверења. Ништави правни послови не могу довести до стицања права личних службености одржајем. Рушљиви правни послови су подобни за стицање права личних службености одржајем. Рушљиви правни послови производе правно дејство, под условом да не буду поништени у законом предвиђеним роковима. Уколико се не пониште, наступа конвалидација оваквих правних послова. Имајући у виду да је могуће оснажење рушљивих правних послова, могуће је и стицање права личних службености одржајем на основу рушљивих правних послова.⁵ Правни послови управљени на стицање права личних службености на непокретним стварима, морају бити закључени у писаној форми.⁶ Према, проф. Лазићу, стицање права

5 Супротно схватање има проф. Ч. Рајачић, *Стварно право*, Загреб, 1956, стр.169.

6 За валидност уговора којим се конституише право доживотног становања није потребно да су испуњени формални услови предвиђени чл. 4. Закона о промету непокретности (посебно овера од стране суда), јер се не ради о уговору којим се преноси право својине, него се вршење тог права само ограничава. *Пресуда Окружног суда у Зрењанину, Гж. 1358/96 од 28. 11.1997. године*. Овакво становиште суда не можемо прихватити из следећих разлога: на прибављање личних службености, аналогно се примењују одредбе пар. 294 СГЗ-а, „о прибављању права својине на непокретним добрима“. На примену пар. 294 СГЗ-а, указује пар. 342 СГЗ-а, према коме се службености прибављају оним начином, као што се уопште сопствености различитих ствари и добара добијају. Имајући у виду да се на регулативу личних службености примењују одредбе СГЗ-а, према чл. 4 Закона о неважности..., и на питање прибављања личних службености имају се применити одредбе СГЗ-а. Изузетно усмени уговори о конституисању личних службености, производе правно дејство уколико су у целисти или у претежном делу реализовани. Тако, код утврђеног чињеничног стања, правилно је првостепени суд закључио да тужиља има право да настави да станује у стану који је предмет спора. Без обзира што тужиља није могла постати суносилац станарског права, нити се може сматрати чланом породичног домаћинства, на основу свих околности случаја може се закључити да је пок. О. И. закључила усмени али реализован уговор којим је у корист тужиље конституисала личну службеност права становања на овом стану. *Из образложења пресуде Врховног касационог суда Србије, Рев. 493/2010 од 08.07.2010. године*. Мишљења смо да чињеница што су у питању ограничена стварна права није, нити

плодоуживања одржајем, примењиваће се када је стицалац плодуживања закључио уговор о конституисању плодуживања са невласником. Стицалац је прибавио само путативан основ вршења плодуживања и државину права плодуживања (закониту и савесну или само савесну). [Лазих, 2000: 40].

Савесна државина је државина оног лица, које не зна, и не може знати да садржину права личне службености коју врши, припада другом лицу (у случају када је право стечено од невласника) као и када не зна и не може знати да правни посао као основ државине није пуноважан (у случају када је право стечено од власника, али по правном основу који није пуноважан). Проф. О. Станковић и проф. М. Орлић сматрају да савесна државина код ванредног одржаја има шире значење, него код редовног. У смислу правила о ванредном одржају савестан је онај држалац који оправдано верује да је власник, те се он налази у двострукој заблуди; у погледу права својине претходника (погрешно држи да је претходник власник) и у погледу постојања законитог основа (погрешно држи да основ постоји). [Станковић, Орлић, 1986: 149] Супротно, схватање имају, проф. Р. Ковачевић-Куштримовић и проф. М. Лазих, који сматрају да је овај захтев веома ригорозан и да није у складу са циљем одржаја. [Ковачевић-Куштримовић, Лазих, 2004: 129] Држалац је савестан и онда када је до државине права личне службености дошао на основу правног посла који није пуноважан, а закључен је са невласником, под условом да држалац није то знао, нити могао знати.

Мишљења смо да двострука заблуда држаоца није неопходна, напротив инсистирањем да се држалац налази у двострукој заблуди, у великој мери се ограничава дејство фактичке власти, а могућност да се право личне службености стекне путем ванредног одржаја чини готово немогућом. Овакво мишљење оправдавамо и чињеницом да вршилац права личне службености није ометан у вршењу фактичке власти 20 година од стране власника послужног добра. Инсистирањем на двострукој заблуди држаоца, штити се власник послужног добра, а што није правично, јер он сам за период од 20 година ничим није довео у питање савесност држаоца, већ је нечињењем додатно учврстио уверење држаоца да право чију садржину врши њему заиста припада.

може бити разлог којим се оправдава неиспуњење формалних услова. Ово нарочито из разлога, што су личне службености стварна права на туђој ствари, која у највећој могућој мери ограничавају право власништва. Њиховим конституисањем настају дејства, која се равнају са дејствима права својине.

Савесна државина је израз држаочевог оправданог уверења да су испуњени сви услови за стицање права. Она се процењује субјективно за разлику од законитости државине.⁷ Држалац може бити незаконит (правни посао је ништав), али савестан јер је у оправданој заблуди о тој чињеници. [Ковачевић-Куштримовић, Лазић, 2004: 129] Савесност државине се не доказује, она се предпоставља. Ко тврди да је државина несавесна, то мора и да докаже. Држалац мора бити савестан за све време одржаја, касније наступила несавесност шкоди (*mala fides superveniens nocet*). Прекаријална државина није подобна за стицање стварних права одржајем.⁸

Уколико су испуњени услови законитости и савесности, односно само савесности државине, права личних службености прибављају се одржајем по протеклу времена одређеног законом.⁹ Наиме одржај није само правни основ (*titulus*, правни наслов, темељ) стицања које би имало наступити тек неким актом стицања (*modus acquirendi*), него до стицања долази самом чињеницом да је наступио одржај. [Gavella, Josipović, Gliha, Belaj, Stipković,

7 У пракси, савесност држаоца права личне службености, требамо процењивати на исти начин као и савесност држаоца који се позива на стицање права својине одржајем. „Утврђена чињеница да су тужилац и његов правни претходник постављали ограду на месту где се и данас налази указује на свесност туженог који је могао сматрати да је сва површина земљишта до ограде у његовом власништву, пошто га у државини није нико ометао преко 20 година. Савесност туженог у смислу наведених одредаба ЗОСПО, даје туженом право на стицање власништва што истовремено захтев тужиоца за предају у државину чини неоснованим, јер је са таквим захтевом закаснио. *Из образложења пресуде Врховног суда Србије, Рев. 4370/97. Т. Крсмановић, Стварно право и промет непокретности, Београд, 2001, стр. 72.* Аналогно, вршилац права плодуживања на одређеној парцели, може се позвати на стицање права плодуживања одржајем, уколико је вршио право плодуживања, а није знао нити могао знати да право плодуживања припада другом лицу и није био ометан у државини 20 година. Уколико је пак испуњен и услов законитости државине, довољан је рок од 10 година.

8 Предметну парцелу број __/8 К. О. Н.С. тужени је дао тужиоцу на уживање, а ствар дата на уживање никада се не може стећи у власништво одржајем, јер такав основ поседовања није довољан да би се могло по том основу стећи власништво ствари, а нико не може основ свог поседа самовласно променити и место по основу прекаријалне државине хтети уживати по неком другом основу подобном за стицање власништва. Према наведеном, прекаријална државина није подобна за стицање стварних права одржајем што је у конкретном случају, јер тужилац прекаријално користи предметну парцелу које је право везано искључиво за постојање воље туженог као власника ствари и исто престаје престанком воље власника предметне парцеле да исту тражи у враћању поседа. (*Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 2935/10 од 29. 09. 2010. године*). Такав су лица која по основу радног или сличног односа, или у домаћинству врше фактичку власт на ствари за друго лице, а дужна су да поступају по упутствима тог лица. Чл.71 ЗОСПО.

9 Видети, чл. 28 ЗОСПО.

1998: 411] Тако за права личних службености стечених путем одржаја на непокретним стварима, није потребан упис у јавним књигама. Уколико се титулар права личне службености одлучи за укњижбу права стеченог путем одржаја, упис ће имати само декларативни карактер.¹⁰ Супротно гледиште било би неприхватљиво имајући у виду да се њиме излази ван услова предвиђених законом и руши њихов конститутивни карактер. Тако стицање не би било стицање одржајем (протеком времена) већ стицање уписом, чиме се руши вековима чувана концепција правног института одржаја. Упис права у јавним књигама појачава позицију лица које је право личне службености стекло путем одржаја. [Ковачевић-Куштримовић, Лазић, 2004: 134]

Овде требамо напоменути и то да вршење права личних службености у односу на непокретности, може бити и делимично, међутим то свакако није разлог за престанак службености, нити разлог који искључује могућност држаоца да се позове на одржај.¹¹

Код стицање права личних службености одржајем, не важи правило о прирачунавању рока за одржај. Имајући у виду нераскидиву везаност права личних службености за личност титулара, код стицања права личних службености, није могуће применити ст. 4 чл. 28 ЗОСПО. Питање државине права личних службености, у моменту отварања наслеђа не можемо постављати, нити пак постављати питање одржаја, имајући у виду да су личне службености ненаследиве, те као такве гасе се смрћу њиховог титулара.¹²

10 По самом закону одржајем се стиче право својине на непокретној ствари у тренутку када наступе оне правне чињенице на које закон надовезује непосредно стицање права својине, па упис тако стеченог права у земљишним књигама, на основу утврђене пресуде има декларативан, а не конститутиван карактер. (*Врховни суд Србије. 175/88. Т. Крсмановић, оп. cit. стр. 66.*)

11 Нижестепени судови су правилно закључили да није престао разлог за престанак плодуживања. Тужени користе непокретност, која је предмет плодуживања, према својим потребама и могућностима, а пошто се она код ове службености третира као јединствена ствар, коришћење било ког дела има значај коришћења читаве непокретности. Зато обим коришћења непокретности, односно некоришћење дела непокретности, не може представљати разлог за престанак плодуживања. *Из образложења пресуде Врховног суда Србије, Рев. 4428/2002 од 28. 11. 2002. године, видети у Билтену Судске праксе Врховног суда Србије, бр. 4/2002, стр. 114.*

12 Тако, изјавом правног претходника тужилаца од 01. 06. 1965. године коју је потписао и отац туженог, што јој даје значај споразума, конституисано је на спорним непокретностима доживотно право личне службености у корист оца туженог и то на стамбеној згради право становања, а на земљишту право употребе. Како се ради о праву личне службености конституисаном у корист оца туженог, то је његовом смрћу престало право коришћења и свим другим лицима, које су по том основу спорне

3. Правна дејства стицања права личних службености одржајем

Титулар права својине који не врши својинска овлашћења, у одређеном временском периоду, ризикује да законити и савесни, односно само савесни вршилац права личних службености, за време одређено законом стекне та иста права путем одржаја. Можемо рећи да је стицање личних службености одржајем приближно једнака санкција за немарног власника послужног добра, као и губитак својине, имајући у виду да су личне службености по својој садржини “ умањена својина”. Личне службености су права која у највећој могућој мери предствљају ограничење за власника послужног добра. Конституисањем личне службености одржајем, власнику послужног добра, остаје само гола својина (*nuda proprietas*).

Личне службености јесу ограничена стварна права, која делују *erga omnes*, што значи да су сва трећа лица, укључујући и власника послужног добра дужна да се уздржавају од ометања или одузимања државине титулару личне службености. Титулар права личне службености своје право, штити државинском (посесорном) али и својинском (петиторном) тужбом (*actio confesoria*). Конфесорну тужбу титулар права личне службености користи за повраћај послужне ствари и за престанак сметања. Уживаоци имају у односу на власника или трећа одговорна лица право на облигационоправни захтев за накнаду штете. [Ковачевић-Куштримовић, Лазић, 2004: 134].

Стицање права одржајем делује ретроактивно. [Станковић, Орлић, 1986: 149]. Права и обавезе држаоца права личне службености и власника послужног добра, настају од момента заснивања државине права.

Смрт власника послужног добра, одрицање од својине и продаја послужног добра, не мењају садржину личних службености, нити правни положај уживаоца. [Лазић, 2000: 14]. Право употребе и становања, иако се њихов обим одређује према потребама титулара, не престају у случају када узуар или хабитант могу коришћењем другог добра задовољити истоветну потребу. То је последица стварноправне природе ових права која након конституисања имају своју самосталну судбину. [Лазић, 2000: 149].

4. Закључак

Правна регулатива личних службености, садржана је у СГЗ. Анализом одредаба СГЗ-а, видели смо да је одржај један од начина за конституисање личних службености. За стицање личних службености одржајем, захтевају се исти квалитети државине, као и за стицање права својине одржајем,

непокретности користиле. (Из образложења одлуке Врховног суда Србије, Рев. 5123/97), Т. Крсмановић, *op. cit.* стр. 205.

а који произилазе из одредаба чл. 28 ЗОСПО. Личне службености, настају оног момента када се испуне законом предвиђени услови. Укњижба тако насталих права нема конститутивно, већ декларативно дејство. Делимично вршење права личних службености, не доводи до престанка личних службености, нити искључује могућност да се држалац позове на стицање одржајем. Прекаријална државине искључује могућност позивања на примену правног института одржаја. Имајући у виду значај личних службености, нарочито значај плодуюживања, неопходна је детаљна регулатива личних службености. Тиме би личне службености добиле своје место у оквиру правне регулативе стварних права.

Литература

Gavella, N. Josipović, T. Gliha, I. Belaj, V. Stipković, Z.: Стварно право, Информатор, Загреб, 1998.

Ковачевић – Куштримовић, Р- Лазић, М.: Стварно право, Ниш, Пунта, 2004.

Крсмановић, Т.: Стварно право и промет непокретности, Београд, 2001.

Лазић, М.: Монографија, Личне службености, Ниш, 2001.

Рајачић, Ч.: Стварно право, Загреб, 1956.

Станковић, О - Орлић, М.: Стварно право, Научна књига, Београд, 1986.

Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр.4/2002.

Правни прописи:

Грађански законик за Краљевину Србију, (текст Закона од 11. марта 1844. године, са изменама и допунама).

Закон о основама својинскоправних односа Републике Србије („Службени лист СФРЈ“, бр. 6/1980, 36/1990, „Службени лист СРЈ“, бр. 29/1996, „Службени лист РС“, бр. 115/2005).

Закон о неважности правних прописа донетих пре 06.04.1945. године и за време непријатељске окупације ФНРЈ („Службени лист ФНРЈ“, бр.86/1946 и 105/1947).

Интернет странице

<http://www.parlament.gov.rs>.

<http://www.sr.wikisource.org/sr>

<http://www.vk.sud.rs/sudska-praksa.html>].

<http://www.sirius.rs>.

<http://www.ns.ap.sud.rs>.

<http://www.198.154.249.34/~projuris/.../Sudska-praksa-u-gradjanskim-stvarima>.

<http://www.bg.ap.sud.rs>.

Правне базе:Pragraf lex, Propisi net.

Ivana Evtimov, student of doctoral studies
Faculty of Law, University of Nis

ACQUISITION PERSONAL SERVITUDE BY ADVERSE POSSESION IN LOCAL THEORY AND PRACTICE

Summary

Legal regulations of personal servitude, is contained in the SGZ. An analysis of the provisions of SGZ, we have seen that the adverse possession one way for the constitution of personal servitude. To acquire personal servitudes presumption, require the same quality of possession, as well as for the acquisition of property rights by presumption, and deriving from the provisions of Art. 28 ZOSPO. Personal servitude are created the moment you meet the conditions provided for by law. Registering created so law does not constitutively, but declaratory effect. Partly exercise personal servitude, does not lead to the cessation of personal servitude, nor preclude a holder invoke the presumption of acquisition. Detention possession excludes the possibility of invoking the application of established legal principles of adverse possession. Given the importance of personal servitude, particularly the importance of usufruct is necessary detailed regulation of personal servitude. Thereby to private easements granted its place within the legal regulations of property rights as a private easement and represent.

Key words: Adverse possession, personal servitude, quality possession, legal facts.

ОГРАНИЧЕЊА ПРИВАТНЕ СВОЈИНЕ НА ПОЉОПРИВРЕДНОМ ЗЕМЉИШТУ

Апстракт: У раду се бавимо идентификацијом и анализом ограничења приватне својине на пољопривредном земљишту, уз осврт на појам приватне својине, општи појам ограничења и врсте ограничења приватне својине. Акценат ће бити стављен на анализу ограничења с обзиром на титулара својине и с обзиром на садржину права својине, уз указивање на недостатке у позитивној законској регулативи. Ауторка ће се, осврнути и на садржину одредби Устава РС из 2006 године² којима се предвиђа основ и намећу границе до којих законодавац може захватити у право својине.

Кључне речи: приватна својина, ограничења приватне својине, пољопривредно земљиште.

1. Увод

Због великог значаја који земљиште има за егзистенцијални опстанак појединца и друштва, оно представља најзначајнију непокретност, те је у општем интересу да се оно користи на рационалан начин. Тиме се оправдава чињеница да право својине на земљишту подлеже разним ограничењима.

Ограничења приватне својине су различита у зависности од врсте земљишта, те можемо говорити о ограничењима везаним за пољопривредно, грађевинско и шумско земљиште. Разлике у ограничењима произлазе из различите намене земљишта.

1 Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, финасираном од стране Министарства просвете, науке и технолошког развоја Србије (број 179046).

2 Сл. гласник РС, бр. 68/06.

Предмет нашег рада је идентификација јавноправних ограничења приватне својине на пољопривредном земљишту, указивање на недостатке у позитивној законској регулативи ограничења приватне својине на пољопривредном земљишту, указивање на предности и недостатке наметнутих ограничења, као и анализа одредби садржаних у Уставу РС из 2006. године којима се регулишу основ и границе за наметање ограничења законом.

2. Појам приватне својине

Својина није само правна, већ и друштвена и економска категорија. Својина као друштвена категорија представља однос међу људима поводом ствари (Пешић, 1952: 56).

Својином, као економском установом, највише су се бавили класици марксизма. Маркс и Енгелс су дали три одређења својине као економске установе, од којих је најважнија Марксова дефиниција својине као најпотпунијег присвајања економских добара (Гамс, Петровић, 1980:41). Ова дефиниција намеће питање шта се подразумева под присвајањем. Присвајање је привлачење у сферу овог интереса неког економског добра, ради задовољења потребе која побуђује тај интерес (Гамс, Петровић, 1980: 41). Одело присвајамо када га носимо, аутомобил када се њиме возимо, храну када је утрошимо, без обзира како право регулише то присвајање: да ли исто одобрава или не. Према томе, крадљивац аутомобила економски исто тако присваја украдени аутомобил као и лице које има легитимно право да се њиме вози.

Својина је својим постојањем, као важна друштвена и економска категорија, наметнула потребу правног регулисања. Тиме долазимо до својине као правне категорије, која има објективно и субјективно значење. У објективном смислу, под својином се подразумева скуп правних норми које регулишу присвајање ствари. У субјективном смислу, својина представља субјективно право чија се садржина односи на то присвајање (Гамс, Петровић, 1980: 41).

Приватна својина, као правна установа и као субјективно право, најдоследније је изграђена у римском праву. Класична приватна својина, у римском праву, названа *proprietas*, обично се дефинише као *ius utendi, fruendi et abutendi*, тј. право слободног коришћења, убирања плодова и располагања са ствари. Она се дефинише још као „*plena in re potestas*“ тј. најшира правна власт на ствари. Класични законици грађанског права су потпуно преузели ту, класичну, римску концепцију. Иако не постоји општеприхваћена дефиниција права својине која важи у свим

земљама, суштина појмовног одређења права својине у већини земаља је идентична. Тако, Француски грађански законик³ својину одређује као право коришћења и располагања стварима на најапсолутнији начин, под условом да се не врши противно закону и уредбама. Слична је и дефиниције права својине у Аустријском грађанском законуку.⁴

У нашем праву је својина први пут регулисана Српским грађанским законом⁵, и то на следећи начин: „Све ствари, добра и права, која Србину припадају, јесу његова својина или сопственост, да је сваки Србин савршен господар од својих добара, тако да је он властан, ова по својој вољи уживати, с њима по вољи располагати и свакога отуд искључити, наравно по пропису закона. Наведеном одредбом је преузет римски појам својине, по угледу на изворник, Аустријски грађански законик. Наше позитивно право, тј. Закон о основама својинско-правних односа⁶ у чл. 3. садржи следећу одредбу „Власник има право да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама одређеним законом“. Међутим, многи правници (Стојановић, 1963: 68) најбољом дефиницијом права својине сматрају ону коју је изрекао Богишић у делу Законика који садржи правничке изреке „Кажеш ли о каквој ствари моја је, то је највише што казати можеш.“ Овом дефиницијом се својина потврђује као најшире субјективно стварно право.

3. Појам и врсте ограничења права својине

У најширем смислу, под ограничењем права својине подразумевамо сужавање својинских овлашћења титулара, правним нормама објективног права и појединачним правним нормама, садржаним у правном послу, којим власник ствари преноси одређено својинско овлашћење.

Од ограничења треба разликовати укидање права својине које представља гашење приватне својине и њено претварање у државну, уз одговарајућу накнаду или без ње. Национализација, конфискација и експропријација су мере укидања приватне својине и трансформисања у државну. Национализација и конфискација представљају гашење приватне својине без правичне накнаде. Експропријација обухвата мере којима се укида право својине уз правичну накнаду (Лазих, 2004: 89).

3 Чл. 544 Француског грађанског законика (ФГЗ), текст Законика преузет са сајта: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

4 Чл. 211. Аустријског грађанског законика (АГЗ), текст Законика преузет са сајта: <http://www.propisi.com/propisi-online.html>.

5 Параграф 211. Српског грађанског законика (СГЗ), текст Законика преузет са сајта: <http://www.overa.rs/gradanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama>.

6 *Сл. лист СФРЈ*, бр. 6/80, 36/90, *Сл. лист СРЈ*, бр. 29/96, *Сл. гласник РС*, бр. 115/2005.

Конкретна ограничења права својине су многобројна и разноврсна. Разликују се по начину настанка, садржини, извору, итд. Због тога, постоји више класификација ограничења права својине, у зависности од тога шта узимамо као критеријум.

Ако као критеријум узмемо извор ограничења права својине, разликујемо законска и вољна ограничења, с обзиром на то да ли су садржана у закону или правном послу који је власник ствари закључио са трећим лицем и пренео својинско овлашћење.

Законска ограничења приватне својине могу бити јавноправна ограничења и приватноправна ограничења. Јавноправна и приватноправна ограничења јесу непосредна законска ограничења, јер подразумевају сужавање својинских овлашћења непосредно на основу закона. Основна разлика између јавноправних и приватноправних ограничења јесте у врсти интереса који се штити.

Јавноправним ограничењима (Гамс, Петровић, 1980: 54) се штити јавни или општи интерес⁷, те се њима ограничава право својине на добрима која су од посебног значаја за целу друштвену заједницу. То су добра за која је заједница и те како заинтересована, нарочито за начин њиховог коришћења, јер од истог зависе услови живота читавог друштва, те се не сме њихова употреба препустити апсолутној слободи титулара својине. Таква добра су пољопривредно земљиште, шумско земљиште, вода, рудна богатства. Јавноправна ограничења приватне својине воде порекло од схватања својине као социјалне функције.

Приватноправна ограничења настају претежно у приватном интересу. То су ограничења у корист суседа и забрана злоупотребе права. Ограничења приватноправног карактера власници у својим међусобним односима могу укинути и изменити уговором. Са јавноправним ограничењима то није случај, она се не могу споразумом заинтересованих власника непокретности мењати јер су регулисана императивним прописима. Јавноправним ограничењима се дубље захвата у приватну сферу појединаца, њима је омогућено извршење најразличитијих задатака модерне државе, због тога се њихово поштовање контролише, а непоштовање санкционише, преко државних органа.

Ограничења приватне својине могу се односити на субјекте, објекте, садржину и вршење права приватне својине.

7 Суштинске разлике између општег и јавног интереса нема. Термин општи интерес потиче из социјалистичког права док је термин јавни интерес употребљен у Уставу Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 68/06.

Ограничења у погледу субјекта значе да све објекте који се иначе могу налазити у својини не могу имати сва лица. Тако страна физичка и правна лица не могу стицати својину на пољопривредном земљишту. У погледу објекта на којима се може заснивати право својине, постоје две врсте ограничења: прво, одређени објекти уопште не могу бити у приватној својини (грађевинско земљиште, до доношења Закона о планирању и изградњи) и друго, на одређеним објектима може се стећи својина само у границама максимума одређеног законом (пољопривредно земљиште, до доношења Закона о пољопривредном земљишту⁸). Ограничења права својине у односу на њену садржину подразумевају да власник у вршењу овлашћења држања, коришћења и располагања није потпуно слободан, већ закон одређује могућност и начин вршења својинских овлашћења. Ограничења у погледу вршења права својине значи да је власник дужан, у вршењу права својине, да се уздржава од радњи и отклања узроке који потичу од његове непокретности, а којима се отежава коришћење других непокретности.

Ограничења приватне својине се могу јавити у виду општих правних начела и специјалних ограничења. Опште начело о забрани злоупотребе права ограничавајуће делује на садржину права својине, тако да се својинска овлашћења не смеју вршити једино у циљу да се другоме нанесе штета. У таквом случају, власник је прекорачио садржај својих овлашћења, његова радња је противна намени и функцији коју је правни поредак одредио за право својине. Специјална ограничења приватне својине могу бити врло различита и односе се на тачно одређену ствар, на пример, само на пољопривредно земљиште, или само на шуме, или само на грађевинско земљиште.

Наведене класификације немају велики практични значај, али сматрамо да је њихов теоријски значај изузетно велики. Због бројности конкретних ограничења приватне својине, потребно је познавати класификације ограничења приватне својине, како би се конкретно ограничење могло идентификовати и одредити циљ његовог постојања у правном поретку једне државе.

4. Уставноправни оквир ограничења приватне својине на пољопривредном и грађевинском земљишту

Правни извор, када је реч о ограничењима права својине на пољопривредном земљишту у нашој земљи, јесу Закон о пољопривредном земљишту. Приликом регулисања конкретних ограничења права својине на

⁸ Закон о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, бр. 62/06, 41/09.

пољопривредном и земљишту законодавац није имао потпуну слободу, јер су оквир за предвиђање ограничења законом и границе до којих се може захватити у право својине садржане у Уставу

Уставне одредбе којима се право својине појединаца зајемчује, и одређују границе до којих законодавац може ограничити право својине имају велики значај за правни положај власника и његову правну сигурност.

Право својине регулисано је у делу Устава Републике Србије у којем су садржана основна права. Члан Устава којим се зајемчује својина насловљен је са „Право на имовину“ и њиме се јемчи мирно уживање имовине и других имовинских права стечених на основу закона. У делу Устава под називом „Економско уређење и јавне финансије“ јемче се приватна, задружна и јавна својина, као и постојање једнаке правне заштите за сва три облика својине.

Право својине може бити ограничено само у јавном интересу, утврђеном на основу закона. Наведена одредба Устава у складу је са Европском конвенцијом о људским правима и основним слободама, јер је у чл. 1 Протокола уз Европску конвенцију о људским правима и основним слободама, изричито предвиђено да „свако физичко или правно лице има право на неометано уживање своје имовине и да нико не може бити лишен или ограничен у том праву осим у јавном интересу и под условима предвиђеним законом и општим начелима међународног права“.

Јавни интерес је правни стандард чију је садржину веома тешко одредити, јер право не одређује прецизно садржину јавног интереса, већ оставља законодавцу да цени у свакој конкретној ситуацији шта је јавни интерес и да ли он постоји.

С обзиром на неодређеност садржине јавног интереса, држави је омогућено да различитим законима врши процену постојања и садржине јавног интереса, а самим тим и да у спровођењу своје политике дубоко захвати у право приватне својине и сузи својинска овлашћења титулара под изговором јавног интереса.

За разлику од права својине на осталим стварима, уставотворац није допустио да се законом врши процена постојања и садржине јавног интереса приликом наметања ограничења праву својине на пољопривредном земљишту, већ је одредио да јавни интерес код ограничења права својине на пољопривредном земљишту јесте „отклањање опасности од доношења штете животној средини“.

Таквом одредбом законодавац је у великој мери ограничен приликом сужавања својинских овлашћења титулара својине на пољопривредном земљишту, у јавном интересу. Са друге стране, Уставом је предвиђено да

се право својине на пољопривредном земљишту може ограничити ради заштите приватног интереса, односно, да би се спречила повреда права других лица.

Овлашћење законодавца да право својине ограничава ради заштите приватног интереса, Уставом је предвиђено само за пољопривредно земљиште, не и за остале непокретне ствари.

Приликом наметања ограничења праву својине на пољопривредном земљишту, законодавац мора поштовати и услове садржане у одредби чл. 20. Устава РС. Међутим, док су јавни интерес, заштита животне средине и заштита права и на закону заснованих интереса других лица границе до којих законодавац може захватити приликом наметања ограничења праву својине на пољопривредном земљишту, услови садржани у одредби чл. 20. Устава РС, представљају границе које се морају поштовати приликом наметања ограничења сваком људском и мањинском праву.

Одредба чл. 20. Устава РС предвиђа да се људска и мањинска права могу ограничити под условом да је такво ограничење допуштено Уставом и да је прописано законом, да ограничење служи сврси коју Устав допушта, да је таква врста ограничења неопходна и потребна у демократском друштву и да се ограничењем не задире у суштину зајемчаног права.

Истим чланом је утврђена обавеза свих државних орагана, нарочито судова, да у случају постојања ограничења Уставом гарантованих права посебно воде рачуна о постојању и успостављању правичне равнотеже између средства које се користи и циља који се жели постићи (заштита права других или заштита вредности демократског друштва). Ово пре свега подразумева обавезу да се у сваком конкретном случају има у виду суштина права које се ограничава, важност сврхе ограничења, природа и обим ограничења, однос ограничења са сврхом ограничења, као и да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права.

Имајући наведено у виду до дозвољеног ограничења права својине, које истовремено не представља повреду тог права, може доћи само уколико је у конкретном случају утврђено да постоји оправдана и неопходна потреба заштите јавног интереса, да је та потреба изричито утврђена законом, те да је ограничењем права својине успостављена правична равнотежа између интереса појединца и јавног интереса.⁹

Ограничења права својине Уставом треба да буду уска, веома одређена и јасна. Ван тих ограничења право својине треба да буде заштићено. Јер, ако

9 Одлука Уставног суда Србије, Уж. 616/08 од 01.12.2010. год.

се сложимо да ограничења права својине представљају настојање друштва да одреди границу преко које би право својине могло да представља угрожавање интереса трећих лица или друштва у целини, онда то значи да те границе треба поставити тако да заиста омогуће заштиту интереса појединаца и усклађивање личног и друштвеног интереса. Сматрамо да је Устав републике Србије, у погледу регулисања ограничења права својине на пољопривредном и грађевинском земљишту, тај задатак остварио, с обзиром да је био веома рестриктиван приликом давања законодавцу овлашћење ограничавања својине у јавном интересу и ограничио га на заштиту животне средине.

5. Ограничења права својине на пољопривредном земљишту

Пољопривредно земљиште је основни, незаменљиви и необновљиви фактор пољопривредне производње. Као такво има пресудан значај за опстанак и развој одређене заједнице. Због тога, свака држава води посебну бригу о заштити, унапређењу и што рационалнијем коришћењу пољопривредног земљишта, водећи рачуна о текућим потребама, али и потребама будућих генерација.

Република Србија, такође, предузима одговарајуће мере у том правцу. Половином 2006. године донела је нов Закон о пољопривредном земљишту¹⁰, као најзначајнији пропис којим се на целовит начин уређују питања за заштиту, уређење и коришћење пољопривредног земљишта.

Пољопривредно земљиште јесте „земљиште које се користи за пољопривредну производњу“.¹¹ Ту спадају њиве, баште, воћњаци, виногради, ливаде, пашњаци, рибњаци, трстици и мочваре. Пољопривредно земљиште је и земљиште које се може привести намени за пољопривредну производњу. То је земљиште које се у тренутку ступања на снагу Закона о пољопривредном земљишту користи као грађевинско земљиште, али је променом планског акта промењена и намена земљишта у земљиште које се користи за пољопривредну производњу. Пољопривредно земљиште је добро од општег интереса.

Одредбе Устава Републике Србије о облику права својине на пољопривредном земљишту су контрадикторне. Према чл. 87. Устава Републике Србије „добра за која је законом одређено да су од општег интереса налазе се у државној имовини“, док је чл. 88. Устава Републике Србије прописано да је коришћење и располагање пољопривредним земљиштем у приватној својини слободно.

¹⁰ Службени гласник РС, бр.62/06, 41/09.

¹¹ Чл. 2. Закона о пољопривредном земљишту, Службени гласник РС, бр. 62/06, 41/09.

Према Закону о пољопривредном земљишту, пољопривредно земљиште се налази у државној и приватној својини. Земљиште у државној својини могу да користе и пољопривредни произвођачи - физичка лица, што до сада није био случај. По Закону о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине¹², пољопривредно земљиште у државној својини користила су правна лица (предузећа, пољопривредне задруге и друга правна лица), која су имала право коришћења и располагања тим земљиштем до његовог ступања на снагу. Закон детаљно регулише начин коришћења земљишта у државној својини.

С обзиром да је законом пољопривредно земљиште одређено као добро од општег интереса, значи да је друштвена заједница посебно заинтересована како и на који начин се користи, те да његово коришћење неће препустити апсолутној слободи власника. Због тога је право својине на пољопривредном земљишту ограничено у погледу субјеката који могу имати право својине на пољопривредном земљишту, као и с обзиром на садржину права својине.

Закон о пољопривредном земљишту не предвиђа максимум пољопривредног земљишта који лице у приватној својини може поседовати. Тиме су напуштена ограничења у погледу земљишног максимума која су успостављена још Законом о аграрној реформи и колонизацији из 1945. године, према коме је величина пољопривредног земљишта ограничена за индивидуалне пољопривреднике на 20-30 хектара обрадиве земље, а за непољопривреднике на 5 хектара (Жувела, 1962: 25).

5.1. Ограничење с обзиром на субјекта својине

Законом о пољопривредном земљишту прописано је да „власник ољопривредног земљишта не може бити страном физичко, односно правно лице“.¹³

Међутим, странци су ипак, постајали његови власници. Узрок томе јесте чињеница да је питање својине и промета пољопривредног земљишта регулисано различитим законским прописима који у регулисању овог питања нису сасвим прецизни и доследни.

Тако, и поред јасне и недвосмислене одредбе Закона о пољопривредном земљишту о забрани странцима да стекну својину на њему, други закон-

¹² Службени гласник РС, бр. 42/92, 54/96.

¹³ Чл. 1. ст. 3. Закона о пољопривредном земљишту, Службени гласник РС, бр. 62/06, 41/09.

ски прописи, а посебно Закон о приватизацији¹⁴ и Закон о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине¹⁵, доводе у пракси до могућности стицања власништва странаца на овом земљишту. Према чл. 1. ст. 1 Закона о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине, пољопривредно земљиште у друштвеној својини које је правно лице стекло на основу правног посла, друштвени је капитал тог предузећа. Према чл.12. Закона о приватизацији купац капитала или имовине може бити домаће или страно правно или физичко лице. С обзиром да, када се продаје капитал предузећа у исти улазе вредности свих непокретности субјекта приватизације, приватизацијом пољопривредних предузећа и комбината продавано је и пољопривредно земљиште страним правним и физичким лицима. На наведени начин странци су постали власници великих површина пољопривредног земљишта у Србији.¹⁶

Имајући ово у виду, веома је тешко рећи да ли у праву Србије, и поред изричите одредбе садржане у закону о пољопривредном земљишту, постоји ограничење за страна правна и физичка лица да стичу својину на пољопривредном земљишту, те нам преостаје да се сналазимо у шуми постојећих прописа који на различит начин регулишу исту област и доводе до многобројних неправилности, па и злоупотреба у овој области.

Поред наведених закона који регулишу својину и промет пољопривредног земљишта странцима, одредбе о том питању садржи и Споразум о стабилизацији и придруживању. Обавеза сваке земље чланице Европске уније, или земље која је у поступку придруживања тој организацији, јесте да своје непокретности учини доступним за куповину држављанима те заједнице. Другим речима, непокретности су доступне сваком правном или физичком лицу Европске Уније под истим условима као и држављанима матичне земље. Странци ће без досадашњих ограничења моћи директно да постану власници пољопривредног земљишта у Србији када истекну четири године од почетка примене Прелазног споразума са ЕУ, односно 1. септембра 2017. год., с обзиром да је споразум почео да се примењује 1. септембра 2013. године.

14 Службени гласник РС, бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 23/2007,30/2010.

15 Службени гласник РС, бр. 62/2006.

16 Хрватски „Агрокор“ купио је „Дијамант“ из Зрењанина, у чијем је саставу „Дијамант аграр“ са неколико хиљада хектара ораница. Поред тога „Агрокор“ је куповином „Фрикома“ дошао у посед, тј. постао власник 1.000 хектара земљишта. Види: Савет за борбу против корупције, *Извештај о државном и задружном земљишту у поступку приватизације*, Београд 2012, 5.

Рок који је одређен за укидање забране странцима за куповину пољопривредног земљишта који је Србија олако прихватила, представља један, може се слободно рећи преурањен, чак и несмотрен корак, који може имати далекосежне, пре свега негативне последице за судбину пољопривредног земљишта, па и за привредни развој уопште.

У процесу придруживања Европској Унији готово све земље су стриктно водиле рачуна о року у којем ће морати да укину забрану куповине пољопривредног земљишта странцима. Ово питање било је предмет дуготрајних и нимало лаких преговора, али су земље са мање или више успеха обезбеђивале дуг рок за укидање забране продаје земљишта странцима. Неке су успеле да постану чланице Европске уније, а још увек нису укинуле ту забрану, а неке су у поступку придруживања обезбедиле доста дуг рок за укидање забране. Тако је, нпр. Мађарска још у преговорима за улазак у ЕУ одлучила да ће странци моћи да купују земљу тек када прође више од десет година након њеног чланства у тој организацији. Хрватска је у поступку преговора за улазак у Европску Унију успела да одложи рок либерализације продаје земљишта странцима, па ће тек када истекне 15 година од момента стицања њихове кандидатуре за ЕУ, одлучити да ли ће укинути забрану.

5.2. Ограничења садржине права својине на пољопривредном земљишту

Вршење права својине на пољопривредном земљишту није само ствар појединца већ и друштва, које све више улаже у развој пољопривреде и паралелно са тим све више захвата и ограничава право приватног власника земље, налажући му својим прописима шта мора учинити, како и на који начин мора обрађивати своје земљиште, како би се постигао минимум приноса који одговара потребама савременог друштва.

Из тог разлога, својинска овлашћења власника пољопривредног земљишта ограничена су разним забранама и дужностима које можемо сврстати у три групе: 1. обавеза власника да пољопривредно земљиште користи у пољопривредне сврхе; 2. обавеза власника да пољопривредно земљиште редовно обрађује; 3. обавеза власника да примењује прописане мере заштите и мере уређења пољопривредног земљишта.

Пољопривредно земљиште користи се за пољопривредну производњу и не може се користити у друге сврхе, осим у случајевима и под условима утврђеним законом¹⁷. Власник не може својевољно мењати намену пољопривредног земљишта и претварати га, на пример, у грађевинско

17 Чл. 16. Закона о пољопривредном земљишту, *Службени гласник РС*, бр.62/06, 41/09.

земљиште, да би избегао обавезу обраде. Његово овлашћење располагања „супстанцом“ ствари знатно је смањено његовим обавезама према друштву. Међутим, власници пољопривредног земљишта често ово ограничење не поштују. Довољно је подсетити на бројна тзв. „дивља насеља“, која су последњих деценија подигнута у Србији, управо на пољопривредном земљишту у рубним зонама градова.

Наравно, развој друштва захтева да се и ово земљиште користи у непољопривредне сврхе на одређено време (нпр. у току експлоатације минералних и других сировина), односно на неодређено време (нпр. изградња трајних инфраструктурних објеката и слично). Случајеви у којима се може извршити промена намене пољопривредног земљишта предвиђени су законом. Која површина од укупне површине пољопривредног земљишта подлеже промени намене уређује се одговарајућим планским документом.¹⁸ У таквим случајевима пољопривредно земљиште се на законит начин користи у непољопривредне сврхе.¹⁹

Забрана промене намене пољопривредног земљишта представља крупно ограничење приватне својине, односно ограничење овлашћења фактичког располагања пољопривредним земљиштем. Међутим, наведено ограничење је корисно будућим генерацијама, јер се тако спречава смањење постојећег фонда пољопривредног земљишта као основе привредног развоја државе. Због тога је и предвиђено, не само у праву Републике Србије, већ и у праву других држава.²⁰

18 Према одредби чл. 87 Закона о планирању и изградњи, по доношењу планског документа којим је промењена намена пољопривредног земљишта у грађевинско земљиште, орган надлежан за доношење планског акта доставља Републичком геодетском заводу акт који садржи попис катастарских парцела којима је пормењена намена. Наведена одредба закона не прецизира врсту планског документа, али је из других одредби закона којима су дефинисане врсте планских документа, појам и њихова садржина, могуће утврдити о којем планском документу се ради. Плански документи су просторни и урбанистички планови. Урбанистички планови су генерални урбанистички план, план детаљне регулације и план генералне регулације. Од ове три врсте урбанистичких планова само план детаљне регулације садржи, између осталог, намену земљишта, док је генерални урбанистички план претежно стратешког карактера и сдржи генералну намену површина које су претежно планиране у грађевинском подручју на нивоу урбаних зона. Види: Закон о планирању и изградњи, *Сл. гласник РС*, бр. 72/09, 81/09, 21/11.

19 Просторним планом Републике Србије предвиђено је да се у периоду његовог остваривања смање пољопривредне површине земљишта. Види: Закон о просторном плану Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 13/2010.

20 Чл. 16. Закон о пољопривредном земљишту Хрватске; Чл. 19. Закон о пољопривредном земљишту Црне Горе.

Због значаја који има у друштвеној заједници, а који се пре свега испољава у томе што се обрадом пољопривредног земљишта добијају производи за исхрану човека, заједница није препустила слободној вољи власника доношење одлуке о обради пољопривредног земљишта. Власник пољопривредног земљишта је не само дужан да пољопривредно земљиште користи за пољопривредну производњу, него је уз то дужан да земљиште редовно обрађује.

Наиме, овлашћење коришћења или употребе ствари нема само позитивну садржину већ и негативну, и то је значајна карактеристика права својине. Власник ствари нема обавезу да користи ствар, већ може и да је не користи (Лазих, 2005: 61). Наметнувши власнику обавезу обраде пољопривредног земљишта, законодавац је власника обавезао на чињење и тиме ограничио његово право својине.

Постојање наведеног ограничења је у складу са природом пољопривредног земљишта као добра од општег интересе. Статус добра од општег интереса пољопривредно земљиште је добило, између осталог, јер се његовом обрадом добијају производи за људску исхрану. Када се пољопривредно земљиште не би обрађивало не би могло да остварује ову своју основну функцију. Због тога нико нема права да држи пољопривредно земљиште необрађено. А нарочито јер за пољопривредним земљиштем постоји велико интересовање пољопривредних произвођача, компанија, и свих осталих који се озбиљно баве пољопривредном производњом.

Како би осигурао да се обрадиво пољопривредно земљиште редовно обрађује, законодавац је предвидео да, Министарство може дати у закуп физичком, односно правном лицу обрадиво пољопривредно земљиште које није у предходном вегетационом периоду обрађено, за период од три године, уз плаћање закупнине власнику земљишта²¹. Ово решење је доста повољније за власника у односу на решење предходног закона²² којим је била предвиђена обавеза власника да плаћа посебан порез по хектару у одређеној висини ако је његово пољопривредно земљиште необрађено. Уколико власник не плати посебан порез у року од месец дана од доспећа за наплату, надлежно Министарство може то земљиште дати на коришћење за накнаду на период од 10 година другом земљораднику.

21 Обавеза редовне обраде пољопривредног земљишта постоји дуги низ година у праву Републике Србије. Она је први пут била предвиђена Законом о обрађивању необрађеног земљишта од 28.02.1957 године, којим је било предвиђено да се земљиште има одузети од власника и дати на коришћење пољопривредној организацији, ако не буде обрађено за годину дана од последњег скидања плодова.

22 Закон о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, бр. 49/02, 53/93, 67/93, 48/94, 46/95.

Контролу обраде пољопривредног земљишта врше инспектори и у случају да земљиште није обрађено покрећу прекршајни поступак. И поред строге законске одредбе у случају необрађивања пољопривредног земљишта, дужност власника да редовно обрађује земљиште је остала мртво слово на папиру. О томе сведочи велика површина необрађеног пољопривредног земљишта у Србији. Разлог томе јесте постојање великог броја старачких домаћинстава. Имајући то у виду, Влада Србије разматра могућност предузимање различитих мера у циљу спречавања необрађивања пољопривредног земљишта. Једна од мера коју предлаже јесте доношење Уредбе о откупу пољопривредног земљишта од старачких домаћинстава²³.

Власник пољопривредног земљишта је дужан да примењује мере прописане Законом о пољопривредном земљишту. Законом су прописане мере у циљу заштите и у циљу уређења пољопривредног земљишта. Заштита пољопривредног земљишта обухвата мере које се предузимају са циљем трајног обезбеђења природних функција земљишта, очувања и унапређења наменског коришћења земљишта и то су противерозионе мере и мере за заштиту пољопривредног земљишта од мраза, града, пожара и других елементарних непогода.

Ерозија је дуготрајан процес физичког скидања хумусног слоја с површине земљишта услед ветра, воде и пустошења шума (Жувела, 1962: 57). Испрано тло, као и тло однесено ветром, изгубљено је за привредно искоришћавање. Због тога, као и због чињенице да је велики део нашег земљишта подложен ерозији, борба против ње је један од веома важних облика одржавања постојећих пољопривредних површина. Законом је прописана обавеза предузимања противерозионих мера у циљу спречавања штетног дејства ерозија. Као противерозионе мере законодавац је предвидео привремену или трајну забрану преоравања ливада и пашњака и других површина, ради њиховог претварања у оранице, гајење вишегодишњих засада, изградњу специфичних грађевинских обејката, начин обраде земљишта, забрану сече шума и шумских засада изнад угрожених парцела.²⁴ Трошкове спровођења противерозионих мера сноси правна и физичка лица чије се пољопривредно земљиште штити овим мерама, док контролу спровођења противерозионих мера врши надлежни орган јединице локалне самоуправе.

Међутим, сматрам да је питање трошкова предузимања противерозионих мера законодавац требао другачије регулисати тако што би предвидео да трошкове сноси заједно са власником јединица локалне самоуправе

²³ www.presonline.rs/vesti/agrar/

²⁴ Чл. 18. Закона о пољопривредном земљишту, *Службени гласник РС*, бр. 62/06, 41/09.

чијом пољопривредном основом је предвиђено предузимање противерозионих мера Твакво решење правичније је за власника пољопривредног земљишта, јер се власник може налазити у лошој материјалној ситуацији, а ефекти противерозионих мера користе самом власнику али и друштвеној заједници.

Мере за заштиту пољопривредног земљишта од мраза, града, пожара и других елементарних непогода нису прописане законом, већ пољопривредном основом јединице локалне самоуправе. Ове мере се разликују с обзиром на климатске услове подручја на коме се примењују. Ограничење права својине састоји се у томе што је власник дужан да их примењује уколико су предвиђене пољопривредном основом. Власнику је и у интересу да их примењује, међутим њихова примена узрокује на страни власника трошкове које он можда не жели или није у могућности да сноси. Међутим, власник нема слободу доношења одлуке да одређене године прописане мере не примењује.

Наведене мере предвиђене су у циљу заштите пољопривредног земљишта, поред њих, право својине власника пољопривредног земљишта ограничено је и мерама које се примењују у циљу уређења пољопривредног земљишта. Уређење пољопривредног земљишта обухвата мере којима се реализују просторно-плански документи (просторни и урбанистички планови и основе) у циљу побољшања природних и еколошких услова на пољопривредном земљишту.²⁵

Мере које закон предвиђа у циљу уређења пољопривредног земљишта, а којима се ограничава право својине, јесу: изградња и одржавање система за наводњавање и одводњавање, мелиорација ливада и пашњака и побољшање квалитета обрадивог пољопривредног земљишта (агромелиорације).

Мере уређења пољопривредног земљишта спроводе се на основу посебних пројеката које израђују овлашћена правна лица да би уопште дошло до спровођења наведених мера потребно је да буду предвиђене пољопривредном основом.²⁶

Наиме, законом је предвиђена могућност њихове примене, а саму примену наведених мера регулише пољопривредна основа у зависности од потреба

25 Чл. 2. ст. 1. тач. 3. Закона о пољопривредном земљишту, *Службени гласник РС*, бр. 62/06, 41/09.

26 Пољопривредне основе представљају дугорочнији плански документ, који се доноси за одређени ниво. С циљем да се пољопривредно земљиште очува и заштити, уређује и што рационалније користи, уважавајући све релевантне услове и претпоставке: економске, еколошке, социјалне, социјалне, културне и друге.

конкретног пољопривредног земљишта, које процењују стручна правна лица.

Применом мера уређења пољопривредног земљишта право својине власника је ограничено, најпре тиме што, на подручју на коме се врши уређење пољопривредног земљишта, мора дозволити приступ на своје земљиште стручњацима геодетских, водних, пољопривредних и других организација, ради обављања радова у вези са уређењем пољопривредног земљишта.

Поред наведеног, власнику пољопривредног земљишта одузета је слобода доношења одлуке о потреби примене мера уређења пољопривредног земљишта и делегирана овлашћеном стучном правном лицу. Власници пољопривредног земљишта, независно од своје воље морају допустити примену мере уређења пољопривредног земљишта уколико је предвиђена пољопривредном основом, и исту морају одржавати (нпр. систем за наводњавање).

Примена свих мера уређења пољопривредног земљишта користи самом власнику, јер ће његово земљиште убудуће давати веће приносе. Непостојање интереса за примену наведених мера на страни власника може узроковати једино чињеница што је власник обавезан да сноси трошкове примене мера уређења пољопривредног земљишта.

Приликом обраде земљишта и примене мера уређења и коришћења пољопривредног земљишта, власник је дужан да поступа као „добар домаћин“, и у складу са кодексом добре пољопривредне праксе. „Добар домаћин“ је објективно мерило за оцену постојања нехата. То значи да пажњу коју власник пољопривредног земљишта дугује приликом обраде и примене наведених мера не треба ценити према његовим личним способностима или навикама, него према томе како би просечно пажљив човек поступио приликом обраде земљишта и примене мера. „Добар домаћин“ је правни стандард, те његову садржину треба утврђивати у сваком конкретном случају с обзиром на устаљена мерила која владају у одређеној друштвеној средини. У облигационим односима правни стандард „добар домаћин“ користи се приликом оцењивања поступања лица са туђом ствари за разлику од власника пољопривредног земљишта који је према својој ствари дужан да поступа као „добар домаћин“.

Кодекс добре пољопривредне праксе треба да пропише Министар у року од две године од ступања на снагу Закона о пољопривредном земљишту. Међутим, за разлику од земаља у окружењу, у Србији овај кодекс још увек није донет.

6. Закључак

Закон о основама својинско-правних односа право својине одређује као право власника да своју ствар држи, да је користи и да њоме располаже у границама одређеним законом. С обзиром да власник својинска овлашћења мора вршити у границама постављеним законом, садржина права својине на одређеној ствари одређена је врстом и мером ограничења својинских овлашћења.

У којој мери ће својинска овлашћења власника бити ограничења, зависи од врсте ствари која је предмет права својине и њеног значаја за друштвену заједницу. Код неких ствари, својинска овлашћења власника су неограничена. Међутим, неке ствари имају велики значај за друштвену заједницу, па сходно томе подлежу и снажним ограничењима, што је, пре свега, случај са непокретностима. Најбројнија су ограничења права својине на земљишту, због тога што је извор егзистенције човека, ограничено је и не умножава се. Предмет наше анализе била су ограничења права својине на пољопривредном земљишту.

Анализом ограничења с обзиром на субјекта својине закључујем да је законодавац, доношењем Закона о пољопривредном земљишту, имао намеру да заштити држављане Републике Србије. Међутим, усвојеним Законом о приватизацији и Законом о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине на индиректан начин омогућено је страним правним и физичким лицима да стичу својину на пољопривредном земљишту у Републици Србији.

Анализом ограничења с обзиром на садржину права својине закључујем да је намера законодавца да пољопривредно земљиште не остане неискоришћено и да буде сачувано за будуће генерације. Међутим, велике површине пољопривредног земљишта у Србији су неискоришћене, што указује да законска решења нису дала резултата и да треба пронаћи нова решења.

Литература

Бартош, М. et al. (1970). *Правни лексикон*. Београд: Савремена администрација.

Гамс, А. (1987). *Облици својина*. СДС.4.

Гамс, А., Петровић, М. (1980). *Основи стварног права*. Београд: Научна књига.

Жувела, И. (1962). *Привредно право*. Загреб: Школска књига.

- Ковачевић-Куштримовић, Р., Лазић, М. (2008). *Стварно право*. Ниш: Свен.
- Лазић, М. (1996). *Злоупотреба права својине у суседским односима*. Зборник радова „Међународна конференција злоупотребе права“. Ниш: Правни факултет у Нишу.
- Лазић, М. (2004). *Приватна својина*. Правни живот. 10.
- Пешић, Н. (1952). *Шта је својина*. Београд: Научна књига.
- Стојановић, Д. (1963). *Позитивно-правна ограничења приватне својине*. Београд: Форум.
- Савет за борбу против корупције, Извештај о државном и задружном земљишту у поступку приватизације, Београд 2012,
- Закон о пољопривредном земљишту, *Сл. гласник РС*, Бр. 62(2006), Бр. 41(2009)
- Закон о претварању друштвене својине на пољопривредном земљишту у друге облике својине, *Сл. гласник РС*, Бр.62(2006)
- Закон о приватизацији, *Сл. гласник РС*, Бр. 38(2001), 18(2003), 45(2005), 23(2007), 30(2010)
- Закон о промету непокретности, *Сл. гласник РС*, Бр. 42(1998), 111(2009).
- Закон о основама својинско-правних односа, *Сл. лист СФРЈ*, Бр. 6(1980), 36(1990), *Сл. лист СРЈ*, Бр. 29(1996), *Сл. гласник РС*, Бр. 115(2005)
- Српски грађански законик, текст преузет са сајта: <http://www.overa.rs/gradjanski-zakonik-kraljevine-srbije-1844-god-sa-kasnijim-izmenama>.
- Француски грађански законик, текст Законика преузет са сајта: <http://www.legifrance.gov.fr>.
- Аустријски грађански законика, текст Законика преузет са сајта: <http://www.propisi.com/propisi-online.html>.
- Устав Републике Србије, *Сл. гласник*, бр. 98 (2006).

Jelena Kocić,
student of doctoral studies
Faculty of Law, University of Nis

Limitations of public property on building land

Summary

The theme of our work is to limit private ownership of agricultural land in the law of the Republic of Serbia. We dealt with the identification and analysis of public law restrictions on private ownership of agricultural land.

Identification and analysis of the limitations of private ownership of agricultural land with respect to the subject property and the contents of property rights, pointing out their strengths and weaknesses, pointing out the flaws in their imposition, is a central part of the work. It precedes the part where he exposed the notion of private property, the general notion of constraints and types of constraints, as an indispensable basis for the consideration of the limitations of private ownership of agricultural land.

Key words: *private property, restriction of private property, agricultural land.*

НАЧЕЛО СОЦИЈАЛНОГ ПОСТУПАЊА У СЛУЧАЈЕВИМА СИНГУЛАРНЕ И ГЕНЕРАЛНЕ ЕГЗЕКУЦИЈЕ НА ИМОВИНИ ДУЖНИКА ФИЗИЧКОГ ЛИЦА

Апстракт У цивилизованом друштву је општеприхваћено да грађанско-правна одговорност не може довести до повреде достојанства дужника и задирати у његову личност. Хумани разлози налажу да се и у случајевима презадужених дужника заштити њихова личност, као и минимум њихове егзистенције. У оваквим случајевима окончање извршног поступка често представља економски и социјални крах извршног дужника јер, иако је дошло до продаје његове целокупне имовине, обавеза извршног дужника и даље постоји према ненамиреним повериоцима који ће моћи да се намире из имовине коју дужник буде стекао у будућности. Због тога многи дужници немају интерес за привређивањет, а приходе које касније буду стекли избегавају да прикажу на законом прописан начин. Уочавајући овај проблем, многе државе света су у своје правне системе увеле институт стечаја физичког лица, за који се сматра да је у интересу не само дужника, него и повериоца, па и целе друштвене заједнице. И у нашој земљи се озбиљно разматра увођење овог института.

У овом раду аутор ће обрадити начело социјалног поступања у поступку извршења на имовини физичких лица, а затим ће размотрити значај овог начела у поступку стечаја физичких лица, као својеврсног алтернативот извршном поступку када су извршни дужници презадужени.

Кључне речи: Закон о извршењу и обезбеђењу, сингуларна егзекуција, генерална егзекуција, начело социјалног поступања, извршни поступак, стечај физичких лица.

1. Уводне напомене

Начело социјалног поступања резултат је поступне хуманизације друштва и права. Дужничко ропство је у старом веку било најчешћа последица немогућности дужника да повериоцу врати дугове, а понекад је поверилац имао и право да убије дужника (нпр. по закону XII таблица), што значи да је личност дужника била објекат принудног извршења. Међутим, временом је имовинско извршење потискивало извршење на личности дужника, док коначно није прихваћено да дужник за своје обавезе одговара само својом имовином. Начело имовинског извршења зато представља велику тековину људске цивилизације, а Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, односно њеним Протоколом бр. 4 прокламована је забрана дужничког затвора.¹

Имовинско или реално извршење се може спровести на два начина: сингуларном (специјалном) егзекуцијом, када предмет извршења представљају индивидуално одређени делови имовине дужника², или генералном егзекуцијом када се извршење може спровести на целокупној имовини дужника, што је карактеристично за стечајни поступак. (Трива С., Белајац В., Дика М., 1980: 32)

Битне одлике развоја извршног поступка од настанка цивилизације до данас су потискивање извршења на личности дужника имовинским извршењем и трансформација извршног поступка из система генералне егзекуције, (у коме је поверилац је преузимао читаву имовину дужника),

1 Члан 1. Протокола бр. 4 уз Конвенцију о заштити људских права и основних слобода (Сл. лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-исправка и "Сл. Гласник РС" - Међународни уговори бр. 12/2010) одређује да се нико не може лишити слобода само зато што није у стању да испуни уговорну обавезу.

2 По чл. 20. ст.3. Закона о извршењу и обезбеђењу («Сл. гласник РС», бр. 31/2011, 99/2011, 109/2013-одлука УС и 55/2014) (у даљем тексту ЗИО) извршни поверилац може да предложи извршење на целокупној имовини дужника и суд ће дозволити извршење ненаводећи средства и предмете извршења. Тек кад се утврди шта чини имовину извршног дужника, закључком се одређују средства и предмети извршења. То значи да се извршење спроводи над тачно одређеним деловима имовине дужника. Према томе, ово ни у ком случају не мења правну природу извршног поступка, као сингуларне егзекуције на имовини дужника. Такође, понекад су потраживања поверилаца толика да се зарад намирења потраживања повериоца извршење мора спровести на свим деловима имовине дужника, на којима је могуће спровести извршење, што опет не мења природу овог поступка, будући да се у том случају извршење спроводи различитим средствима извршења и на различитим предметима (нпр. најпре се извршење спроводи на рачуну извршног дужника, па се продају његове покретне ствари и на крају непокретности).

у систем сингуларног извршења, а како би се олакшао тешки положај дужника.

Ипак, иако је генерална егзекуција на имовини дужника напуштена као неповољна по дужника, последњих година питање генералне егзекуције на имовини дужника је поново актуелно. Наиме, многе државе у свету су увеле институт стечаја физичких лица, а друге се увелико спремају да га прихвате у свом законодавству, јер се очекује да се овим институтом превазиђу проблеми који су се манифестовали у извршним поступцима.

2. Начело социјалног поступања у извршном поступку

Смисао начела социјалног поступања у извршном поступку је у томе да се поступак извршења спроведе на такав начин да се не угрози физичка егзистенција извршног дужника, не изазове његова економска пропаст, као и да се не повреди његово достојанство. (Станковић Г., Боранијашевић. В, 2012:25-26) Сврха извршног поступка није и не може бити негација личности дужника, као ни његово потпуно имовинско уништење. (Воргић, Н., 1978: 23) Са друге стране, ово начело никако не треба схватити као правило које штити дужникову имовину од сваког умањења, јер се то противи основном принципу у грађанском праву, а то је одговорност целокупном имовином за грађанско-правне обавезе. „Зло би било ако би се ограничавањем спровођења извршења сужавала права поверилаца, увећавали трошкови и одуговлачио поступак. Суд ће уважити само стварне разлоге, а шиканозно понашање неће дозволити.“ (Горшић Ф., 1930: 132-133)

Начело социјалног поступања је у социјалистичком друштвеном уређењу било једно од темеља извршног поступка па је Закон о извршном поступку (у даљем тексту ЗИП) из 1978. године³ заштиту дужника поставио као основно начело.⁴ Захтевало се да се поступак води тако да се не повређује достојанство дужника. Суд је могао на предлог дужника да одреди друго средство извршења уместо оног које је предложио поверилац ако је то средство било довољно за остварење потраживања.⁵ Дужникова процесна овлашћења била су врло бројна, али без адекватних механизма за спречавање њихових злоупотреба, па их је дужник често користио само са намером да одуговлачи поступак.

3 Закон о извршном поступку „Службени лист СФРЈ“ бр: 20/1978, 6/1982, 74/1987, 57/1989, 27/1990, 35/1991, 27/1992, 31/1993

4 Члан 5 ЗИП-а из 1978. године је носио назив „Заштита дужника“.

5 Чл. 29. ст.3. ЗИП

Неки аутори зато истичу да је овај Закон био “сав на страни дужника”, а у стручним круговима се често називао “дужничким законом”, који је занемаривао да поверилац у извршном поступку нема исти положај као тужилац у парничном: његово право није неизвесно и он га не мора доказивати. Зато се извршни поступак у коме је доминирала заштита дужника показао неефикасним и супротним сопственој сврси: брзом и ефикасном намирењу извршног повериоца. Суштина приговора упућених извршном поступку који се заснивао на ЗИП-у из 1978. године била је да је поступак спор и да је потребно убрзање поступка, као и да је процесни положај повериоца врло неповољан, управо због тога што је законодавац у првеликој мери штитио имовинске интересе дужника. (Планојевић Н., 2001: 124 ; Кеча Р., 2012:151)

Са променама које су наступиле почев од ЗИП-а из 2000. године начело заштите дужника постепено је губило значај и насупрот њему све већи значај је придаван начелу заштите поверилаца и ефикасном остваривању њихових легитимних интереса. И сама промена назива овог начела указује на системске промене које су захватиле извршни поступак. Начело социјалног поступања у савременом извршном поступку представља, пре свега, коректив поступка чији је превасходни циљ остваривање потраживања поверилаца.

ЗИО изричито не наводи начело социјалног поступања, али се наведено начело може препознати у одређеним одредбама овог закона. Тако се достојанство извршног дужника штити се одредбом којом се налаже извршитељу, односно судском извршитељу да приликом предузимања извршних радњи поступа са дужним обзиром према личности извршног дужника и члановима његовог домаћинства.⁶

Руководећи се хуманим и социјалним разлозима закон у одређеним случајевима ограничава извршење.

Извршење може бити ограничено у персоналном и реалном смислу. Ограничење извршења у персоналном смислу постоји онда када су одређене категорије дужника трајно или привремено заштићене од принудног извршења, које ограничење ЗИО не предвиђа.⁷ Пример персоналног

6 Чл. 72. ст. 1. ЗИО

7 Док персонално ограничење извршења над имовином физичких лица наше право не предвиђа, привремена ограничења постоје када су у питању правна лица и то субјекти приватизације у реструктурирању сходно чл. 94. Закона о приватизацији («Сл. гласник РС», бр. 83/2014) у вези чл. 20ж Закона о приватизацији («Сл. гласник РС», бр. 38/2001, 18/2003, 45/2005, 123/2007, 123/2007 - др. закон, 30/2010 - др. закон, 93/2012 и 119/2012).

ограничења извршења налазимо у Закону о извршењу и обезбеђењу из 1930. године по коме се болесници и породиље нису могли принудити да напусте стан све дотле, док га не би могли напустити без опасности по своје здравље.⁸ Закон о извршном поступку из 2004. године⁹ давао је могућност да се извршење одложи на предлог извршног дужника, ако учини вероватним да би спровођењем извршења претрпео ненадокнадиву или тешко надокнадиву штету у ситуацијама у којима за то постоје нарочито оправдани разлози (болест, разлози социјалне или хуманитарне природе), које доказује јавном или по закону овереном исправом.

Ограничење извршења у реалном смислу постоји када одређене ствари, односно права не могу бити предмет извршења.

У ширем смислу, ограничење извршења у реалном смислу подразумева обавезу да се извршење спроводи само у обиму који је потребан за намирење потраживања, затим одређивање редоследа примене одређених средстава извршења (овакво ограничење повериоца ЗИО не прописује), као и могућност замене одређеног средства другим. Тако је прописано да суд, односно извршитељ приликом одређивања средстава и предмета извршења има обавезу да води рачуна о сразмерности између висине обавезе извршног дужника и средстава и предмета извршења са основним циљем њиховог ограничења у мери која је довољна за намирење одређеног потраживања.¹⁰ Ова одредба је конкретизована у случају пописа покретних ствари где је прописано да ће се пописати само онолико ствари колико је потребно за намирење потраживања повериоца.¹¹

Закон искључује одређена потраживања извршног дужника од извршења¹², док ограничава обим¹³ извршења на заради, пензији, минималној заради, плати војних лица, инвалиднини, ортопедском додатку, инвалидском

8 § 87

9 Члан 64. став 2. Закона о извршном поступку. („Сл. гласник РС“ 125/2004)

10 Чл.20. тач.8. ЗИО

11 Чл. 86. ЗИО

12 Чл. 147. ЗИО. Изузето је од извршења: 1) примање по основу законског издржавања, накнаде штете настале услед оштећења здравља или умањења, односно губитка радне способности и због изгубљеног издржавања услед смрти даваоца издржавања; 2) примање по основу накнаде због телесног оштећења по прописима о инвалидском осигурању; 3) примање по основу социјалне помоћи; 4) примање по основу привремене незапослености; 5) примање по основу додатка на децу; 6) примање по основу стипендије и помоћи ученицима и студентима; 7) друга потраживања чији је пренос забрањен законом

13 Члан 148. ЗИО.

додатку, примању по основу накнаде штете у виду новчане ренте.¹⁴ На обим извршења на овим примањима не утичу околности да је дужник пре тога оптеретио зараду кредитом, административним забранама и сл.¹⁵ Међутим, уколико се на заради дужника спроводи више извршења, она се не могу спроводити у већем обиму од оног који је прописан законом.

Чланом 82. ЗИО одређено је које покретне ствари не могу бити предмет извршења: 1) одећа, обућа и други предмети личне употребе, постељне ствари, посуђе, део намештаја који је неопходан извршном дужнику и члановима његовог домаћинства, као и шпорет, фрижидер и пећ за грејање; 2) храна и огрев за потребе извршног дужника и чланова његовог домаћинства за три месеца; 3) готов новац извршног дужника који има стална месечна примања до месечног износа који је по закону изузет од извршења, сразмерно времену до следећег примања; 4) ордење, медаље, ратне споменице и други знаци одликовања и признања које је примио извршни дужник, лична писма, рукописи и други лични списи извршног дужника, као и породичне фотографије; 5) помагала која су инвалиду или другом лицу са телесним недостацима неопходна за обављање његових животних функција; 6) кућни љубимац.

14 „Околност да је заплена две трећине зараде велико оптерећење и да угрожава егзистенцију извршног дужника није разлог који утиче на законитост и правилност решења и не представља разлог који спречава извршење.“ (Решење Вишег суда у Суботици, Гж. 1083/2010 од 13.12.2010. године) Пример преузет из правне базе Paragraf Lex.

„Извршење одређено на средствима која се налазе на жиро рачуну код банке који гласи на дужника није ограничено већ се спроводи на темељу одредбе садржане у чл. 127. ЗИП. Дужник у жалби истиче да се налази у сталном радном односу и да је по професији слободни уметник, па да средства пристижу на његов жиро рачун и представљају његов лични доходак, те је на тим средствима ограничено извршење темељом чл. 93. ЗИП. Нису основани жалбени приговори дужника јер је првостепени суд правилно утврдио да извршење одређено на средствима која се налазе на жиро рачуну код банке и који жиро рачун гласи на дужника није ограничено, како то сматра жалитељ, већ се оно спроводи на темељу одредбе садржане у чл. 127. ЗИП.“ (Окружни суд у Загребу, Гж 138/84) Пример наведен по (Лазаревић Д., 2011: 269)

15 „Извршење на заради извршног дужника се може одредити у оквиру законом прописаног максимума од две трећине зараде, независно од тога да ли је дужник претходно, закључењем уговора о кредитном задужењу, исту оптеретио. Из тог разлога су без утицаја жалбени наводи извршног дужника да је својевољно већ закључио уговоре по којима се задужио, чији одбитак од зараде уз принудно извршење доводи у питање егзистенцију дужника, односно његове породице.“ (Решење Привредног апелационог суда, Иж. 2450/2010 од 19.8.2010. године) Пример преузет из правне базе Paragraf Lex.

ЗИО од извршења не изузима ствари које су дужнику неопходне за обављање делатности, иако дужник користећи те ствари остварује приходе за живот.¹⁶

Дакле, ЗИО одређене ствари изузима по њиховој врсти (нпр. одећа, обућа, шпорет, фрижидер, пећ за грејање), док код других изузимање условљава тиме да су ствари неопходне дужнику (део намештаја) Да ли ће одређена ствар бити изузета од извршења зависи од оцене суда да ли је таква ствар потребна за задовољавање основних потреба домаћинства. Ову одлуку суд треба да донесе с обзиром на личне и породичне прилике дужника и чланова његовог домаћинства.

То нпр. значи да стилски намештај који извршни дужник поседује у свом домаћинству, поред уобичајеног намештаја који користи, може бити предмет извршења, а предмет извршења могу бити и телевизор, видеорекордер, музичке линије, уметничке слике, јер нису неопходни за нормалан живот једног домаћинства, као што може бити предмет извршења други штедњак или фрижидер уколико извршни дужник поседује један. (Шаркић Н., Николић М., 2005: стр.175)

Од извршења се изузимају и ствари, које извршним дужницима нису неопходне за живот, али зато за њих имају велики лични значај и афекциону вредност као што су кућни љубимац, лична преписка, фотографије и слично. Њихова продаја је, у највећем броју случајева, економски неисплатива. Да ове ствари нису изузете од извршења дужник би много изгубио, за разлику од повериоца који тиме готово ништа не би добио.

Уколико извршни поверилац предложи да се извршење спроведе на стварима које су по закону изузете од извршења, суд не би требало да одбије предлог за извршење, с обзиром да му нису познате околности и у коју сврху извршни дужник користи те ствари, нити да ли су му потребне за задовољење његових основних животних потреба и потреба чланова његовог домаћинства. Тек по изјављеном приговору од стране извршног дужника који се позива на чл.82., суд ће одлучити о основаности приговора.

16 «Неосновани су жалбени наводи да је предметно извршење немогуће спровести, с обзиром да се ради о возилу које извршном дужнику служи да обавља предузетничку делатност и зарађује за живот, те да таква покретна ствар мора бити изузета од извршења. Ово стога што ствар чију продају и предају извршни поверилац тражи није изузета од извршења, у смислу члана 70. ЗИП, којим је предвиђено шта се изузима од извршења, односно који предмети не могу бити предмет извршења, због чега је, и по налажењу Вишег суда, одлука првостепеног суда правилна и на закону заснована.» (Решење Вишег суда у Београду, Гж. 26598/2010 од 7.12.2010. године) Пример преузет из правне базе Paragraf Lex.

(Лазаревић, Д., 2011:213) Тако неко лице може да продаје медицинска помагала, на пример наочаре, инвалидска колица, ходалице за старе, када се на овим стварима може спровести извршење. Исти случај је и са одећом и обућом, која уколико се не користи за личне потребе не може бити изузета од извршења.

Када се ради о непокретностима, ЗИП из 1978. године је од извршења изузимао пољопривредно земљиште и привредне зграде земљорадника у обиму неопходном за његово издржавање и издржавање чланова његове уже породице и других лица која је по закону дужан да издржава и кућа за њихово становање са двориштем, са изузетком ако је на тим непокретностима конституисано уговорно založno право.¹⁷ Поред ових непокретности од извршења су биле изузете и покретне ствари неопходне за одржавање пољопривредног газдинства.¹⁸ Тиме је законодавац штитио земљорадника као произвођача како би могао на земљишту да продужи обављање своје делатности, полазећи од тога да ће на тај начин највише користити себи и друштву и да ће ако настави да обавља привредну делатност бити у могућности да испуни потраживање повериоца. Минимум егзистенције није био одређен у одређеној површини¹⁹, па је суд у сваком случају по службеној дужности то ценио, у зависности од броја чланова породице дужника, њихове економске снаге, квалитета земљишта и другог. (Станишић, В., 1979: 344)

По Закону о извршном поступку из 2000. године ограничење извршења у погледу непокретности остало је само у погледу пољопривредног земљишта, површине до 10 ари и то само ако је дужник земљорадник.

17 „Предмет извршења не могу бити пољопривредно земљиште и привредне зграде земљорадника у обиму неопходном за издржавање његово и чланова његове уже породице и других лица која је по закону дужан да издржава, као и кућа за њихово становање са двориштем, па чињеница да ово није цењено указује на погрешну примену чл. 152. Закона о извршном поступку, због чега је чињенично стање остало непотпуно и неправилно утврђено.“ (Окружни суд у Крагујевцу, Гж.1522/79)

„Приликом извршења ради наплате новчане тражбине на имовини земљорадника, треба изузети од извршења кућу за становање са привременим зградама уз кућу, као и пољопривредно земљиште са стоком и инвентаром, у обиму потребном за издржавање извршеника и његове породице.“ (Врховни суд Србије Гзз.4/69) Примери наведени према (Ристић, В., 1991:187)

18 Чл.71. ЗИП из 1978.

19 У предратном праву Уредбом од 04. јула 1937. године о увођењу Закона о извршењу и обезбеђењу била је задржана на снази одредба § 471. тач. 4а Законика о поступку судском у грађанским парницама од 1865. године, која је прописивала заштиту минимума земљорадничког поседа на одређеним подручјима тадашње државе (Србија и Македоније), којом су били изузети од извршења пет дана орања земље, кућа за становање и економске зграде.

При томе, ово ограничење не важи уколико се извршење спроводи ради остварења новчаног потраживања обезбеђеног уговорним заложним правом на непокретности(хипотеком).²⁰ Ограничење извршења на другим непокретностима није било прописано. Ово су прихватили и ЗИП из 2004. године и ЗИО.

Поред изузимања од извршења одређених ствари, начело социјалног поступања огледа се и у томе да се ствари извршног дужника не могу продавати у бесцење. Законом је, зато, одређена минимална цена испод које се на јавној продаји не могу продавати ствари извршног дужника. У теорији се говори и о начелу најниже прихватљиве понуде, по коме се продаја ствари не може извршити испод цене унапред одређене правилима извршног поступка. У вези са овим принципом у поступак јавне продаје уведено је и одређивање поновног рочишта за јавну продају, ако је прво рочиште остало безуспешно, јер није понуђена најнижа допуштена цена. (Горшић, Ф., 1930: 253)

ЗИО из 1930. године прописивао је да се куће не могу продати испод половине утврђене вредности, а земљишта и пољопривредна добара испод 2/3 вредности. Међутим, на поновној дражби, која се одређује за случај да првобитни купац није на време испунио дражбене услове, земљиште као и пољопривредна добра могли су се продати и за половину утврђене вредности. Уколико се на јавној дражби не би достигло најмање $\frac{3}{4}$ утврђене вредности непокретности свако ко није био искључен од учествовања у поступку јавне продаје, могао је ставити у року од 15 дана од досуђивања непокретности купцу, тзв. надпону, која је морала бити бар за једну четвртину повољнија од постигнуте цене.²¹

Закони о извршном поступку из 1978, 2000. и 2004. године одређивали су да се непокретност на првом надметању није могла продати испод процењене вредности, а на следећем, без обзира на то колико их се заказује, није се могла продати испод 2/3 процењене вредности, осим ако није било пристанка странака и заложних поверилаца. Најмање 30 дана је морало протећи од првог до другог рочишта за продају. Овај рок је остављен да би се могли благовремено појавити нови понудиоци за куповину непокретности.

ЗИО предвиђа да на првом рочишту за јавну продају почетна цена износи 60% од процењене вредности, а да на другом надметању почетна цена не може бити нижа од 30% процењене вредности, чиме је одређена и минимална цена тј. износ по којој се непокретност може продати на првом

20 Чл.115. ЗИО.

21 § 157-§161

или другом надметању. Број надметања је ограничен на два (према ранијим законима који су регулисали извршни поступак, није био ограничен број надметања, уколико се поштовао рок за предлагање новог надметања, након неуспешног претходног). Уколико потенцијални купци на првом надметању не понуде ни почетну цену од 60%, онда суд или извршитељ могу само констатовати да продаја није успела и заказати друго надметање. Ако на овом надметању нико не понуди ни 30%, од процењене вредности, извршни поверилац може да изабере намирење досуђењем непокретности, када се сматра да је намирен у износу од 30% цене ствари или продају непосредном погодбом. Када се продаји непосредном погодбом²² приступа након два неуспела јавна надметања висина продајне цене се одређује споразумно, без ограничења. У том случају продајна цена је предмет договора између страна у купопродајном односу и за њу се не тражи сагласност извршног дужника (члан 97. став 6. ЗИО). То значи да се цена формира путем преговора при чему се може ићи и испод износа од 30% процењене вредности.²³

Неупуштајући се у практичне разлоге законодавца за овакво нормирање поступка непосредне погодбе након два неуспела јавна надметања, јасно је да је законодавац тиме обезвредио предмет извршења.

Иако се начело социјалног поступања везује искључиво за дужника, не треба заборавити да извршни поступак служи принудном остваривању правноснажно утврђених права поверилаца и да често и егзистенција поверилаца зависи управо од тога да ли ће наплатити своје потраживање. У ширем смислу се зато начело социјалног поступања огледа и у заштити одређених категорија поверилаца који имају привилегије у односу на остале повериоце. Ово прихвата и ЗИО па прописује да лица која дужник законски издржава имају приоритет у намирењу из продајне цене ствари у односу на остале повериоце и то поводом потраживања по основу законског издржавања, ако се доказују извршном исправом и ако су пријављена најкасније на јавном надметању за продају ствари.

Нису ретки случајеви да је имовина дужника недовољна за потпуно намирење поверилаца када неки поверилац може да остане делимично намирен, а неки повериоци и да уопште не буду намирени. Сходно начелу приоритета (временског редоследа намирења) највише шансе за потпуно намирење потраживања има поверилац који има обезбеђено потраживање,

22 Поступак продаје покретних и непокретних ствари регулисан је истим одредбама ЗИО. (чл. 97. до 102.)

23 Правни став Грађанског одељења Врховног касационог суда, усвојен на седници од 25.6.2012. године.

односно онај поверилац који је био најбржи и себи обезбедио приоритет. То значи да док се претходни поверилац не намири у потпуности, не може се намиривати поверилац следећи по реду првенства, тако да намирење једног повериоца може да има за последицу да за остале повериоце ништа не преостане.

Из тих разлога се са правом у теорији истиче да је основно питање које се поставља пред законодавца приликом регулисања извршног поступка налажење одговарајућих метода којима би се ускладили супростављени интереси странака у овом поступку – извршног повериоца и извршног дужника. (Кеча, Р., 2012: 151). Међутим, сви досадашњи прописи који су уређивали извршни поступак нису до краја одговорили овом задатку. Недостаци или боље рећи неспособност извршног поступка се најбоље уочава када се ради о презадуженим извршним дужницима. Након спроведеног извршног поступка дужник остаје без имовине (са изузетком оних ствари изузетих од извршења), али и даље са дуговима, док највећи део поверилаца остаје ненамирен, будући да се намирење остварује по принципу приоритета.

3. Начело социјалног поступања у поступку генералне егзекуције на имовини дужника

Генерална егзекуција на имовини дужника у модерном праву се остварује кроз стечајни поступак над имовином правног или физичког лица. Иако је стечај физичких лица правни институт који је прихваћен у многим државама света, наше право за сада познаје само стечај правних лица. Будући да се спомиње могуће увођење овог института у правни систем Републике Србије, ради се о питању које је врло актуелно.

Стечај над имовином физичких лица постојао је још у римском праву као институт *cessio bonorum* који је служио побољшању положаја дужника дајући му могућност да избегне персоналну егзекуцију или инфамију (*infamia*)²⁴ која је пратила извршење пресуде продајом целокупне његове имовине (*venditio bonorum*). Преовлађује мишљење, да се дужник могао користити овим институтом уколико је постао инсолвентан без своје кривице, пре свега због разних околности више силе, док је његово коришћење било је искључено у случајевима фразулозног поступања дужника, о чему су водили рачуна заинтересовани повериоци. (Сич, М., 2009: 259-279)

24 Инфамија је била осуда на губитак грађанске части. И данас се, као добре стране, овог института наводи очување достојанства дужника.

Институт стечаја физичког лица назива се још и индивидуални или потрошачки стечај или банкрот, а своју сврху остварује у случајевима презадужених физичких лица, када се спровођење извршних поступака над њиховом имовином покаже као нецелисходно. Уз то, овај поступак истиче се као хуманији, а његово покретање је економски рационалније него вођење великог броја извршних поступака који се не могу успешно окончати. Окончањем стечајног поступка гаси се већи број потраживања која се не могу наплатити и која, као таква, оптерећују правни и економски промет. „Генерална егзекуција представља савршен примјер економске рационалности, јер одражава осјетљиву, често неодрживу, интеракцију између законске регулативе и приватних интереса, правила тржишта и интереса друштва.“ (Бодул, Д., 2011: 372). За разлику од правних лица која се након окончања стечајног поступка бришу из регистра, физичко лице по окончању поступка и даље постоји.

Начело социјалног поступања, које је у извршном поступку прихваћено у већој или мањој мери, прихваћено је и у поступку стечаја физичких лица. Међутим, ово начело представља један од основа индивидуалног стечаја и има много дубље значење него у извршном поступку. Институт стечаја физичких лица је у основи руковођен идејом да се терет презадужености дужника треба расподелити између презадужених грађана и поверилаца, пре свих банака и државе. Неувођењем поступка стечаја физичких лица привилегују се велики повериоци, банке и други даваоци кредита, који обично имају и стварноправна обезбеђења на имовини дужника као и све податке о његовој имовини, за разлику од других категорија поверилаца. (Гарашић, Ј., 2011: 1490)

Начелно, постоје два основна система спровођења стечаја физичких лица, амерички и европски.

Амерички систем полази од тога да без стечаја физичког лица сви губе: дужник који није мотивисан да ради, повериоци јер ће им бити враћен незнатан део потраживања и друштво у целини, због смањене продуктивности појединца. (Радовић, В., 2006:34) Уколико се спроведе поступак стечаја (банкрота) дужник је након продаје целокупне своје имовине (са изузетком имовине која се изузима од продаје) и намирања поверилаца из те имовине, ослобођен свих или дела дуговања. (тзв. *fresh start* филозофија).

Европска законодавства до недавно нису признавала оправданост опроста дугова физичким лицима полазећи од важности начела *pacta sunt servanda*. Развојем кредитне индустрије, кредитних картица и омогућавањем лако доступних кредита грађанима, број инсолвентних грађана је све

више растао, а тиме и проблеми на друштвеном плану тих земаља. Зато се крајем 80-их и током 90-их почињу јављати први закони који су регулисали стечај физичких лица. (Гарашић, Ј., 2011: 1488). Европска законодавства ослобођење од дугова условљавају планом плаћања (тзв. *earned start* филозофија). (Бодул, Д., 2011: 354-355) Тиме, начелно, ограничавају право дужника да се безусловно ослободи одговорности за обавезе. Физичко лице које прогласи стечај задржава део своје имовине који му је неопходан за скроман живот, док се остатак имовине дужника продаје и равномерно расподељује повериоцима. Све што дужник стекне док не наступи ослобођење, може се искористити ради намирења поверилаца. Након продаје дужникове имовине и намирења поверилаца из те имовине, дужник је у обавези да наредних неколико година (најчешће 3 до 5 година) уступа део својих редовних примања повериоцима према плану отплате, а задржава део зараде у висини егзистенцијалног минимума. Након истека овог периода, дужник се ослобађа преосталих обавеза.

Независно од система спровођења стечаја физичког лица, основна начела индивидуалног стечаја су начело новог финансијског почетка за стечајног дужника и начело колективног, равноправног, правичног и принудног намирења необезбеђених поверилаца. (Радовић, В., 2006:22-26)

Стечај физичког лица треба да омогући нови финансијски почетак оним дужницима који су у такво стање нису дошли својом кривицом или макар искључиво својом кривицом²⁵, нпр. виша сила, губитак посла, неповољни тржишни услови, при чему овај институт никако не треба схватити као начин легалног избегавања извршавања својих обавеза.

Могућност новог финансијског почетка за презадужено лице може да представља велико растерећење с обзиром да се презадужена особа налази под великим стресом, што може изазвати психичке и физичке болести, а могуће је и да таква особа посегне и за нелегалним начинима решавања своје ситуације те се окрене криминалу, алкохолу, дроги и другим друштвено неприхватљивим начинима понашања. Положај такве особе негативно се одражава и на чланове њене породице. (Гарашић, Ј., 2011: 1491)

Дужник се ослобађа плаћања неизмирених обавеза које су настале до момента отварања стечајног поступка, док се на дуговања која настану након отварања стечајног поступка, ослобођење не примењује. Закон може да искључи ослобођење дужника од одређених потраживања, обично

25 Код многих грађана разлог презадужености може бити и лакомисленост, неодговорност и непознавање како функционише кредитна индустрија. (Гарашић, Ј., 2011: 1490)

из одређених социјалних разлога који се тиме постижу (то могу бити нпр. потраживања на име законског издржавања, потраживања државе, потраживања према дужнику настала због кривичног дела који је учинио и сл.).

Након продаје имовине дужника сви необезбеђени повериоци се равномерно и сразмерно намирују из добијених средстава, за разлику од извршног поступка (сингуларна егзекуција) где важи начело првенственог реда намирења. После окончања стечајног поступка повериоци ради намирења својих потраживања насталих до отварања стечаја немају право да покрену парнични или извршни поступак против дужника, јер су обавезе дужника постале природне облигације. Ослобађањем дужника од одговорности за плаћање преосталих обавеза, ризик инсолвентности се пребацује делимично или у целости на повериоце, који ће стога пре давања кредита добро оценити способност примаоца да исти кредит врати (Радовић, В., 2006: 84)

У упоредном праву налазимо на различите варијанте спровођења поступка стечаја физичког лица, које у мањој или већој мери узимају у обзир потребу обезбеђивања егзистенцијалног минимума дужника. Значај очувања егзистенцијалног минимума је у теорији истицан управо имајући у виду модерне тенденције извршног поступка, по којима се потраживање повериоца, остварује по сваку цену, не водећи рачуна о егзистенцијалном минимуму и разлозима хуманости, а што може да доведе до настанка социјалних случајева за које помоћ на крају мора да осигура држава, иако је потраживање настало из уговорног односа, у коме сваки учесник мора преузети свој део ризика. Осигурање егзистенцијског минимума, наиме, није само ствар поштовања начела социјалне правде већ и начин да се држава заштити од терета издржавања дужника који су због извршења постали социјални случајеви. (Георгиевски, С., 2006:410) Ако се дужнику одузме све што поседује, он највероватније више неће бити продуктиван члан друштва, постаће социјални случај на терет државе, уместо да ради, плаћа порезе и друге дажбине држави. (Радовић, В., 2006:190)

У случају стечаја физичких лица целокупна имовина дужника, која није изузета, се продаје и из ње се намирују повериоци. Имовина која ће бити изузета од уласка у стечајну масу, највероватније ће се добрим делом поклопити са имовином која се изузима у извршном поступку, јер се разлози и у једном и у другом случају тичу задовољавања егзистенцијалних потреба дужника и његове породице.

Ипак, имајући у виду да је циљ стечаја физичких лица да се дужнику омогући стицање прихода у будућности, за очекивати је да од извршења

буду изузете и све оне ствари које су дужнику потребне да би из њих остваривао приход и намиривао повериоце. То су пре свега оне ствари које дужник користи за обављање своје делатности.²⁶ (На пример, уколико се стечај спроводи над имовином лица које је по делатности аутомеханичар, од продаје ће да се изузимају све ствари које се користе у обављању посла аутомеханичара). На тај начин се дужнику остављају нужна средства за живот, као и за живот његове породице, штити се његово достојанство и омогућава му се да у будућности поново буде способан да стиче приходе. Поред покретних ствари од продаје се може изузети непокретност у којој дужник станује.

У теорији се указује да у индивидуалном стечају постоји неколико начина на који се одређена имовина може изузети од извршења: изузимање по вредности одређених ствари (нпр. аутомобил до вредности од 200.000,00 динара) или права (нпр. део зараде из кога се не могу намирити повериоци); изузимање на основу новчаног износа, када дужник сходно својим потребама сам може да изабере имовину која ће бити изузета од извршења, али у оквиру износа одређеног законом; изузимање по врстама ствари или права (нпр. стан дужника, одећа, обућа), при чему се указује да је овакво одређивање прилично несигурно будући да овакве ствари могу бити и велике вредности (нпр. Арманијеве хаљине); изузимање по основу употребе ствари (нпр. ако се изузима стан или кућа захтева се да ту непокретност дужник користи као редовно место становања); изузимање по основу потребе дужника и чланова његовог домаћинства, када се од извршења изузима она имовина која је неопходна за живот и то у разумним границама. (Радовић, В., 2006, 194-202)

Изузимање по основу потребе дужника и чланова његовог домаћинства представља најправедније и најпрактичније решење, али га треба, кад је неопходно, кориговати осталим принципима. Потребе дужника треба ценити објективно у смислу онога шта је неопходно за скроман живот дужника и његове породице. При томе, треба водити рачуна о броју чланова домаћинства, њиховим годинама, као и њиховом здравственом стању, нарочито да ли неки члан домаћинства захтева посебну медицинску негу, одређене лекове или помагала. Раније животне навике дужника не треба да утичу на одлуку о томе које ће се ствари изузети од продаје, нарочито

26 Овакве ствари су биле изузете од извршења по ЗИП-у из 1978. године, али их каснији закони који су регулисали извршни поступак не изузимају од извршења. (нпр. радна и распходна стока, пољопривредне машине и друга оруђа за рад земљорадника, семе за употребу, храна за стоку; алат, машине и други предмети занатлије, сировине и погонско гориво; књиге и други предмети лица које обавља научну, уметничку или другу професионалну делатност).

ако је дужник навикао да води луксузан живот. Вредност ствари које се изузимају, такође, не би требало занемарити. Уколико законодавац одлучи да у стечајну масу не улази непокретност у којој дужник станује, овакво решење треба допунити додатним критеријумима (у смислу квадратуре по члану домаћинства, вредности непокретности и сл). То значи да ако дужник живи у кући која је велике вредности, наведена непокретност не треба бити изузета од уласка у стечајну масу. Од продајне цене наведене непокретности треба изузети износ којим би дужник себи могао да купи мањи стан довољан за живот њега и његове породице. Изузимање ствари велике вредности не би било оправдано нити правично, будући да је сврха поступка отписивање дугова.

Ипак, у теорији се са правом указује да стечај физичких лица треба да буде последња опција како за дужника тако и за правни систем. (Гарашић, Ј., 2011: 1512) За њим треба посегнути не чим износ дугова превазиђе вредност имовине дужника, већ када се покаже да уз најбоља настојања дужника за период од више година не би дошло до намирења поверилаца. Без обзира на то што после окончања овог поступка дужник има право на нов финансијски почетак, друштвена стигматизација лица које је прогласило банкрот се не може избећи, а што све утиче на даљи пословни и друштвени живот дужника.

4. Закључна разматрања

Основно начело грађанског права је да дужник за своје обавезе одговара својом целокупном имовином. То би значило да поверилац има право да из свих ствари или права која чине имовину дужника захтева своје намирење. Међутим, захтеви да се са дужником у цивилизованом друштву мора поступати на социјално прихватљив и одговоран начин ограничавају то право повериоца. Остављање дужника на просјачком штапу није оправдано како из хуманих тако и из економских разлога, јер би дужницима било веома отежано поновно пословно активирање и стицање прихода, а лишавање дужника одређених ствари би повредило само достојанство дужника. Из тих разлога се у случајевима извршења на имовини физичког лица одређене ствари дужника изузимају од извршења или је на њима извршење ограничено, а ствари које се не изузимају од извршења не могу се продавати испод законом одређене минималне цене, мада је ЗИО на посредан начин дерогирао последње правило.

Док је начело социјалног поступања у извршном поступку само коректив поступка који за циљ има ефикасно намирење поверилаца, у поступку стечаја физичких лица ово начело има много већи значај. Намирење

поверилаца је циљ и овог поступка, али се за разлику од извршног поступка где се повериоци намирују према правилима временског приоритета, у поступку стечаја намирују сразмерно својим потраживањима. Са становишта поверилаца, ово решење се показује као социјално праведније. Са друге стране, дужнику се оставља онај део његове имовине неопходан за живот, али му се уједно омогућава да настави да обавља делатност и да по одређеним условима оствари нови финансијски почетак. Дакле социјална компонента овог поступка је јако изражена и чини његово битно обележје. Међутим, не треба се заваравати да су једино разлози хуманости утицали да овај институт буде прихваћен у великом броју западних економија. Ту су и економски разлози, који нису предмет овог рада, али и практични како потраживања, која је немогуће наплатити, не би оптерећивала правни поредак.

Литература

Bodul, D. (2011), OSOBNИ STEČAJ: GLOBALNI TREND I HRVATSKA PERSPEKTIVA. *Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci*, 32(1), 351-377.

Воргић Никола (1978), Начела извршног поступка; у Гласник Адвокатске коморе Војводине, бр.10,

Garašić, J. (2011). Kako zakonski regulirati" osobni stečaj" u Hrvatskoj. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 61(5), 1487-1514.

Georgievski, S. (2006), Nova načela građanskog pravosuđenja. *Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu*, 56(2-3), 405-423.

Goršić Franjo (1930), Tumač zakona o izvršenju i obezbeđenju, Zagreb

Кеча Ранко (2012), О основним начелима Закона о извршењу и обезбеђењу, у: Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, бр. 1, 149-167

Планојевић Нина (2001), Извршење продајом непокретности по новом ЗИП-у, у: Нови закон о извршном поступку: зборник радова, 123-134

Радовић Вук (2006), Индивидуални стечај; Стечај над имовином физичког лица, Београд,

Ристић Вукашин (1991), Коментар Закона о извршном поступку, Београд

Сич Магдолна (2009), Cessio bonorum римског права – на тему личног банкрота савременог права, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, , бр. 2, стр. 259-279

Станишић Вукашин (1979), Извршење судских одлука, у: Зборник радова, Републички секретаријат за правосуђе и општу управу СР Србије и Републички завод за јавну управу СР Србије, Београд

Станковић Гордана, Боранијашевић Владимир (2012), Извршно процесно право, Косовска Митровица,

Triva Siniša, Belajac Velimir, Dika Mihajlo (1980), Sudsko izvršno pravo-Opći deo, Zagreb,

Šarkiћ Nebojša, Građanski izvršni postupak, Šarkiћ Nebojša, Nikolić Mladen (2005), Komentar Zakona o izvršnom postupku sa sudskom praksom i obrascima, Beograd

Lazarević Dragoljub (2011), Komentar Zakona o izvršenju i obezbeđenju

Прописи

Конвенција о заштити људских права и основних слобода (Сл. лист СЦГ - Међународни уговори, бр. 9/2003, 5/2005, 7/2005-исправка и "Сл. Гласник РС" - Међународни уговори бр. 12/2010)

Закон о извршењу и обезбеђењу ("Сл. гласник РС", бр. 31/2011, 99/2011, 109/2013-одлука УС и 55/2014)

Закон о извршном поступку ("Сл. гласник РС"), бр. 125/2004

Закон о извршном поступку ("Сл. лист СРЈ") 73/2000, 71/01

Закон о извршном поступку („Службени лист СФРЈ“ бр: 20/1978, 6/1982, 74/1987, 57/1989, 27/1990, 35/1991, 27/1992, 31/1993)

Закон о извршењу и обезбеђењу (1930)

Радмила Миленковић,
student of doctoral studies
Faculty of Law, University of Nis

The Principle of Social Treatment in the Process of Execution against Personal Property and in the Procedure of Bankruptcy of a Natural Person

Summary

The basic principle of the civil law is that a debtor is liable for the obligations with their whole property. It means that a creditor is allowed to demand a payment from every part of the debtors' property. However, because of the humane reasons, the law protects the personality of overindebted debtors and their property that is necessary for the minimum of existence.

In this paper, the author will analyze the meaning of the principle of social treatment in the process of execution against personal property. After that, she will consider the significance of this principle as an alternative to the process of execution in the case of debtors heavily in debt. The importance of the principle of social treatment is greater in the procedure of bankruptcy of a natural person, than in the process of execution against the personal property. A lot of countries in the world have introduced the institute of bankruptcy of a natural person, and it is considered to be in the interest both the debtor and creditor and also the whole society. Republic of Serbia is considering the introduction of the institute of bankruptcy of a natural person into the legal system.

Key words: *The Code of Property Execution and Security, singular execution, general execution, the social treatment principle, the proced*

ИМОВИНСКИ ОДНОСИ ВАНБРАЧНИХ ПАРТНЕРА²

Апстракт: У раду је извршена анализа нормативног оквира имовинских односа ванбрачних партнера у Србији, како у времену прошлом, тако и у времену садашњем. Однос према ванбрачним заједницама, који је у прошлости био негативан, временом се мењао, при чему су ванбрачним заједницама најпре била призната имовинскоправна дејства, што је био почетак њиховог приближавања брачним заједницама. Будући да наш законодавац признаје правна дејства само оним ванбрачним заједницама које испуњавају прописане услове, у уводном делу рада одређен је појам ванбрачне заједнице, а потом су елаборирани њени конститутивни елементи. Након тога је дата сумарна историјска ретроспектива раније важеће регулативе у домену имовинских односа ванбрачних партнера, да би у централном делу рада исцрпно били обрађени имовинскоправни односи ванбрачних партнера у савременом српском праву. На крају, у закључку рада је указано на уочене недостатке и могуће правце развоја регулативе имовинских односа ванбрачних партнера у будућем периоду.

Кључне речи: ванбрачна заједница, ванбрачни партнери, конститутивни елементи ванбрачне заједнице, издржавање, посебна имовина, заједничка имовина.

1. Увод

Основно питање које се поставља када је у фокусу проучавања ванбрачна заједница, јесте одређивање појма те заједнице, односно детерминисање концепцијског става државе према ванбрачној заједници као институту. Концепт о неморалности заједничког живота двоје људи ван брака је

1 tijana.mitrovic@gmail.com

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

напуштен; данас ванбрачна заједница постаје правно заштићена (Јовић, 2006: 189).

У теорији породичног права разликују се два концепта ванбрачне заједнице, статусни и уговорни, с обзиром на то да ли је ванбрачна заједница регулисана законом или се односи у њој могу регулисати уговором између ванбрачних партнера. Законодавства која прихватају статусни концепт ванбрачне заједнице могла би се поделити у две основне групе, она по којима је потребна регистрација да би ванбрачна заједница производила дејство и она која овај услов не предвиђају. У прву групу улазе закони донети деведесетих година двадесетог века у западноевропским земљама (Француска, Холандија, Белгија, шпански регион Каталонија), а у другу групу закони бивших југословенских република, те право Србије. Уговорни концепт прихвата већи број савремених закона у европским земљама, попут Немачке, Француске (за заједнице које нису закључене као споразум о солидарности), Швајцарске, Уједињеног Краљевства, а тако је и у већини држава САД-а (Ковачек-Станић, 2002: 121).

Ванбрачна заједница се у домаћем праву, углавном одређује на основу сличности и разлика са браком. У том смислу, „ванбрачна заједница постоји када мушкарац и жена живе у заједничком домаћинству и фактички се понашају један према другоме као муж и жена“ (Гамс, 1966: 188). „Под ванбрачном заједницом подразумева се заједница живота мушкарца и жене који се у међусобним односима како личне тако и имовинске природе понашају као брачни другови. Основна разлика између брака и ванбрачне заједнице је у томе што се брак закључује у законом прописаној форми, док ванбрачна заједница настаје неформално слободном вољом, фактичким саживљавањем мушкарца и жене, а на исти начин и престаје када ванбрачни другови раскину споразумно заједницу живота или један од њих напусти заједницу независно од жеље и воље другог“ (Драшкић, 1988: 125). Основна сличност је у заједничкој садржини (суштини) и једне и друге заједнице. То је заједница живота мушкарца и жене; укупност њихових емотивних, интелектуалних, економских, социјалних односа. Заједница живота је, међутим, за брак последица, а за ванбрачну заједницу услов постојања. Заједница живота ванбрачних другова треба да буде свеобухватна и да се по садржини и по спољним манифестацијама може уподобити брачном односу (Накић-Момировић, 2006: 446). Одлучујући значај за конституисање и битисање заједнице живота ванбрачних партнера има њихова истинска унутрашња потреба да живе заједно као муж и жена (Јовић, 2006: 192). Оно што је најочигледнија разлика између брака и ванбрачне заједнице јесте службено закључење брака и његов престанак само у законом предвиђеним случајевима и пред надлежним

државним органом. Ванбрачна заједница настаје сагласношћу воља ванбрачних партнера, изричито или прећутно, а на исти начин и престаје (Гамс, 1966: 188; Стеванов, 1978: 82-83; Младеновић, 1981: 51; Драшкић, 1988: 117; Сворцан, 1992: 238-239; Младеновић, 1993: 169-170; Поњавић, 2007: 121).

2. Историјска ретроспектива раније важећег законодавства у области имовинских односа ванбрачних партнера

Српски грађански законик није регулисао ванбрачну заједницу. Ванбрачна заједница је тада сматрана неморалном појавом па је законодавци у том периоду, посматрано упоредноправно, нису регулисали.

После Првог светског рата, била су призната нека права ванбрачним партнерима, али само у домену социјалних права, док Основни закон о браку из 1946. године не признаје правно постојање ванбрачне заједнице.³ Тако је било до доношења Закона о браку и породичним односима из 1980. године по коме и даље није постојао ванбрачни статус, али је ванбрачна заједница произвођила одређена правна дејства након њеног престанка.⁴

У старој Југославији (од 1918. до 1941.) био је у примени третман који је ванбрачна заједница имала и у осталим европским државама, а који није био наклоњен ванбрачној породици и ванбрачној деци. Став према ванбрачној заједници био је на свих шест правних подручија изразито негативан. Није било одредаба о ванбрачној заједници. Ванбрачни односи су фактички односи (Младеновић, 1981: 57).

Једини и истовремено најстарији правни акт, донет у Краљевини СХС, који је признавао одређена правна дејства ванбрачној заједници, био је Закон о осигурању радника из 1922. године, по коме је ванбрачна жена умрлог радника могла остварити право на материјалну потпору, под условом да је ванбрачна заједница трајала најмање једну годину и да је у таквој заједници рођено дете.⁵

Прописима донетим након Другог светског рата знатно је побољшан положај ванбрачне заједнице, посебно ванбрачне деце. Тако је Одлуком Националног комитета ослобођења Југославије о давању помоћи породицама чији се храниоци налазе у заробљеништву (од 19. децембра 1944.) и одлуком Националног комитета ослобођења Југославије о помоћи

3 Основни закон о браку, *Сл. лист ФНРЈ*, 31/1946 и *Сл. лист СФРЈ*, 28/1965.

4 Закон о браку и породичним односима, *Сл. гласник РС*, 22/80, 24/84, 11/88 и *Сл. гласник РС*, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 и 29/2001.

5 Пар. 74. тач. 3. Закона о осигурању радника, *Сл. новине*, 117/1922.

породицама чији се храниоци налазе на одслужењу војног рока у ЈНА, признато право на ове помоћи и ванбрачној жени (Младеновић, 1981: 57-58). Наиме, пошло се од претпоставке да због околности везаних за ранији друштвени систем или ратне прилике није могао бити склопљен брак (Илић, 1977: 58).

Устав ФНРЈ, изражавајући принцип да се брак налази под заштитом државе,⁶ а Основни закон о браку истичући и спроводећи исто начело, не признају правно постојање ванбрачне заједнице. У члану 2. Основног закона о браку стоји да је брак као основ породице под заштитом државе.⁷ У пречишћеном тексту Основног закона о браку од 1965. године, ова одредба је укинута и усклађена са новим текстом Устава од 1963. године према коме породица ужива друштвену заштиту.⁸ Дакле, до 1963. ванбрачна заједница није сматрана основом породице. Од 1963. године, и брак и ванбрачна заједница представљају основ за заснивање породице, али се браку даје предност, јер се односи у браку уређују законом (Младеновић, 1981: 59). Сматрало се да Основни закон о браку даје довољно могућности за склапање брака и да нема никаквих озбиљнијих сметњи да грађани ступају у правом признату заједницу мушкарца и жене, у брак. Ванбрачна заједница је и даље изван закона. Односи између ванбрачних другова су и даље само фактички, а не и правни односи (Бакић, 1967: 60).

Упркос настојањима да се ванбрачној заједници ускрати правна заштита, таква заједница је фактички стварала одређене имовинске односе који су се морали разрешити онда када би постали спорни. Непружање правне заштите у оваквим ситуацијама довело би до бесправног присвајања имовине и бесплатог искоришћавања туђе радне снаге (Драшкић, 1988: 121). При решавању спорова из ванбрачних заједница, у којима се по правилу појављује ванбрачна жена са захтевом да јој се пружи правна заштита, судови су одређивали да ванбрачни однос није правни однос и да не може производити последице које производи брак. Отуда учесници ванбрачног односа нису добијали правну заштиту на основу чињенице ванбрачног односа, применом правила која важе за брачне односе (Бакић, 1967: 60). Овакво стање довело је до лутања судске праксе. Судови су, наиме, морали да решавају често врло сложене имовинске односе из ванбрачних заједница и ванбрачних породица, а нису имали никакав ослонац у закону. Било је очигледно да се они не могу решавати простом применом правних правила грађанског права. Свака заједница живота ствара врло замршене

6 Чл. 26. Устава ФНРЈ, *Сл. лист ФНРЈ*, 2/1946.

7 Чл. 2. ст. 1. Основног закона о браку.

8 Чл. 58. ст. 1. Устава СФРЈ, *Сл. лист СФРЈ*, 14/63.

и испреплетане личне и имовинске односе и њено развргнуће захтева постојање нормативно-правне подлоге. Пошто таквих прописа није било, Савезни врховни суд донео је Упутство о начину решавања спорова који настају у вези са ванбрачном заједницом од 4. марта 1954. године.⁹

По Упутству, ванбрачна заједница не само да не производи никаква личноправна дејства законског брака и породице, него ни имовинскоправна дејства. Она не ствара заједничку имовину брачних другова, нити узајамно право и обавезу брачних другова на издржавање. Сваки од ванбрачних другова задржава своју имовинску самосталност, тако да, илустрације ради, могу и за време трајања ванбрачне заједнице да подносе тужбу један против другог. Ипак та заједница фактички ствара одређене имовинске односе који се морају расправити. Наведено Упутство се управо односи на неке од тих имовинских односа (Гамс, 1966: 187-188).

Дакле, сваки ванбрачни друг задржава право својине на стварима које је унео у ванбрачну заједницу, а када је употребом ствари једног ванбрачног друга наступио прираштај ствари другог прерадом, спајањем, грађењем, сејањем или сађењем, онда се том ванбрачном другу чија је ствар употребљена, признаје право по правилима о прибављању својине. Уколико је ствар у својини једног ванбрачног партнера утрошена за потребе заједничког домаћинства, онда он има право тражити накнаду утрошене ствари, по одбитку онога што је утрошено за његово издржавање и извршавање обавеза. У току трајања ванбрачне заједнице не настаје заједничка имовина, али, ако један стиче радом и доприносом другог, онда постоји тражбено право ванбрачног партнера које је сразмерно његовом доприносу у стицању. Уложени рад ванбрачног друга који је дошао у домаћинство другог не признаје се, ако је усмерен на одржавање и подмиривање потреба ванбрачне заједнице; напротив, признаје се увек кад би довео до неоснованог обogaђења једнога и експлоатације другог (Стеванов, 1978: 85).

Бивше савезно, републичко и покрајинско законодавство СФР Југославије по први пут је прописивало услове под којима се могу конституисати права између лица која живе у ванбрачној заједници. Није у једнаком степену и није у свим законима признат грађанскоправни учинак слободних ванбрачних заједница, али је еволуција у односу на Основни закон о браку и Упутство Савезног врховног суда и судску праксу која их је следила, била више него очигледна (Драшкић, 1988: 123).

⁹ Упутство Савезног врховног суда Су. 42/54 од 4. марта 1954. године, *Збирка одлука врховних судова донетих у кривичном и грађанском судском поступку 1953-1955*, Београд, 1957.

Доношењем Закона о браку и породичним односима 1980. године законодавац је признао нека дејства ванбрачној заједници и то само након њеног престанка, што значи да није постојао ванбрачни статус, а она се односе на обавезу узајамног издржавања и на настанак режима заједничке имовине.¹⁰ И наше актуелно породично законодавство признаје правно дејство само слободним ванбрачним заједницама, али се у овом погледу како ћемо видети у наставку рада, отишло и корак даље.

3. Имовински односи ванбрачних партнера у позитивном праву Републике Србије

Устав Републике Србије из 2006. године прописује да се ванбрачна заједница изједначава са браком, у складу са законом.¹¹ Дакле, ово је начелни принцип, али се ипак оставља могућност законодавцу да уређујући неке друштвене односе фаворизује брак у односу на ванбрачну заједницу.

Породични закон Републике Србије дефинише ванбрачну заједницу као трајнију заједницу живота жене и мушкарца, између којих нема брачних сметњи (ванбрачни партнери), а који имају права и дужности супружника под условима одређеним овим законом.¹² Та права и дужности су личног и имовинског карактера. Тичу се личних права и дужности диспозитивног и императивног карактера, као и права и дужности личноимовинског и имовинског карактера. Ванбрачна заједница производи породичноправне последице само ако испуњава услове који су предвиђени законом (Ковачек-Станић, 2009: 175). Из чл. 4. Породичног закона који дефинише ванбрачну заједницу, произилазе и конститутивни елементи њеног појма, и то: различитост полова, настанак фактичким путем (тј. успостављањем заједнице живота), непостојање брачних сметњи и трајност.¹³

Успостављање заједнице живота, у нашем праву, доводи до настанка ванбрачне заједнице. Дакле, не захтевају се неки додатни услови, па ни

10 Чл. 16. Закона о браку и породичним односима.

11 Чл. 62. ст. 5. Устава Србије, *Сл. гласник РС*, 83/2006.

12 Чл. 4. Породичног закона Србије, *Сл. гласник РС*, 18/2005 и 72/2011.

13 Трајање заједнице пружа могућност да се манифестују спољни знаци заједнице живота, односно указује на стабилност односа и доприноси да та заједница буде општепозната. Законодавац се определио за термин „трајнија“ као термин мање строг од термина „трајна“, а који подразумева намеру партнера да остваре заједницу са елементом трајности. Ванбрачна заједница треба да је заснована са намером да траје неодређено време, по чему се битно разликује од повремених ванбрачних сексуалних веза, које не подразумевају заједницу живота, јер не постоји намера партнера да се између њих успостави однос који би околина сматрала довољно стабилним (Јовић, 2006, 192).

регистрација ванбрачне заједнице. Насупрот томе, Француски грађански законик даје могућност лицима, било истог било различитог пола, да у циљу организовања заједничког живота, закључе Грађански споразум о солидарности и конкубинату (*Du pacte civil de solidarite et du concubinage* – PACS), а такође су предвиђени и начини престанка PACS-а. Дејства регистрације заједнице једнака су без обзира да ли се ради о лицима истог или различитог пола. Лица истог пола могу засновати PACS, али могу такође изабрати да живе заједно без заснивања PACS-а, у конкубинату. Конкубинат је *de facto* заједница коју карактеришу особине стабилности и континуитета између два лица истог или различитог пола, која живе као пар.¹⁴

У праву Енглеске и Велса постоји разлика између кохабитаната и цивилних партнера (хомосексуалних) које регулише *Civil Partnership Act* из 2004. године, изједначавајући их у погледу права и обавеза са супружницима.¹⁵ Положај кохабитаната је неповољнији, а они се дефинишу као два лица која нису у браку, нити у регистрованом партнерству, али која живе заједно као муж и жена или као цивилни партнери. Кохабитанти могу да закључују уговоре „*living together agreements*“ којима уређују имовинске односе, као и право на издржавање после престанка заједнице живота. У њиховом одсуству на кохабитанте ће се применити општа правила имовинског права (Standley, 2008: 52-55).

У нашем праву, ванбрачне заједнице, које могу бити само хетеросексуалне, се не региструју, већ остаје на судовима да процене да ли су се у сваком конкретном случају испунили услови за постојање ванбрачне заједнице, па ако јесу, на имовинске односе ванбрачних партнера примениће се одредбе Породичног закона које се примењују на имовинске односе супружника.

Пре свега, треба нагласити да између ванбрачних партнера, под одређеним условима, постоји обавеза узајамног издржавања, при чему се на издржавање између ових лица сходно примењују одредбе Породичног закона о издржавању супружника.¹⁶ Све док траје ванбрачна заједница ванбрачни партнери су дужни да се узајамно издржавају. Ако се ова обавеза не извршава спонтано, један од ванбрачних партнера би могао поднети тужбу за издржавање.¹⁷ Ово је изгледа само теоријска могућност, будући да изостанак спонтаности указује да заједница живота више не постоји. Док ванбрачна заједница траје, односно док ванбрачни партнери

14 Чл. 515-8, Француског грађанског законика.

15 *Civil Partnership Act* (2004), www.statutelaw.gov.uk, приступљено 23.05.2014.

16 Чл. 152. Породичног закона Србије.

17 Чл. 279. ст. 1. Породичног закона Србије.

живе у заједници живота, обавеза узајамног издржавања се извршава спонтано, па је у овом погледу ситуација иста као у браку. Међутим, у случају престанка заједнице живота, брак као правна веза и даље постоји, али од ванбрачне заједнице не остаје ништа. Стога има основа говорити о издржавању супружника у браку, без обзира што заједница живота између њих више не постоји. Када је заједница живота ванбрачних партнера престала има смисла говорити једино о издржавању бивших ванбрачних партнера (Поњавић, 2007: 334-335).

Ванбрачни партнер који нема довољно средстава за издржавање, а неспособан је за рад или је незапослен, има право на издржавање од другог ванбрачног партнера сразмерно његовим могућностима.¹⁸ Први услов који се захтева на страни повериоца издржавања је недовољност средстава за издржавање, док је други услов алтернативно постављен, те се захтева да је ванбрачни партнер неспособан за рад, независно од тога шта је узроковало ту неспособност, или да је незапослен. Ово су објективни елементи чије постојање цени суд у сваком конкретном случају. Породични закон не одређује експлицитно и субјективни елемент, али пошто се на издржавање ванбрачних партнера сходно примењују одредбе које се односе на издржавање супружника, може се рећи да неће имати право на издржавање онај ванбрачни партнер ако би прихватање његовог захтева представљало очигледну неправду за другог ванбрачног партнера.¹⁹

И на трајање и престанак издржавања сходно се примењују одредбе Породичног закона које се односе на супружнике, те је предвиђено да издржавање може трајати најдуже пет година после престанка ванбрачне заједнице, а да се изузетно може продужити и после истека овог рока ако нарочито оправдани разлози спречавају повериоца издржавања да ради.²⁰ Право на издржавање између ванбрачних партнера престаје у следећим случајевима: и то када истекне време трајања издржавања; смрћу повериоца и дужника издржавања; када поверилац издржавања склопи брак или заснује ванбрачну заједницу са другим лицем. Поред напред наведених случајева, када издржавање престаје аутоматски, постоје и случајеви када оно може престати по одлуци суда. У овим случајевима суд процењује испуњеност законских услова и може одлучити да обавеза издржавања престане. Издржавање престаје када отпадну објективни и субјективни услови за заснивање ове обавезе (Поњавић, 2007: 336), односно када поверилац издржавања стекне довољно средстава за издржавање,

18 Чл. 152. ст. 1. Породичног закона Србије.

19 Чл. 151. ст. 3. Породичног закона Србије.

20 Чл. 163. ст. 2-3 Породичног закона Србије.

када дужник издржавања изгуби могућност да даје издржавање или када давање издржавања постане за њега очигледно неправично.²¹

Имовински односи ванбрачних партнера су посебни имовински односи чије су особине условљене специфичношћу везе између ванбрачних партнера. Постојање ванбрачне заједнице, као и односа који проистичу из заједнице живота ванбрачних партнера, условљавају правно познавање посебних облика имовине, њихових режима управљања и располагања, те деобу имовине која је најчешћа последица престанка ванбрачне заједнице (Ковачек-Станић, 2009: 113).

Имовинским односима ванбрачних партнера посвећен је чл. 191. Породичног закона који у ставу 1. предвиђа да имовина коју су ванбрачни партнери стекли радом у току трајања заједнице живота у ванбрачној заједници представља њихову заједничку имовину. Став 2. истог члана прописује да се на имовинске односе ванбрачних партнера сходно примењују одредбе овог закона о имовинским односима супружника.²² Дакле Породични закон нема чланове којима експлицитно регулише имовинске односе ванбрачних партнера, већ ће се на те односе применити одредбе којима се уређују имовински односи супружника и то само ако се ради о слободним ванбрачним заједницама, које једино и производе породичноправна дејства.

„Ванбрачна заједница живота може се изједначити са брачном у погледу режима заједничке имовине само ако се на несумњив начин утврди да је та заједница заснована у циљу заједничког стицања и да је таквог стицања стварно било“.²³

У енглеском праву се, међутим, разликују прописи којима се регулишу имовински односи супружника и регистрованих партнера, од оних којима се регулишу имовински односи кохабитаната. На супружнике и регистроване партнере (искључиво хомосексуалне) примењују се правила о имовинским односима која су прописана у *Matrimonial Causes Act*²⁴ из 1973. године, а која су преузета у *Civil Partnerships Act* (CPA) из 2004. године, док се на имовинске односе кохабитаната примењују општа правила имовинског права (Standley, 2008: 61-62). Међутим, кохабитанти су слободни да закључују уговоре (*living together agreements*) којима ће регулисати своје имовинске односе (Krause, Meyer, 2007: 67).

21 Чл. 167. Породичног закона Србије.

22 Чл. 191. Породичног закона Србије.

23 Пресуда Врховног суда Војводине, бр. 159/84 (Вуковић, 2005: 167).

24 *Matrimonial Causes Act* (1973), www.statutelaw.gov.uk, приступљено 23.05.2014.

У нашем праву, поред законског имовинског режима који се примењује на супружнике, односно ванбрачне партнере, постоји могућност уговарања и другачијег режима од законског, што је новина призната нашим Породичним законом.

Приликом састављања споразума о деоби, ванбрачни партнери су, као и супружници, слободни да деобу имовине изврше у складу са њиховим потребама и жељама, што значи да имовину не морају поделити на једнаке делове, нити су дужни водити рачуна о доприносу сваког од њих у стицању имовине (Китановић, 2012: 238). Дакле, ванбрачни партнери могу своје имовинске односе уредити уговором, али уколико то не учине на њихове имовинске односе примениће се законски имовински режим који се односи на супружнике. Законски имовински режим познаје две врсте имовина ванбрачних партнера, и то: посебну и заједничку.

Посебна имовина је она коју је ванбрачни партнер стекао пре него што је ступио у ванбрачну заједницу, односно коју је стекао у току ванбрачне заједнице деобом заједничке имовине, наслеђем, поклоном, или другим правним послом којим се прибављају искључиво права.²⁵ Приходи од посебне имовине ванбрачних партнера који нису настали радом (камате, закупнине, дивиденде) такође представљају посебну имовину. Потом, новчана средства стечена по основу накнаде штете због оштећења или губитка ствари која представља посебну имовину једног ванбрачног партнера, улазе у његову посебну имовину. Накнада коју је ванбрачни партнер примио по основу претрпљене нематеријалне штете, с обзиром на правну природу и циљ такве накнаде садржан у личној сатисфакцији оштећеног за претрпљене душевне болове, представља посебну имовину ванбрачног партнера коме је нематеријална штета проузрокована (Накић, 2006: 433).

Сваки ванбрачни партнер самостално управља и располаже својом посебном имовином.²⁶ Уколико се током трајања заједничког живота ванбрачних партнера увећа посебна имовина једног од њих и то незнатно, тада ће други ванбрачни партнер имати право на потраживање у новцу сразмерно свом доприносу. Али, уколико дође до знатног увећања вредности имовине једног од њих у току заједничког живота, тада ће други ванбрачни партнер имати право на удео у тој имовини сразмерно свом доприносу.²⁷ Допринос ванбрачног друга увећању имовине и његов обим произилазе из обима уложеног рада или висине уложених новчаних

25 Чл. 168. Породичног закона Србије.

26 Чл. 169. Породичног закона Србије.

27 Чл. 170. Породичног закона Србије.

средстава као и порекла уложеног новца, јер се могу улагати заједничка средства или новац који чини посебну имовину једног ванбрачног партнера. Ванбрачни партнер, који је радом или новцем или на оба начина допринео увећању вредности имовине другог ванбрачног партнера, има право на овако стечену имовинску вредност сразмерно свом доприносу. Обим увећања вредности имовине опредељује право ванбрачног партнера да своја улагања реализује кроз облигационоправно потраживање у новцу или стварноправни захтев кроз сувласнички удео у тој имовини (Накић, 2006: 434). На судовима је да процене да ли је у конкретном случају дошло до незнатног или знатног увећања имовине.²⁸

„Живот у заједници, заједнички рад и залагања, доводе до тога да се између ванбрачних партнера створи заједничка имовина. Да би постојала ванбрачна заједница која води заједничком стицању, потребно је да између мушкарца и жене, који нису у браку са трећим лицем, постоји воља да међусобно успоставе односе који одговарају односима у браку и да свесно и вољно извршавају овлашћења и дужности прописана за брачне другове. Због тога, нема ванбрачне заједнице нити заједничке тековине у заједници, лица која су већ у законитом браку, те ова сва евентуална права могу остварити према општим правилима имовинског права“.²⁹

Заједничка имовина би се могла дефинисати као скуп стварних права на неодређеним деловима ствари и скуп тражбених права чији износ није одређен према сваком од титулара (Поњавић, 2007: 357). Удели заједничара нису одређени ни идеално, ни реално, па се као правна заједница, заједничка својина разликује од сусвојине код које су делови сувласника одређени идеално при чему сувласник може располагати тим идеалним делом (Станковић, Орлић, 1999: 161-162). Заједничка имовина ванбрачних партнера одређује се као она имовина коју су ванбрачни партнери стекли радом током трајања заједнице живота. Управљање и располагање заједничком имовином врши се заједнички и споразумно.³⁰

28 „Уколико ванбрачни партнери у току ванбрачне заједнице уложе заједничка средства у посебну имовину једног од њих (адаптација, реконструкција, доградња и сл.) тада други ванбрачни партнер у односу на ту имовину има стварно-правни захтев уколико су вредношћу уложених заједничких средстава или посебном имовином економски настале важне промене у стању и вредности те имовине. Ради правилног утврђења дограђеног дела у односу на вредност целог објекта првостепени суд је провео доказ вештачењем од стране вештака грађевинске струке. Из налаза и мишљења вештака види се да је вредност дограђеног дела у односу на вредност целог објекта 25,53%, што представља значајну вредност тј. ¼ од спорног објекта“. Видети пресуду Апелационог суда у Нишу, Гж. 3464/10 од 29. 06. 2010. године, преузето из архиве суда.

29 Пресуда Општинског суда у Крагујевцу, бр. 1103/83 (Вуковић, 2005: 167).

30 Чл. 171. и 174. ст. 1. Породичног закона Србије.

Право на заједничку имовину није признато партнерима из неслободних ванбрачних заједница. У том контексту посматрано решење, према коме право на заједничку имовину није признато партнерима који живе у ванбрачној заједници због тога што је један од њих, рецимо, истовремено у пуноважном браку, изгледа крајње неправично у односу на признање права на заједничку имовину супружницима из ништавог брака закљученог уз присуство исте брачне сметње. Поништени брак, дакле, производи имовинскоправне ефекте брака, али их нема дуготрајна животна заједница жене и мушкарца уколико постоје разлози због којих би, тек евентуални, брак између њих могао бити поништен (Драшкић, 1987: 67-68). Титулари имовине су ванбрачни другови као заједничари, њихови делови су неопредељени, за разлику од сусвојине где су делови титулара – сувласника аликвотно одређени (Ковачек-Станић, 2009: 115). Ванбрачни другови, као заједничари немају ни идеални ни реални део у заједничкој имовини већ се њихово право простире подједнако на све оно што је стечено радом у току трајања њиховог заједничког живота у ванбрачној заједници (Накић, 2006: 436). Код заједничке имовине постоји двојни субјект који је носилац скупа стварних права са неопредељеним деловима и облигационих права са неутврђеним квотама потраживања (Младеновић, 1981: 651).

Када је реч о деоби заједничке имовине, најпре је потребно утврдити сувласнички односно суповерилачки удео сваког ванбрачног партнера у заједничкој имовини. Подела заједничке имовине може се извршити споразумно и судски, за време и након престанка ванбрачне заједнице.³¹ Дакле, ванбрачни партнери од заједничара постају сувласници, тако да су њихови удели тада познати. Ако се ради о заједничком потраживању према трећим лицима, они постају суповериоци (Ковачек-Станић, 2009: 116). Уколико ванбрачни партнери не могу да се споразумеју око деобе заједничке имовине, деобу заједничке имовине врши суд. Важи претпоставка да су њихови удели једнаки. Међутим, суд може одредити и већи удео једног од ванбрачних партнера. Код утврђивања доприноса ванбрачних партнера цене се сви облици рада а не само они који непосредно остварују нове новчане вредности (Накић, 2006: 443). Дакле, под радом у смислу творца заједничке имовине подразумева се не само рад који доприноси (непосредно и посредно) повећању заједничке имовине, већ и рад који доприноси њеном одржавању или чини да је њено смањење мање него што би било (Станковић, Орлић, 1999: 163). Приликом одлучивања о већем уделу једног од ванбрачних партнера, суд ће водити рачуна о његовим приходима, пословима у домаћинству и око деце, старању о

31 Чл. 178-180. Породичног закона Србије.

имовини и о другим околностима од значаја за одржавање или увећање вредности заједничке имовине.³² „У погледу одлуке о тужбеном захтеву за утврђивање права својине, нужно је утврдити, пре свега, коју је вредност у виду непокретне и покретне имовине стекло домаћинство за време трајања ванбрачне заједнице, затим колики је био допринос радом сваког од учесника у стицању, очувању и побољшању постојеће имовине, колики је у том стицању допринос материјалне базе и колико су износили редовни трошкови који представљају издатке за вођење ванбрачне заједнице, при чему треба имати у виду све оно што је дато за чланове заједнице које су стицаоци издржавали, помагали, школовали и васпитавали“.³³ Након свега овога суд доноси одлуку о подели имовине на једнаке делове, односно према доприносу у њеном стицању ако је такав захтев од стране ванбрачних партнера постављен. Од овог момента престаје да постоји заједничка имовина између ванбрачних партнера и они постају сувласници односно саповериоци одређеног удела у заједничкој имовини. Ванбрачни партнери могу након доношења одлуке о утврђеним сувласничким односно суповерилачким уделитема сами спровести физичку деобу ствари и права. Ако се о овоме не могу споразумети, физичку деобу ће спровести суд. (Поњавић, 2007: 362, 363).

4. Закључак

Дуго се са подозрењем гледало на ванбрачне заједнице, те им нису признавана правна дејства. Нерегулисање ванбрачних заједница законом није довело до њиховог ишчезавања из друштвеног живота, већ је таква ситуација довела до непостојања ослонаца у закону за судове, приликом решавања сложених имовинских односа након престанка ванбрачне заједнице између два лица. Кроз праксу судова увидело се да се на имовинске односе у ванбрачној заједници, због њихове специфичности, не могу до краја применити општа правила имовинског права, па се како у нашем праву, тако и у осталим правним системима, у погледу признавања правних дејстава ванбрачној заједници, пошло управо од имовинских. Имовинскоправна дејства ванбрачне заједнице у нашем праву први пут су регулисана Законом о браку и породичним односима, док Породични закон у погледу личних, личноимовинских и имовинских дејстава, у потпуности изједначава брак и ванбрачну заједницу.

У савременим правним системима присутна је тенденција регистрације ванбрачних заједница, нарочито истополних, па се на регистроване

32 Чл. 180. ст. 3. Породичног закона Србије.

33 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 371/84 (Вуковић, 2005: 169).

партнере, у погледу имовинских односа, примењују она правила која важе и за супружнике. У неким од њих, међутим, прописана је и могућност да своје имовинске односе регулишу уговором, а уколико то не учине на њихове имовинске односе примениће се општа правила имовинског права.

У нашем праву ванбрачна заједница се не региструје, па ће произвести правна дејства само уколико испуњава услове прописане законом, тј. различитост полова, успостављање фактичким путем, непостојање брачних сметњи и трајност. На имовинске односе ванбрачних партнера примениће се, уколико су испуњени ови услови, правила којима се регулишу имовински односи супружника. На судовима је да процене да ли су се у сваком конкретном случају испунили услови за постојање ванбрачне заједнице, те ако јесу последице престанка ванбрачне заједнице биће исте као и последице престанка брака.

Разлози који су мотивисали законодавца да ванбрачну заједницу као правни институт нормира на овај начин, произилазе из потребе да се спречи експлоатација ванбрачног партнера који је у слабијем положају у односу на другог партнера, превасходно у социоекономском смислу. Међутим, ако двоје одраслих људи изабере ванбрачну заједницу као облик заједничког живота, да ли јуристичка интервенција поништава њихов избор, односно да ли такав концепт изједначавања ванбрачне заједнице као алтернативе брака са правним дејствима брака, значи непоштовање њихове одлуке? Међутим, за сада остају отворене контроверзе око одговора на питање да ли ће овакав приступ ванбрачној заједници допринети њеном стабилнијем положају у систему друштвених и међусобних односа ванбрачних партнера и њихове заједничке деце (Јовић, 2006: 195-196).

Литература

Бакић, В. (1967). Породично право СФРЈ. Београд: Савремена администрација.

Вуковић, С. (2005). Коментар Породичног закона са судском праксом, обрасцима и регистром појмова. Београд: Пословодни биро Д.О.О.

Гамс, А. (1966). Брачно и породично имовинско право. Београд: Научна књига.

Драшкић, М. (1987). Ванбрачна заједница у законодавству и судској пракси Косова. Социјална политика – Часопис за социјално-економска питања. Југословенска конференција за социјалне делатности, Београд. 11-12 (XLII). 65-80.

Драшкић, М. (1988). Ванбрачна заједница – Грађанскоправна дејства заједничког живота изван брака. Београд: Научна књига.

Илић, Т. (1977). Ванбрачна заједница – магистарски рад, Ниш.

Јовић, О. (2006). Брак или ванбрачна заједница – право избора. У З. Поњавић (Прир.), Зборник радова – Ново породично законодавство (стр. 187-197). Крагујевац: Правни факултет.

Китановић, Т. (2012). Еволуција модела споразумног развода брака у српском праву. Зборник радова Правног факултета у Нишу. 63. 229-242.

Ковачек-Станић, Г. (2002). Упоредно породично право. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Ковачек-Станић, Г. (2009). Породично право – партнерско, деце и старатељско право. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Krause, H., Meyer, D. (2007). Family law in a nutshell. USA: Thomson West.

Младеновић, М. (1981). Породично право – Књига I. Београд: Привредна штампа.

Младеновић, М. (1993). Породично право у СР Југославији. Београд: Научна књига.

Накић-Момировић, С. (2006). Имовински односи супружника и ванбрачних партнера – Вануговорни режим. У З. Поњавић (Прир.), Зборник радова – Ново породично законодавство (стр. 429-449). Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Поњавић, З. (2007). Породично право. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Сворцан, С. Наследна права ванбрачног партнера. Гласник права. Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Крагујевац. књ. 1/4. 237-244.

Станковић, О., Орлић, М. (1999). Стварно право. Београд: Номос Д.О.О.

Standley, K. (2008). Family law. New York: Palgrave macmillan law masters.

Стеванов, М. (1978). Ванбрачна заједница. Зборник Правног факултета у Загребу. 1-2 (XXVIII). 81-95.

Правни прописи

Закон о осигурању радника. Службене новине. Бр. 117 (1922)

Устав ФНРЈ. Службени лист ФНРЈ. Бр. 2 (1946)

Основни закон о браку. Службени лист ФНРЈ. Бр. 31 (1946) и Службени лист СФРЈ. Бр. 28 (1965)

Упутство Савезног врховног суда Су. 42/54 од 4. марта 1954. године, Збирка одлука врховних судова донетих у кривичном и грађанском судском поступку 1953-1955, Београд, 1957.

Устав СФРЈ. Службени лист СФРЈ. Бр. 14 (1963)

Закон о браку и породичним односима. Службени гласник СРС. Бр. 22 (1980), 24 (1984) – др. Закон, 11 (1988) и Службени гласник РС. Бр. 22 (1993), 25 (1993) – испр., 35 (1994), 46 (1995) – др. Закон и 29 (2001)

Породични закон. Службени гласник РС. Бр. 18 (2005) и 72 (2011) – др. закон.

Устав Републике Србије. Службени гласник РС. Бр. 83 (2006)

Code civil, <http://legifrance.gouv.fr>.

Matrimonial Causes Act (1973), www.statutelaw.gov.uk.

Civil Partnership Act (2004), www.statutelaw.gov.uk.

Резиме

Ванбрачна заједница није произвођила правна дејства у нашем праву све до доношења Закона о браку и породичним односима из 1980. године, којим су призната личноимовинска и имовинска дејства ванбрачним заједницама, и то након њиховог престанка. Ванбрачни статус бива уведен Породичним законом из 2005. године, тако да ванбрачна заједница данас производи лична, личноимовинска и имовинска правна дејства идентична дејствима брака. Уколико ванбрачна заједница испуњава законом прописане услове, на имовинске односе ванбрачних партнера сходно ће се применити одредбе Закона којима се регулишу имовински односи супружника. Поред законског имовинског режима који познаје посебну и заједничку имовину ванбрачних партнера, Породичним законом је уведена могућност да ванбрачни партнери своје имовинске односе уреде уговором. Уколико не регулишу своје имовинске односе уговором, имовина коју ванбрачни партнери стекну у току трајања заједнице живота, представља њихову заједничку имовину, која се може поделити, како за време трајања, тако и након престанка заједнице живота ванбрачних партнера.

Tijana Mitrović,

Post-graduate student of Doctoral studies,

Faculty of Law, University of Niš

Property Relationships in Non-Marital Cohabitations

Summary

In our legal system, there were no property laws applying to non-marital cohabitations until 1980, when the Law of the Marriage and Family was passed. This law recognized the same property rights after the termination of the cohabitation as the ones of married couples. Non-marital cohabitation was introduced with the Family law from 2005, and since then a non-marital cohabitation has the same property rights as a married couple. If a non-marital cohabitation meets the legal and regulatory requirements, the regulations that apply to property relations of married couples will apply to the non-marital cohabitations as well. In addition to the property relations that recognize separate and joint properties in non-marital cohabitations, the Family law made it possible for the partners to regulate their properties with an agreement. If they do not regulate their property with an agreement, the property that they acquire during the non-marital cohabitation becomes joint property and can be divided during the period of cohabitation as well as after the termination of cohabitation.

Key words: *non-marital cohabitation, non-marital partners, constituting elements of non-marital cohabitation, support, separate property, joint property.*

ДЕНАЦИОНАЛИЗАЦИЈА - РАЗЛОЗИ И ЦИЉЕВИ¹

Апстракт: Аутор у овом раду анализом прописа којима је ауторитарни режим Социјалистичке Федеративне Републике Југославије спроводио мере одузимања приватне својине и њеног подржављења, као и анализом последица вишедеценијске неправде настале применом ових нелегитимних аката, настоји утврдити разлоге спровођења денационализације, процеса којим је једино могуће ублажити или уклонити њихове ефекте. Мерама као што су конфискација, аграрна реформа, национализација, експропријација, грубо је кршено једно од основних људских права, право на својину, али и многа друга: право на живот, право на неповредивост физичког и психичког интегритета, правично суђење и др. Разлози за спровођење денационализације, иако се међусобно преплићу, могу се груписати на: правне, моралне, економске и политичке. Денационализација је, иако изузетно тежак и деликатан проблем, неопходна како би се извршила морална и правна рехабилитација неосновано осуђених и исправила историјска неправда, ослободили терета ауторитарне прошлости, средили нерешени имовински односи и поставиле здраве основе за развитак привреде и придруживање Србије Европској унији.

Кључне речи: денационализација, разлози денационализације, циљеви денационализације, мере подржављења приватне својине.

1. Увод

Социјалистичка федеративна република Југославија, познатија као Друга Југославија, настала је 1943 године, са првобитним именом Демократска федеративна Југославија које је убрзо промењено у ФНРЈ и коначно 1963. године у СФРЈ. Она је наследница Краљевине Југославије тако да је као

1 dragana.randjelovic@hotmail.com

држава-сукцесор преузела сву њену имовину. Међутим, велики део имовине је и даље био у приватном власништву, како обичних сељака и грађана тако и већих и мањих привредних корпорација често са знатним уделом страног капитала (Тодоровић, 1994: 313). СФРЈ је уместо монархије успоставила нови систем власти са новом управом, политичким системом и институцијама. Један од главних циљева нове државе јесте да развласти буржоазију, да целокупну државну и приватну имовину и економију узме у своје руке и да се разрачуна са „народним непријатељима“. Предузете су бројне мере као што су конфискација, аграрна реформа, национализација, експропријација које су покриване „иновативним“ законима којима је спроводила свој паклени циљ „чистих руку“.

2. Мере подржављења приватне својине

Конфискација је принудно одузимање целокупне или дела приватне имовине, без накнаде од лица које је учинило неко кривично дело или прекршај. То је споредна казна која се изриче уз казну затвора или смртну казну. Међутим, за конфискацију која је вршена у Југославији после Другог светског рата је специфично то што није изрицана само као споредна кривична санкција већ и *ex lege*, одређеним категоријама лица и што су је, поред судова, изрицали и управни органи.

Конфискација је вршена од 1941-1945 а посебно је интензивирана после рата доношењем Закона о конфискацији имовине од 9. јуна 1945. године, који је измењен и допуњен 27. јула 1946. године². Конфискација имовине у смислу овог закона јесте принудно одузимање без накнаде у корист државе целокупне имовине (потпуна конфискација) или тачно одређеног дела имовине (делимична конфискација) физичког или правног лица (чл.1).

Конфискација се налази на првом месту мера којима је формирана државна својина јер, према неким подацима, пре национализације се у рукама државе већ налазио највећи део банкарства и скоро цела трговина на велико, као и 82% индустрије (Тодоровић, 1998: 492).

Аграрна реформа. Закон о аграрној реформи и колонизацији је донет 23. августа 1945. године.³ Он је био међу првим законима који су донети у оквиру послератних мера које је спроводила новоформирана југословенска држава. Овај закон је прокламовао да ће се аграрна реформа и колонизација извршити у циљу додељивања земље земљорадницима који немају

² „Службени лист ФНРЈ“, бр.61/46.

³ „Службени лист ФНРЈ“, бр. 64/45, 16/46, 24/46, 99/46, 101/47, 105/48, 4/51, 19/51, 42/51, 43/51, 21/56, 52/57, 55/57 и „Службени лист ФНРЈ“, бр. 10/65.

земље или је немају довољно, а да ће се извршити на целој територији Федеративне Народне Републике Југославије уз начело „Земља припада онима који је обрађују“ (чл.1).

Да би створила земљишни фонд потребан за додељивање, у смислу члана 1, као и ради стварања и допуњавања великих државних и пољопривредних добара одузета је земља од свих власника пољопривредног и шумског земљишта чија је укупна површина прелазила 45 хектара, односно 25 до 35 хектара уколико су се ови поседи искоришћавали путем закупа или најма. Број ових поседа је био велики о чему сведочи податак да је према попису из 1931. године у Краљевини Југославији било 49.314 газдинстава са по преко 20 хектара земље у својини. Одузети су и земљишни поседи у својини банака, предузећа, акционарских друштава и други приватно-правних лица, изузев оних делова који ће се власницима оставити за обављање индустријске, грађевинске, научне, културне и друге друштвено корисне сврхе. На удар су дошли и земљишни поседи црква, манастира, верских установа и свих врста задужбина, световних и верских.

Законска регулатива и спровођење аграрне реформе је било мотивисано спровођењем „социјалне правде“ где би сви грађани имали једнака права и обавезе и то је вршено са пуно елана у тек створеној социјалистичкој држави, а након победоносно окончаног антифашистичког рата (Тодоровић, 1998: 496).

Међутим, више од половине земљишног фонда, 52,73% прешло је у државни сектор или је дато сељачким радним задругама а 47,27% је дато земљорадницима који нису имали довољно своје земље.

Законом о аграрној реформи и колонизацији је била предвиђена накнада за одузету земљу која је власницима требала да буде исплаћена у висини једногодишњег приноса по хектару (чл.6). Накнаду је била дужна да измири држава а исплаћена сума је требала да буде распоређена на целокупну површину земљишног фонда и касније, кроз дугорочне отплате, наплаћена од оних којима је ова земља дата. Закон је предвидео и доношење посебне уредбе којима би се ближе уредили услови отплате, међутим, она никада није донета, тако да ни накнаде никада нису исплаћене власницима земље од којих је она одузета (чл.14).

Експропријација представља принудну меру одузимања или ограничавања приватне својине на непокретним стварима у општем интересу, уз накнаду ранијем власнику.

Основни закон о експропријацији⁴ је прописао да се непокретна имовина и права на непокретној имовини могу експроприсати кад то тражи општи интерес извођења корисних радова за сврхе друштвено-економског и културног подизања и развоја народа

Експропријација је била политичка мера којом је вршено одузимање приватне својине и њено претварање у друштвену. Она се сматрала исправном мером, јер је вршено развлашћивање класе која је револуцијом смењена у корист носиоца револуције.

Иако прописана законом, накнада је или изостајала или била таква да је експроприсана непокретност готово била поклоњена, тако да се ова мера толико приближила национализацији да готово и није било разлика.

Национализација. Након обезбеђивања законске основе за одузимање земљишта на ред су дошла привредна предузећа која су у великом обиму била у власништву приватних лица. Према подацима садржаним у Статистичком годишњаку Југославије 1918-1988, 4,257 фабрика је било у власништву држављана Југославије, а 183 у власништву страних лица. Према величини уложеног капитала, претежно југословенских је било 348 фабрика, а претежно страних је било 318, док је у 48 фабрика био уложен капитал по принципу пола-пола. За преосталих 140 фабрика није било података о структури уложеног капитала (Димитријевић, 1952: 4-9).

Законом о национализацији приватних привредних предузећа⁵, у друштвену својину су прешла сва приватна предузећа у 42 привредне гране.

Законом о национализацији приватних привредних предузећа је предвиђена накнада за бивше власнике у државним обвезницама у вредности чисте aktive национализоване имовине на дан преузимања исте од стране државе (чл.8). Савезно извршно веће је донело Уредбу о поступку процене вредности и утврђивању накнаде за национализовану имовину.⁶ Међутим, накнада никада није исплаћена.

Поред горе наведених прописа, постоје бројни други којима је одузимана приватна својина и кршена друга људска права, међутим, због обимности нису наведени у раду, али их је аутор користио у свом истраживању.

4 „Службени лист ФНРЈ“, бр. 28/1947 од 4. априла 1947. године.

5 „Службени лист ФНРЈ“, бр. 98/46 и 35/48, од 5. децембра 1946. године.

6 „Службени лист ФНРЈ“, бр.98/47.

3. Денационализација-појам и разлози

Денационализација (енгл. denationalization, нем. entnationalisierung) је процес враћања приватним власницима имовине (у натуралном облику или у виду новчаног обештећења) која им је одузета на основу прописа о аграрној реформи, национализацији, конфискацији, секвестрацији и делом експропријацији. Денационализација се у свом уско семантичком смислу односи на процес инверзан национализацији, али се у легислативи и пракси овим термином, у ширем смислу, означава и деконфискација и реституција- враћање имовинских права и добара бившим власницима подржављених по разним другим основама, обештећење за ту имовину, као и приватизација државне имовине. Правно гледано, денационализација је грађанскоправни институт путем кога се стичу и губе одређена реална или облигациона имовинска права. Она је правни основ *sui generis* за престанак и стицање права својине, различит од других класичних правних основа којима се стиче својина. Денационализација је мера којом се настоје уклонити или бар ублажити ефекти изазвани бројним мерама подржављења приватне својине.⁷

Бројни су разлози за денационализацију: морални, правни, економски, социјални, политички и други. Иако се ови разлози међусобно преплићу, могуће их је изложити у неколико групација. Циљеве није потребно посебно излагати јер њих можемо извести из разлога који су довели до регулисања и спровођења денационализације.

3.1. Правни разлози

Национализација је као револуционарна мера вршена мање или више легитимним методама и унутар тадашње идеолошке државе била је оправдана.

Законима, који су комунистичком ауторитарном режиму обезбедили законску основу за одузимање приватне својине и њено подржављење, били су регулисани поступци, надлежни органи, правни лекови, па и накнаде за одузету имовину.

Међутим, без обзира што је одузимање приватне својине имало своју законску основу, у условима тзв. диктатуре пролетаријата и тоталитарног режима нове социјалистичке партије и није било тешко и најгрубљу самовољу, као што је одузимање приватне својине без накнаде, подићи на степен закона (Тодоровић, 1994/340).

7 [http://projuris.org/Denacionalizacija/Glosar%20\(pojmovnik\)%20denacionalizacije.doc](http://projuris.org/Denacionalizacija/Glosar%20(pojmovnik)%20denacionalizacije.doc), приступ дана 20. 08. 2014. године.

Немачки правник Г. Радбрух је у филозофској расправи о „законском неправу“ и „надзаконском праву“ која је написана 1946. године истицао је: „Тамо где настаје сукоб између правне сигурности и правде, између закона који се садржински може побијати, али је позитиван, и између праведног права које, међутим, није преточено у форму закона, уистину постоји сукоб правде са самом собом, сукоб између привидне и стварне правде“ (Тодоровић, 1994: 341).

Бројне процесне и материјалне грешке и неправилности су се дешавале у тој мери тадашњим управним и судским органима, марионетама новог режима, да су готово била правило. Они су брзо и без преиспитивања радили на спровођењу циљева социјалистичке партије, а мотивација и оправдање им је била борба против „народних непријатеља“, према којима није требало имати много обзира.

Пресуде које су доносили тадашњи судови нису биле резултат законито спроведеног поступка уз поштовање права окривљених. Народни судови су без доказивања, у року од свега неколико дана жигосали тим срамним именом тзв. народне непријатеље и осудили их на казну затвора и конфискацију целокупне имовине (Јовановић, 2007: 59).

Било је случајева да чак нису ни биле доношене формалне одлуке о одузимању а грађани нису имали могућности да користе своје елементарно право на одбрану.

Један од основних циљева које је законодавац, мотивисан овом групом разлога, регулисањем денационализације желео постићи јесте поновно успостављање поверења у правни систем државе и изградња система владавине права, што је могуће једино поништавањем свих „срамних“ судских пресуда и њихових правних последица.

Јер, да ли се може говорити о Србији као демократској држави у којој постоји владавина права ако почива на несрушеним темељима тоталитарне државе у којој су грубо кршена основна људска права?

Остварење денационализације је неодвојиво од општих демократских процеса и демократских вредности: правда и правичност, одговорна влада и одговорно друштво, савладавање стихије деструктивног историјског времена, противљење сваком облику аутократије, тоталитаризма и диктатуре, поштовање људских права, правна држава, владавина права и правна сигурност (Југовић, 2010: 295).

3.2. Морални разлози

Иако горе наведени, због значаја захтевају да буду издвојени у засебну групу. Власници су лишавани имовине без икаквих обзира или моралних скрупула. Није било од значаја на који начин је стечена та имовина, да ли је то било радом, поклоном, наслеђем и тд. Углавном то је била очевина и дедовина, мукотрпно зарађена имовина сељака која се деценијама преносила на генерације и поштено и постепено увећавала. Тиме су губитак и бол били умногоме већи.

Мерама подржављења имовине је грубо кршено једно од основних људских права, право на својину, међутим, кршена су и многа друга људска права: право на живот, право на неповредивост физичког и психичког интегритета, правично суђење, слободу мисли, савести и вероисповести и др.

У случају конфискација, власници одузете имовине су проглашавани „народним непријатељима“ а тај жиг носили су генерацијама сви његови потомци. Они су хапшени, са њима се свирепо поступало а често су и убијани у затворима. А њихове породице су довођене на сам руб егзистенције (Јовановић, 2007:53).

Денационализацијом се исправља велика историјска неправда коју је садашња држава дужна да исправи као правни следбеник свих њених претходница, нарочито јер је одузета земља у великом броју случајева и даље у рукама њених органа и организација, али и страних представништва.

Бројне важне историјске личности повезане са догађајима из Другог светског рата су проглашаване издајницима српског народа и прогнане уз конфискацију целокупне имовине. Као сарадници окупатора и државни непријатељи дуги низ година су имали своја срамна места у историјским уџбеницима.⁸

Морална је обавеза државе да расветли монтиране процесе, поништи незаконите пресуде и тако пружи здраву основу за утврђивање историјске истине. Јер, не треба мешати историју и право и треба имати на уму да „правник није заинтересован за исту димензију интерпретације као историчар“.⁹ У судском поступку се одбацују сазнања добијена на начин

8 Међу њима су краљица Марија Карађорђевић, принц Томислав Карађорђевић, Драгиша Цветковић, Благоје Крушић, Слободан Јовановић, Дража Михајловић и многи други.

9 <http://pescanik.net/rehabilitacije-saradnika-fasizma/>, приступ 22. 10. 2014. године.

који је противан закону, а за историчара, ако су ова сазнања тачна, могу имати високу сазнајну вредност.¹⁰

Уз одговарајуће пресуде о рехабилитацији, које проглашавају пресуде којима су жртве политичке репресије проглашаване народним непријатељима ништавим а жртве сматрају неосуђиванима, денационализацијом би једино могла да се изврши права морална и правна рехабилитација, што јесте и циљ њеног спровођења.

3.3. Економски разлози

Привредни систем бивше југословенске социјалистичке државе заснован на друштвеној својини која је настала „подруштвљавањем“ приватне својине, показао је своју катастрофалну неефикасност, а тај тренд, са тек делимично измењеном својинском структуром, настављен је и у каснијим државама. Епицентар кризе социјализма је и био у лоше организованог и вођеног социјалистичког привреди у којој је доминирала непродуктивна државна својина и нетржишни односи (Тодоровић, 1998: 494). Са друге стране, приватна својина, у условима слободног тржишта, показује се као адаптивнија и продуктивнија. Успешна економија мора да почива на рашчишћеним и правно уређеним економским односима (Тодоровић, 1994: 340).

Денационализација је неопходан услов за приватизацију, она је у ствари, најефикаснији облик приватизације. Денационализација и приватизација су међусобно условљени и повезани процеси. Иако приватизација више није спојива са денационализацијом јер је она увелико одмакла и већ произвела значајна правна дејства према имовини која би потенцијално могла бити денационализована, денационализација је услов праведне и успешне приватизације.

Досадашња искуства земаља бившег социјализма говоре да нема истинске приватизације без обештећења бивших власника национализоване имовине, тако да денационализација претходи или коинцидира приватизацији. „Приватизација је у земљама Источне Европе прихваћена као нужна фаза у транзицији конзервативне социјалистичке привреде у модерну тржишну капиталистичког типа. У тим земљама приватизацију је пратило и враћање имовине ранијим власницима која је схваћена као саставни део приватизације и њен нужен акцесоријум, и уједно закаснила правда за оне којима је бивша социјалистичка власт својевремено одузела имовину из разлога који се не могу сврстати у правне и објективне већ идеолошко-политичке“ (Тодоровић, 1996: 160).

10 <http://pescanik.net/rehabilitacije-saradnika-fasizma/>, приступ 22. 10. 2014. године.

Приватизација је прелазак у приватну својину ствари које су дотле биле у државној или друштвеној својини.

„Реприватизација је приватизација добара која су некад била у режиму приватне својин, а денационализација је реприватизација враћањем права својине ранијим власницима одн. њиховим правним следбеницима“ (Хибер, 1994: 819).

Јасно је да је денационализација облик и део корените приватизације и да нужно треба да коегзистира са њом, односно да јој претходи.

Денационализацијом се исправља повреда начела неповредивости својине и поштовања људских права које гарантују и Устав ¹¹и Међународне конвенције, јер право на имовину спада у економска права и као таква је универзална и неповредива. Економска права су позитивног статуса што значи да држава има обавезу да обезбеди њихово несметано уживање.

Један од посредних циљева денационализације је и привлачење иностраног капитала, поготово у земљама у којима су стране инвестиције битан фактор привредног развоја (као што је и наша земља), јер без сређених имовинских односа улагање је присутно у знатно мањој мери. Рационалан инвеститор неће уложити значајна средства у развој имовине ако постоји ризик да остане без очекиване добити, али и средстава улагања. Зајмодавац неће одобрити зајам уколико је статус недефинисан или ризик превелики, а што је већи ризик већа је и камата, што одбија и другу страну (Буланже, 2010: 157).

3.4. Политички разлози

„Денационализација се у бившим земљама социјализма сматра крунским изразом дебољшевизације политичког система и једном од најочигледнијих мера дисконтинуитета између претходног социјалистичког и новог капиталистичког система. У случају непрвођења денационализације, хипотека нерашчишћених имовинских односа стално би оптерећивала новоуспостављене политичке односе, подстицала имовинску несигурност домаћих и страних инвеститора, генерирала незадовољство великог броја грађана и умањивала међународни и унутрашњи значај и утицај извршених политичких и економских промена“ (Тодоровић, 1994: 339).

Најважнији политички разлог је свакако тај да Србија не може ући у Европску унију без сређених имовинских односа, јер је то један од економских услова које она поставља свим земљама које претендују да постану њене чланице.

11 Члан 58, Устав Републике Србије.

На Савету у Копенхагену 1993 године, дефинисани су општи критеријуми које државе, заинтересоване за чланство у Европској унији морају да испуне и међу њима су: стабилност демократских институција, владавина права, поштовање људских права и права мањина.

Србија је 29. априла 2008. године потписала Споразум о стабилизацији и придруживању, након чега је поднела захтев за чланство у Европској унији, чиме се обавезала да испуни поменуте услове.

Међутим, ни пред једну земљу није постављен услов да реституција буде потпуна. То, с обзиром на околности као што су протек времена, потреба очувања правне сигурности, заштите стечених права и финансијских могућности држава, и није могуће.

Неправде се не могу у потпуности уклонити, али се могу ублажити њихове материјалне последице.

Да није кренула у процес денационализације, Србији би претила реална и неизбежна срамота, јер би је десетине хиљада грађана тужило суду у Стразбуру са великим изгледима да спорове и добију, што би у недоглед одложило и тренутак њеног придруживања Европској унији. Овакав сценарио догодио се управо Турској, чији су бројни спорови изгубљени пред судом у Стразбуру довели у питање њено чланство у Европској унији (Марковић, 2010: 150).

4. Закључак

Разлози због којих је требало кренути у процес денационализације су бројни и деценијама су успевали само да донекле мотивишу државу да сачини ситне кораке на овом путу. Упркос постојању све бројнијих захтева бивших власника и њихових наследника, упркос све јачим притисцима међународних организација, економској нужности, постојања свести о неминовности доношења овог закона пресудно је било стварање погодне политичке климе и политичке воље. То се управо и десило 26. септембра 2011. године када је Народна скупштина Републике Србије на седници Тринаестог ванредног заседања донела Закон о враћању одузете имовине и обештећењу.¹²

Законом су успешно решена, наизглед, сва релевантна питања неопходна за покретање процеса денационализације, тако да је он након вишедеценијског мрака и „гурања под тепих“ угледао светлост дана.

¹² „Службени гласник РС“, бр. 72/2011.

Денационализација је врло осетљив и компликован проблем јер се задира у сложене својинске односе у којима се преплићу бројни интереси и где постоје претензије разних структура. Враћање појединих објеката је спречено јер се то противило интересима приватизационих структура или јаким политичких и економских ентитета у земљи.¹³

Ипак, резултати враћања и динамика у Србији позитивно су оцењени у извештају Европске комисије, где је истакнуто да је то важан сегмент за прикључивање Србије Европској унији.

Литература

Буланже, Ј. (2020). Правне карактеристике реституције. Зборник радова-Рехабилитација и реституција. Центар за унапређивање правних студија у Београду.

Димитријевић, С. (1952): Страни капитал у привреди бивше Југославије. Београд: Нолит.

Јовановић, Ж. (2007). Голгота. Ниш: Универзал.

Југовић, А. (2010). Реституција као вредносна прекретница у демократизацији српског друштва. Зборник радова-Рехабилитација и реституција. Центар за унапређивање правних студија у Београду.

Марковић, С. (2010). Друштвени значај реституције и европеизација Србије. Зборник радова-Рехабилитација и реституција. Центар за унапређивање и развој правних студија у Београду.

Нешић, Г. Тодоровић, В. (2004). Законско регулисање денационализације. Правни Живот. Београд. 10.

Тодоровић, В. (1996). Денационализација и приватизација. Правни живот. Београду, 10.

Тодоровић, В. (1994). Денационализација у Југославији. Правни живот. Београд. 5-6.

Тодоровић, В. (1995). Законска регулатива денационализације у Југославији. Правни живот. 10.

Хибер, Д. (1994). Концепт и правни модел денационализације. Правни живот. Београд. 9-10

13 Пример хотела Спленидид и виле Црногорка у Београду који се налазе у жалбеном поступку.

Црнић, Ј. (1990). Национализација о денационализација. Законитост. Загреб. 9-10.

<http://pescanik.net/rehabilitacije-saradnika-fasizma/>

[http://projuris.org/Denacionalizacija/Glosar%20\(pojmovnik\)%20denacionalizacije.doc](http://projuris.org/Denacionalizacija/Glosar%20(pojmovnik)%20denacionalizacije.doc)

Dragana Randjelović,

PhD student, Faculty of Law

University of Niš

Denationalization- reasons and objectives

Summary

By analyzing regulations, used by the authoritarian regime of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia to implement confiscation of private property and its nationalization, and the consequences of several decades long injustice caused by such illegitimate acts, the author of this paper seeks to determine the reasons for implementation of denationalization, the only process which can mitigate or remove the effects of the above-mentioned. By implementing measures, such as confiscation, agrarian reform, nationalization, expropriation, one of the fundamental human rights- the right to property was breached, alongside with others: the right to life, right to respect for physical and mental integrity, fair trial, etc. The reasons for denationalization implementation, though overlapping, can be grouped as legal, moral, economic and political. Although an extremely difficult and delicate problem, denationalization is indispensable to effectuate moral and legal rehabilitation of wrongfully convicted and redress historical injustice, release the burden of the authoritarian past, fix the unresolved property issues and lay a sound basis for the economy development and Serbia's accession to the European Union.

Key words: *denationalization, reasons for denationalization, denationalization objectives, private property nationalization measures.*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ РОДИТЕЉА КОЈИ НЕ ВРШИ РОДИТЕЉСКО ПРАВО НАКОН РАЗВОДА БРАКА

***Апстракт:** У раду је обрађен правни положај родитеља који након развода брака не врши родитељско право. Дат је исцрпан приказ права и дужности који му припадају, укључујући ту право и дужност овог родитеља да издржава дете, да одржава личне односе са њим и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право, уз овлашћење да захтева измену одлуке о вршењу родитељског права уколико сматра да су испуњени услови за то. У раду је свака од наведених компоненти обрађена, уз истицање проблема који се јављају у правној пракси и негативних страна важећих правила у српском законодавству у овом домену, са освртом на поједине међународне конвенције које регулишу наведена питања и релевантне случајеве из породичноправне материје о којима је одлучивао Европски суд за људска права у Стразбуру.*

***Кључне речи:** родитељско право, самостално старање, развод брака, положај родитеља.*

1. Увод

Складна брачна породица са оба родитеља и децом још увек представља идеал одрастања за дете. Међутим, овај тип породице показује знаке опасне ерозије, па се брачне кризе у савременом добу најчешће олако решавају разводом (Младеновић, 1996: 545). Иако је заједничко старање родитеља о деци након развода брака веома пожељно, постоји могућност да се из различитих разлога деца повере само једном родитељу на самостално

1 Рад представља резултат ангажовања стипендисте на пројекту *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, под редним бројем 179046, који финансира Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

xeniacvetic@hotmail.com 064/10-15-129

старање, судском одлуком или договором бивших супружника. На супротној страни налази се други родитељ који не врши родитељско право по разводу брака и управо разматрање његовог правног положаја представља тему нашег рада.

Повером детета једном родитељу након развода брака, био то отац или мајка, на њега се преноси вршење родитељског права у целости, с обзиром на то да је родитељско право недељиво. Вршећи самостално родитељско право, тај родитељ остварује непосредну бригу о детету, старајући се о свим правима и дужностима која улазе у садржину родитељског права. Према слову закона, ту спадају чување, подизање, васпитавање, образовање, заступање, издржавање, те управљање и располагање имовином детета.² У случају да своје дужности и права не обавља у складу са законом, према родитељу који самостално врши родитељско право могу бити предузете породичноправне санкције, у виду превентивног и корективног надзора органа старатељства.³

Већ на самом почетку важно је истаћи да родитељу који не врши родитељско право након развода брака оно ни на који начин није одузето. Да бисмо то разумели, морамо повући границу разликовања између вршења и припадања родитељског права. Родитељско право припада оцу и мајци заједно.⁴ Припадање означава да је родитељско право део статуса једног лица. Особа која постане родитељ, дужна је да се о свом потомку стара на начин који је у најбољем интересу тог детета, чак и на уштрб задовољавања неких својих потреба. Због тога родитељу увек припада родитељско право, чак и онда када му по разводу није поверено његово вршење. Са друге стране, по питању вршења родитељског права, истичемо да овај родитељ не врши родитељско право у његовом пуном обиму, али ипак задржава одређена модификована права и обавезе из његове садржине. Зато је можда неадекватно рећи да овај родитељ не врши родитељско право, јер невршење није потпуно. Наравно да он родитељско право не врши у оном редовном облику, као други родитељ, непосредним свакодневним старањем о детету, али чињеница да је и даље носилац неких права и обавеза према детету указује на то да се вршење ипак остварује у ограниченом домену. У раду ћемо детаљно посветити пажњу свакој компоненти која представља саставни део правног положаја овог родитеља који по разводу брака не врши родитељско право. Наша намера је да се упознамо са дометом његових права и дужности у позитивном

2 Чл. 68 ст. 2 Породичног закона Републике Србије (у даљем тексту: ПЗ РС), *Службени гласник РС*, 18/2005 и 72/2011.

3 Чл. 79-84 ПЗ РС.

4 Чл. 7 ст. 1 ПЗ РС.

правном систему Републике Србије, са освртом на поједине међународне конвенције које регулишу наведена питања и релевантне случајеве из породичноправне материје о којима је одлучивао Европски суд за људска права у Стразбуру.

2. Права и дужности родитеља који не врши родитељско право по разводу брака

Правни положај родитеља коме дете није поверено по разводу брака исти је, без обзира на то да ли је о поверавању одлучивао суд или су се родитељи о томе споразумели, а суд се са споразумом сагласио, јер је он у најбољем интересу детета.⁵ Овај родитељ има право и дужност издржавања детета, одржавања личних односа са њим, као и учествовање у доношењу одлука о питањима која битно утичу на живот детета заједнички и споразумно са оним родитељем који врши родитељско право.⁶ Родитељ коме дете није поверено има још и право да тражи измену одлуке о поверавању детета, под извесним условима.

2.1. Право и дужност родитеља да издржава дете

Издржавање детета је заједничка обавеза родитеља, без обзира на то који од родитеља врши родитељско право и да ли уопште врши родитељско право.⁷ Родитељ је увек дужан да издржава своје дете и да улаже посебне напоре у прибављању потребних материјалних средстава за обезбеђивање основних услова за живот детета, макар и по цену жртвовања сопственог задовољства. На терену развода брака, у случају постизања споразума о разводу, супружници морају постићи и споразум о висини доприноса за издржавање детета, који ће морати да даје родитељ коме дете није поверено, или ће о том питању одлучивати суд.⁸

5 Постизање споразума о самосталном вршењу родитељског права има вишеструке предности. Њиме се избегава неумесно мешање суда у односе између родитеља и деце, чиме се осигурава приватност и интимност породичног живота, омогућавајући родитељима да сами процене јачу емоционалну повезаност детета са једним од њих, са којим ће дете и живети (Китановић, 2010: 353). Он показује да су родитељи сагласни да је добробит њиховог детета најважнија, те да на овај начин желе да избегну међусобно непријатељство и незадовољство због развода, а последично то умањује стрес и трауму која погађа дете због раздвојености родитеља.

6 Чл. 78 ст. 3 ПЗ РС.

7 Чл.154 ст.1 ПЗ РС у вези са чл. 73 ПЗ РС. Дакле, чак се ни родитељ који је потпуно или делимично лишен родитељског права не ослобађа дужности да издржава своје дете, чл. 81 ст. 4 и чл. 82 ст. 2 ПЗ РС.

8 Чл. 78 ст. 1 ПЗ РС.

Развод брака скоро увек доводи до погоршања материјалне ситуације детета, због промене целокупних породичних односа. До наступања ове околности, родитељи се заједнички старају о детету и задовољавају његове потребе, не водећи рачуна о сразмери вредности њихових престација, с обзиром да су финансије, по правилу, заједничке, а да супружници теже максималном задовољавању потреба заједничког детета (Китановић, 2011: 67). Развод брака уноси промене на свим нивоима, па је увек пожељније да сами родитељи усагласе ставове о битним питањима поводом будућег старања о детету, не дозвољавајући интервенцију суда у породичну интиму. Ипак, свака одлука суда која се односи на самостално вршење родитељског права по разводу брака садржи и одлуку о висини доприноса за издржавање детета, који ће морати да даје родитељ коме дете није поверено. Јер, у стварању људског бића неопходно је да учествују јединка мушког и јединка женског пола и зато је природно да током живота детета и отац и мајка подједнако имају обавезу његовог издржавања, без обзира на то да ли врше родитељско право.

Традиционално је мајка детета у улози родитеља који врши родитељско право, што значи да је отац најчешће дужник издржавања (Републички завод за статистику, 2006 и 2007).⁹ До оваквог епилога долази из најмање два разлога. Са једне стране је патријархално схватање улоге оца односно мајке у породици, у којој је брига о деци у надлежности жене, а са друге стране је чињеница да су деца, према домаћој законској регулативи из времена пре доношења Породичног закона, у случају развода, поништења или фактичког прекида заједнице родитеља обавезно поверавана једном од родитеља или изузетно трећем лицу,¹⁰ тако да судови неосновано и данас прате овај модел поступања. Ипак, са правом се може очекивати да се овакво размишљање и деловање судских органа измени у будућности, због измена породичног законодавства, због обавезне специјализације судија који поступају у породичноправним стварима, као и због свеукупне еволуције у правцу уважавања улоге оца у породичним односима.

Висина доприноса родитеља за издржавање детета одређује се на основу критеријума према потребама повериоца (које првенствено зависе од

9 Извори указују на запањујуће сличне резултате када се анализирају подаци за 2002., 2004. и 2006. годину у погледу процента деце која су по разводу поверена мајци односно оцу. У 2002. број деце погођених разводом био је 5770, у 2004. било их је 4933, а у 2006. тај број је износио 4292. У свакој анализираној години, 77% од укупног броја деце поверено је на старање мајци, а 18-19% оцу, при чему разлику чине ситуације у којима су деца подељена између родитеља или су поверена трећим лицима и институцијама.

10 Чл. 124 ранијег Закона о браку и породичним односима Србије, (у даљем тексту: ЗБПО), *Службени гласник СРС*, 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 и 29/01.

узраста детета, његовог здравља, образовања и др.) и могућностима дужника (које зависе од његових прихода, могућности за запослење и стицање зараде, имовине, личних потреба и др.), водећи, притом, рачуна о минималној суми издржавања, чија висина треба да омогући такав ниво животног стандарда за дете, какав ужива родитељ који је дужник издржавања.¹¹ Ипак, у пракси се често дешава да се не одреди адекватна сума издржавања, из различитих разлога, а томе умногоме доприноси немогућност тражиоца издржавања да докаже какве све приходе или имовину има родитељ од кога се захтева издржавање (Ковачек Станић, 2009: 299). Чак и онда када је висина доприноса одређена у минималном износу, родитељ који је дужник издржавања често опет не испуњава своју обавезу. Ако се деси да је ипак измирује и то (не)редовно, онда строго води рачуна о вредности својих давања, а критичкој оцени подвргава све потребе детета, плашећи се да се трошењу тог новца не прикључи и његов бивши супружник (Китановић, 2011: 68). Ситуација се додатно компликује ако је родитељ коме дете није поверено у међувремену закључио брак или ванбрачну заједницу са новим партнером, када је присутна тенденција усмеравања финансијских средстава ка новој породичној заједници, као и деци рођеној у њој, а на штету потомства из разведеног брака (Китановић, 2011: 69). Нису ретке ни ситуације да родитељ који живи са дететом својим приходима једва задовољава минималне егзистенцијалне потребе детета, губећи наду да ће се други родитељ икада укључити у старање о детету, иако је на то обавезан.¹²

У литератури одавно постоје предлози да се проблем неплаћања доприноса за издржавање детета од стране родитеља који не врши родитељско право превазиђе тако што би се основали тзв. алиментациони фондови (Цвејић, 1974: 100, Поњавић, 2002: 8). Идеја се састоји у формирању посебних средстава државе или локалних самоуправа из којих би се интервенисало при привременој заштити детета, чији родитељ не измирује доспеле обавезе издржавања, а са правом регреса према дужнику издржавања.

2.2. Право и дужност родитеља да са дететом одржава личне односе

Како је за правилан развој детета и његово формирање у зрелу и стабилну личност неопходно присуство оба родитеља, законом је утврђено да дете

11 Чл. 160 у вези са чл. 162 ст. 3 ПЗ РС.

12 Поред породичноправних санкција, недавање издржавања нормирано је и као кривично дело у нашем кривичном законодавству, за које је прописана новчана казна или казна затвора. Видети: чл. 195 Кривичног законика Србије, *Службени гласник РС*, 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013.

има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи у породичној заједници.¹³ Одржавање личних односа представља начин на који се одржава континуитет у односима родитеља и детета. Иако се традиционално сматрало да је одржавање личних односа право родитеља који не врши родитељско право, данас се у фокус породичноправних односа ставља дете, па се првенствено оно означава као титулар права на личне контакте. У сфери развода брака, право родитеља на развод ипак је јаче од права детета да живи у породичној заједници са оба родитеља, али се детету, као нека врста сатисфакције, признаје право на одржавање личних односа са родитељем са којим не живи (Китановић, 2011: 75). Са аспекта родитеља који не живи са дететом, одржавање личних односа требало би схватити као право и обавезу истовремено, а на страни родитеља са којим дете живи морала би да постоји обавеза да контакте омогући. Закључујемо да је обавеза оба родитеља корелативна праву детета и, могло би се рећи, испољава се у два облика, као обавеза родитеља који се стара о детету да контакте омогући и као обавеза другог родитеља да оствари контакт (Ковачек Станић, 1996: 119.¹⁴ У случају избегавања одржавања личних односа са дететом, родитељ може бити потпуно лишен родитељског права, као што други родитељ који са дететом живи може бити на исти начин санкциониран уколико спречава одржавање личних односа детета и родитеља са којим оно не живи.¹⁵ Коначно, ако родитељ коме дете није поверено несавесно врши права и дужности из садржине родитељског права, тако да постоје разлози за делимично лишење родитељског права, он може бити лишен управо права на одржавање личних односа са дететом.¹⁶

13 Чл. 61 ПЗ РС. Поред права детета да одржава личне односе са родитељем са којим не живи, дете има право да одржава личне односе и са сродницима и другим лицима са којима га везује посебна блискост, ако ово право није ограничено судском одлуком. Будући да право детета и родитеља на личне односе извире непосредно из сродничког односа и често се проширује и на друге сроднике, неки правни мислиоци овом праву одузимају атрибут компоненте родитељског права на страни родитеља.

14 У вези са овим, навешћемо прва два случаја у историји против Србије пред Европским судом за људска права, која су била везана за оцену суда да власти Србије нису предузеле примерене и делотворне напоре за извршење привремених мера о виђању детета, чиме је било прекршено право на поштовање породичног живота обе подносиољке представки, јер су дужи временски период биле онемогућене да остварују контакт са својом децом. Видети: В.А.М. против Србије, бр. 39177/05, *Службени гласник РС*, 53/2007 и Томић против Србије, бр. 25959/06, *Службени гласник РС*, 67/2007.

15 Чл. 81 ст. 3 тач. 3 ПЗ РС.

16 Чл. 82 ст. 1 и 4 ПЗ РС.

Због важности питања одржавања личних контаката између детета и родитеља са којим оно не живи, под окриљем Савета Европе дошло је до усвајања специјалне Конвенције о контактима који се односе на децу 2003. године.¹⁷ Њоме је детаљно разрађено право детета на контакте, а то право једнако припада не само родитељу са којим дете не живи, него и лицима са којима дете има блиске породичне везе. „Контакт“, у смислу ове Конвенције, подразумева сусрет са родитељем, тј. блиским лицем, и боравак код њих у ограниченом временском периоду, затим било који вид комуникације између детета и ових лица, као и прибављање информација о детету од стране таквих лица (Цвејић Јанчић, 2009: 293). Сматрамо да би, *de lege ferenda*, наша земља свакако требала приступити овој Конвенцији, чиме ће се створити још бољи услови за реализацију права на личне односе, уз адекватне санкције за оба родитеља у случају непридржавања усвојених правила.

Значај одржавања личних односа између детета и родитеља са којим оно не живи по разводу брака је вишеструк. Најпре се омогућава задржавање комуникације са дететом, али и развијање осећања љубави, привржености и поверења, иако у новонасталим околностима један родитељ није увек уз дете. На овај начин, родитељ је увек у току са потребама детета, његовим склоностима и интересовањима, што представља погодно тле за реализацију осталих права и дужности које припадају овом родитељу, као што је нпр. учествовање у доношењу одлука о питањима која битно утичу на живот детета са родитељем који врши родитељско право, о чему ће бити речи у наставку рада. У теорији се, чак, истиче да родитељ вршењем права на личне односе са дететом остварује и право на надзор над другим родитељем који се о детету стара, у смислу да му се пружа могућност увида у начин свакодневног подизања детета, васпитања, интелектуалног формирања и уопште заштите интереса детета (Китановић, 2011: 80). Томе ће у прилог ићи чињеница да су се родитељи сами договорили о начину остваривања контакта са дететом, јер су у прилици да најбоље процене његово емоционално стање и развојне потребе. У недостатку споразума, суд одлучује о начину одржавања личних односа између родитеља и детета, иако својом одлуком никада не може уредити сва питања тако целисходно како би родитељи сами то учинили. Споразумом односно одлуком најчешће се фиксирају време и место виђања детета и родитеља са којим не живи, као и трајање заједничких сусрета, те начин провођења недељних и годишњих одмора родитеља и детета. Право детета да одржава личне односе са родитељем који над њим не врши родитељско

17 Србија још увек није приступила овој конвенцији. *Convention on Contact concerning Children*. Преузето 24.09.2014. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/192.htm>

право може се ограничити само судском одлуком, и то онда када је то у најбољем интересу детета, а то ће бити у случајевима када постоје разлози да се овај родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права или у случају насиља у породици. У појединим ситуацијама, непосредни контакт између родитеља и детета може бити неприхватљив, али исто тако потпуни прекид комуникације не може се сматрати једином могућом опцијом, с обзиром на далекосежне последице једном покиданих породичних веза. Наиме, у случајевима када постоји опасност по дете због наркоманије, алкохолизма или насиља родитеља са којим не живи, контакт се може остваривати телефоном, путем писама или састанцима у сигурном окружењу и уз надзор социјалних радника или другог родитеља (Китановић, 2013: 368).¹⁸

2.3. Право и дужност родитеља да заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право одлучује о питањима која битно утичу на живот детета

Родитељ који не врши родитељско право по разводу брака не може се непосредно старати о детету као док је постојала заједница живота између њих, али и даље мора учествовати у процесу одрастања и сазревања свог детета. Желећи да ублажи негативна дејства одлуке о повери детета једном родитељу, од овог полазишта креће и наш законодавац јер, између осталог, предвиђа право и обавезу овог родитеља да учествује у доношењу одлука које битно утичу на живот детета, где нарочито спадају: образовање детета, предузимање већих медицинских захвата над дететом, промена пребивалишта детета и располагање имовином детета велике

18 Чл. 61 ст. 2 и 3 ПЗ РС. У вези са правом на личне контакте родитеља са дететом, интересантан је случај Европског суда за људска права *Case of Sommerfeld v. Germany*, No. 31871/96, од 08. јула 2003. године. По прекиду ванбрачне заједнице, мајка девојчице од 5 година забранила је сваки даљи контакт оца и детета. Током поступка покренутог на захтев оца, девојчица се изјашњавала пред судом са 10, и касније са 13 година, и оба пута јасно наводила да не жели да виђа свог оца, да је он узнемирава поклонима, те да улогу оца у њеном животу надомешта очух. По прибављању мишљења психолога, немачки суд није допустио виђање оца са ћерком, уз образложење да то не би било у њеном најбољем интересу. По представи оца, Европски суд је донео првостепену одлуку, наставши да је повређено његово право на поштовање породичног живота, али је предмет доспео и пред Велико веће у другом степену, које је пресудило да, иако једно експертско мишљење психолога није било довољно за подлогу одлуке, пропуштање немачког суда ипак није представљало повреду права на поштовање породичног живота подносиоца представке. На исти начин и са сличном аргументацијом је Европски суд пресудио у још два случаја против Немачке: *Case of Hoffmann v. Germany*, No. 34045/96 и *Case of Sahin v. Germany*, No. 30943/96.

вредности.¹⁹ Из стилизације законског текста, међутим, недвосмислено произлази да је ово набрајање само *exempli causa*, те да суд њиме није везан, односно да увек може да оцењује као фактичко питање шта су то питања од битног значаја за живот детета у сваком конкретном случају. На пример, с обзиром на то да је предвиђено да у случају да је родитељ коме дете није поверено по разводу брака лишен права да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета, он не може дати сагласност на усвојење његовог детета.²⁰ *Argumentum a contrario*, уколико родитељ није лишен овог права, то значи да је и његова сагласност потребна у случају усвојења, иако не врши родитељско право. Из тога закључујемо да се и усвојење, између осталог, сматра питањем које битно утиче на живот детета, а не само она питања која је законодавац навео.

Посебну пажњу изазива питање промене пребивалишта детета, јер је и те како од битног утицаја на живот детета, нарочито ако је у питању пресељење у иностранство. Сходно наведеној законској регулативи, родитељ који самостално врши родитељско право не може овакву одлуку донети и спровести у дело сам, већ је неопходна сагласност другог родитеља. У случају да постоји споразум о пресељењу детета, нарочито је значајно уредити осетљиво питање одржавања личних контаката са родитељем који не врши родитељско право, који онда има пребивалиште у различитој држави у односу на дете. Насупрот томе, свако одвођење или задржавање детета у иностранству биће незаконито ако нема споразума родитеља о промени пребивалишта детета и сматра се отмицом детета, који год родитељ да је одвео дете (Ковачек Станић, 2012: 84). До оваквих ситуација доводе савремени начини живота, који укључују мобилност људи, а посебно је честа појава у оним приликама када су брак закључила лица различитог држављанства. На међународном плану учињен је важан помак, управо због учесталости оваквих поступања у пракси, усвајањем Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце 1980. године.²¹ Основни разлог усвајања Конвенције био је доминантан број незаконитог одвођења деце у којем је извршилац био управо родитељ који не врши родитељско право, који је, незадовољан одлуком о повери детета, одводио дете од родитеља задуженог да се о њему стара, у средину

19 Чл. 78 ст. 3 и 4 ПЗ РС.

20 Чл. 96 ст. 1 тач. 2 ПЗ РС.

21 Закон о ратификацији Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце, *Службени лист СФРЈ*, 7/91. Основни циљ Конвенције је да се обезбеди што хитнији повратак деце незаконито одведене или задржане у некој држави уговорници и да се права на старање и виђање са дететом по закону једне од држава уговорница стварно поштују у другој држави уговорници (чл. 1).

коју сматра културолошки, религијски и социолошки прихватљивијом, тачније у земљу свог порекла (Самарџић, 2013: 310).²² Проблем представља чињеница да се дете у оваквим околностима у одређеном тренутку прилагоди окружењу које му створи родитељ-отмицар, те ако такво стање потраје, касније неће бити у интересу детета да поново мења место пребивалишта и начин живота. Тиме родитељ који је на првом месту био одређен за самостално старање о детету бива незаконито ускраћен у вршењу тог права и дужности, а често остају безуспешни и покушаји за остварење барем минималног контакта са дететом. Ипак, питање отмице деце и начин његовог решавања захтева опсежнију анализу, којом се ми на овом месту нећемо бавити.

За разлику од претходног закона, Породични закон не условљава родитеља који не врши родитељско право у остваривању права заједничког и споразумног одлучивања о питањима која битно утичу на живот детета, испуњавањем дужности према детету. Наиме, само ако је родитељ показивао интересовање за дете, посебно ако је одржавао личне односе са дететом и ако је давао издржавање, имао је право да заједно са родитељем који врши родитељско право одлучује о питањима која су од битног значаја за развој детета.²³ Према позитивном праву, подразумева се да је родитељ који не испуњава своја права и дужности потпуно или делимично лишен родитељског права, па по природи ствари он и не може да одлучује о питањима која битно утичу на живот детета.

Споразумно одлучивање родитеља о битним питањима неће бити увек најсрећније решење. Уколико родитељи током процеса развода, а нарочито након њега, нису успели да нађу начин да превазиђу своје конфликте, нереално је очекивати да ће имати услова да доносе разумне заједничке одлуке које се тичу детета. Може се десити и да родитељ који не врши родитељско право одбија да учествује у процесу одлучивања, кочећи тиме цео механизам, а све са циљем изражавања незадовољства и револта због одлуке о старању над дететом. Несагласност о овим питањима може само довести до измене одлуке о вршењу родитељског права (Поњавић, 2007: 255). Пракса, пак, показује да у већини случајева родитељ коме дете није поверено, након извесног времена, заснива породичну заједницу са новим партнером, тако да се његова брига о детету своди само на

22 Са временом профил лица који врши отмицу деце се променио, па су данас то све чешће мајке које беже са децом од насиља које трпе у породичној заједници.

23 Чл. 126 ЗБПО. Поред тога, родитељ коме дете није поверено могао је захтевати интервенцију органа старатељства ради заштите интереса детета, уколико није био сагласан са неком мером или поступком родитеља који врши родитељско право, чл. 127 ЗБПО.

повремено виђање детета и евентуално исплаћивање доприноса за његово издржавање, док дете, са друге стране, достизањем одређеног узраста стиче могућност да само одлучује о појединим питањима, чиме се сфера заједничког одлучивања родитеља додатно сужава (Китановић, 2013: 369).²⁴

2.4. Право родитеља да захтева измену одлуке о поверавању детета

Родитељ код кога дете не живи и који, у складу са тим, не врши родитељско право, може тражити измену одлуке о поверавању детета на чување и васпитање другом родитељу, под извесним условима. Овај родитељ измену одлуке моћи ће да захтева уколико је дошло до промена прилика због којих је дете на првом месту било поверено другом родитељу, нпр. ако је родитељ који не врши родитељско право сада стекао сигурно запослење или обезбедио стан, односно онда када више није у интересу детета да остане код родитеља који је до тада вршио родитељско право, нпр. због тешке болести тог родитеља или неуредног живота. У раније важећем закону је изричито било предвиђено да ће суд изменити одлуку о чувању и васпитању деце и одржавању личних односа родитеља са децом, на захтев једног од родитеља или органа старатељства, ако то захтевају промењене прилике.²⁵ Иако се овакав члан у позитивном закону не налази, из доступне судске праксе судова виших инстанци произлази да и они полазе од сличних критеријума када је у питању измена одлуке о вршењу родитељског права.²⁶

Такође, у случају смрти родитеља који је сам вршио родитељско право, родитељско право почиње да врши други родитељ по самом закону, што је последица апсолутног карактера родитељског права (Драшкић, 2011: 307). Отуда преживели родитељ има законско право да захтева да му особа код које се дете налази преда дете, а у случају спора између родитеља и трећег лица, одлуку доноси суд. Уколико суд поводом овог питања одлучи да дете

24 Нпр. у нашем праву дете са навршених 15 година живота и способношћу за расуђивање може само донети одлуку која се тиче предузимања већих медицинских захвата на његовом телу или може самостално извршити одабир средње школе коју ће похађати.

25 Чл. 125 ст. 4 ЗБПО.

26 За измену одлуке о повери детета потребно је да се стекну два услова: да су се промениле околности од доношења одлуке чија се измена захтева и да је због тих промењених околности у интересу деце да се та одлука измени, пресуда Врховног суда РС, Рев. бр. 3062/05. Одлука о самосталном вршењу родитељског права једног родитеља се може изменити уколико се промене околности и прилике, при чему суд треба да води рачуна о најбољем интересу детета, посвећујући при томе дужну пажњу мишљењу детета, пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 бр. 798/10.

повери трећем лицу или некој институцији, таква одлука неминовно има и карактер одлуке о лишењу родитељског права (Драшкић, 2011: 307). Будући да дете има право да живи са родитељима и право да се они старају о њему пре свих, одлука о одвајању детета од родитеља може се донети само ако постоје разлози да се родитељ потпуно или делимично лиши родитељског права или у случају насиља у породици, а тек по прибављеном мишљењу органа старатељства.²⁷

3. Закључак

Модел самосталног вршења родитељског права примењује се онда када су родитељи о томе сами постигли сагласност, а суд оценио да је њихов споразум у најбољем интересу детета. Уколико се родитељи не договоре или суд не акцептира постигнути договор, самостално вршење родитељског права настаје по оцени суда да ће баш тај модел у највећој мери одговарати потребама детета. Консеквентно томе, вршење родитељског права преноси се на родитеља коме је дете поверено, док ће други родитељ имати право и дужност да издржава дете, да одржава личне односе са њим и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право, уз овлашћење да захтева измену одлуке о вршењу родитељског права уколико сматра да су испуњени услови за то. У раду је свака од наведених компоненти детаљно обрађена, уз истицање проблема који се јављају у пракси и негативних страна важећих правила у овом домену.

Основни недостатак самосталног вршења родитељског права је неједнак правни положај родитеља у односу на дете, што у пракси неретко доводи до удаљавања детета и родитеља са којим оно не живи. Овај родитељ, који се не стара о детету непосредно, задржава родитељско право, али га не врши у пуном обиму. Како смо у раду истакли, неопходно је да учествује у издржавању детета, иако се често јављају потешкоће у извршавању ове дужности, али је за дете можда још важније да са нерезиденцијалним родитељем остварује редован контакт. Блиски односи овог родитеља са дететом омогућавају му познавање потреба детета, што родитељу даље пружа шансу да квалитетније и целисходније врши право и дужност споразумног доношења одлука о битним питањима о животу детета. У супротном, удаљавањем од детета ово право постаје празна форма, па је онда беспредметно захтевати од родитеља који самостално врши родитељско право да уважава мишљење другог родитеља који не показује интерес за дете.

27 Чл. 60 и чл. 270 ПЗ РС.

Литература

Уџбеници и чланци

Драшкић, М. (2011). *Породично право и право детета*. Београд: Правни факултет Универзитета у Београду.

Китановић, Т. (2013). Неке специфичности вршења родитељског права након развода брака. *Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу*. 357-375.

Китановић, Т. (2010). Споразум родитеља о издржавању деце након развода брака. *Правна ријеч*. 24 (VII). 345-358.

Китановић, Т. (2011). *Споразумни развод брака у домаћем и упоредном праву*. Докторска дисертација одбрањена на Универзитету у Новом Саду.

Ковачек Станић, Г. (2009). *Породично право: партнерско, дечје и старатељско право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Ковачек Станић, Г. (2012). Породичноправни аспекти међународне, родитељске отмице деце. *Анали Правног факултета у Београду*. 2 (LX). 74-94.

Ковачек Станић, Г. (1996). Право детета на одржавање личних односа са блиским лицима. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1-3. 115-129.

Младеновић, М. (1996). Да ли породица има будућност. *Правни живот*. 9. 545-559.

Поњавић, З. (2002). Између породичне и друштвене солидарности. *Остваривање и заштита права на законско издржавање*. 3-11.

Поњавић, З. (2007). *Породично право*. Крагујевац: Правни факултет Универзитета у Крагујевцу.

Самарџић, С. (2013). Потребе и могућности адекватнијег тумачења Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце у случају насиља у породици. *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*. 1. 309-331.

Републички завод за статистику. *Статистички годишњак РС за 2006*. Преузето 18.09.2014. <http://pod2.stat.gov.rs/ObjavljenePublikacije/G2006/pdf/G20062001.pdf>

Републички завод за статистику. *Статистички годишњак РС за 2007*. Преузето 18.09.2014. <http://www.mtt.org.rs/Statistickigodisnjak2007.pdf>

Цвејић, О. (1974). Издржавање малолетне деце од стране родитеља после развода брака. *Зборник Правног факултета у Новом Саду*. 8. 83-101.

Цвејић Јанчић, О. (2009). *Породично право*. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.

Законски текстови и међународне конвенције

Закон о браку и породичним односима Србије. *Службени гласник РС*. 22/80, 24/84, 11/88, 22/93, 25/93, 35/94, 46/95 и 29/01.

Конвенција Савета Европе о контактима који се односе на децу. *Convention on Contact concerning Children*. Преузето 24.09.2014. <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/192.htm>

Кривични законик Србије. *Службени гласник РС*. 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013.

Породични закон Србије. *Службени гласник РС*. 18/2005 и 72/2011.

Хашка конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце. Закон о ратификацији. *Службени лист СФРЈ*. 7/91.

Судска пракса

В.А.М. против Србије, бр. 39177/05, пред Европским судом за људска права од 13. марта 2007. године. *Службени гласник РС*. 53/2007.

Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж2 бр. 798/10 од 17.11.2010. године. Преузето 14.09.2014. <http://www.bg.ap.sud.rs/lt/articles/sudska-praksa/pregled-sudske-prakse-apelacionog-suda-u-beogradu/gradjansko-odeljenje/parnica/porodicnopravo/gz2-798-10.html>

Пресуда Врховног суда Србије, Рев. бр. 3062/05 од 01.02.2006. године. *Билтен Окружног суда у Београду*. 71/2006.

Томић против Србије, бр. 25959/06, пред Европским судом за људска права од 26. јуна 2007. године. *Службени гласник РС*. 67/2007.

Case of Sahin v. Germany, No. 30943/96, пред Европским судом за људска права од 08. јула 2003. године. Преузето 08.09.2014. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?{"appno": \["30943/96"\],"itemid":\["001-61194"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?{)

Case of Sommerfeld v. Germany, No. 31871/96, пред Европским судом за људска права од 08. јула 2003. године. Преузето 08.09.2014. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61195#{%22itemid%22:\[%22001-61195%22\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-61195#{%22itemid%22:[%22001-61195%22]})

Case of Hoffmann v. Germany, No. 34045/96, пред Европским судом за људска права од 11. октобра 2001. године. Преузето 08.09.2014. [http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\"fulltext\":\[\"34045\"\],\"sort\":\[\"kupdateDescending\"\],\"itemid\":\[\"001-59719\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx#{\)

Ksenija Cvetanovic,

*Bachelor of Laws; PhD student at the Faculty of
Law in Niš, the Civil Law Department*

The legal status of the parent who does not exercise parental rights after divorce

Summary

In Serbian family law, in case of divorce, two models of parenting are available for the former spouses - joint custody and sole custody of a child. By choosing the model of sole custody, that parent is then given the sole right to make decisions about all parental duties, including the child's health, education and welfare. However, the author in this paper specifically addresses the legal position of the other parent who does not exercise parental rights, taking into consideration all the components that determine his conduct as a parent.

The central part of the paper consists of chapters that explain in details the rights and responsibilities of parent who does not exercise parental custody after divorce, from the aspect of the positive national legislation. This parent has the right and duty of child support, maintaining personal relations with him, as well as participation in decision-making on issues that significantly affect the child's life together with the parent with whom the child resides. Furthermore, the author has dealt with the right of this parent to seek modification of decision about child custody, under certain conditions.

At the appropriate places in the paper, special attention is given to certain international conventions regulating the issues mentioned above and relevant cases from family law matters before the European Court of Human Rights in Strasbourg.

Keywords: *parental right, sole custody, divorce, parental status.*

КРИМИНАЛИТЕТ ЖЕНА И ПЕНОЛОШКИ ТРЕТМАН ПРЕМА ОСУЂЕНИЦАМА

Апстракт: Неравноправан положај жена у друштву има утицаја на криминолошке карактеристике криминалитета жена. Представници феминистичког правца у криминологији први су истакли потребу да се криминалитет жена мора посматрати одвојено од криминалитета мушкараца, односно да се приликом проучавања феноменолошких и етиолошких карактеристика криминалитета морају имати у виду и родне улоге. Циљ рада је указивање на чињеницу да неравноправан положај жена у друштву опредељује обим, структуру и узроке криминалитета жена. Како би се постигла сврха кажњавања неопходно је да се положај жене у друштву сагледа и узме у обзир приликом избора кривичне санкције у сваком конкретном случају али и током њеног извршења. У раду је посебно указано на систем извршења казне затвора изречене женама, као најтеже казне, правне акте који регулишу питања везана за затворски живот осуђеница и приказано је фактичко стање ствари у КПЗ за жене у Пожаревцу. Циљ је указивање на значај прилагођавања пенолошког третмана осуђеницама и њиховим специфичним потребама ради остваривања сврхе кажњавања и побољшања општег положаја жена у друштву.

Кључне речи: жене, криминалитет, осуђенице, затвори за жене.

1. Уводне напомене

Родна равноправност, као један од најважнијих захтева савременог друштва, још увек није у потпуности постигнута у Републици Србији, иако су учињени бројни кораци за њено остваривање. Неравноправан положај жена може се уочити у свим сферама друштвеног живота а узрок томе је сексистичка организација друштва која предност даје мушкарцима али и постојање бројних предрасуда и стереотипа, које је најтеже

искоренити из друштва. Неравноправност жена може се препознати у готово свим областима живота као што су: породични живот, запослење, образовање, зарада, политичка активност. Најтеже је утицати на оне облике неједнакости у којима држава тешко може да делује, а који су се јавили под утицајем обичаја и традиције.¹

Положај осуђених жена одређен је општим положајем жена у друштву. Наведено се може посматрати са два аспекта и то кроз: сагледавање криминолошких карактеристика криминалитета жена и друго, кроз пенолошки третман осуђених жена.

Предмет рада је испитивање повезаности између неравноправног положаја жена у друштву и криминалитета жена, положаја жена осуђених на казну затвора и начин извршења казне затвора у КПЗ у Пожаревцу.

Циљ рада је истицање потребе да се приликом криминолошког проучавања криминалитета жена мора имати у виду специфичан положај жене у друштву, како би се прецизно утврдиле све феноменолошке и етиолошке карактеристике криминалитета жена. Сагледавање посебних потреба жена треба да има утицаја на кажњавање жена а поготово на начине извршење казне затвора обзиром да се ради о посебно осетљивој групи затвореника.

2. Неравноправан положај жена у друштву

Ради бољег разумевања криминалитета жена и чињенице да је он условљен, између осталог и традиционалним одређењем положаја жене у друштву, неопходно је на самом почетку указати на најизраженије видове дискриминације жена.

Главни узрок неравноправности жена налази се у традиционалном начину организовања друштва и друштвеним улогама које су додељене мушкарцима и женама. Управо је то оно што жену ставља у потчињен положај, како у породици, тако и изван ње. Подела друштвених улога

1 Једноставније је остварити родну равноправност у политичком животу. Наведено се постиже доношењем правних прописа који прописују пропорционалну заступљеност мушкараца и жена у политичким странкама, најважнијим државним органима и осталим политичким функцијама. Проблем је озбиљнији када се ради о оним облицима неравноправности који су изван моћи државе а засновани су на традиционалним уверењима. На пример, положај жена у породици, подела послова на мушке и женске, подела занимања на мушка и женска. Држава може санкционисати, рецимо, насиље у породици, чије су жртве претежно жене, али не поседује ни један механизам којим би са сигурношћу открила постојање насиља према женама у породици, а при томе, опште је позната чињеница да жене-жртве породичног насиља ретко пријављују насиље.

између мушкараца и жена извршена је с обзиром на схватање термина „род“. Овај термин је друштвена категорија и у традиционално организованом друштву означава јаког мушкарца и слабу жену, која није способна да се о себи стара и у служби је мушкараца. Управо наведено је одредило њен положај на различитим нивоима. Примера ради, ако се сагледа право на рад, чијим остварењем се долази до независних прихода, може се запазити да су жене у знатно већем проценту у односу на мушкарце незапослене те и уколико јесу имају неједнаке плате, на истом радном месту у истој делатности (Константиновић-Вилић, Петрушић, Жунић, 2007:154). Наведено утиче директно на економску зависност жене од мушкарца, што одржава њен подређен положај. Неравноправан положај жене може се сагледати и кроз образовање с обзиром да је изражена подела на типично мушка и типично женска занимања, односно, школе. Ова правилност у образовању води директно ка томе да жене нису конкурентне мушкарцима на тржишту рада јер се жене углавном школују за мање плаћена занимања (Константиновић-Вилић ет.ал.2007:15).

Неравноправност жена посебно је изражена у породици и најопаснији вид њеног испољавања је насиље према женама у партнерским односима. Иако је тамна бројка ове врсте насиља висока с обзиром да се одвија у приватној сфери живота, бројним истраживањима потврђено је да већина жена трпи неки вид насиља у породици. Примера ради истраживањем Института за криминолошка и социолошка истраживања у Београду из 1993. године утврђено је да је 49% испитаних жена претрпело психичко злостављање у браку, њих 18,7% су биле физички малтретиране а 18,7% жена је изјавило да су их мужеве силовали (Константиновић-Вилић ет ал.2007:123).

Све наведено указује да се неравноправност жене може сагледати кроз бројне области живота, те да тај положај управо одређује њено понашање и деловање. Управо ова чињеница указује на потребу да се криминалитет жена посматра кроз њен друштвени положај.

3. Криминалитет жена

Криминалитет жена пручава се одвојено од криминалитета мушкараца тек са развојем феминистичке криминологије. Основни став феминистичког правца у криминологији је тај да се приликом проучавања сваке друштвене појаве, па и криминалитета морају сагледати различити услови живота мушкараца и жена обликовани расном и класном неравноправношћу и различитим друштвеним позицијама једних и других (Константиновић-Вилић, 2013:104). Представници овог правца у криминологији истакли су да се феноменолошке и етиолошке карактеристике криминалитета не могу

истраживати генерално, и за жене и мушкарце, већ је потребно сагледати и родну пропорцију криминалитета. Сходно наведеном, феминистички оријентисани теоретичари истакли су да је обим криминалитета жена, структура криминалитета жена и узроци који доводе до њега условљени положајем жене у одређеном друштву и да се у том контексту мора и проучавати.

Учешће жена у укупној стопи криминалитета, како у свету тако и у Србији, је незнатно у односу на мушкарце. Ако се сагледа период од 1973-1988. године жене су у укупном броју осуђених лица учествовале у просеку са 15%, док се од 1987. године запажа тренд опадања броја осуђених жена (Константиновић-Вилић, Костић, Николић-Ристановић, 2012:233). Подаци Републичког завода за статистику Републике Србије потврђују наведену тезу. Ако се сагледа период од 2004-2012. године запажа се да проценат жена извршитељки кривичних дела није прелазио проценат од 9% у односу на мушкарце (Републички завод за статистику, 2014).

Структура криминалитета жена карактерише се већим учешћем жена у извршењу лакших кривичних дела која не захтевају велику вештину и одважност. Код жена су најкарактеристичнија кривична дела против имовине или друга кривична дела усмерена на стицање противправне имовинске користи а која врше у циљу обезбеђивања основних средстава за живот а не у циљу богаћења или похлепе (Константиновић-Вилић, Ристановић, Костић, 2012:234). Постојећа истраживања криминалитета жена показала су да се жене јављају и као извршиоци веома тешких кривичних дела, најчешће убиства партнера. Побуда за извршење овог кривичног дела је одбрана од дугогодишњег злостављања од стране партнера (Николић-Ристановић, 2000:115). Расположива истраживања показала су да је најмањи проценат оних жена која врше кривична дела везана за професију-професионални криминалитет, односно, кривичних дела са коруптивним елементом (злоупотребе службених положаја, примање мита, давање мита проневере). Узрок томе је тај што се жене ретко налазе на овим позицијама или ако се нађу имају споредне функције, тако да фактички нису у могућности да врше ову врсту кривичних дела.

Испитивање свих околности везаних за друштвени положај конкретне извршитељке кривичног дела и довођене у везу тог положаја са врстом учињеног кривичног дела и околностима под којима је дело учињено посебно је значајно за избор кривичне санкције, одмеравање казне и начин извршења казне. Одмеравање казне је један од најзначајнијих института кривичног права за ресоцијализацију учиниоца и он има огроман правно

политички значај, јер је то механизам помоћу кога се остварује сврха кажњавања (Лазаревић, 2006:185). У кривичном законодавству Републике Србије прихваћен је систем релативно одређених казни, а у чл.54 Кривичног законика прописане су олакшавајуће и отежавајуће околности које суд мора узети у обзир приликом одмеравања казне учиниоцу кривичног дела. Између осталих прописано је да ће суд ценити побуде из којих је кривично дело извршено, околности под којима је дело извршено, породичне прилике извршиоца, његов ранији живот, држање након извршеног кривичног дела (Јовашевић, 2010:230). У сваком конкретном случају суд ће проценити да ли ће једну околност ценити као олакшавајућу или отежавајућу. Овакво законско решење оставља довољно простора суду да приликом одмеравања казне извршитељки кривичног дела узме у обзир све оне факторе из њеног живота који су утицали да она прибегне криминалном понашању.

4. Правно регулисање положаја жена осуђеница

На међународном плану, као и у домаћој правној регулативи, донет је већи број правних аката којима се забрањује дискриминација по основу пола и истиче захтев за остваривањем родне равноправности. То самим тим указује да је данас у свету препознат проблем у овим областима. Поред ових општих аката, усвојен је и већи број докумената који имају изузетан значај за превенцију и сузбијање криминалитета, регулисање положаја лица лишених слободе као и условима живота у установама за смештај лица лишених слободе (Константиновић-Вилић, Костић, 2011:33). Посебан значај, када се говори о осуђеним женама, имају правни документи у којима је препознато да осуђенице представљају посебно осетљиву групу осуђеника и да имају другачије потребе у односу на осуђенике тако да ће из тог разлога у раду бити указано најзначајније документе из ове области.

Најзначајнији правни акти, којима су уређена пенолошка питања, донети су под окриљем Организације Уједињених нација, која је организовала више конгреса из ове области. Први конгрес одржан је у Женеви 1955. године на коме су и усвојена Стандардна минимална правила о поступању са затвореницима. Већ на овом конгресу препозната је потреба да мушкарци и жене морају казну затвора да издржавају одвојено и истакнута је потреба за посебном заштитом жена породиља у затворима. Значајан је и конгрес одржан у Каракасу 1980. године на коме је усвојена Резолуција о положају жена осуђеница. Резолуцијом је истакнуто да се са женама осуђеницама мора поступати праведно уз пуно поштовање равноправности а да посебну пажњу треба посветити женама породиљама и деци коју она

роде (Константиновић Вилић, Костић, 2006:211) Став да жене осуђенице представљају специфичну групу осуђеника истакнут је и на следећем конгресу ОУН одржаном у Милану 1985. године.

Следећи битан документ који се односи искључиво на криминалитет жена и који уређује питања положаја жена осуђеница су Банкокчка правила или Правила УН о поступању са затвореницама и извршењу некустодијалних мера према женама извршитељкама, која су усвојена од стране организације Уједињених нација, дана 21.12.2010. године. Може се рећи да је ово комплетан документ којим су постављени бројни захтеви који се морају испунити да би се задовољиле све потребе жена током затварања. Посебно је истакнуто да установе у којима жене извршавају казну затвора не смеју бити превише удаљене од места пребивалишта жена како би оне одржавале контакте са породицом и децом. Велики значај дат је класификацији затвореница унутар завода што је од пресудног значаја за процес ресоцијализације. Регулисана су и питања која се односе на омогућавање одржавања хигијене жена, здравствену заштиту жена а поготово обављање редовних гинеколошких прегледа који би обухватили разна тестирања жена и прегледе везане за дијагностификовање рака дојке. Посебно је потребно обезбедити заштиту и помоћ женама које су претрпеле неки вид злостављања. У погледу безбедоносних мера у правилима је истакнуто да је прикладније обезбедити претресање жена скенирањем а не скидањем ради спречавања непријатности код жена и пажљиво вршити селекцију затворског особља. Истакнута је потреба за обезбеђењем образовања жена у затвору ради повећања њене конкурентности на тржишту рада након пуштања на слободу. Нагласак је стављен на организовање постпеналне помоћи женама након извршења казне и организовању програма „куће на пола пута“ како би се осуђенице постепено укључивале у живот на слободи (Ковачевић, 2012:73).

На подручију Европске Уније најзначајнији правни документ који се односи на заштиту права осуђеника су Европска затворска правила усвојена 1973. године и ревидирана 1987. године.² Иако се Европска затворска правила не односе искључиво на жене осуђенице, она садрже основна правила која се на њих односе. Истакнуто је да жене и мушкарци морају бити одвојени у затворским установама, да се женама морају обезбедити хигијенски услови који су везани за њихове специфичне потребе, заводска управа је обавезана да посебну пажњу посвети физичким, стручним, друштвеним и психолошким потребама жена а посебно женама које су биле изложене неком облику злостављања.

² Текст Европских затворских правила доступан је на сајту, <http://www.coe.org.rs/REPOSITORY/149>, преузето 7.11.2104. год.

У Републици Србији положај осуђеника регулисан је Законом о извршењу кривичних санкција од 27.05.2014. године а који се примењује се од 01.09.2014. године. Закон не уређује посебно положај жена осуђеница, осим проблем жена породиља и жена са малом децом у затвору, те је истакнуто да посебан третман морају имати жене са малим дететом и да дете може остати са мајком до навршене друге године живота.³ Ранији Закон о извршењу кривичних санкција предвиђао је да дете може остати са мајком до навршене једне године.

Недостатак регулисања положаја осуђеница у Закону о извршењу кривичних санкција, држава је надоместила доношењем посебне Стратегије развоја система извршења кривичних санкција у РС за период 2013-2020 године од марта 2013. године, коју је израдило Министарство правде и државне управе Републике Србије. У Стратегији је истакнуто да жене осуђенице спадају у групу посебно осетљивих категорија осуђеника. Истакнута је потреба за израдом специјализованих и индивидуалних програма поступања са осетљивим категоријама осуђеника као и боља организација постпеналне помоћи а све у циљу остваривања сврхе кажњавања. Стратегија је као циљеве поставила све оно што је и предвиђено Банкочким правилима у погледу положаја установа за извршење казне затвора за жене, њихова удаљеност, здравствена заштита, образовање жена, оспособљавање за одређена занимања, програми за отпуст и програми за жене жртве злостављања. Као приоритетне активности истакнуте су: унапређење смештајних капацитета и изградња отвореног одељења у Казнено-поправном заводу у Пожаревцу, унапређење програма третмана, обука и стручно оспособљавање у складу са потребама тржишта рада, унапређење и обука запослених за спровођење нових програма и третмана, унапређење производних капацитета и упошљавање осуђеница.

Неспорно је да су савремена законска правила и донета Стратегија усаглашени са међународним документима. Међутим, поставља се питање у којој мери ће се наведени циљеви остварити и у ком року. Поред тога, као један од приоритетних задатака треба да буде едукација и упознавање затворског особља са специфичностима и карактеристикама осуђеница, како донети правни прописи не би остали само на папиру. Запослени су ти који су у непосредном и сталном контакту са осуђеницама, па се управо у томе и огледа њихов значај за затворски живот осуђеница.

3 Чл.119 Закон о извршењу кривичних санкција, Сл.гласник РС 55/2014

5. Положај осуђеница у Републици Србији

Систем извршења казне затвора се непрестано развија, па самим тим и извршење ове казне у „женским затворима“. Дакле, идеја да жене и мушкарци одвојено извршавају казну затвора је веома стара. Први затвор за жене основан је још 1645. године у Амстердаму (Константиновић-Вилић, 2011:211). Од тада систем извршења казне затвора у женским затворима се све више усавршава, у том смислу, да се препознају особености осуђених жена. Наведено је последица борбе за остваривање потпуне равноправности жена и мушкараца на свим пољима, уз уважавање индивидуалних карактеристика једних и других али и остваривање сврхе кажњавања.

У Републици Србији жене изречену казну затвора издржавају у једином Казнено поправном заводу за жене који се налази у Пожаревцу. У овом заводу казну затвора извршавају пунолетне женске особе, малолетни извршиоци кривичних дела женског пола и жене којима је изречена казна затвора у прекршајном поступку.

Ако се пође од категоризације казнено поправних установа према степену обезбјеђења, Казнено поправни завод за жене у Пожаревцу је установа полуотвореног типа, сазатвореним, полуотвореним и отвореним одељењем. Према историјским подацима Завод је изграђен 17.06.1874. године. С обзиром на време када је саграђен може се истаћи да је он био изграђен по истим принципима, као и остали Заводи намењени мушкарцима, тако да нису узимане у обзир посебне потребе жена осуђеница и друштвена опасност дела која врше жене.⁴

Ради анализа стања у Казнено поправном заводу за жене у Пожаревцу користићемо извештај о стању у овој казненој установи а који је припремио Национални механизам за борбу против тортуре.⁵ Наведени извештај састављен је октобра 2013. године и у њему је прецизно описано стање у КПЗ за жене у Пожаревцу.

4 Министарство правде Републике Србије, Казнено поправни завод за жене, преузето дана 03.11.2014. године, <http://www.penoloska.ac.gov.rs/kpzzazene.html>

5 Потписивањем и ратификацијом Опционог протокола уз Конвенцију против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих поступака прописано је оснивање Националног механизма за борбу против тортуре који ће обилазити установе за извршење кривичних санкција и о стању сачињавати извештај. (Опциони протокол уз Конвенцију против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих поступака Сл.Лист СЦГ-међународни уговори бр.16/2005 и 2/2006 и Сл.гласник-Међународни уговори РС бр.7/2011)

На почетку извештаја описан је архитектонски изглед Завода и констатовано је да су све зграде дотрајале, инсталације су старе, јављају се проблеми са хидроизолацијом. У заводу постоји затворени, полуотворени и отворени део. У затвореном одељењу смештај је организован као заједнички а обезбеђење чине решетке и стражарско особље. Смештај се састоји од заједничких спаваоница, два заједничка дневна боравка и заједничкох мокрог чвора. Свуда је приметна влага, али су спаваонице проветрене и добро осветљење. Купатило је у лошем и руинираном стању. У полуотвореном одељењу је слична ситуација. Примећује се влага и оронили малтер са зидова. Посебно је указано на проблем удаљености Завода од места пребивалишта осуђеница, што отежава њихову комуникацију са породицом и децом, а самим тим негативно утиче на психичко стање жене у затвору. Истакнуто је да КПЗ за жене нема своју посебну кухињу за припремање хране већ се она допрема из КПЗ Пожаревац-Забела. Оваква ситуација ствара немогућност да труднице и породице имају посебан режим исхране. Једна од неправилности је и то што су цене у затворској кантини знатно више од тржишних.

У извештају је указано и на недостатке у спровођењу третмана. Рецимо, у вези са образовањем жена у затвору није обезбеђено основно и средње образовање, а као замена за то организовани су курсеви и обуке.

Стање је на незавидном нивоу и у погледу упошљавања жена. Рад осуђеница организован је након завршене обуке и он се углавном своди на обављање традиционално женских занимања као што су: шивење, кројење, вез, прављење играчака, чишћење ораха, рад у пекари. Највећи број осуђеница ангажован је на пословима кројења и шивења али радионице у којима се наведени послови обављају не поседују уређаје за загревање и хлађење.

Слободно време осуђеница замишљено је кроз организовање спортских и културних активности али просторије које су намењене за њихово обављање су руиниране и неупотребљиве.

Што се тиче припрема за отпуст осуђеница истакнуто је да се дужина тих припрема и садржај програма процењују у сваком конкретном случају. О отпусту осуђенице се обавештава Центар за социјални рад према месту последњег пребивалишта осуђенице. (Национални механизам за превенцију тортуре, 2013)

Пружање адекватне постпеналне помоћи осуђеницима постављено је као приоритет важећим Законом о извршењу кривичних санкција и предложеном стратегијом за унапређење система извршења кривичних санкција. Кључну задатак за остваривање тог задатка поверен је Центрима

за социјални рад. У циљу испитивања начина пружања постпеналне помоћи посетили смо Центар за социјални рад у Нишу. Првобитна замисао је била да се изврши увид у службене евиденције о пруженој постпеналној помоћи, начину на који се она пружа и осталим питањима везаним за то. Међутим, кроз усмени разговор са запосленима, који је обављен јуна, 2014. године, дошли смо до поражавајућих података. Овај орган старатељства не води никакве евиденције о женама осуђеницама и не постоји посебан програм за пружање постпеналне помоћи. Једине евиденције које има ова установа везане су за децу чији се родитељи налазе на издржавању казне затвора и једина активност коју они спроводе везана је за живот те деце. Поред тога, осуђеници након издржане казне затвора могу добити једино материјалну помоћ у веома неприкладном износу. Чак и за добијање ове помоћи осуђеници се ретко јављају јер је документација коју мора да приложи преобимна.

6. Социодемографски профил осуђеница у КПЗ Пожаревац

Како бисмо добили што реалнију слику о карактеристикама жена осуђеница приказаћемо одређена истраживања којима су испитивани услови живота жена у затвору а која садрже податке о овим карактеристикама жена. Анализа социодемографских особина осуђеница, између осталог, указује у ком правцу треба да се организује затворски живот и програми поступања.

У раду ћемо приказати податке више истраживања која су вршена у различитим временским размацима, у последњих 20 година како би приказали да се социодемографски профил жена осуђеница не мења.

Истраживањем које је спровела Весна Николић Ристановић, јула 1993. године у КПЗ за жене у Пожаревцу, било је обухваћено 52 жене које су се у том тренутку фактички налазила на издржавању казне затвора. Подаци истраживања који се односе на образовање осуђеница показују да највећи проценат осуђеница има завршено неколико разреда основне школе (52,9%), неписмено је 19,6% а 21,6% осуђеница је завршило средњу школу, док је само 5,9% осуђеница завршило факултет. У погледу запослености ових жена, пре ступања на издржавање казне затвора, утврђено је да је више од 50% жена било незапослено. Оне које су радиле обављале су претежно слабо плаћена занимања и то посао: продавачице, конобарице, индустријске или занатске раднице. Само су три осуђенице радиле са факултетом, једна као економиста и две правнице. У погледу породичних прилика запажено је да је најмањи проценат неодатих, 34% осуђеница су биле удовице, док је 27,6 % осуђеница било разведено (Николић-Ристановић,1993:3).

Иста ауторка урадила је истраживање којим је доказала да највећи број осуђених жена претрпи неки облик злостављања односно жртва је одређеног понашања околине према њој. Ауторка је у делу „Од жртве до затворенице“ описала „пут“ ових жена, односно околности које су је довеле до извршења кривичног дела. Истраживање је спроведено са 20 осуђеница и њихове социодемографске карактеристике су следеће: 1. старосна структура: испод 24 године једна осуђеница; од 24-35 година 7 осуђеница; од 36-46 година 3 осуђенице; од 47-57 година 6 осуђеница; преко 57 година 3 осуђенице; 2. највећи број осуђеница по занимању су домаћице (10), две пољопривреднице, са вишом школом једна, две су службенице, раднице 5; 3. незапослено је било 12 жена, привремено или повремено запослене 5, стално запослене 3; 4. незавршену основну школу имало је њих 9, без школе 3, основну школу завршило је 3 осуђеница, средњу 3, вишу или факултет 2; 5. највећи број осуђеница је разведено 7, удато или ванбрачна заједница њих 6, удовице 5, неудате 2; 6. Осуђенице су претежно живе на селу, њих 13 а у граду 7 (Николић Ристановић, 2000:33).

Новије истраживање које пружа ове податке спроведено је од стране Виктимолошког друштва Србије, које је спроведено током 2011. и 2012. године, такође, у КПЗ за жене у Пожаревцу. Истраживањем је било обухваћено 115 осуђеница старости између 26-33 године и старости од 55-60 година. Само 7% испитаница било је старије од 60 година, а 6,1% између 18-25 година. Што се тиче образовне структуре осуђеница њих 36,5% је имало завршену средњу школу или занат, 27% има завршену основну школу, 13% осуђеница је прекинуло школовање пре окончања основне школе, док 7% њих уопште није похађало школу. Пре доласка на издржавање казне затвора 67,8% жена је било запослено углавном на занатским пословима или повременим пословима што значи да нису биле у сталном радном односу. Више од половине жена (55,6%) је пре доласка у затвор живело са интимним партнером (у браку 38, 26 у ванбрачној заједници), разведене су биле 22 жене, док је најмањи проценат (13%) био неудат и 12,2% удовица. (Ђопић, Шаћири, 2012:27)

На основу изложених података и предходно наведених запажања о организацији живота у КПЗ за жене у Пожаревцу, може се закључити да је потребно у будућности предузимати мере којима ће се првенствено обезбедити образовање жена а како би добиле квалификације за обављање профитабилнијих послова након изласка из завода. Чињеница је да су породични односи код већине жена поремећени, те им је из тог разлога неопходно обезбедити подршку али и материјалну независност како би се оспособиле за самостални живот. Посебни захтеви треба да се односе на

проблем удаљености Завода и регулисање питања посета, као и адаптације затворских просторија.

7. Закључак

Успешно сузбијање и превенција криминалитета може се постићи једино уколико се утврде сва његова феноменолошка обележја и уколико се одстрани узроци који до њега доводе. Криминалитет жена се разликује од криминалитета мушкараца како по обиму, структури, структуралним променама тако и по узроцима који доводе до криминалног понашања. Узрок тој разлици су додељене родне улоге мушкарцима и женама у датом друштву а које опредељују начин живота једних и других. Управо та разлика у начину живота и различити „друштвени захтеви“ који се постављају мушкарцима и женама указују да се приликом процена одређене друштвене појаве, па и криминалитета, мора сагледавати и родна димензија те појаве.

Сврха кажњавања је, између осталог, и утицање на учиниоца да убудуће не врши кривична дела а што се може постићи једино уколико се уклоне узроци који су до криминалног понашања довели. Ако се пође од тога да је, директно или индиректно, један од главних узрока криминалног понашања жене везан за положај који има у друштву јасно је да пеналним третманом то треба отклонити. Пенални третман треба да буде у потпуности прилагођен овој посебно осетљивој групи осуђеника и да омогући задовољене свих њихових специфичних потреба током издржавања казне затвора. Поред тога, веома је битно да се током боравка жене у затвору испитају сви аспекти њеног живота на слободи, да се утврде сви узроци који су могли довести до криминалног понашања и да се сходно томе одреди врста третмана према осуђеници.

Резиме

Промене у свим пољима друштвеног живота су неопходан услов за остваривање родне равноправности. Пре свега, неопходно је предузимати кораке у циљу промене традиционалног организовања друштва и искорењивању устаљених схватања о мушком и женском родном индетитету. Криминалитет жена условљен је њеним општим положајем у друштву. Сагледавањем феноменолошких и етиолошких карактеристика криминалитета жена, закључује се да је он детерминисан њеном друштвеном маргинализацијом. Управо због тога, све те околности морају се узети у обзир приликом изрицања кривичне санкције жени, њеног

извршења и приликом унапређења система извршења казне затвора, као најтеже казне. Програми и третмани у затворима за жене морају бити прилагођени њеним социодемографским карактеристикама и посебним потребама које имају жене, као посебно рањива група осуђеника. Сви ови елементи се морају посматрати кроз општи положај жене у друштву како би након издржане казне она могла да настави са „нормалним“ животом, без криминала. Није довољно једноставно донети правне акте већ је неопхоно да се они суштински а не формално примењују.

Литература

Јовашевић,Д.(2010) Кривично право-општи део, Београд, Номос

Костић,М.,Константиновић Вилић,С.(2011).Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији,Ниш:Центар за публикације Правног факултета.

Константиновић Вилић,С.,(2013) Феминистичка криминологија:Теоријски оквир о родним обележјима криминалитета, Зборник радова Правног факултета у Нишу, број 65, Центар за публикације Правног факултета у Нишу

Константиновић Вилић,С.,Николић Ристановић,В.,Костић,М.(2012). Криминологија, Ниш: Центар за публикације Правног факултета.

Константиновић Вилић,С.,Петрушић,Н.,Жунић,Н. (2007). Правне студије рода-зборник радова, Ниш:Правни факултет у Нишу

Константиновић Вилић, Костић(2006) Пенологија, Ниш, Свен

Ковачевић (2012),Положај жена у систему извршења кривичних санкција према Бангкокским правилима,Темида,бр.4

Кривични законик РС, Сл.Гласник РС бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012.

Лазаревић,Љ.(2006),Коментар Кривичног Законика, Београд, Савремена администрација

Николић Ристановић,В.(2000).Од жртве до затворенице,Београд: Викти-молошко друштво Србије.

Николић Ристановић,В.(1995) (Без)смисао казне затвора или ка феминистичкој анализи казне,Електронска верзија, преузето 10.09.2014. године

Министарство правде РС,(2013) Стратегија развоја система извршења кривичних санкција у РС до 2010. године, Електронска верзија, преузето 24.09.2014. године

Министарство правде Републике Србије, Казнено поправни завод за жене, преузето дана 03.11.2014. године

Опциони протокол уз Конвенцију против тортуре и других сурових, нељудских и понижавајућих поступака Сл.Лист СЦГ-међународни уговори бр.16/2005 и 2/2006 и Сл.гласник-Међународни уговори РС бр.7/2011

Ђопић,Бејан (2012),Жене у затвору у Србији:услови за живот у Казнено поправном заводу за жене у Пожаревцу,Темида,бр.4

Национални механизам за превенцију тортуре (2013), Извештај о посети КПЗ за жене-Позаревац, Електронска верзија, преузето 15.10.2014. године

Републички завод за статистику (2013)

Савет Европе, Европска затворска правила, Електронска Верзија, преузето 20.08.2014. године

Ivana Milovanović
Judicial Academy

POSITION OF FEMALE INMATES IN THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

In order to achieve genuine gender equality, changes in all areas of social life are necessary. First, it is necessary to take steps to change the traditional organization of society and to eradicate traditional ideas about male and female gender identity. Therefore inequality is inherent also in the criminal code for women. By analyzing the phenomenological and etiological characteristics of female criminality, it can be established that is also determined by social marginalization. It is for this reason that all these circumstances must be taken into consideration when imposing criminal sanctions for women. Furthermore, if the rehabilitative element of sentencing is to be established and in particular the reintegration of the individual, it is vital that the appropriate measures in improving the system of execution of sentencing of imprisonment are established, with particular regard to longer prison sentences. Programs and treatments in female prisons must be adapted to the socio-demographic characteristics and the special needs of women as a particularly vulnerable convict group. All of which must take into consideration the position of women in society so that after serving their sentence they can resume a "normal" and crime free life. It is not just a question of legal acts being in place but that these are effective and work beyond theory.

Keywords: women, crime, prisoners, women's prisons.

Гордана Николић, виши полицијски инспектор
МУП РС, Полицијска управа у Нишу,
Одељење криминалистичке полиције;
студент докторских студија на Правном
факултету Универзитета у Нишу

UDK:343.431

ТРГОВИНА ЉУДИМА У КРИВИЧНОМ ЗАКОНОДАВСТВУ И СУДСКОЈ ПРАКСИ

Апстракт: Организовани криминалитет, а самим тим и трговина људима су са једне стране релативно скоро уведени у законодавство наше земље, те се историјски и не могу у великој мери анализирати, а са друге стране су толиким интензитетом освајали наше просторе и увлачили се у поре нашег система, да са великом динамиком законских одређења и променама које су уследиле, ове феномене можемо посматрати на многобројне и различите начине. Управо због сложености појма и одређења организованог криминалитета, аутор је у раду анализирао само један облик организованог криминалитета – трговину људима, која због својих великих могућности аспеката посматрања је аутора навеле на она осовна, без којих се не може даље и темељније анализирати, и то кривично правна и практична, односно реална која су заиста у судској пракси и забележена.

Кључне речи: трговина људима, кривично дело, Кривични законик, судска пракса.

1. Уводне напомене

Термин *trafficking in human beings*, како се употребљава у готово свим међународним документима, односно трговина људима (трговина људским бићима) се састоји од двеју речи: трговина и људи. Трговина представља привредну делатност размене добара, куповину или продају робе, а људи - људска бића (множина од речи човек - људско биће) подразумевају мушкарце, жену и децу. С тим у вези трговина људима, у етимолошком смислу, подразумева размену између купца и продавца у којој продавац купцу уз накнаду предаје човека или омогућава коришћење одређених

његових услуга, а купац добија човека или користи његову услугу и предаје продавцу новац или неку другу вредност.¹

Најшире речено, трговина људима је друштвена појава заснована на ропству и експлоатацији, односно на поступању према човеку као да је роба или ствар, с циљем експлоатисања његове радне снаге, знања и вештина, телесног и полног интегритета и идентитета ради задовољења личних или туђих нагонских, здравствених или емоционалних потреба или ради стицања директне или индиректне материјалне користи за себе или другог².

Кривично дело трговине људима одређују многи међународни акти од којих су најзначајнији Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала³, њен протокол који је допуњује, тј. Протокол Уједињених нација за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом⁴ и Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима⁵, али и многи страни и домаћи закони.

У раду је анализирано кривично дело трговине људима у домаћем законодавству, односно у Кривичном законнику Републике Србије⁶ од периода увођења у законски текст до позитивних законских решења, затим је приказан случај трговине људима у оптужници и пресуди тада Окружног јавног тужилаштва (специјалног тужилаштва) и суда (Посебног одељења), као и пресуди Врховног суда (Посебног одељења) у Београду, на основу чега је указано на повезаност теорије и наведене судске праксе у кривичном делу трговине људима.

1 Видети више: Мијалковић, С., (2005).Трговина људима, Беосинг, Београд.

2 Мијалковић, С., Маринковић, Д., (2010). Криминалистичка методика доказивања кривичног дела трговина људима, Безбедност, бр.1, стр.41.

3 Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, број 6/ 2001.

4 Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом, који допуњава Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала, *Сл. лист СРЈ – Међународни уговори*, број 6. од 27. јуна 2001. године

5 Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима, *Сл. гласник РС – Међународни уговори*, број 19/2009.

6 Кривични законик, *Службени гласник Републике Србије*, број 85/05, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/12, 104/13 и 108/14.

2. Кривично правно одређење трговине људима

До доношења новог Кривичног законика 2006. године кривично дело трговине људима је било регулисано чланом 111б, који је са једне стране имао одређене предности самим увођењем у инкриминацију нашег законодавства 2003. године⁷ (у групу кривичних дела против достојанства личности и морала) и ратификацијом Конвенције Уједињених нација против трансанционалног организованог криминала и његових Допунских протокола, али са друге стране је имао и одређене недостатке јер се односио и на трговину људима и кријумчарење, што је умањило значај валидности броја поднетих кривичних пријава и евентуалних оптужница и пресуда за ово кривично дело с обзиром да су случајеви кријумчарења подвођени под кривично дело трговине људима, те је било за очекивање да ће ово законско решење доживети измене.

Убрзо, 01. јануара 2006. године ступио је на снагу нови Кривичи законик⁸ који је кривично дело трговине људима прецизније и јасније одредио и то у новом члану 388. који се односио само на случајеве трговине људима, док случајеви кријумчарења више нису били обухваћени овим делом, већ од њега раздвојени и предвиђени чланом 230 КЗ РС. Кривично дело трговине људима се у наведеном Закону налази у групи кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународном правом. Кривична дела која се налазе у овој групи дела спадају у међународна кривична дела у ужем смислу или права, апсолутна кривична дела и представљају различите делатности којима се крше међународни уговори, споразуми, гаранције и конвенције и нарушава или угрожава мир међу народима и безбедност човечности.⁹

Кривично дело трговине људима према наведеном Кривичном законик у има неколико облика, и то: основни, један посебни и четири тежа облика. Основни облик кривичног дела трговине људима састоји се у врбовању другог лица, превозењу, пребацивању, предаји, продаји, куповини, посредовању у продаји, сакривању или држању другог лица, силом или претњом, довођењем у заблуду или одржавањем у заблуди, злоупотребом овлашћења, поверења, односа зависности, тешких прилика другог лица, задржавањем личних исправа или давањем или примањем новца или

7 Организовани криминалитет и трговина људима су као правни појмови у законодавство Републике Србије уведени 2001. године доношењем Законика о кривичном поступку (*Службени лист СРЈ*, број 70/2001).

8 Кривични законик, *Службени гласник РС*, број 85/05, 88/05, 107/05.

9 Јовашевић, Д., Ђурђић, В., (2006). Кривично право: Посебни део, Номос, Београд, стр. 305.

друге користи, а у циљу експлоатације његовог рада, путем принудног рада, вршења кривичних дела, проституције или друге врсте сексуалне експлоатације, ради просјачења, употребе у порнографске сврхе, успостављања ропског или другог сличног односа, одузимања органа или дела тела или ради коришћења таквог лица у оружаним сукобима. Објекат заштите је људско биће.

Радње извршења кривичног дела постављене су алтернативно и деле се у неколико група:¹⁰

радња са карактером подстицања и подстрекавања пасивног субјекта да “прода” властиту робу. Реч је о радњи врбовања, активност подстрекавања, а огледа се у стварању или учвршћивању одлуке код лица на који се утиче одговарајућим поступцима;

радња која се односи на транспорт – превоз и пребацивање људи којима се тргује. Превоз подразумева коришћење одговарајућег транспортног средства како би се неко лице пребацило са једном места на друго, уз савладавање одређене просторне удаљености. Под пребацивањем треба подразумевати прелазак преко државне границе, односно омогућавање или потпомагање илегалног уласка у неку земљу, што подразумева и могућност напуштања територије друге државе, као и прелазак преко више државних граница;

радње које имају директан купопродајни карактер у односу на људска бића: продаја пасивног субјекта, куповина пасивног субјекта и предаја лица којима се тргује. Продаја представља отуђење пасивног субјекта уз добијање одређене накнаде. Куповина представља стицање права својине над пасивним субјектом овог дела, чиме се крше одредбе Универзалне декларације о људским правима – да нико не може да има право својине над другим човеком. Предаја пасивног субјекта само представља извршење облигације из преузете уговорне области;

радње којима се омогућава или потпомаже реализација купопродаје људи, а односе се на сакривање или држање другог лица. Сакривање постоји у случају када извесно лице држи сакривено друго лице на неком месту (таван, подрум, кућа) које је познато само учиниоцу и ужем кругу људи. Држање постоји у исто време кад и сакривање. Држање представља противправно лишење слободе, односно одузимање слободе кретања пасивном субјекту.

10 Шкулић, М., (2003). Организовани криминалитет: појам и кривичнопроцесни аспекти, Досије, Београд, стр.159.

Важно је напоменути да преузимање били какве алтернативно постављене радње извршења не значи и аутоматско извршење кривичног дела трговине људима већ је неопходно да таква радња буде остварена неким од алтернативно постављених начина, који се могу поделити у неколико врста:

облици принуде – сила и претња. Сила може да буде апсолутна и компулзивна, док претња треба да буде озбиљна, могућа, садашња и неотклоњива¹¹;

облици превареног поступања – довођење у заблуду и одржавање у заблуди¹². Довођење у заблуду представља стварање погрешне представе код пасивног субјекта у односу на постојање или непостојање одређених чињеница, релевантних у односу на радњу извршења. Код одржавања у заблуди пасивни субјекат је већ имао погрешну представу о постојању или непостојању релевантних чињеница, а учинилац је својим активностима само појачава;

злоупотребом овлашћења или одређених односа или стања - злоупотреба овлашћења, злоупотреба поверења, злоупотреба односа зависности или тешких прилика.

За постојање кривичног дела трговине људима потребно је да су алтернативне радње и начини њиховог извршења предузети ради постизања следећих циљева: принудни рад или експлоатација рада, вршење криминалних делатности, вршење проституције или друге сексуалне експлоатације, просјачење, употреба у порнографске сврхе, одузимање дела тела за пресађивање, коришћење у оружаним сукобима, успоставање ропског или њему сличног односа.

Кривично дело трговине људима не може бити у стицају са оним кривичним делом које се појављује као начин његовог извршења, као што је случај са принудом, злоупотребом овлашћења, примање или давање мита и сл, јер оно конзумира дела која се појављују као начин његовог извршења.¹³

Извршилац дела може да буде свако лице, осим у оном случају када се радња извршења састоји у злоупотреби овлашћења, поверења или односа зависности, када такву радњу може да изврши само лице које поседује одговарајућа овлашћења, или коме пасивни субјекат верује, или од кога пасивни субјекат зависи.

11 Јовашевић, Д., (2006). Кривично право: општи део, Номос, Београд, стр. 146 и 147.

12 Јовашевић, Д., (2006). Кривично право: општи део, *ibid*, стр. 147-150.

13 Лазаревић, Љ., (2006). Коментар Кривичног законика Републике Србије, Савремена администрација, Београд, стр.958-961.

Кривично дело трговине људима се најчешће врши од стране више лица и том случају ради се о саизвршилаштву, које је најтежи облик саучесништва и постоји када више лице учествовањем у радњи извршења са умишљајем или из нехата заједнички изврше кривично дело или остварујући заједничку одлуку другом радњом са умишљајем битно допринесу извршењу кривичног дела.¹⁴ Сваки саизвршилац предузима одређену радњу извршења, па тако један од њих може да изабере и “врбује” жртву, други да организује њен транспорт и прелазак преко границе, трећи да је експлоатише, итд.

У погледу кривице потребан је директан умишљај. Важно је истаћи и то је за постојање кривичног дела трговине људима потребно да сваки саизвршилац зна крајњи циљ дела – да ће пасивни субјекат бити експлоатисан ради стицања противправне имовинске користи, односно да саизвршилац има свест о вршењу дела.¹⁵

Пасивни субјект овог дела је људско биће мушког или женског пола, с тим што дело може бити извршено како према једном тако и према више лица. Уколико је дело извршено према више лица, неопходно је да је радња извршења предузета истовремено према више лица.¹⁶ За кривично дело трговине људима према Кривичном закону је прописана казна затвора од две до десет година.

Посебни облик кривичног дела трговине људима постоји уколико је основни облик овог дела учињен без коришћења силе, претње или неког другог начина извршења према малолетном лицу, односно лицу које није навршило 18 година.

Тежи облици наведеног кривичног дела постоје уколико је основни облик овог дела учињен према малолетном лицу, ако је услед дела наступила тешка телесна повреда неког лица, ако је услед дела наступила смрт једног или више лица и ако је дело извршено од стране организоване групе¹⁷. Најтежи облик кривичног дела трговине људима постоји уколико

14 Јовашевић, Д., (2006). Кривично право: општи део, Номос, Београд, стр. 173-194.

15 Нпр. уколико је неко лице фалсификовало нечију исправу јер му је било познато да ће пасивни субјект помоћу те исправе прећи границу и бити експлоатисан, односно да је наведену радњу учинио ради извршења кривичног дела трговине људима биће одговорно за кривично дело трговине људима из члана 388. Кривичног законика Републике Србије. Уколико је неко лице фалсификовало нечију исправу, а није знало нити је могло да зна да то чини ради извршења кривичног дела трговине људима, биће кривично одговорно за кривично дело фалсификовање исправе из члана 355. Кривичног законика Републике Србије.

16 Лазаревић, Љ., Коментар Кривичног законика Републике Србије, *op.cit.*

17 У чл. 2 Конвенције Уједињених нација против транснационалног организованог криминала израз «организована група» означава групу која није случајно формирана

је наступила смрт пасивног субјекта као последица извршења основног облика поменутог дела.

Законом о изменама и допунама Кривичног законика Републике Србије¹⁸ 2009. године учињене су измене у члану 388. ст. 1. у смислу кажњавања, са дотапшег опсега од од две до десет година казне затвора на опсег од три до дванаест година, као и увођењем нових ставова који се односе и на следећа случајеве: (8) „Ко зна или је могао знати да је лице жртва трговине људима, па искористи њен положај или другоме омогући искоришћавање њеног положаја ради експлоатације предвиђене ставом 1. овог члана, казниће се затвором од шест месеци до пет година“, и (10) „Пристанак лица на експлоатацију или на успостављање ропског или њему сличног односа из става 1. овог члана не утиче на постојање кривичног дела из ст. 1, 2. и 6. овог члана“.

Став 10. члана 388. се подудара са тачком б) члана 4. Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима¹⁹ која додатно објашњава наведене случајеве и састоји се у томе да пристанак жртве «трговине људима» на планирано искоришћавање нема значаја ни у једном случају када се користе средства поменута у тачки а) наведеног члана²⁰.

Важно је напоменути, да постоји неусаглашеност у погледну терминологије коришћене у тексту важећег Кривичног законика и Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, те се у првоме тексту наилази на термин «оштећени» кривичним делом трговине људима, док се у тексту Конвенције прецизно наводи термин «жртва» трговине људима²¹.

ради непосредног извршања кривичног дела, и која не мора да има формално дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства и развијену структуру.

18 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени гласник РС, број 72/2009 и 111/2009.

19 Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима, Службени гласник РС – Међународни уговори, број 19/2009.

20 Тачка а) члана 4. Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, гласи: «трговина људима» значи врбовање, превоз, премештање, скривање или прихват лица, уз примену претње или силе или других облика примене, отмице, преваре, обмане, злоупотребе овлашћења или стања угрожености, или давање или примање, новчаних средстава или друге користи ради добијања, пристанка лица које има контролу над другим лицем у циљу искоришћавања. Искоришћавање, у најмању руку, треба да укључи искоришћавање проституције других лица или друге облике сексуалног искоришћавања, присиљан рад или пружање услуга, служење, ропство или праксу сличну ропству или вађење људских органа.

21 Жртва трговине људима према тачки д) члана 4. Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима је свако физичко лице које је постало предмет трговине људима у смислу дефиниције из наведеног члана.

Имајући у виду чињеницу да се кривично дело трговине људима се налази у групи кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом, објекат заштите ових кривичних дела је одређен као 1) човечност и 2) добра заштићена правилима међународног права. Заштита човечности значи заштиту основних људских добара као што су: живот, телесни интегритет, здравље, част, углед, достојанство, имовина, основна људска права и слободе. Ова кривична дела се, по правилу, врше организовано. У погледу кривице врше се само са умишљајем. Гоњење и кажњавање за ова кривична дела се остварује на основу универзалног принципа просторног важења кривичног закона.²²

Новелирањем Кривичног законика 2009. године, учињене су измене и у погледу тежих облика кривичног дела трговине људима, те се, поред постојећих тежих облика дела, уводи и случај уколико је дело извршено од стране групе, за који је прописана казна затвора најмање пет година, док се за тежи облик дела који је извршен од стране организоване криминалне групе²³ повећава минимум кажњавања на најмање десет година затвора. У вези става 8. наведеног члана уведен је и став 9. који се односи на тежи облик кривичног дела трговине људима и овај облик постоји у случају уколико је дело из става 8. члана 388. Кривичног законика учињено према лицу за које је учинилац знао или је могао знати да је малолетно.²⁴ Измене и допуне су се односиле и на члан 57., који се односи на границе ублажавања казне допуњен у смислу увођења нових статова који се односе на случајеве кривичних дела за која је као најмања мера казне прописан затвор у трајању од десет или више година, казна се може ублажити до седам година затвора али да изузетно од овог става не може ублажити казна за кривично дело трговине људима из чл. 388 наведеног Законика, као ни учиниоцу кривичног дела који је раније осуђен за исто кривично дело.

Неусаглашеност појмова одређених у нашем законодавству са појмовима који су одређени у Конвенцији Савета Европе о борби против трговине

22 Јовашевић, Д., Ђурђић, В., (2010). Кривично право: Посебни део, Номос, Београд, стр. 255 и 256.

23 Према Конвенцији Уједињених нација против транснационалног организованог криминала израз «организована криминална група» означава групу од три или више лица, која постоји у извесном временском периоду и која делује споразумно у циљу чињења једног или више тешких злочина или кривичних дела утврђених у складу са овом Конвенцијом, а ради задобијања посредно или непосредно, финансијске или друге материјалне користи.

24 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени гласник РС, број 72/2009 и 111/2009.

људима се огледа у неуједначеном посматрању старости малолетника, те наше малолетничко кривично право²⁵ «малолетника» сматра лице које је у време извршења дела навршило четрнаест година, а није навршило осмнаест година, док лица у узрасту до четрнаест година се називају «деца» и према њима се не могу применити кривичне санкције, нити друге кривичноправне мере, за разлику од наведене Конвенције која као «дете» сматра свако лице млађе од 18 година,²⁶ као и Конвенција о правима детета²⁷, која дете сматра свако људско биће које није навршило 18 година уколико се по закону који се примењује на дете, пунолетство не стиче раније.

Закон о изменама и допунама Кривичног законика Републике Србије 2012. године²⁸ је у члану 388. у ставу 4. увео допуну која се односи на наступање тешке телесне повреде малолетног лица улед дела из става 3. наведеног члана, те да ће се учинилац казнити казном затвора најмање пет година, док даље измене и допуне Кривичног законика Републике Србије које су уследиле 2013. године²⁹ и 2014. године³⁰ нису утицале нинакакве промене које се односе на кривично дело трговине људима.

3. Пример кривичног дела трговина људима из судске праксе – case study

У наредном тексту рада ће бити цитиран случај трговине људима из оптужнице тада Окружног јавног тужилаштва, Специјалног тужилаштва³¹ чији су чињенични наводи у потпуности утврђени у пресуди тада Окружног суда, Посебног одељења у Београду 30. септембар 2005. године, а која је потврђена и пресудом Врховног суда, Посебног одељења у Београду 31. март 2006. године.

25 Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривично правној заштити малолетних лица, Службени гласник Републике Србије, број 85/2005.

26 Лазаревић, Љ., Коментар Кривичног законика Републике Србије, *op.cit.*

27 Лазаревић, Љ., Коментар Кривичног законика Републике Србије, *ibid*, стр. 958-961.

28 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени гласник РС, број 121/12.

29 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени гласник РС, број 104/13.

30 Закон о изменама и допунама Кривичног законика, Службени гласник РС, број 108/14.

31 Оптужница Окружног јавног тужилаштва, Специјалног тужилаштва, КТ. С. Бр. 2/05, Београд, од 6. маја 2005. године.

„ ДМ³² је крајем 2004. године у Србији, Црној Гори, Украини и Италији организовао криминалну групу која је имала за циљ да ради стицања добити, на дуже време у међународним размерама и по унапред одређеним улогама врши кривична дела трговине људима, а припадници те групе су поред више НН лица били и ДВ, ДТ и АД, те на тај начин је ДМ извршио кривично дело злочиначко удруживање.

ДМ, као организатор криминалне групе, је крајем децембра 2004. године и почетком јануара 2005. године путем телефоном из Италије договарао са ДВ да он и његова супруга ДТ у Украини пронађу више девојака, те да затим заједно организују пребацивање тих девојака преко Србије у Италију ради њиховог искоришћавања за вршење проституције. По наведеном договору, ДТ је почетком фебруара 2005. године ступила у контакт са оштећеном ОН и оштећеном ОИ, приказивајући лажне чињенице о себи да се зове ОБВ, да живи у Немачкој и да је удата за власника кафеа у месту Лубенбург, те злоупотребљавајући тешку економску прилику наведених девојака, довела их је у заблуду да ће им обезбедити запослење у Немачкој и то оштећеној ОН посао беби ситерке или раднице у кафеу за износ од 300 до 700 еура недељно, а оштећеној ОИ посао егзотичне плесачице или раднице у кафеу за износ од 300 до 400 еура дневно.

Неутврђеног дана у другој половини фебруара 2005. године ДВ је из Београда, у циљу пребацивања оштећених из Украине послао ДТ два лажна гарантна писма у која су унети неистинити подаци и иста су оверена у Четвртог општинском суду у Београду. Марта месеца 2005. године у Кијеву је ДТ купила возну карту за оштећену ОН и потом је пребацила из Кијева за Београд, где је исту сместила три дана да борави у Београду, у стану оптужених, док су другу оштећану пребацили авионом и за њу је купљена авионска карта у износу тада од 24.000 динара.

ДМ, као организатор ове криминалне организације је ангажовао таксисту – сведока ЈГ да оштећену ОН превезе од бензиске пумпе Змај у Београду до куће МС у Шапцу. Приликом превоза, таксиста ЈГ је у близини аеродрома, у Сурчину интервенцијом полиције заустављен, чиме је и пречено даље пребацивање оштећене. Истог дана, 14.03.2005. године на сурчинском аеродрому ДТ је сачекао оштећену ОИ и приликом превоза оштећене до стана у улици Пере Сегединца број 20 је заустављен од стране полиције где је даље пребацивање оштећене спречено.

Извођењем доказа везаних за телефонске комуникације утврђено је да је оптужени ДМ у току боравка отужене ДТ у Украини, био у сталној

32 Имена лица која су наведена у поменутих документима се у раду не приказују, већ само њихови иницијали.

телефонској вези са свима, да је давао упутства и договарао се са њима око пребацивања девојака, стално се распитивао шта се дешавало у Украини и како се развијају догађаји. Интересантан је разговор од 12.03.2005. године када ДМ питао ДВ како је оценио девојке, да ли је чиста 4, на шта му је ДЈ одговорио: "Пази, по мом укусу и оном нашем реалном укусу – чисто је четири, а ово што стиже, колико сам ја могао мало са женом да разговарам, да упоредим са овом, она каже да је та друга лошија зато што је нижа од прве. Ова је 170, а ова што ће доћи је 160, али каже да је у лицу чак и лепша и у струку, онако заобљена и шта ја знам. Једино што је нижа 10 центиметара, па као тројка је".

Из снимљених телефонских разговора и транскрипата је закључено да би оштећене након пребацивања у Италију требало да се баве проституцијом на улици и да ДМ и ДВ договарају пребацивање још 6 девојака из Украине.

Исказима оштећене ОН и ОИ суд је поклонио веру, ценећи да су њихови искази сасвим уверљиви и логични у склопу целог догађаја и да су оне на један искрен начин приказале цео догађај, да су приликом давања свог исказа деловале сасвим убедљиво и уверљиво, свака реагујући на посебан начин на ситуацију у којој се нашла, па је тако оштећена ОН у појединим ситуацијама плакала, док је оштећена ОИ више изражавала љутњу и бес.

Оптужени ДВ је у свом исказу навео да ДМ познаје четири године и да се дружили, као и то да је ДМ напосто нестао, те да му се ДМ поново почео јављати крајем 2004. године, позивајући га телефоном хвалећи се како је успео, да је направио неку фирму. У периоду док се супруга оптужена ДТ са дететом налазила у Украини, ДМ га је звао и питао наводно да ли познаје неке девојке које би можда ишле да за њега раде, те је тако он и позвао супруга и питао за услугу коју му је ДМ тражио. После извесног времена, жена му се јавила и рекла је њен рођак ступио у контакт са две девојке, и то са својом бившом девојком и њеном другарицом, и да су девојке заинтересоване. У међувремену је послао гаранције за ове девојке како би исте добиле визе. Ова писма су била снабдевена и печатом за оверу и округлим печатом Четвртог општинског суда у Београду. Када му је супруга јавила да је једна девојка већ кренула возом, он је о свему обавестио ДМ. Оне су заједно са његовом малолетном ћерком дошле у Београд дана 11.03.2005. године. Друга девојка је допутовала авионом 14.03.2005. године. Док се прва девојка налазила код њих у стану, он је о свему контактирао ДМ. ДМ му је рекао да ће доћи човек који ће је одвести до границе, где ће је даље сачекати његови људи. Довезао је оштећену ОН до Змајеве пумпе и по наређењу ДМ је предао таксисту. Када се вратио кући испред куће га је чекала полиција, а супруга се у то време налазила

на аеродрому чекајући другу девојку да дође, са којом је касније дошла. Навео је и то да је радио као полицајац у ПС Нови Београд, али је морао да напусти полицију, због тога што је био окривљен да је од колеге украо аутоматску пушку, због чега је кривично и одговарао.

Оптужена ДТ је у својој одбрани навела да је са супругом ДВ живела у Београду, у њиховом стану и да имају кћерку Анастасију, стару три године. С обзиром да дуго није била у посети родитељима, са кћерком је отишла у Украину у посету својој породици. Током боравка у Украини обратио јој се брат М да нађе неки посао његовој бившој девојци и њеној другарици. Она је у вези овога морала прво да пита мужа и да се њен муж сложио. Она је сматрала да би девојке за то време колико проведу у Београду могле да виде како се овде живи, те да би могле евентуално и да остану. Напомињала је се није представила као власница бара у Немачкој, као и то да је брату М обећала да ће повести девојку ОН и њену другарицу ОИ да заједно бораве у Београду месец дана због претходно наведених разлога, а никако због трговине људима, односно одласка у Италију. Такође је навела да се оштећенима није лажно представила, те да се представила као ДТ.

Оштећена ОН је рођена 1983. године у Украини. У свом исказу је навела да живи у стану својих родитеља, где живи и њен момак. Њене материјалне прилике су такве да је издржава момак и да јој родитељи помажу. Завршила је другу годину факултета.

Са оптуженом ДТ се упознала преко свог пријатеља М који такође живи у Украини и који је оптужену представио као ОБВ и као сестру која је дошла из Немачке. Како је он у потпуности знао каква је њена материјална ситуација предложио јој је да заради мало пара и због тога је упознао са сестом. Оштећена је истакла да је касније М у једном тренутку оптужену ословио по имену Т, иако се она њој представила као О. Када ју је М одвео у стан код оптужене, иста јој је тада објаснила да може да је запосли у Немачкој као беби ситерку. За себе је рекла да је добро удата у Немачкој, да је њен муж купио неки кафе и да има фирму. Обећала је да ће у Немачкој добити плату од 300 до 700 еура недељно. Такође јој је рекла да ће јој она обезбедити новац за визу, вађење пасоша и остале потребне припреме, те да ће јој касније то она вратити од своје зараде. Како никада раније није путовала у иностранство није ни знала шта јој је све потребно. Из Украине, од Кијева је до Београда допутовала возом са оптуженом и њеном ћерком и карту јој је платила оптужена.

По доласку, на главној железничкој станици су их дочекала три мушкарца од који се један представио као муж оптужене, а друга двојица као пријатељи. Таксијем су отишли у њихову кућу. У њиховом стану је боравила од петка

до понедељка, када је требало да иде у Немачку. За три дана док је била у њиховом стану излазила је са оптуженом у шетњу, продавницу и на друга слична места. У понедељак, последњег дана боравка у њиховом стану, оптужена ДТ јој је рекла да ће је њен муж одвести код њиховог доброг пријатеља С, који ће да јој уради визу за Немачку, па је она тако истога дана са оптуженим ДВ, мужем оптужене ТД, села у такси којим су се одвезли до неке бензинске пумпе, где их је чекало друго такси возило у које је она сама прешла и наставила вожњу сама са возачем таксија да би их након извесног времена зауставила полиција.

Оштећене је у вом исказу истакла је да никада не би пристала да прихвати понуду да путује у другу земљу како би се бавила проституцијом или неким сличним послом ни за мале ни за велике паре. Навела је и то да је оптуженој ДТ рекла да се плаши да путује сама, па јој је она предложила да позове неку своју другарицу, те је тако она позвала своју другарицу ОИ. Истакла је да је оптужена ДТ није дозволила да разговара са другарицом – оштећеном ОИ телефоном и да је њен мобилни телефон био код оптужене ДТ након што је допутовала у Београд. Приликом суочења са ДТ, оштећена је у свему остала при свом исказу.

Оштећена ОИ је рођена 1982. године, такође у Украини. По занимању је студент. У свом исказу је навела да живи у стану са мајком, баком и својом кћерком старом три године. Студира, а њу и кћерку издржавају мајка и бака, чији су укупни приходи 100 долара месечно.

У вези критичног догађаја потврдила је наводе оштећене ОН у вези њеиховог пријатељства и познанства, као и околности под којим је упознала оптужену ДТ, нагласивши да је оптужену питала да ли је њихово посао има везе са стриптизом или бављењем проституције, на шта јој је оптужена негативно одговорила, истичући да се ради о плесу за који би зарађивала од 300 до 400 еура дневно, с тим што би њој морале да дају по 100 еура за трошкове становања.

Оштећена је истакла да ни у ком случају не би прихватила било какав посао нити одлазак у иностранство да је знала да се ради о проституцији, као и то да је полетела авионом са аеродрома у Кијеву, где јој је М узео мобилни телефон, као и то да је при слетању на аеродром „Никола Тесла“ у Београду сачакала оптужена ДТ са својом кћерком. Када је питала оптужену где јој је другарица ОН, иста одговорила да је одлетела у Немачку баш пре пола сата, те да ће она наредног дана такође да путује авионом у Немачку. Док је, на аеродрому, оптужена ДТ отишла да купи карту за аутобус, питала је њену кћерку Анастасију како јој се зове мама, на шта је девојчица одговорила ДТ, што јој је било много сумњиво употпуњујући своју сумњу и ситуацијом

у Украини када је ћерка оптужене рекла да се презивају Д, иако јој се оптужена представила као као ОБВ, а томе у прилог иде и чињеница да је М пре њеног полетања из Кијева са оптуженом разговарао ословљавајући је као О, али му је у једном тренутку излетело име Т.

Између осталог оштећена навела и то да је поверовала оптуженој из разлога што је она на њу оставила јак утисак, да је веровала да је истина у оно што говори, а поред тога и она је сама имала веома јаку жељу да ради у иностранству, да заради и помогне својој породици. У суочењу са оптуженом ДТ, оштећена ОИ је у потпуности остала при свом исказу.“

Чињенично стање је потврђено у Пресуди тада Окружног суда у Београду, Посебног одељења 30. септембра 2005. године где су оптужени проглашени кривим и осуђени на казне затвора и то ДМ као организатора криминалне организације на казну затвора у трајању од 8 година, ДВ на казну затвора у трајању од 6 година, ТД на казну затвора у трајању од 4 године и АД на казну затвора у трајању од 3 године. Од олакшавајућих околности, суд је код ДВ и ДТ ценио да су родитељи једног малолетног детета, а оптуженој ДТ да до сада није осуђивана, што је као и олакшавајућу околност ценио на страни оптуженог АД.

Оптуженом ДВ суд је као отежавајућу околност ценио да је осуђиван због кривичног дела крађе када му је изречена условна осуда, те да се према наводима из његове одбране ради о кривичном делу које је извршио као радник МУП-а Републике Србије када је украо оружје од свог колеге. Оптуженом ДМ, као организатору криминалне организације, који је иначе пореклом из Босне и Херцеговине, с ти што је једно време је живео у Италији, па у Београду где је био студент Богословије, суд као олакшавајућу околност ценио околност да он до сада није осуђиван, према евиденцијама Минастарства унутрашњих послова Републике Хрватске, али истовремено не дајући превелики значај тој околности. Убеђење суда је да су овако утврђене и изречене казне затвора оптуженим у свему сразмерне друштвеној опности, тежини учињеног кривичног дела, степену кривичне одговорности сваког од оптужених, те да ће се њима у свему остварити законска сврха изрицања кривичних санкција. С обзиром да је оптужени ДМ, организатор криминалне организације, био у бекству и није био доступан државним органима, судило му се у одсуству.

Поступајући по жалби окривљених Врховни суд у Београду, Посебно одељење је донело пресуду у којој су жалбе окривљених одбијене, а пресуда тада Окружног суда у Београду, Посебног одељење потврђена. ДМ је ухапшен 2007. године и осуђени су издржали или још увек издржавају казну затвора

4. Анализа кривичног дела трговине људима у судској пракси

Наведена студија случаја приказује најпре функционисање организоване криминалне групе, број учесника у њој, њихове улоге, њихову повезаност, као и свест о вршењу кривичних дела организованог криминалитета. Код сваког од чланова криминалне организације је постојала свест да припадају криминалној организацији, ценећи и познанство између оптужених ДБ и АД, с једне стране и њих двојице са оптуженим ДМ организатором криминалне организације и њихови међусобни контакти. ДМ је поред тога што је био организатор криминалне организације, давао налоге и организовао читав рад и био тај који је требао да обезбеди непосредно искоришћавање девојака и њихово пребацивање у Италију. Поступајући на описан начин, сви оптужени су поступали са директним умишљајем.

Затим описује радње извршења кривичног дела трговине људима које су алтернативне постављене и регулисане наведеним чланом Кривичног законика Републике Србије³³, а које су у раду наведене, и то *радња са карактером подстицања и подстрекавања*: врбовање које се огледа у стварању или учвршћивању одлуке код лице и *радња која се односи на транспорт* – превоз и пребацивање људи којима се тргује коришћењем одговарајућег транспортног средства како би се неко лице пребацило са једном места на друго, уз савладавање одређене просторне удаљености и прелазак преко државне границе, што је у случају приказано да је за бирање девојака за врбовање морало да задовољи одређене критеријуме, да девојке потичу из сиромашних породица, да живе у условима беде, да траже посао и праказано како су девојке пребачене из Украине најпре у Србију независно једна од друге, да је једна девојка пребачена возом, а друга авионом, фалсификованим гарантним писмима од стране оптужених који су оштећене по доласку у Београд држали у свом стану. За тај део посла су ДМ и ДВ договорили накнаду у износу од 1 600 еура по девојци. Задатак АД који је добио од органоизатора криминалне организације ДМ је био да контролише девојаке које су ДТ и ДВ пребацили до Београда и потом да ДВ преда договоре новчани износ.

Као што је у раду наведено да је за постојање кривичног дела трговине људима потребно да нека од алтернативних радњи буде остварена неким од алтернативно постављених начина, у приказаној студији случаја се виде *облици превареног поступања* – довођење у заблуду и одржавање у заблуди и *злоупотреба овлашћења или одређених односа или стања*, где је оптужена ДТ злоупотребила тешке економске прилике отежених, имајући у виду да су

33 Кривични законик, *Службени гласник Републике Србије*, број 85/05, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/12, 104/13 и 108/14.

обе младе девојке, које живе у веома сиромашном окружењу, да очигледно никада раније нису напуштале Украину јер нису имале пасоше, да су биле жељне зараде и да путују, довољно неискусне и релативно наивне, да су веровале оптуженој ДТ, која је користила вешто чињеницу да је она сама Украинка, познавајући добро ситуацију Украине, па кроз свој пример наводио добре Украинке у Немачкој, мајке детета, које је све време са њом, код оштећених стварала поверење и илузију неких могућности и прилика које у другој земљи могу упознати и обе оштећене довела у заблуду лажно им приказујући да ће им у Немачкој пронаћи добро плаћени посао.

У студији случаја је такође приказано да су оптужени, односно припадници организоване криминалне групе знали крјњи циљ и то експлоатација оштећених – девојака у смислу вршења уличне проституције у Италији. У томе у прилог иду њихове телефонске комуникације у којима су се око тога договарали, као и чињеница да ду девојке биле оцењиване оценом од 1 до 5, као и сваки део њиховог тела, па су им тако нпр. груди биле оцењене као 4, целокупан изглед као јака 4, итд.

Наведени случај трговине људима је учињен на простору више земаља, али је великим делом учињен на простору Републике Србије, где су и ухапшени учиниоци, те им се из тог разлога судило пред нашим судом.

5. Закључак

Анализирањем трговине људима у кривичном законодавству наше земље и судској пракси указује на сложеност овог феномена, имајући у виду саму организованост криминалних група приликом извршења овог дела, као и мноштво алтернативних радњи које се захтевају да се изврше на неки од алтернативних начина ради постизања крајњег циља. С тим у вези, због своје тежине и међународних размера, ово кривично дело се налази у групи кривичних дела против човечности и других добара заштићени међународном правом и против њега се не може борити класичним инструментима система, који се примењују у борби против класичног криминалитета, већ специјалним и сложенијим начинима, каквим захтевају облици организованог криминалитета.

Република Србија је учинила велики напредак најпре самим увођењем кривичног дела трговине људима у инкриминацију нашег кривичног законодавства и његовом законском одређењу, а потом и новелирањем Кривичног законика које се односило на новије случајеве регулативе овог кривичног дела.

Теорија и пракса су нераскидиво повезани, а у прилог томе говори и чињеница да кривично дело трговине људима у судској пракси захтева своје кривично правно одређење, које је наше законодавство прецизно регулисало, док ће постојање нових случајева трговине људима кроз актуелна практична испољавања и законска решења страних земаља и међународних докумената утицати на правац будућег новелирања Кривичног законика и кривичног дела трговине људима.

Литература

Бошковић, М. (2003). *Облици организованог криминалитета у нашем кривичном законодавству*. Београд: Безбедност, бр. 3.

Ђурђић, В., Јовашевић, Д. (2006). *Кривично право, посебни део*. Београд: Номос.

Ђурђић, В., Јовашевић, Д. (2010). *Кривично право, посебни део*. Београд: Номос

Игњатовић, Ђ. (1998). *Организовани криминалитет*. Београд: Полицијска академија.

Закон о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица. *Службени гласник РС*. Бр. 85 (2005)

Законик о кривичном поступку, *Службени лист СРЈ*, бр. 70/01 и 68/02 и *Службени гласник РС*, бр. 58/04, 85/05, 115/05, 72/09, и 76/10.

Игњатовић, Ђ., Шкулић, М. (2010). *Организовани криминалитет*. Београд: Правни факултет, Центар за издаваштво и информисање.

Јовашевић, Д. (2006). *Кривично право: општи део*. Београд: Номос.

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

Јовашевић, Д. (2012). *Кривично право, општи део*. Ниш: Правни факултет.

Јовашевић, Д. (2014). *Кривично право, посебни део*. Београд: Досије.

Кривични законик. *Службени гласник Републике Србије*. Број 85/05, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009, 121/12, 104/13 и 108/14.

Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима. *Службени гласник РС – Међународни уговори*. Бр. 19 (2009)

Конвенција Уједињених нација против транснационалног организованог криминала. *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*. Бр. 6 (2001)

Конвенција о правима детета. *Службени лист СФРЈ - Међународни уговори*. Бр. 15 (1990)

Лазин, Ђ. (2004). *Правна дефиниција организоавног криминала и њен практични значај*, Београд: Ревиија за криминологију и кривично право.

Лазаревић, Љ. (2006). *Коментар Кривичног законика Републике Србије*. Београд: Савремена администација.

Мијалковић, С. (2005). *Трговина људима*. Београд: Беосинг

Мијалковић, С., Маринковић, Д. (2010). *Криминалистичка методика доказивања кривичног дела трговина људима*. Београд: Безбедност, бр.1.

Оптужница Окружног јавног тужилаштва, Специјалног тужилаштва, КТ. С. Бр. 2/05, Београд, од 6. маја 2005. године.

Протокол за превенцију, сузбијање и кажњавање трговине људским бићима, нарочито женама и децом. *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, Бр. 6. од 27. јуна 2001. године.

Стојановић, З. (2007). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Службени гласник.

Стојановић, З. (2012). *Коментар Кривичног законика*. Београд: Службени гласник.

Стојановић, З. (2010). *Кривично право, општи део*. Београд: Правна књига.

Стојановић, З., Перић О. (2010). *Кривично право, посебни део*. Београд: Правна књига.

Шкулић, М. (2003). *Организовани криминалитет: појам и кривичнопроцесни аспекти*, Београд: Досије.

Gordana Nikolić, Senior Police Inspector
RS Ministry of Interior, Police Department in Nis,
Department of Criminal Police;
PhD student at the Faculty of Law, University of Niš

HUMAN TRAFFICKING IN THE CRIMINAL LEGISLATION AND JUDICIAL PRACTICE

Summary

Organized crime and therefore human trafficking are, on the one hand, relatively recently introduced legislation in our country, and the historical and can not be greatly analyze, on the other hand are such intensity won our region and drew in the pores of our system, to the wide dynamic range of legal definitions and changes that followed, these phenomena can be observed in many different ways. Because of the complexity of the concept and definition of organized crime, the author has analyzed only one form of organized crime - trafficking in human beings, which, because of its great features aspects of the author's observations led to it basic, without which we can not continue to thoroughly analyze, and that criminal legal and practical or realistic, which are really in the court burst and recorded.

Key words: *human trafficking, crime, Criminal Code, the case law.*

КРИВИЧНА ДЈЕЛА ПРОТИВ ЖИВОТНЕ СРЕДИНЕ СА АСПЕКТА НОРМИРАЊА, ОТКРИВАЊА И ДОКАЗИВАЊА ЕКОЛОШКИХ ДЕЛИКАТА НА ВОДАМА*

Апстракт: У раду се анализира нормативно регулисање еколошког криминалитета на ријечним токовима, водама и водоизвориштима, емпиријски елементи сазнања о таквим почињеним еколошким деликтима, као и процесни институти у циљу њиховог доказивања. Указује се на неопходност успостављања мјера за спријечавање, сузбијање и санкционисање еколошког криминалитета путем регулативе кривичноправног и грађанскоправног карактера, при чему су од посебног значаја документи на нивоу међународне заједнице и ЕУ. Откривање еколошких деликата на водама и воденим токовима примјеном криминалистичких метода и правовременим реаговањем на лицу мјеста може спријечити даље загађење, те вандалско и несавјесно понашање појединаца и привредних субјеката којим се штети животној средини и здрављу људи и нарушава екосистем у цјелини. Доказна средства којима се доказује извршење кривичних дјела против животне средине су криминалистичке радње спроведене од стране службених лица и стручњака одређене научне области, којима се доприноси разјашњавању кривичних дјела против животне средине. Треба указати на лица која су одговорна, односно заинтересована за проблематику заштите животне средине, а самим тим превасходно и за заштиту вода.

Кључне ријечи: заштита животне средине, еколошки деликти на водама.

* Рад је био изложен у виду усменог саопштења под истим називом на научној конференцији са темом „Савремене тенденције развоја правних система“ одржаној 13.11.2014.године на Правном факултету Универзитета у Нишу.

1. Увод

Животна средина је скуп природних и створених вриједности чији комплексни међусобни односи чине окружење, односно простор и услове за живот. Овај термин подразумијева природно окружење или природна богатства која чине: ваздух, вода, земљиште, шуме, геолошки ресурси, биљни и животињски свијет. На животну средину дјелује мноштво фактора, пре свега клима, али је у XX веку значајан ефекат окружења које је створио човјек (градови и друга насеља, инфраструктурни, индустријски и други објекти, укључујући и другу баштину). Развој индустрије и технолошки напредак у пољима друштвеног живота омогућава и ствара лагодност модерног живота. На другој страни, како колективно, тако и појединачно људско понашање утиче на цијели екосистем, односно на наше стварно окружење. Самим тим, поред научно-технолошког просперитета који прати модерно доба, прогресира појава еколошких деликата, извршених било са намјером или без ње. Тежња свих треба да буде: смањити еколошке деликте или их по могућности правовремено спријечити, довести њихове починиоце пред лице правде, те на тај начин омогућити безбједан живот и остварити бар минимум заштите природних ресурса (воде, ваздуха и шума) све у циљу доприноса очувања природе на глобалном нивоу.

Заштита животне средине и њено унапријеђење један су од најзначајнијих проблема са којим се суочава савремено друштво. Убрзан научно-технолошки развој, примјена нових и моћнијих извора енергије, изградња великог броја индустријских објеката, стварање великих урбаних средина, довели су нарочито последњих деценија, до израженог нивоа загађености основних природних ресурса живог свијета, до нарушавања хармоније човјек-животно окружење, до веома озбиљног угрожавања природних услова неопходних за очување животне средине, што на послетку доводи у питање и сам опстанак људског рода. Интеракција човјек-животна средина представља основ читавог савременог права заштите животне средине (Лилић, 2005:15). То је нови друштвени однос према животној средини и природним ресурсима са пуном свијешћу постојања одговорности пред будућим генерацијама.

2. Кривичноправна заштита животне средине у Црној Гори

Област кривичноправне регулативе о заштити вода приказана је у Кривичном законнику Републике Црне Горе из 2003. године² у оквиру главе XXV, чиме се ова дјела карактеришу као кривична дјела против животне средине. Ова кривична дјела регулисана су од члана 303 до члана

2 Службени лист РЦГ, 70/03

326 Кривичног законика. Од посебног значаја за заштиту вода могу се издвојити слиједећа кривична дјела: загађење животне средине (члан 303), непредузимање мјера заштите животне средине (члан 304), противправна изградња и стављање у погон објеката и постројења која загађују животну средину (члан 305), оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине (члан 306), оштећење животне средине (члан 307), недозвољено прерађивање, одлагање и складиштење опасних материја (члан 314), повреда права на информисање о стању животне средине (члан 317), загађивање хране, воде за исхрану, односно напајање животиња (члан 322), незаконит риболов (члан 326).

Послиједице ових кривичних дјела могу се изразити као повреда, односно уништење или оштећење животне средине, или се појављује као угрожавање односно проузроковање опасности по животну средину. Послиједице повреде животне средине морају бити доказане, док се за послиједице угрожавања претпоставља да су настале самим чином предузимања радње која је инкриминисана. Појам повреде и угрожавања животне средине треба дефинисати што шире, нарочито када су у питању загађења ријека и други еколошки деликти на водама и водоизвориштима, с обзиром да је круг извора и облика штетних утицаја све шири, почев од природних појава, преко начина живота у насељеним местима, до развоја привредних активности и техничко-технолошких система производње.

3. Грађанскоправна регулатива о заштити вода у Црној Гори

У периоду послије Другог Свјетског рата долази до јачег развоја индустрије. У сливу ријеке Мораче и њене притоке Зете, развијају се неколико највећих градских и индустријских центара у Црној Гори (жељезара у Никшићу, комбинат алуминијума у Подгорици и фабрика целулозе у Беранама). Самим тим долази до јачих загађивања ријека, па је требало створити услове за заштиту животне средине и загађење свести на минимум. У ту сврху, 1995. године донијет је Закон о водама³, који је у том тренутку и касније на савремен начин регулисао ову област.

Нови приступ управљања воденим ресурсима поставља Црној Гори нове захтјеве за измјенама и допунама постојећих институционалних оквира и законских основа. Са тим циљем, 2004. године формирана је Управа за воде која је са ресорним Министарством за водопривреду у протеклом периоду приступила имплементацији циљева европске Оквирне

3 Службени лист РЦГ, 16/95

директиве о водама⁴. Припремљен је и усвојен нови Закон о водама⁵ који је, уз пар измјена и допуна⁶ усаглашен са законодавством Европске уније и ратификованим међународним конвенцијама и декларацијама, а тренутно су актуелне фазе израде подзаконских аката⁷. У примјени је и Закон о финансирању управљања водама⁸.

Анализирајући до сада ситуацију у Црној Гори, може се рећи да је релативно мало учињено на формирању јавне свијести о потреби штедње воде и њене заштите, с обзиром на значај који има, и степен угрожености неадекватним искоришћавањем. Добро осмишљеним активностима могуће је релативно брзо обезбиједити жељене ефекте⁹. Све ово представља будуће задатке Управе за воде као основ њеног дјеловања.

4 Directive of the European Parliament and of the Council 2000/60/EC establishing a framework for Community action in the field of water policy. *Official Journal* PE-CONS 3639/1/00 REV 1

5 *Службени лист РЦГ*, 27/07 од 17. маја 2007.год.

6 *Службени лист РЦГ*, 32/11 од 01. јула 2011.год. и 47/11 од 23. септембра 2011.год.

7 Уредба о класификацији и категоризацији површинских и подземних вода (*Службени лист РЦГ*, 2/07 од 29. октобра 2007.), Одлука о одређивању вода од значаја за Црну Гору (*Службени лист РЦГ*, 9/08 од 8. фебруара 2008., 28/09 од 16. априла 2009. и 31/09 од 5. маја 2009.), Уредба о начину категоризације и категоријама водних објеката и њиховом давању на управљање и одржавање (*Службени лист РЦГ*, 15/08 од 5. марта 2008.), Правилник о начину одређивања гарантованог минимума (*Службени лист РЦГ*, 22/08 од 2. априла 2008.), Уредба о садржају и начину вођења водног информационог система (*Службени лист РЦГ*, 33/08 од 27. маја 2008.), Одлука о одређивању изворишта намјењених за регионално и јавно водоснабдијевање и утврђивању њихових граница (*Службени лист РЦГ*, 36/08 од 10. јуна 2008.), Правилник о квалитету и санитарно-техничким условима за испуштање отпадних вода у реципијент и јавну канализацију, начину и поступку испитивања квалитета отпадних вода, минималном броју испитивања и садржају извјештаја о утврђеном квалитету отпадних вода (*Службени лист РЦГ*, 45/08 од 31. јула 2008., 9/10 од 19. фебруара 2010. и 26/12 од 24. маја 2012.), Уредба о садржају и начину припреме плана управљања водама на водном подручју рјечног слива или на његовом дијелу (*Службени лист РЦГ*, 39/09 од 17. јуна 2009.), Правилник о одређивању и одржавању зона и појасева санитарне заштите изворишта и ограничењима у тим зонама (*Службени лист РЦГ*, 66/09 од 2. октобра 2009.), Правилник о начину и условима мјерења количина отпадних вода које се испуштају у пријемник (*Службени лист РЦГ*, 24/10 од 30. априла 2010.), Правилник о саставу и садржају водне инфраструктуре (*Службени лист РЦГ*, 11/11 од 18. фебруара 2011.), Уредба о начину одређивања граница водног земљишта (*Службени лист РЦГ*, 25/12 од 11. маја 2012.)

8 *Службени лист РЦГ*, 65/08 од 29. октобра 2008.год.

9 Донијето је неколико планова и програма у том смислу, као што су: Програм употребе средстава у водопривреди, средстава за управљање водама, заштиту вода и заштиту од вода за 2012. год., Програм систематског испитивања квантитета и квалитета површинских и подземних вода за 2009.год., Општи план заштите од штетног дејства

4. Међународна универзална документа и еколошка политика ЕУ

Међународна заједница је правилно уочила опасност од различитих облика и видова уништавања и угрожавања животне средине (Birnie, Boyle, 2002:153-168). У том правцу данас је у међународним оквирима постављена јединствена основа “одрживог развоја” животне средине у складу са економским и друштвеним потребама. То је нови друштвени однос према друштвеној средини, простору и природним ресурсима са пуном свијешћу постојања одговорности пред будућим генерацијама (Шундалић, Рајић, 2007:281).

Заштита и унапређење животне средине постају све значајнији приоритет политике Европске уније, са циљевима очувања и побољшања квалитета животне средине ради заштите здравља људи и употребе природних ресурса, те унапређење мјера за постизање тих циљева и рјешавање регионалних и глобалних проблема животне средине (Бјелајац, Дашић, Спасовић, 2011:270).

Римским уговорима из 1958. године није предвиђена надлежност ЕУ за еколошку политику. На еколошке проблеме државе чланице реаговале су на националном нивоу, што као међународни проблем није могло ефикасно ријешавати питања загађења животне средине. Уз то, како су се различите националне мјере и норме о производњи, релевантне за животну средину, све више јављале као препрека за трговину унутар и ван заједничког тржишта, све гласнији је био позив за вођење еколошке политике на нивоу заједнице. Непосредно након прве конференције УН-а о човјековој животној средини, одржаној у јуну 1972. године на самиту Европских заједница одржаном у Паризу, од комисије је затражено да разради акциони програм заштите животне средине (Волф-Нидермајер, 2004:61). Како је угрожавање животне средине појава која има прекограничне ефекте глобалног карактера, међународна заједница се већ дужи низ година бави проблемом унификације мјера и поступака за успостављање праксе у заштити животне средине, у целости као и у њеним одређеним сегментима (Нинковић, 2004:57).

Европски парламент и Савјет Европске Уније су 23. октобра 2000. године усвојили Оквирну директиву о водама - 2000/60/ЕС. Основни циљ директиве је онај који се односи на довођење свих природних вода у “добро стање”, тј. директивом се не захтијева довођење “водених ресурса” у првобитно стање, већ прије свега у одрживо стање. Намјена директиве јесте да успостави оквире за заштиту површинских вода, ушћа ријека

вода, за воде од значаја за Црну Гору за период од 2010. до 2016. године, Оперативни план заштите од штетног дејства вода, за воде од значаја за Црну Гору за 2012. годину, и др.

у море, морских обалских и подземних вода, ради спријечавања даље деградације, заштите и унапређења статуса акватичних екосистема, промовисања одрживог коришћења вода које се базира на дугорочној политици заштите расположивих водених ресурса, прогресивног смањења загађења површинских и подземних вода, смањења ефеката поплава и суша.

5. Основна питања откривања еколошких деликата на ријечним токовима, водама и водоизвориштима

Разјашњавање еколошких деликата на водама и водо-извориштима морају се заснивати на објективно доступним информацијама као и на “златним питањима криминалистике”. Та питања садрже низ аспеката.

Објективно-идентификациони аспект – што се догодило? Најпре треба утврдити да ли је наступило загађење воде (да се оно манифестује на разне начине, нпр. бактериолошка неисправност, замућеност, итд.).¹⁰ Затим, потребно је утврдити да ли се ради о кривичном дјелу, прекршају или привредном преступу, те које су околности погодиле извршењу кривичног дјела и какве су последице извршења.¹¹

Просторни аспект – гдје се догодило? Обично се питамо гдје се налази локалитет или мјесто загађења и што је извор загађења, као и то да ли фактор који проузрокује загађење и даље дјелује (нпр. одливање отпадних вода у близини водоизворишта, или одливање отпадних вода у бунарима).¹²

10 Уочљивост ових деликата на ријечним токовима и извориштима је некада очигледна, а некад може бити уочена само од стране уског круга лица која су специјализована и која располажу одређеном техничком опремом, а такви могу бити научни институти и специјализоване државне институције.

11 Тако на примјер, раскопавањем ријечног корита угрожен је рибљи фонд. У наредном периоду, код великог водостаја долази до плавлјења и разливања воде ван ријечног корита, а самим тим долази до уништења приобалних имања као и поплава на терену и околним кућама. Узроке можемо подијелити на објективне (случај или виша сила) и субјективне (различити степени одговорности појединаца и привредних субјеката). Често у току љетњих мјесеци и у периодима ниског водостаја можемо видјети велико присуство грађевинске механизације у ријечним коритима. Са одобрењем надлежног органа или не, често долази до прекомјерног, па чак и вандалског понашања учинилаца ових деликата. С обзиром да ријеке прати и насељеност од вајкада у ријечним долинама, утицај еколошких деликата веома је изражен.

12 За разлику од проблема загађивања на ријекама које спорадично сријећемо, неријетко или често сријећемо еколошке деликте изведене на водоизвориштима и живим бунарским водама. То су обично сметлишта у близини водоизворишта, коришћење постојећих бунара за потребе канализације и отпадних вода, затрпавање шупом и отпадом канала за одвођење воде.

Временски аспект – када и у које вријеме се догодило? Када су наступиле последице загађења воде и водоизворишта, дали су одмах наступиле штетне последице, колико је трајала загађеност воде, када се почела смањивати загађеност и за колико се може регенерисати биљни и животињски свијет у води? У ком временском периоду је настала недозвољена радња или када је извршено пропуштање, а постојала је обавеза чињења?

Начин извршења – како је дјело извршено? На који начин је дошло до загађења ријеке и ријечног корита, биљног и животињског свијета у њој? Како и зашто се догодило одливање отровних материја у воду? Да ли постоји више начина загађивања вода и водоизворишта? Важно је утврдити и постојање могућности да је деликт извршен од стране појединих субјеката (нпр. испуштање штетних материја од стране разних фабрика и постројења), као и могућност њиховог прикривања деликта.

Инструментални аспект – чиме је дјело извршено? Која врста течности је доспјела у воду, да ли постоји више различитих средстава? Ко је власник средстава која су загађивала воду? Да ли средства која су користили привредни субјекти при обављању производне активности имају потребну пројектну и предвиђену документацију?

Субјективно индентификациони аспект – ко је извршио дјело? Ко је предузео радњу којом је учињен еколошки деликт на води, ријечном кориту или водо-изворишту или ко није извршио радњу а био је дужан да је изврши? Да ли је постојало више извршилаца и у каквим су релацијама и односима, да ли је постојало саучесништво? Постоје ли лица која су учиниоцу помогла или лица која су то прикрила?¹³

Виктимолошки аспект – ко је жртва? Потребно је утврдити да ли је деликт непосредно проузроковао жртве, односно тровање људи водом или се ради о животињама које су угинуле, о уништењу рибљег фонда. С тим у вези треба утврдити каква су оштећења настала код људи услед тровања, које последице су се одразиле на биљни и животињски свијет. Колика је штета настала у биљном и животињском свијету, каква је материјална и нематеријална штета претрпљена, да ли се и колико се штета може надокнадити? Да ли ће у будућности долазити до проузроковања штетних и смртних последица?

Мотивационо узрочни аспект – зашто је дјело учињено? Треба одговорити на питање, зашто је наступило загађење воде, или пак разарање ријеке и ријечног корита, који су томе непосредни, а који посредни узроци, који

¹³ Учиниоци ових кривичних дјела спадају у групу веома перфидних делинквената и често су повезани путем корупције, теже максимизирању својих профита не марећи за веће еколошке поремећаје и околно становништво које трпи последице тих деликата.

је мотив дјеловао на учиниоца, што је био повод? Који облик виности је постојао код учиниоца и да ли је било намјере?¹⁴ Потребно је утврдити да ли је последије загађења вода и водоизворишта као и нарушавања природе ријечног корита извршено санирање последица које су настале, зашто се каснило са санирањем ако је такав случај, те утврдити разлоге таквог понашања. Такође, треба утврдити предузимањем којих мјера би дошло до спријечавања будућих загађења.

6. Доказивање еколошких деликата

Распрострањеност извора и облика угрожавања природне околине, као и разноврсност мотива за чињење таквих аката условљава примјену разноврсних кривичноправних и криминалистичких инструмената који би требало да дефинишу и уреде питања из области заштите животне средине, али и откривања и доказивања почињених еколошких деликата. Повећање броја еколошких деликата, њихових узрока, појавних облика и последица, захтева унапријеђење и усавршавање метода и техника за откривање починилаца ових дјела.

Било који државни орган који прими пријаву о кривичном дјелу дужан је предузети хитне мјере и радње у циљу обезбјеђења лица мјеста догађаја и предузимања првих мјера на лицу мјеста. Прије свега, мисли се на излазак надлежних органа (тужилац, полиција, вјештак одређене струке) на лице мјеста ради предузимања увиђајних радњи. Благовременим изласком на лице мјеста догађаја предузеће се увиђајне мјере и радње које имају задатак да обезбједе и пронађу, фиксирају трагове и предмете кривичног дјела, што ће послужити ефикасном вођењу истраге, а касније и цјелокупном доказном поступку (Алексић, Шкулић, 2010:65).

Специфичност вршења увиђаја код еколошких кривичних дјела је посебно у проблемима даљег загађивања, чак и опасности по здравље самих чланова увиђајне екипе. Због тога је потребно предузети мјере заштите свих учесника, али и мјере за спријечавање даљег ширења загађења односно уништавања заштићеног добра. По сазнању за догађај неопходно је одмах изићи на лице мјеста, ради констатације стања, чињеница и организације вршења увиђаја.

Редовна доказна средства за утврђивање извршења ових деликата су: увид у документацију, увиђај, реконструкција, саслушање окривљеног, саслушање свједока, вјештачење.

14 Обично ови деликти врше се са намјером, немаром или лакомислености њихових извршилаца.

6.1. Увид у документацију

Остваривање увида у документацију треба извршити хитро, јер се на тај начин омогућава уочавање значајних информација које су везане за технолошке процесе, што нас може усмјерити при испитивању осумњичених и саслушању свједока, омогућити боље спровођење увиђаја и реконструкције. Прегледом се обухватају пројектна документација, одобрење за рад, документи о исправности појединих постројења, извјештаји о хаваријама које су се догађале, радни задаци и организација у предузећу, дневници рада дежурних инжињера, записници инспекцијских органа о неправилностима у технолошком процесу, посебно они из делокруга еколошке заштите који су састављани током ранијих контрола. Важно је провјерити спискове и евиденције запослених који су радили у одређеним смјенама да би се проширио круг потенцијалних осумњичених лица или свједока који су присуствовали или видјели нешто значајно што може користити току даље процедуре.

Увидом у документацију, можемо уочити да опрема коју посједује одређени привредни субјекат није адекватна, нема одговарајуће филтере за пречишћавање разних материја које би могле доћи у додир са водом¹⁵ или се помоћу техничке документације може доћи до закључка да ти уређаји нијесу адекватно кориштени због незнања и непознавања прописа од стране субјеката који раде на тим уређајима и постројењима.

6.2. Увиђај

Увиђај на лицу мјеста се предузима да би се испитали прикупљени докази или разјасниле чињенице које су важне за кривични поступак. Ријеч је о комплексној истражној радњи са веома сложеним криминалистичким садржајима. Најкраће речено, то је рад на мјесту кривичног дјела, односно непосредно опажање увиђајног органа, као и одређени послови изван мјеста кривичног дјела (увиђај над лицима и стварима), док се појмовно увиђај може проширити и на неке пратеће (али од увиђаја неодвојиве) радње, као што су осигурање мјеста кривичног догађаја, те поступање са предметима и траговима пронађеним на мјесту кривичног догађаја. Увиђајним радњама се омогућава да се на мјесту догађаја прикупе значајне информације. Ово се мора предузети веома брзо од тренутка сазнања када је дошло до еколошког деликта. Брзом акцијом, односно дјеловањем, онемогућавају се извршиоци и лица која прикривају трагове на терену, да

¹⁵ Може се нпр. десити да базени у којима се складиште отпадне воде немају адекватне филтере за испуст отпадних вода или немају одговарајуће фолије као заштиту за даље продирање ових материја у земљу.

не би дошло до промјене затеченог стања и уништавања доказа (Водинелић, 1979:458).

Мјесто загађења некад може да се налази у ширем подручју а некад на ужем, нпр. код испуштања веће количине отровних материја у воду од стране појединаца и привредних субјеката. Брзина ширења токсичних материја има врло значајн утицај на загађење воде, водо-изворишта, као и тровање биљног и животињског свијета. Екипа за увиђај мора бити добро обучена, увјежбана и да посједује већи број стручних лица. Обично се ови деликти на водама дешавају на отвореним просторима, али се могу десити и у затвореним просторима, ако је дошло до загађења у каптажама воде, покривеним водо-извориштима итд. Увиђаји у затвореним просторима се врше према посебним правилима криминалистичке тактике.

Преглед отвореног простора се врши на три начина: од центра (средишта) догађаја ка периферији, по секторима на које се дијели увиђајна локација, од периферије ка центру. Под центром догађаја сматрамо извор загађења воде (доток штетних материја у воду, мјесто одакле потичу, превртање цистијерни у ријечним коритима, цурење опасних материја из железничких вагона, као и мјесто вађења прекомјерних количина пијеска из ријечних корита). Доласком на лице мјеста прво треба открити центар догађаја од ког све потиче. Визуелно се опажа, а затим се утврђује сам догађај и природа његовог настанка. Касније се врши преглед мјеста од центра ка периферији и обим ширење, односно проширивање загађености воде, колика је површина захваћена, да ли је вода текућа. Утврђује се да ли постоји више извора загађења, односно да ли у једном подручју продире више врста отровних материја, да ли је на више мјеста у неком ширем подручју извршено прекомјерно извлачење пијеска, а самим тим замућивање воде, затрпавање и заробљавање у рибљег фонда мањим површинама. Можда је неизвјесно гдје се налазе извори загађења, па је потребно започети увиђај од спољашњости ка центру. Када је захваћен већи дио ријечног тока, онда ће се примијенити фронтални начин увиђаја, код кога преглед вршимо према подијељеним секторима. Сваки сегмент се детаљно прочешљава. Извршит ће се преглед свих уређаја, машина и инструмената затечених на терену, а у записнику се констатује њихова исправност. Потребно је извршити скицирање, фотографисање и снимање ради биљежења тачаних положаја.

6.3. Реконструкција

Реконструкција има ограничен значај при разјашњавању еколошких деликата на водама и водо-извориштима, будући да се никад не

може извршити понављање оваквог кривичног дјела у потпуности. Реконструкцијом се могу испитати поједини дјелови еколошког криминалитета и тиме разјаснити неке сумњиве чињенице настале током увиђаја. Могу се утврдити поједини дјелови узрочно-последичног ланца настанка загађења воде и водо-изворишта приликом испуштања штетних материја привредних субјеката у току процеса производње. Такође се може провјерити исправности и функционалности одређених постројења. Најчешће се у том случају може утврдити исправност уређаја и постројења на водоизвориштима као и исправност уређаја који врше пречишћавање штетних материја код фабричких постројења која могу бити узрок загађења воде и водоизворишта. Такође се, на примјер, може утврдити да ли је интерни телевизијски мониторинг био исправан, те да ли је угао снимања могао да покрије дато мјесто и омогући да лица задужена за праћење ситуације на вријеме стигну до хаварисаног постројења.

Реконструкцијом се врши и провјера изјава датих од стране појединих лица, попут свједока и учесника догађаја, као и опажања одређеног броја лица која су требала да предузму радњу или се уздрже од њеног чињења. Изјаве учесника о самом догађају узимају се појединачно, са објашњењем како је су лично видјели сам случај загађења воде, шта су предузели, а шта су морали предузети да би спријечили даље загађење. Потребно је утврдити да ли су наведена лица могла на вријеме да отклоне хаварију која је проузроковала загађење воде, да ли су могли нешто да чују или виде и на било који начин спријече одливање отровних материја у воду.

6.4. Саслушање осумњиченог

Саслушање осумњиченог за којег постоје основи сумње или је основана сумња да је извршио еколошко кривично дјело, одвија се у складу са криминалистичким правилима, али и уз одређене специфичности које произилазе из посебних обиљежја еколошког криминалитета. Делинквенти еколошког криминалитета своја дјела врше најчешће плански и прикривено јер имају потпору и подршку политичких моћника, нарочито “локалних моћника” који своју дјелатност правдају вишим интересима. Осумњичени на сваки начин покушавају да негирају извршење еколошких деликата, сматрају да се могу позвати на еколошке прописе, односно на објективну немогућност да се испоштују еколошки стандарди, или на “више интересе” у обављању друштвено корисних делатности, затим, одговорност пребацују на другог, првенствено на своје подређене уместо на налогодавце.

С обзиром да постоји велики број прописа који се односе на животну средину, неопходно је да службено лице које испитује осумњиченог пажљиво проучи законске и подзаконске акте који регулишу ову област. Такође је потребно извршити провјеру интерних прописа загађивача, те да се прије почетка самог испитивања, анализирањем њиховог садржаја уочи да ли они одступају у односу на прописе који су *lex generalis* (законски и подзаконски прописи). Основ саслушања лежи у темељној припреми оперативаца (органа унутрашњих послова) или истражног судије. У стицању предзнања помажу нам увид у документацију и ангажовање стручњака уже специјалности који су експерти из дате области и непристрасни професионалци.

6.5. Саслушање свједока

За саслушање свједока еколошких деликата важе општа криминалистичка правила. Процес саслушања свједока који је повезан са осумњиченим по неком основу важи као у случају саслушања осумњиченог. Потребно је познавање прописа и технолошких особености загађивача воде уз потребу да се проучи улога свједока у процесу рада или његове радне дужности на мјесту које заузима у хијерархији, јер се тиме може уочити да ли он неког прикрива у овом деликту, или се плаши сопствене одговорности. Ово је неопходно ради квалитетнијег и савјесног саслушања свједока, не само у погледу одређивања круга питања која ће се свједоку постављати, већ и због могућности да свједок својим исказом не обрати пажњу на суштинска питања.

6.6. Вјештачење

Обично када се врши вјештачење на водама, водоизвориштима, као и ријечним коритима, већ у раним фазама ангажују се стручна лица. Због добитка у времену, најчешће се истиче значај ситуационог вјештачења, које се врши непосредно по завршетку увиђаја или током самог увиђаја, па се тиме увијек добија на брзини и онемогућавају се сви фактори који би прикрили, уништили или оштетили доказе, с обзиром да се сви трагови одмах анализирају у покретној лабораторији на самом мјесту догађаја или у непосредној близини. Ипак, како захтијева сложене техничке системе, ова врста вјештачења не врши се често.

Приликом разјашњавања и откривања еколошког деликта на водама и водоизвориштима, могу се обавити различита вјештачења. Уколико је дошло до смрти људи или ако је дошло до наступања последица по здравље људи, врши се судско-медицинско вјештачење. Ветеринарско

вјештачење се врши уколико је дошло до тровања животиња или последица које су наступиле по животиње. Ботаничким вјештачењем се испитују последице које су наступиле услед загађења биљног свијета на површини воде, под водом и које се налазе у непосредној близини воде. Биолошким и микробиолошким вјештачењем се испитује загађеност воде, распрострањеност загађења и штетан утицај материја које су нађене у води као и њихова последица која ће се јавити у будућности. Технолошке експертизе испитују технолошко-производни процес и његов утицај на околину, чиме се откривају субјекти који нијесу правовремено реаговали, врши се испитивање филтера на уређајима и контрола отпадних вода у базенима, као и контрола пропусности из базена у земљиште и њихов евентуални додир са водом. Обично се за вјештачење на машинама и постројењима у фабрикама ангажују стручњаци из следећих области: машински инжињери, инжињери електротехнике, рударства, статичари, геолози, итд. Ова сазнања нас упућују да ли је постојала техничка неисправност уређаја или њихово неправилно коришћење, да ли је извршено пропуштање радње од стране лица са намјером или без ње.

7. Институције које су одговорне за заштиту и унапријеђење животне средине у Црној Гори

У оквиру државних структура издвајају се надлежни органи и службе за поступање у случајевима извршења деликата еколошког криминалитета. *Органи унутрашњих послова* преваходно су надлежни у превенцији и репресији и у овој области, иако се дуго сматрало да полиција нема конкретне надлежности, нити потребе да се бави овим деликтима. Међутим у савременом амбијенту гдје кроз еколошка кривична дјела неријетко наступају и веома тешко последице, по својој свеукупној надлежности, капацитету организације и оперативног присуства на терену полиција је све одговорнија за репресију, превенцију и документовање кривичних дјела из ове области. *Инспекцијске службе* су веома бројни и ефикасни државни механизми заштите животне средине, а њихов преваходни задатак је контрола и надзор, али и изрицање прописаних казни и других санкција. Посебно је значајно истаћи улогу инспекцијских служби у континуираном праћењу стања на терену, те благовременом реаговању на иницијалне радње делинквената. *Органи правосуђа* су битни органи у оквиру откривања, гоњена и пресуђивања кривичних дјела еколошког криминалитета. Ефикасном истрагом кривичних дјела, а посебно законским инсистирањем на споровођењу потпуне и непристрасне истраге, те доношењем законитих и квалитетних пресуда, постиже се генерална превенција у овој области.

У Црној Гори постоји више институција које се баве проблематиком еколошких деликата на водама: Управа за воде¹⁶, Агенција за заштиту животне средине¹⁷, невладине организације¹⁸. Поред Управе за воде, активно дјеловање преузима Агенција за заштиту животне средине, која је основана 2008. године. Циљеви Агенције су заштита и унапријеђење животне средине у Црној Гори, вршење одговорне имплементације закона и прописа из области заштите животне средине, пружање поузданих и правовремених информација јавности, националним и међународним органима и организацијама о стању животне средине у Црној Гори. Агенција је 2009. године преузела надлежности од тадашњег Министарства туризма и заштите животне средине. Агенција има широк спектар овлашћења из области заштите животне средине и врши стручне и са њима повезане управне послове: мониторинг животне средине, израду анализа и извјештаја, издавање дозвола, инспекцијске послове, контакт са јавношћу и друге послове утврђене законом о животној средини. Активно учешће има и низ невладиних организација које итекако могу дати велики допринос сузбијању еколошког криминалитета.

Треба нагласити да све наведено представља тек почетак и покушај очувања водених ресурса, па међусобним дјеловањем ових институција и организација временом се очекује допринос смањењу наношења штете водама. С друге стране, кроз едукацију и социјализацију појединаца у друштву, треба јасно рећи „не“ уништитељима природе и воде као једног од најзначајнијих природних ресурса.

8. Закључак

Наглашавање потребе за успостављањем кривичне одговорности у случајевима озбиљног загађења животне средине засновано је на процјенама да је угрожавање природних екосистема кривичним дјелима све распрострањенији проблем који проузрокује очиту штету животној средини на глобалном нивоу. Зато се већ дуже вријеме воде расправе које указују на неопходност успостављања мјера за спријечавање, сузбијање и санкционисање еколошког криминалитета, јер се број радњи којима се природа угрожава и деградира вишеструко увећао. Сузбијање еколошких деликата представља изазов за све земље на националном и наднационалном нивоу, јер утицај недозвољених активности које се могу одредити као дјела из домена еколошког криминалитета, превазилази

16 www.upravazavode.gov.me

17 www.epa.org.me

18 www.greenhome.co.me , www.mgreens.co.me , www.reciklirajte.me , ect.

границу угрожавања саме животне средине и доводи до проблема ширег друштвеног и економског карактера.

Само лице мјеста догађаја, које је извор најважнијих материјалних доказа, треба хитно лоцирати, јер примјеном криминалистичких метода и правовременим реаговањем на лицу мјеста можемо доћи до жељеног циља, а то је обезбијеђење мјеста од даљег загађења, спријечавање вандалског и несавјесног понашања појединаца и привредних субјеката, онемогућавање профитера да својим чињењем или нечињењем нарушавају екосистем у цјелини. Пажљиво спроведеним криминалистичким радњама доприносимо доказивању и разјашњавању ових кривичних дјела која се често изводе перфидно са намјером или прикривено, у циљу постизања што већег профита.

Човјек је својим активностима у циљу унапријеђења услова живота и рада нарушио еколошку равнотежу, односно узајамну и хармоничну повезаност и зависност која је владала у живом свијету. Угрожавајући природно окружење, људи су истовремено довели у питању и угрожавање интегритета сопственог опстанка. Препознајући животну средину као добро од општег интереса, нарочито у последње вријеме долази до изражаја развој еколошке свијести и потреба уређивања интегралног система заштите животне средине, којим би се обезбједило остваривање права чојека на живот и развој у здравој животној средини и уједно уравнотежен однос привредног напретка и животне средине у глобалним размјерама. Развој еколошке свијести потенцира схватање да човјек својим радњама не смије довести до прекида процеса у природи уређујући је према својим потребама, нити до поремећаја функционисања равнотеже која од памтивијека постоји између живих бића и животне средине. Еколошка свијест представља образац живота којим се поштује и усклађује са природним законима кружења материје, трошења енергије и обнављања живота, при чему подстиче да се од природе узима само онолико колико је потребно за обезбјеђивање основних људских потреба. Стога је на свакој генерацији одговорност за преношење лекција о перспективи свијета и очувању природног окружења будућим генерацијама.

Литература

Алексић, Ж., Шкулић, М. (2007). *Криминалистика*. Београд: Правни факултет
 Birnie, P.W., Boyle, A. (2002). *International Law and the Environment*, Oxford UK: Oxford University Press

Бјелајац, Ж.Ђ., Дашић, Д., Спасовић М. (2011). Еколошка политика ЕУ и њен кривично правни оквир. *Међународни проблеми*. (Вол.63, br. 4) 567-582

Водинелић, В. (1979) *Ново схватање увиђаја у кривично-процесној науци и криминалистици*. Загреб: Наша законитост

Волф-Нидермајер, А. (2004). Еколошка политика. У *Европа од А до Ш – приручник за европску интеграцију* (стр.61-62). Београд: Konrad Adenauer Stiftung

Лилић С. (2005). Заштита животне средине, локална самоуправа и локална Агенда 21. *Lex forum – часопис за питање владавине права и демократије*, Удружење Правници за демократију (LawDem). 15-16

Нинковић, М. (2004). *Заштита животне средине и еколошке парнице у САД*. Београд: Досије

Шундалић, А., Павић, Ж. (2007). Еколошка свијест младих: између одрживог развоја и техноцентризма. *Социјална екологија: часопис за еколошку мисао и социологијска истраживања околине* (Вол. 16. Но. 4.). 279-296

Mijomir Perović, LL.B.

PhD student

Faculty of Law, University of Niš

***Crimes Against the Environment from the Aspect of Regulation,
Detection and Proving of Environmentally-Related Offenses on Waters***

Summary

The importance of the environment, particularly in terms of the quality of consuming water, requires a development of environmental awareness and arranging the integrated environmental protection system, which ensures the realization of human rights to live and develop in a healthy environment and also the balance between economic progress and environmental protection in the global scale. It is a global challenge to modern society, due to the pronounced level of pollution of basic natural resources of the wildlife.

It is important to achieve a complete environmental protection from the environmental offenses, as for the criminal responsibility of the perpetrators of these crimes, and also in terms of water protection from the aspect of civil liability for damage caused. All local regulations should be harmonized with international and European standards.

By committing offenses of environmental pollution in terms of aquatic ecosystems there are many problems that occur for detecting and proving perpetration of these criminal acts, but also for prevention further consequences of committing such pollution. It is necessary to comply with the steps in criminal tactics for disclosure these offenses and their offenders, also to properly and timely implement all the methods of detection and proving offenses by the relevant authorities and agencies, in cooperation with experts and citizens, institutions and medias. The ratio that public has towards the environment as a source of life should become a common sphere of interest for authorities, relevant services and citizens, through the legal and practical actions in order to fight for a healthy environment.

Keywords: *environmental protection, environmental water crimes*

Данијела Тошић¹,
Студент докторских студија права
Секретар у Предшколској
установи „Лане“ Дољевац

UDK:343.55-055.2(497.5)

ЗАКОНОДАВНО-ПРАВНА РЕГУЛАТИВА НАСИЉА У ПОРОДИЦИ У ХРВАТСКОЈ (И ДРУГИХ ОБЛИКА НАСИЉА НАД ЖЕНАМА)

Апстракт: У раду ће бити анализирано питање законодавно-правне регулативе насиља у породици у Хрватској. Наиме, Хрватска је насиље у породици, до доношења новог закона, третирала двојачко, као кривично дело и као прекршај. Овакво регулисање изазивало је бројне недоумице у пракси, што је био један од разлога да се овај вид насиља дефинише само једним законом, прекршајним законом. Избацујући дело насиља у породици из Кривичног закона, стекао се утисак да је Хрватска умањила значај овог проблема, стављајући јавности до знања да насиље у породици није тако озбиљан проблем да би његов учинилац био кривично гоњен. У другом делу рада биће анализирани и други облици насиља над женама, с освртом на околности које судови оцењују приликом изрицања казни. На крају ће бити дата анализа неких карактеристика насиља у породици до којих се дошло истраживањима.

Кључне речи: насиље у породици, Кривични закон, Прекршајни закон, олакшавајуће и отежавајуће околности, Закон о заштити од насиља у обитељи.

1. Увод

Насиље над женама, проблем је који постоји, не само у нашој земљи већ и у свим осталим земљама света, укључујући ту и Хрватску као једну од бивших чланица СФРЈ². Према подацима Министарства унутрашњих послова Хрватске утврђено је да је у 64-71% пријављених случајева жртва

1 nela985@yahoo.com

2 Самосталност и сувереност Хрватска је прогласила 25.06.1991.године

насиља у породици жена, док је у 75-80% случајева насилничког понашања у породици жртва такође жена. Насиље у породици и сексуално насиље су врсте насиља у којима су жене жртве у више од 90% случајева, због чега се ови облици насилничког понашања квалификују и као родно засновано насиље.³ Код ових дела присутна је у великој мери тамна бројка криминалитета. Процењује се да на један пријављен случај насиља у породици, долази 10 непријављених случајева, док на једно пријављено силовање долази 15-20 непријављених случајева силовања.⁴

Разлози непријављивања дела су различити, почев од страха од починитеља, дугих судских поступака и ниских казни, до неповерења у државне институције, страха да ће жртве бити окривљене и чињенице да су учиниоци ових дела познате или блиске особе.

Насиље у породици директно је повезано са друштвеном конструкцијом рода, а она је таква да мушкарци заузимају позицију моћи, а жене подређену улогу, због чега насиље заправо представља манифестацију неједнаких односа моћи. (Класнић, 2011: 338) Ородњена моћ је једно од места на коме се примењују модалитети моћи, нпр. на тржишту рада жене (посебно мајке) нису у равноправном положају са мушкарцима. Уколико се моћ објашњава преко модалитета моћи и места моћи, онда је ово јасније. Модалитети моћи представљају различите облике у којима се моћ може изразити, док су места моћи друштвени простори и локације на којима се она може изразити, као што је у конкретном случају на тржишту рада. (Класнић, 2011: 338)

Насиље у породици није предвиђено као посебно кривично дело у Хрватској, али је пружена посебна заштита члановима породице код неких кривичних дела. Тешко убиство постоји уколико учинилац убије члана породице кога је претходно злостављао. Код дела телесне повреде предвиђен је тежи облик уколико је дело учињено према члану породице или према особи посебно рањивој због њеног доба, теже телесне или душевне сметње, инвалидитета или трудноће. Такође, и код тешке телесне повреде и особито тешке телесне повреде, пружа се заштита истим лицима као и код претходног дела и предвиђа тежа казна. Код кривичног дела присиле, које постоји када се неко силом или озбиљном претњом присили да нешто учини, не учини или трпи, предвиђа се да се за ово дело гони по приватној тужби, осим ако је учињено из мржње, према детету, особи са инвалидитетом, или члану породице.

3 <http://www.sigurnomjesto.hr/rad-na-prevenciji-i-suzbijanju-nasilja/statistika/> 16.06.2014.

4 Ibid.

2. Насиље у породици као кривично дело или прекршај

Устав у Хрватској, као и законски акти који регулишу положај жене у свему су усклађени са међународним повељама и осигуравају висок степен уставно-законске заштите женских права.⁵

Заштита од насиља у породици у Хрватској обезбеђена је Законом о заштити од насиља у обитељи, Казненим законом, Обитељским законом, Прекршајним законом, Националном стратегијом заштите од насиља у обитељи, Протоколом о поступању у случају обитељског насиља, Протоколом о поступању у случају насиља међу дјецом и младима.

08.10.1991.године у Хрватској је ступила на снагу Конвенција о укидању свих облика дискриминације жена. Конвенцијом су женама призната, између осталих, и права на: живот, једнакост, слободу и сигурност, једнаку заштиту пред законом, поштеђеност и заштиту од свих облика дискриминације, највиши могући стандарди физичког и менталног здравља, праведни и повољни услови рада, право да не буду изложене мучењу или другим окрутним, нехуманим или понижавајућим поступцима и казнама. (Класнић, 2011: 339)

2002.године усвојена су у канадском Монтреалу Монтреалска начела економских, социјалних и културних права жена, која нешто шире и прецизније дефинишу права жена и која између осталог укључују право на адекватан животни стандард, право на највиши оствариви стандард менталног и физичког здравља током целог живота, укључујући репродуктивно и сексуално здравље и слободу, једнако право на наслеђивање и власништво над земљом и имовином, право на социјалну сигурност, социјалну заштиту, социјално осигурање и социјалне институције, право на образовање и оспособљавање, право на слободу при избору занимања као и праведне и повољније радне услове, праведне плате, једнаке новчане награде, заштиту од сексуалног узнемиравања и сексуалне дискриминације на радном месту, право на заштиту од економске експлоатације, право на чисту и здраву средину и низ других права. (Класнић, 2011: 340)

И поред тога што насиље у породици представља родно засновано насиље, у извештају који је Женска мрежа Хрватске дала 2006.године наводи се да се насиље у породици и даље третира као резултат ПТСП, алкохолизма, поремећаја личности, а не као структурално условљено понашање повезано с осталим облицима дискриминације жена. (Класнић, 2011: 340)

5 <http://www.pdfio.net/preview/3374146.html> преузето 06.07.2014.

Насиље у породици дефинише се и као „скуп понашања чији је циљ контрола над члановима обитељске заједнице употребом силе, застрашивања и манипулисања, док се као најчешће жртве насиља у породици наводе деца, жене, старије особе и особе с инвалидитетом“. (Колесарић, 2011 :10)

1999.године ступањем на снагу Обитељског закона⁶ насиље у породици било је предвиђено по први пут као самостално кажњиво дело. Члан 118. овог закона предвиђао је да је у породици забрањено насилничко понашање брачног друга или било ког пунолетног члана породице. У случају кршења овог члана насилник ће се казнити за прекршај казном затвора у трајању од 30 дана.

2000.године изменама и допунама Казненог закона у члану 215.а уведено је кривично дело насилничког понашања у породици. Дело чини члан породице који насиљем, злостављањем или особито дрским понашањем доведе другог члана породице у понижавајући положај. Предвиђена је казна затвора од шест месеци до пет година.

Потом је 2003.године донет Закон о заштити од насиља у обитељи. Оваква регулатива насиља у породици изазивала је велике проблеме у пракси (Мартиновић, 5-8), пре свега јер су разлике у дефиницији између прекршаја и кривичног дела биле остављене суду на процени што је угрожавало правну сигурност, а при том, разлика у казнама за прекршај и кривично дело није била мала (по Закону о заштити од обитељи до 90 дана, по Казненом закону од шест месеци до пет година).

Зато је 2013.године у Хрватској на снагу ступио нови Казнени закон. По овом закону кривично дело из члана 215.а старог Казненог закона је избачено, тако да насиље у породици више не представља кривично дело, већ прекршај.

Хрватска је 2003.године донела Закон о заштити од насиља у обитељи којим је насиље у породици дефинисала као прекршај и предвидела покретање прекршајног поступка и изрицање прекршајних казни и заштитних мера учиниоцу.

Према хрватском Закону о заштити од насиља у обитељи⁷, насиље у породици се дефинише као:

- свака примена физичке силе или психичке присиле на интегритет особе,
- свако друго поступање једног члана породице које може проузроковати или изазвати опасност да ће проузроковати физичку и психичку бол,

⁶ Народне новине. Број 162/98

⁷ Закон о заштити од насиља у обитељи, број 01-081-03-2623/2 2003.године

- проузроковање осећаја страха или личне угрожености или повреде достојанства,
- физички напад без обзира да ли је наступила телесна повреда или не,
- вербални напади, вређање, псовање, називање погрдним називима и други начини грубог узнемиравања,
- полно узнемиравање,
- ухођење и сви други начини узнемиравања,
- противправна изолација или ограничавање слободе кретања или комуницирања с трећим особама,
- оштећење или уништење имовине или покушај да се то учини.

Међутим, питања која се постављају код овакве дефиниције насиља у породици и за која се верује да ће изазвати дилеме у пракси су: да ли ће се сваки физички напад, без обзира на то да ли је наступила телесна повреда или не, сматрати насиљем (нпр. шамар), да ли ће се сваки вербални напад, псовање, називање погрдним именима третирати као насиље и да ли оваква понашања могу заиста да узрокују повреду достојанства и да значе насиље у породици? Такође, да ли ће и свако оштећење имовине, као што је разбијање комада посуђа бити третирано као насиље. И даље је проблем начин доказивања ових радњи у поступку.⁸

Економско насиље законом је предвиђено као вид насиља у породици и потребно га је разликовати од економске зависности жене од насилног партнера. Наиме, насиље подразумева понашања којима насилник ограничава и контролише женине економске ресурсе, док економска зависност представља ситуацију у којој жена због недостатка економских ресурса није у стању да задовољи властите потребе због чега често остаје у вези са насилником. (Класнић, 2011: 336) Она је приморана да бира између насиља и сиромаштва.

Као чланови породице којима се пружа заштита овим законом наводе се жена и мушкарац у браку, њихова заједничка деца те деца сваког од њих, – жена и мушкарац у изванбрачној заједници, деца сваког од њих и њихова заједничка деца, – сродници по крви у равној лози без ограничења, – сродници по крви у побочној лози закључно с трећим степеном, – сродници по тазбини закључно с другим степеном у брачној и изванбрачној заједници, – особе које имају заједничку децу, – скрбник и штићеник, – удомитељ, корисник смештаја у удомитељској обитељи и чланови њихових обитељи док такав однос траје.

⁸ <http://hrcak.srce.hr/file/47622> преузето 28.06.2014.

Прекршајноправне санкције за заштиту од насиља предвиђене овим законом су новчана казна и казна затвора, као и заштитне мере. Заштитне мере које суд може изрећи лицу које врши насиље су:

- *обавезни психосоцијални третман* (изриче се ради отклањања насилничког понашања или ако постоји опасност поновног насиља; траје све до престанка разлога због кога је одређена, али не дуже од шест месеци),
- *забрана приближавања жртви насиља* (изриче се особи која је починила насиље у породици ако постоји опасност да би поново могла починити насиље у породици; трајање ове мере не може бити краће од месец дана ни дуже од једне године,
- *забрана узнемиравања или ухођења особе изложене насиљу* (изриче се особи која је насиље починила узнемиравањем или ухођењем, а постоји опасност да би поново могла узнемиравати или уводити чланове породице; изриче се у трајању од месец дана до годину дана),
- *удаљење из стана, куће или неког другог стамбеног простора* (може се изрећи особи која је починила насиље према члану породице с којим живи у стану, кући или неком другом стамбеном простору, ако постоји опасност да би без спровођења ове мере починитељ могао поново починити насиље; изриче се у трајању од једног до три месеца),
- *осигурање заштите особе изложене насиљу* (изриче се особи изложеној насиљу ради њене физичке заштите и ради узимања личних исправа, одеће, новца и других ствари које су јој нужне у свакодневном животу из куће, стана или другог стамбеног простора; што се тиче трајања оно је одређено временским трајањем извршења судског налога),
- *обавезно лечење од зависности* (може се изрећи особи која је починила насиље у породици под одлучујућим деловањем зависности од алкохола или опојних дрога кад постоји опасност да ће због те зависности поново починити насиље; изриче се у трајању од једног месеца до две године),
- *одузимање предмета који је намењен или употребљен у чињењу прекршаја* (изриче се када постоји опасност да ће се одређени предмет поново употребити за чињење насиља или ради заштите опште сигурности или из моралних разлога).

Суд може изрећи заштитне мере на захтев особе изложене насиљу у породици, полиције или по службеној дужности. Мере, на предлог особе изложене насиљу или овлашћеног тужиоца могу се применити и пре покретања прекршајног поступка али уз претходну сагласност

жртве, при чему суд одлуку мора донети најкасније у року од 24 сата од подношења предлога. Особа којој су изречене заштитне мере, истих се мора придржавати. У супротном, чини прекршај за који је предвиђена новчана казна или казна затвора од најмање 40 дана.

Један од недостатака предвиђених заштитних мера је што се само четири мере (забрана приближавања жртви насиља, забрана узнемиравања или ухођења особе изложене насиљу, удаљење из стана, куће или неког другог стамбеног простора и одузимање предмета који је намењен или употребљен у чињењу прекршаја) могу изрећи пре покретања прекршајног поступка, али само уколико је живот особе изложене насиљу и других чланова породице у озбиљној опасности. При том, решење о изрицању ове мере у року од три дана од његовог доношења биће стављено ван снаге уколико не буде поднет захтев за покретање прекршајног поступка (чл.17 Закона). Према Анализи стања права дјете и жена у Хрватској (Уницеф, 2011: 35) утврђено је да је у периоду од 2005. до 2009.године полиција судијама предложила изрицање 4101 заштитне мере забране приближавања жртви, док је суд донео решење за свега 1269 мера. Слична је ситуација и са осталим мерама, где је број изречених мера много мањи у односу на број мера које су предложене. Оваква пракса судова на штету је жртве и не доприноси сигурности жртве чак и када пријави насиље.

Прекршајни закон Хрватске⁹ предвиђа могућност изрицања мера опреза. Сврха њиховог изрицања је успешно спровођење поступка и обезбеђење присутности окривљеног лица за време трајања поступка. Као мере опреза наводе се: забрана напуштања боравишта без дозволе суда, забрана посећивања одређеног места или подручја, забрана приближавања одређеној особи и забрана успостављања или одржавања везе с одређеном особом, забрана предузимања одређене пословне активности, привремено одузимање путне и друге исправе за прелаз државне границе са забраном, привремено одузимање возачке дозволе за управљање возилом или дозволе за управљање пловилом, зракопловом или другим превозним средством. Овим мерама не може се ограничити право окривљеног на властити стан, право на несметане везе с укућанима, брачним, ванбрачним или бившим брачним другом, с децом сваког од њих, родитељима, усвојеником, усвојоцем и особом с којом има заједничку децу, с истополним партнером с којим живи у животној заједници и с бившим истополним партнером с којим је живео у животној заједници, осим ако се поступак води због прекршаја повезаних с насиљем у породици. На тај начин пружена је заштита члану породице који је жртва насиља. Као једна од мера опреза која би могла бити уведена наводи се мера којом

9 НН 107/07, 39/13, 157/13

би се починитељу онемогућило да без пратње полиције уђе у стан како би узео ствари потребне за живот. (Врачан, 2009: 204)

Мере опреза могу се изрећи током целог поступка и могу трајати док за то постоји потреба, а најдуже до правоснажности одлуке о прекршају, при чему ће суд свака два месеца по службеној дужности испитивати да ли постоји потреба за мерама. Право да изрекну ове мере, законодавац је дао и полицији и инспекцијским телима државне управе. Потребно је да постоји вероватноћа да је прекршај учињен, а могу се изрећи наредбом у трајању од осам дана. У том временском периоду полиција или инспекцијски орган могу да поднесу оптужни предлог с предлогом суду за продужење мере, у супротном мера престаје. Мера престаје и уколико суд о захтеву не одлучи у року од три дана. У случају када је окривљенику у току трајања поступка или пре тога изречена мера опреза која одговара заштитној мери, време трајања мере опреза урачунава се у време трајања примењене заштитне мере.

Према Закону о казненем поступку учиниоцу се може изрећи и мера опреза (забрана приближавања одређеној особи и забрана успостављања или одржавања везе с одређеном особом).

Казненим законом¹⁰ предвиђено је изрицање мере удаљења из заједничког кућанства, која се изриче учиниоцу кривичног дела насиља према особи с којом живи у заједничком домаћинству ако постоји висок степен опасности да би без спровођења ове мере починитељ могао поново починити насиље према члану заједничког домаћинства. Ова мера може се изрећи уз новчану казну или казну затвора и изриче се у трајању од три месеца до три године.

Закон такође предвиђа могућност изрицања мере забране приближавања, која се, између осталих, може изрећи починиоцу кривичног дела против полне слободе, полног злостављања или искоришћавања детета када постоји опасност да би учинилац могао поново починити кривично дело. Мера се изриче у трајању од једне до пет година.

3. Други облици насиља над женама и законодавно-правна заштита жена

Поред насиља у породици којим се пружа заштита најпре женама, а потом и свим осталим лицима која се могу јавити у улози жртве, законодавство Хрватске инкриминише и друга дела у којима се најчешће као жртве појављују жене.

10 НН 125/11

Казнени закон Хрватске познаје кривично дело сакаћења женских полних органа (чл.116), сврстано у групу кривичних дела против живота и тела. Ово дело састоји се у потпуном или делимичном уклањању или трајној промени полног органа, а предвиђена је казна затвора од шест месеци до пет година. Такође, подстицање женске особе или помоћ при извршењу основног облика дела кажњава се затвором до три године. Тежи облик зависи од побуде учиниоца и постојаће уколико је основни облик дела извршен из мржње према детету или члану породице, за шта је предвиђена казна од једне до осам година затвора.

Повреда равноправности у Хрватској такође представља кривично дело које постоји у случају када учинилац на основу разлике у раси, етничкој припадности, боји коже, полу, језику, вери, политичком или другом уверењу, националном или социјалном пореклу, имовини, рођењу, образовању, друштвеном положају, брачном или породичном статусу, добу, здравственом стању, инвалидитету, генетском наслеђу, родном идентитету, изражавању, полном опредељењу или другим особинама ускрати, ограничи или услови другоме право на стицање добара или примање услуга, право на обављање делатности, право на запошљавање и напредовање, или ко на темељу те разлике или припадности даје другоме повластице или погодности. Казна предвиђена за ово дело је затвор до три године. Ова казна предвиђена је и за оне који прогоне појединце или организације због њиховог залагања за равноправност људи.

Злостављање на раду је кривично дело, за које је прописана казна затвора до две године, док се за ово дело не гони по службеној дужности већ по предлогу оштећеног.

Силовање је предвиђено као кривично дело. Дефинише се као сполни одношај са другом особом без њеног пристанка уз употребу силе или претње да ће изравно напасти на живот или тело силоване или друге особе. Предвиђена је казна од једне до десет година. Сматра се да пристанак постоји, ако је особа својом вољом, одлучила ступити у сполни одношај или с њиме изједначену сполну радњу и била је способна донети и изразити такву одлуку. Таквог пристанка нема, нарочито ако је сполни одношај или с њиме изједначена сполна радња извршена уз употребу силе или претње, преваре, злоупотребом положаја према особи која се према починитељу налази у односу зависности, искориштавањем стања особе због којег она није била способна изразити своје одбијање, или над особом којој је противправно одузета слобода. Уколико је учинилац био у отклоњивој заблуди у погледу постојања пристанка, предвиђена је казна од шест месеци до пет година. Силовање је предвиђено као родно неутрално

кривично дело, што значи да се у улози жртве или учиниоца могу наћи лица оба пола.

Сила код овог дела мора бити усмерена према особи, а не према стварима и између примене силе и полног односа мора постојати краћи временски размак. У супротном, мора се доказивати постојање узрочне везе између примене силе и полног односа. Претња представља сваку радњу којом се жртви наговештава напад на њен живот или тело, тј. на живот или тело њој блиске особе. Мора бити озбиљна, односно „објективно погодна да код жртве изазове страх за њен живот или телесни интегритет односно за живот или телесни интегритет њој блиске особе.“ (Радачић, 2012: 109) Претња одузимањем слободе, уништењем ствари, откривањем нечега што би могло нашкодити части или угледу жртве или њој блиске особе, није од значаја за постојање кривичног дела силовања, већ кривичног дела присиле на сполни одношај.

И Хрватска је у својој пракси често испитивала отпор жртве, захтевајући да он буде јак, озбиљан и сталан, иако се у самом бићу кривичног дела не тражи постојање отпора. Тако је у једној пресуди суд навео да „не постоји релевантна сила јер отпор жртве није био довољно озбиљан и трајан, упркос томе што је одгуравала окривљеника и вербално се противила одношају и није била довољано устрајна у отпору“. (Радачић, 2012: 112)

Накнадни пристајак искључује противправност дела. Приликом одмеравања казне судије су често као олакшавајуће околности којима је жртва „допринела“ извршењу дела наводили, претходни полни живот жртве, бављење жртве проституцијом, начин на који је жртва одевена и где се налазила у време извршења дела, доба дана, да ли се жртва пре насилног полног односа љубила с починитељем, да ли добровољно отишла на место где је силовање извршено, прељубу жртве, разочарање прекидом везе. (Радачић, 2012: 114) Као отежавајућа околност наводи се да жртва није дала повода починитељу за силовање.

Као олакшавајуће околности у односу на учиниоца суд је разматрао очинство, брак, слабо имовно стање, незапосленост, лоше здравље, добро понашање током поступка, протек времена од почињеног дела, проблематично детињство, старије доба, опроштај жртве, кајање, учешће у рату, љубомору, друштвени статус учиниоца (директор предузећа), док је као отежавајуће околности разматрао претходу осуду, трајност, упорност, бруталност, бахатост, комбиновану употребу силе и претње, одузимање слободе, вишеструки полни однос, тешке последице дела, незаконит боравак у земљи, склоност чињењу кривичних дела, начин на који је дело учињено, брак са жртвом. (Радачић, 2012: 116)

Када је сполни одношај без пристанка извршен према члану породице, то представља тешко кривично дело против полне слободе, за које је предвиђена казна затвора од једне до десет година.

Уколико је силовање извршено према члану породице предвиђена је казна затвора од три до петнаест година. На тај начин, у Хрватској је криминализовано силовање у браку.

Да родне предрасуде о насиљу постоје и у хрватском праву, може се видети у постојању тзв. „доприноса“ жртве силовању. Из тог разлога судови не би требали испитивати претходни сексуални живот жртве. Такође би требало ограничити унакрсно испитивање, а подстицати употребу права жртве на правну и психолошку помоћ, као и користити вештачење о синдрому трауме силовања. (Радачић, 2012: 123-124)

Присила на склапање брака предвиђена је као кривично дело против брака и породице и као учинилац се јавља онај ко присили другу особу на склапање брака, за шта је предвиђена казна затвора од шест месеци до пет година. Затвор од три године предвиђен је у случају да учинилац намамљује особу у другу државу од оне у којој она пребива да би је тамо присилио на склапање брака.

Трговина људима, која је у Хрватској предвиђена као кривично дело, представља такође облик родно заснованог насиља, будући да је према доступним подацима утврђено да 85% жртава чине жене и девојке.

4. Стање у Хрватској

Према једном истраживању које је у спроведено у Хрватској, а које је испитивало сексуалну делинквенцију у Хрватској у десетогодишњем периоду (2000-2010), полазећи од општепознате чињенице да је код ових дела висока тамна бројка криминалитета, сексуално насиље се објашњава концептом „ледене стене“ или „пирамиде“. При том, врх „пирамиде“ чине пријављена дела, потом следе подаци до којих се различитим истраживањима, док основу „пирамиде“ чине дела која нису никада пријављена и за која се није сазнало. (Мамула, 2011: 9)

Најчешће пријављена кривична дела су блудне радње (34%), затим силовање (15%), задовољавање појуде пред дететом или малолетном особом 14% и полни однос са дететом 10%.

86% жртава сексуалног насиља чине жене. Код кривичног дела силовања од 92% до 98% жртава су жене. Старост жртве је од 19 до 30 године. Као

починитељи сексуалног насиља у 96% случајева јављају се мушкарци, старости 19-29 година.

Поражавајућа чињеница код ових дела јесте да се на основу спроведених истраживања може закључити да „што је облик насиља тежи, то је у већој мери починитељ блиска или жртви позната особа“. (Мамула, 2011: 21)

Према једном истраживању спроведеном у средњим школама Хрватске дошло се до запањујућег податка да скоро половина девојака (40%) сматра да је сасвим нормално да дечко реагује ударцем, плуском или погрдним речима уколико она нпр. погледа другог мушкарца, док је 65% анкетираних признало да је већ било суочено с неким обликом насиља у вези. (Колесарић, 2011 : 13)

Према истраживању насиља у породици у периоду од 2007 до 2010 године (Државни завод за статистику, 2012) утврђено је да је од укупног броја пријављених случајева насилничког понашања у породици њих 93,1 гоњено прекршајно, а 6,9% кривично. Такође је утврђено да је у 83,2% случајева починилац мушкарац, а у преосталих 16,8% жена, што опет потврђује тврдњу да је насиље у породици родно засновано насиље. Најчешће изрицана мера (72,2%) починиоцу јесте мера лечења од зависности, што значи да је велики број насилника у време извршења дела био под утицајем алкохола или дроге.

Подаци овог истраживања показали су да се смањује број особа које се пријављују због кривичног дела насиља у породици, а повећава број пријављених особа због насиља у породици као прекршаја. Због постојања значајне разлике у казни за прекршај и кривично дело, може се слободно поставити питање шта је био узрок смањења броја кривичних дела насиља у породици? Јер, самим тим што дело квалификујемо као прекршај, а не као кривично дело, делу се даје мањи друштвени значај, насилнику се изриче мања казна и на тај начин поново угрожава сигурност жртве.

У погледу старости као најчешћи починиоци јављају се мушкарци старости од 40 до 49 година (27,1%), затим 30 до 39 година (21,1%). Нешто је мање мушкараца старости од 50 до 59 година (20,6), док је млађих од 18 до 29 – 9,5%, а старијих од 60 година 11,8%. (Државни завод за статистику, 2012)

52,8 % починиоца у време извршења дела било је у браку, 24,6% је било неожењених/неудатих, а 20,4% разведених. Удоваца/удовица било је 1,1%. У погледу школске спреме утврђено је да је 54,2% починиоца са завршеном средњом школом, а 36,1% са завршеном основном школом. Што се тиче занимања 32,2% починилаца су занатлије, особа које не обављају занимање је 27,1%. Особа без занимања је 23,3%, док је највиших стручњака (професори,

научници, лекари, инжењери, пословно организациони стручњаци и др) 7,4%. (Државни завод за статистику, 2012)

Највећем броју лица која су починила насиље као прекршај изречена је новчана казна 50,8%, затим казна затвора 41,8%. У 6,8% случајева изречена је опомена, док су у преосталим случајевима починиоци ослобођени казне. Починиоцима ових дела изрицане су и заштитне мере, у циљу пружања заштите жртви насиља. Најчешће је изрицана мера обавезног психосоцијалног третмана у 71,6% случајева, затим мера забране приближавања жртви насиља 11,8% и мера одузимања предмета 8,3%.

Код насиља у породици као кривичног дела најчешће је изрицана условна казна затвора у 83,1% случајева (мере упозорења), док је безусловна казна затвора изречена у 16,5% случајева.

Када су у питању сигурносне мере, најчешће је изрицана мера обавезног лечења од зависности (78,4%), затим мера обавезног психијатријског лечења (17,0%) и мера одузимања предмета (4,6%).

Свака трећа особа била је раније осуђивана, тако да се јавља као рецидивист, код насиља као кривичног дела, док је код насиља као прекршаја свака осма особа рецидивист. (Државни завод за статистику, 2012)

Истраживањем је такође потврђено да се као ризична група за појаву насилничког понашања јављају деца која одрастају уз насиље и младе особе које су били сведоци насиљу у породици. (Државни завод за статистику, 2012)

5. Закључак

Чињеница је да и поред тога што је данашње друштво савремено, демократско и што признаје готово сва права свима, још увек није у стању да се ослободи предрасуда када је у питању насиље у породици. Велики је број људи који и даље породицу посматрају као приватну сферу друштва до те мере, да и дешавања у њој не би требало да интересују било кога другог. Често и законодавци, можда и несвесно, законима које доносе, шаљу сличну поруку становништву. У данашњим временима декриминализовање насиља у породици и његово изједначавање са прекршајем, не може да друштву пошаље другачију поруку осим да држава на тај начин показује одређен степен толеранције на овај вид кршења људских права, што је поражавајућа и забрањивајућа чињеница.

Литература

Анализа стања права дјеце и жена у Хрватској, (2011) Загреб: Уницеф,

Врачан, С. (2009), Процесноправне мјере против починитеља обитељског насиља, *Хрватски лјетопис за казнено право и праксу*, Вол.16, број 1/2009, Хрватско удужење за казнене знаности и праксу, Загреб

Закон о заштити од насиља у обитељи, *Народне новине*. број 01-081-03-2623/2 2003.

Класнић К. (2011), Економско насиље над женама у интимним везама у хрватском друштву – концептуалне претпоставке, *Социјална екологија* Загреб, Вол.20, 2011, Но.3,

Казнени закон, *Народне новине*. Бр. 125/11

Колесарић Д. (2011), *Митови и чињенице о насиљу у обитељи*, С.О.С телефон Вировитица,

Мамула М. (2011), *Сексуално насиље у Хрватској 2000-2010*, Женска соба, Загреб, 2011.

Државни завод за статистику Републике Хрватске (2012). Насиље у обитељи: правни оквир и појавни облици 2007. – 2010.,

Прекршајни закон Хрватске, *Народне новине*. Бр. 107/07, 39/13, 157/13

Обитељски закон, *Народне новине*. Број 162/98

Радачић И., Казнено дјело силовања: питања дефиниције, (не)одговорности за отклоњиву заблуду о пристанку и постојање родних стереотипа у судском поступку на примјеру праксе Жупанијског суда у Загребу, *Хрватски лјетопис за казнено право и праксу*, Загреб, вол.19, број 1/2012

Интернет извори

<http://www.sigurnomjesto.hr/rad-na-prevenciji-i-suzbijanju-nasilja/statistika/> преузето 16.06.2014.

<http://hrcak.srce.hr/file/47622> преузето 28.06.2014.

Мартиновић Игор, Казненоправни аспекти обитељског насиља, Правни факултет свеучилишта у Ријеци, http://www.academia.edu/5784528/Kaznenopravni_aspekti_obiteljskog_nasilja преузето 05.07.2014.

Превазилажење родних стереотипа у основном образовању, <http://www.pdfio.net/preview/3374146.html> преузето 06.07.2014.

Danijela Tošić,
student of doctoral studies
Faculty of Law, University of Nis

**LEGISLATIVE AND REGULATORY OF DOMESTIC VIOLENCE IN
CROATIA (and other forms of violence against women)**

Summary

Croatian domestic violence as a criminal offense for the first time predicted in 1999. However in 2003 the Law on Protection from Domestic Violence created dilemmas in practice, since this law is now qualified domestic violence as a misdemeanor. Will the work be qualified as a criminal offense or as an offense is left to the courts to decide. Based on the results of the research can be seen that a much larger number of offenses was qualified as an offense, as the Perpetrators suit against a relatively mild penalties for domestic violence. That is why in 2013 the Criminal Code ejected domestic violence as a crime and only legislation of this kind of work as a misdemeanor. In this way, the state has reduced the significance of the work, believing that the danger is not so great that it requires the prosecution and punishment of offenders.

In addition to domestic violence is the most common form of violation of human rights, in the Croatian legislation, there are other works that provide protection to women as victims. Rape is defined in law as a gender-neutral offense and such offense in which the victim may appear as a woman and married. However, the problem that arises in practice is related to the prejudices which judges have towards women, so it is still her early love life is examined, as well as her behavior that she "gives rise to" a man to behave violently towards her, appreciating at this these circumstances as aggravating.

According to research conducted in Croatia, it was found that almost half of girls (40%) believe that there are cases where violence is justified. The most common perpetrators of violence occur in middle-aged men from 40 to 49, but a large number of abusers aged 30 to 39 years. Half of the perpetrators was married during the commission of the offense. In terms of occupation and education as the most common perpetrators appear craftsmen and persons with secondary education. In half of the cases with domestic violence as a misdemeanor, the offender was fined, while the domestic violence as a criminal offense in 83.1% of cases received a suspended prison sentence.

Keywords: *Domestic violence, Criminal law, Misdemeanor law, The mitigating and aggravating circumstances, The Law on Protection from Domestic Violence.*

ПРИНЦИП НЕУТРАЛНОСТИ УПРАВЕ ЦИЉНОГ ДРУШТВА У ПРАВУ ПРЕУЗИМАЊА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ²

Апстракт: У првом делу рада аутор анализира правни оквир преузимања у Републици Србији, будући да унутар тог оквира треба тражити решења која се тичу положаја органа циљног друштва у поступку преузимања. Њега чини велики број прописа, различите правне снаге и нивоа обавезности. Међу њима се, као најзначајнији, издваја Закон о преузимању акционарских друштава³ који представља први законски текст који је у целини уредио ову материју. Из тих разлога, аутор у другом делу рада разматра домен примене Закона о преузимању акционарских друштава у регулисању овлашћења органа циљног друштва да се бране од непријатељског преузимања. Како је Закон о преузимању у том погледу препознао положај управе циљног друштва као кључни проблем (због чега је једино њен положај и регулисао), усвајајући принцип неутралности управе (принцип акционарског одлучивања), у средишњем делу рада аутор анализира карактеристике усвојеног принципа и даје преглед основних празнина и проблематичних законских решења у његовом уређивању. Напошетку, рад се завршава истицањем разлога оправданости, али и критичком анализом режима преузимања успостављеног Законом о преузимању, као и оценом да ли усвојени режим доприноси развоју финансијског тржишта и привреде наше земље.

Кључне речи: управа циљног друштва, принцип неутралности, Закон о преузимању акционарских друштава.

1 marija.dragicevic2@gmail.com

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

3 Закон о преузимању акционарских друштава, *Сл. гласник РС*, 44/06, 107/09, 99/11

1. Увод

Преузимањем акционарских друштава битно се мења положај акционара циљног друштва (набоље или нагоре) и околности које су постојале у тренутку када су стекли акције. Стога је посебно значајно укључити управу циљног друштва у поступак преузимања и дати јој извесна овлашћења у циљу одбране од преузимања и заштите акционара у поступку преузимања. Основна дилема законодавца сваке земље приликом регулисања положаја управе циљног друштва у поступку преузимања је да ли да прописима отежа (одабирајући принцип вета управе који означава слободу управе циљног друштва да за време трајања поступка преузимања предузима мере одбране) или да олакша (одабирајући принцип неутралности управе који се састоји у увођењу забране управи циљног друштва да за време трајања поступка преузимања предузима мере одбране) преузимање акционарских друштава. Одабир модела уређења положаја управе у поступку преузимања, не значи само одређивање њене улоге у овом поступку. Напротив, он са собом носи и низ других опредељења, а пре свега опредељење развоја или ограничавања тржишта корпоративне контроле. Ако се зна да један модел (модел заснован на принципу неутралности управе) значи отварање тржишта корпоративне контроле, а други (модел заснован на принципу слободног одлучивања (вета) управе) његово затварање, постаје јасно да оптирање за одређени модел прећутно означава и однос према преузимању уопште (Радовић, 2008: 75-76).

Правна регулатива положаја управе циљног друштва налази се у домену правно-политичке одлуке законодавца и одсликава, пре свега, стање и традицију привреде сваке конкретне земље (Барош, 2008: 152). Тако, анализа упоредних решења показује да САД традиционално прихватају принцип вета управе, стављајући јој на располагању широку палету мера одбране и потпуну слободу у избору тренутка њихове примене. С друге стране, Велика Британија је од почетка своје историје уређивања преузимања заузела јасан став око употребе мера одбране и овлашћења управе циљног друштва у том погледу, а то је принцип неутралности управе. Између њих се развила посебна немачка верзија овлашћења управе у поступку преузимања.

Доношењем Закона о преузимању акционарских друштава 2006. године (даље у тексту: Закон о преузимању) Србија се сврстала у ред земаља које у погледу уређења положаја управе циљног друштва у поступку преузимања прихватају принцип неутралности управе. На припремање и доношење нашег Закона о преузимању велики утицај је имала Директива

ЕУ о јавним понудама за преузимање⁴ (у даљем тексту Директива ЕУ о преузимању), тако да је прихватањем решења Директиве Србија наставила процес приближавања правном систему Европске уније. Ипак, имајући у виду решења из упоредног права и праксе, као и стање привреде наше земље не може се рећи да су решења Закона о преузимању без празнина и недостатака. Иако је законодавац учинио значајан напредак у односу на раније стање регулативе у овој области, он није довео до потпуног и ваљаног система регулисања ове области. У Закону постоје одређена нејасна и противречна решења која нису у складу са потребама српске привреде и развоја тржишта капитала (Срећковић, Ковачевић: 2010, 22). Зато ће акценат бити стављен управо на таква решења, тј. на основне пропусте у Закону, а посебно ће бити размотрено питање оправданости и критике прихваћеног начела строге неутралности управе циљног друштва.

2. Правни оквир преузимања у Републици Србији

У Републици Србији се могу разликовати два периода правног уређења преузимања акционарских друштава. Први период је важио до доношења Закона о преузимању акционарских друштава 2006. године, а други је почео да важи након његовог доношења.

Период до 2006. – До 2006. године, тј. до доношења новог Закона, у Србији је преузимање било регулисано нормама садржаним у два законска текста. Први закон који је донекле регулисао преузимање био је Закон о предузећима из 1996. године⁵. Овај компанијски закон уређивао је само основна питања преузимања акционарских друштава по основу добровољне понуде преузимаоца (нпр. објављивање понуде, садржина, обавештење о намери, накнадна сагласност савезног органа, принудан откуп акција од несагласних акционара, принудна продаја акција преузимаоцу). Други закон који је детаљније регулисао ову материју био је Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената из 2002. године⁶. Овај закон је системски уређивао преузимање већим бројем одредби (чл. 67-83), па се може рећи да је њиме први пут код нас успостављен правни оквир за преузимање акционарских друштава. Међутим, поред тога што систем

4 *Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids*, Official Journal L 142, 30/04/2004 P.0012-0023. Преузето 15. 01. 2014. <http://eur-lex-europa.eu/LexUriSer/LexUriServ.do?uri>

5 Закон о предузећима, *Сл. лист СРЈ*, 29/96

6 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, *Сл. лист СРЈ*, 65/02

регулисања успостављен Законом о тржишту хартија од вредности није био потпуно заокружен и што је Закон имао бројне празнине и пропусте⁷, он није регулисао ни свој однос са Законом о предузећима који је тада био на снази. Зато се појавила дилема да ли Закон о тржишту хартија од вредности уређује само обавезну понуду за преузимање или и добровољну, јер би у том случају Закон о тржишту хартија од вредности дерогирао одредбе Закона о предузећима које се односе на добровољну понуду. Један од највећих пропуста законодавца је био тај што је у исто време када је Закон о тржишту хартија од вредности ступио на снагу у Србији процес приватизације већ увелико започео. Проблем је био у томе што су Законом о приватизацији⁸ изузети од обавезе истицања понуде за преузимање само купци који акције стичу у емисији од субјекта приватизације, тј. од предузећа са државним или друштвеним капиталом. Акције које нису на тај начин продате у приватизацији, по сили закона прешле су на Акцијски фонд. Међутим, купци акција од Акцијског фонда, као акционара (а не издаваоца), нису Законом изузети од обавезе истицања понуде за преузимање (тј. од обавезе куповине акција по истој цени) и осталим акционарима предузећа у приватизацији (Јовановић, 2004: 84-101).

Од 2002. године преузимање друштава капитала постаје све чешће у привредној пракси Србије, те се све више почињу испољавати недостаци законског уређења ове материје. Проблем се заоштрава чињеницом да већина земаља у нашем окружењу постепено доноси специјалне законе о преузимању акционарских друштава. Такође, страни инвеститори полазе од начина регулисања преузимања у њиховим земљама и сукобљавају се са нашим, пре свега неконзистентним, режимом. Најзад, индиректан притисак је, у том периоду, био створен и од Европске уније, јер је ово питање регулисано 2004. године на нивоу ЕУ, посебном директивом, названом Тринаеста директива ЕУ о јавним понудама за преузимање. Како Закон о привредним друштвима⁹ који је, у међувремену, донет 2004. године није регулисао ову материју, постало је јасно да законодавац мора донети посебан закон који регулише поступак преузимања на једнообразан начин (Бесаровић, 2008: 276-277).

7 Празнине су се налазиле како у материји пре истицања понуде тако и у фазама истицања, трајања и прихватања понуде. Закон није садржао ни одредбе које су се тичале појединих врста понуде – делимична, условна, алтернативна, конкурентска. Исто тако Закон о тржишту хартија од вредности није регулисао ни начела преузимања (Јовановић, 2004: 84-101).

8 Закон о приватизацији, *Сл. гласник РС*, 38/01, 18/03, 45/05, 123/07, 123/07 – др. закон и 30/10 – др. закон, 93/12, 119/12, 51/14

9 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 125/04

Период после 2006. године. - Доношење Закона о преузимању акционарких друштава 2006. године означило је нову фазу у развоју института преузимања у Републици Србији. Ово је први законски текст који заокружује материју преузимања у целости. Основни циљ законодавца биле су тежње да се оствари равноправност акционара, пре свега мањинских, да се оствари транспарентност процеса преузимања уз одговарајућу супервизију, као и повећање конкурентности на тржишту капитала (Срећковић, Ковачевић, 2010: 7).

Закон о преузимању је ставио ван снаге одредбе Закона о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената од 2002. године (чл. 67-83), који је до његовог ступања на снагу регулисао ову материју. Непосредно после тога је цео Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената замењен новим Законом о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената од 2006. године.¹⁰ Овај закон је престао да важи даном почетка примене Закона о тржишту капитала који је усвојен 2011. године.¹¹ У међувремену, и сам Закон о преузимању је претрпео две измене: Законом о изменама и допунама Закона о преузимању од 2009. и 2011. године¹².

Закон о преузимању није једини правни акт који садржи сва неопходна правила која уређују положај управе циљног друштва у поступку преузимања. Поред наведеног закона, за овај институт релевантни су и многи други правни прописи, различите правне снаге и нивоа правне обавезности. Међу њима се издвајају: Закон о привредним друштвима¹³, Закон о заштити конкуренције¹⁴, Закон о раду¹⁵, Кодекс корпоративног управљања Привредне коморе Србије, Општи акти Београдске берзе (Правила пословања и Правилник о листингу и котацији) итд. Овим, али и бројним другим, правним прописима створен је један регулаторни оквир унутар кога треба тражити конкретна решења која се тичу овлашћења органа циљног друштва да у поступку преузимања предузима мере одбране.

У складу са предметом истраживања, у наставку рада биће разматране само одредбе Закона о преузимању, као главног извора права за ову област,

10 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, *Сл. гласник РС*, 47/06

11 Закон о тржишту капитала, *Сл. гласник РС*, 31/11

12 Закон о изменама и допунама Закона о преузимању, *Сл. гласник РС*, 107/09, 99/11

13 Закон о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 36/11, 99/11

14 Закон о заштити конкуренције, *Сл. гласник РС*, 51/09, 95/13

15 Закон о раду, *Сл. гласник РС*, 24/05, 61/05, 54/09, 32/13

и то оне које регулишу овлашћења управе циљног друштва да се брани од непријатељског преузимања.

3. Регулатива Закона о преузимању акционарских друштава РС

Закон о преузимању акционарских друштава је у регулисању мера одбране свој домен примене сузио двојако: *прво*, он не регулише овлашћења скупштине циљног друштва да усваја мере одбране од преузимања, већ прописује само радње које не могу бити предузете **од стране управе циљног друштва** без претходне сагласности скупштине; и *друго*, овај Закон се примењује искључиво на мере одбране које управа циљног друштва усвоја **за време трајања поступка преузимања**. То значи да је Закон о преузимању усвојио принцип акционарског одлучивања по коме је надлежност за усвајање мера одбране током трајања поступка преузимања у искључивој надлежности скупштине акционара. Акционари могу преузимати мере одбране од преузимања у сваком тренутку, без обзира да ли је понуда за преузимање упућена или није. У Србији не постоји један правни пропис нити нека начелна правила која би регулисала мере које је скупштина надлежна да предузме како би спречила преузимање друштва. Закон о преузимању не ограничава скупштину да их усваја, а оцену да ли су дозвољене треба потражити у оном пропису који регулише институт који представља основу те мере одбране (Радовић, 2008: 194,196). Нпр. уколико жели да примени правило о класификованој управи и продужењу трајања мандата чланова управе као потенцијалној мери одбране, скупштина мора утврдити да ли је тај институт дозвољен одредбама Закона о привредним друштвима.

Дакле, и наш законодавац је препознао положај управе циљног друштва, тј. њено овлашћење да предузима мере одбране од преузимања као главни проблем због чега је њега једино и регулисао. Управа може усвајати мере одбране од преузимања до тренутка упућивања понуде за преузимања и након тога, па се разликују претходне и накнадне мере одбране. Тренутак кад је друштву упућена понуда за преузимање је кључни, јер се обим овлашћења управе значајно разликује у зависности од тога да ли је меру предузела до тог тренутка или након њега, као што се разликују и правни извори који се примењују. Дакле, **Закон о преузимању** једино одговара на питање које мере одбране управа циљног друштва може предузимати **након покретања поступка преузимања**. То значи да се на мере одбране управе усвојене **пре покретања поступка** преузимања примењују **општа правила компанијског права**. Када усвајају одређену меру одбране чланови управе заправо доносе једну пословну одлуку.

Зато су приликом њеног доношења дужни да поштују све дужности које су им Законом о привредним друштвима (као лицима која имају посебне дужности према друштву) наметнуте: дужност пажње, дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, дужност избегавања сукоба интереса, дужност чувања пословне тајне, дужност поштовања забране конкуренције.¹⁶ Чини се да је од свих дужности, дужност пажње најзначајније начелно ограничење чланова управе циљног друштва да предузима претходне мере одбране (Радовић, 2008: 197). Ова дужност обухвата обавезу чланова управе да у том својству обављају своје послове савесно, са пажњом доброг привредника, и у разумном уверењу да делују **у најбољем интересу друштва**. Под пажњом доброг привредника, према Закону о привредним друштвима, подразумева се степен пажње са којом би поступало разумно пажљиво лице које је поседовало знање, вештине и искуство које би се основано могло очекивати за обављање те дужности у друштву. Ако лице стекне одређена специфична знања, вештине или искуство приликом оцене степена пажње узмеће се у обзир и та знања, вештине и искуство. Члан управе, као и остала лица која имају посебне дужности према друштву, може своје поступање заснивати на информацијама и мишљењима лица стручних за одговарајућу област, за које разумно верује да су у том случају савесно поступала. Ако докаже да је приликом доношења пословне одлуке поступао на наведени начин, члан управе није одговоран за штету која би из таквог поступања могла да настане за друштво.¹⁷

4. Принцип неутралности према Закону о преузимању акционарских друштава

Закон о преузимању акционарских друштава увео је у правни систем Републике Србије принцип неутралности управе циљног друштва (принцип акционарског одлучивања). Тиме је поступао као и највећи број законодаваца широм света, који сматрају да је за акционаре циљног друштва, али и за само циљно друштво, најбоље решење да се за време трајања поступка преузимања управи одузме право да предузима мере одбране или да се она у томе знатно ограничи. Јавна понуда за преузимање акционарског друштва упућује се акционарима циљног друштва, па је природно да успех или неуспех понуде зависи искључиво од њих. Осим тога, успешно окончани поступак преузимање може изазвати значајне последице и на положај чланова управе, који могу бити лишени бројних

¹⁶ Чл. 63-76. Закона о привредним друштвима

¹⁷ Чл. 63. Закона о привредним друштвима

позиција, па и разрешени, због чега ће они приликом доношења одлуке бити мотивисани и заштитом своје позиције. Принцип неутралности управе овај сукоб интереса чланова управе и друштва једноставно решава тако што члановима управе одузима овлашћење да се супротстављају преузимању усвајањем мера одбране. Међутим, иако наш законодавац, као и већина других законодаваца, приликом опредељивања за принцип неутралности управе полази од основних идеја и аргумената које за усвајање овог принципа истичу правна теорија и пракса, његова разрада је у нашем закону доста другачија. Наиме, Закон о преузимању је усвојио крут и нефлексибилан принцип неутралности, који показује велико неповерење законодавца у орган управљања циљног друштва (Радовић, 2008: 199). Прихватајући решења Директиве ЕУ о преузимању, која је оригинално креирана како би акционарским друштвима која се суочавају с преузимањем отежала коришћење одбрамбених мера, законодавац се определио да олакша преузимање акционарских друштава у Србији будући да је бројним законским одредбама акционарска друштва изложио (непријатељском) преузимању, а преузимаоцима је омогућио да релативно једноставно преузму циљна друштва (Ракић, 2009: 396).

5. Преглед основних мана и недостатака у регулисању принципа неутралности у нашем Закону о преузимању

Принцип неутралности управе у нашем праву преузимања је по својим начелним особинама близак принципу неутралности управе регулисаном Директивом ЕУ о преузимању, али детаљнијом анализом решења ова два правна акта уочавају се бројна одступања. Наиме, упркос чињеници што је законодавац приликом доношења Закона о преузимању прокламовао да су законска решења у највећој могућој мери хармонизована са Директивом ЕУ о преузимању, ипак се, не може рећи да су тренутно важећа решења у области регулисања принципа неутралности без мана и недостатака (Срећковић, Ковачевић, 2010: 22).

Дужност рада у интересу акционара циљног друштва. – Један од основних принципа Закона о привредним друштвима је да су чланови управе циљног друштва, као лица са посебним дужностима према друштву, дужни поступати ***у најбољем интересу друштва***. Исто правило усваја и Директива ЕУ о преузимању. Насупрот њима, Закон о преузимању прописује, у форми општег начела, да је управа циљног друштва дужна да у току спровођења поступка преузимања поступа ***у најбољем интересу акционара циљног друштва***.¹⁸ Ово правило је у складу са начелом

¹⁸ Чл. 3. Закона о преузимању акционарских друштава

неутралности управе према којем је управа дужна да се уздржи од било каквих мера одбране без одобрења скупштине акционара. Међутим, уводећи обавезу управе да поступа у интересу акционара (а не у интересу друштва у целини) Закон о преузимању је одступио не само од Директиве ЕУ о преузимању, него и од осталих наших прописа, пре свега, од Закона о привредним друштвима. Законодавац није водио рачуна о осталим носиоцима интереса у циљном друштву, због чега су њихови интереси остали незаштићени (Ракић, 2009: 395).

Обим примене принципа неутралности. – Да би се сагледале карактеристике принципа неутралности у нашем праву преузимања неопходно је изложити како је законодавац регулисао обим његове примене, а он обухвата: која лица (органи) су обухваћена забраном, у ком периоду важи забрана и које радње потпадају под принцип неутралности. Уз то, за потпуно сагледавање принципа неутралности у нашем праву, неопходно је изложити најважније изузетке.

Персонални домен примене. – Прво питање у вези са доменом примене односи се на круг лица која су везана принципом неутралности. Када је реч о друштву преузимаоцу и његовим органима, као и акционарима циљног друштва, очигледно је да за њих не важи јер се они налазе у позицији понудиоца и понуђеног. Међутим, како се између њих умећу чланови управе циљног друштва који, с једне стране, имају средстава и начина да спрече преузимање, а с друге стране, сматрају се заинтересованим лицима, то је и настало правило да се принцип неутралности односи искључиво на управу циљног друштва (Радовић, 2008: 92).

Наш Закон о преузимању је потпуно недоследан када је у питању одговор на питање ко чини управу циљног друштва: према неким одредбама само управни одбор (члан 40. ставови 1-3.), према другим управни одбор и надзорни одбор (члан 40. став 7.) а према трећим управни одбор и директори (члан 39. став 2.). Законски текст нигде није дефинисао појам управе, али у једној својој одредби (члан 2. став 2.) каже да „када циљно друштво нема **управни одбор** у складу са законом којим се уређују привредна друштва, одредбе овог закона о правима и обавезама управног одбора сходно се примењују на одговарајуће органе друштва прописане законом којим се уређују привредна друштва“. Међутим, нови Закон о привредним друштвима од 2011. године, не познаје више управни одбор као орган привредног друштва, па сва друштва која су по претходном Закону о привредним друштвима предвидела управни одбор у својој организационој структури била су у обавези да измене ту структуру и изаберу један од два понуђена модела управљања: једнодомни или

дводомни. Отуда се може закључити да се одредбе Закона о преузимању о правима и обавезама управе сходно примењују на одговарајуће органе друштва прописане Законом о привредним друштвима у зависности од тога за који модел управљања се друштво определило: за једнодомни (један или више директора, односно одбор директора) или дводомни (надзорни одбор и један или више извршних директора, односно извршни одбор).¹⁹

Временски домен примене. – Принцип неутралности се примењује само **за време трајања поступка преузимања циљног друштва** (тзв. период забране). Међутим, није једноставно дати одговор на питање шта се подразумева под трајањем поступка преузимања у смислу овог правила. У том погледу подједнако је важно одредити тачан моменат почетка и тачан моменат завршетка рока важења принципа неутралности (Радовић, 2008: 93).

Према Закону о преузимању принцип неутралности управе се примењује **„од тренутка објављивања обавештења о намери преузимања“**. Оваквим решењем наше право је прихватило једну од варијанти објективног критеријума за одређивање почетка периода забране, и то ону коју је Тринаеста директива ЕУ о преузимању утврдила као минимално решење. С друге стране, дејство принципа неутралности се према Закону о преузимању протеже **„до окончања поступка преузимања циљног друштва“**.²⁰ У правној теорији је неспорно да окончањем поступка преузимања престаје и забрана управи да усваја мере одбране. Али, проблем је неодређеност појма окончања поступка преузимања. Закон би требало да одреди шта се сматра окончањем поступка, тј. да прецизно одреди моменат окончања како би се отклонила све сумње око евентуалних тумачења (Радовић, 2008: 201). То може бити или моменат прихватања понуде, или објава извештаја о резултатима преузимања, што се сматра најприроднијим начином окончања овог поступка.

Поред тога, наш Закон не прописује ниједно правило које би уредило **период након окончања поступка преузимања**. Наиме, у упоредном праву је уобичајено прописивање одређених правила која важе после окончања поступка преузимања и чији је циљ смиривање тржишта акција: *прво*, забрана преузимаоцу да одређено време након истека понуде купује акције циљног друштва под условима различитим од понуде; *друго*, забрана понудиоцу било каквог оглашавања понуде након истека рока за њен прихват; *треће*, забрана понудиоцу, ако му је неуспела

¹⁹ Чл. 326. Закона о привредним друштвима

²⁰ Чл. 38. ст.1. Закона о преузимању акционарских друштава

пону да због неостварења постављеног услова, да купује акције циљног друштва прописано дуже време након неуспеле понуде. Наш закон не садржи ниједну од ових забрана, што је његов велики пропуст, јер на тај начин не само што олакшава преузимање, него омогућава настављање узнемиравања тржишта и умањује заштиту акционара циљног друштва (Јовановић, 2009: 514-515).

Предметни домен примене. – Када је реч о предметном домену примене принципа неутралности, потребно је одредити које радње и акте (мере одбране) управа током периода везаности овим принципом не може предузимати, а које иначе према општим правилима компанијског права може чинити. Радње обухваћене забраном могу бити одређене или на апстрактан начин (предност – флексибилност, недостатак – правна несигурност), или појединачним одређивањем забрањених радњи (предност – правна сигурност, недостатак – крутост). Због истовремених предности и мана сваког од ових начина одређивања, највећи број законодаваца се одлучује за њихову комбинацију, тако што на апстрактан начин забрањује управи да предузима мере одбране од преузимања у току трајања поступка, али и уводи појединачне радње забрањене управи циљног друштва (Радовић, 2008: 101).

Наш Закон о преузимању, међутим, не дефинише шта су мере одбране управе циљног друштва, нити уводи забрану њиховог предузимања на апстрактан начин, већ само набраја конкретне радње које управни одбор не може предузимати без претходне сагласности скупштине акционара (тзв. **условно дозвољене радње управног одбора**). Ту спадају: 1) повећање основног капитала издавањем нових акција коришћењем овлашћења датог статутом; 2) предузимање ванредних послова; 3) закључивање уговора који би знатно променили стање имовине или обавеза циљног друштва; 4) предузимање неуобичајених послова имајући у виду делатност друштва; 5) стицање или отуђивање сопствених акција; 6) објављивање понуде за преузимање неког другог акционарског друштва.²¹

Поред условно дозвољених радњи, Закон о преузимању познаје и радње које управни одбор не може предузимати у поступку преузимања, без обзира на постојање сагласности скупштине акционара (тзв. **забрањене радње управног одбора**). То су радње које управа не може предузимати ни у ком случају за време трајања поступка преузимања. Међутим, из потпуно непознатог разлога, законодавац ове радње не регулише у члану којим се прописују обавезе управе циљног друштва, већ у одвојеном члану, који се односи на изјаву (саопштење) управе упућену акционарима циљног

21 Члан 38. ст. 3. тач. 1-4. Закона о преузимању акционарских друштава

друштва. У забрањене радње спадају: 1) незаконито спречавање или отежавање преузимања; 2) доношење одлука којима се штетно утиче на пословање циљног друштва у дужем временском периоду.²²

Општи изузетак од принципа неутралности. – Правни системи који прихватају принцип неутралности управе приликом преузимања акционарског друштва, ипак, овај принцип релативизују тако што управи дозвољавају да, уз сагласност скупштине (претходну или накнадну), предузима мере одбране.

Према релевантној одредби Закона о преузимању управни одбор циљног друштва не може предузимати условно дозвољене радње **без претходне сагласности скупштине**.²³ Наведено законско решење се може протумачити на следећи начин: када скупштина да своју сагласност то не значи да је мера усвојена, већ да управа може, али не мора меру да предузме (Радовић, 2008: 203).

Посебни изузеци од принципа неутралности. – Принцип неутралности управе и забрана предузимања мера одбране у периоду забране не значи и апсолутну неутралност управе. Сва законодавства, ипак, дозвољавају одређене радње управе или их чак и налажу, с обзиром на то да су оне у интересу акционара. Као најзначајније се издвајају: тражење конкурентских понуда и саопштење управе циљног друштва у вези са јавном понудом.

И наш Закон предвиђа одређене изузетке од принципа неутралности. *Прво*, у току трајања поступка преузимања управа циљног друштва **може** тражити **конкурентску понуду за преузимање**.²⁴ *Друго*, управа циљног друштва **може** предузимати **уобичајене послове у вези са делатношћу друштва**.²⁵ И *треће*, управа циљног друштва је **обавезна** да објави своје **образложено мишљење о понуди за преузимање**, на исти начин на који је објављена понуда.²⁶

22 Чл. 40. ст. 7. Закона о преузимању акционарских друштава

23 Чл. 38. ст. 4. Закона о преузимању акционарских друштава

24 Чл. 38. ст. 2. Закона о преузимању акционарских друштава

25 Чл. 38. ст. 3. тач. 2. Закона о преузимању акционарских друштава

26 По својим карактеристикама, саопштење управе циљног друштва у вези са јавном понудом за преузимање представља меру одбране. Међутим, у поступку преузимања, на једној страни се налазе неинформисани акционари, који доносе одлуке, а на другој страни добро обавештени чланови управе, који су упућивањем јавне понуде за преузимање заобиђени. Као начин премошћавања ове информационе асиметрије универзално је прихваћено законодавно решење којим се управи циљног друштва у поступку преузимања намеће обавеза да

Закон о преузимању акционарских друштава из 2006. године садржао је доста пропуста у регулисању мишљења управе циљног друштва које је она дужна да упуту акционарима. Поред тога што Закон није одредио његову обавезну садржину, он није предвиђао ни обавезу управе да своје образложено мишљење достави Комисији за хартије од вредности, запосленима и берзи, већ су се они о томе морали обавештавати из средстава јавног информисања. Још један недостатак Закона се огледао у томе што је као могућу санкцију за управу, у случају да мишљење садржи нетачне податке или да је објављено на непрописан начин, предвиђао само привредни преступ. Међутим, Законом о изменама и допунама Закона о преузимању акционарских друштава из 2011. године, мишљење управе циљног друштва је потпуније регулисано. *Прво*, промењен је рок и начин објављивања. Управа је дужна да у року од 10 дана (раније 7) од дана објављивања понуде за преузимање објави своје образложено мишљење о понуди за преузимање, на исти начин на који је објављена понуда за преузимање, што значи уз обавезу достављања Комисији за хартије од вредности, регулисаном тржишту, односно МТП (мултилатералној трговачкој платформи) на којем се тргује акцијама циљног друштва, Централном регистру, као и акционарима циљног друштва. *Друго*, потпуније је регулисана садржина мишљења. Тако, управа је обавезна да у свом мишљењу узме у обзир понуду за преузимање у целини, а посебно у односу на цену коју је понуђач обавезан да плати по акцији, као и циљеве понуђача и његове намере у вези са циљним друштвом које се преузима и да јасно искаже свој став да ли подржава или не понуду за преузимање. То значи да управа према нашем Закону нема могућност да заузме неутралан став, као што има право у неким другим правним системима. *Треће*, пре објаве мишљења управа циљног друштва је обавезна да у року од три дана од дана објаве понуде за преузимање, обавести запослене циљног друштва, који могу дати своје мишљење о понуди за преузимање. Уколико управни одбор добије мишљење представника запослених о понуди за преузимање, обавезан је да га објави истовремено са својим мишљењем. *Четврто*, детаљније је регулисана законска одговорност. Ако мишљење о понуди за преузимање садржи нетачне информације или информације које могу довести у заблуду, лица која су учествовала у његовој изради

састави и учини јавно доступним образложено саопштење (изјава, обавештење, извештај) у коме ће дати своје мишљење о свим релевантним околностима учињене јавне понуде за преузимање, од значаја за акционаре, као и изнети свој став у односу на преузимање. У њему ће управа заузети и образложити свој позитиван, негативан или неутралан став, јер је на то обавезана законом, без обзира на евентуално негативне последице по започето преузимање (Радовић, 2006: 163-178).

биће солидарно одговорна за штету уколико су знала или требала знати да су те информације нетачне или да доводе у заблуду.²⁷

6. Оправдање и критика увођења принципа неутралности у наше право преузимања

Закон о преузимању је отклонио бројне недостатке старог режима. Њиме је направљен велики и значајан искорак у развоју тржишта капитала. Може се рећи да је то први правни акт у нашој земљи који је детаљно уредио материју преузимања. Међутим, поставља се питање какав је режим успоставио овај Закон, као и на који начин такав режим утиче на привредни развој наше земље (Ракић, 2009: 396).

Вероватно по узору на решења Директиве ЕУ о преузимању, као и на слична законска решења земаља у окружењу, наш законодавац се определио за принцип неутралности управе циљног друштва у поступку преузимања, чиме се наша земља сврстала у ред земаља са благим режимом преузимања. Закон је, као што је наведено, примену мера одбране после објављивања понуде за преузимање знатно ограничио и готово искључио врло чврстим правилом неутралности. Такав режим има својих предности, али и значајних недостатака.

Оправдање. – Увођење начела неутралности управе циљног друштва у наше право се правда потребом да одлуку о преузимању донесу сами акционари циљног друштва којима је понуда и упућена, као и да се спречи да управа циљног друштва штитећи циљно друштво од непријатељског преузимаоца уствари штити своје личне интересе. Поред ових општих аргумената који стоје на страни увођења овог принципа и који су заједнички за све правне системе који га усвајају, увођење принципа неутралности у наше право је оправдано и из низа других разлога.

Прво, отварање тржишта корпоративне контроле подстиче преузимања од стране инвеститора који су директно заинтересовани за развој циљног друштва, чиме се подстиче инвестирање у наша друштва. Може се рећи да принцип неутралности представља још један у низу од покушаја Републике Србије да повећа број страних инвестиција и то кроз развој тржишта преузимања. Ограничавање овлашћења управе да се брани од преузимања смањује степен неизвесности који прати непријатељска преузимања, а потенцијални инвеститори постају свесни да успех преузимања зависи од њихове способности да упуте атрактивну понуду и убеди акционаре да је прихвате. (Барош, 2008: 154).

27 Чл. 40. ст. 1-6. Закона о преузимању акционарских друштава

Друго, у условима доминације државне својине, именовање на позицију члана управе се посматра као прилика да се остваре личне амбиције и интереси, без размишљања да се на тај начин преузима један одговоран задатак од интереса за друштво у целини. У складу са наведеним, законодавац је исправно поступио када је као руководеће начело прихватио принцип акционарског одлучивања, јер чињеница да је акционарско друштво погодна мета за преузимање стимулативно делује на управу и запослене тог друштва, који у страху од могућег преузимања унапређују пословање друштва (Барош, 2008: 154).

Треће, преузимање доводи до побољшања пословних перформанси друштва и јачања конкурентности друштва (Ракић, 2008: 399). Бројна истраживања су показала да су циљна друштва у великом броју случајева друштва која лоше послују. Са аспекта општедруштвених интереса, преузимање таквих компанија је оправдано, чак и пожељно (Радовић, 2008: 81).

Четврто, отварање тржишта корпоративне контроле подстиче јавну трговину акција и тако доприноси оживљавању тржишта акција (Ракић, 2008: 399).

Критике. – Имајући у виду наведене краткорочне ефекте, чини се да успостављени режим одговара тренутним потребама српске привреде. Међутим, када се сагледају бројне негативне последице преузимања за наше тржиште, чини се да овај метод нормирања није у складу са општим и дугорочним интересима привреде, који налажу примерену сигурност и стабилност у пословању (Срећковић, Ковачевић, 2010: 19).

Прво, бројни инвеститори се одлучују да преузета акционарска друштва „затворе“ повлачењем акција тих друштава из јавне трговине и претварањем у затворена друштва. Оваква пракса може изазвати поремећаје и различите злоупотребе на тржишту акција из јавне трговине и смањује обим трговине акцијама, а шпекулативни инвеститори су у прилици да остваре велику зараду на разлици у цени без икакве намере да унапреде пословање друштва (Ракић, 2009: 399).

Друго, у акционарском друштву не постоји орган који би у случају опасности од преузимања, могао на ефикаснији, бржи и компетентнији начин да заштити интересе акционара од управе. Како су мере одбране један од значајних начина заштите интереса поменутих лица, одузимањем права управи да их предузима, они остају ускраћени за тај вид заштите (Барош, 2008: 154).

Треће, преузимање друштава носи и опасност од концентрисања и монополисања тржишта, те смањује ефективну конкуренцију, економски

исцрпљује учеснике у преузимању и доводи до поремећаја цена хартија од вредности на тржишту.

Четврто, принцип строге неутралности више би одговарао земљи извозници капитала него Републици Србији чија акционарска друштва ће много чешће бити плен него ловци у поступцима преузимања на прекограничном глобалном тржишту. Наша акционарска друштва су на међународном финансијском тржишту у потпуности незаштићена због обавезе управе да буде неутрална у поступку преузимања (Барош, 2008, 142).

Закључак

Доношењем Закона о преузимању акционарских друштава који је прихватио принцип строге неутралности, Република Србија се сврстала у ред земаља са благим режимом преузимања у потпуности отворивши тржиште корпоративне контроле. Када се сагледају сви ефекти које успостављени режим преузимања изазива, може се рећи да је доношење Закона о преузимању од изузетног значаја за Србију. Режим преузимања који је уведен Законом одговара тренутним потребама српске привреде. Он представља још један покушај нашег законодавца да привуче стране инвестиције и подстакне привредни развој. Међутим, имајући у виду напред наведене недостатке Закона, може се упутити критика да ће позитивни ефекти Закона, дугорочно посматрано, бити умањени. Потпуно отварање тржишта корпоративне контроле ће досвести до смањења конкурентности на тржишту, успоравања развоја тржишта капитала и до умањења заштите акционара. Због тога се чини да је законодавац приликом одлучивања о правном режиму преузимања требало да постави строже услове за преузимање, тј. требало је да да већа овлашћења управи у предузимању мера одбране од преузимања. Тако би била спречена појава негативних ефеката претерано благог режима преузимања, а нарочито појава да инвеститори купују акције са намером да искористе његове слободне резерве и распродају његову вредну имовину, а након тога ликвидирају друштво, чиме највећу штету трпе назаштићени акционари. У складу са наведеним, мишљења смо да би законодавац у будућности требало изменити правни режим преузимања у правцу озакоњења одређених мера одбране које познају правни системи Европске уније и њених држава чланица.

Литература

- Барош, Н. (2008). *Преузимање акционарских друштава*, магистарски рад. Нови Сад: Правни факултет Универзитета у Новом Саду.
- Бесаровић, В. (2008). *Преузимање отворених акционарских друштава у праву Европске уније и праву Републике Србије*. Анали Правног факултета у Београду. 2/2008. 272-290.
- Јовановић, Н (2004). *Мањкавости српског правног режима преузимања*. Право и привреда. 9-12/2004. 83-101.
- Јовановић, Н. (2009). *Берзанско право*. Београд: Издавачки центар Правног факултета Универзитета у Београду.
- Радовић, В. (2006). *Саопштење управе циљног друштва у вези са јавном понудом за пружање*. Право и привреда. 5-8/2006. 163-178.
- Радовић, В. (2008). *Мере одбране акционарског друштва од преузимања контроле*. Београд: Издавачки центар – Јавно предузеће „службени гласник“.
- Ракић, И. (2009). Осврт на преузимање акционарских друштава у Србији. Правни живот. 12/2009. 389-401.
- Срећковић, С. Ковачевић, Н. (2011). *Право преузимања у Србији – компаративна анализа и критички осврт*. [Electronic version]. Преузето 25. 12. 2013. <http://webserver.rcub.bg.ac.rs/publicFileDownload?idSednicaMaterijal=4807>
- Закон о заштити конкуренције. *Службени гласник РС*. Бр. 51. 2009, 95. 2013.
- Закон о предузећима. *Службени лист СРЈ*. Бр. 29. 1996.
- Закон о преузимању акционарских друштава. *Службени гласник РС*. Бр. 44. 2006.
- Закон о изменама и допунама Закона о преузимању. *Службени гласник РС*. Бр. 107. 2009, 99. 2011.
- Закон о приватизацији. *Службени гласник РС*. Бр. 38. 2001, 18. 2003, 45. 2005, 123. 2007, 123. 2007 – др. закон и 30. 2010 – др. закон, 93. 2012, 119. 2012, 51. 2014.
- Закон о привредним друштвима. *Службени гласник РС*. Бр. 125. 2004.
- Закон о привредним друштвима. *Службени гласник РС*. Бр. 36. 2011, 99. 2011.
- Закон о раду. *Службени гласник РС*. Бр. 24. 2005, 61. 2005, 54. 2009, 32. 2013.
- Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. *Службени лист СРЈ*. Бр. 65. 2002.
- Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената. *Службени гласник РС*. Бр. 47. 2006.

Закон о тржишту капитала. *Службени гласник РС*. Бр. 31. 2011.

Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on Takeover Bids, Official Journal L 142, 30/04/2004 P.0012-0023
Преузето 15. 01. 2014. <http://eur-lex-europa.eu/LexUriSer/LexUriServ.do?uri>

Marija Dragičević

*Post-graduate student of Doctoral studies,
Faculty of Law, University of Niš*

The Principle of Neutrality of Target Company's Management in Takeover Law in the Republic of Serbia

Summary

The position of the target company's management that is, the authorization of the management to take measures of defense against hostile takeover bids is the most important issue of takeovers of joint stock companies. Deciding how to regulate the management position of the target company in a takeover process does not only determine the role of management in this process. On the contrary, it implies other significant decisions to make, the most important one being whether the development of the corporate control market should be encouraged or it should be hindered. By proceeding in a manner which is customary in comparative law, our legislator decided to introduce the principle of neutrality of the target company management into the legal system of Serbia. The Takeover Law that was passed in 2006 includes significant improvements when compared to the previous regulations; however, we cannot say that the current statutory provisions without flaws and shortcomings. The purpose of the present paper is to point out to such solutions with the main aim to further improve these and amend the wrong ones when any future changes are made. Considering that the legislator, with the numerous statutory provisions, completely opened the corporate control market, special attention is paid to justification and criticism of the adopted legal regime on takeover, as well as an assessment of whether such a regime contributes to the development of the financial market in Serbia. Finally, the author gives suggestions for future changes.

Key words: *target company's management, the principle of neutrality, Law on takeover of joint stock companies.*

СТРАНЕ ДИРЕКТНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ У СРБИЈИ

Апстракт: Стране директне инвестиције (СДИ) означавају улагање капитала инвеститора из једне земље, у привреду друге земље, којим се успоставља дугорочна сарадње ради остваривања заједничких циљева. Последњих година страно инвестирање бележи веку експанзију у светским размерама. Стране директне инвестиције врше се углавном преко транснационалних корпорација које представљају својеврсни феномен светске привреде. Многе зеље, укључујући и Србију, настоје да повећају привлачност за стране директне инвестиције путем различитих подстицаја, као што су продужавање периода ослобађања од пореза, изградња потребне инфраструктуре, финансијске стимулације и сл. С тим у вези у чланку су сагледане, али и критички разматране, одлике инвестиционог амбијента Републике Србије, путем аналитичког и упоредно правног метода, као и анализе података преузетих из Народне Банке Србије.

Кључне речи: стране директне инвестиције, Србија, инвестициона клима, креирање стимулативног инвестиционог амбијента.

Увод

Србија је мала земља која за свој привредни развој мора користити додатну акумулацију из иностранства. Привредни развој у протеклих петнаестак година карактерише недовољно инвестирање у производњу и мало учешће инвестиција у бруто домаћем производу, у поређењу са другим земљама. Прилив иностраних средстава у Србију после 2000.године карактерише улагање превасходно у инфраструктуру и енергетику, док се врло мало улаже директно у производњу. Тек у 2006. години предузете су мере за подстицање greenfield инвестиција, а расписани су и тендери

1 alexjanic@hotmail.com, Агенција за реституцију Републике Србије - Подручна јединица Ниш

за неке концесије. У циљу бржег привредног развоја неопходно је поред кредита међународних финансијских и регионалних организација, влада и комерцијалних кредитора, стимулирати прилив иностраних директних инвестиција, водећи рачуна о секторском усмеравању у производне капацитете који ће бити извозно оријентисани.

Стране директне инвестиције (СДИ), као један од носилаца међународног кретања капитала, представљају, на једној страни, велику шансу за побољшање стања економија у земљама у развоју, а с друге стране, инвеститорима дају могућност за остваривање већег профита, што и јесте основни мотив за транснационалне корпорације (ТНК) да предузимају инвестирање у иностранству. Ипак, тренутно стање у СДИ токовима не иде на руку земаља у развоју (ЗУР) јер око 70% свих улазних страних директних инвестиција усмерено је према групи развијених земаља, а чак 90% страних директних инвестиција потиче из ових привреда. Да би то промениле многе земље прибегавају промоцији својих привреда и не ретко дају велике уступке страним инвеститорима како би привукле капитал у своју земљу. Ти уступци често доводе до асиметрије у третману (позитивне дискриминације) у односу на домаћа предузећа, што може додатно погоршати и онако тешко стање у привреди земље домаћина. Напокон, земље којима свеж капитал највише треба већ су презадужене па је прилив капитала кроз СДИ најбоље решење. Осим капитала, веома значајно за земље у транзицији је и учење на примерима страних компанија, прихватање нових модела пословања, и генерално, понашања у пословним односима, што је било маргинализовано у периоду комунизма.

Иако се понегде појављују мишљења да СДИ могу донети више штете него користи, преовлађују ставови, како у стручним тако и у релевантним политичким круговима - да су СДИ спасоносна и једина развојна шанса земаља са економијама у транзицији и групе неразвијених земаља. Који је модел СДИ најприхватљивији за поједину земљу највећим делом зависи од стања привреде у тој земљи, јер се мора водити и рачуна да СДИ не произведу контра ефекте и да се отварањем страних компанија не створи дуална економија у којој слабе и до јуче заштићене домаће фирме, не би имале никакву шансу.

1. Светска економска криза и СДИ у Србији

У Србији морају бити обезбеђени услови за повећање СДИ, како кроз приватизацију, тако и кроз greenfield инвестиције које ће отворити нова радна места и повећати производњу. Претходно искуство других земаља показује да СДИ у почетку делују негативно на запосленост, што се одразило

и на нашу привреду. Оно што лимитира раст страних инвестиција јесу прописи који важе у земљама у развоју које су предмет страног инвестирања. Политички ризик, економска нестабилност и прописани захтеви за локално учешће одбијају СДИ. Земље које су успешније у процесу транзиције привлаче веће СДИ, и да су позитивни ефекти тих СДИ већи што су привредно-системски фактори више ранжирани и што је економска политика боље креирана.

Странци инвестирају у Србију због јефтине радне снаге и слабих изгледа да ускоро уђемо у Европску Унију. Срећа је једино у томе што трошкове радне снаге не броји само плата радника већ и порези и финансијске олакшице које држава даје инвеститорима, а то нас чини пожељном дестинацију за страни капитал.

2. Ефекти прилива страних директних инвестиција на привреду земље домаћина

Посебну опасност и замку при анализи ефеката страних директних инвестиција на привреду земље домаћина представља генерализација којој је подложен највећи број истраживача. На једној страни, наилази се на примере који показују да стихијско препуштање међународним токовима капитала погубно делује на економски и друштвени развој земље домаћина услед угрожавања националног суверенитета.

Позитивни ефекти које земља домаћин страних директних инвестиција, нарочито када се ради о привредама у развоју или транзицији, очекује да искористи и због којих уводи стимулативне мере и олакшице страним инвеститорима огледају се у: подизању или одржању општег нивоа пословне активности, развоју мање развијених региона, развоју одређених области индустрије или одржавању постојећег нивоа производње, преузимању нових знања и технологија, повезивању и укључивању домаћих предузећа у међународне технолошке, производне и дистрибутивне мреже глобалних мултинационалних компанија.²

Нема сумње да СДИ обезбеђивањем недостајућих средстава креирају услове за нову упосленост, доприносе увођењу модерне технологије, ефикасног менаџмента и нове корпоративне културе и стимулишу привредни развој и раст земље домаћина. При томе, примарни предуслов позитивних ефеката по економски просперитет рецептивне, државе-примаоца капитала огледа се у привлачењу квалитетних инвестиција. Схватајући економски значај СДИ за динамичан и одржив привредни раст многе земље настоје да

2 Антаневски, М., 2009: 51.

креирају привлачан, стабилан и предвидив инвестициони амбијент који би био у функцији привлачења потенцијалних и задржавања већ присутних извозно усмерених инвеститора из иностранства. Тим пре што „здрав” страни капитал може доћи само у она подручја која уз минималан ризик обезбеђују високе стопе профита.

По правилу, прилив инвестиција из иностранства праћен је дифузијом нових технологија и производа, али и увозом нових метода организације производње, савремених техника управљања, ефикасније организационе, менаџерске и маркетинг праксе страног инвеститора. С тим у вези, потпуно је прихватљиво становиште да се индиректне користи од прилива СДИ остварују управо стварањем веза које, подржавањем производње и трговине међуфазних производа, постају главни „кривац” ширења савремених технолошких достигнућа и појаве технолошких екстерналија: преливањем технологије, менаџерских вештина, технолошких знања и производних техника или такозваним демонстрационим ефектом³. Кључни предуслов да неки екстерни ефекат СДИ буде препознат као ефекат преливања је да га страни инвеститор не може присвојити и учинити делом своје пословне рачунице. У начелу, прави се разлика између интрагранских и интергранских ефеката преливања. Интрагрански ефекти преливања који се често називају хоризонталним преливањем доносе „користи” само предузећима која послују у оквиру исте индустрије или гране којој припада и страни инвеститор. Интергрански ефекти преливања, односно вертикална преливања су ефекти на локална предузећа у свим другим гранама, али и за купце њихових производа. Ефекат веза чији смер може бити навише и наниже (низводно и узводно) резултат је директних вертикалних контаката предузећа основаног кроз СДИ и локалних предузећа који чине базу за ефекте преливања.⁴

3. Одлике инвестиционог амбијента Републике Србије

Нећемо рећи ништа ново ако кажемо да су пословно окружење и специфичности инвестиционог амбијента одлучујуће ставке за инвеститоре при доношењу одлука о СДИ. Одлуке о локацијама на којима ће се улагати обично су засноване на темељним и детаљним анализама и проценама страног инвеститора.

Негативна перцепција Србије као инвестиционог одредишта детерминисана је низом турбулентних догађаја који су се од деведесетих година прошлог века низали један за другим. Десетогодишњи унутрашњи сукоби

3 Петровић, П., Антаневски, М., 2006: 189

4 Беговић, Б., Мијатовић, Б., Пауновић, М., Поповић, Д., 2008: 58.

и распад заједничке државе, период међународне изолације увођењем санкција Савета безбедности, бомбардовање НАТО снага, пад владавине Слободана Милошевића, убиство премијера, референдум Црне Горе о самосталности и „развод“ Србије и Црне Горе у мају 2006., једнострано проглашење независности Косова фебруара наредне године недвосмислено су утицали на чињеницу да је реч о политички нестабилном и турском простору високог ризика. Мада је у протеклих неколико година Србија остварила велики напредак у погледу реформисања пословне климе иницирањем политичких, економских и административних реформи, остале су још бројне препреке које либералнијим приступом и мерама владе треба минимизирати како би се повећало поверење инвеститора. Представници страних компанија које већ послују у Србији одавно указују да је за долазак великих инвеститора пресудан укупан привредни амбијент, који поред цене земљишта, пореза и доприноса, укључује правну сигурност и једноставне процедуре за добијање разних дозвола, што у Србији свакако није за високу оцену.

У Стратегији за привлачење страних директних инвестиција која је усвојена од стране Владе препознате су и идентификоване четири примарне групе препрека за СДИ у Србији:

1. Законодавни проблеми који се односе на потребу реформе прописа везаних за уређење у области грађевинарства и решавање проблема власништва над земљиштем, потребу унапређења и модернизације судског система и потребу за свеобухватним законодавним променама.
2. Ограничени институционални капацитети за спровођење реформи и за стратешко планирање и маркетинг;
3. Касно започете реформе, недостаци инфраструктуре и ограничен приступ мерама за унапређење конкурентности и
4. Потреба за бољим разумевањем значаја страних инвестиција и израда програма осетљивих на потребе инвеститора и развијање усмереног националног програма за промоцију улагања.

Главни проблеми у Србији и даље остају: бирократски лавиринти са компликованом администрацијом, спорим и релативно, у погледу времена и новца скупим процедурама са којима се инвеститори суочавају при добијању неспецифичних дозвола: урбанистичких, грађевинских и употребних и разноразних енергетских, комуникацијских и других комуналних прикључака потребних за изградњу типичног пословног простора; запошљавање радника, односно флексибилност тржишта рада; укњижавање

имовине; плаћање пореза, као и проблеми извршавања уговора судским путем и неефикасност правосудног система.

Занимљиво је да и поред чињенице да је Србија једна од земаља са најнижом стопом пореза на добит корпорација у Европи, показатељ плаћање пореза и 137. место у свету упућују на закључак да у овој области постоје значајни проблеми. Рангирање у области плаћања пореза вршено је на основу следећих индикатора: број пореза, време за припрему пореске пријаве и плаћање пореза и укупна стопа пореза као удео у профиту. Према сазнањима из извештаја, у нашој земљи је потребно, годишње извршити 66 уплата на име пореза за шта је потребно 279 сати, при чему је укупна стопа пореза на нивоу од 34% од оствареног профита. Укупни порески намети након стартовања бизниса су нарочито високи и дажбине држави „поједу” трећину остварене добити, што може бити разлог за усмеравање инвестиција у неку од земаља из окружења, пре свега у земље бивше СФРЈ, с обзиром да је у њима укупна пореска стопа нижа.

И према резултатима истраживања инвестиционе климе у Србији које је спроведено на иницијативу Америчке агенција за међународни развоју оквиру Програма подстицаја економском развоју општина, по мишљењу највећег броја анкетираних инвеститора највећим недостацима наше земље од 2007. године идентификују су управо правне, административне и регулаторне препреке оснивању и функционисању пословања (63%), економска и тржишна нестабилност (43%), па тек политичка нестабилност земље (29%). Овим осмомесечним истраживањем обухваћене су укупно 132 компаније које су оцењивале Србију као инвестициону дестинацију, од којих и 13 компанија које су активно размишљале о томе да инвестирају у Србији али су на крају одустале од таквог подухвата. Како је истраживање показало најзначајнији фактор у привлачењу страних инвеститора представља географски положај земље и доступност квалитетне радне снаге и сировина. Најјучљивије ограничење за прилив СДИ односи се на дужину стартовања самог процеса инвестирања. У просеку, у Србији прође скоро 8 месеци од момента када инвеститор донесе одлуку да уложи свој капитал до момента реализације инвестиције и отпочињања пословања, док је инвеститорима у земљама из окружења потребно око 60 дана да, након доношења одлуке о инвестирању отпочну своје пословање. Највећи број испитаника сложио се у ставу да прибављање различитих дозвола и одобрења кроз бројне бесмислене процедуре које успоравају реализацију инвестиционог пројекта значе беспотребно губљење времена и живаца. На основу резултата истраживања уочава се да је улагачима у Србији потребно четири пута више времена него онима који су одустали од Србије и уложили свој новац у некој другој земљи. Аналогно томе, посебно забрињава

чињеница да чак 40% инвеститора који су одлучили да свој капитал уложе у другим земљама кључним разлогом одустајања од улагања и приоритетним задатком српске власти, сматрају одлучније супротстављање и предузимање неопходних корака у борби за сузбијање корупције.

Поред опадајућих привредних перформанси, за Србију, као и за највећи број земаља у транзицији карактеристичан је пораст нивоа екстерног задуживања и постојање високог спољног дуга.

Неспособност земље да сервисира своје дугове, трагање за могућностима репрограмирања или додатног задуживања узимањем нових кредита чији је износ већи од износа који доспева на отплату и с тим у вези опасност од дужничке кризе само су још једна одлика пословног амбијента која одбија стране инвеститоре. Уколико се степен задужености земље посматра у односу на учешће укупног спољног дуга према БДП Србија се сврстава у групу средње задужених земаља (48-80%).

Из свега изнетог и лаику је потпуно јасно да постоји читав спектар области чијем ревидирању држава мора да приступи много енергичније него до сада и да побољшање опште инвестиционе климе и изградња Србије као повољне инвестиционе дестинације представљају императив актуелне власти. При томе, неопходно је промовисати Србију у глобалним размерама и указати на позитивне стране инвестиционог амбијента у циљу промене негативне перцепције међу потенцијалним инвеститорима потенцирањем постојећих предности. Компаративне предности на које би Србија у привлачењу СДИ требало да стави акценат су превасходно:

1. Стратешки географски положај с обзиром да заузима централно место у региону и да се налази на раскрсници путева западне и средње Европе и Блиског Истока. Кроз Србију пролазе два паневропска коридора: Коридор 10 - друмско-железнички коридор који спаја државе северне и југоисточне Европе и Коридор 7 - европски водни пут реке Дунав који повезује све европске државе у сливу са државама црноморског подручја.

2. Квалитетна и по цени врло конкурентна радна снага, што се сликовито може представити примером да је у систему мултинационалне компаније „US steel”, у смедеревској железари радни сат српског радника, до јануара 2004. године вредео око 40 центи, у фабрици у Републици Чешкој десет пута више (4\$), док је у матичној земљи, у Питсбургу амерички радник зарађивао чак 16,98\$ по сату.

3. Најнижа стопа пореза на добит предузећа у Европи од 10% (једино Црна Гора има нижу стопу пореза на добит стопа пореза на добит предузећа пореза на добит од 9%);

4. Србија је једина земља изван ЗНД која има потписан Споразум о слободној трговини са Руском Федерацијом, који значи ослобађање од царина за највећи део роба из међусобне трговинске размене две земље и бесцарински приступ производа огромном руском тржишту, од августа 2000. године;

5. Преференцијални третман при робној размени са земљама југоисточне Европе постигнут потписивањем мултилатералног Споразума о слободној трговини ЦЕФТА 2006 који је за Србију на снагу ступио октобра 2007. године;

6. Потписивањем Споразума о слободној трговини са Белорусијом, Турском и земљама чланицама ЕФТА групације током 2009. године постаје привлачна за страна улагања и отварање нових компанија које би своје производе под повољнијим условима пласирале на тржиштима ових земаља,

7. Након одмрзавања Прелазног трговинског споразума и подношења кандидатуре за чланство у Европској унији у децембру 2009. године наша земља је постала политички стабилно одредиште страних директних улагања погодно за подизање српског извоза на виши ниво.

4. Мере за креирање стимулативног инвестиционог амбијента

Највећи део прилива СДИ је, као и у другим земљама региона у Србију дошао путем приватизације, аквизицијом постојећих предузећа. Општи је утисак да у највећем броју случајева купци-инвеститори нису били у могућности да реализују и испуне уговорене обавезе по основу инвестиционих и социјалних програма, а камоли да додатно улажу у проширење сопственог пословања. Неуспешне приватизације или блаже речено одсуство „већег” постприватизационог улагања могу се правдати преамбициозно постављеним плановима нових власника, али пре чињеницом да су затечена стања у купљеним предузећима, као и њихови изгледи на тржишту у датим условима најчешће погрешно оцењени. Влада, у намери да убрза процес приватизације 2005. године предлаже, а Народна скупштина усваја измену Закона о приватизацији којом држава предузећима у процесу приватизације отписује у целости дуговања према фондовима и јавним предузећима како би постала привлачнија за потенцијалне инвеститоре.

Поменути дугови би, наравно накнадно били измирен из прихода остварених продајом субјекта приватизације⁵. Као да је држава желела да што пре распрода преостала предузећа а добијена средства уместо у модернизацију извозних производних капацитета и одржање стопе запослености у

5 Ћ1.7. Закон о изменама и допунама Закона о приватизацији. Сл. гласник СЦГ, 45/05.

првом реду усмери ка финансирању прекомерне јавне потрошње и тако се нашла у зачараном кругу суочена са социјалним тензијама. Зато је готово најважније прекинути са старом праксом трошења новца из ино-извора који нам је већ на располагању и који ће се тек слити у нашу земљу на покривање државног буџетског дефицита и оживљавањем производње, отварањем нових радних места и подизањем привредне активности на виши ниво омогућити широким слојевима становништва бољи животни стандард и живот достојан човека.

Имајући у виду изузетно мали број greenfield пројеката веће вредности (осим „оне фабрике лименки“, односно инвестиције ball packaging еугоре од 75 милиона евра) greenfield инвестиције у Србији су далеко од развојних потреба и самим тим на незадовољавајућем нивоу. Сасвим је извесно да ће са јењавањем и окончањем процеса приватизације нови инвестициони подухвати у форми greenfield инвестиција постати примарни облик СДИ у Србији. Још је извесније да ће ниво улазних инвестиционих токова у том случају бити директно условљен квалитетом пословног окружења. Отуда је унапређење пословне климе и стварање конкурентног амбијента и услова „способних“ да подстакну већи прилив нових инвестиција али и да подрже постојећа предузећа да реинвестирају у активности са вишом додатом вредности основни услов за подизање укупне конкурентске способности српске привреде.

Може се рећи да је креирање подстицајног инвестиционог амбијента за СДИ у Србији у функцији:

- повећања броја и вредности нових улагања у индустријску производњу и сектор међународно размењивих услуга,
- пружања олакшица и подршке инвеститорима како би се стимулисало и убрзало спровођење њихових планираних улагања и
- охрабривања и пружања олакшица постојећим инвеститорима како би се повећао њихов ангажман у земљи и што је више могуће повећао ниво међународно конкурентне додате вредности у привреди.

Полазећи од наведеног произилази да подизање свеукупног нивоа улагања у производно оријентисане привредне секторе представља изазов за Србију. С обзиром да су инвестиције углавном улазиле у сектор неразмјенивих добара – банкарство, осигурање, телекомуникације неопходна је оријентација ка привлачењу инвестиција које би подстицањем производње последично довеле до супституције увоза, повећања извоза, чиме би се, наравно утицало и на поправљање стања у спољнотрговинском билансу.

Суштина је да се преусмеравањем инвестиција ка сектору „разменљивих” добара покрене производња и да се прихватањем пројеката друштвено одговорног пословања обезбеди динамичан и одржив привредни раст и проширење потрошачке базе. Можда је дошло време да пољопривреда, производња здраве хране и производа прехранбене индустрије највишег степена прераде, постану примарна карика у подизању конкурентске предности српске привреде у међународним размерама.

Једна од посебно важних перформанси пословног амбијента чији значај у привлачењу СДИ и развоју конкурентне привреде држава не сме игнорисати односи се на обезбеђење квалитетне саобраћајне и привредне инфраструктуре унапређењем постојећих и изградњом нових објеката. Акцијама НАТО алијансе током 1999. године у великој мери су оштећени витални објекти енергетског, саобраћајног и телекомуникационог система ионако већ начети зубом времена. Техничко-експлоатационе перформансе саобраћајне инфраструктуре су знатно испод нивоа европских стандарда па је један од приоритетних задатака државе да заједно са земљама суседима ради на развијању инфраструктуре, посебно на мрежи аутопутева и модернизацији железнице како би појединачне економије и регион у целини постали привлачнији за међународне инвеститоре. Пример уговора о пројекту изградње моста преко Дунава, од Борче до Земуна вредног 170 милиона евра који ће реализовати кинеска компанија CRBC (China Road and Bridge Corporation) само потврђује чињеницу да се инвестицијама из иностранства могу остварити директне користи и позитивни ефекти по привреду земље домаћина. Наиме, уговором је предвиђено ангажовање подизвођача и употреба грађевинског материјала из Србије у вредности не мањој од 45% од укупне финансијске вредности пројекта. Шта ће то значити за домаћа грађевинска предузећа и произвођаче неопходних инпута непотребно је коментарисати. Дакле неопходно је привући што већи број СДИ које би, поред квалитетне изградње и реконструкције објеката инфраструктуре обезбедиле веће ангажовање локалне радне снаге, виши степен искоришћености постојећих капацитета и усклађивање квалитета инпута са европским и светским стандардима. Због високог волумена и спорог повраћаја уложених средстава инвестиције у инфраструктуру треба усмеравати на начин који не подстиче раст задужености. У том смислу што више користити БОТ аранжмане као добар модел за капиталне инвестиције у коме инвеститор изграђује, финансира и експлоатише одређени капацитет у дефинисаном периоду, а затим га преноси на државу.

Метод за привлачење СДИ и повећање нивоа упослености радне снаге, који је подједнако успешно примењен у земљама у развоју и земљама у транзицији: Кини, Чешкој, Словачкој, Турској, а на који Србија може ставити

акценат подразумева давање додатних пореских олакшица и директних финансијских подстицаја за пословање у индустријским и технолошким парковима и слободним зонама. Понуда локација са специјалним погодностима за пословање примењује се у свету са великим успехом. Идеја је да се заинтересованим инвеститорима уз одговарајуће пореске олакшице, давањем земљишта под повољним условима и изградњом примарне инфраструктуре до границе индустријског парка од стране државе и локалне самоуправе олакша изградња производних капацитета и пласман производа намењених искључиво домаћем тржишту. Од пресудне важности је одредити локације за индустријске паркове и поред „неизграђеног” земљишта, такозваних *greenfield* локација истражити и места, односно, *brownfield* локације на којима већ постоји одређена инфраструктура која се не користи на економски ефикасан начин. За ту сврху нарочито су занимљиве напуштене базе Војске Србије, како због своје основне инфраструктуре, тако и због објеката који се могу преуредити за потребе корисника индустријских паркова. Услед евидентних регионалних диспропорција у развоју важно је да индустријски паркови буду регионално распоређени како би дошло до концентрације привредних активности и на локацијама које иначе нису привлачне за стране инвеститоре чиме би се подстакао убрзани економски напредак неразвијених и девастираних подручја и постигао равномернији привредни развој земље. У циљу повећања степена иновативности при креирању атрактивног асортимана понуде и усавршавања техничко-технолошких решења и процеса производње веома је важно омогућити оснивање и функционисање водећих технолошких паркова на локацијама које обезбеђују интензивне везе предузећа, универзитета и научнио-истраживачких института. Потребно је, дакле дефинисати квалитетне локације за слободне зоне и индустријске паркове и активно радити на њиховом стављању у функцију. Како је пракса слободних зона на нашем простору показала, једини препознатљив подстицај за улагање и рад у оквиру режима слободне зоне огледао се у могућности обављања извозно оријентисане производње без плаћања царина и пореза на додатну вредност (ПДВ) при увозу опреме и репроматеријала и није довољно стимулативно деловао на привлачење нових инвестиција. Стратегија развоја слободних зона Републике Србије за период од 2010. до 2015. године поред основних предвиђа читав низ додатних финансијских подстицаја, пореских олакшица и подстицајних мера локалне самоуправе које су у функцији привлачења СДИ: за инвестиције преко 7,5 милиона долара и 100 новоотворених радних места нулти порез на добит предузећа у периоду од 10 година, плаћање пореза на зараде по стопи умањеној за 50% од прописане стопе (12%), умањење садашње стопе пореза на имовину за 50%, понуда општинског земљишта

по ценама повољнијим од тржишних, ослобађање од плаћања општинских накнада и такси за изградњу и експлоатацију објеката и прикључење на инфраструктурне мреже, субвенције за отварање нових радних места. Симбиоза слободне зоне и индустријског парка би у нашем случају дала најбољи резултат. Додатна атрактивност појединих локација постигла би се тако што би се у границама инфраструктурно опремљеног земљишта дефинисао простор са режимом слободне зоне намењен производњи за инострана тржишта, док би преостали део индустријског парка предвиђао пословање и производњу за потребе домаћег тржишта.

Ниске стопе опрезивања и пореске олакшице као облик подстицаја СДИ посебно треба активирати при улагању у неразвијена (степен развијености испод 80% од републичког просека) и сиромашна (девастирана) подручја чији је степен развијености испод 50% просека у Републици (40 општина). Тако је Влада у мају 2010. године усвојила национални Програм за оживљавање индустријских центара: Ниша, Зајечара, Краљева и Новог Пазара као и за девастирана подручја. Програм подразумева посебне подстицаје за инвеститоре који су заинтересовани да улажу у оживљавање производње отварањем нових фабрика, проширењем капацитета или реконструкцијом постојећих погона и отварањем нових радних места у овим градовима и девастираним подручјима: Меровини, Куршумлији, Тутину, Пријепољу, итд.

Потенцијални инвеститори се мотивишу обезбеђивањем дупло већих подстицаја, у односу на постојеће и то у износу од 4.000 до 10.000 евра за сваког новоуписаног радника, а услов за добијање ових средстава прецизиран је вредношћу инвестиционог подухвата која не може бити мања од 500.000 евра и запошљавањем најмање 50 нових радника.⁶

У намери да интензивира улазне инвестиционе токове Влада Србије је пружила могућност инвеститорима (домаћим и страним) да купе или закупе државно земљиште по цени нижој од тржишне, па чак и да га добију на бесплатно коришћење уколико доставе гаранције да ће улагати у производњу и да ће својом инвестицијом омогућити да се број укупно запослених на конкретној локацији (град или општина) повећа за најмање 1%. Под условом да локална власт процени да је реч о пројекту од изузетног значаја за економски напредак појединих, пре свега недовољно развијених региона земљиште може бити поклоњено на коришћење на период и до 99 година. Питање је хоће ли овај потез бити добар „мамац“ за долазак великих инвеститора који би плацеве на атрактивним локацијама добили испод цене (шведска компанија Икеа) или је то само још један од начина

6 Merr, 2010.

за легализацију дугогодишње праксе додељивања грађевинских локација мимо законских процедура и контрола.

Како су бројна емпиријска истраживања потврдила, поред макроекономске стабилности један од фактора који пресудно утиче на одлуку инвеститора хоће ли реализовати свој пројекат у нашој земљи односи се на сложене процедуре добијања разноразних дозвола и сагласности. Генерално, број процедура и дана неопходних за прикупљање докумената директно се рефлектују на ризик инвестирања и увек представљају камен спотицања приликом селекције инвестиционе дестинације. Отуда се један од најважнијих задатака креирања привлачне инвестиционе климе огледа у елиминисању административних баријера и примени начела „one stop shop”, односно све под једним кровом или све на једном шалтеру.

Могућност да страни улагачи заинтересовани за инвестирање у Србији, али и српски привредници у дијаспори на једном месту контакта добију све релевантне информације везане за услове инвестирања и дозволе потребне за оснивање и пословање њихових предузећа уз лепу реч и осмех љубазног особља у великој мери ће утицати на поправљање имиџа наше земље и значајно увећати прилив инвестиција.

Искуства великог броја земаља показују да се повећање поверења страних инвеститора поред унапређења инвестиционе климе темељи и на изградњи повољне слике земље, потенцијалног домаћина улагања у глобалним размерама (image building). У том смислу унапређење слике о Србији захтева интензивнији развој маркетинг стратегија и програма промоције како би потенцијални инвеститори имали прилику да измене негативну представу која је годинама стварана о нашој земљи. Смисао је да се умањи јаз између перцепције која постоји и перцепције коју би Влада и Агенција за страна улагања и промоцију извоза (СИЕПА) желеле да страни инвеститори имају о Србији као инвестиционој дестинацији. Неке од активности које се на пољу поправљања имиџа могу предузети везане су за: промоцију и демонстрацију инвестиционих капацитета локалних самоуправа; упознавање страних инвеститора са најповољнијим дестинацијама за инвестирање у Србији, у каталозима инвестиционих локација „пописати” brownfield и greenfield локације, информативним публикацијама и Интернет презентацијама истаћи позитивне и конкурентне предности привреде и опредељеност Владе ка спровођењу реформи, организовати такмичења типа „Инвестирајте у Србији” како би се подстакла конкурентност и побољшала пословна клима појединих градова и општина, рекламирање у реномираним привредним часописима, посете најважнијим пословним партнерима. Тако на пример, један од актуелних програма Националне

алијансе за локални економски развој (НАЛЕД), познат као Програм сертификације општина са повољним пословним окружењем доноси велике користи самим локалним самоуправама али и инвеститорима. Добијањем ових сертификата општине Инђија, Крагујевац и Лозница послале су поруку потенцијалним инвеститорима да су креирале здраво окружење погодно за развој бизниса и добиле прилику да дугорочном промоцијом у земљи и иностранству привуку значајне инвестиционе аранжмане.

5. Закључак

Да би наша земља успела у привлачењу страног капитала претходно се мора створити повољна инвестициона клима. Инвестициона клима постоји ако: владају стабилни услови привређивања, тј. ако је могуће предвиђати са великим степеном извесности, постојање политичке и социјалне стабилности, затим да Влада има позитивне ставове према иностраним инвестицијама, да постоји повољан спољно-трговински, царински и девизни третман заједничких улагања и ако је омогућена оплодна уложених средстава и добити, развијена инфраструктура укључујући комуникације и енергетику, расположива радна снага, поуздана, обучена а уједно и да је омогућен приступ сировинама и другим домаћим изворима снабдевања, те разумевање за интересе иностраног улагача у погледу подизања пројектоване рентабилности и разумног профита.

Допринос страних директних инвестиција (СДИ) економском развоју земље, а самим тим и смањењу регионалних неравномерности, пре свега се огледа кроз додатне ресурсе које са собом носе, а то су: трансфер капитала, технологије, менаџерска и организациона знања и вештине, приступ извозним тржиштима, повећање ефикасности домаће привреде снижавањем трошкова производње (директно) и подстицањем конкуренције на домаћем тржишту (индиректно), коришћење економије обима и др. “ Њихов значај се не огледа само у приливу неопходних средстава за инвестиције, већ пре свега у отварању процеса партнерских односа са компанијама из најразвијенијих земаља које представљају носиоце развоја у својој делатности.”⁷ Оне подижу ниво извоза и домаће привредне активности на ниво изнад оног који би постојао да ове инвестиције нису предузете. Држава може побољшати платни биланс и повећати своје буџетске приходе. Ефекти СДИ на запосленост могу бити различити у зависности од рока посматрања. Може се десити да СДИ у кратком року утичу на смањење запослености (пропадање домаћих и других страних фирми које не могу да издрже конкурентску утакмицу и сл.), али је јасно да се код земаља у

7 Савић, Ј., 2002., стр. 203

транзицији СДИ не могу кривити за овакве негативне појаве. У средњем и дугом року СДИ подстичу запосленост, повећање плата запослених и укупно економско напредовање целокупне привреде одређене земље, а самим тим и њених делова, чиме директно утичу на смањење регионалних разлика и сиромаштва. Важно је напоменути да тврдња да ће СДИ аутоматски довести до великог раста производње и запослености, и до смањења регионалних разлика, често могу да наведу на погрешне закључке, пошто оно што је битније није ниво СДИ, већ врста СДИ.

Стратешки интереси Србије су реформа друштвеног и привредног система која подразумева неопходне стране инвестиције и улагања у привреду која би довела до заустављања њеног пада и убрзани опоравак који је неопходан за остварење стратешких циљева. За ангажовање страног капитала у нашој привреди неопходно је постојање одређеног законско-регулативног окружења које би стимулативно деловало на мотивацију страних инвеститора. Стране инвестиције, такође, промовишу основне економске циљеве: стабилност, развој и размену знања. С обзиром на проблем изузетно високог спољно-трговинског дефицита и лоших привредних перформанси Србије, као и на недостатак инвестиционих средстава за раст извоза и привредну експанзију, стране инвестиције представљају најоптималнији облик пласмана у нашу привреду.

Литература

- Антаневски, М.,(2009), „Развојни потенцијали страних директних инвестиција:компаративна међународна искуства”, Економске теме, бр. 1-2, Ниш;
- Беговић, Б., Мијатовић, Б., Пауновић М., Поповић Д. (2008), „Гринфилд стране директне инвестиције у Србији“, Центар за либерално-демократске студије, Београд;
- Петровић, П., Антаневски, М., (2006), „Карактеристике и ефекти страних директних инвестиција у Србији“, Економске теме, бр. 1-2, Ниш;
- Савић, Љ.,(2002) „ Како у условима приватизације у Југославији повећати прилив страних директних инвестиција“ Економске теме, бр. 1-2, Ниш.

Извори

- Закон о изменама и допунама Закона о приватизацији. Службени гласник СЦГ, Бр. 45/05; <http://www.merr.gov.rs/> objavljeno: 13. мај 2010

Aleksandar Janic, master

Agency for restitution of the Republic of Serbia- the regional unit of Nis

PhD student at the Faculty of Law, University of Nis

Foreign direct investment in Serbia

Summary

The importance of this research on the foreign direct investments is mainly practical. The strengthening of the economy via the investments, on one side, and the efficient and balanced legal frame, on the other, are the base for the further analysis. In addition to this, special respect is paid to the compromising character of the investments. The subject of this research is the foreign direct investments and their impact on our country, as well as on the country in which the capital is invested. In this paper, two aspects of foreign direct investments are compared: both from the aspect of foreign companies and our country, too. The focus of this research is on the strategic interest of Serbia that implies the necessity of foreign investments in the economy. This economy would lead to its improvement and rapid growth. The social aim of this research is to show that Serbia, as a country in transition, tries to get foreign direct investments that would lead Serbia to its better and more stable development in future. Further, the aim of this research is to scientifically describe and show the models of the research that would, then, project the scientific research with the purpose to analyze foreign direct investments into the economy of Serbia.

Key words: *Foreign direct investment, Serbia, investment climate, creation of a challenging investment environment.*

ПРАВНИ СУБЈЕКТИВИТЕТ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА – СТИЦАЊЕ, ЗНАЧАЈ И ДЕЈСТВА¹

Апстракт: Привредно друштво представља вештачки створен ентитет, односно оно црпи свој правни субјективитет из правних прописа и закона. За разлику од физичких лица која постају субјекти права самом чињеницом рођења, правна лица, односно њихов оснивач или оснивачи, морају испунити претходне прописима предвиђене услове да би привредно друштво могло постати субјект права, односно да би имало правну и пословну способност. Моменат стицања својства правног лица и пословне способности је веома значајан, јер се од тада сматра да је привредно друштво настало, односно да је основано, да може бити носилац права и обавеза и да може ступати у правне односе у своје име и за свој рачун.

У већини правних система, привредном друштву се признаје правни субјективитет, које привредно друштво стиче уписом у прописани регистар. Стицањем правног субјективитета, друштво отпочиње „засебан живот“ који је различит од живота и интереса свог оснивача.

Кључне речи: привредно друштво, уговор о оснивању привредног друштва, преддруштво, правни субјективитет.

1. Уводне напомене

Привредно друштво, као облик удруживања лица и капитала зарад обављања неке од привредних делатности, јесте творевина новије историје, а последица развоја и јачања тржишне привреде. Дакле, појам привредног права је еволуирао око двеста година и теоријски, а и позитивноправно је уобичен тако да уједно садржи основне карактеристике или најважније елементе привредног друштва. Привредно друштво би се могло дефинисати

1 sanja@pravni-fakultet.info

као удружење више лица (правних или физичких), који уносе своје улоге и удружују свој рад, образујући тако основни капитал друштва, да би под заједничким (персоналним или реалним) пословним именом, обављали одређену привредну делатност ради стицања добити – профита, коју између себе деле према уговору о оснивању, односно статуту друштва (Миленовић, 1997: 86). Иако се у први мах може учинити да је дефиниција преширока и донекле незграпна, мора јој се дати за право да обухвата готово све елементе које једно привредно друштво треба да има. Наравно, да ниједна дефиниција не може да важи као универзални постулат и да мора, из разлога давања „живота“ правним нормама, трпети у пракси одређене изузетке, тако је случај и овде. Вероватно се из ових разлога, законодавац у новом Закону о привредним друштвима Републике Србије² одлучио на одређивање појма привредног друштва које је врло неодређено и кратко, односно - *Привредно друштво (у даљем тексту: друштво) је правно лице које обавља делатност у циљу стицања добити*. Дакле, овакво одређење појма привредног друштва је донекле другачије од оног које је било у раније важећем Закону од 2004. године где се привредно друштво дефинисао на следећи начин: *Привредно друштво је правно лице које оснивају оснивачким актом правна и/или физичка лица ради обављања делатности у циљу стицања добити*³. На први поглед је јасно уочљиво да дефиниција у новом закону потпуно изоставља део који се тиче тога ко може основати привредно друштво, већ је акценат дат на томе да, након оснивања привредно друштво постаје самостално правно лице, без обзира да ли су га основала физичка или правна лица. Тиме је у први план истакнут правни субјективитет који привредно друштво, након оснивања, односно, уписа у прописани регистар, стиче. Одређивање тачног момента када привредно друштво стиче правни субјективитет, је од велике важности за све ученике на тржишту, новоосновано друштво, државу и сигурност правног промета, а директно зависи од поступка и система оснивања који су у позитивном праву прихваћени.

2. Оснивање привредног друштва и стицање правног субјективитета

Привредно друштво се оснива моментом потписа акта о оснивању, односно уговора, код вишеперсоналних друштава или одлуке код једнопресоналног привредног друштва. У нашем позитивном праву и у упоредним правима, оснивачки акт има конститутивни карактер.

² Чл. 2. Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 36/2011 и 99/2011.

³ Чл. 2. Закона о привредним друштвима, *Сл. Гласник РС*, 125/2004.

Међутим, његов конститутивни карактер, са аспекта признавања својства правног лица и стицања пословне способности, се релативизира тиме што привредно друштво може самостално иступати на тржишту у своје име и за свој рачун, тек након уписа привредног друштва у прописани регистар. Дакле, без оснивачког акта привредно друштво не може да настане, али без његове регистрације, не може да почне са обављањем било каквих послова. Упис у регистар није декларативног карактера, већ конститутивног у смислу признавања правног субјективитета и настанка новог ентитета који се разликује од својих оснивача. Из разлога настанка извесног правног вакуума, који у пракси може трајати дужи или краћи временски период, поставља се питање правног третмана друштва које је конституисано оснивачким актом, а још увек није као такво регистровано и није стекло статус правног лица? Упоредноправно, оваква ситуација, тј. правни ентитет је регулисан увођењем института друштва у оснивању или преддруштва. Кључни моменат настанка преддруштва је склапање правног посла на коме се темељи друштво, те оно настаје по сили закона, без потребе да оснивачи то посебно спомињу или уређују уговором о оснивању (Барбић, 1999: 148-149). Наше право не познаје преддруштво, већ предвиђа оснивање привредног друштва у једном потезу – уписом у прописани регистар на основу потписаног оснивачког акта (уговора или одлуке) (Спировић Јовановић, 2004: 69). Међутим, то не значи да се у пракси не може догодити ситуација да оснивачи, након потписа уговора о оснивању, а пре регистрације, склапају одређене правне послове чија дејства се могу односити на будуће привредно друштво, након његове регистрације⁴. У тим случајевима у нашем праву ће доћи до примене норми грађанског права, па су самим тим веома важна теоријска одређења правне природе уговора о оснивању и заједнице оснивача која настаје пре регистрације друштва.

2.1. Садржај Уговора о оснивању привредног друштва

Уговор о оснивању привредног друштва је конститутивно – организациони акт који, као приватноправни посао, закључују правна и физичка лица као његови оснивачи (Шогоров, 2005: 58). Само одређење уговора о оснивању привредног друштва као конститутивног – организационог акта, одређује

4 Домаћа судска пракса је на становишту да је новоосновано привредно друштво одговорно за обавезе оснивача до висине активе која му је пренета бестеретним правним послом. *Наведено према:* Решењу Врховног суда Србије, Пзз. 11/04 од 01.04.2004. године, као што плаћање штете оштећенима од стране друштва за обавезе оснивача није противно принудним прописима. *Наведено према:* Пресуди Врховног суда Србије, Прев. 192/2009 од 23.06.2009. године. - Преузето из правне базе програмског пакета Propis soft-a, <http://propissoft.propissoft.rs/> дана 05.02.2014. године.

његову садржину. Код нас, али и у другим правним системима, садржина уговора је унапред прописана императивним нормама уз остављен слободан избор оснивачима да у уговор унесу још неке одредбе за које ови сматрају да су битне за уређење њихових међусобних односа, а које су наравно, законски дозвољене.

Наше позитивно законодавство је оснивачки акт, односно уговор о оснивању дефинисало у општим одредбама, а касније се утврђује његова садржина за сваку појединачну форму привредног друштва које постоји у нашем правном систему – ортачко друштво, командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво. Теоријски посматрано, уговор о оснивању друштва, без обзира на форму друштва, треба да уређује три основне групе правних односа:

- 1) међусобна права и обавезе оснивача (и евентуално каснијих чланова друштва) у вези са оснивањем;
- 2) организацију друштва и
- 3) учешће и положај члана у друштву (члански однос) (Шогоров, 2005: 59).

Уколико се још више конкретизује садржина уговора о оснивању, он треба да садржи податке о оснивачима (личне податке на основу којих се идентификују физичка лица, уколико су они оснивачи и/или на основу којих се идентификују правна лица, уколико су они оснивачи), затим, пословно име и седиште друштва које се оснива, његову делатност, улоге оснивача, права и обавезе оснивача, услове и начин утврђивања и распоређивања добити и сношење ризика и друге одредбе од значаја за оснивање. Тако, рецимо важећи Закон о привредним друштвима прописује садржину за оснивачки акт, односно уговор о оснивању командитног друштва: податке о оснивачима, пословно име и седиште, претежну делатност, означавање врсте и вредности улога сваког оснивача, што је исто и за оснивачки акт ортачког друштва, са допуном да код ове форме у уговор о оснивању мора бити обавезно назначено који члан друштва је комплементар, а који је командитор.

Слично нашем праву и англосаксонски правни системи регулишу оснивачки акт привредних друштава, одн. *Corporations*, који називају *Articles of Incorporation* (Jentz, Miller Leroy, Cross, 1993: 719). Такође, оснивачки акт се у англосаксонском правном систему назива још и *Articles of Association*⁵ или само *Charter* (Getz, 1977: 431 – 432). Он је строго формалан, мора бити

5 У common law систему Велике Британије, Наведено према: http://www.companylawclub.co.uk/topics/registering_a_company.shtml, приступљено 17.02.2014.год.

сачињен у писменој форми, потписан од стране свих оснивача, мора да садржи прописане елементе и као такав се предаје одређеном државном органу, обично секретару државе - *secretary of the state* (Jentz, Miller Leroy, Cross, 1993: 719). Уговор о оснивању се у англосаксонској правној теорији сматра јавним документом – *public document* и за њега важи претпоставка да су сви са њим упознати и да га разумеју, што се назива *constructive notice*. То има значајне последице за све који ступају у правне односе са привредним друштвом и то:

1) трећа лица су заштићена од заступника привредног друштва који покушава да делује супротно одредбама оснивачког акта и

2) трећа лица која послују са привредним друштвом не могу да се жале да нису знали одређене одредбе оснивачког акта (Rocchi, B.A, LL.B., 1976: 77). То све наравно, важи када је оснивачки акт предат надлежном органу и када је привредно друштво већ основано, јер у супротном ни нема привредног друштва, односно бар његовог правног субјективитета, осим изузетка фактичког привредног друштва, које постоји у англосаксонском правном систему⁶.

У англосаксонском правном систему, Уговор о оснивању, односно, *Article of Association* или *Article of Incorporation*⁷, треба да садржи пословно име и седиште, делатност или како је то на енглеском језику *Nature or Purpose*, што би у буквалном преводу значило – Природа или Сврха, а што се свакако не би тачно поклапало са тумачењем делатности привредног друштва. Међутим, даља разрада овог елемента уговора о оснивању, управо своди *Nature or Purpose* на делатност, онако како је схватају европска законодавства. Следећи елемент уговора о оснивању јесте трајање привредног друштва. Ово стога, што, рецимо неке државе у Сједињеним Америчким Државама својим правним актима прописују максималну дужину трајања привредних друштава, након чега се оно мора поново обновити или енгл. *Renew its existance*. Следећи елемент је структура капитала, и то је углавном четврта одредба уговора и односи се на износ капитала и остале информације од значаја за оснивачки капитал. У уговору се надаље регулише унутрашња организација привредног друштва, те се

6 Англосаксонски правни систем познаје и тзв. неправилна привредна друштва, односно *improper incorporation*. То би другим речима значило да се разликују корпорације које законски постоје – *corporation de jure*, од оних које фактички постоје, али са одређеним недостацима - *corporation de facto*. (Рецимо уколико је истекао период регистрације привредног друштва, уколико је прописима предвиђено његово продужавање после одређеног времена, па се пропусти рок продужења, њему се признаје статус *de facto* привредног друштва, и трећа лица не могу оспоравати његово постојање, осим државе).

7 У Америчком и Аустралијском правном систему.

уносе подаци о регистарској канцеларији државе и подаци о оснивачима односно *incorporators*. (Jentz, Miller Leroy, Cross, 1993: 718 – 719. и Getz, 1997: 432).

2.2. Правна природа Уговора о оснивању

У правној теорији постоји општа сагласност о приватноправној природи уговора о оснивању, јер у његовој основи лежи *affectio societatis*, као воља, односно намера два или више лица да се удруже ради обављања одређених послова, с тим да деле користи и губитке из тих послова (Ripert, 1986: 474). Домаћи аутори су углавном сагласни да је правна природа уговора о оснивању у основи грађанскоправни ортаклук и да се на њега примењују опште одредбе које важе за уговоре. Међутим, правна ситуација која настаје закључењем таквог уговора није иста као код осталих уговора. Наиме, њиме се ствара нови ентитет у чије име, до регистрације предузимају правне радње његови оснивачи или лице које они овласте. Те правне радње или, тзв. припремне радње, могу бити различитог обима, од врло једноставних, до веома сложених и финансијски крупних послова (куповина или закуп пословних просторија, набавка осниваних средстава рада, закључивање уговора о кредиту са банком ради обезбеђивања средстава којима ће се покривати трошкови код оснивања друштва и сл.). И англосаксонско право познаје термин припремне радње код оснивања привредних друштава. Као и у другим правним системима, и овде се тзв. промотери, односно лица која предузимају припремне радње зарад оснивања привредног друштва, сматрају лично одговорнима за све правне послове које закључе до регистрације, а након тога, привредно друштво може преузети сва права и обавезе које су до тог момента настале (Jentz, Miller Leroy, Cross, 1993: 717). До доношења новог Закона о привредним друштвима 2011. године, у правном систему Републике Србије, односно у Закону о привредним друштвима из 2004. године, под Општим одредбама, постојала је одредба која је гласила: *Оснивачи друштва и друга лица за преузете обавезе у вези са оснивањем привредног друштва одговарају солидарно целокупном својом имовином, ако уговором са трећим лицима која имају потраживања по том основу није другачије одређено*⁸. У новом закону је оваква одредба изостављена, као што је и изостављена и било каква могућност да може постојати оваква правна ситуација пре регистрације друштва. То, наравно не значи да више не постоји потреба за тим видом регулације, већ можда

8 Члан 12. Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 125/2004. И надлежни судови су примењивали ову законску одредбу, *види више*: Пресуда Вишег трговинског суда бр. Пж. 5584/06 од 07.09.2006. године, Преузето из правне базе програмског пакета Propis soft-a, <http://propissoft.propissoft.rs/> дана 05.02.2014. године.

да је ипак то једна озбиљна правна празнина и превид од стране законодавца. Условно речено, након регистрације привредног друштва, постоји одговорност оснивача у случају злоупотребе правне личности, односно тзв. пробијања правне личности, где оснивачи одговарају неограничено за обавезе друштва уколико су учинили један вид од набројаних злоупотреба. Ово све под условом да је привредно друштво, након регистрације прихватило правне послове које су у име и за рачун друштва склопили његови оснивачи⁹.

Из горе наведених разлога, у теорији постоји још једно схватање правне природе уговора о оснивању, која стоји насупрот уговорној теорији. То је нормативистичка теорија, која има велики утицај у германском правном кругу и која негира уговорну, али и приватноправну природу уговора о оснивању. Уговорна природа се признаје само до регистрације привредног друштва. Након тога, уговор о оснивању прераста у споразум којим је створен један нови ентитет са сопственим и засебним правним животом (Шогоров, 2005: 60-66).

Све напред речено наводи на закључак да је правна природа уговора о оснивању до регистрације и стицања својства правног лица друштва које се оснива, у суштини уговорна, а опет узимајући у обзир значај оснивачког акта, и на почетку, а и касније (где је он највиши општи акт друштва или тзв. Устав друштва), он је организационо – нормативни акт. Дакле, уговор о оснивању као уговор *sui generis*, има мешовиту правну природу која зависи од тренутка посматрања. Другим речима, веома је важно када се одређује његова правна природа; да ли када је уговор закључен и привредно друштво на основу њега основано и уписано у прописани регистар или када је закључен, али пре него правни систем друштву у оснивању призна својство правног лица, када постоји тзв. преддруштво.

2.3. Појам и карактеристике преддруштва

Појам преддруштва, или друштва у оснивању се одређује као заједница оснивача која настаје након потписа уговора о оснивању, а пре регистрације друштва. Дакле, потписом уговора о оснивању привредно друштво је основано, али није још увек стекло правни субјективитет. Другим речима, дејство уговора о оснивању као правног посла јесте настанак правне заједнице чланова, која је првенствено унутрашња, тј. уређује међусобне односе оних који су га закључили. Међутим, та правна заједница делује и према трећим лицима, те има и шире дејство (Барбић, 1999: 148).

⁹ Члан 18. Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 36/2011 и 99/2011.

Схватање појма преддруштва се у правној теорији различито схвата и објашњава у зависности од схватања правне природе уговора о оснивању. Иако постоји сагласност да је правна природа уговора о оснивању у основи грађанскоправни ортаклук и да се на њега примењују опште одредбе које важе за уговоре, о чему је раније било више речи, ипак се не може рећи да је преддруштво орташтво грађанског права, јер престаје настанком привредног друштва, односно уписом друштва у прописани регистар, а не ликвидацијом или развргнућем ортачке заједнице, те има континуитет. Исто тако се не може рећи ни да је оно привредно друштво, јер му недостаје правни субјективитет (Васиљевић, 2006: 78). Преддруштво настаје закључењем уговора о оснивању и траје до уписа привредног друштва у прописани регистар. Заједнички циљ који оснивачи остварују преко преддруштва јесу све припремне радње које претходе упису у регистар привредног друштва. Иако преддруштво нема правни субјективитет, оно има неку врсту субјективитета, јер сва права и обавезе које предузима, не предузима у име својих оснивача, већ у име будућег привредног друштва које ће из њега настати. За преузете обавезе које настану из правних послова преддруштва и трећих лица, пре регистрације привредног друштва, солидарно и неограничено одговарају његови оснивачи целокупном својом имовином. Када привредно друштво стекне правни субјективитет, на њега аутоматски прелазе сва права и обавезе које је преддруштво преузело у његово име. Права и обавезе које су преузели пак оснивачи у своје име, прелази на друштво само уколико из оно преузме, односно ратификује, а преносе се на друштво правилима уговорног права (Васиљевић, 2006: 79).

Америчко и енглеско законодавство не познаје институт преддруштва и за све уговоре које оснивачи потпишу пре регистрације друштва, они су лично одговорни и та лична одговорност се продужује и када се привредно друштво региструје, без обзира да ли је уговор закључен у име будућег друштва или у име оснивача. Ослобађање одговорности је једино могуће у случају да привредно друштво, након стицања својства правног лица одлучи да преузме права и обавезе настале из уговора који су закључени пре његовог оснивања (Jentz et al, 1993: 717. и Rosenberg, Ott, Byers, Brown, 1983: 445)¹⁰.

Појам преддруштва познају европска правна законодавства, као нпр. Немачка, Аустрија и Француска (Барбић, 1999; 148).

У суседној Хрватској се статус преддруштва признаје заједници оснивача, након потписа уговора о оснивању, по самом Закону о трговачким

10 http://www.companylawclub.co.uk/topics/registering_a_company.shtml; приступљено 17.02.2014. год.

друштвима¹¹, где је на једном месту решено питање преддруштва за сва привредна друштва (Барбић, 1999: 148).

У позитивном праву Републике Српске, нема одређења појма преддруштва, али зато постоје норме које се односе на одговорност оснивача за обавезе пре регистрације друштва (слично као што је то постојало у ранијем Закону о привредним друштвима Србије из 2004. године)¹².

Наше позитивно привредно законодавство је новим Законом о привредним друштвима од 2011. године, изменило схватање правне ситуације која може настати у правном вакууму од момента закључења уговора о оснивању привредног друштва, па до његове регистрације. Ни раније, правни систем Србије није регулисао питања преддруштва, али је бар правно уређивао одговорност оснивача за обавезе пре регистрације друштва. Садашња решења сву одговорност оснивача упућују на институт пробијања правне личности¹³. Из тога произилази да наше позитивно законодавство правној заједници оснивача, до регистрације друштва, не признају никакав статус, па чак ни друштва у оснивању. То би могло бити потенцијално лоше решење баш из раније наведених разлога због којих оснивачи и предузимају одређене правне радње пре регистрације, а које су неопходне и управо служе за припрему регистрације. Међутим, на овакво решење се може гледати и на други начин. Наиме, у пракси оснивачи могу да иступају у име будућег друштва на које ће аутоматски прећи сва права и обавезе у оном моменту када оно стекне правни субјективитет. Ако се крене од претпоставке да ће оснивачи радити у интересу будућег друштва, онда овакво решење служи ефикасности и континуитету права и обавеза без потребе додатног закључивања било каквих формалних уговора. Дакле, долази до уштеде времена и новца друштва. Ипак, ситуација се потпуно мења уколико оснивачи не раде у интересу будућег друштва. Мада је то ретко претпоставка, није немогуће замислити такву ситуацију, посебно код оснивача који се служе различитим шпекулацијама и приступају оснивању привредног друштва из побуда које воде злоупотреби друштва и правних прописа. Тада долази до активирања раније поменутих норми Закона које се односе на пробијање правне личности привредног друштва, која се односе на период када је привредно друштво већ настало, дакле после његове регистрације и када је оно већ носилац свих права и обавеза које су оснивачи преузели пре његовог настанка. Како је опште позната

11 Члан 6 Закона о трговачким друштвима, „Народне новине Републике Хрватске“ бр. 111/93, 34/99, 121/99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12 и 68/13.

12 Члан 12 Закона о привредним друштвима „Службени гласник Републике Српске“ бр. 01- 1882/08.

13 Члан 18. Закона о привредним друштвима, *Сл. гласник РС*, 36/2011 и 99/2011.

чињеница дужине трајања судских поступака, овакво решење може озбиљно утицати на пословање поверилаца из правних послова у питању и сл. Практично посматрајући, код примене института пробијања правне личности, може се јавити још један проблем, а то је његова ретка примена у пракси. Разлози томе се крећу од колебљивости самог законодавца до колебљивости судова у примени норми које се односе на пробијање правне личности привредног друштва (Васиљевић, 2006: 93-94).

Упоредноправна решења раније описаних ситуација, посебно америчко, где привредно друштво, након оснивања има избор да ли ће преузети раније обавезе или не, чини се рационалнијим.

Читава претходна дебата се може релативизирати на тај начин што правни субјективитет привредног друштва јесте различит од његових оснивача, али ипак то привредно друштво чине ти исти оснивачи (бар његов персонални супстрат), управљају њиме, закључују уговоре у име друштва и сл. То другим речима значи, да уколико се приступи оснивању привредног друштва из побуда које воде злоупотреби друштва и правних прописа, вероватно ће се и каснији правни послови, предузети након његове регистрације, закључивати из сличних побуда и ту правни субјективитет привредног друштва неће бити од већег значаја. Биће потпуно свеједно у ком тренутку такви оснивачи предузимају правне радње. Наш законодавац полази од претпоставке да су овакви случајеви ретки у пракси, па је стога ситуација решена прописима, без детаљисања, али опет са механизмом који може спречити све евентуалне злоупотребе привредних друштава.

3. Правни субјективитет привредног друштва

Привредно друштво стиче правни субјективитет моментом уписа у прописани регистар и од тог тренутка оно може почети са обављањем своје регистроване делатности и може самостално иступати у правном промету у своје име и за свој рачун. Иако настаје на основу уговора о оснивању и заснива се на уговорним основама (када се ради о више оснивача), након регистрације, привредно друштво постаје институционална заједница његовог персоналног и имовинског супстрата. Тако створена заједница од тренутка стицања својства правног лица, почиње да води „засебан“ правни живот, који је различит од његових оснивача. Ово би требало универзално да важи за све облике и форме привредног друштва, мада је потпуно логично да се тзв. засебан живот привредног друштва које се оснује у форми друштва лица, другачије практично изражава. Наиме, друштва лица се, упркос правном субјективитету, никада потпуно не могу решити своје уговорне природе, јер овим друштвима управљају

чланови као уговорне стране из оснивачког акта, а не неки засебни и посебно формиран органи, као што је то случај код друштва капитала (Васиљевић, 2004: 41).

Историјскоправно посматрано, теоријске полемике око правног субјективитета привредних друштава су биле бројне, као што су били бројни и разлози због којих су браћене супростављене теорије – негације и афирмације (Васиљевић, 2004: 40).

Основно полазиште различитих негаторских теорија јесте потпуна негација правног субјективитета привредног друштва, као посебне правне личности, различите од својих оснивача. Дакле, теорије негације, истичу персонални супстрат привредног друштва на такав начин, да привредно друштво, ни онда када почне са обављањем своје делатности, нема различите интересе од својих оснивача. По овим теоријама, привредно друштво не може да има ни имовину која је различита од имовине својих власника, већ за обавезе друштва они одговарају солидарно целокупном својом имовином.

Насупрот теоријама негације, стоји други правац који привредним друштвима признаје правни субјективитет. То је правац афирмације, који такође има више различитих варијација. Прва од тих варијација је *теорија фикције*, по којој је правни субјективитет привредног друштва фикција, вештачки створен субјект права, јер само физичка лица могу имати и слободно изражавати своју вољу. Према *теорији реалности*, постојање и признавање правног субјективитета привредног друштва јесте једна реалност, те правни односи у које ступа су реални правни односи. Након теорије реалности, развила се *институционална теорија*, која привредно друштво види као потпуно самостални субјект, потпуно одвојен од свог персоналног супстрата, који има своје сопствене интересе који понекад могу бити не само различити, већ и супротстављени интересима својих власника. Степен различитости и супротстављености интереса друштва и његовог персоналног супстрата није исти код свих форми привредних друштава (Guinnane, Harris, Lamoreaux, Rosenthal, 2007: 678-729).

Неки аутори сматрају да је правни субјективитет привредног друштва почива на разлозима целисходности и политике, те да је конструисан правним прописима, а не дат (Јовановић, 1990: 98).

Наше позитивно право признаје правни субјективитет свим формама привредних друштава – ортакчко и командитно друштво, друштво са ограниченом одговорношћу и акционарско друштво.

У вези са правним субјективитетом јесте и пословна способност привредних друштава. Пословна способност за физичка лица значи да она могу изјавом своје воље да стичу, мењају или укидају права и обавезе (Николић, 1999: 206). Уколико овакво одређење пословне способности покушамо применити на привредна друштва, поставља се питање на који начин ће она изјављивати своју вољу. Ако се под вољом подразумева психичко стање свести, јасно је да привредно друштво не може имати вољу. Вољу могу имати само физичка лица, па стога воља код привредних друштава подразумева вољу чланова органа привредног друштва или његових заступника као физичких лица. Иако има правни субјективитет и може бити самостално носилац права и обавеза, привредно друштво у правном промету иступа преко својих заступника (Јанковец, 1996: 95). Дакле, правни субјективитет, па самим тим и пословна способност привредног друштва се изражава преко органа управљања друштва, или преко његових заступника.

У америчком законодавству, правна природа привредног друштва – *corporation*, се дефинише као правни ентитет створен и признат од стране закона који се идентификује под одређеним именом. Корпорацијама је признат атрибут „особе“ и федералним законом, али и законима држава чланица, те оне уживају многа, мада не и сва права која су призната и физичким лицима, држављанима САД-а. Закон о правима (Jentz et al, 1993: 710) гарантује „особама“ одређена права и заштиту и корпорације се подводе под тај термин у већини случајева. Тако, корпорације имају иста права као и физичка лица и исту заштиту из Четрнаестог Амандмана – право на приступ судовима (тужити и бити тужен) и сл. Корпорацијама је такође, загарантовано право слободе говора, као и физичким лицима (Први Амандман). Осим слободе говора у смислу изражавања кроз свој маркетинг и рекламирање својих услуга, ова слобода је проширена и на слободу изражавања политичког мишљења у одређеним питањима (Jentz et al, 1993: 711). Разлика у односу на физичка лица, постоји код евентуалних кривичних дела која учини корпорација, јер корпорација као вештачка правна особа не може бити послата на издржавање казне затвора, па се кривична одговорност пребацује на лица која могу бити деликтно одговорна – лица која управљају или заступају корпорације. Међутим, англосаксонски правни систем познаје *ultra vires* доктрину, која у преводу значи деловање изван своје моћи, односно она важи у случајевима када привредно друштво у свом пословању прекорачи пословну способност која му је дата прописима (Lipton, Herzberg, 2000: 82). Дакле, привредним друштвима је призната правна и пословна способност, али само у оквиру обављања послова који су утврђени у оснивачком акту и на основу овлашћења која су има дата прописима, те

та правна и пословна способност није општа и не може се поистоветити са правном способношћу физичких лица. Новије позитивно англосаксонско законодавство ублажава последице *ultra vires* доктрине, чији је првобитни циљ био заштита акционара и чланова друштва, као и његових повериоца. Тако је, нпр. у Аустралији 1998. године, доношењем *Company Law Review Act* – а, члан 124., компанијама дат правни субјективитет, па самим тим и правна и пословна способност као и индивидуама (Lipton, Herzberg, 2000: 82). У америчком правном систему, ова доктрина се ублажава на начин да су послови изван овлашћења компаније, валидни између страна које су у њему учествовале, а да се оставља право акционарима и члановима да побијају такве правне послове (Jentz et al., 1993: 723).

Правни субјективитет привредног друштва траје до престанка привредног друштва, односно до момента брисања привредног друштва из прописаног регистра. За време трајања поступка престанка (ликвидација или стечај), привредно друштво задржава правни субјективитет у оној мери колико је он потребан за спровођење поступка престанка - ограничена правна способност (Васиљевић, 2005: 49).

3.1. Значај правног субјективитета

Правни субјективите привредних друштава има вишеструки значај у правном промету. Захваљујући њему привредно друштво стиче својство правног лица, а тиме постаје и посебан субјект права. То значи да оно може стицати права и преузимати обавезе у правном промету (пословна способност), може подизати тужбе пред судом и бити тужено (процесна способност). Такође, велики значај правног субјективитета јесте и имовина коју привредно друштво, као посебан субјект права може имати. Својом посебном имовином, која је различита од имовине њених оснивача и чланова, привредно друштво одговара за своје имовинске обавезе (Јанковец, 1996: 92). Привредно друштво у правном промету иступа преко својих заступника, као физичких лица, чија овлашћења посебно утврђују, а понекад и ограничавају органи управљања привредних друштава.

Процесна способност привредних друштава може бити веома важна код различитих судских поступака. Наиме, у случајевима када трећа лица или повериоци туже привредно друштво, углавном се претпоставља да се евентуални успех у спору или накнада штете лакше може наплатити од правних, него од физичких лица. Посебно уколико су обе стране у поступку правна лица, па је надлежност на привредним судовима, онда је брзина пресуђивања далеко бржа него у грађанским споровима.

Поседовање посебне имовине која је различита од имовине његових оснивача и чланова, може бити веома битна и са гледишта интереса тих истих оснивача, али и са аспекта трећих лица. Оснивачима је свакако веома важно да своју одговорност за имовинске обавезе ограниче на висину свог удела у друштву и тиме се осигурају да њихова лична имовина буде потпуно одвојена од друштва. Изузетак од тога представља инситут пробијања правне личности за чију примену морају да се испуне одређени услови. Посебна имовина привредних друштава може двојако утицати на положај његових поверилаца и трећих лица. Уколико је привредно друштво успешно и солвентно, повериоци би требали лакше да наплате своја потраживања. Међутим, уколико је привредно друштво презадужено, рецимо банкарским кредитима који се лакше одобравају привредним друштвима, те је преценило своју привредну моћ, повериоци неће моћи своја потраживања наплаћивати изван имовине коју друштво поседује, односно његови власници и чланови неће бити одговорни својом личном имовином.

Англосаксонско законодавство, код правног субјективитета наводи и чињеницу да због њега, привредно друштво не престаје да постоји смрћу његовог власника или смрћу једног од власника. Другим речима, „живот“ привредног друштва може бити дужи од живота његових чланова, што може имати велики значај код сигурности правног промета и потребе постојања континуитета у привредном пословању (Lipton et al., 2000: 25). Како привредни живот има далеко и неупоредиву дужи „животни“ век од просечног животног века физичких лица, овако представљен ефекат и значај правног субјективитета налази и своје практично оправдање.

3.2. Дејства правног субјективитета

Правни субјективитет привредног друштва прозводи имовинска и ванимовинска дејства. Прва су повезана са претходно поменутом чињеницом да је имовина привредног друштва одвојена од имовине његових власника (осим када се ради о ортацима у ортачком друштву и комплементару у командитном друштву). Ванимовинска дејства правног субјективитета су елементи индивидуализације привредног друштва – пословно име, седиште, делатност, национална припадност, посебан пословни рачун и сл.

Посматрајући правни субјективитет привредног друштва и његова дејства у пракси, долази се до закључка да она представљају једну неодвојиву и узајамно повезану и условљену целину. Одвојено анализирање имовинских и ванимовинских дејстава правног субјективитета је могуће

само у теоријским расправама и разлог томе је боље разумевање и једних и других.

Иако се у литератури имовинска дејства правног субјективитета истичу као прва у анализама, ипак би се могло рећи да временски, прво настају ванимовинска дејства. Ово стога, што поседовање имовине, која настаје од удела оснивача, није довољно да би се привредно друштво истакло као посебан субјект права. Њега, као посебног субјекта у правном промету, који се разликује од других сличних привредних друштава, на првом месту одређују ванимовинска дејства правног субјективитета – посебно име, седиште, делатност и сл. Ипак неодвојивост и међусобна условљеност дејстава правног субјективитета се огледа и у томе, што привредно друштво, као јасно дистиктиван нови ентитет у правном промету, мора имати и своју посебну имовину.

Литература

- Барбић, Ј. (1999). *Право друштава, књига прва – опћи дио*; Загреб.
- Васиљевић, М. (2004). *Пословно право*; Београд.
- Васиљевић, М. (2005). *Компанијско право*; Београд.
- Васиљевић, М. (2006). *Коментар Закона о привредним друштвима*; Београд.
- Guinnane, T., Harris, R., Lamoreaux R., N. and Rosenthal, J.L. (2007). *Putting the Corporation in its Place*; Oxford University Press on behalf of the Business History Conference. Advance Access publication July 19.
- Getz, G. (1977). *Business Law*; Fifth edition, Glencoe Publishing Company.
- Јанковец, И. (1996). *Привредно право*; Београд.
- Jentz A. G., Miller L. R., Cross B. F. (1993). *West Business Law*; Fifth edition, West publishing company.
- Lipton, P., Herzberg, A. (2000). *Understanding Company law*; Melbourne, Australia.
- Миленовић, Д. (1997). *Субјекти привредног права*; Ниш.
- Ripert, G, et Roblot, R (1986). *Traite elementaire de droit commercial*; tome I, Paris.
- Rosenberg R., Robert, Ott G., William, Byers E., Edward and Brown W., Gordon (1983). *Business law, With UCC Applications, Sixth edition*; USA.
- Rocchi J., Thomas, B.A, LL.B. (1976). *Guide to Canadian Business law*; Toronto, Canada.

Спировић Јовановић, Л. (2004). *Трговинско право*; Београд.

Шогоров, С. (2005). *Природа уговора о привредном друштву*; „Ново привредно законодавство“, Крагујевац.

Закон о привредним друштвима. *Службени гласник РС*. Бр. 36 и 99 (2011).

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

Закон о трговачким друштвима, „Народне новине Републике Хрватске“ бр. 111/93, 34/99, 121/ 99, 52/00, 118/03, 107/07, 146/08, 137/09, 152/11, 111/12 и 68/13.

Закон о привредним друштвима „Службени гласник Републике Српске“ бр. 01- 1882/08.

http://www.companylawclub.co.uk/topics/registering_a_company.shtml, приступљено 17.02.2014.год.

Пресуда Вишег трговинског суда бр. Пж. 5584/06 од 07.09.2006. године, Преузето из правне базе програмског пакета Propis soft-a, <http://propissoft.propissoft.rs/> дана 05.02.2014. године.

Решење Врховног суда Србије, Пзз. 11/04 од 01.04.2004. године - Преузето из правне базе програмског пакета Propis soft-a, <http://propissoft.propissoft.rs/> дана 05.02.2014. године.

Пресуда Врховног суда Србије, Прев. 192/2009 од 23.06.2009. године. - Преузето из правне базе програмског пакета Propis soft-a, <http://propissoft.propissoft.rs/> дана 05.02.2014. године.

Msc Sanja Skoric, sekretary
University of Business academy in Novi Sad
Faculty of law for commerce and judiciary in Novi Sad

LEGAL PERSONALITY OF THE COMPANY – ACQUISITION, THE SIGNISITIOM AND EFFECTS

Summary

A company is an artificially created entity, and it derives its legal status from legislation and law. Unlike individuals who become subjects of law by the very fact of birth, legal persons, or their founder or founders, must meet the requirements of the previous regulations provided that the company could become the subject of law, that would have legal capacity. Moment of acquisition of legal personality and legal capacity is very important, because since then is considered to be a company formed, that is established, it may be a bearer of rights and obligations and can enter into legal relations in its own name and for its own account. Most jurisdictions recognize the legal personality of a company which is acquired by registration in the prescribed register. Acquisition of legal personality, company starts “separate life” which is different from the lives and interests of its founder. A company is established at the moment of the signature of the founding act or contract, which has a constitutional character. However, its constitutive character, in terms of recognition of legal personality and gaining business skills, is compensated by a company may act independently on the market in its own name and for its own account, after registration of the company in the prescribed register. Entry in the register is not declarative, but a constituent in terms of recognition of legal personality and the creation of a new entity that is distinct from its founders. For reasons of occurrence of certain legal vacuum, which in practice may last longer or shorter period of time, there is a question of the legal treatment of a society that is constituted by the Memorandum of Association, and has not been registered as such and did not acquire the status of a legal person?

Determination of the Memorandum of Association of the company as a constituent - an organizational act, also determines its content. Legal nature of the treaty establishing the registration and acquisition of legal personality of the company being established essentially contractual, and again taking into account the importance of the charter, and in the beginning, and later (where he is the highest general of Association or so. Constitution of society) a normative act. Therefore, the agreement on the establishment is a contract sui generis, and has a mixed legal nature which depends of the time of observation.

Keywords: *Company, the Articles of Incorporation, company before registration, legal personality.*

