



UDK: 34 (05)

ISSN: 1450 - 8176

УНИВЕРЗИТЕТ У КРАГУЈЕВЦУ
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ

ГЛАСНИК ПРАВА

ГОДИНА X | БРОЈ 2 | 2019.

HERALD OF LAW

Year X | No. 2 | 2019.

Крагујевац, 2019.

ГЛАСНИК ПРАВА/HERALD OF LAW
часопис из области права и сродних друштвених наука

Издавач: Правни факултет, Универзитет у Крагујевцу
Јована Цвијића 1, 34 000 Крагујевац, Република Србија
e-mail: faculty@jura.kg.ac.rs

Главни и одговорни уредник: Проф. др Нина Планојевић
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
e-mail: nplanojevic@jura.kg.ac.rs; тел. +381 34 306 514

Уређивачки одбор:

Проф. др Снежана Соковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Проф. др Драган Вујисић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Проф. др Срђан Владетић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Проф. др Славко Ђорђевић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Доц. др Вељко Влашковић, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

Секретар уређивачког одбора: асист. др Александра Павићевић

Контакт адреса уредништва:

Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Јована Цвијића 1, 34 000 Крагујевац, Република Србија
e-mail: glasnik@jura.kg.ac.rs; тел. +381 34 306 514; факс +381 34 306 540

Издавачки савет:

dr Günter Pütner, професор emeritus, СР Немачка
dr Hans Ankum, професор emeritus, Холандија
проф. др Хрвоје Качер, Правни факултет Свеучилишта у Сплиту, Република
Хрватска
dr Christa Jessel-Holst, Макс Планк институт за упоредно и међународно
приватно право у Хамбургу, СР Немачка
др Станко Бејатовић, професор у пензији Правног факултета Универзитета у
Крагујевцу
Звонко Марковић, председник Адвокатске коморе Крагујевца

Интернет адреса: <http://www.jura.kg.ac.rs/gp>

УДК чланака: Драгана Лекић, Весна Максимовић

Штампа: Графичка радња „Кварк“, Краљево

Тираж: 50 примерака

За претплату и наручивање појединачних примерака контактирати издавача.

Часопис излази у *штампаном облику* од 1992. (са прекидом у излажењу 1998.-2015.), а у *електронском облику* од 2010. Следбеник је часописа «Гласник Правног факултета у Крагујевцу», основаног 1979. Досадашњи главни и одговорни уредници су били: др Миленко Јовановић, др Живомир Ђорђевић, др Тодор Подгорац, др Ненад Ђурђевић, др Емилија Станковић, др Славко Ђорђевић.

© 1992 Гласник права (Glasnik prava/Herald of Law) / Правни факултет у Крагујевцу

ГЛАСНИК ПРАВА

Година X, бр. 2, 2019.

САДРЖАЈ

НАУЧНИ РАДОВИ

1. Снежана Соковић, КРИМИНАЛИТЕТ (И)МИГРАНАТА
– ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ И СТАЊЕ У СРБИЈИ 3
2. Вељко Турањанин, ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ МАЛОЛЕТНИХ
МИГРАНАТА СА И БЕЗ ПРАТЊЕ ПРЕМА
СТАВОВИМА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА 17
3. Зоран Чворовић, РЕЛАЦИЈА У ЧЛАНУ 181
ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА И У СРЕДЊОВЕКОВНИМ
РУСКИМ ПРАВНИМ СПОМЕНИЦИМА 37
4. Милица Маринковић, ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈА КАЗНЕ ПРЕМА
ФРАНЦУСКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ ОД 1810. ГОДИНЕ 51
5. Зоран Јовановић, ТОК ПОСТУПКА ДО ДОНОШЕЊА РЕШЕЊА
ПО НОВОМ ЗАКОНУ О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ
У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ 67
6. Борко Михајловић, ДИСКВАЛИФИКАЦИЈА ЧЛАНА УПРАВЕ
ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА: НОВА САНКЦИЈА ЗА ПОВРЕДУ
ДУЖНОСТИ ПРИЈАВЉИВАЊА ПОСЛОВА И РАДЊИ
СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ У СРПСКОМ ПРАВУ 81
7. Јелена Чановић, КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНИХ ЛЕКОВА,
ПОСЕБНО У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ
И КРОЗ ПОЛОЖАЈ УМЕШАЧА 91
8. Ненад Дугалић, МЕСТО ЗЕМАЉА БРИКС-а
НА ГЛОБАЛНОЈ ЕКОНОМСКОЈ МАПИ СВЕТА 117

СТРУЧНИ РАДОВИ

1. Тијана Баћовић, ФОРМА УГОВОРА О ПОКЛОНУ 131
2. Дејан Симић, ДЕМОКРАТИЈА У ЕРИ ПОСТСУВЕРЕНОСТИ 147

ПРИКАЗИ

1. Александар Петров: Зоран С. Голубовић, НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ
И ПОЛИЦИЈСКА РЕАКЦИЈА, Партенон, Београд, 2018 161

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ 167

HERALD OF LAW

Year X, No. 2, 2019.

CONTENS

SCIENTIFIC PAPERS

1. Snežana Soković, (IM)MIGRANT CRIMINALITY
- GENERAL CHARACTERISTICS AND SITUATION IN SERBIA 3
2. Veljko Turanjanin, UNACCOMPANIED MIGRANT MINORS
DETENTION BEFORE THE EUROPEAN CONVENTION
ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS 17
3. Zoran Čvorović, RELATIO IN THE ARTICLE 181
OF THE DUSHAN'S CODE AND IN MEDIEVAL
RUSSIAN LEGAL SOURCE 37
4. Milica Marinković, INDIVIDUALISATION OF PUNISHMENT
ACCORDING TO THE FRENCH PENAL CODE OF 1810 51
5. Zoran Jovanović, THE PROCEDURES PRECEDING THE ADOPTION
OF A DECREE ACCORDING TO THE NEW LAW ON GENERAL
ADMINISTRATIVE PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF SERBIA 67
6. Borko Mihajlović, DISQUALIFICATION OF THE COMPANY'S
MEMBER OF MANAGEMENT: NEW SANCTION FOR THE BREACH
OF DUTY TO REPORT BUSINESSES AND ACTS IN WHICH EXISTS
PERSONAL INTEREST IN THE SERBIAN LAW 81
7. Jelena Čanović, CHARACTERISTICS OF LEGAL REMEDIES
ESPECIALLY IN CIVIL PROCEDURE AND THROUGH
THE POSITION OF THE INTERVENER 91
8. Nenad Dugalić, THE POSITION OF BRICS COUNTRIES
IN THE GLOBAL ECONOMIC MAP OF THE WORLD 117

PROFESSIONAL PAPERS

1. Tijana Baćović, FORM OF A GIFT CONTRACT 131
2. Dejan Simić, DEMOCRACY IN THE ERA OF POSTSOVEREIGNTY 147

BOOK REVIEWS

1. Aleksandar Petrov: Zoran S. Golubović, NASILJE U PORODICI
I POLICIJSKA REAKCIJA, Partenon, Beograd, 2018. 161

MANUSCRIPT SUBMISSION 167

НАУЧНИ РАДОВИ

Др Снежана Соковић*

Прегледни научни чланак
УДК: 314.7:343.851

КРИМИНАЛИТЕТ (И)МИГРАНАТА – ОПШТЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ И СТАЊЕ У СРБИЈИ¹

Рад примљен: 02. 12. 2019.

Рад исправљен: 06. 12. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 09. 12. 2019.

Миграције се традиционално у криминологији разматрају као могући спољашњи амбијентални чинилац криминалитета, при чему је могућа повезаност комплексна и вишезначна. Савремено доба карактеришу велика и значајна мигрантска кретања, чиме се класична криминолошка истраживања криминалитета миграната чине изузетно актуелним, и намеће потреба тестирања утврђених криминолошких ставова у контексту савремених миграција. Рад има за циљ да укаже на различите криминолошке категорије миграната, да прикаже савремена емпиријска истраживања и теоријски оквир (и)мигрантског криминалитета и да укаже на значај јавне перцепције криминалитета миграната у обликовању мера друштвене реакције, посебно у контексту могућег неслагања стварног стања и јавне перцепције, са посебним освртом на домаће прилике.

Кључне речи: *миграције, мигранти, имигранти, криминалитет миграната, јавна перцепција и/мигрантског криминалитета.*

I УВОД

Миграције представљају веома комплексну појаву и могу се посматрати и дефинисати на више начина. За потребе криминолошких истраживања миграције се одређују као кретање и сеоба већег броја људи из једне социокултурне средине у другу. Миграцијска кретања подразумевају низ различитих промена (економске, правне, политичке, демографске, психолошке), при чему је за криминологију промена социокултурног амбијента од кључне важности јер повлачи читав низ различитих друштвених процеса

* Редовни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, ssnezana@jura.kg.ac.rs

¹ Рад је написан у оквиру пројекта бр. 179044, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

који се могу одразити на стање криминалитета. Миграције могу бити различите, добровољне и принудне, економске и неекономске, регуларне и нерегуларне, унутрашње и спољашње.

Мигранти и миграције се увек повезују са растом криминалитета, код грађана повећавају страх и несигурност, што последично јача притисак на органе формалне социјалне контроле у смислу предузимања рестриктивних мера према мигрантима. Коначни исход може бити крајње рестриктивна мигрантска политика, а на плану превенције и сузбијања криминалитета већи број хапшења и притварања миграната и имиграната у односу на укупну популацију, јачање социјалних тензија и подељености. Савремена (глобално популистичка) политика контроле криминалитета додатно погодује процесима заостравања контроле миграната на основу претпостављене везе миграција и криминалитета. Криминолошке анализе указују да мигранти нису хомогена група, да је веза криминалитета и миграција изузетно комплексна, а резултати криминолошких истраживања не подржавају веровање о директној повезаности криминалитета и миграција.

II МИГРАНТИ, ИМИГРАНТИ, ИЗБЕГЛИЦЕ, АЗИЛАНТИ

Кретања становништва су мотивисана различитим узроцима и ретко су хомогена. У контексту мигрантских кретања потребно је разликовати избеглице, азиланте, мигранте, имигранте.² У савременој криминологији њихове криминолошке карактеристике недовољно су диференциране, мада се њихови мотиви и циљеви мигрирања, као и правни статус у новој средини веома разликују, па је реално засновано и очекивање да њихове везе са криминалитетом буду различите у многим параметрима.

Избеглице су лица која у страху од страдања и прогона тражи уточиште на територији друге државе. Појам избеглица подразумева лице које се, бојећи се оправдано да ће бити прогоњено због своје расе, вере, националности, припадности некој социјалној групи или политичких мишљења, нађе изван земље чије држављанство има и које не жели или, због тог страха, неће да тражи заштиту те земље; или које, ако нема држављанства а налази се изван земље у којој је имало своје стално место боравка услед таквих догађаја, не може или, због страха, не жели да се у њу врати.³

Азилант, односно *тражилац азила*, је лице које тражи сигурност, односно које бежи од прогона или тешког повређивања у земљи која је другачија од његове земље порекла и које чека одлуку о добијању статуса избеглице сходно

² С. Ћопић, С. Ћопић: Мигранти, азиланти, избеглице: одређење и разграничење основних појмова и импликације на правни статус лица и ниво њихове заштите, *Теме*, г. ХЛI, 2017/1, 1-22;

³ Конвенција о статусу избеглица, *Службени лист ФНРЈ – Међународни уговори и други споразуми*, бр. 7 1960;

одредбама међународног права и националног законодавства државе у којој тражи азил.⁴

Појам *мигрант* је општи, кровни појам и обухвата различите категорије лица, која имају и различит правни статус, и представља шири појам у односу на појам избеглица или азилант. Избеглице и азиланти су у исто време и мигранти у најширем смислу, али сваки мигрант нема статус избеглице или тражиоца азила.

Израз *мигрант* се односи на појединце или читаве породице које се селе из једног региона у други, или из једне државе у другу како би побољшали материјалне и социјалне услове живота, при чему је одлука да се мигрира донета слободно, из личних разлога, а не под утицајем спољашњих фактора. *Илегални мигрант* означава странца који је незаконито ушао на територију једне земље (уласком са фалсификованом путном или другом исправом или уласком ван граничног прелаза) или који је законито ушао у земљу, али је остао у њој након истека законитог боравка. Ради избегавања криминализација и етикетирања, за ову категорију миграната све чешће се користи појам *ирегуларни* или *нерегуларни мигранти*.⁵

Под појмом *имигрант* подразумева се досељеник, странац који се стално настанио у некој земљи, док је *емигрант* исељеник, лице које се исељава из неке земље (емигрант из једне земље је имигрант у другој земљи).

Услед честог мењања места боравка и нерегистрованог статуса, корелација између мигрантских кретања и раста криминалитета представља класичну криминолошку поставку,⁶ али је због тешкоћа у организовању испитивања врло флуидних мигрантских група ова врста криминалитета емпиријски ретко истраживана. Мада су и избеглице и азиланти у основи мигранти, због посебно дефинисаног правног статуса, превасходно су предмет проучавања у неким другим областима. У контексту миграција криминологија се највише бавила криминолошким карактеристикама имиграната и криминалитетом имиграната, странаца који су се стално уселили (легално или илегално) у неку другу земљу.

III КРИМИНОЛОШКЕ ТЕОРИЈЕ О ИМИГРАНТСКОМ КРИМИНАЛИТЕТУ

Обзиром на значај процеса миграција у настанку САД, као и чињеници да је САД и данас представљају изузетно хетерогену социјалну средину, најзначајнија теоријска објашњења везе имиграција и криминалитета потичу из

⁴ Закон о азилу, *Службени гласник РС*, 2007/109;

⁵ М. Бобић, М. Бабовић, *Међународне миграције у Србији – стање и политике*, *Социологија*, LV(2), 2013, 210–228.

⁶ Ђ. Ignjatović, *Kriminologija*, Beograd, 2016, 137.

америчке криминологије.⁷ У погледу криминолошко-теоријског објашњења повезаности имиграната и криминалитета бројне социо-етиолошке теорије криминалитета могу се за потребе овог рада сврстати у две групе. Обе групе потврђују везу имиграција и криминалитета, тим пре што прве објашњавају зашто и како имиграције утичу на раст криминалитета, а друге представљају "здраву имигрантску тезу" и указују на могућност да имигрантски прилив редукује постојећи криминалитет и ревитализује заједницу.

1. Прва група теорија прихвата повезаност имиграција и криминалитета и указује да су имиграције уграђене у социолошко-етиолошке теорије криминалитета још од самог њиховог настанка. Објашњења која ове теорије дају у погледу механизма повезаности имигрантског прилива и криминалитета суштински се свode на имиграцијом изазван процес социјалне дезорганизације, на демографске разлоге и економско-социјалне разлоге, односно на повезаност ових разлога.

Прво значајније проучавања имиграната почетком двадесетог века скреће пажњу на значајне друштвене промене које се дешавају у једној заједници са повећањем броја имиграната, и у криминологију уводи појам акултурације (процес мењања културе једне заједнице у контакту са другом културом), појам друштвене дезорганизације (опadaње утицаја постојећих друштвених правила на појединце или групе људи) и појам дезорганизације заједнице (распад друштвених уверења заједнице и слабљење солидарности међу члановима заједнице).⁸ Касније дефинисана теорија социјалне дезорганизације, суштински представља теорију о ефектима имиграције и даје теоријско објашњење друштвених промена насталих актуелним таласима имиграције.⁹ Социјалну дезорганизацију, насталу утицајем великих имигрантских кретања, са стањем криминалитета повезује последично слабљење или недостатак неформалне друштвене контроле. Долазећи са ограниченим финансијским ресурсима и са мало изгледа за запошљавање, имигранти се најчешће настанују и остају у већ проблематичним областима, остварују минималне контакте са локалном заједницом, коју напуштају чим се за то створе услове, али бивају замењени следећом групом имиграната. Тако изазвана велика социјална мобилност дестабилизује заједницу, повећана хетерогеност омета нормалну комуникацију унутар заједнице, а етнички ривалитет и територијални сукоби уништавају поверење и међусобну солидарност чланова. Последично, долази до слабљења локалних институција и до урушавања темеља неформалне социјалне контроле. Даља социо-етиолошка објашњења дају и теорије културног конфликта и раскорака, теорија диференцијалне асоцијације и идентификације,

⁷ О томе: Ђ. Ignjatović, *Migracije kao kriminološki problem: kriminalitet migranata – iskustva SAD*, Strani pravni život, 60(2), 2016, 29-55.

⁸ *The Polish Peasant in Europe and America: A Classic Work in Immigration History* William Thomas and Florian Znaniecki (ed. Eli Zaretsky), Chicago, 1996;

⁹ J. Tierney, *Criminology-Theory and context*, London, 1996, 80 i dalje.

теорије опортунитета, теорија аномије, теорија подкултура и контракултура, теорија неутрализације.¹⁰

Имигрантска кретања имају и одређене демографске карактеристике које се могу довести у везу са повећањем стопе криминалитета. Имигранти су најчешће млади, мушког пола, релативно сиромашни и необразовани, па је њихов демографски профил најчешће у складу са профилом демографских група чији је удео у вршењу кривичних дела највећи, тако да имигранти својим присуством повећавају базу вероватних преступника.¹¹ Овоме треба додати и да у контексту високо ризичних области у којима станују, са малим примањима и ограниченим приликама за рада и образовање, са врло слабом социоекономском инклузијом (стање социјалне аномије), могући одговор имиграната на стање блокаде и онемогућеног приступа капиталу и тржишту рада може да буде и иновација, у смислу да оно што се очигледно не може постићи легалним путем, може се остварити вршењем кривичних дела.¹² Прокриминални обрасци понашања који преовлађују у градским четвртима у којима станују поспешују криминалне иновације.

Имигранти могу утицати на укупно стање криминалитета, не само као извршиоци, него и као жртве кривичних дела. Имигрантска популација генерално поседује виши ниво ризика за виктимизацију, обзиром на услове живота у новој средини. Имигранти су посебно изложени тзв. криминалиту мржње, експлоатацији сваке врсте, финансијско банкарским преварама, сексуалном насиљу. Изложеност виктимизацији је појачана чињеницом да мигранти због језичке баријере и културолошког неповерења ретко пријављују извршена кривична дела.¹³

2. Новије криминолошке теорије указују на могућност да имигрантски прилив редукује постојећи криминалитет и ревитализује заједницу. Наиме, савремена имигрантска кретања се у многome разликују од претежно економских миграција ранијег периода и указују на промену имигрантског профила. Врло често за имиграцију мотивисани ванекономским разлозима, савремени имигранти су конкурентнији на тржишту рада јер су боље образовани, поседују различите радне вештине и не могу се уклопити у слику социјално изолованог мигранта слабог образовања и ограничених прилика за

¹⁰ Више о овим теоријама: В. Николић-Ристановић, С. Константиновић-Вилић, *Криминологија*, Београд, 2018, 296 и даље.

¹¹ A. Portes, P. Rumbaut, *Immigrant America: A portrait*, Berkeley, 2006.

¹² C. E. Kurbin, J. C. Wo, *Social Disorganization Theory's Greatest Challenge: Linking Structural Characteristics to Crime in Socially Disorganized Communities*, The Handbook of Criminological Theory, ed. A. R. Piquero, Oxford, 2016, 121-137; R. Agnew, *Strain, Economic Status, and Crime*, The Handbook of Criminological Theory, ed. A. R. Piquero, Oxford, 2016, 209-230.

¹³ R. Davis, C. Henderson, J. Nicole: *Willingness to report crimes: The role of ethnic group membership and community efficacy*, Crime & Delinquency, 49 (4), 2003, 564-580.

рад настањеног у проблематичном окружењу.¹⁴ Нису склони вршењу кривичних дела, нису изоловани, негују социјалне везе, промовишу одржавање традиционалних норми и социјалних вредности, пружају социјалну подршку, рачунају на етничке социјалне мреже и на радна места у фирмама које су основали ранији имигранти, подржавају предузетништво кроз етничку повезаност. Осим социо-економског јачања локалне етничке енклаве, прилив имиграната може да допринесе ревитализацији читаве локалне заједнице, да значајно оживи локалне економије и да ојача локалне институције неговањем породичних веза и социјалне повезаности.¹⁵ Могућност имигрантске ревитализације не побија концепт социјалне дезорганизације карактеристичне за имигрантске средине, него представља реалну алтернативу.

IV ЕМПИРИЈСКА ИСТРАЖИВАЊА ИМИГРАНТСКОГ КРИМИНАЛИТЕТА

Мада различите криминолошке теорије указују на разлоге и процесе због којих се имиграције и имигранти могу повезати са криминалитетом, а јавно мњење истрајава у веровању да долазак већег броја миграната готово неизоставно значи и већи број извршених кривичних дела, емпиријска истраживања то не потврђују. Упркос великим просторним и временским варијацијама, резултати истраживања већ деценијама показују нижу квоту криминалитета имиграната у односу на домаће становништво.

Рана истраживања везана за први талас америчке имиграције указала су да, супротно јавном веровању, присуство миграната не утиче на раст криминалитета, да досељени имигранти врше мање кривичних дела него локални становници. Међутим, већи број хапшења и притварања имиграната тумачи се као последица чињенице да и полиција дели јавне предрасуде о имигрантима. Деца имиграната имају већу стопу криминалитета у односу на своје родитеље, али и даље врше мање кривичних дела него њихови вршњаци неимигранти.¹⁶

Мада се овим истраживањима може замерити методолошка непотпуност и недоследност, савремена емпиријска истраживања углавном потврђују ове резултате.

На индивидуалном нивоу и новија истраживања показују да су имигранти мање склони вршењу кривичних дела, да је квота инкарцерације мања у

¹⁴ T. Wadsworth, *Is immigration responsible for the crime drop? An assessment of the influence of immigration on changes in violent crime between 1990 and 2000*, *Social Science Quarterly* 91 (2), 2010. 531–553.

¹⁵ G. Davies, J. Fagan, *Crime and Enforcement in Immigrant Neighborhoods: Evidence from New York City*, *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 641(1), 2012., 99–124. <https://doi.org/10.1177/0002716212438938>

¹⁶ G. Lee Free, *The nature of crime: continuity and change*, Washington, D.C. National Institute of Justice, 2000. 496,497.

поређењу са локалним становништвом, мада се имигрантима чешће изриче мера притвора него локалним становницима. Погранични градови у поређењу са градовима у унутрашњости имају мању стопу криминалитета. Градови који су имали велики прилив имиграната не бележе повећање броја извршених кривичних дела. Истраживања указују и на тзв. „имигрантски парадокс“. Наиме, иако социјална дезорганизација јесте позитивно повезана са растом криминалитета, повећање имигрантске популације није повезано са растом криминалитета, упркос предвиђању теорије социјалне дезорганизације. Иако, одређена насеља својим условима живота подстичу криминал, насељавање имигранта у социјално угроженим четвртима заправо смањује број кривичних дела. Осим тога, четврти са високом концентрацијом имиграната значајно су повезане са нижим рецидивизмом. Имигранти не утичу на повећање квоте убистава, док је утицај на пораст имовинског криминалитета статистички занемарив или негативан.¹⁷

Године старости, недавни имиграциони статус и етничка припадност утичу на повезаност са кривичним делима насиља. У свим расним и етничким групама већу вероватноћу да ће се укључити у насиље имају младе особе мушког пола, са најјачом укљученошћу у насилничке деликте у старосној доби 17 до 18 година. Имигранти треће генерације карактерише виши ниво насиља и већи број насилничких делата у односу на другу генерацију, а досељеници друге генерације показују већи степен насиља од досељеника прве генерације ("парадокс асимилације"),¹⁸ углавном и даље мање од домаћег становништва, мада поједина европска истраживања показују да ниво криминалитета треће генерације усељеника превазилази квоту криминалитета домаћег становништва.¹⁹ Стопа инкарцерације имиграната расте упоредо са дужином имигрантског статуса. Иако широко заступљен, овај мултигенерацијски модел криминалитета имиграната није опште примењив. Истраживања показују да азијски имигранти и у наредним генерацијама одржавају нижу стопу криминалитета, а показују и боља постигнућа у смислу образовања и

¹⁷ F. Bernat, *Immigration and Crime*, Online Publication Date: Apr 2017 DOI: 10.1093/acrefore/9780190264079.013.93; S. Bucerius, *Immigrants and Crime*, *The Oxford Handbook of Crime and Criminal Justice*, ed. M. Tonry, Oxford, 2011, 385-419.

¹⁸ R. G. Rumbaut, E. Walter, *The Myth of Immigrant Criminality and the Paradox of Assimilation, Incarceration Rates among Native and Foreign-Born Men*, *Special Report*, Washington, DC, 2007.

¹⁹ M. Piopiunik, J. Ruhose, *Immigration, Regional Conditions, and Crime: Evidence from an Allocation Policy in Germany*, Discussion Paper No. 8962, IZA DP No. 896,2 Forschungsinstitut zur Zukunft der Arbeit, 2015, 12; M. Walter, S. Trauttmann, *Kriminalitaet junger Migranten – Strafrecht und gesellschaftliche (Des)-Integration*, *Kriminalitaet und Gewalt im Jugendalter; Hell und Dunkelfeldberichte im Vergleich*, ed. J. Raithel, J. Mamsel, Weinheim, 2003.

економског упошљавања у односу на упоредиве групе локалних становника.²⁰ Када су у питању раса и националност имиграната, Афроамериканци показују виши ниво насиља у односу на белце, а белци виши ниво насиља у односу на мексичке Американце, што значи да „имигрантски парадокс“ није карактеристичан за све имигрантске групе. Многе студије не праве разлику између регистрованих и нерегистрованих имиграната. Немогућност да се прикупе валидни подаци, непознавање стварног обима нелегалне имиграције отежава покушаје да се добију посебна сазнања о криминалитету нерегистрованих имиграната, као и чињеница да и само илегално уселење јесте противправна радња која може да буде предмет и кривично-правне интервенције, али и административно-правне.²¹

Компарације националних података о етничкој припадности, криминалитету и имиграцији указују на оправданост неких генерализација у вези са имигрантским криминалитетом. Закључци компаративне анализе указују да у свим земљама постоје одређене мањинске групе, а не имигранти генерално, са вишом стопом криминалитета и вишом квотом инкарцерације у односу на домаће становништво, при чему расположиви подаци указују да су предрасуде домаћег становништва према таквим групама последица, а не узрок, њихове високе стопе криминалитета (што може бити значајно за разумевање контекста акултурације и процеса социјалне дезинтеграције). Ове мањинске групе карактерише општа социјална и економска депривација, стигматизација и негативни стереотипи који утичу на то да кривичноправни системи, теоријски неутрални, у погледу ових група систематски изражавају виши ниво репресивности.²²

Бројна истраживања указују да начин пријема имиграната и јавна перцепција одређених имигрантских група у земљи пријема значајно утичу на социјалну интеграцију имиграната у друштвене заједнице земље домаћина,²³ односно, да је успешно укључивање имиграната на тржиште рада одмах након имигрирања од кључне важности за превенцију имигрантског криминалитета.²⁴

²⁰ Ph. Kasinitz, J. H. Mollenkopf, M. C. Waters, J. Holdaway, *Inheriting the City: The Children of Immigrants Come of Age*, Cambridge, 2008.

²¹ G. Davies, J. Fagan, *op. cit.*; F. Bernat, *op. cit.*; G. Ousey, Ch. E. Kubrin, *Immigration and Crime: Assessing a Contentious Issue*, Annual Review of Criminology, Vol. 1, 2018., 63-84.

²² M. Tonry (ed.), *Ethnicity, Crime and Immigration: Comparative and Cross-National Perspectives*, 1997, 12.

²³ A. Portes, P. Fernandez-Kellz, W. Heller, *The Adaptation of the Immigrant Second Generation in America: A Theoretical Overview and Recent Evidence*, Journal of Ethnic and Migration Studies, Vol. 35/7, 2009. 1077-1104.

²⁴ M. Piopiunik, J. Ruhose, *op. cit.* 20.

V ЈАВНА ПЕРЦЕПЦИЈА И ДРУШТВЕНА РЕАКЦИЈА

И/миграције се у контексту опште политике, а последично и у односу на садржину и интензитет контроле имигрантског криминалитета, могу се посматрати као средство развоја или као безбедоносна претња и изазов. Савремена политика поступања према и/мигрантима на декларативном плану је дефинисана у духу савремених стандарда политичке и друге коректности и не одбацује позитивну имигрантску тезу, док је на оперативном плану значајно подложна утицају јавног мњења. Како јавно мњење независно од временских и просторних околности има негативан став према имигрантима и сматра да треба спречити њихов долазак (чак и физички изградњом међуграничних зидова и сличних физичких препрека) или га значајно смањити рестриктивном имигрантском политиком, на оперативном плану, а то значи и на плану контроле криминалитета, имиграције се традиционално тумаче као претња по безбедност и сигурност грађана. Иако су пре много деценија резултати кредибилних криминолошких истраживања показали да веровање јавног мњења да су имигранти одговорни за велики део криминалитета нема основа, предрасуде и неповерење опстају.²⁵

Судећи по резултатима новијих истраживања, јавност има у извесном смислу противуречан став према имигрантима. Старије етничке заједнице су у већој мери прихватљиве у односу на новопридошле имигранте, као и имигранти који су насељени дуже од пет година у односу на нове. Имигранти се и даље генерално повезују са угрожавањем безбедности и растом криминалитета, мада су лична искуства живота у заједницама са великим бројем имиграната потпуно супротна ставу да су имигранти опасни као група. Савремено јавно мњење негативну перцепцију имиграната не везује више превасходно за претпостављену повезаност имиграција и криминалитета, већ за "нелојалну конкуренцију на тржишту рада". Јавност сматра да имигранти имају неоправдано велики приступ ограниченим ресурсима које подржавају порески обвезници и сматра одговорним органе власти за фактичко помагање и подржавање нелегалне имиграције тиме што мерама имигрантске политике не регулишу тржиште јефтине радне снаге, при чему је број илегалних имиграната у јавној перцепцији значајно увеличан у односу на реално стање. Перцепција имигрантске претње разликује се у зависности од демографских карактеристика испитаника. Имигранте као криминалну претњу у већој мери перципирају одрасле особе конзервативних ставова него особе либералнијих схватања, грађани са нижим примањима и нижим нивоом образовања у односу на оне са вишим нивоом прихода или образовања, особе које живе дуж државне границе у односу на оне који живе у унутрашњости.²⁶

²⁵ R. Martinez, T. L. Matthew, *On immigration and crime*, The nature of crime: continuity and change, ed. G. LaFree, Washington, D.C., 2000, 485.

²⁶ F. Bernat, *op. cit.*

VI МИГРАЦИЈЕ И И/МИГРАНТСКИ КРИМИНАЛИТЕТ У СРБИЈИ

Претходних деценија Србија је била суочена са врло интензивним и турбулентним миграционим кретањима. Деведесетих година у Србију је дошао велики број избеглица из бивше Југославије и интерно расељенх лица са АП Косова и Метохије. Исти период карактерише и одлазак великог броја становника који је емигрирао у државе Западне Европе и Северне Америке, а емиграциони токови из Србије се и даље настављају, као и општи тренд депопулације, посебно упадљив у сеоским заједницама.

Осим константне емиграције, у протеклих неколико година Србија се суочила и са потпуно новим мигрантским таласом, са тражиоцима азила из земаља Азије и Африке и илегалним мигрантима (као и повратницима по основу Споразума о реадмисији). Политичка, социјална и економска угроженост, оружани сукоби, грађански ратови, насиље, тероризам и прогони на афричком континенту и у земљама Блиског и Средњег истока последњих година суочили су Европу са највећом мигрантском кризом после Другог светског рата. Због геополитичког положаја једна од главних миграционих путања ка земљама ЕУ јесте тзв. западнобалканска мигрантска рута која укључује и Србију. У још увек актуелном мигрантском таласу Србија, као и остале земље Западног Балкана, не представља коначно одредиште мигрантских група, него земљу транзита на мигрантском путу ка земљама ЕУ. Према подацима Комесаријата за избеглице и миграције, у 2015. години државну границу Републике Србије прешло је 579.518 миграната са Блиског истока и из Африке, а према подацима Високог комесаријата Уједињених нација за избеглице (UNHCR), током 2014. године азил је у Србији затражило 16.490 лица, док је до краја 2015. године, чак 577.995 изразило намеру да тражи азил у Србији. Међутим, претежан број миграната нема намеру усељења нити дужег задржавања у Србији, примећено је да и тражиоци азила најчешће настављају пут пре него што њихови захтеви буду решени.²⁷ Велики број стручних служби Србије бави се избеглицама, тражиоцима азила и уопште мигрантима у складу са општеприхваћеним стандардима њихове правне заштите и међународним обавезама.

Србија традиционално представља земљу економске емиграције и има мали број имиграната. Сходно Законској одредби, имиграција или досељавање је дефинисано као пресељавање у Републику Србију из неке друге државе, која траје или се очекује да ће трајати дуже од 12 месеци.²⁸ У том смислу, као и претходних година, и у 2018. највећи број имиграната је био из НР Кине (32,5% или сваки треће лице), Румуније (25,6% или свако четврто лице) и Русије (13,5%). У поређењу са претходним годинама уочава се готово двоструко већи удео имиграната из Кине и чак четвороструко већи удео имиграната из Румуније, при

²⁷ М. Бобић, М. Бабовић, *Међународне миграције у Србији – стање и политике*, Социологија, LV(2), 2013. 210–228.

²⁸ Закон о управљању миграцијама, *Службени гласник РС* 107/12.

Снежана Соковић, Криминалитет (и)миграната – опште карактеристике и стање у Србији (стр. 3-15)

чему је 2018. година прва година значајног повећања имиграната из Румуније, после сталног опадања од 2010. У истом периоду дуплиран је и број имиграната из Северне Македоније и Либије, док је удео имигрантске популације из Русије уједначен.²⁹

У току 2018. године у Републици Србији било је 7866 стално настањених странаца, што представља пораст у односу на 2017. када их је било 7369. Међу стално настањеним странцима највећи број је држављана Кине (22,9%), Румуније (13,8%) и Руске Федерације (10,2%). Породични разлози доминирају у подношењу захтева за стално настањење у Републици Србији. У 2018. години, као и ранијих година, највећи број странаца је стално настањен ради спајања породице (69,6%), док су остали разлози минимално заступљени, запошљавање тек са 16,7%. Лица која су у Србију дошла ради посла махом су мушкарци, док су жене долазиле ради спајања породице. Образовна структура странаца који се воде у евиденцији Националне службе запошљавања је неповољна јер преко 60% евидентираних нема квалifikације, мада је извесно да је међу њима један број и оних који нису нострификовали своје дипломе. Страни држављани који су добили радне дозволе су углавном мушкарци, преко 70% стручњаци запослени у страним представништвима, банкама, грађевинарству, трговини, најчешће кинески, руски и македонски држављани.³⁰ Ипак, странци чине мањину када је реч о имиграцији у Србију. Имиграцију ка Србији добрим делом чине српски држављани повратници првог великог таласа емиграције из Србије касних 60-их година, који су завршили своје радне каријере у иностранству и враћају се као пензионери или у намери да нађу нови посао у домовини.³¹

У Србији нема доступних ближих података о криминалитету и/миграната. У току 2017. године у Србији је за почињена кривична дела било осуђено укупно 30 687 лица, од тога 991 страни држављанин (Црна Гора 80, БиХ 89, Македонија 48, Хрватска 26, Словенија девет, остали 739), 436 држављана ЕУ, без држављанства једно лице, и са непознатим држављанством 80 лица. У свим групама највећи број кривичних дела се односи на имовинска кривична дела и кривична дела у вези са наркотицима.³² У оквиру ових података, може се само претпоставити да се на кривична дела миграната и имиграната односе подаци из категорије "остали" или "непознато држављанство".

Обзиром на ове бројке, имајући у виду (мало)бројност имигрантске популације и социодемографске карактеристике имиграната у Србији, као и неекономске мотиве имигрирања, у Србији се тешко може говорити о посебном

²⁹ *Миграциони профил Републике Србије за 2018*, Влада Републике Србије, http://www.kirs.gov.rs/media/uploads/Migracije/Publikacije/Migracioni_profil_2018.pdf, приступ новембар 2018.

³⁰ М. Kupiszewski, D. Kupiszewska, V. Nikitović, *Uticaj demografskih i migracionih tokova na Srbiju*, Beograd, 2012, 35.

³¹ *Ibid.*

³² *Билтен 643: Пунолетни учиниоци кривичних дела у Републици Србији, 2017.* – Пријаве, оптужења и осуде, Републички завод за статистику, Београд, 2018.

имигрантском криминалитету. Имигрантска заједница нема потенцијал, ни у смислу бројности ни у смислу социодемографских обележја, за имигрантску социјалну дезорганизацију која би резултирала растом броја извршених кривичних дела.

Нема одговарајућих података ни када је у питању криминалитет транзитних миграната, регистрованих и нерегистрованих лица која само прелазе преко територије Србије у намери да се трајно настане у некој другој европској земљи. Криминолошка истраживања говоре да већи прилив миграната у одређеној мери повећава (али не знатно) број лакших кривичних дела имовинског карактера. Реално је претпоставити да се одређени број кривичних дела извршених од стране страних држављана односи и на ову групацију. Такође је криминолошки оправдано претпоставити и већу тамну бројку кривичних дела извршених од стране транзитних миграната у поређењу са имигрантима, и то превасходно ситнијих имовинских кривичних дела.

Јавно мњење у Србији има негативан став према мигрантима и тражиоцима азила. Грађани изражавају најмање изразиту суздржаност, а у заједницама са већим бројем миграната најчешће ксенофобију, отворену нетрпељивост, нетолеранцију и страх за сопствену безбедност. Истраживање ставова грађана према тражиоцима азила спроведено 2014. године показало је да је основна асоцијација на реч тражилац азила/азилант код петине грађана саосећање са људима у невољи којима треба помоћи, док се већина испитаника држи неутрално, односно преко половине испитаника уопште не размишља о тражиоцима азила и не показује жељу да помогне, а један део гаји крајње негативна осећања и отворено изражава негативне етничке асоцијације. Ипак, већина грађана је уверена да Србија има моралну и правну обавезу да азилантима пружи неопходну помоћ и заштиту. Дупло више грађана Србије има негативан став у односу на оне који се према мигрантима односе неутрално или позитивно. Социјална дистанца према овим групама велика, а продубљивање социјалних интеракција повећава дистанцу. Од укупно испитаних, 32% се противи да се тражиоци азила населе у Србији, 38% је против тога да им тражиоци азила буду суседи, а 37% је против да им они буду колеге и сарадници на послу.³³

VII ЗАКЉУЧАК

Негативна јавна перцепција миграната, неретко појачана медијским сензационализмом, по правилу води ка дискриминацији и моралној паници, јачању захтева за применом репресивнијих мера превенције и рестриктивнијих нормативних решења. Легитимитет рестриктивним мерама према мигрантима (одузимање покретне имовине, забрана спајања породице, подизање жичаних ограда, кажњавање затворском казном за илегални прелазак границе) најчешће

³³ Став грађана Србије према тражиоцима азила, УНЦХР, 2014. <http://www.unhcr.rs/media/CeSIDUNHCR201014FINAL.pdf>, приступ новембар 2018.

даје стање тако појачане социјалне тензије, а не објективна процена стварно постојеће претње по безбедност и сигурност. Већи притисак на мигранте и виши ниво репресије као реакцију може да изазове и повећан број озбиљнијих кривичних дела. Из тих разлога одговорна политика управљања миграцијама треба да буде рационално дефинисана, а не популистичка интерпретација ставова јавног мњења. У Србији, обзиром на бројност и карактеристике и/мигрантске популације, посебно нема разлога и оправдања за додатну репресију.

Snežana Soković, LL.D*

(IM)MIGRANT CRIMINALITY - GENERAL CHARACTERISTICS AND SITUATION IN SERBIA

Summary

Migration has traditionally been considered in criminology as an external ambient factor of criminality, with the possible correlation being complex and multifaceted. The modern age is characterized by large and significant migrant movements, which makes classical criminological research of migrant criminality extremely topical, and imposes the need to test criminological attitudes in the context of contemporary migration. The paper points to the different criminological categories of migrants, presents contemporary empirical researches and the theoretical framework of (im)migrant criminality, analyzes the importance of public perceptions of (im)migrant criminality in shaping social response measures, especially in the context of possible disagreement on the actual situation and public perception. A special reference to domestic circumstances indicates that the (im)migrant population in Serbia, given its abundance and socio-demographic characteristics, does not have the potential for social disorganization that would result in increased criminality.

Key words: *migration, migrants, immigrants, migrant criminality, public perception of (im)migrant criminality.*

* Full-time Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Др Вељко Турањанин*

Прегледни научни чланак
УДК: 341.231.14:343.125-053.2

ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ МАЛОЛЕТНИХ МИГРАНАТА СА И БЕЗ ПРАТЊЕ ПРЕМА СТАВОВИМА ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА¹

Рад примљен: 07. 11. 2019.

Рад исправљен: 22. 11. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 09. 12. 2019.

Аутор у раду објашњава једно од најпроблематичнијих питања мигрантске кризе, а то је лишење слободе детета мигранта које нема пратњу на свом мигрантском путу. Положај миграната у кризи која је погодила Европу сам по себи није једноставан, али га чини још тежим чињеница да често са пунолетним мигрантима путују и деца, а најтежи аспект ове појаве свакако чине деца мигранти која путују без пратње. Државе које су највише погођене приливом деце без пратње су Грчка и Малта. Чланом 5. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода таксативно су наведени основи по којима неко лице може бити лишено слободе, а последњих година Европски суд за људска права је детаљно елаборирао основ за одређивање притвора мигрантима. Аутор у раду је највећу пажњу посветио ставовима овог суда када су у питању деца мигранти са и без пратње анализирајуће све пресуде донете до јула месеца 2019. године, а о томе колико је тежак њихов положај довољно говори чињеница да је у свим пресудама Суд нашао повреду конвенцијских права приликом њиховог лишења слободе.

Кључне речи: деца мигранти без пратње, деца мигранти са пратњом, лишење слободе, мигрантска криза, Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода, јуриспруденција Европског суда за људска права.

I УВОД

Медитеранска мигрантска криза се не смирује. У периоду од 1950.-2010. године, пак, природа и карактер ових миграција се променила.² Италија је дуго

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, vturanjanin@jura.kg.ac.rs.

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.

година суочена са приливом илегалних миграната морем, често организованих од стране криминалних група.³ Међутим, судећи по поступцима који су се водили и/или који се воде пред Европским судом за људска права (у даљем тексту: Суд), Грчка и Малта не заостају за Италијом. Са мањим успехом, мигранти подносе представке против других држава, попут земаља региона. Таква путовања су испуњена опасностима по живот, бродови често носе много више миграната него што брод сме да повезе, немају стандардну опрему, а ни капетани често нису професионални морепловци.⁴

Мигранти се налазе у тешком положају како у развијеним државама, тако и у земљама у развоју.⁵ Ради се о мешовитим миграцијама (*mixed migration*), при чему се овај концепт још увек развија, обухватајући мигранте различите националности, мотива итд.⁶ Међутим, притисак миграција не може да ослободи државе њихових обавеза у вези са поштовањем људских права.⁷ Тежиште овог рада биће на медитеранској кризи и положају малолетних миграната са и без пратње превасходно са становишта Суда када је у питању лишење слободе, с тим што су са сличним проблемима суочене и друге земље, попут Аустралије.⁸

На почетку је неопходно скренути пажњу, како се то наводи у многобројним пресудама, да је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода (у даљем тексту: Конвенција) жив инструмент, што може да има за последицу да се њене одредбе тумаче временом на различит начин.⁹

² H. Haas, *Mediterranean migration futures: Patterns, drivers and scenarios*, Global Environmental Change, 2011, 60.

³ A. Pascale, *Migration Control at Sea: The Italian Case*. In & V. B. Ryan, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 283.

⁴ A. Klug, *Strengthening the Protection of Migrants and Refugees in Distress at Sea through International Cooperation and Burden-Sharing*, International Journal of Refugee Law, 2014, Vol. 26, No. 1, 2014, 49.

⁵ K. Ogg, *Protection from 'Refuge': On What Legal Grounds Will a Refugee Be Saved from Camp Life?*, International Journal of Refugee Law, Vol. 28, No. 3, 2016, 385.

⁶ M. Sharpe, *Mixed Up: International Law and the Meaning(s) of "Mixed Migration"*, Refugee Survey Quarterly, vol. 37, 2018, 116–138.

⁷ V. Moreno-Lax, *Hirsi Jamaa and Others v Italy or the Strasbourg Court versus Extraterritorial Migration Control?*, Human Rights Law Review, vol. 12, no. 3, 2012, 598.

⁸ A. Schloenhardt, & C. Craig, *'Turning Back the Boats': Australia's Interdiction of Irregular Migrants at Sea*, International Journal of Refugee Law, Vol. 27, No. 4, 2015, 536–572, M. Marmo, & M. Giannacopoulos, *Cycles of judicial and executive power in irregular migration*, Comparative Migration Studies, vol. 5, 2017, 5, C. Henderson, *Australia's Treatment of Asylum Seekers: From Human Rights Violations to Crimes Against Humanity*, Journal of International Criminal Justice, vol. 12, 2014, 1161–1181.

⁹ D. Mekbrajd, *Ljudska prava u krivičnom postupku: praksa Evropskog suda za ljudska prava*, Beograd: Savet Evrope, 2009, 17; E. Bjorge, *Right for the Wrong Reasons: Silih v Slovenia and Jurisdiction Ratione Temporis in the European Court of Human Rights*, The British Yearbook of International Law, Vol. 83, No. 1, 2013, 120.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

Најпознатија пресуда у овој области датира из 2012. године, дочекана као историјска од стране бранилаца људских права¹⁰, а у којој је скренута пажња на кључне међународне акте који важе у овој области (*Hirsi Jamaa i drugi protiv Italije*, број 27765/09, 23. фебруар 2012. године), у којој је Суд нашао постојање повреде чланова 3. и 13. Конвенције и члана 4. Протокола 4. уз Конвенцију, при том не заборављајући одлуку Комисије о недопустивости представке у предмету *J.H.A. против Шпаније* (због непостојања *locus standi* подносилаца представке (*J.H.A. против Шпаније*, број 323/2007, 21. новембар 2008. године)). Ово је прва пресуда где је Суд једногласно једну државу нашао одговорном за кршење људских права миграната и избеглица пресретнутих на отвореном мору и враћеним у трећу државу¹¹ и представља унапређење судске праксе Суда на више поља, попут екстратериторијалне примене људских права и третмана који треба пружити мигрантима и азилантима.¹² И као што је судија *Pinto de Albuquerque* примећује у овој пресуди, постављено је ултимативно питање како Европа треба да препозна да мигранти имају право да имају права.¹³ Но, пре преласка на разматрање проблема лишења слободе малолетних миграната, неопходно је указати на принцип *non-refoulement*-а.

II О ПРИНЦИПУ НЕВРАЋАЊА

Кључни елемент еволуције ЕУ представља укидање унутрашњих граница и успостављање слободе кретања, што, међутим, није праћено јединственим правним системом.¹⁴ Основе савременог система заштите миграната постављене су након Другог светског рата.¹⁵ Последњу деценију, пак, обележавају два различита приступа мигрантском питању, па на једној страни имамо појачану милитаризацију и контролу граница, уз подизање ограда, а на другој јачање људских права и слобода миграната.¹⁶ Економска криза и политичке промене у појединим регијама Африке и Азије неминовно узрокују

¹⁰ I. Mann, *Maritime Legal Black Holes: Migration and Rightlessness in International Law*, *The European Journal of International Law* Vol. 29. No. 2, 2018, 357.

¹¹ M. Giuffrè, *Watered-down Rights on the High Seas: Hirsi Jamaa and Others V Italy (2012)*, *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 61, No. 3, 2012, 729.

¹² I. Papanicolopulu, *Hirsi Jamaa v. Italy*, *The American Journal of International Law*, Vol. 107, No. 2, 2013, 420.

¹³ A. L. Hirsch, & N. Bell, *The Right to Have Rights as a Right to Enter: Addressing a Lacuna in the International Refugee Protection Regime*, *Hum Rights Rev*, vol. 18, 2017, 418.

¹⁴ V. Mitsilegas, *Solidarity and Trust in the Common European Asylum System*, *Comparative Migration Studies*, vol. 2, no. 2, 2014, 182.

¹⁵ A. Betts, *Survival Migration: Failed Governance and the Crisis of Displacement*. Ithaca-London: Cornell University Press, 2013, 10.

¹⁶ K. F. Aas, & H. O. Gundhus, *Policing Humanitarian Borderlands: Frontex, Human Rights and the Precariousness of Life*, *Brit. J. Criminol.* vol. 55, 2015, 1.

изазове за Европу¹⁷, у овом контексту превасходно миграционе. У складу са дешавањима, политичари, правници, лаици оглашавају се путем друштвених мрежа, саопштења и радова. Међународне организације широм света сагледавају на који начин људска права могу да заштите права миграната¹⁸, а расправа о вези између људских права и права миграната од дубоког је значаја.¹⁹ Ради се о заиста великом проблему и политичком дискурсу²⁰, а притом, највећа дискусија око мигрантске контроле се води у вези са легалношћу активности потискивања (*push-backs*).²¹ Имиграциони системи контроле данас се одликују стратегијама „екстратериторијалности“²², које превасходно обухватају мере пресретања бродова на отвореном мору или у територијалним водама трећих земаља и постављање имиграционих службеника за спречавање укрцавања миграната на летове за трећу земљу.²³ Државе чланице ЕУ користе низ средстава за контролу својих граница, које шире ван својих територија.²⁴ И док са једне стране имамо активности држава око решавања мигрантских питања, појавио се проблем до које мере је Конвенција средство за екстратериторијалну контролу имиграције, поготово након што је пресуда *Banković и други против Белгије и других* додатно узбуркала море.²⁵ Како фигуративно тако и у природи.

¹⁷ J. L. Černič, *The European Court of Human Rights, Rule of Law and Socio-Economic Rights in Times of Crises*, Hague J Rule Law, vol. 8, 2016, 237.

¹⁸ D. J. Cantor, *Reframing Relationships: Revisiting the Procedural Standards for Refugee Status Determination in Light of Recent Human Rights Treaty Body Jurisprudence*, Refugee Survey Quarterly, vol 34, 2014, 79.

¹⁹ C. Harvey, *Time for Reform? Refugees, Asylum-seekers, and Protection Under International Human Rights Law*, Refugee Survey Quarterly, vol 34, 2014, 44, K. McConnachie, *Refugee Protection and the Art of the Deal*, Journal of Human Rights Practice, vol. 9, 2017, 191.

²⁰ M. H. Meçe, *Risk Factors of the Irregular Migratory Waves on the Western Balkan Route: Implications in the European Union Countries*. In E. Balica, & V. Marinescu, *Migration and Crime: Realities and Media Representations*, Bucharest: Palgrave Macmillan, 2018, 45.

²¹ N. Markard, *The Right to Leave by Sea: Legal Limits on EU Migration Control by Third Countries*, The European Journal of International Law Vol. 27 no. 3, 2016, 591–592.

²² B. Ryan, *Extraterritorial Immigration Control: What Role for Legal Guarantees?* In B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 3.

²³ A. Klug, & T. Howe, *The Concept of State Jurisdiction and the Applicability of the Non-refoulement Principle to Extraterritorial Interception Measures*. In B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 69-70.

²⁴ C. Costello, *Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored*, Human Rights Law Review, vol. 12, no. 2, 2012, 290.

²⁵ E. Brouwer, *Extraterritorial Migration Control and Human Rights: Preserving the Responsibility of the EU and its Member States*. In B. Ryan, & V. Mitsilegas, *Extraterritorial Immigration Control: Legal Challenges*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 213.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

У Женевској конвенцији о статусу избеглица из 1951. године одређују се ситуације у којима држава мора да пружи избеглички статус лицима која траже тај статус. Чланом 1. Женевске конвенције одређује се појам избеглице, као лица које се због основаног страха од прогона на основу расе, вере, националности, припадности одређеној социјалној групи или политичког мишљења, нађе изван земље своје националности и није у стању или, због таквог страха, не жели да користи заштиту те земље; или лица које, пошто нема националност, а борави, због таквих догађаја, изван земље у којој је раније била насељена, и не може или, због таквог страха, не жели у њу да се врати. Затим, према члану 33. ставу 1. ниједна држава уговорница неће на било који начин протерати или вратити (*refouler*)²⁶ избеглицу до границе територије где би му живот или слобода били под претњом по основу расе, вере, националности, припадности одређеној социјалној групи или политичког мишљења. Наравно, међународно право дозвољава државама да предузму разумне мере у својим територијалним водама како би се спречио улазак бродова који превозе илегално мигранте.²⁷ Једноставно, веза између миграната и контроле миграција је увек била тачка сукоба између суверености државе и међународног права²⁸, али и између права и политике. Ипак, постојање међународних уговора и националног законодавства којим се гарантују права не значи истовремено да неће доћи до њихове повреде.²⁹

Као што видимо, један од базичних принципа у овој области јесте управо принцип невраћања, на који указује УНХЦР у Напомени о међународној заштити избеглица од 13. септембра 2001. године, наглашавајући да се ради о кључном принципу заштите отелотвореног у Конвенцији, на који није дозвољена било каква резерва.³⁰ У значајном смислу овај принцип је логичан наставак права да се тражи азил, признатом у Универзалној декларацији о људским правима, који је почео да се сматра правилом међународног обичајног права обавезујућег за све државе. Уз то, међународно хуманитарно право успоставља невраћање као темељну компоненту апсолутне забране мучења и окрутног, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања. Дужност да се не врати (*refouler*) призната је и као примењива на избеглице без обзира

²⁶ Овај принцип датира још из 1933. Године. Вид. J. H. Bhuiyan, *Protection of Refugees through the Principle of Non-Refoulement*. In R. Islam, & J. H. Bhuiyan, *An Introduction to International Refugee Law*, Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2013, 101.

²⁷ D. Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 222.

²⁸ T. Gammeltoft-Hansen, *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalization of Migration Control*. Cambridge: Cambridge University Press, 2011, 11.

²⁹ О томе и H. Storey, *The Meaning of "Protection" within the Refugee Definition*, *Refugee Survey Quarterly*, vol 35, 2016, 20.

³⁰ О правној природи овог принципа вид. K. Greenman, *A Castle Built on Sand? Article 3 ECHR and the Source of Risk in Non-Refoulement Obligations in International Law*, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 27, No. 2, 2015, 264–296.

на формално признавање њиховог статуса, тако да очигледно укључује тражиоце азила о чијем статусу још није одлучено. Подразумева све мере које се могу приписати држави, а које би могле имати деловање враћања тражиоца азила или избеглице на границе територија где би им живот или слобода били под претњом, или где би били изложени ризику прогона. То укључује одбијање на граници, пресретање и индиректно враћање (*refoulement*), било појединца који тражи азил или у ситуацијама масовног прилива. Иако на први поглед може да делује да враћање неког брода на отворено море не мора довести до *refoulment*-а, јер брод теоретски може да плови у било коју државу на свету која има море, ствар је далеко компликованија.³¹ Веома је значајна и Резолуција 1812 Савета Европе из 2011. године о пресретању и спасавању на мору тражилаца азила, избеглица и нерегуларних миграната.³² Иако поједине државе

³¹ D. Guilfoyle, *Shipping Interdiction and the Law of the Sea*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009, 222.

³²1. Надзирање јужних граница Европе постало је регионални приоритет. Европски континент мора да се носи с релативно великим приливом миграционих токова морским путевима из Африке, који до Европе углавном долазе преко Италије, Малте, Шпаније, Грчке и Кипра.

2. Мигранти, избеглице, тражиоци азила и други ризикују животе да би дошли до јужних граница Европе, углавном на несигурним пловилима. Та путовања, увек илегална, углавном бродовима који не плове под било каквом заставом, излажу их ризику да падну у руке круговима кријумчара и трговаца мигрантима, те одражавају очај путника који немају на располагању никакав законит, а првенствено никакав сигурнији начин да дођу до Европе.

3. Мада је број долазака морем у последњих неколико година драстично опао, што је резултирало променом рута миграције (нарочито према копненој граници између Турске и Грчке), Парламентарна скупштина, подсећајући, између осталог, на своју Резолуцију 1637 (2008.) о људима који у Европу путују бродом: о мешовитим миграционим токовима морским путем у јужну Европу, још једном исказује своју истинску забринутост мерама које се предузимају као одговор на долазак тих мешовитих миграционих токова морским путем. Многи који се на мору нађу у невољи буду спашени, а многи који покушавају доћи до Европе буду враћени, али листа инцидената с фаталним исходом – предвидивих колико и трагичних – дуга је и тренутно скоро свакодневно постаје дужа.

4. Надаље, недавни доласци у Италију и Малту након немира у Северној Африци потврђују да Европа мора увек бити спремна да се суочи с великим приливом нерегуларних миграната, тражилаца азила и избеглицана своје јужне обале.

5. Скупштина примећује да мере за решавање ових поморских долазака отварају бројне проблеме, од којих су посебно забрињавајући:

5.1. упркос неколико релевантних међународних инструмената применљивих на ово подручје, који на задовољавајући начин успостављају права и обавезе држава и појединаца примењиве на ово подручје, чини се да се разликују тумачења њиховог садржаја. Неке државе не слажу се у погледу природе и опсега својих одговорности у конкретним ситуацијама, а неке државе доводе у питање примену принципа невраћања на отворено море;

5.2. мада у случају пресретања на мору апсолутни приоритет јесте брзо искрцавање спашених на “сигурно место”, појам “сигурно место”, како се чини, не тумаче све државе чланице на исти начин. Међутим, јасно је да појам “сигурно место” не би требало да буде ограничен само на физичку заштиту људи, већ мора садржавати и поштовање њихових основних права;

5.3. разлижења ове врсте директно угрожавају животе људи који се спашавају, нарочито тиме што се одгађају или спречавају мере спасавања, те постоји вероватноћа да ће одвратити поморце од спашавања угрожених на мору. Надаље, то може резултирати кршењем принципа невраћања у погледу одређеног броја људи, укључујући и неке којима треба међународна азаштита;

5.4. мада Европска агенција за управљање оперативном сарадњом на вањским границама држава чланица Европске уније (FRONTEX) игра све значајнију улогу у пресретању на мору, не постоје адекватне гаранције поштовања људских права и обавеза које произилазе из међународног права и права Европске уније, у контексту заједничких операција које Агенција координира; (због своје улоге која је отишла далеко од поштовања људских права, FRONTEX је вишеструко критикован у научној и стручној јавности (Aas i Gundhus, 2015))

5.5. на крају, такви доласци морским путем несразмеран терет стављају на земље које се налазе на јужним границама Европске уније. Далеко је од тога да се остварио циљ праведније расподеле одговорности и веће солидарности међу европским земљама у сфери миграција.

6. Ситуацију усложњава чињеница да су ти миграциони токови мешовите природе, те, сходно томе, траже специјализоване и прилагођене одговоре, сензибилизоване у погледу заштите, у складу са статусом спашених. Да би се на доласке путем мора одговорило адекватно и у складу с релевантним међународним стандардима, државе у својим политикама и активностима везаним за управљање миграцијама морају узети у обзир и тај аспект.

7. Скупштина подсећа државе чланице на обавезе које имају по међународном праву, укључујући Европску конвенцију о људским правима (ETS br. 5), Конвенцију Уједињених нација о праву мора из 1982, те Женевску конвенцију о статусу избеглица из 1952, и нарочито их подсећа на принцип невраћања и право на тражење азила. Скупштина наглашава обавезе држава потписница Међународне конвенције о сигурности живота на мору из 1974. И Међународне конвенције о поморском трагању и спашавању.

8. На крају и изнад свега, Скупштина подсећа државе чланице да имају и моралну и правну обавезу да спашавају угрожене на мору без и најмањег одгађања, те недвосмислено наглашава тумачење које је дала Канцеларија Високог комесара Уједињених нација за избеглице (UNHCR), које каже да се принцип невраћања подједнако примењује на отвореном мору. Отворено море није подручје где су државе изузете од својих правних обавеза, укључујући оне које произилазе из међународног права људских права и међународног избегличког права.

9. Сходно томе, Скупштина позива државе чланице, кад обављају операције поморског надзора, било у контексту спречавања кријумчарења и трговине људима или у вези с управљањем границама, било у вези с извршавањем своје *de jure* или *de facto* јурисдикције, да учине следеће:

- 9.1. да без изузетка и без одгађања извршавају своје обавезе спашавања угрожених на мору;
- 9.2. да осигурају да њихове политике рада и активности у управљању границом, укључујући мере пресретања, признају мешовит састав токова људи који покушавају да пређу поморске границе;
- 9.3. да гарантују свим пресретнутим лицима човечно поступање и систематично поштовање људских права, укључујући принцип невраћања, без обзира на то да ли су мере извршене унутар њихових територијалних вода, територијалних вода друге државе на основу *ад хоц* билатералног споразума, или на отвореном мору;
- 9.4. да се уздрже од било каквих поступака који би могли представљати директно или индиректно враћање, укључујући и на отвореном мору, у складу с UNHCR-овим тумачењем екстратериторијалне примене тог принципа, те у складу с релеватним пресудама Европског суда за људска права;
- 9.5. да као приоритетну активност обаве брзо искрцавање спашених на “сигурно место”, те да “сигурно место” тумаче као место где се могу задовољити непосредне потребе искрцаних, а да се ни на који начин не угрозе њихова основна права, јер појам “сигурност” превазилази границу пуке заштите од физичке опасности, те мора узети у обзир и димензију основних права у погледупредложеног места искрцавања;
- 9.6. да гарантују приступ правичној и ефективној процедури азила за оне који буду пресретнути, а којима треба међународн азаштита;
- 9.7. да гарантују приступ заштити и помоћи, укључујући процедуру азила, онима који су пресретнути, а жртве су трговине људима или постоји ризик да то постану;
- 9.8. да осигурају да смештај пресретнутих – увек искључујући малолетнике и рањиве категорије – без обзира на њихов статус, у објекте за задржавање увек буде уз одобрење судских власти, те да се дешава само кад је неопходан и по основама прописаним законом, кад не постоји друга одговарајућа алтернатива, те да такав смештај задовољава минималне стандарде и принципе одређене Резолуцијом Скупштине бр. 1707 (2010.) очувању тражилаца азила и нерегуларних миграната у Европи;
- 9.9. да суспендују све билатералне споразуме које су евентуално закључиле с трећим земљама, ако се њима примерено не гарантују људска права пресретнутих, нарочито право на приступ процедури азила, те кад би они могли представљати кршење принципа невраћања, и да закључе нове билатералне споразуме који ће конкретно садржавати такве гаранције људских права и мере за њихово редовно и ефективно праћење;
- 9.10. да потпишу и ратификују, ако то већ нису урадиле, горепоменуте релеватне међународне инструменте, те да узму у обзир Смернице за поступање с лицима спашеним на мору, које је из дала Међународна поморска организација (ИМО);
- 9.11. да потпишу и ратификују, ако то већ нису урадиле, Конвенцију Савета Европе о акцији против трговине људима (CETS br. 197) и тзв. “Протоколе из Палерма” уз Конвенцију Уједињених нација против транснационалног организованог криминала (2000.);
- 9.12. да осигурају да операције надзора поморских граница и мере контроле граница не погађају специфичну заштиту која се по међународном праву даје рањивим категоријама у које спадају избеглице, апатриди, жене и деца без родитељске пратње, мигранти, жртве трговине људима или потенцијалне жртве, или жртве мучења и трауме.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

закључују међусобне уговоре којима на неки начин покушавају да заобиђу правила међународног права, иста се не могу ставити ван снаге на тај начин. Рецимо, Италија и Либија су закључиле у периоду 2000-2012. године више тајних уговора, од којих су се поједини односили на контролу кријумчарења миграната у Италију и њиховог слања назад у Либију³³, а сличне уговоре Италија је закључила и са Тунисом. Уговор је стављен ван снаге³⁴, да би два месеца након пресуде био закључен нови, који обавезује Либију да ојача копнене и морске границе, а да Италија пружи техничку помоћ, опрему и обуку

10. Скупштина је забринута недостатком јасноће у погледу одговорности држава Европске уније, односно FRONTEX-а, те одсуством адекватних гаранција поштовања основних права и међународних стандарда у оквиру заједничких опреација које координира та агенција. Док Скупштина поздравља предлоге које је Европска унија представила у смислу измене правила везаних зарад те агенције, с циљем јачања пуног поштовања основних права, сматра их неадекватним и било би јој драго да се Европском парламенту повери демократски надзор над активностима агенције, нарочито кад се ради о поштовању основних права.

11. Скупштина такође сматра да је неопходно да се уложи напор да се исправе примарни узроци који наводе очајна лица да живот излажу ризику укрцавањем на бродове за Европу. Скупштина позива све државе чланице да појачају своје напоре на промоцији мира, владавине закона и просперитета у земљама порекла потенцијалних имиграната и тражилаца азила.

12. Коначно, у светлу озбиљних изазова које приобалним земљама поставља нерегуларни поморски прилив људи, Скупштина позива међународну заједницу, нарочито ИМО, UNHCR, Међународну организацију за миграције (IOM), Савет Европе и Европску унију (укључујући FRONTEX и Европску канцеларију за подршку азилу) да учине следеће:

12.1. да пружи сву потребну помоћ тим државама, у духу солидарности и поделе одговорности;

12.2. да под покровитељством ИМО-а уложи заједничке напоре да осигурају конзистентан и хармонизован приступ међународном поморском праву кроз, између осталог, споразум о дефиницији и садржају кључних појмова и норми;

12.3. да установе међуагенцијску групу, с циљем изучавања и решавања најважнијих проблема у пољу поморског пресретања, укључујући пет проблема идентификованих у овој резолуцији, те с циљем успостављања јасних приоритета у политици рада, давања усмерења државама и другим релевантним актерима, те праћења и оцене коришћења мера поморског пресретања. Ту групу би требало да чине чланови ИМО-а, UNHCR-а, IOM-а, Савета Европе, FRONTEX-а и Европске канцеларије за подршку азилу.

³³ A. T. Gallagher, & F. David, *The international law of migrant smuggling*, Cambridge: Cambridge University Press, 2014, 7, J. Hessbrügge, *Introductory note to the European Court of Human Rights: Hirsi Jamaa et al. v. Italy*, *International Legal Materials*, vol. 51, 2012, 423. О кријумчарењу и рутама опширно вид. у P. Tinti, & T. Reitano, *Migrant, Refugee, Smuggler, Savior*. Oxford: Oxford University Press, 2017.

³⁴ A. Pera, *The residence permit for third-country nationals who are victims of human trafficking: A double-face instrument between compliance strategy and protection of human rights*, *Journal of Financial Crime*, Vol. 24 No. 2, 2017, 358.

либијских службеника.³⁵ Ипак, у периоду од 06. маја до 06. новембра 2009. године 834 лица су враћена у Либију, 23 у Алжир³⁶, а генерално посматрано, са европских граница последњих година враћено је на хиљаде миграната.³⁷ Када су у питању малолетници, за ова разматрања је, пак, од великог значаја Директива 2005/85 којом је предвиђено да органи државне власти морају да избегавају одређивање притвора малолетнику.

III ОСНОВНЕ ПОСТАВКЕ ЛИШЕЊА СЛОБОДЕ ЗА МИГРАНТЕ

Члан 5. Конвенције гарантује да свако има право на слободу и безбедност личности, а да нико не може бити лишен слободе осим у таксативно набројаним случајевима и у складу са законом прописаним поступком. Овај члан се односи на заштиту сваког лица, што је Суд потврдио у пресуди *Nada против Швајцарске* (*Nada против Швајцарске*, број 10593/08, став 224, 12. септембар 2012. године). Већина држава ЕУ омогућава лишење слободе мигрантима по њиховом уласку у земљу. Лишење слободе, пак, најчешће одређује гранична полиција.³⁸ Установљавање глобалне слике о лишењу слободе миграната сматра се екстремно тешким.³⁹ Основи за лишење слободе су у Конвенцији исцрпно наведени и лице не може бити лишено слободе ван набројаних основа (видети *Saadi против Велике Британије*, број 13229/03, став 43, 29. јануар 2008. године). За ова разматрања значајна је тачка ф става 1. члана 5. Конвенције, којим је прописано законито хапшење или лишење слободе лица да би се спречио његов неовлашћени улазак у земљу, или лица против кога се предузимају мере у циљу изгона или екстрадиције. Другим речима, дозвољено је лишење слободе странаца у контексту имиграционе контроле. У поменутој пресуди *Saadi против Велике Британије* Суд је први пут објаснио значење ове тачке, сматрајући да све док држава не одобри улазак било којег странца у земљу, његов улазак се сматра незаконитим. Одређивање притвора лицу које жели да уђе у земљу, а за шта још нема дозволу, може бити законито у смислу Конвенције. Ипак, притвор мора да буде компатибилан са свеукупном сврхом члана 5. који обезбеђује да нико не сме произвољно да буде лишен слободе (*Saadi против Велике Британије*, став 66). Надовезујући се на

³⁵ T. Gammeltoft-Hansen, *International Refugee Law and Refugee Policy: The Case of Deterrence Policies*, Journal of Refugee Studies, Vol. 27, No. 4, 2014, 586.

³⁶ M. Giuffr , *State Responsibility Beyond Borders: What Legal Basis for Italy's Push-backs to Libya?*, International Journal of Refugee Law, Vol. 24, No. 4, 2013, 697.

³⁷ G. Bevilacqua, *Exploring the Ambiguity of Operation Sophia Between Military and Search and Rescue Activities*. У G. Andreone, *The Future of the Law of the Sea: Bridging Gaps Between National, Individual and Common Interests*, Rome: Springer Open, 2017, 168.

³⁸ G. Cornelisse, *Immigration Detention and Human Rights Rethinking Territorial Sovereignty*. Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2010, 8.

³⁹ L. Fiske, *Human Rights, Refugee Protest and Immigration Detention*, London: Palgrave Macmillan, 2016, 191.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

овај став, суд је у предмету *Suso Musa против Малте* заузео став да питање у ком моменту први део члана 5. Конвенције престаје да се примењује (јер је појединцу одобрено формално одобрење за улазак или боравак) у великој мери зависи од националног права (*Suso Musa против Малте*, број 42337/12, став 97, 23. јул 2013. године).⁴⁰

Лишење слободе мора да буде законито, а када је у питању законитост притвора, укључујући и питање поступка прописаног законом, Конвенција у основи упућује на национално законодавство и предвиђа обавезу да се поштују материјална и процесна правила конкретног законодавства. Међутим, поштовање домаћег законодавства није довољно, него свако лишење слободе мора да заштити појединца од произвољности. Дакле, чак и у случају да је неко лишење слободе у складу са националним законом који регулише дату материју, то још увек оставља простор да лишавање слободе буде произвољно, а самим тим и супротно Конвенцији. Другим речима, ниједан притвор који је произвољан не може бити компатибилан са чланом 5. Конвенције, при чему се појам произвољности протеже ван неусклађености са домаћим правом, тако да лишење слободе може да буде у сагласности са домаћим законодавством, али да је и даље супротно Конвенцији (*Saadi против Велике Британије*, став 67; *Mahamed Jama против Малте*, став 139). За ова разматрања су такође значајни и ставови које је Суд заузео у пресудама *A. и други против Велике Британије* и *Louled Massoud против Малте*. Наиме, да би се избегло да неки притвор буде означен као произвољан, он мора бити одређен у доброј вери. Затим, мора бити уско повезан са основима за одређивање притвора. Место и услови у којима је лице притворено морају да буду примерени имајући у виду чињеницу да се ова мера примењује не на лица која су извршила кривично дело већ на странце који су, често у страху за сопствени живот, побегли из своје земље, при чему дужина притвора не сме да прелази време које је разумно неопходно за сврху због које је одређен (*A. и други против Велике Британије*, број 3455/05, став 164, 19. фебруар 2009. године; *Louled Massoud против Малте*, број 24340/08, став 62, 27. јул 2010. године). У наставку рада елаборираћемо укратко до сада донете пресуде у вези са лишењем слободе малолетних миграната са и без пратње.

IV ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ ДЕЦЕ СА ПРАТЊОМ У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Пред Судом су се до сада водили бројни поступци у циљу заштите права миграната, али посебан акценат се ставља на заштиту права малолетних миграната, са и без пратње. У том правцу посебно је осетљиво питање лишења слободе. Због обима рада овде ће бити објашњено само питање лишења

⁴⁰ Погледати додатно у: L. Harta, *We Only Do What's Necessary: Detention of Asylum Seekers in European Law*, *Common Law Review*, vol. 15, 2018, 46.

слободе према члану 5. Конвенцији, док проблематика услова у притвору потпада под члан 3. Конвенције, о чему неће бити речи, иако је познато да мигранти трпе различите облике насиља приликом покушаја да пређу државну границу.⁴¹

На првом месту, према ставу Суда у пресуди *Роров против Француске*, мера притвора мора да буде пропорционална циљу који имају органи власти, а то је најчешће спровођење одлуке о депортацији. Међутим, органи власти морају пре свега да узимају у обзир најбољи интерес детета, што је став целокупне међународне заједнице и докумената, почев од Конвенције о правима детета. Најбољи интерес детета се огледа и у одржавању породице и размишљању о алтернативама притвору (*Роров против Француске*, број 39472/07 и 39474/07, ставови 140-141, 19. јануар 2012. године).

У предмету *Muskhadzhiyeva и други против Белгије*, троје малолетне деце је лишено слободе заједно са њиховом мајком у затвореном транзитном центру. Представка је уложена због незаконитог лишења слободе и неефикасности правног лека, будући да су удаљени из Белгије пре него што је суд донео одлуку по правном леку. Суд је заузео став да су подносиоци представке били у ситуацији у којој је начелно било могуће одредити притвор, али да, међутим, то не значи да је истовремено притвор према њима био законит.⁴² Будући да су деца била смештена у затвореном центру који је био намењен пунолетним лицима и који није био прилагођен њиховој крајњој рањивости, иако су били у пратњи мајке, дошло је до кршења њиховог права на слободу и сигурност. Притвор одређен према њиховој мајци био је, пак, законито одређен (*Muskhadzhiyeva и други против Белгије*, број 41442/07, став 74, 19. јануар 2010. године). Занимљив став Суд је заузео поводом правног лека. Наиме, према ставу Суда није спорно да је касациони суд Белгије донео одлуку након враћања миграната у Пољску, али су пре тога два суда надлежна *de jure* и *de facto* испитала захтев без одлагања, док су мигранти још били у Белгији, те будући да је довољно да само један суд испита жалбу, под условом да поступак има судску природу и да појединцу пружа довољно гаранције не постоји повреда члана 5. става 4. Конвенције (*Muskhadzhiyeva и други против Белгије*, ставови 82-85). Дакле, Суд је заузео исправан став како када је у питању одређивање притвора тако и проблем правног лека. Укратко, да би неком лицу био повређен члан 5. став 4. Конвенције неопходно је да одлука није испитана ни у једној инстанци. У конкретном случају, два суда су пре враћања миграната

⁴¹ J. Jeandesboz, *EU Border Control: Violence, Capture and Apparatus*. In Y. Jansen, R. Celikates, & J. d. Billois, *The Irregularization of Migration in Contemporary Europe: Detention, Deportation, Drowning*, London - New York: Rowman & Littlefield International, 2015, 87.

⁴² О томе и у: C. Costello, *Human Rights and the Elusive Universal Subject: Immigration Detention under International Human Rights and EU Law*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 19, no. 1, 2012, 278.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

испитала ту одлуку, тако да није постојала повреда овог става члана 5. Конвенције.⁴³

Предмет *Kanagaratnam против Белгије* се односио на притвор мајке и њено троје малолетне деце у затвореном центру за илегалне странце који чекају протеривање. Апликанти су представку уложили ради незаконитог и арбитрерног лишења слободе. Слично као у претходном предмету, Суд је оправдано стао на становиште да је притвор био незаконит, јер смештање деце у затворени центар намењен пунолетним странцима, који је неприлагођен њиховој крајњој рањивости, не представља довољну гаранцију дечијег права на слободу. Чињеница да су деца била у пратњи мајке не мења такав закључак (*Kanagaratnam против Белгије*, број 15297/09, ставови 93-95, 13. децембар 2011. године).⁴⁴

У већ поменутом предмету *Роров против Француске* дошло је до административног лишења слободе тражилаца азила са двоје малолетне деце. Суд је дошао до закључка да је повређен члан 5. Конвенције у погледу деце, јер француски органи нису узели у обзир њихову посебну ситуацију нити су тражили неко друго решење осим административног притвора. Иако је стално понављан став Суда да пре сваког одређивања притвора превасходно треба да се испита могућност примене алтернативних мера, до тога, у пракси, на жалост не долази. Затим, неоспорна је чињеница да у оваквим случајевима одређивање притвора родитељима аутоматски вуче за собом и лишење слободе деце. У овом случају, родитељи су имали право да траже преиспитивање одлуке о одређивању притвора по члану 5. ставу 4. Конвенције, док су деца, пак, запала у правну празнину, те нису могла да користе овај правни лек. У овом случају нису постојале наредбе за протеривање деце које би могле да се оспоре на суду нити је према њима одређен административни притвор, услед чега судови нису могли да испитају законитост њиховог присуства у притвору. Самим тим, деца нису уживала заштиту коју пружа Конвенција (*Роров против Француске*, став 124). *Ciara Smyth* сматра да је након ове пресуде успостављено правило да је позиција међународног права таква да је обавезно лишење слободе малолетних миграната недозвољено, при чему може доћи до истог, али само на основу процене сваког појединог случаја, узимајући у обзир најбољи интерес детета и чињеницу да до одређивања притвора може доћи само у случају да су

⁴³ Важно је споменути да је Суд и кроз ове пресуде развијао концепт *рањивости*. Видети: A. Beduschi, *Vulnerability on Trial: Protection of Migrant Children's Rights in the Jurisprudence of International Human Rights Courts*, Boston University International Law Journal, vol. 36, no. 1, 2018, 59.

⁴⁴ И у *Muskhadzhiyeva и други против Белгије* и у *Kanagaratnam против Белгије* Суд постепено развија концепт рањивости, али се сматра да је на том пољу кључна пресуда *Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, о којој ће бити речи нешто касније. T. Morochovic, *The Weight of Vulnerability: A Comparative Analysis of the Significance of Particular Vulnerability Attributes under ECHR Jurisprudence in Situations of Extreme Vulnerability concerning Migrants*, Exeter Law Review, vol. 44, 2017, 96.

исцрпљене све друге алтернативе, тј. слобода малолетних миграната је правило, а лишење слободе изузетак.⁴⁵ На жалост, пракса је показала да је лишење слободе правило.

Слично чињенично стање је и у предмету *A.B. и други против Француске*, где је Суд дошао до истог закључка. Суд је поново нагласио да је ситуација деце суштински повезана са ситуацијом њихових родитеља, од којих се не би смела раздвајати у највећој могућој мери. Та веза је у интересу деце и има за последицу да када су родитељи стављени у притвор, и деца буду *de facto* лишена слободе. То лишавање слободе произилази из легитимне одлуке родитеља да имају власт над својом децом и да их не поверавају на негу трећим лицима. Међутим, окружење у којем се деца тада налазе представља извор стрепње и напетости који им може нанети озбиљну штету (*A.B. и други против Француске*, број 11593/12, став 122, 12. јул 2016. године). Суд даље закључује да ће присуство детета у пратњи родитеља бити у складу са чланом 5. ставом 1. Конвенције само у ситуацији у којој су државни органи проверили да се ниједна друга мера која укључује лишење слободе не може спровести, осим притвора (*A.B. и други против Француске*, став 123). Идентичан став је Суд заузео и у предметима *R.K. против Француске* и *R.M. против Француске*. Као што видимо, Суд је у датим, предметима трасирао смернице у којима треба да се креће одлучивање националних власти поводом лишења слободе малолетних миграната. Међутим, у предметима *A.M. и други против Француске* и *R.C. и V.C. против Француске* није дошло до повреде овог члана, јер су француски органи покушали да нађу мање принудну меру. Другим речима, тражење алтернатива лишењу слободе јесте у складу са понашањем државних органа које захтева Конвенција.

У ЛИШЕЊЕ СЛОБОДЕ ДЕЦЕ БЕЗ ПРАТЊЕ У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ ЕВРОПСКОГ СУДА ЗА ЉУДСКА ПРАВА

Нешто већи број предмета који су вођени пред Судом тиче се малолетних миграната без пратње. На самом почетку ових разматрања скренућемо пажњу на једно од најбољих запажања о положају детета које даје Суд у пресуди *Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, који наглашава да се мора имати у виду да је екстремна рањивост детета одлучујући фактор у оваквим предметима и да има предност над статусом илегалних миграната (*Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, број 13178/03, став 55, 12. октобар 2006. године). У овом случају дошло је како до лишења слободе у трајању од скоро два месеца, у центру за пунолетна лица, петогодишње мигранткиње,

⁴⁵ C. Smyth, *Is the Right of the Child to Liberty Safeguarded in the Common European Asylum System*, European Journal of Migration and Law, vol. 15, no. 2, 2013, 119. Видети и: E. K. Blondal, O. M. Arnardottir, *Non-Refoulement in Strasbourg: Making Sense of the Assessment of Individual Circumstances*, Oslo Law Review, vol. 5, no. 3, 2018, 168.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

држављанке Конга, која је требало да се нађе с мајком, која је стекла статус избеглице у Канади, тако и до њене касније репатријације.⁴⁶ Иако је представка поднесена од стране две апликанткиње, у конкретном случају је само једна била лишена слободе, те је Суд већ на почетку скренуо пажњу да само лице лишено слободе може бити сматрано жртвом у смислу члана 5. Конвенције (*Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, став 96). У конкретном случају није била спорна чињеница да је апликанткиња била законито лишена слободе. Конкретна ситуација се подвела под члан 5. став 1ф Конвенције, којим је прописано законито хапшење или лишење слободе лица да би се спречио његов неовлашћени улазак у земљу, или лица против кога се предузимају мере у циљу изгона или екстрадиције. Закон који се примењује треба да буде довољно доступан, применљив и предвидив.⁴⁷ Суд је у низу пресуда јасно нагласио да мора постојати веза између основа за лишење слободе и места и услова издржавања притвора (примера ради, *Ashingdane против Велике Британије*, 8225/78, став 44, 28. мај 1985. године; *Aerts против Белгије*, 61/1997/845/1051, став 46, 30 јул 1998. године). Суд је скренуо пажњу на чињеницу да је дете било затворено у центру намењеном илегалним мигрантима под истим условима као и одрасли мигранти. Ови услови свакако нису били прилагођени положају екстремне рањивости у коме се нашло дете без пратње (*Mubilanzila Mayeka и Kaniki Mitunga против Белгије*, став 103). Стога је Белгија повредила члан 5. став 1ф Конвенције, будући да њен правни систем није довољно заштитио право на слободу апликанткиње. Истовремено, апликанткињи у овом случају није било допуштено ни право да изјави правни лек против одлуке о депортацији, у смислу члана 5. става 4. Конвенције, којим је предвиђено да свако ко је лишен слободе има право да покрене поступак у коме ће суд хитно испитати законитост лишења слободе и наложити пуштање на слободу ако је лишење слободе незаконито. Будући да се ради о *lex specialis*-у у односу на члан 13. Конвенције, који предвиђа право на делотворан правни лек, белгијски органи нису испунили своје обавезе ни према овом ставу, јер депортација није изједначена са хитним пуштањем на слободу, те су на још један начин повређена конвенцијска права.

Потом, члан 5. став 4. Конвенције није испоштован ни у предмету *Vibullima против Грчке*.⁴⁸ У овом предмету радило се о малолетном албанском држављанину, који је живео у Грчкој с ујаком који је вршио родитељско право.

⁴⁶ Видети: М. Bossuyt, *Judges on Thin Ice: The European Court of Human Rights and the Treatment of Asylum Seekers*, Inter-American and European Human Rights Journal, vol. 3, no. Issues 1-2, 2010, 4.

⁴⁷ X. Ruedin, *Aliens' and Asylum Seekers' Detention under Article 5(1)(f) ECHR*, Swiss Review of International and European Law, vol. 20, no. 4, 2010, 487.

⁴⁸ На основу пресуда које ће бити анализирани јасно је да Грчка има већих проблема са системом азила. Видети додатно у: L. Karamanidou, L. Schuster, *Realizing One's Rights under the 1951 Convention 60 Years on: A Review of Practical Constraints on Accessing Protection in Europe*, Journal of Refugee Studies 25, no. 2, June 2012, 169-192

Међутим, ухапшен је од стране имиграционе полиције која је против њега покренула поступак депортације због тога што није имао важећу боравишну дозволу. Одведен је у притвор, а након што је донета одлука о депортацији, задржан је у притвору због опасности од бекства. О укидању притвора одлучивало се 14 дана. Суд је донео одлуку у корист апликанта, сматрајући да правни лекови који су били доступни апликанту нису испуњавали критеријум хитности (*Bubullima против Грчке*, 41533/08, став 31, 28. октобар 2010. године). Временски период у ком се одлучивало о укидању притвора није испунио наведени захтев, а Суд је ослонац нашао у предмету *Kadem против Малте*, у ком је заузет став да период од 17 дана није испуњавао критеријум хитности (*Kadem против Малте*, број 55263/00, 09. јануар 2003. године). Одлучивање о притвору мора бити хитно, те се стога у потпуности слажемо са Судом у погледу наведене одлуке.

Хронолошки посматрано, следећи предмет у овом низу је *Rahimi против Грчке*, у коме је Суд такође нашао повреду члана 5.⁴⁹ У овом случају малолетни мигрант без пратње стављен је у притвор у центар за пунолетна лица. Иако је у центру задржан свега два дана, Суд је заузео став да грчки органи нису узели у разматрање најбољи интерес детета нити његову ситуацију као мигранта без пратње. Такође, није размотрена чак ни алтернатива притвору, која би била довољна да осигура депортацију. Наведени фактори су стога довели у сумњу добру веру приликом одређивања притвора (*Rahimi против Грчке*, број 8687/08, став 109, 05. април 2011. године).⁵⁰ У суштини, Суд је овде оправдано елаборирао своје ставове које је заузео када су у питању малолетни мигранти са пратњом. Оно што је у овом предмету проблематичније јесте повреда става 4. овог члана, због низа неправилности грчких органа. Наиме, малолетнику је практично било немогуће да дође до адвоката, затим брошура која је садржавала информације о доступним правним лековима била је написана на језику који малолетник није разумео, иако је његово саслушање спроведено на матерњем језику, а на крају је малолетник регистрован с пратњом. Суштински, све и да су апликанту били доступни правни лекови, Суд у овом предмету није дошао до закључка да је исти могао и да их искористи (*Rahimi против Грчке*, став 120).

До сличног закључка Суд је дошао и у предмету *Housein против Грчке*. Наиме, и у овом предмету малолетно лице без пратње је смештено у центар за пунолетна лица почев од 02. јуна 2011. године све до 28. јула исте године. Ни у

⁴⁹ О условима у притвору у овом случају видети у: L. Lavrysen, *European Asylum Law and the ECHR: An Uneasy Coexistence*, Goettingen Journal of International Law, vol. 4, no. 1, 2012, 197-242.

⁵⁰ Ова пресуда се често ставља у ранг са Попов против Француске. Видети: F. Ippolito, *The Contribution of the European Courts to the Common European Asylum System and Its Ongoing Recast Process*, Maastricht Journal of European and Comparative Law, vol. 20, no. 2, 2013, 271.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

овом случају грчки органи нису узели у обзир чињеницу да се ради о малолетнику без пратње нити су преиспитали могућност да ли се сврха може постићи блажом мером, иако је, док је текао поступак, стигао предлог да се малолетник пребаци у центар прилагођен његовим потребама (*Housein protiv Grčke*, број 71825/11, ставови 75-77, 83, 24. октобар 2013. године). Наравно, прекршен је члан 5. Конвенције, те нема потребе да се враћамо на разлоге за то, а који су у суштини идентични као у претходној пресуди.

Предмет *Mohamad protiv Grčke* је карактеристичан по томе што је у време хапшења подносилац представке, ирачки држављанин, био малолетник без пратње, који је достигао доба пунолетства у притвору. Суд је утврдио повреду члана 5. става 1. због тога што су грчки органи држали малолетника у притвору не обазирјући се на његов статус малолетника без пратње, а након што је стекао пунолетство продужили су му притвор без предузимања било којег корака у правцу његовог укидања (*Mohamad protiv Grčke*, број 70586/11, став 85, 11. децембар 2014. године). Став Суда је и овде јасан и немогуће је не сложити се са истим.

У предмету *Abdullahi Elmi u Aweys Abubakar protiv Малте* Суд је, надовезујући се на схватање изражено у *Mubilanzila Mayeka u Kaniki Mitunga protiv Белгије* веома лепо скренуо пажњу на чињеницу да деца имају специфичне потребе које су посебно повезане са њиховим годинама и недостатком независности, те статусом тражиоца азила, при чему Конвенција о правима детета охрабрује државе да предузму одговарајуће мере да детету које жели да добије избеглички статус пружи заштиту и хуманитарну помоћ, било да је дете само или у пратњи родитеља (*Abdullahi Elmi u Aweys Abubakar protiv Малте*, број 25794/13 и 28151/13, став 103, 22. новембар 2016. године).⁵¹ У овом случају први подносилац представке је илегалним путем стигао на Малту бродом, након чега је регистрован од стране имиграционе полиције. Органе власти је обавестио да има 16 година. Приликом испитивања није био присутан преводилац, те су му у разговору помогли други илегални мигранти који су говорили енглески језик. Притворен је, а уручена му је брошура о правилима и обавезама у притвору на арапском језику, који апликант није разумео. Други апликант је истим путем на Малту стигао петнаест дана касније. Приликом испитивања је навео да има 17 година, а уручена му је иста брошура на арапском језику, који ни овај подносилац представке није говорио. Након тога је притворен. Суд је и у овом предмету потпуно оправдано нашао повреду члана 5. ставова 1. и 4. Конвенције. Суштински посматрано, подносиоци представке су остали у притвору и више месеци након што је утврђено да су малолетни. Иако у овом случају није спорно да је одређивање

⁵¹ Суд је и у пресуди *Tarakhel protiv Швајцарске* напоменуо да услови пријема за децу која траже азил морају бити прилагођени њиховом узрасту, како се не би створиле ситуације стреса и анксиозности, са нарочито трауматичним последицама (*Tarakhel protiv Швајцарске*, број 29217/12, став 99, 04. новембар 2014. године).

притвора било уско повезано са основима за притвор, који се у овом случају базирао на спречавању неовлашћеног уласка, кашњења након утврђивања старости подносилаца представке изазвале су озбиљну сумњу у добру веру органа власти, поготово узевши у обзир чињеницу да органи власти ни у једној фази нису утврђивали алтернативу притвору (*Abdullahi Elmi и Aweys Abubakar против Малте*, став 146). До које мере поједина законодавства имају лоша решења показује Суд с времена на време када се не упушта у разматрања појединих предмета, већ констатује повреду само се позивајући на старије предмете поводом истог питања. У конкретном случају Суд је сматрао да су правни лекови доступни подносиоцима представке неефективни и недовољни за потребе члана 5. става 4. Конвенције, уз позивање на ставове заузете у предметима *Mahamed Jama против Малте* и *Mohamed Ismaaciil и Abdirahman Warsame против Малте*.

Последње две пресуде када је у питању одређивање притвора малолетним мигрантима без пратње датирају из 2019. године. Упркос интензивној пракси Суда у овој области, испоставља се да како време тече тако државе чине све већи број повреда конвенцијских права, о чему сведоче управо ове две пресуде. На првом месту, у предмету *Н.А. и други против Грчке*, органи власти потоње државе лишили су слободе девет малолетних миграната без пратње, при чему су их држали у полицијским станицама у периодима између двадесет и једног и тридесет и три дана. Након тога су пребачени у прихватни центар, а потом у посебне установе за малолетнике. Суд је закључио да смештање малолетника у полицијске станице може да се сматра лишавањем слободе које није било законито. Јавни тужилац који је по закону био њихов старатељ није контактирао са адвокатом нити је уложио жалбу ради укидања притвора како би се убрзао њихов трансфер до одговарајућих објеката (*Н.А. и други против Грчке*, број 19951/16, ставови 207 и 212, 28. фебруар 2019. године). Приметно је да је Суд ширио заштиту миграната кроз јуриспруденцију, али то не оправдава кршења људских права од стране државних органа.⁵² Иако је ова пресуда донета након других пресуда против Грчке које смо разрадили, јасно је да се понашање државних органа није променило упркос констатовању кршења људских права.

На другом месту, у предмету *Sh. D. и други против Грчке, Аустрије, Хрватске, Мађарске, Северне Македоније, Србије и Словеније*, пет миграната без пратње старости између 14 и 17 година су ушли у Грчку 2016. године. Малолетни мигранти су смештени у заштитни притвор у полицијским станицама. Суд је већ на почетку одбацио представку против Аустрије, Хрватске, Мађарске, Северне Македоније, Србије и Словеније као очигледно неосноване. Међутим, у конкретном случају приликом одређивања притвора

⁵² A. Sinha, *Defining Detention: The Intervention of the European Court of Human Rights in the Detention of Involuntary Migrants*, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 50, no. 3, 2019, 223.

Вељко Турањанин, Лишење слободе малолетних миграната са и без пратње према ставовима европског суда за људска права (стр. 17-36)

грчки органи власти нису објаснили због чега су подносиоци представке прво били смештени у полицијским станицама уместо у алтернативним привременим смештајима, због чега је Суд поново закључио да су грчке власти повредиле члан 5. Конвенције. (*Sh. D. и други против Грчке, Аустрије, Хрватске, Мађарске, Северне Македоније, Србије и Словеније*, број 14165/16, став 69, 13. јун 2019. године). Дакле, Суд константно понавља захтев да се мора тражити алтернатива притвору, док државе константно избегавају ову обавезу. Став Суда је јасан и у складу са свим начелима међународног права. Ова пресуда јасно показује и на тежњу подносилаца представки да траже одговорност свих држава кроз које су прошли на својој мигрантској рути, што, уколико заиста није дошло до повреде права, води проглашењу дела представке очигледно неоснованом. Иако није спорно да се државни органи налазе пред великим проблемима у мигрантским предметима, људска права се налазе на првом месту. Стога је и ова пресуда у складу са тенденцијом Суда да, иако у потпуности разумевајући проблеме држава које се суочавају пред таласом миграција, препознаје и упозорава на повреду права гарантованих Конвенцијом.

VI ЗАКЉУЧАК

Другу половину XX и почетак XXI века обележили су таласи миграција, који се крећу са истока на запад, од сиромашнијих ка богатијим државама. Миграциони токови су различити, а трасе се мењају у зависности од става појединих држава према мигрантима. Као што је познато, од миграција није поштеђена ни Србија, иако свакако не припада државама које представљају крајњу дестинацију за мигранте него само транзициону земљу. Изузетака, наравно, има. С једне стране, Италија је најизложенија таласу миграција који долази са мора, најчешће из Либије и Туниса. Покушај италијанских власти да зауставе миграције склапањем уговора са дотичним државама није уродио плодом. Представке које су поднете Суду против Италије су биле успешне, посматрано са стране миграната, којима је Суд признао кршење Конвенцијом загарантованих права. С друге стране, пак, Грчка и Малта су државе које су такође погођене миграцијама, а судећи по пресудама Суда, у овим државама је до сада дошло до најтежих повреда конвенцијских права деци мигрантима са и без пратње. Иако постоји мноштво међународних и националних докумената, у којима се истиче да у свим поступцима где се појављују деца њихов најбољи интерес мора бити основна идеја водила, пракса је показала да није увек тако. Поштовање људских права овој категорији подносилаца представки било је далеко од потребног нивоа, што показују пресуде које смо анализирали у раду. Иако би се могло закључити да ће кроз године колико траје мигрантска криза доћи до помака, те да ће државе Савета Европе озбиљније да узму у обзир ставове Суда по овим питањима, пракса је показала да то није тако. Чак и у најновијим пресудама из 2019. године Суд заузима став да лишење слободе

деце без пратње и даље није у складу са законом. Наведено заиста отвара питање разлога за, могло би се чак рећи, толику незаинтересованост за поштовање основних људских права и слобода. Ипак, без обзира на све проблеме које носи мигрантска криза и са којима се државе суочавају, мора се максимално водити рачуна о том јединственом и универзалном делу популације – о деци.

Veljko Turanjanin, LL.D*

UNACCOMPANIED MIGRANT MINORS DETENTION BEFORE THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS AND FUNDAMENTAL FREEDOMS

Summary

The author deals with the one of the most problematic issues of the migrant crisis, namely the deprivation of liberty of a unaccompanied migrant minor in his or her migrant journey. The situation of migrants in the crisis that has hit Europe is not easy in itself, but it is made even more difficult by the fact that children often travel with adult migrants, and the most difficult aspect of this phenomenon is certainly unaccompanied migrant children. The countries most affected by the influx of unaccompanied children are Greece and Malta. Article 5 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms lays down the grounds on which a person may be deprived of his liberty, and in recent years the European Court of Human Rights has elaborated in detail the basis for ordering detention of migrants. The author has paid the greatest attention to the views of this Court when it comes to unaccompanied migrant children analyzing all the judgments rendered by July 2019, and the difficulty of their position is sufficiently illustrated by the fact that the Court found violations of convention rights in all judgments in their deprivation of liberty.

Key words: *unaccompanied minor, detention, migrant crisis, European Court of Human Rights, European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms.*

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Др Зоран Чворовић*

Прегледни научни чланак
УДК: 34(470:497.11)"04/14"

РЕЛАЦИЈА У ЧЛАНУ 181 ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА И У СРЕДЊОВЕКОВНИМ РУСКИМ ПРАВНИМ СПОМЕНИЦИМА¹

Рад примљен: 28. 11. 2019.

Рад исправљен: 03. 12. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 09. 12. 2019.

У раду аутор анализира члан 181 Душановог законика о искључивом праву владара да суди у оним предметима који су се због фактичке заплетности конкретног случаја или постојања правне празнине преносили из редовних судова на владарев суд. У првом делу рада аутор представља ставове појединих најзначајнијих коментатора Душановог законика, који се међусобно разилазе у зависности од тога да ли установу из члана 181 Законика квалификују као релацију или апелацију. Ове тезе, као и садржај самог члана 181 Душановог законика, аутор осветљава из перспективе примене установе релације, као и сродних процесних установа, у првом реду супликације, у византијском праву и пракси царског суда у Византији. Пошто посредством релације владар присваја значајан део судске власти, пропис члана 181 Душановог законика се анализира поређењем са другим члановима Законика, који, с једне стране, ишче, а с друге стране, сужавају могућности мешања владара у редовни ток судског поступка. О улози коју је владар имао у правосуђу према Душановом закоником може објективно да се суди тек када се прописи Душановог законика о релацији и супликације упореде са сличним прописима у другим словенским правима. Стога се у раду пореде одговарајући прописи Душановог законика са прописима о релацији и супликацији московског и литванско-руског права.

Кључне речи: релација, супликација, Душанов законик, руско право, византијско право.

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, zcvorovic@jura.kg.ac.rs

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.

І О ЗНАЧАЈУ ЧЛАНА 181 ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА

Прописи Душановог законика који омогућавају владару да интервенише у редовни ток судског поступка, када се доведу у везу са оним прописима Душановог законика који, насупрот томе, ограничавају улогу владара у судској власти, умногоме могу да помогну у расветљавању питања правне природе српске средњовековне државе XIV века.² У прописе који владару додељују нека од ексклузивних права у вршењу правосуђа спада и члан 181 Душановог законика, о чијем садржају не постоји јединствен став међу писцима који су коментарисали одредбе Законика. Размиоилажења у тумачењу овог прописа су таква да поједини аутори у члану 181 виде апелацију пред владарем, док други у истом члану проналазе право владара да суди у случајевима тзв. релације.

Правна природа установе из члана 181 Душановог законика и даље је спорна, између осталог, и зато што се овај пропис до сада није доводио у везу са сличним прописима у оним правним системима који су неспорно били блиски српском средњовековном праву, како због заједничког словенског обичајноправног порекла, тако и због заједничког угледања на византијско право.³ Такво је, пре свега, средњовековно право Московске Русије, због чега прописе Душановог законика о владаревим овлашћењима у правосуђу теба довести у везу са сличним прописима оба Судебника и Саборног уложенија од 1649. године. Као што се тачна представа о појединачној установи из члана 181 Душановог законика може стећи тек у оквирима компаративне анализе прописа који уређују сличне установе у сродном московском праву, тако и положај владара у судској власти у Душановој држави може објективно да се оцени само у упоредноправним оквирима. Пошто се последње питање тиче вишедеценијске научне расправе о томе колико је српска држава XIV века била блиска германско-романској државној форми сталешке монархије,⁴ члан 181 Душановог законика треба поредити са сличним прописима литванско-руског права. С једне стране, реч је о праву које улази у састав јединствене руске средњовековне правне баштине, док се, с друге стране, литванско-руско право развијало под другачијим иностраним утицајима него московско и српско средњовековно право и у оквиру државе са потпуно другачијом организацијом власти.⁵

² Н. Радојчић, *Судије и закон у средњовековној Србији и у Угарској*, Летопис Матице српске 305, св. 1-2, 1925, 63-68.

³ З. Чворовић, *Душанов законик у руском огледалу*, Београд, 2018, 43-44.

⁴ Н. Радојчић, *Судије и закон у средњовековној Србији и у Угарској*, 53-63.

⁵ З. Чворовић, *Начело законитости у праву Московске Русије XVI и XVII веку*, *Анали Правног факултета у Београду* LXVI, бр. 1/2018, 208.

II ЧЛАН 181 ДУШАНОВОГ ЗАКОНИКА

А. Релација или апелација?

Први став члана 181 Душановог законика, који је од интереса за ово истраживање, у преводу Н. Радојчића на савремени српски језик гласи: „Заповед царска судијама: Ако се нађе велико дело, и не узмогну расудити ни решити, који било велики суд да буде, да иде од судија један с оном обојицом парничара пред цара.“⁶

Сам Радојчић је у овом члану видео пропис о „апелацији на цара.“⁷ Његово тумачење је преузео и писац најновијег коментара Душановог законика, Ђ. Бубало, који о садржају члана 181 вели: „Утврђује се право апелације тако што су се предмети који судије не могу да реше у редовном судском поступку износили пред цара, који истовремено наступа у својству другостепеног суда и највише судске инстанце.“⁸ Да се у овом случају не ради о апелацији, већ о установи релације (*relatio ad principem*), показао је у минуциозној правноисторијској анализи члана 181 Т. Тарановски.⁹ Његове закључке доцније је преузео и додатно образложио А. Соловјев.¹⁰ Према запажању Т. Тарановског кључна разлика између апелације и релације састоји се у томе што се код релације судски предмет на владаочев суд преносио на иницијативу самог суда, док се код апелације предмет спора преносио на иницијативу (жалбу) незадовољне странке.¹¹ Садржај првог става члана 181 Душановог законика не оставља ни најмање недоумице да се ради о релацији, јер се судски предмети преносе из редовног у владарев суд због тога што га судије „не узмогну расудити ни решити.“ У једном предмету судија је могао да упадне у несавладиве тешкоће из два разлога: због постојања правне празнине и због фактичке заплетености спора.¹² У „оба случаја један од судија има да се јави пред цара, а с њим и обе странке“ и онда, речју А. Соловјева, „цар, као врховни судија, има да пресуди парницу.“¹³

⁶ Н. Радојчић, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354.*, Београд, 1960, 137-138. Разлике у текст првог става члана 181 између појединих рукописа Душановог законика су минималне. *Душанов законик*, приредио Ђ. Бубало, Београд, 2010, 115.

⁷ Н. Радојчић, *Душанов законик и византиско право*, Зборник у част шесте стогодишњице Законика цара Душана, Београд, 1951, 74.

⁸ *Душанов законик*, приредио Ђ. Бубало, 218.

⁹ Т. Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд, 1996, 716-717.

¹⁰ А. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. година*, Београд, 1980, 321-322; А. Соловјев, *Историја словенских права, Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, Београд, 1998, 511.

¹¹ Т. Тарановски, *op. cit.*, 718.

¹² Т. Тарановски, *op. cit.*, 717-718; А. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. година*, 321-322.

¹³ А. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. година*, 322.

Б. Византијски узор

Полазећи при тумачењу првог става члана 181 Душановог законика од разлике која постоји између апелационе надлежности владаревог суда од надлежности овог суда у случајевима релације, Т. Тарановски и А. Соловјев су, заправо, имали у виду делокруг рада царског суда у Византији (τὸ αὐτοκράτοριον δικαστήριον). Наиме, у Византији је један судски предмет могао да пређе из надлежности редовног суда у надлежност царског суд по основу апелације (ἐκκλητος), супликације (δέσις) и релације (ἀναφορά). Узимајући у обзир оне одредбе Василика (VII, 1, 16, 17) које обавезују судију да пресуди по закону, а не по царевој противзаконитој наредби и у којима је Н. Радојчић пронашао узор-норме чланова 171 и 172 Душановог законика,¹⁴ Захарија и Скабаланович су заључили како је у византијском праву апелација пред царским судом по правилу законом била дозвољена, док су релација и супликација (право умољавања) у начелу биле забрањене.¹⁵ Ипак, у пракси се у Византији често догађало да царски суд поступа на основу релације или супликације.¹⁶ Речју Н. А. Скабалановича, „независно од тога што су у судским стварима релације биле законом забрањене, оне су се ипак често користиле, тако што су цареви издавали решења (λύσις), лично или преко лица која за то овласте.“¹⁷ Акте у форми λύσις византијски цар је издавао у вези са питањем које му је претходно поставио државни службеник или судија и које се увек тичало неког конкретног правног случаја.¹⁸

Мада је био мишљења да је цару Срба и Грка чланом 181 Душановог законика додељено исто право релације које је имао и цар Ромеја, Т. Тарановски није прихватио тезу Н. Радојчића да први став овог члана „није оригиналан,“ већ да је преписани „двадесетрећи чл. друге књиге шестог титула Василика.“¹⁹ Навдени пропис Василика се према Т. Тарановском „односи само на *ius interpretandi*, које су византијски цареви резервисали за врховну власт, остављајући редовном суду да на основу добивене одозго интерпретације сам донесе пресуду.“ Насупрот томе, „чл. 181. Душ. зак. прописује потпуну релацију и преноси на владоца и доношење конкретне пресуде.“²⁰

¹⁴ Н. Радојчић, *Снага закона по Душанову Законику*, Глас СКА СХ, Београд, 1923, 137-138.

¹⁵ К. Е. Zachariä von Lingenthal, *Geschichte des griechisch-römischen Rechts*, Berlin, 1892, 356; Н. А. Скабаланович, *Византијское государство и Церков в XI в.*, Санкт-Петербург, 2010, 498.

¹⁶ К. Е. Zachariä von Lingenthal, *op. cit.*, 357; Н. А. Скабаланович, *op. cit.*, 498.

¹⁷ Н. А. Скабаланович, *op. cit.*, 498.

¹⁸ Византијские акты, *Православная Энциклопедия*, <http://www.pravenc.ru/text/158424.html>, датум посете: 20. 11. 2019.

¹⁹ Н. Радојчић, *Из доба цара Душана*, Летопис Матице српске 315, Прилози 2, 1928, 42.

²⁰ Т. Тарановски, *op. cit.*, 717.

**Зоран Чворовић, Релација у члану 181 Душановог законика и у
средњовековним руским правним споменицима (стр. 37-50)**

Поглед на византијску праксу чини се да даје право Н. Радојчићу када тврди како „схватање Тарановскога не може се прихватити.“²¹ Судски случајеви забележени у познатом правном приручнику из XI века „Пира“ (Πείρα) показују да су се византијске судије често суочавале не само са класичним судијским проблемом тумачења правне норме, већ и са проблемом избора важећег прописа, пошто је истовремено постојало више прописа о истом питању, који су доношени у различитим временима, а неретко су били и противречног садржаја.²² У таквом гломазном и историјски вишеслојном правном систему, у коме до краја није била изведена идеја хијерархије правних акта, само је цар могао по основу релације да реши поједине компликоване судске случајеве. Поступајући истовремено у својству законодавца и врховног судије, цар би у мору прописа изабрао правну норму која је релевантна за решење неког конкретног судског предмета или би својом одлуком попунио правну празнину или би, пак, дао аутентично тумачење норме која је била нејасна редовном суду. У својој *Исагоги* патријарх Фотије наводи читав низ правила из Дигеста која говоре о томе да је у сумњивим случајевима византијски цар морао да пружи аутентично тумачење спорног прописа (D. 1. 3. 11, 12) и то тако што би конкретне прописе увек тумачио „у доброј намери“ и са „истанчаним осећајем за право“ (D. 1. 3. 23).²³ За владавине царева који су посебно волели да се баве суђењем, какав је био, примера ради, Константин Дука, царски суд којим је лично председавао владар био је затрпан предметима који су на основу релације или супликације пристизали из редовног суда.²⁴ С друге стране, пример цара Алексија I Комнина који је 1095. године укинуо право супликације, сматрајући га извором масовних злоупотреба,²⁵ потврђује

²¹ Н. Радојчић, *Душанов законик и византиско право*, 74.

²² Тако је, примера ради, у „Пире“ наведен занимљив случај дискусије међу судијама царског суда око избора прописа који је регулисао поступак доношења судске пресуде када дође до прегласавања између чланова судског већа. У Василикама су се налазила два противречна прописа која су регулисала ово процедурално питање. Старији пропис из Дигеста предвиђао је да ће садржај пресуде одговарати ставу већине чланова судског већа, док је млађи пропис из Јустинијанових Новела предвиђао да је сваки судија, када се размимоилазе њихови ставови, био дужан да своје гледиште изнесе у писменој форми. Иако је реч о на први поглед о контрадикторним одредбама, према тумачењу судије, чувеног правника и главног јунака „Пире“, Евстатија, млађи пропис није укинуо старији, већ су оба истовремено важила и у XI веку. Пресуда би одговарала ставу већине уколико се незадовољна страна не би жалила или уколико би апелациона инстанца потврдила став већине. Међутим, апелациони суд је могао својом пресудом да прихвати гледиште прегласане мањине судија већа првостепеног суда и тада се не би примењивао пропис који предност даје већини. Е. Э. Липшиц, *Законодательство и юриспруденция в Византии в IX-XI вв.*, Ленинград, 1981, 137, 170-171.

²³ И. П. Медведев, *Правовая культура Византийской империи*, https://azbyka.ru/otechnik/Istoriya/Tserkvi/pravovaja-kultura-vizantijskoj-imperii/1_5, датум посете: 19. 11. 2019.

²⁴ Н. А. Скабаланович, *op. cit.*, 499.

²⁵ *Ibid.*, 498.

основаност тврдње Н. Радојчића, како „у Византији су биле судије расположене да што више парница скину себи с врата и упуте цару; цареви су се бранили од тог кукавичлука и никад не би могли допустити да се због сваке недоумице иде на двор.“²⁶

В. Озакоњење владарске праксе

Правилно резонује Т. Тарановски када тврди да је у средњовековној српској држави потреба за интервенцијом владара у суђење путем потпуне релације свакако била већа него у Византији, како због мањка правничког знања код српских судија, тако и због „примитивнијег карактера“ српског средњовековног права.²⁷ Лесновска повеља од 1349. године показује да је владар у средњовековној Србији одлучивао у случајевима релације и пре реформе судства која је 1354. године изведена према византијском образцу: *И о соудѣ што се не може расоудитъ прѣдъ епископомъ, да гредѣ у оквиру свеобухватне реформе судства по византијском образцу царство ми.*²⁸ Таква домаћа владарска пракса је приликом новелирања Душановог законика само била заогрнута у правно-техничко рухо реципираног византијског прописа.

Притом је у одредбама Душановог законика видљив исти парадоксалан однос према праву владара да путем релације и супликације преузима и решава предмете из надлежности редовних судова који је био својствен византијском законодавству и судској пракси. С једне стране, одредбом члана 72 Душановог законика допушта се право супликације свакоме „ко у невољи дође на двор царев,“ док члан 181 даје право цару да путем потпуне релације преузме и реши „велико дело,“ које „не узмогну расудити ни решити“ судије редовног суда.²⁹ С друге стране, из чланова 110 и 175 Душановог законика се види да сваки судија има своју тачно одређену месну надлежност („област“), па се, с тим у вези, чланом 175 забрањује парничарима да заобилазе месно надлежног судију и свој спор износе непосредно пред судију на „двору царевом.“³⁰ У забрани из члана 175 види се, како истиче А. Соловјев, „борба против старог схватања да свако изнесе своју парницу пред суд владаочев.“³¹

²⁶ Н. Радојчић, *Из доба цара Душана*, Летопис Матице српске 315, Прилози 2, 43.

²⁷ Т. Тарановски, *op. cit.*, 718.

²⁸ А. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. година*, 322.

²⁹ А. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. година*, 235-236, 321-322; Н. Радојчић, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354.*, 137-138; *Душанов законик*, приредио Ђ. Бубало, 174.

³⁰ З. Мирковић, *Судије „царства ми“ Душановог законика*, *Законик цара Стефана Душана - Зборник радова са научног скупа поводом 650 година од проглашења Душановог законика*, Београд, 2005, 22;

³¹ А. Соловјев, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354. година*, 267, 318.

III РЕЛАЦИЈА У РУСКОМ ПРАВУ

А. Ванредна судска власт московског владара: „великие дела“ и „челобитие“

Чланом 2 Судебника од 1497. године обавезивале су се судије централног бојарског суда (тј. Бојарска дума у својству суда) да у оквиру своје надлежности поступају по тужбама свих лица независно од њиховог друштвеног статуса (*А каков жалобник к боярину приидет, и ему жалобников от себе не отсылати, а давати всемъ жалобником управа в всемъ, которым пригоже*). Истовремено се у истом члану предивђа обавеза судија бојарског суда да судски предмет о коме из неког разлога не могу да одлуче пренесу московском великом кнезу (*А которого жалобника а непригоже управити, и то сказати великому князю*).³² Према тумачењу М. Ф. Владимирског-Буданова синтагма *непригоже управити* односи се на оне тужбене захтеве који „иницирају законодавно питање“, па је зато о њима једино могао да одлучи московски велики кнез као законодавац.³³ Следствено, према Судебнику од 1497. године судски предмет се преносио путем потпуне релације на владарев суд у ситуацијама у којима редовни суд због постојања правне празнине није могао да одлучи о тужбеном захтеву. Иначе, члан 2 спада у малобројну групу прописа Судебника који нису преузети из ранијих партикуларних извора права из епохе удеоних кнежевина.³⁴ Стога су очигледни трагови византијског правног утицаја у пропису који дефинише суђење као јавно-правну обавезу бојара, а не више као њихову сталешку фискалну привилегију, као и у пропису о праву владара да суди у случајевима релације. Тај утицај је посебно био снажан током владавине доносиоца Судебника од 1497. године, великог московског кнеза Ивана III.³⁵

У члану 7 новог Судебника од 1550. године преузето је правило из претходног Судебника о праву владара да суди у случајевима релације: „а

³² *Российское законодательство X-XX веков*, т. 2., Отв. ред. А. Д. Горкий, Москва, 1984, 54-55; Р. Б. Казаков, Судебник 1497 года, Вопросы истории 2000/3, 142, <https://www.hse.ru/data/2012/06/17/1255487655/%D0%9A%D0%B0%D0%B7%D0%B0%D0%BA%D0%BE%D0%B2%20%D0%A0.%D0%91.%20%D0%A1%D1%83%D0%B4%D0%B5%D0%B1%D0%BD%D0%B8%D0%BA%201497%20%D0%B3%D0%BE%D0%B4%D0%B0.pdf>, датум посете: 27. 11. 2019.

³³ М. Ф. Владимирский-Буданов, *Хрестоматия по истории русского права*, Выпуск второй, Киев – С. Петербург, 1887, 83.

³⁴ М. Ф. Владимирский-Буданов, *Обзор истории русского права*, Петроград – Киев, 1915, 215-216.

³⁵ Л. Тихомиров, *Монархистическая государственность*, Часть третья, Москва, 1905, 36-37; З. Чворовић, *Обим власти првих самодержавних владара код Срба и Руса*, Српска краљевства у средњем веку, Зборник радова са међународног научног скупа у част обележавања 800 година од крунисања Стефана Немањића (Првовенчаног), Краљево, 2017, 184 и даље; З. Чворовић, *Душанов законик у руском огледалу*, 54.

которому будет жалобнику, без государева ведома управы учинити не мочно, ино челобитье его сказати царю государю.“ Овај пропис је у новом Судебнику био праћен казном пада у цареву немилост (*быти от государя в опале*) оног судије који не поступи по поднетој тужби, нити тужиоца упутити на владарев суд када због фактичке заплетности предмета спора не може сам да пресуди.³⁶ Да се пропис члана 7 Судебника од 1550. године искључиво односио на случајеве који су били фактички компликовани за судије нижих судова, показује члан 98 Судебника који се односи на случајеве у којима није могло да се пресуди због постојања правне празнине. Пошто је претходним чланом 97 нови Судебник проглашен за једини извор права у Московском царству, следећим чланом „се први пут у руском праву детаљно регулише поступак попуњавања правних празнина.“ Када се пред нижим управно-судским органом појави спорно питање које није могло да се реши на основу прописа Судебника од 1550. године (*А которые будут дела новые, а в сем Судебнике не написаны...*), такав предмет би се путем релације предавао на решење цару и Бојарској думи (*те дела с государева докладу и со всех боар приговору вершася*). Пресуда која је донета у том случају имала је карактер преседана, који је у стручној администрацији централних административно-судских управа (*приказ*) уобличаван у догматску форму партикуларних закона (*указ*). Ови *укази* су према наредби члана 98 дописивани уз основни текст Судебника од 1550. године (*и те дела в сем Судебнике приписывати*), па су тако настајале књиге указа појединих управа (*Указныя книги приказов*).³⁷

За разлику од претходног великокнежевског Судебника, према царском Судебнику о судском предмету који је пренет путем релације због постојања правне празнине није одлучивао сам владар, већ је он то чинио заједно са члановима Бојарске думе. Ова одредба представља, како истиче М. Ф. Владимирски-Буданов, јасан доказ да је према тексту Судебника од 1550. године редовни московски законодавац био бицефалног састава, јер су га чинили цар и Бојарска дума.³⁸ Притом је важно истаћи да се на основу такве структуре законодавног органа не може извући закључак о Московској држави као сталешкој монархији, пре свега због тога што се у Бојарску думу улазило не само на основу породичног порекла и друштвеног статуса (бојари и кнежеви), већ од XVI века и на основу службених титула које су додељивали владари (думни дворјани и думни дијаци).³⁹

³⁶ М. Ф. Владимирский-Буданов, *Хрестоматия по истории русского права*, 120.

³⁷ З. Чворовић, *Начело законитости у праву Московске Русије XVI и XVII веку*, 203; М. Ф. Владимирский-Буданов, *Обзор истории русского права*, 219-220.

³⁸ М. Ф. Владимирский-Буданов, *Хрестоматия по истории русского права, Выпуск второй*, 178.

³⁹ М. Ф. Владимирский-Буданов, *Обзор истории русского права*, 162; З. Чворовић, *Душанов законик у руском огледалу*, 52-57.

**Зоран Чворовић, Релација у члану 181 Душановог законика и у
средњовековним руским правним споменицима (стр. 37-50)**

Да је владар у Московском царству био врховни извор правде и милости и истовремено врховни надзорник над радом управе и судства, показао је цар Иван IV Васиљевич када је по доношењу Судебника формирао канцеларију за пријем ванредних жалби (*челобитие*), као претечу посебног централног ресора – Управе за жалбе (*Челобитный приказ*).⁴⁰ На тај начин се свим поданицима Царства, независно од њиховог друштвеног статуса, давало право супликации владару, који је на основу монархијских прерогатива узимао у разматрање поједине предмете.⁴¹ Ради се о истом оном праву које је према члану 72 Душановог законика гарантовано свим поданицима цара Стефана Душана.⁴² Организација Управе за жалбе (*Челобитный приказ*) у Московском царству недвосмислено показује да је у Московском царству поступак остварења права на супликацију био уређен према византијском обрасцу, пошто је у Византији молбе (δέησις) упућене цару примала посебна управа, на челу са неком врстом државног секретара – ὁ ἐπί τῶν δεήσεων, која је радила у саставу царске канцеларије – протоаскирита.⁴³

Према сведочанству сачуваном у летопису, цар Иван IV Васиљевич је 1565. године издао указ којим је службеницима у појединим управама (*прикази*) наложено да суде и врше управу „по старини,“ а да у случајевима „болшихъ дѣлехъ“ предмет пренесу бојарима. Међутим, бојари нису сами доносили одлуку о предмету који је путем релације био преузет из надлежности судско-административне управе, већ су према летопису „великие дела“ износили пред владара и заједно са њим доносили одлуку о конкретном случају.⁴⁴ М. А. Таконов закључује, како је „одређење појма *велико дело* препуштено разумевању самих земских бојара, као и схватању судија у управама (*приказима*).“⁴⁵ Чини се да под појмом „велико дело,“ који опомиње на „велико дело“ из члана 181 Душановог законика, треба подвести све управне и судске предмете које административно-судски апарат појединих централних управа (*прикази*) није могао да реши због фактичке компликованости или због постојања правне празнине.⁴⁶ Да је овакво тумачење израза „велико дело“ оправдано, показује, између осталог, одговор московског законодавца на једно од законодавних питања које је постављено 23. јула 1641. године, а у коме стоји: „А за нынешними за росправными и вперед за всякими за земскими за

⁴⁰ З. Чворовић, *Начело законитости у праву Московске Русије XVI и XVII веку*, 205-206.

⁴¹ Л. Тихомиров, *op. cit.*, 72-73.

⁴² *Душанов законик*, приредио Ђ. Бубало, 174; А. Соловјев, *Законодавство Стефана Душана цара Срба и Грка*, 511.

⁴³ Н. А. Скабаланович, *op. cit.*, 303, 498.

⁴⁴ М. А. Дьяконов, *Очерки общественного и государственного строя древней Руси*, Ленинград, 1926, 364.

⁴⁵ *Ibid.*, 365.

⁴⁶ Н. Радојчић, *Законик цара Стефана Душана 1349. и 1354.*, 137; *Душанов законик*, приредио Ђ. Бубало, 114.

большими за спорными делами, в которых спорных делах в приказах бояре и судьи указ не учинят, указал государ тех спорных дел слушети бояром... А которых самых больших дел бояре не вершат, и о тех делех указал государь докладывати себя государя.”⁴⁷

Управо је овај одговор законодавца касније послужио као основа за састављање члана 2 X главе Саборног уложенија од 1649. године. Тим прописом прве руске кодификације било је предвиђено да се судски предмет о коме није могла да одлучи надлежна судско-административна управа, било из разлога фактичке заплетености случаја или због постојања правне празнине, преносио у форми потпуне релације владару и Бојарској думи (*А спорные дела, которых в приказах зачем будет немошно, вносить ис приказов в доклад к государю и великому князю Алексею Михайловичу всея Руси, и к его государевым бояром*).⁴⁸

Као што се у Душановом закону налазе, с једне стране, одредбе које омогућавају владару да путем супликације (чл. 72) и релације (чл. 181) интервенише у редовни ток суђења, а с друге стране одредбе које забрањују парничарима да се, заобилазећи месно надлежног судију, непосредно обраћају судији на „двору царевом“, тако се и у Саборном уложенију налази, уз одредбу о релацији, и пропис којим се под претњом казне батинања или затвора забрањивало подношење тужбеног захтева непосредно цару (чл. 20. гл. X).⁴⁹ Ради се заправо о новој, обимнијој и правнотехнички разрађенијој, редакцији прописа последњег става члана 7 Судебника од 1550. године, којом се под претњом казне затвора забрањивало појединцима да неоснованим молбама „досађују цару“ (*А которой жалобник бьет челом не по делу и бояре ему откажут, и тот жалобник учнет бити челом, докучати государю, и того жалобника вкинути в тюрьму*).⁵⁰ Ову забрану треба довести у везу са „формирањем сталног и једнообразног судског система у целој држави, са којим се отпочело после доношења првог и друг Судебника, да би у Уложенију тај процес добио завршни облик.“ Следствено, у тим оквирима „цар је могао да иступа само у тачно одређеном својству или врховног судије или последњег уочишта правичности и милости.“⁵¹ Појаву прописа којим се ограничавала судска власт руског цара, Л. Тихомиров је објашњавао потребама организационе специјализације и растерећења владара услед територијалног

⁴⁷ Законодательные памятники русского централизованного государства XV-XVII веков, Подготовка текста Л. И. Ивиной, Ленинград, 1987, 183.

⁴⁸ Ibid., 31, 183-184; К. Д. Кавелин, Гражданское право. История русского судоустройства, Государство и община, Москва, 2013, 269.

⁴⁹ Законодательные памятники русского централизованного государства XV-XVII веков, 33.

⁵⁰ Российское законодательство X-XX веков, т. 2., 98; Российское законодательство X-XX веков, т. 3. Отв. ред. А. Г. Маньков, Москва, 1985, 291.

⁵¹ Законодательные памятники русского централизованного государства XV-XVII веков, 188.

**Зоран Чворовић, Релација у члану 181 Душановог законика и у
средњовековним руским правним споменицима (стр. 37-50)**

ширења руске државе и повећања и усложњавања послова које је на себе преузимала једна држава-империја у настајању. Неминовна последица таквог процеса била је бирократизација државне организације, а бирократија је увек тежила да у судским пословима спречи непосредно општење владара и народа, па и прописима као што је овај о забрани непосредног обраћања парничара владару.⁵²

Б. Литванско-руско право: без установе *relatio ad principem*

Као и у Судебнику од 1550. године, тако је и у Литванском статуту, најзначајнијем правном споменику Велике Кнежевине Литве који је био написан на руском језику,⁵³ државни закон проглашен за једини извор права. У првој одредби треће редакције Статута од 1588. године налаже се да се „свим становницима Велике Кнежевине Литве мора судити на основу овог једног писаног и од нас објављеног права“ (1, 1).⁵⁴ Прокламовање начела законитости је неминовно отворило питање начина попуњавања правних празнина приликом решавања конкретне управне или судске ствари. У литванско-руском праву у XVI веку овај проблем није решаван помоћу установе *relatio ad principem*, као што је то био случај у московском праву. Уместо владара, правне празнине је попуњавао сам судећи судија и то тако што је према првој редакцији Статута од 1529. године спор решавао на основу обичајног права (6, 25), док је према трећој редакцији Статута судија био овлашћен да реши случај „по савести,“ имајући у виду сличне случајеве и „примере из других хришћанских права (4, 54)“⁵⁵

Кључ за разумевање прописа литванско-руског права о попуњавању правних празнина налази се у одредби члана 1 четвртог одељка Литванског статута од 1588. године, према коме је за доживотног судију локалног земског суда могао бити изабран само припадник шљахте (племство). Наиме, велики кнез је бирао за судију једног од четири кандидата које у једном округу (*поветы*) предложи шљахта, између лица која су морала бити староседеоци Велике Кнежевине Литве и округа испред кога се кандидују, а одликују се „побожношћу“, „писменошћу“ и „познавањем права.“⁵⁶ Искључиво из редова шљахте биле су биране и судије других судова, као што је то било у случају локалног тзв. градског суда⁵⁷ или Главног трибунала Велике Кнежевине Литве,

⁵² Л. Тихомиров, *op. cit.*, 68-73.

⁵³ И. И. Лаппо, *Литовский статут 1588 года, Том I*, Каунас, 1934, 137.

⁵⁴ З. Чворовић, *Начело законитости у праву Московске Русије XVI и XVII веку*, 209.

⁵⁵ *Ibid.*; *Статута Вялікага княства Літоўскага 1588*, Тэксты, Даведнік, Коментары, Мінск, 1989, 391.

⁵⁶ *Статута Вялікага княства Літоўскага 1588*, 374.

⁵⁷ Овај суд није судио становницима градова, већ припадницима шљахте, а назив потиче отуда што су ови судови заседали у замку – *в гроде*. Т. И. Довнар, Н. М. Юрашевич, *История государства и права Беларуси*, Минск, 2005, 122.

који је као централни апелациони суд основан 1581. године и био састављен од четрдесетчетворице судија-племића.⁵⁸

Сталешку привилегију према којој је једино племић могао да суди племићу, припадници шљахте су у Великој Кнежевини Литви изборили још повељом о привилегијама великог кнеза Александра I од 1492. године. Тим документом, који је својеврсна *Pacta Conventa* литванско-руског права, биле су положене правне основе за организацију свих грана власти, па и судске, на строгом поштовању принципа феудалне мешовите владе.⁵⁹ Следствено, непостојање установе *relatio ad principem* у Литванском статуту од 1588. године и судијско попуњавање правних празнина били су само логична последица уговорног формирања власти и сталешких привилегија племства, а не израз идеје о врховној власти која је ограничена општим правом. Непостојање установе *relatio ad principem* био је само још доказ немоћи владара и свемоћи племства у Великој Кнежевини Литви, која је по свему репрезентативни пример сталешке монархије у завршној фази развитка овог типа државне организације.⁶⁰

IV ЗАВРШНИ ОСВРТ

Када се садржај првог става члана 181 Душановог законика осветли из упоредне перспективе делокруга рада царског суда у Византији и средњовековних руских прописа који уређују поступак решавања судских предмета у случају њихове фактичке заплетености или постојања правне празнине, онда јасно произилази да се у наведеном пропису Душановог законика не ради о апелацији, како су мислили Н. Радојчић и Ђ. Бубало, већ о праву владара да одлучује у судским стварима по основу потпуне релације (*relatio ad principem*), како су то тврдили Т. Тарановски и А. Соловјев.

У Душановој држави, као и у Византији и у Московској Русији (XV-XVII век), владар је задржао за себе право да одлучује у случајевима релација, јер је пре свега као законодавац био принуђен да решава оне судске предмете који због бројних недостатака средњовековног законодавства нису могли бити решени од стране редовних судија. Притом са основаношћу се може претпоставити да је потреба за владаревом интервенцијом по основу релације у судској пракси српске и московске државе била већа него у Византији, што због бројних правних празнина, а што због слабог правничког образовања судија.

Упоредна анализа прописа Душановог законика о релацији и супликацији и одговарајућих прописа из правних споменика Московске Русије показује и на примеру ових уснова велику блискост та два правна система, чак и на нивоу

⁵⁸ Т. И. Довнар, Н. М. Юрашевич, *op. cit.*, 120-123; И. И. Лаппо, *op. cit.*, 116.

⁵⁹ Т. И. Довнар, Н. М. Юрашевич, *op. cit.*, 93.

⁶⁰ И. И. Лаппо, *op. cit.*, 122.

**Зоран Чворовић, Релација у члану 181 Душановог законика и у
средњовековним руским правним споменицима (стр. 37-50)**

истоветног израза - *великие дела* - за компликоване судске предмете који су се у форми релације преносили са редовног на владарев суд. За разлику од Душановог законика, у московским законским споменицима, почев од Судебника цара Ивана IV Васиљевича, у случајевима релације није решавао сам цар, већ је он то чинио заједно са Бојарском думом. Ова чињеница се не може, међутим, узети као доказ сталешког карактера Московске државе, пре свега због начина на који се од XVI века попуњавао састав Бојарске думе. Укључивање Бојарске думе по основу релације у суђења пре се може објаснити потребом организационе специјализације и растерећења владара услед територијалног ширења руске државе, те повећања и усложњавања послова које је на себе преузимала једна држава-империја у формирању. Да такве потребе, по свему судећи, нису постојале у српској држави XIV века и московској држави XV века показују члан 181 Душановог законика и члан 2 Судебника великог кнеза Ивана III, који суђења у случајевима релације искључиво препуштају владару.

Душанова и Московска држава примиле су од Византије својеврсни напет и на први поглед противречни однос који се изражавао у истовременом постојању прописа који јемче законитост судског поступка и забрањују непосредно обраћање владаревом суди и прописа који су омогућавали да поједини судски предмети по основу права умољавања (супликације) и релације пређу са редовног на владарев суд. Ова привидна контрадикторност дошла је као логична последица, с једне стране, доминантно јавно-правног карактера српске државе XIV века и московске државе XVI и XVII века, а с друге стране, државно-правног монизма на коме је била устројена организација власти свих држава византијског цивилизацијског круга. У таквим државама, како је упозоравао још Н. Радојчић, сви државни органи, па и владар, били су подређени закону, па се отуда у њиховим правима налазе прописи о забрани непосредног обраћања владаревом суду и о независности судија и законитости судског поступка. У строго хијерархијски уређеном поретку у коме је закон био извор владалачке власти, какав је постојао у Византији, а са чијим се преузимањем покушало у Душановој држави и у Московској Русији, владар као једини законодавац и врховни извор правде и милости задржава за себе право да одлучује у случајевима супликација и релација. То што се и у Душановој држави и у Московској Русији право умољавања (супликација) гарантовало свим поданицима, само потврђује тезу, пре свега Н. Радојчића, да Србија у XIV веку није имала онакве привилеговане сталеже какви су постојали у германско-романским феудалним државама.

Другачија је била ситуација у сталешким монархијама, каква је Велика Кнежевина Литва, чије право по језику припада руској правној баштини. У Литви је организација свих грана власти, па и судске, била изведена на уговорним и дуалистичким основама феудалне мешовите владе и уз строго поштовање сталешких привилегија шљахте (племство), које су биле ујемчене владарским повељама о привилегијама из XV и XVI века. Таквом типу

организације власти није одговарала установа *relatio ad principem*, па је зато према Литванском статуту судија, а не владар, био овлашћен да реши предмет у случају постојања правних празнина. Пошто су судови искључиво били састављени од припадника шљахте, овакав начин попуњавања правних празнина био је само још један доказ политичке снаге племства, с једне стране, и политичке слабости владара у сталешкој монархији, с друге стране.

Zoran Čvorović, LL.D*

RELATIO IN THE ARTICLE 181 OF THE DUSHAN'S CODE AND IN MEDIEVAL RUSSIAN LEGAL SOURCE

Summary

In the paper, the author analyzes the regulation of Article 181 of the Dushan's Code on the exclusive right of the ruler to judge in those cases which, due to the factual complexity of a particular case or the existence loophole in the law, were transferred from regular courts to the ruler's court. In the first part of the paper, the author presents the views of some of the most important commentators on the Dushan's Code, which differ from one another depending on whether they qualify the institution referred to in Article 181 of the Code as a relation or an appeal. These theses, as well as the content of Article 181 of the Dushan's Code itself, the author illuminates from the perspective of the application of the institution of relation, as well as of related procedural institutions, in the first instance of supplication, in Byzantine law and the practice of the Byzantine ruler's court. Since the ruler appropriates a significant part of the judicial power through the relation, the regulation of Article 181 of the Dushan's Code is analyzed by comparison with other articles of the Code, which, on the one hand, broaden, and on the other, narrow the possibilities of the ruler's interference with the regular course of court proceedings. The role that the ruler played in the judiciary under the Dushan's Code can only be objectively judged when the provisions of the Dushan's Code of relation and supplication are compared with similar regulations in other Slavic laws. Therefore, the paper compares the relevant regulations of the Dushan's Code with those of the relation and supplication of Moscow and Lithuanian-Russian law.

Key words: *relation, supplication, Dushan's code, Russian law, Byzantine law.*

* Associate Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Милица Маринковић*

Прегледни научни чланак
УДК: 343.241(44)(094.5)"1810"

ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈА КАЗНЕ ПРЕМА ФРАНЦУСКОМ КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ ОД 1810. ГОДИНЕ

Рад примљен: 11. 10. 2019.
Рад прихваћен за објављивање: 21. 11. 2019.

Предмет рада је индивидуализација казне у француском Кривичном законнику од 1810. године (*Code pénal de 1810*). Реч је Законнику који је донео светско-историјску новину у развоју права – систем релативно одређене казне – који ће бити пресудан за даљи развој система индивидуализације казне. При том је француски Кривични законик од 1810. године извршио највећи утицај на развој европског кривичног материјалног права, пошто су његова решења преузета у читавом низу кривичних законика, од пруског Кривичног законика до Казнителног законика за Кнежевину Србију.

Аутор анализира вишедеценијски процес развоја идеје и праксе индивидуализације казне у француском праву, од потпуне судијске казнене арбитерности својствене предреволюционарном праву, преко система апсолутно одређене казне у револуционарном Кривичном законнику од 1791. године до система релативно одређене казне из Кривичног законика од 1810. године. Аутор показује да новина из 1810. године представља, заправо, својеврсну синтезу искуства примене претходних форми прописивања казне. Посебну пажњу аутор посвећује проблему судске индивидуализације казне у оквиру казног минимума и максимума који су установљени Кривичним законником од 1810. године. Иако је систем релативно одређене казне омогућио индивидуализацију казне, измирујући је са начелом легалитета, почетак примене Кривичног законика од 1810. године је показао неке мане овог система. С тим у вези, аутор анализира статистику кривичних пресуда француских судова друге и треће деценије 19. века. И најзад, истраживање проблема индивидуализације казне у Кривичном законнику од 1810. године, аутор завршава анализом новела овог законика од 1824. и 1832. године, које уводе институт ублажавајућих околности као још један инструмент за индивидуализацију казне.

* Докторанд на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу,
milica.marinkovic93@yahoo.com

Кључне речи: кривично право, индивидуализација казне, Кривични законик од 1810. године (*Code pénal de 1810*), казнени максимум и минимум, ублажавајуће околности.

І О ПОЈМУ ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈЕ КАЗНЕ

Индивидуализација или како је поједини аутори називају - персонализација казне, представља прилагођавање кривичне санкције конкретном кривичном делу и личности учиниоца.¹ У савременом кривичном праву индивидуализација је уобичајени стадијум у изрицању казне, али тако није било одувек. Требало је да прође доста векова да би се уврежило схватање да је само индивидуализована казна праведна, пошто се индивидуализацијом постиже сразмерност између казне и тежине конкретног кривичног дела и кривца. При том се само обезбеђењем сразмерности могу реализовати сви циљеви казнене политике.²

Казна која је прилагођена кривичном делу и учиниоцу испуњава многе функције. Поред репресивне, као примарне и традиционалне функције казне, она има и функцију специјалне превенције. Само она казна која је по мери учињеног кривичног дела и учиниоца може утицати да се једном учињено дело не понови, док погрешна и лоше одмерена казна може лако да доведе до поврата, те да самим тим онемогући ресоцијализацију осуђеника.³

Кривичноправна теорија разликује два типа индивидуализације казне: законску и судску. Законска индивидуализација подразумева да законодавац прецизира квантум казне у односу на тежину кривичног дела и да се, уз то, у закону предвиде околности које могу утицати на висину казне. Законска норма је општа и апстрактна, стога не може да предвиди све околности које ће се јавити при извршењу конкретног кривичног дела, а тичу се како самог деликта, тако и личности учиниоца. Због тога се законска индивидуализација често назива „лажном индивидуализацијом“.⁴ Судска индивидуализација се, с друге стране, често сматра „правом индивидуализацијом“,⁵ јер судија може довољно прецизно да одмери казну пошто има могућност непосредног увида у чињенице које се тичу конкретног кривичног дела и личности учиниоца.⁶ Када самостално одређује висину казну у оквирима које је предвидео законодавац,

¹ Z. Stojanović, *Krivično pravo – opšti deo*, Beograd, 2013, 315, Т. Живановић, *Основи кривичног права*, општи део, II књига, Београд, 1937, 327.

² Т. Живановић, *op.cit.*, 325-328, 441-444.

³ A. Roy, *Étude du principe d'individualisation en matière pénale*, thèse de doctorat, Lyon, 2016, 8

⁴ A. Roy, *op. cit.*, 9, R. Saleilles, *L'individualisation de la peine, étude de criminalité sociale*, troisième édition, Paris, 1927, 201.

⁵ A. Roy, *op. cit.*, 10.

⁶ R. Saleilles, *op. cit.*, 206, 207, Z. Stojanović, *op. cit.*, 314, 315.

судија има у виду постизање конкретне сврхе кажњавања, било да је реч о одмазди, поправљању, или застрашивању.⁷

II ОД ФЕУДАЛНЕ АРБИТРЕРНОСТИ ДО РЕВОЛУЦИОНАРНЕ АПСОЛУТНО ОДРЕЂЕНЕ КАЗНЕ

Већина француских предреволуционарних законика је препуштала судијама да слободно одређују казне за најразличитија кривична дела, што је чак подразумевало и слободан избор смртне казне. Од краја XVII века постепено се смањивала судијска слобода у избору врсте конкретне казне, као што се ограничавало право судија да пресудом стварају нова кривична дела.⁸ Ипак, судије су и даље имале велику слободу, јер су при изрицању казне за једно кривично дело могле кумулирати више казни. Поред тога, судије су могле за учињено кривично дело изрећи смртну казну, иако није била изричито прописана као једина казна за то кривично дело.⁹ Ордонансе су већином регулисале судски поступак, док су казне биле препуштене „мудрости судије“¹⁰ и његовој оцени околности конкретног кривичног дела и учиниоца, будући да ове околности нису биле законски дефинисане.¹¹ Све то, заједно са феудалном

⁷ Т. Живановић, *op. cit.*, 329, 331.

⁸ A. Roy, *op. cit.*, 12. Ипак, током XVI и XVII века и даље су постојали случајеви када су судови изрицали смртну казну учиниоцима дела која нису била инкриминисана у законима или обичајима. Овакве одлуке доносили су нпр. Париски парламент 1545. и Парламент Бордоа 1527. и 1533. године. Поред тога, забележени су случајеви изрицања смртне казне за кривична дела за која је закони и обичаји нису предвиђали, као што су инцест (Парламент у Тулузу) или злоупотреба положаја, за које дело је Париски парламент осудио једног свештеника на смрт. C. Seruzier, *Précis historique sur les codes français*, Paris, 1845, 77, 78

⁹ A. Roy, *op. cit.*, 12. Примера ради, кривично дело тровања било је регулисано већим бројем закона, али ниједан није прописивао јединствену казну за ово кривично дело, па су судови имали слободу при одабиру казне. A. du Boys, *Histoire du droit criminel de la France depuis de XVI jusqu'au XIX siècle, comparé avec celui de l'Italie, de l'Allemagne et de l'Angleterre*, troisième partie, Paris, 1874, 83. Ако је сматрао да има простора за ублажавање, судија је могао то учинити, иако се то ретко дешавало. Важније од тога је да је судија казну такође могао поштрети и у том поштравању доћи и до смртне казне. R. Saleilles, *op. cit.*, 46, 47.

¹⁰ C. Seruzier, *op. cit.*, 77.

¹¹ Околности које су могле утицати на врсту и висину казне су настајале у пракси и биле су веома шаролике. Забележено је да су неке од њих биле: лудило, деменија, глад, љубавна страст, „осетљиве године“ (*age tendre*), екстремна старост, неразборитост, рођачка љубав, простота и „неотесаност“ (*rusticité*), пол, сажаљење (*commiseration*), признање, достојанство оптуженог, таленат оптуженог, крајња оскудица, послушност надређеноме, добра репутација оптуженог, а приликом суђења једном војнику за непослушност генералу као олакшавајућа околност је искоришћен срећан догађај

статусноправном неједнакошћу у кривичном праву,¹² доприносило је утиску о апсолутној неправедности таквог арбитрерног одмеравања казни.

Идејну основу за доношење Кривичног законика од 1791. године дали су филозофи просветитељи друге половине XVIII века.¹³ Из угла просветитељских идеја „чинило се најхитнијим укидање судијске арбитрерности и ублажавање суровости казни. Сурове и арбитрерне казне биле су израз и главне идеје старог права; знамо до каквих је злоупотреба то доводило“.¹⁴

Први француски кривични Законик прописао је осам казни, а као израз начела легалитета изричито је забранио примену сваке казне која није била предвиђена у Законику.¹⁵ При том је примењен тзв. систем апсолутно одређене казне. Законик је прописао не само врсту, него и висину казне за свако кривично дело. Систем апсолутно одређене казне дошао је као природан одговор на предреволюционарну арбитрерност у сфери кажњавања. Било каква судијска слобода приликом изрицања казне евоцирала је негативне успомене на феудално кривично право, па је казнена једнакост схваћена у апсолутном смислу. Тако се у жељи да се елиминише произвољност и арбитрерност отишло у другу крајност. Извршење једног кривичног дела повлачило је увек исту казну, без могућности прилагођавања казне конкретном кривичном делу и учиниоцу.¹⁶ Судије су постале „ништа више од простог инструмента за

победе над непријатељем. Према томе, судијска слобода при одмеравању казне је била изузетно велика. A. du Boys, *op. cit.*, 19-36.

¹² Статусноправна неједнакост у кривичном праву постојала је још од раног средњег века, па се може наћи и у првим „варварским“ законикима германских племена, какав је Салијски законик. Такво стање је опстало у Француској све до Револуције. Први и други сталеж (племство и свештенство) били су кривичноправно привилеговани у односу на трећи сталеж. A. Roy, *op. cit.*, 12.

¹³ Овај Законик представљао је реализацију кривичноправних начела прокламованих две године раније Декларацијом права човека и грађанина. Д. Николић, *Француски кривични законик из 1791. године*, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу (ур. С. Стојичић), бр. 31, 1991, 111. Као одговор на предреволюционарну арбитрерност, Декларација права човека и грађанина, прописала је да је „закон исти за све, било да штити, било да кажњава“. Такође је било прокламовано Фојербахово начело легалитета кривичног дела и казне. La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, чл. 6, 7, 8, <https://www.elysee.fr/la-presidence/la-declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen>, датум посете: 3.1.2019, М. Павловић, *Развитак права*, Крагујевац, 2013, 164-166, 194, 195.

¹⁴ R. Saleilles, *op. cit.*, 51.

¹⁵ „Све казне које су тренутно у употреби, сем оних које су прописане горе, укинуте су“. Code pénal de 1791, Paris, L'imprimerie de Prault, 1790, чл. 35, глава прва. <https://gallica.bnf.fr/ark:/12148/bpt6k6532512s/f1.image> датум посете: 20.9.2019.

¹⁶ Први француски Кривични законик је заправо био у супротности са претходно донетим Законима од 16. и 24. августа 1790. године који су у чл. 21 налагали одмеравање казне тако да буде потпуно сразмерна извршеном кривичном делу. Lois des

Милица Маринковић, Индивидуализација казне према Француском кривичном закону од 1810. године (стр. 51-66)

примену казне“.¹⁷ Такав систем одређења казне убрзо се показао „претераним“ и „поново је изазвао осећај неправде“.¹⁸ Једнакост у закону представљала је „неједнакост у патњи“.¹⁹

Комисија за доношење новог Законака образована је 7. жерминала IX године (28. март 1801), а њени чланови били су истакнути правници на челу са председником кривичног одељења Касационог суда Вјејаром (Vieillard). По налогу самог Наполеона законодавна комисија је саставила 14 кључних питања на које је Државни савет требало да одговори приликом израде законског пројекта. Једно од тих питања, дванаесто по реду, било је посвећено индивидуализацији казне и било је формулисано на следећи начин: „Да ли судије треба да имају извесну слободу приликом примене казне? Да ли треба да постоји максимум и минимум који би им допуштали могућност изрицања казне у дужем или краћем трајању у зависности од околности?“²⁰ На ово питање у Савету је дат позитиван одговор без дискусије.²¹

III ЗАКОНСКА ИНДИВИДУАЛИЗАЦИЈА КАЗНЕ У КРИВИЧНОМ ЗАКОНИКУ ОД 1810. ГОДИНЕ

А. Променљиве казне у непроменљивим оквирима

Кривични законик од 1810. године (*Code pénal de l'empire français*) покушао је да измири предреволюционарну скоро потпуно неограничену судску индивидуализацију казне са доследним поштовањем, с једне стране, начела легалитета казне, а, с друге стране, принципа да казна буде сразмерна тежини учињеног кривичног дела. Уместо предреволюционарне апсолутне арбитрелности, Кривични законик од 1810. године је донео еластичитет и флексибилност у кажњавању.²² Судије су стекле моћ извесног прилагођавања казне кривичном делу, али то и даље није значило да су објективне и субјективне околности извршења кривичног дела могле утицати на кривичну одговорност и самим тим на казну. Кривична одговорност је и даље, у складу са идејама класичне кривичноправне школе, којој је припадао Законик из 1791.

16 et 24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, <http://mafr.fr/fr/article/lois-des-16-et-24-aout-1790-sur-lorganisation-judi/> датум посете: 12.11.2018.

¹⁷ R. Saleilles, *op. cit.*, 53; М. Павловић, *op. cit.*, 202.

¹⁸ A. Roy, *op. cit.*, 32.

¹⁹ R. Saleilles, *op. cit.*, 57.

²⁰ C. Seruzier, *op. cit.*, 84.

²¹ За транскрипте мишљења чланова комисије на тему увођења казног минимума и максимума вид.: J. S. G. Nypels, *Le droit pénal français progressif et comparé. Code pénal de 1810*, Paris, 1864, 10-12.

²² R. Saleilles, *op. cit.*, 55.

године, била заснована на слободној вољи учиниоца.²³ Како је сећање на „стари режим“ (*Ancien régime*) и арбитрерност тадашње казнене политике било и даље живо, у делу научне јавности је постојала бојазан да ће се давањем слободе судијама да одмеравају казну у предвиђеном казненом распону отворити пут злоупотребама.²⁴

Кривични законик од 1810. године је на више места експлицитно предвиђао обавезу изрицања искључиво оних казни које су прописане у Законику, али су оне биле одређене у распону између строго фиксираних и непромењивих казnenих *минимума* и казненог *максимума* који су ограничавали судијину „моћ дозирања казне“.²⁵ Казнени максимум имао је улогу да „штити интересе оптуженог, ако нико не захтева помиловање“, док је казнени минимум требало да „заштити интересе друштва“ и да „као логична последица принципа легалитета очува чврстину репресије“.²⁶ Речју једног од најзначајнијих француских кривичара из XIX века, Рејмона Салеја (*Raymond Saleilles*), створен је систем „променљивих казни у непроменљивим оквирима“.²⁷ Адријано Кавана је писао да је „судија задржао одређену количину дискреционе власти, али у оквирима ингениозног система који је допуштао законодавцу да за свако кривично дело одреди врсту, оштрину, трајање и степен казне. Само у оквирима прописаним законом, то јест између казненог минимума и максимума година затвора предвиђених законом, имао је судија моћ да дејствује и одлучи о крајњој мери казне“.²⁸ Судија није могао изрећи казну испод законског минимума, нити блажу по врсти од оне предвиђене Законом. Околности кривичног дела су могле варирати, али само кривично дело по својој природи и друштвеној опасности (*gravité sociale*) остаје исто.²⁹

Минимум и максимум био је предвиђен где год је то због природе казне било могуће. Трајне казне као што су смртна казна, принудни рад у неограниченом трајању или губитак грађанских права, тзв. *грађанска смрт*, нису могле да буду прописане у форми релативно одређених казни. Што се тиче грађанске смрти, она је по својим ефектима симулирала природну смрт, па

²³ *Ibid.*, Класична кривичноправна школа заступала је објективну теорију кривичне одговорности по којој је кривац имао потпуно слободну вољу и, самим тим, слободно одабрао да изврши кривично дело. У складу са тим је и кажњаван казном која није зависила од субјективних околности кривичног дела. A. Roy, *op. cit.*, 13, Т. Живановић, *op. cit.*, 243, 244

²⁴ E. Garçon, *Le droit pénal, origines, évolution, état actuel*, Paris, 1922, 94.

²⁵ R. Saleilles, *op. cit.*, 51, 53.

²⁶ E. Garçon, *op. cit.*, 94.

²⁷ R. Saleilles, *op. cit.*, 55.

²⁸ S. Solimano, *Les précédents européens au XVIIIe siècle du Code pénal de 1810*, Bicentenaire du Code pénal 1810-2010, Paris, 2010, 54.

²⁹ R. Saleilles, *op. cit.*, 56.

Милица Маринковић, Индивидуализација казне према Француском кривичном закону од 1810. године (стр. 51-66)

је осуђени био лишен свих грађанских права, осим права на пуку физичку егзистенцију.³⁰

Занимљиво је да код појединих кривичних дела судије нису имале слободу одмеравања казне, већ је Законик налагао примену максимума. Једно од таквих кривичних дела била је злоупотреба службеног положаја министара и других јавних службеника, за које је чланом 118 био предвиђен принудни рад у одређеном трајању.³¹ Из члана 19 види се да је максимум ове казне износио 20 година.³² Чланом 140 био је, такође, предвиђен максимални износ исте казне за кривотворење државних печата и ознака за племените метале.³³ Ношење лажних сертификата, пасоша и путних исправа увек је повлачило максималну казну предвиђену за ова кривична дела уколико би учиниоци били скитнице и просјаци.³⁴

Б. Околности у бићу кривичног дела

Законско одмеравање казне или речју Томе Живановића, „одмеравање in abstracto“,³⁵ било је нова правна установа, прихваћена са резервом због страха од обнове предреволюционарне судијске арбитерности. Због тога су, између осталог, и околности које су утицале на висину казне биле другачије регулисане од начина на који се то чини у савременом кривичном праву.³⁶ Неке од ових околности, које су називане отежавајућим (*circonstances aggravantes*), биле су предвиђене самим Кривичним законом од 1810. године. Покушај да се предвиде апсолутно све околности угледни судија Рење (*Regnier*), у то време

³⁰ Да је грађанска смрт заиста симулирала природну смрт најбоље илуструје чињеница да је у тренутку изрицања ове казне отворано наслеђе. Осуђени није могао тестаментално да располаже имовином стеченом након извршења ове казне. Уместо тога, она је припадала држави. Објашњење за ову строгу одредбу је било логично - наслеђе је већ једном отворено у тренутку изрицања казне грађанске смрти, па га није могуће поново отворити када наступи биолошка смрт. J. Bressolles, *Le Tribunal et le Code civil*, *Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence*, no. 9, 1880, 391.

³¹ Code penal de l'Empire français (Code penal), Paris, 1810, чл. 118

³² Code pénal, чл. 19

³³ Code pénal, чл. 118, 140

³⁴ Code pénal, чл. 281. Ово нису једини примери, максималне казне предвиђали су и чланови 57, 58, 288, 438, 442, 450 итд.

³⁵ Т. Живановић, *op. cit.*, 328.

³⁶ У данашње време постоје два приступа законодавном регулисању околности кривичног дела које утичу на висину казне. Један начин је таксативно навођење ових околности, а други је уопштено навођење. На пример, савремени српски Кривични законик садржи у чл. 54 само оквирно наведене околности које судија има да цени приликом одмеравања казне. Чл. 54а садржи и мржњу као околност која је увек отежавајућа. Z. Stojanović, *op. cit.*, 317, Кривични законик, пречишћени текст, чл. 54, 54а, <https://www.pravno-informacioni-sistem.rs/SlGlasnikPortal/eli/rep/sgrs/skupstina/zakon/2005/85/6/reg> датум посете 3.10.2019.

министар правде, називао је „илузорном перфекцијом“. Његовом речју, законодавац би требало при прописивању кривичних дела да одреди само главне околности, а уз то „треба одредити минимум и максимум који би судији дали могућност да колико-толико употреби своју савест и уверење“.³⁷

Законодавац околности није набројао у једном члану и препустио судији да оцењује да ли постоје у конкретном случају. Уместо тога, кривична дела код којих су биле прописане овакве околности била су формулисана као квалификована кривична дела: основни облик кривичног дела био је посебно прописан, а отежавајућа околност била је инкорпорирана у биће квалификованог или, како је то говорио Жозеф Тисо (*Joseph Tissot*), „повезаног“³⁸ кривичног дела.

Тако је, пример ради, члан 379 Кривичног законика од 1810. године садржао општу дефиницију кривичног дела крађе, наводећи како се под крађом сматра свако преварно прибављање туђе ствари, али члан 381 је предвиђао да се у случају постојања неке од пет околности: да је крађа почињена ноћу, да су је извршиле две или више особа, да су учиниоци били наоружани, да су при извршењу коришћене мердевине или лажни кључеви или да је крађа била учињена уз употребу насиља или претњи употребом оружја, казна претвара у смртну.³⁹ Наредним чланом 382 је прописано изрицање принудног рада у неограниченом трајању у случају када су приликом крађе оштећеном нанете повреде које су оставиле ожиљке.⁴⁰ И код кривичног дела силовања отежавајуће околности су заправо биле инкорпориране у квалификоване облике овог кривичног дела. Док се основни облик кањавао робијом, силовање детета млађег од 15 година или силовање од стране лица које је над жртвом имало ауторитет кажњавало се принудним радом – у првом случају у ограниченом, а у другом случају у неограниченом трајању.⁴¹ Основни облик противправног лишења слободе (чл. 341) кажњавао се принудним радом у ограниченом трајању, али уколико би такво лишење слободе трајало дуже од једног месеца одговорно лице би било осуђено на принудни рад у неограниченом трајању (чл. 342). Квалификовани облик овог кривичног дела који је садржао околности још теже од претходног био је регулисан чланом 344: ако се кривац лажно представљао као полицајац, ако је ухапшеноме прећено смрћу или је био подвргнут тортури следила му је смртна казна.

³⁷ J. S. G. Nypels, *op. cit.*, 11, 12.

³⁸ J. Tissot, *Des circonstances tant aggravantes qu'atténuantes*, *Revue critique de législation et de jurisprudence*, no. 3, 1858, 331.

³⁹ Code pénal, чл. 379, 381.

⁴⁰ Code pénal, чл. 382.

⁴¹ Code pénal, чл. 331-333.

В. Судска индивидуализација казне под Законом од 1810. године

Околности које су уткане у биће кривичног дела служиле су да опишу један степен кривице који би се, Ортолановом речју, могао назвати „апсолутном кривицом“.⁴² За разлику од околности које су биле уграђене у бића посебних кривичних дела, Кривични законик од 1810. године није предвиђао околности које би судија требало да користи приликом одмеравања казне између казног минимума и казног максимума. Поједини теоретичари, међу којима је био и Фостен Ели (*Faustin Hélie*), сматрали су неопходним да околности „остану недефинисане из разлога што је превише тешко предвидети их и дефинисати“.⁴³ Уз то, Жан-Мари Емануел Легравран (*Jean-Marie Emmanuel Legraverend*) је био мишљења да би се законодавац „показао неправедним када би судији отказао право повећања или смањења казне у одређеном распону“.⁴⁴ Ове околности Артур Дежарден (*Arthur Desjardins*) називао је „тобожњим ублажавајућим околностима“.⁴⁵ Као и код „правих“ ублажавајућих околности, које су касније уведене⁴⁶, судија је био господар одлуке о изрицању теже или лакше казне. Међутим, за разлику од „правих“ ублажавајућих околности, код којих је судија могао да спусти изречену казну и испод минимума предвиђеног законом, код „тобожњих“ ублажавајућих околности казна је могла само да се приближи казном минимуму.

За одмеравање казне између казног минимума и максимума судија је користио објективне и субјективне околности конкретног кривичног дела. „Заиста је очигледно“, писао је Фернан Шене (*Fernand Chesney*), „да се исто недело може чинити више или мање озбиљним, више или мање кажњивим, према томе да ли га је починило дете или човек у разумним (*l'âge de raison*) годинама, да ли га је починила интелигентна или особа слабијег расуђивања, да ли га је починио учен човек који је имао одлично образовање или несрећник који је од малена имао само лоше примере пред својим очима и који је добијао

⁴² M. Ortolan, *De la révision du Code d'instruction criminelle – Avis de la Faculté de droit de Paris*, Revue de législation et de jurisprudence, tome quatrième, 1847, 214.

⁴³ F. Hélie, *De l'amélioration de la loi criminelle*, Revue critique de législation et de jurisprudence, no. 7, 1855, 539. Кривичар Нипел (*Nypels*) сматрао је да је боље да процена околности кривичног дела буде препуштена „мудрости судије, који има информације пред очима, који саслушава сведоке, који испитује оптуженог и може да оцени све околности које утичу на поопштравање или олакшавање казне на начин који је потребан за изрицање правичне казне“. J. S. G. Nypels, *op. cit.*, 66.

⁴⁴ J. M. Legraverend, *Traité de la législation criminelle en France*, tome 1, Bruxelles, 1839, 23.

⁴⁵ A. Desjardins, *Théorie des excuses en droit criminel*, Paris, 1858, 83.

⁴⁶ Ублажавајуће околности су уведене реформама од 1824. и 1832. године. Вид. одељак „Увођење ублажавајућих околности“.

само погубне поуке“.⁴⁷ Околности које су у сваком конкретном случају утицале на одмеравање казне судија је могао да пронађе у приручницима који су служили као смернице за рад судија. Један од ових приручника уопштено помиње да су те околности биле веома разноврсне и тицале су се „ како личности субјекта, тако и објекта кривичног дела, узрока кривичног дела, намере учиниоца, времена радње, места, начина, предмета, количине или износа ствари која је повод извршења, исхода, тј. последица и резултата недела, броја оптужених или окривљених“.⁴⁸

Речју Адолфа Шавоа (*Adolphe Chauveau*),⁴⁹ порота и судија морају разматрати околности и моралне аспекте конкретног кривичног дела. Наиме, порота ове чињенице оцењује „у апсолутном смислу, а судија у релативном; порота ради откривања конститутивних елемената кривичног дела, судија ради процене важности те чињенице; порота, једном речју, да би потврдила оптужницу, судија да би оценио тежину кривичног дела које се оптуженоме ставља на терет“.⁵⁰ Дакле, исте околности које су сачињавале биће кривичног дела биле су коришћене и код судијског одмеравања казне између казненог минимума и максимума. О њиховом постојању одлучивала је порота, а о њиховом утицају на висину казне у предвиђеном казненом распону - судија. Једном речју, после доношења Кривичног законика од 1810. године судије више нису само *изрицале* казну, као што је то било у време важења Кривичног законика од 1791, већ је том изрицању претходило судијско *одмеравање*.⁵¹

Г. Проблеми судске индивидуализације казне у пракси

Иако су судије и порота слободно могли да врше процену околности које су утицале на висину казне, нови казнени систем је и даље био „претерано крут“.⁵² Судије су могле да изричу казне у распону између казненог минимума

⁴⁷ F. Chesney, *Circonstances atténuantes, excuses et faits justificatifs*, Revue critique de législation et de jurisprudence, no. 23, 1894, 285.

⁴⁸ M. F. Duverger, *Manuel des juges d'instruction*, tome 1, Niort-Paris, 1839, 141.

⁴⁹ Адолф Шаво (1802-1868) био је истакнути француски адвокат. Током живота био је члан адвокатских комора у Поатјеу и Паризу, адвокат при Државном савету и Касационом суду. Био је професор Административног права и декан Правног факултета у Тулузу. Један је од оснивача „Журнала административног права“ (*Journal du droit administratif*). https://data.bnf.fr/fr/12456154/adolphe_chauveau/ датум посете 22.9.2019; <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=128> датум посете 22.9.2019.

⁵⁰ A. Chauveau, *Code pénal professif ; commentaire sur la loi modificatif du Code pénal*, Paris, 1832, 17, 18.

⁵¹ Пошто судија није био везан никаквим правилима приликом одмеравања казне, у француској литератури се овакво одмеравање казне често означавало изразом *l'arbitration*, чиме се желела истаћи веза са предреволюционарном праксом кажњавања. J. M. Carbasse, *Rapport introductif*, Bicentenaire du Code pénal 1810-2010, Paris, 2010, 26.

⁵² E. Garçon, *op.cit.*, 93.

Милица Маринковић, Индивидуализација казне према Француском кривичном закону од 1810. године (стр. 51-66)

и максимума, али је тај распон био неадекватан када се узме у обзир свеукупна строгост казни у Кривичном закону од 1810. године.⁵³

Због високо постављеног казног минимума порота је често одбијала да узме у обзир отежавајуће околности чак и када су биле доказане, да не би додатно поопштравала казну оптуженоме.⁵⁴ Неретко су поротници и судије бирали између две могућности: да осуде оптуженог на казну која би, по њиховом мишљењу, била прекомерна и која би се „гадила њиховом осећају за правду“ или да оптуженог, упркос доказима, потпуно ослободи кривице.⁵⁵ Поротници и судије су често прибегавали овој другој могућности. По речима Емила Гарсона, законодавац је вршио „насиље над судијама и поротницима“ које „није могло проћи некажњено.“⁵⁶ У пракси се показало да прописивање претерано строгих казни у жељи да се појача репресија заправо доводи до слабења репресије, зато што се казне не изричу.⁵⁷ Речју Рејмона Салеја, казнена теорија Кривичног законика из 1810. године била је „једноставна и логична“, али и „сурова и детињаста“,⁵⁸ услед чега се јавила потреба за његовом реформом.

IV УВОЂЕЊЕ УБЛАЖАВАЈУЋИХ ОКОЛНОСТИ

Ублажавајуће околности (*circonstances atténuantes*) омогућавале су судији изрицање казне испод законског минимума. У литератури⁵⁹ се често налази да су ублажавајуће околности уведене великом реформом Кривичног законика од 1832. године. Ипак, приметак ублажавајућих околности постојао је у првобитној верзији Кривичног законика од 1810. године. Наиме, члан 463 дозвољавао је изрицање казне заточења (*emprisonnement*) у износу и нижем од шест дана уколико причињена штета није прелазила 25 франака, а околности су то оправдавале. Под истим условима је и новчана казна могла бити изречена у износу испод 16 франака. Суд је казну заточења и новчану казну могао изрећи заједно, али и одвојено, једну или другу, у ком случају нису могле бити блаже од полицијских казни.⁶⁰ Међутим, ово је био једини случај ублажавања казне у првобитној верзији Кривичног законика од 1810. године. Остатак Законика је

⁵³ S. J. Barrows, *Penal Codes of France, Germany, Belgium and Japan*, Reports prepared for The International Prison Commission, Washington, 1901, 12.

⁵⁴ *Ibid.*

⁵⁵ E. Garçon, *op.cit.*, 93.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ *Ibid.*

⁵⁸ R. Saleilles, *op.cit.*, 58

⁵⁹ S. J. Barrows, *op.cit.*, 12, A. Roy, *op.cit.*, 14 итд.

⁶⁰ Заточење је била казна за преступе, тако да је цела велика група озбиљних кривичних дела, злочини, остала без могућности ублажавања казне. Code pénal, чл. 463.

био веома строг и уз то неефикасан. Ублажавајуће околности је, стога, требало увести као коректив превисоко постављеног казненог минимума.⁶¹

Следећи корак у законској индивидуализацији казни учињен је законом од 25. јуна 1824. године.⁶² Због бројних ослобађајућих пресуда које су „скандализовале јавност“, а до којих је долазило услед одбијања пороте да осуди оптуженог на казну која је превише строга у односу на друштвену опасност кривичног дела, овим Законом је за један мањи број случајева било омогућено изрицање казне блаже од законског минимума. Ова могућност је постојала само код чедоморства за које је била крива мајка, извесних облика крађе и код рањавања које би проузроковало неспособност за рад.⁶³ Уз то, Закон од 1824. године донео је и промену у оцени околности. До тада је порота била та која је одлучивала о томе да ли постоје околности које оправдавају изрицање привилегованог облика кривичног дела који би за собом повлачио и блажу казну, док је Законом од 1824. године ова улога додељена судији. Међутим, пошто порота није знала, нити је могла да зна какву ће одлуку донети судија и да ли ће наћи да околности оправдавају ублажавање казне испод законског минимума, порота је и даље по инерцији прибегавала доношењу одлука о ослобађању од кривице.⁶⁴ Реформа је била „стидљиво“ и лоше спроведена и систем ублажавајућих околности се морао усавршити.⁶⁵

Прва свеобухватна реформа Кривичног законика од 1810. године извршена је 1832. године. Поред осталог, овом новелом су уведене за сва кривична дела ублажавајуће околности које су омогућавале изрицање казне испод законског минимума, а не као до тада само за невелики број деликата. Одредбе члана 463 Законика од 1810. године које су раније омогућавале ублажавање само казне заточења и новчане казне проширене су на све казне које је Кривични законик познавао. Нови члан 463 није набрајао појединачна кривична дела код којих је судија могао да ублажи казну, већ је било регулисано ублажавање сваке *врсте* казне без обзира на то за које кривично дело је конкретна казна била предвиђена.⁶⁶ Још једна мана Закона од 1824. године је исправљена, па је и порота била та која имала право да констатује и уважи ублажавајуће околности, а не само судија.⁶⁷ Захваљујући ублажавању казни судији и пороти је дата

⁶¹ И казнени максимум је био високо постављен, али законодавац се задовољио решавањем проблема превисоко постављеног казненог минимума. F. Hélie, *op. cit.*, 542.

⁶² Loi du 25 juin 1824, contenant diverses modifications au Code penal (Loi du 25 juin 1824), n° 676 de la 7e série du Bulletin des Lois, 1824.

⁶³ Loi du 25 juin 1824, чл. 5-8. Управо код ових кривичних дела се показало да је казнени минимум био превисоко постављен, услед чега су биле бројне ослобађајуће пресуде и у случајевима када су сви докази упућивали на то да је оптужени крив. R. Saleilles, *op. cit.*, 13.

⁶⁴ S. J. Barrows, *op. cit.*, 12.

⁶⁵ A. Esnault, *Du role du législateur dans la fixation de la peine*, thèse pour le doctorat, Paris, 1900, 47.

⁶⁶ J. B. Duvergier, *Code pénal annoté : édition de 1832*, Paris, 1833, 78.

⁶⁷ *Ibid.*

Милица Маринковић, Индивидуализација казне према Француском
кривичном закону од 1810. године (стр. 51-66)

могућност да пронађу још прецизнију размену између кривичне одговорности и казне.⁶⁸

Међутим, ублажавајуће околности којима се казна спуштала испод законског минимума нису биле прописане Кривичним законом, па је на пороти и судији било да оцене да ли у сваком конкретном случају постоје околности које би то спуштање оправдале. Аргументи за давање пороти и судији права (и обавезе)⁶⁹ да дискреционо процене да ли у конкретном случају постоје ублажавајуће околности били су исти као у случају околности које су служиле за одмеравање казне између минимума и максимума: судија је на лицу места у сваком конкретном случају могао да се увери у „добру прошлост осуђеног, лоше образовање, недостатак зрелости, узраст, кајање, мотиве који објашњавају његово делинквентно понашање, одсуство предумишљаја, очај и немаштину, утицај саучесника, непознавање закона, недовршеност кривичног дела, мали значај штете или чињеницу да је штета надокнађена...“⁷⁰ То је „чинио да судије и поротници буду део законодавног процеса“, будући да им се давала могућност умањивања законом прописане казне уколико нађу да је казнени минимум престрог.⁷¹

Увођење института ублажавајућих околности имало је за резултат „измену казне без измене *природе кривичног дела*“,“⁷² па су, следствено томе, за злочине уместо испаштајућих и поправних биле изрицане поправне и полицијске казне.⁷³ Захваљујући ублажавајућим околностима судије су постале

⁶⁸ C. L. von Bar, *History of Continental Criminal Codes*, Boston, 1916, 339.

⁶⁹ H. E. Boyle, *Extenuating Circumstances in French Law*, *Juridical Review*, no. 18, 1906-1907, 260.

⁷⁰ A. Ponselle, *L'individualisation des peines en droit pénal français : partition mineure pour un principe majeur*, *Analele Universitatii din Bucuresti: Seria Drept*, 2015, 18. Херберт Бојл је истицао да је немогуће унапред предвидети све ублажавајуће околности, али да је „очигледно да је човек који украде од другогa чисто ради задовољења сопствене жеље далеко више крив него онај који краде да би задовољио своју и глад своје породице“. H. E. Boyle, *op.cit.*, 260.

⁷¹ A. Ponselle, *op.cit.*, 18. Судија је могао рећи: „Ја сам уверен да је тај човек крив за злочин који му се ставља на терет; али такође сам уверен да је тај човек жртва несрећних околности; да му недостатак свести скопчан са његовим узрастом или сметњама у расуђивању није дозволио да схвати сву озбиљност својих поступака; једном речју, да је закон, необично, дужан да ублажи своју строгост“. A. F. Couturier de Vienne, *Études historiques et critiques sur la législation civile et criminelle en France*, Paris, 1843, 319.

⁷² H. E. Boyle, *op.cit.*, 259.

⁷³ Кривични законик од 1810. године је садржао троеобу кривичних дела и одговарајућу троеобу казни. Најтежој групи кривичних дела, злочинима, одговарале су испаштајуће и поправне казне, преступима су одговарале поправне казне, а најлакша кривична дела, иступи, била су кажњавана полицијским казнама. Законик је на више места забрањивао изрицање казни које сам не прописује за свако кривично дело, али

неограничене⁷⁴ у спуштању казне испод законског минимума, чиме се у великој мери вратила предреволюционарна арбитражност,⁷⁵ али овај пут не на штету оптуженог.

Колико је ова реформа била успешнија у односу на реформу из 1824. године показивали су и статистички подаци. До 1832. године број ослобађајућих пресуда које је порота доносила због неадекватног казненог распона непрестано је растао: из овог разлога је 1826. године било ослобођено 38% оптужених, 1827, 1828. и 1829. године 39%, 1830. године 41%, а 1832. године само до 28. априла, када су измене Законика ступиле на снагу ослобођено је 46% оптужених. Од ступања на снагу ових измена статистика се преокренула, па је број ослобађајућих пресуда почео полако да опада. Тако је године 1832. и 1833. ослобођено је 41% оптужених, 1834. године 40%, 1835. године 39%, 1836. године 36%, 1837. године 37%, 1839. године 35%, 1840. године 33%.⁷⁶ „Благотворна иновација“, како су називане ублажавајуће околности, не само да није нашкодила репресији, него ју је учинила праведнијом и ефикаснијом.⁷⁷

V ЗАКЉУЧАК

Индивидуализација казне у француском кривичном праву прошла је дуг пут од феудалног права до модерног Кривичног законика од 1810. године. Током 50 година од владавине последњег Луја до 1832. године Француска је испробала све начине одређивања казне, од потпуно арбитражног, преко апсолутног, до релативног система. Мане арбитражног система биле су предмет критике филозофа-просветитеља. Овај систем био је у потпуној супротности са начелима законитости и правне једнакости; уз то казне су често биле не само неправичне, већ и непотребно сурове. Апсолутни систем одређења казне представљао је реакцију револуционарног законодавца на предреволюционарну судијску арбитражност. При том се због законске догматизације начела правне једнакости у кривичном праву, изгубиле из вида субјективне и објективне околности конкретног кривичног дела и учиниоца. Због изостанка било какве могућности да се казна прилагоди учиниоцу и извршеном кривичном делу једнакост у закону довела је до неједнакости у пракси. Релативни систем

захваљујући ублажавајућим околностима то је постало могуће. Code pénal, чл. 1, 6, 7, 8, 9, 464.

⁷⁴ Члан 463. реформисаног Законика је прописивао која врста казне се изриче уместо које врсте казне (нпр. принудни рад у ограниченом трајању је био прописан као ублажена казна за привремени рад у неограниченом трајању), али не и која је граница до које се казна може ублажити у смислу *квантума*. A. Ponselle, *op.cit.*, 18, J. B. Duvergier, *op.cit.*, 78

⁷⁵ F. Hélie, *op.cit.*, 542.

⁷⁶ A. F. Couturier de Vienne, *op.cit.*, 319, 320.

⁷⁷ *Ibid.*, 320.

одређивања казне, као важна кривично-правна новина коју је по први пут у историји права донео Кривични законик од 1810. године, показао се као погодан средњи пут. Тај систем је комбиновао позитивне стране арбитрерног и апсолутног система, док су истовремено негативне стране оба система биле много мање изражене. Реформа Кривичног законика од 1810. године, која је најпре делимично спроведена 1824. године, а потом и у ширем обиму 1832. године, кориговали је релативни систем одређења казне новим институтом ублажавајућих околности. Ове околности су које су значајно повећале опсег судијске слободе, али не на уштрб начела законитости и правне једнакости, као што је то било у предреволюционарном кривичном праву. Тако су судије и порота постали активни сарадници у стварању кривичног закона ради његове праведније примене и ефикасније репресије. Ипак, већ тада је кривичноправна наука изразила резерву према новом начину одређења казне, пошто је велика судијска слобода у изрицању казне у систему релативно одређене казне и ублажавајућих околности захтевала судију квалитетног правничког образовања и високе правне свести.

Milica Marinković

INDIVIDUALISATION OF PUNISHMENT ACCORDING TO THE FRENCH PENAL CODE OF 1810

Summary

The subject of this paper is the individualization of penalty in the French Penal code of (Code pénal de 1810). It is a Code that brought a very important innovation in comparative legal history – a relative system of penal determination – that will be crucial for further development of system of penal determination. Thereto, the French Penal code of 1810 had the greatest influence in the development of European substantive criminal law, because the whole array of penal codes, from the Prussian to the Serbian Criminal code of 1860, adopted its solutions. The author analyses the multi-decade process of development of the idea and practice of the individualization of criminal punishment in French criminal law, starting from the complete judicial arbitrariness that characterized pre-Revolutionary law to the absolute system of penal determination brought by the Penal code of 1791, and from the absolute system to relative system of penal determination present in the Penal code of 1810. The author shows that the innovation from 1810 actually represents a sui generis

* PhD candidate, University of Kragujevac, Faculty of Law.

synthesis of the various experiences gained over decades of application of previously mentioned forms of penal determination. Special attention is paid to the problem of judicial individualization of penalty between penal minimum and maximum established by the Penal code of 1810. Although the relative system of penal determination enabled the individualization of penalty by reconciling it with the principle of legality, the start of the implementation of the Penal code of 1810 brought up some weak points of this system. In regard to that, the author analyses the statistics of convictions made by French courts in second and third decade of the 19th century. At last, the research of the problem of individualization of penalty in the Penal code of 1810 the author complete by analyzing the Penal code Reform Bills of 1824 and 1832, that introduced the institute of extenuating circumstances as one of the instruments for the individualization of penalty.

Key words: criminal law, individualization of penalty, Penal code of 1810 (Code pénal de 1810), penal minimum and maximum, extenuating circumstances.

Др Зоран Јовановић*

Прегледни научни чланак
УДК: 35.077/.078(497.11)(094.5)

ТОК ПОСТУПКА ДО ДОНОШЕЊА РЕШЕЊА ПО НОВОМ ЗАКОНУ О ОПШТЕМ УПРАВНОМ ПОСТУПКУ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ¹

Рад примљен: 01. 11. 2019.

Рад исправљен: 15. 11. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 09. 12. 2019.

У Републици Србији су новим Законом о општем управном поступку из 2016. године извршене одређене измене које се односе на ток поступка до доношења решења. Овај поступак обухвата све процесне радње које је неопходно предузети пре него што се донесе одлука у управном поступку. Аутор у раду указује на најважније новине уз осврт на решења која су нормирана старим Законом о општем управном поступку: начин утврђивања чињеница у управном поступку, дужност органа да прибави податке по службеној дужности, непосредно одлучивање, привремене мере, испитни поступак, претходно питање и усмена расправа.

Кључне речи: управни поступак, непосредно одлучивање привремене мере, испитни поступак, претходно питање, усмена расправа

I УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

После готово две деценије примене Закона о општем управном поступку донетог 1997. године,² 1. марта 2016. године донет је нови Закон о општем управном поступку.³ Стари Закон је "био један од светлих примера

* Ванредни професор Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, zjovanovic@jura.kg.ac.rs

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу *Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније*.

² Службени лист СРЈ, бр. 33/97 и 31/2001 и Службени гласник РС, бр. 30/10, у даљем тексту: стари Закон.

³ Закон о општем управном поступку (ЗУП), Службени гласник РС, бр. 18/16, у даљем тексту: важећи Закон).

дуготрајности важења и примене у правном систему Србије".⁴ Због честог неменења текста, у односу на друге законске текстове, пружао је правну сигурност учесницима у управном поступку и разумевање од стране државних службеника и лица која су га примењивала. Република Србија се придружила осталим државама бивше СФРЈ које регулишу управни поступак по новом моделу закона.⁵ Изузетак представља Словенија у којој се примењује стари Закон о општем управном поступку из некадашње Југославије који се ослања на аустијски правни систем.

Одређене новине у односу на стари Закон, постоје у важећем Закону у односу на ток поступка до доношења решења.⁶ У важећем Закону овај део првостепеног управног поступка уређен је одредбама од члана 102. до члана 135., и у њему су задржана правила о дужности странке да поткрепи своје тврдње о чињеницама, као и дужност органа да по службеној дужности прибави податке о којима он или други орган воде службену евиденцију.⁷ Поступак до доношења решења обухвата све процесне радње које се

⁴ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *Практикум за примену Закона о општем управном поступку*, Београд, 2017, 19.

⁵ Вид.: Д. Милков, *Поводом Нацрта Закона о општем управном поступку - корак напред или десет у страну*, у: Зборник радова Правног факултета у Новом Саду (ур. Д. Дракић), бр. 1, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2013, 85-99; П. Димитријевић, *Реформа управног поступка*, у: Зборник радова "Владавина права и правна држава у региону" (ур. Г. Марковић), Правни факултет Универзитета у Источно Сарајеву, 2013, 189-199; З. Лончар, *Нека питања реформе управно-процесног законодавства*, Правни живот, бр. 10, 2013, 319-333; З. Лончар, *Нека питања примене новог Закона о општем управном поступку у Републици Србији*, у: Зборник на трудови од међународната конференција одржана во Охрид од 5 до 7 мај 2017, Искуства од примената на новите закони за општа управна постапка во земјите од регионот, Универзитет "Св. Кирил и Методиј" во Скопје, Правен факултет "Јустинијан Први", Охрид, 2017, 101-114; Д. Миловановић, В. Цуцић, *Нова решења Нацрта закона о општем управном поступку у контексту реформе јавне управе у Србији*, Правни живот, бр. 10, 2015, 95-110; Д. Вучетић, *Европска управно-процесна правила и општи управни поступак Републике Србије*, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу (ур. И. Пејић), бр. 68, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2014, 175-186.

⁶ Вид.: Д. Милков, Р. Радошевић, *Неке новине у Закону о општем управном поступку - "Управно поступање"*, у: Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, (ур. С. Орловић), бр. 3, Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, 2016, 733-752; Д. Милков, *Поводом новог Закона о општем управном поступку*, у: Зборник "Хармонизација српског и мађарског права са правом Европске уније" (ур. Љ. Стајић), Правни факултет Универзитета у Новом Саду, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2016, 47-63; Љ. Пљакић, *Управно поступање по новом Закону о општем управном поступку*, Правни живот, бр. 10, 2016, 237-250;

⁷ Вид. З. Томић, *Закон о општем управном поступку* (према стању законодавства од 1. марта 2016. године), Београд, 2016, 30.

**Зоран Јовановић, Ток поступка до доношења решења по новом
Закону о општем управном поступку у Републици Србији (стр. 67-79)**

предузимају пре него што се донесе главна одлука у управном поступку.⁸ За овај део поступка битни су: начин на који орган утврђује чињенице и дужност органа да прибави податке по службеној дужности, непосредно одлучивање, испитни поступак, претходно питање и усмена расправа.

II НАЧИНИ УТВРЂИВАЊА ЧИЊЕНИЦА У УПРАВНОМ ПОСТУПКУ

Нови ЗУП, као и претходни, на идентичан начин регулише начине утврђивања чињеничног стања: у скраћеном поступку (непосредно одлучивање) и у испитном поступку.⁹ Орган који води поступак утврђује чињенице и околности од значаја за поступање у управној ствари. Странака не мора да прибави доказе које може да прибави орган, нити уверења и друге исправе које органи нису дужни да издају. Ако се не ради о чињеницама које су општепознате, странка је дужна да за своје наводе предложи доказе и да их поднесе органу, ако је могуће. Чињенично стање на коме заснива свој захтев странка је дужна да изнесе тачно, потпуно и одређено.

III ДУЖНОСТ ОРГАНА ДА ПРИБАВИ ПОДАТКЕ ПО СЛУЖБЕНОЈ ДУЖНОСТИ

Орган је дужан да по службеној дужности, у складу са законом, врши увид, прибавља и обрађује податке о чињеницама о којима се води службена евиденција, а који су неопходни за одлучивање. Ако службену евиденцију води други орган, орган који води поступак дужан је да хитно затражи податке, а замољени орган да бесплатно уступи податке у року од 15 дана, ако није друкчије прописано. Ако се тражени подаци могу добити електронским путем, замољени орган их доставља у најкраћем року.¹⁰

У поступку који се покреће по захтеву странке, орган може да врши увид, прибавља и обрађује личне податке о чињеницама о којима се води службена евиденција када је то неопходно за одлучивање, осим ако странка изричито изјави да ће те податке прибавити сама. Ако странка у року не поднесе личне податке неопходне за одлучивање органа, захтев за покретање поступка ће се сматрати неуредним.¹¹

Обавеза органа који воде првостепени управни поступак да сам врши увид прибавља и обрађује податке о чињеницама о којима се води службена евиденција, а који су неопходни за одлучивање једна је од најзначајнијих новина прописаних важећим Законом. Одредба члана 103. важећег Закона

⁸ Вид. Д. Милков, *Управно право II, управна делатност*, Нови Сад, 2017, 179.

⁹ Вид. чл. 104. ЗУП-а.

¹⁰ Вид. чл. 103. ст. 1 и 2.

¹¹ Вид. чл. 103. ст. 1 и 2.

ступила је на снагу осмог дана по његовом објављивању у Службеном гласнику и примењивала се по истеку рока од 90 дана од дана ступања на снагу, тј. од 10. јуна 2016. године, а не као већина осталих одредби које су се почеле примењивати од 1. јуна 2017. године. Примарни циљ законодавца био је да овим одредбама учини живот и рад грађана и привреде лакшим, ефикаснијим и економичнијим, као и да им уштеди време.

У том смислу, одредбе којима се уређују начин утврђивања чињеница у управном поступку и дужност органа да прибави податке по службеној дужности представљају разраду начела делотворности и економичности поступка из члана 9. Закона. Наиме, ставовима 3. и 4. наведеног члана Закона уређено је да је орган дужан да по службеној дужности, у складу са законом, врши увид у податке о чињеницама неопходним за одлучивање о којима се води службена евиденција, да их прибавља и обрађује, као и да орган може од странке да захтева само оне податке који су неопходни за њену идентификацију и документе који потврђују чињенице о којима се не води службена евиденција.

У вези са спровођењем члана 103. Закона, Влада Републике Србије донела је Уредбу о прибављању и уступању података о чињеницама о којима се води службена евиденција¹² која је ступила на снагу 8. јуна 2017. године. Наведеном Уредбом ближе се уређује начин на који државни органи и организације, органи и организације покрајинске аутономије и органи и организације јединица локалне самоуправе, установе, јавна предузећа, посебни органи преко којих се остварује регулаторна функција и правна и физичка лица којима су поверена јавна овлашћења врше увид, прибављају, обрађују и уступају, односно достављају податке о чињеницама о којима се води службена евиденција, а који су неопходни за одлучивање у управном поступку.

Наиме, према Уредби, орган којем су потребни подаци за одлучивање у управном поступку, подноси писани захтев да му орган који је надлежан да води одговарајућу службену евиденцију, омогући трајни и непрекидан приступ евиденцији и потребним подацима. Орган који води службену евиденцију дужан је да одлучи о наведеном захтеву у року од осам радних дана од дана његовог достављања, да подносиоцу захтева достави обавештење о могућем начину прибављања, односно уступања и достављања података и да му, без одлагања, а најкасније у року од три радна дана од доношења позитивне одлуке о захтеву, омогућити приступ потребним подацима. Орган којем су подаци потребни може, сагласно обавештењу органа који води службену евиденцију о могућем начину прибављања, односно уступања и достављања података из евиденције коју води, да прибавља податке електронским путем, физичким увидом у службену евиденцију или упитом органу који води службену евиденцију. У циљу спровођења дужности органа да прибави податке по

¹² Вид.: Уредбу о прибављању и уступању података о чињеницама о којима се води службена евиденција *Службени гласник РС*, бр. 56/17.

**Зоран Јовановић, Ток поступка до доношења решења по новом
Закону о општем управном поступку у Републици Србији (стр. 67-79)**

службеној дужности, прописана је и прекршајна одговорност овлашћеног службеног лица, као и дисциплинска одговорност овлашћеног службеног лица, односно одговорног лица.

У вези са прекршајном одговорношћу, Закон уређује да ће се новчаном казном од 5.000 динара до 50.000 динара казнити за прекршај овлашћено службено лице, у смислу овог закона, које по службеној дужности не изврши увид у податке о чињеницама неопходним за одлучивање о којима се води службена евиденција, не затражи их ради прибављања и не обради, односно које на захтев органа који води поступак бесплатно не уступи податке о којима се води службена евиденција у року од 15 дана или другом року одређеном законом.

У вези са дисциплинском одговорношћу, Закон уређује да су Министарство надлежно за послове државне управе у вршењу надзора над применом овог закона и други органи управе у обавези да захтевају покретање дисциплинског поступка против овлашћеног службеног лица, односно одговорног лица које по службеној дужности не изврши увид у чињенице о којима се води службена евиденција, које на захтев органа који води поступак бесплатно не уступи податке о којима води службену евиденцију у року утврђеном законом, не изда решење у року утврђеном законом или не достави списе другостепеном органу или суду надлежном за управне спорове у роковима утврђеним законом.¹³

IV НЕПОСРЕДНО ОДЛУЧИВАЊЕ

У вези са непосредним начином одлучивања, најпре треба поменути да је стари Закон познавао скраћени поступак, док важећи Закон уводи поступак непосредног одлучивања. Тако, орган може непосредно да одлучи о управној ствари: ако је чињенично стање утврђено на основу чињеница и доказа које је странка изнела у захтеву или на основу општепознатих чињеница или чињеница које су познате органу; ако чињенично стање може да се утврди на основу података из службених евиденција, а странка не мора да се изјасни ради заштите њених права и правних интереса; ако се доноси усмено решење, а чињенице на којима се оно заснива су учињене вероватним; ако је то посебним законом одређено.¹⁴

У односу на стари Закон, нема суштински нових случајева када орган може непосредно одлучивати. Ситуације када орган непосредно одлучује оправдане су постојањем готово потпуно прецизно утврђеног чињеничног стања или евентуално, разлозима хитности. Значајно је напоменути да је

¹³ Чл. 210. ст. 2.

¹⁴ Чл. 104. ст. 1.

важећим Законом изричито прописано да се у поступку непосредног одлучивања од странке се не узима изјава и не води испитни поступак.¹⁵

V ПРИВРЕМЕНЕ МЕРЕ

Важећи Закон уводи нов институт привремених мера, с тим што их уређује кроз само две одредбе члана 105. Наиме, Закон предвиђа да орган може да одреди привремену меру, у складу са законом, као и да се о привременој мери одлучује привременим решењем, које се издаје без одлагања.

У вези са наведеним, важећи Закон, као и стари, прописује да ако према околностима случаја треба да се пре окончања поступка привремено уреде спорна питања или односи, доноси се решење које се заснива на чињеницама које су познате у време доношења решења (привремено решење). Доношење привременог решења по предлогу странке, орган може условити давањем обезбеђења за штету која би могла, услед извршења тог решења, настати за супротну странку, ако захтев предлагача не буде усвојен. Решењем којим се окончава поступак орган укида привремено решење, ако законом није друкчије предвиђено.

VI ИСПИТНИ ПОСТУПАК

Испитни поступак води се ако у поступку непосредног одлучивања не могу да се утврде чињенице које су од значаја за поступање у управној ствари или ако странкама мора да се пружи прилика да се изјасне ради заштите њихових права и правних интереса.¹⁶

Странка има право да се у испитном поступку изјасни о чињеницама које су изнете и о понуђеним доказима, да учествује у извођењу доказа, поставља питања другим странкама, сведоцима и вештацима, износи чињенице које су од значаја за поступање у управној ствари, предлаже доказе, износи правне тврдње и побија тврдње које се не слажу с њеним. Орган је дужан да упозори странку, сведока и вештака да могу да ускрате давање изјаве, односно сведочење или вештачење под условима прописаним овим законом, као и да је давање лажног исказа кривично дело. Орган је дужан да одлучи о свим захтевима и предлозима странке. Поступак не може да се оконча док се странци не пружи прилика да се изјасни о чињеницама које су од значаја за поступање у управној ствари.¹⁷ Старим Законом садашњи испитни поступак био је регулисан као посебан испитни поступак.

¹⁵ Чл. 104. ст. 2.

¹⁶ Чл. 106. ст. 1.

¹⁷ Чл. 106. ст. 2-5.

VII ПРЕТХОДНО ПИТАЊЕ

Орган који води управни поступак има обавезу да "донесе одлуку о управној ствари тек пошто је потпуно и правилно утврдио чињенично стање конкретне управне ствари, односно тек када је решио сва спорна правна питања која су се у поступку појавила".¹⁸ Ако орган наиђе на питање без чијег решења не може да одлучи о управној ствари, а које чини самосталну правну целину и за чије решавање је надлежан суд или други орган (претходно питање), може сам да расправи претходно питање или да прекине поступак док суд или други орган не реше претходно питање.¹⁹

Одлука органа о претходном питању има правно дејство само у поступку у коме је орган расправио претходно питање.²⁰ Ово решење је и логично с обзиром да претходно питање решава ненадлежни орган. Орган је дужан да прекине поступак ако се претходно питање тиче постојања кривичног дела или брака, утврђивања родитељства или ако је то законом одређено.²¹ У односу на стари закон, "код института претходног питања, изостављене су поједине, а побољшане (у смислу јасноће) неке друге и до сада важеће одредбе".²² Поступак се мора прекинути и ако се пред судом или другим органом већ решава претходно питање. Орган наставља поступак када буде донето коначно решење надлежног органа или правноснажна одлука надлежног суда о претходном питању.²³

Ако се поступак у коме се решава претходно питање покреће по службеној дужности, орган који је прекинуо поступак тражи од суда или другог органа да покрене поступак.²⁴ На тај начин странкама се не стварају додатне обавезе, штеди се њихово време и новац, с обзиром да поступак за покретање и решавање претходног питања не води он, већ орган који је покренуо управни поступак у коме се решавање претходног питања појавило.

Међутим, ако се поступак у коме се решава претходно питање покреће на захтев странке, орган који је прекинуо поступак налаже једној од странака да у

¹⁸ Н. Бачанин, *Управно право*, Крагујевац, 2000, 402. Д. Милков, *Управно право II, управна делатност*, Нови Сад, 2017, 184-185.

¹⁹ Чл. 107, ст. 1.

²⁰ Иначе, правна доктрина и правни системи појединих земаља познају два система у вези са решавањем претходног питања: француски и аустријско-немачки систем. Према првом систему, орган управе не сме сам решавати претходно питање у управном поступку, већ увек мора прекинути поступак и сачекати да претходно питање реши надлежни орган. Према другом систему, орган управе по слободној вољи одлучује у сваком конкретном случају да ли ће претходно питање решити сам или ће оставити да то учини надлежни орган. Вид. Н. Бачанин, *op. cit.*, 403.

²¹ Чл. 107, ст. 3.

²² З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *op. cit.*, 129.

²³ Чл. 107, ст. 4. и 5.

²⁴ Чл. 108, ст. 1.

одређеном року тражи од надлежног органа покретање поступка по претходном питању и да му о томе поднесе доказ. При томе ће орган упозорити странку на последице пропуштања. Ако странка поводом чијег захтева је покренут поступак не поднесе у одређеном року доказ о томе да је од надлежног органа тражила покретање поступка по претходном питању, сматра се да је одустала од захтева, а орган који је покренуо поступак решењем обуставља поступак. Ако то не учини противна странка, орган наставља поступак и сам расправља претходно питање.²⁵

У вези са претходним питањем, значајно је истаћи да је као један од разлога за понављање поступка предвиђен и случај када је надлежни орган накнадно и у битним тачкама друкчије правноснажно одлучио о претходном питању на коме је решење засновано.²⁶ У овом случају, орган управе је сам решио претходно питање и на томе засновао своје решење, а није прекидао поступак и чекао да то питање реши надлежни орган. Међутим, како се дејство решеног претходног питања у управном поступку простира само на тај конкретан поступак, постоји увек могућност да орган који је иначе за то питање надлежан касније другачије одлучи.²⁷

VIII УСМЕНА РАСПРАВА

A. Обавезност и рочиште, позив и видеоконференцијска усмена расправа

Усмена расправа у управном поступку представља процесну деоницу у којој водитељ поступка, у сарадњи са другим учесницима, јавно (по правилу) и непосредно претреса и утврђује оно што је предмет посебног испитног поступка.²⁸ Циљ усмене расправе је потпуно и истинито разјашење одлучних чињеница, али и остварење и заштити права странака. Треба истаћи да усмена расправа нема онакав значај какав се придаје "главној расправи", односно "главном претресу" у судским поступцима и не сусреће се често у управној пракси. Иначе, "усмена расправа је уређена осетно минуциозније него раније".²⁹

Овлашћено службено лице заказује усмену расправу када у поступку учествују противне странке или када мора да се изврши увиђај или саслуша сведок или вештак. Овлашћено службено лице може, по службеној дужности или на предлог странке, да закаже усмену расправу увек када је то корисно за разјашњење управне ствари. У односу на стари Закон, важећим нису

²⁵ Чл. 108. ст. 2. и 3.

²⁶ Чл. 176. ст. 10.

²⁷ Д. Милков, исто, *op. cit.*, 253.

²⁸ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *op. cit.*, 133.

²⁹ *Ibid.*

**Зоран Јовановић, Ток поступка до доношења решења по новом
Закону о општем управном поступку у Републици Србији (стр. 67-79)**

предвиђене неке нове ситуације у којима је обавезно заказивање усмене расправе.³⁰

Орган предузима све да се усмена расправа не одуговлачи и не одлаже и оконча на првом рочишту. Орган је дужан да најмање осам дана пре рочишта позив достави странкама и другим лицима чије је присуство потребно на рочишту.³¹ Странци се доставља и поднесак који је дао повод за рочиште.³² У позиву се означава назив органа који је издао позив, лично име и адреса лица које се позива, место и време доласка позваног, предмет због кога се позива и у ком својству (као странка, сведок, вештак, итд.) и шта позвани треба да прибави, односно поднесе. У случају спречености да се одазове позиву, лице је дужно да о томе извести орган који је издао позив.³³

Орган који има техничке могућности може заказати видеоконференцијску усмену расправу, на коју се сходно примењују одредбе ЗУП-а о усменој расправи.³⁴ Видеоконференцијска усмена расправа није била предвиђена старим Законом, тако да се она може означити као новина. Разлог њеног увођења је настојање законодавца да управни поступак учини ефикаснијим и економичнијим употребом, између осталог, и нових аудио и видео технологија, и омогућавањем странци да се о њеним правима и интересима расправља и без њеног физичког присуства.

Б. Јавност усмене расправе и искључење јавности на усменој расправи

Поводом усмене расправе можемо истаћи као основно правило да је усмена расправа јавна. Међутим, од правила да је усмена расправа јавна постоје изузеци. Овлашћено службено лице може по службеној дужности или на предлог странке или другог учесника у поступку, да искључи јавност на целој усменој расправи или њеном делу: ако се расправља о чињеницама које представљају тајне податке сагласно закону или пословну тајну; ако то захтевају интереси јавног реда или разлози морала; ако се расправља о односима у породици и ако постоји озбиљна и непосредна опасност да усмена расправа буде ометана.³⁵

Искључење јавности објављује се на интернет страници и огласној табли органа. Јавност не сме бити искључена док се објављује решење. Искључење

³⁰ Чл. 109. ст. 1. и 2.

³¹ По мишљењу професора С. Лилића, "није јасно зашто аутори ЗУП-а упоредо са терминим "усмена расправа" користе и израз "рочиште". Увођење рочишта у управни поступак није потребно и ствара конфузију јер садржински "усмена расправа" и "рочиште" значе исто (с тим што је рочиште уобичајен израз за усмену расправу у судским поступцима". Вид.: С. Лилић, *Закон о општем управном поступку, Анатомија законског пројекта са моделом за генералну реконструкцију ЗУП-а*, Београд, 2019, 154.

³² Чл. 109. ст. 3. и 4.

³³ Чл. 110

³⁴ Чл. 111.

³⁵ Чл. 111. ст. 2.

јавности не односи се на странке, њихове законске или привремене заступнике, пуномоћнике, овлашћене представнике и стручне помагаче.³⁶ У погледу разлога за искључење јавности са усмене расправе нема неких новина у односу на стари Закон. Као једно од нових решења може се истаћи обавеза објављивања одлуке о искључењу јавности на усменој расправи, која се мора објавити на интернет презентацији органа. Овлашћено службено лице може допустити да таквој усменој расправи присуствују поједина службена лица и научни и јавни радници, ако је присуство значајно за њихову службу или рад. Упозорава их да су дужни да као тајну чувају све што су сазнали на усменој расправи.³⁷

В. Јавна објава усмене расправе

Јавно обављивање усмене расправе, паралелно са појединачним позивима, није правило.³⁸ Орган може јавно да објави да је заказао усмену расправу ако позиви не могу да се доставе на време, а вероватно је да постоје лица која могу да имају својство странке, а не учествују у поступку, или ако то налажу други слични разлози. Јавна објава усмене расправе садржи све податке као позив, а уз то и позив да усменој расправи приступи свако ко сматра да се управна ствар тиче његових права, обавеза или правних интереса.³⁹

Усмена расправа јавно се објављује према одредбама ЗУП-а којима се уређује јавно достављање.⁴⁰ Наиме, Закон уређује да се јавно достављање састоји од објављивања писмена на веб презентацији и огласној табли органа, при чему писмено може да се објави и у службеном гласилу, дневним новинама или на други погодан начин. Сматра се да је јавно достављање извршено када истекне 15 дана од када је писмено објављено на веб презентацији и огласној табли органа, с тим што орган може из оправданих разлога да продужи рок.⁴¹

Г. Изостанак странке са усмене расправе

Ако странка која се није изјаснила о предмету испитног поступка не дође на усмену расправу, а није утврђено да јој је позив уредно достављен, овлашћено службено лице одлаже усмену расправу, изузев ако је усмена расправа јавно објављена. Такође, ако је поступак покренут захтевом странке, па она не дође на усмену расправу мада је уредно позвана, орган решењем обуставља поступак ако из целокупног стања ствари може да се претпостави да је странка одустала од захтева. Ако то не може да се претпостави или ако

³⁶ Чл. 112. ст. 3-5.

³⁷ Чл. 112. ст. 6.

³⁸ З. Томић, Д. Миловановић, В. Цуцић, *op. cit.* 135.

³⁹ Чл. 113. ст. 1. и 2.

⁴⁰ Чл. 113. ст. 3.

⁴¹ Чл. 78. ст. 2. и 3.

**Зоран Јовановић, Ток поступка до доношења решења по новом
Закону о општем управном поступку у Републици Србији (стр. 67-79)**

поступак мора да се настави у јавном интересу, овлашћено службено лице, с обзиром на околности случаја, одржава усмену расправу без одсутне странке или је одлаже.⁴²

Уједно, ако странка према којој је покренут поступак не дође на усмену расправу на коју је уредно позвана без оправданог разлога, овлашћено службено лице може одржати усмену расправу без ње, а може и да одложи усмену расправу о њеном трошку.⁴³

Д. Место усмене расправе и одржавање реда

Усмена расправа одржава се у седишту органа или на месту увиђаја. Усмена расправа може да се одржи и изван седишта органа, ако се тако знатно смањују трошкови или то погодује темељнијем, бржем и лакшем расправљању.⁴⁴ Стари и важећи Закон садрже идентична решења у погледу места одржавања усмене расправе. С друге стране, у погледу одржавања реда, важећи Закон уређује да ће службено лице упозорити лице које омета ток усмене расправе на непримерено понашање, а ако то лице настави са ометањем расправе може јој решењем изрећи новчану казну до износа просечне месечне зараде по запосленом, са порезима и доприносима, која је остварена у Републици Србији у претходном месецу, према подацима органа надлежног за послове статистике. У случају наставка ометања расправе, службено лице може то лице удаљити. Жалба на решење о новчаној казни не одлаже извршење решења.⁴⁵

Дакле, у погледу одржавања реда важећи Закон уводи одређене промене у низу радњи које орган предузима према лицу које омета ток усмене расправе. Наиме, стари Закон је предвиђао да се такво лице најпре опомиње, а ако настави да омета рад или се непристојно понаша, може бити удаљено. Новчана казна је била предвиђена као могућност само у ситуацији када је лице удаљено зато што је теже нарушило ред или учинило крупнију непристојност. Према важећем Закону, лице које омета ток усмене расправе се упозорава, а ако настави са ометањем расправе том лицу може бити изречена новчана казна, а уколико и након изрицања новчане казне настави са ометањем расправе, лице се може удаљити. Важећи Закон предвиђа још једну новину, а то је да орган новчану казну изриче решењем, а не закључком као према старом Закону.

⁴² Чл. 114. ст. 1. и 2.

⁴³ Чл. 114. ст. 3.

⁴⁴ Чл. 115. ст. 1. и 2.

⁴⁵ Чл. 115. ст. 3. и 4.

IX ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Нови Закон о општем управном поступку предвидео је одређене новине које су допринеле ефикаснијем поступању органа које воде управни поступак до доношења решења. Орган је дужан да по службеној дужности, у складу са законом, врши увид, прибавља и обрађује податке о чињеницама о којима се води службена евиденција, а који су неопходни за одлучивање. Ако службену евиденцију води други орган, орган који води поступак дужан је да хитно затражи податке, а замољени орган да бесплатно уступи податке у року од 15 дана, ако није друкчије прописано. Ако се тражени подаци могу добити електронским путем, замољени орган их доставља у најкраћем року.

У поступку који се покреће по захтеву странке, орган може да врши увид, прибавља и обрађује личне податке о чињеницама о којима се води службена евиденција када је то неопходно за одлучивање, осим ако странка изричито изјави да ће те податке прибавити сама. Ако странка у року не поднесе личне податке неопходне за одлучивање органа, захтев за покретање поступка ће се сматрати неуредним. У циљу спровођења дужности органа да прибави податке по службеној дужности, прописана је и прекршајна одговорност овлашћеног службеног лица, као и дисциплинска одговорност овлашћеног службеног лица, односно одговорног лица.

Закон уводи нов институт привремених мера и предвиђа да орган може да одреди привремену меру, у складу са законом, као и да се о привременој мери одлучује привременим решењем, које се издаје без одлагања. Испитни поступак се води ако у поступку непосредног одлучивања не могу да се утврде чињенице које су од значаја за поступање у управној ствари или ако странкама мора да се пружи прилика да се изјасне ради заштите њихових права и правних интереса. Ако орган наиђе на питање без чијег решења не може да одлучи о управној ствари, а које чини самосталну правну целину и за чије решавање је надлежан суд или други орган (претходно питање), може сам да расправи претходно питање или да прекине поступак док суд или други орган не реше претходно питање.

Орган који има техничке могућности може заказати видеоконференцијску усмену расправу, на коју се сходно примењују одредбе ЗУП-а о усменој расправи. Службено лице упозориће лице које омета ток усмене расправе на непримерено понашање, а ако то лице настави са ометањем расправе може јој решењем изрећи новчану казну, а у случају наставка ометања расправе, службено лице може то лице удаљити.

Зоран Јовановић, Ток поступка до доношења решења по новом
Закону о општем управном поступку у Републици Србији (стр. 67-79)

Zoran Jovanović, LL.D*

THE PROCEDURES PRECEDING THE ADOPTION OF A DECREE ACCORDING TO THE NEW LAW ON GENERAL ADMINISTRATIVE PROCEDURE OF THE REPUBLIC OF SERBIA

Summary

The new Law on general administrative procedure of the Republic of Serbia of 2016 introduced some changes in the procedures that precede the adoption of a decree. This process comprizes all procedural actions which are necessary to be undertaken in order to pass a decision in an administrative proceeding. The author of this paper underlines the most important novelties also giving an overview of the old provisions of the Law: the manner in which the facts are determined in an administrative proceeding, the responsibility of the bodies to acquire facts ex officio, direct decision making, temporary injunctions, investigation procedure, preliminary issue, hearing.

Key words: *administrative proceeding; direct decision making; temporary injunction; investigation procedure; preliminary issue; hearing.*

* Associate Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Др Борко Михајловић*

Прегледни научни чланак
УДК: 347.72

ДИСКВАЛИФИКАЦИЈА ЧЛАНА УПРАВЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА: НОВА САНКЦИЈА ЗА ПОВРЕДУ ДУЖНОСТИ ПРИЈАВЉИВАЊА ПОСЛОВА И РАДЊИ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ У СРПСКОМ ПРАВУ¹

Рад примљен: 02. 12. 2019.
Рад прихваћен за објављивање: 09. 12. 2019.

Измене и допуне Закона о привредним друштвима из јуна 2018. године значајно су утицале на дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, као једну од пет посебних дужности према привредном друштву, које постоје у српском компанијском праву. Једна од значајних новина у правном регулисању дужности пријављивања тиче се правних последица повреде те дужности, које постају оштрије по неке од субјеката посебних дужности. Повреда дужности пријављивања учињена од стране директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриста привредног друштва, према поменутих изменама Закона о привредним друштвима из 2018. године, за последицу има и нови облик статусне одговорности – дисквалификацију. Предмет овог рада је кратка анализа законодавног регулисања дисквалификације појединих субјеката посебних дужности према привредном друштву у српском праву за случај повреде дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Пре анализе позитивних прописа, аутор се у кратким цртама осврнуо на остале последице повреде дужности пријављивања (имовинскоправне и кривичноправне), као и на појам и врсте дисквалификације у упоредном праву, а у циљу проналажења места института дисквалификације у односу на друге правне последице повреде дужности пријављивања, као и у односу на нека значајнија упоредноправна решења.

Кључне речи: *дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, посебне дужности према привредном друштву, дисквалификација члана управе привредног друштва, разлози за дисквалификацију, време трајања дисквалификације.*

* Доцент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, bmihajlovic@jura.kg.ac.rs

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.

I УВОД

Посебне дужности према привредном друштву су засебан правни институт компанијског права, који доприноси решавању неких основних и најзначајнијих проблема и питања те гране права.² Основни циљеви установљавања тог института су ограничење дискреционих овлашћења лица која непосредно управљају привредним друштвом, али и свих других лица која имају значајан (посредан) утицај на функционисање и пословање привредног друштва и успостављање механизма за изједначавање (поистовећивање) интереса тих лица и привредног друштва, као посебног правног субјекта, односно његових чланова.

Измене и допуне Закона о привредним друштвима из јуна 2018. године³ донеле су и неколико новина у вези са посебном дужношћу пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, као једном од пет посебних дужности према привредном друштву, које познаје српско компанијско право. Основне новине се односе на прописивање нове, додатне обавезе у поступку одобрења правног посла или правне радње у случају постојања личног интереса (обавеза сачињавања извештаја о процени тржишне вредности предмета правног посла или радње, условљена одређеном књиговодственом вредношћу посла или радње), на прописивање обавезе објављивања обавештења о закљученом правном послу, односно предузетој правној радњи на интернет страници привредног друштва или Агенције за привредне регистре, као и на прописивање нових случајева који су изузети од обавезе одобрења.⁴ Једна од значајних новина у правном регулисању дужности пријављивања тиче се правних последица повреде те дужности, које постају оштрије по неке од субјеката посебних дужности.

Поступак примене дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес подразумева четири фазе: 1) утврђивање постојања правног посла или радње са личним интересом; 2) пријављивање правног посла или радње са личним интересом надлежном органу привредног друштва; 3) одобрење правног посла или радње са личним интересом; 4) објављивање обавештења о закљученом правном послу или радњи са личним интересом. Повреда учињена од стране директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриста привредног друштва, као лица који су субјекти посебних дужности, у првој или другој фази тог поступка, која резултира непријављивањем посла или радње са личним интересом, према поменутих изменама Закона о

² Leo E. Strine, Jr., Lawrence A. Hamermesh, R. Franklin Balloti, Jeffrey M. Gorris, *Loyalty's Core Demand: The Defining Role of Good Faith in Corporation Law*, Georgetown Law Journal, бр. 3, 2010, 634.

³ Службени гласник Републике Србије, бр. 44/2018.

⁴ Види: Б. Михајловић, *Промене у правном регулисању дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес*, Гласник права, бр. 2, 2018, 53-66.

привредним друштвима из 2018. године, за последицу има и нови облик статусне одговорности – дисквалификацију.

Предмет овог рада је кратка анализа законодавног регулисања дисквалификације појединих субјеката посебних дужности према привредном друштву у српском праву. Пре анализе позитивних прописа, у кратким цртама ћемо се осврнути на остале последице повреде дужности пријављивања (имовинскоправне и кривичноправне), као и на појам и врсте дисквалификације у упоредном праву, а у циљу проналажења места института дисквалификације у односу на друге правне последице повреде дужности пријављивања, као и у односу на нека значајнија упоредноправна решења.

II ОСВРТ НА ПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ПОВРЕДЕ ДУЖНОСТИ ПРИЈАВЉИВАЊА ПРАВНИХ ПОСЛОВА И РАДЊИ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ

Одговорност за повреду дужности дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес има три облика: 1) имовинска одговорност; 2) кривична одговорност; 3) статусна одговорност.⁵ Три облика одговорности за повреду дужности пријављивања могу се истовремено примењивати, односно нема препреке да једна повреда те дужности истовремено произведе на лице које је ту повреду учинило последице имовинско-правне, кривично-правне и статусно-правне природе.

У оквиру имовинске одговорности лица са дужностима привредно друштво може остварити право на накнаду штете, а може и захтевати поништај правног посла или радње у којој постоји лични интерес лица са дужностима.⁶ Одговорност за накнаду штете основни је облик имовинске одговорности лица са посебним дужностима које је повредило дужност пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Поред тужбе за накнаду штете, у случају повреде ове дужности, привредно друштво може поднети и тужбу за поништај правног посла или радње. Како се овде најчешће ради о закључивању уговора између лица са дужностима (или са њим повезаног лица) и привредног друштва, то ће примена овог правног средства имати за последицу непостојање тог уговора, без обзира да ли се ради о ништавом или рушљивом уговору.⁷ Према садашњем Закону о привредним друштвима Републике Србије (у даљем тексту: ЗПД),⁸ уговор који је закључен без пријаве и одобрења надлежног органа друштва је рушљив, за разлику од Закона о привредним друштвима из

⁵ М. Мићовић, *Привредно право*, Крагујевац, 2016, 57.

⁶ ЗПД, чл. 67 ст. 1.

⁷ Б. Михајловић, *Дужност лојалности према привредном друштву*, докторска дисертација одбрањена на Правном факултету Универзитета у Крагујевцу, 2018, 233.

⁸ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 36/2011, 99/2011, 83/2014 – др. закон, 5/2015 и 44/2018.

2004. године, који је прописивао ништавост тог уговора. Рушљивост подразумева да уговор производи правно дејство, ако привредно друштво не искористи правно средство, односно не поднесе тужбу за поништај.

У оквиру кривичне одговорности, треба разликовати кривична дела предвиђена Кривичним закоником Републике Србије (у даљем тексту: КЗ)⁹ и она предвиђена ЗПД-ом. КЗ-ом су, као посебна група кривичних дела, регулисана кривична дела против привреде. Повреда дужности пријављивања, у зависности од околности конкретног случаја, може чинити биће кривичног дела злоупотребе поверења у обављању привредне делатности или злоупотребе положаја одговорног лица (међу кривичним делима предвиђеним КЗ-ом).¹⁰ ЗПД познаје кривично дело закључења правног посла или предузимања радње у случају постојања личног интереса. Лице које има посебну дужност према друштву извршило је кривично дело закључења правног посла или предузимања радње у случају постојања личног интереса ако: не пријави друштву правни посао или радњу у којој има лични интерес, односно од тог друштва не прибави одобрење правног посла или радње у случају постојања личног интереса, у намери да то друштво закључи уговор или предузме радњу у којој ће претрпети штету.¹¹ Дакле, оно што разликује ово кривично дело од „обичне“ повреде дужности пријављивања је постојање намере предузимања посла или радње који су штетни за друштво. У случају постојања овог кривичног дела предвиђена је новчана казна или затвор до једне године, уз постојање квалификованог облика (ако друштво претрпи штету која превазилази десет милиона динара) са још ригорознијим казнама (затвор од шест месеци до пет година и новчана казна).¹² Уз казну затвора суд може учиниоцу изрећи забрану обављања функције, односно позива, у складу са КЗ-ом.¹³

До усвајања измена ЗПД из јуна 2018. године, које су основни предмет овог рада, српско компанијско право није познавало ниједан облик статусне одговорности за повреду дужности пријављивања. Оно је, пак, познавало поједине облике статусне одговорности за повреду других посебних дужности према привредном друштву (дужност чувања пословне тајне и дужност поштовања забране конкуренције), као што су искључење из друштва, раскид радног односа и мера забране обављања делатности. Након измена из јуна 2018. године, српско право заузима другачији приступ у правном регулисању статусне одговорности за повреду посебних дужности. Промена приступа подразумева укидање свих раније постојећих видова статусне одговорности,

⁹ *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012, 104/2013, 108/2014 и 94/2016.

¹⁰ Види КЗ, чл. 224а и чл. 227.

¹¹ ЗПД, чл. 582 ст. 1.

¹² ЗПД, чл. 582 ст. 2.

¹³ ЗПД, чл. 582 ст. 3.

осим искључења члана друштва, и увођење једног новог облика те одговорности, који суштински представља институт добро познат у упоредном праву – дисквалификацију члана управе привредног друштва. Промена се огледа и у чињеници да се нови вид статусне одговорности примењује само на повреду дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом.

III О ДИСКВАЛИФИКАЦИЈИ ЧЛАНА УПРАВЕ ПРИВРЕДНОГ ДРУШТВА

Дисквалификацијом се лицу које управља привредним друштвом (непосредно или посредно) забрањује да обавља исте или сличне послове на тржишту у одређеном, законом дефинисаном, временском периоду.¹⁴ Она се примењује само у случајевима озбиљних повреда посебних дужности према привредном друштву, које су резултат несавесног, непоштеног, немарног или нестручног понашања лица са дужностима, као и случајевима када су последице описаних понашања тих лица изузетно негативне по друштво. Ово је разумљиво јер се ради о санкцији чија су тежина и оштрина посебно изражене по члана управе друштва и на његов будући положај и репутацију у пословном свету. Иако је трајање санкције дисквалификације временски ограничено, њено дејство се суштински протеже на период, који је знатно дужи од њеног законског времена трајања, а њено изрицање неретко представља „крај“ пословне каријере лица на које је та санкција примењена. Основне претпоставке за законско регулисање дисквалификације подразумевају одређено законодавца у погледу предмета забране обухваћене дисквалификацијом, субјеката на које се дисквалификација примењује, разлога за њено наметање, као и рока трајања дисквалификације. Наведене претпоставке, односно елементе института дисквалификације анализираћемо у овом делу рада првенствено из угла британског права, у којем је тај институт посебно развијен.¹⁵ О значају дисквалификације у Великој Британији најбоље говори чињеница да је она предмет посебног закона, који је усвојен 1986. године (*Company Directors Disqualification Act*).¹⁶

Предмет санкције дисквалификације начелно обухвата забрану обављања послова управљања и пословођења привредним друштвом.¹⁷ У британском праву се дисквалификованом директору забрањује обављање функције директора, управљање имовином друштва, обављање делатности стечајног

¹⁴ В. Радовић, *О оправданости прихватања института дисквалификације директора*, Право и привреда, бр. 1-3, 2010, 26-27.

¹⁵ О појединим случајевима примене мере дисквалификације у британској судској пракси види: V. Finch, *Disqualification of Directors: a Plea for Competence*, The Modern Law Review, бр. 3, 1990, 385-391.

¹⁶ Закон о дисквалификацији директора компаније Велике Британије из 1986. године, доступно на: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1986/46/contents>.

¹⁷ В. Радовић, *op. cit.*, 36.

управника, као и учествовање на било који начин, непосредно или посредно, у оснивању или управљању друштвом.¹⁸ Последње наведена забрана чини предмет забране дисквалификације у британском праву веома широким јер њена примена за последицу може да има немогућност обављања било које привредне делатности од стране дисквалификованог директора кроз оснивање неке од правних форми привредних друштава, као најзначајнијих организационих облика за обављање те делатности.

Круг субјеката на које се дисквалификација примењује, такође, је једно од питања која би требало да буду регулисана законом којим се установљава наметање санкције дисквалификације. Круг субјеката дисквалификације обухвата увек директоре привредног друштва у најширем смислу овог појма (извршне и неизвршне директоре, чланове одбора директора, надзорног одбора, генералног директора). И код одређивања субјеката дисквалификације постоји извесна дилема о потреби њене примене на фактичке директоре и директоре из сенке.¹⁹

У зависности од разлога за дисквалификацију и постојања, односно непостојања дискреционог овлашћења надлежног органа да донесе одлуку о дисквалификацији када тај разлог наступи, разликујемо дискрециону, обавезну и аутоматску дисквалификацију. Дискрециона дисквалификација подразумева слободу надлежног органа да одреди санкцију дисквалификације када постоји унапред прописан разлог или околност, који може да представља „окидач“ за дисквалификацију.²⁰ Обавезна дисквалификација не оставља слободу надлежном органу у погледу одређивања санкције дисквалификације када постоји разлог за дисквалификацију, али код ове врсте дисквалификације одлука надлежног органа је предуслов за њену примену и тај орган има извесна овлашћења у вези са садржином одлуке (најчешће у погледу дужине трајања изречене санкције).²¹ На крају, аутоматска дисквалификација подразумева наступање те санкције по сили закона, без потребе за доношењем одлуке било ког органа.²² Најбројнији списак разлога и околности за дисквалификацију предвиђен је у британском праву. Ради се о следећим разлозима и околностима: извршење кривичног дела у вези са оснивањем, управљањем или ликвидацијом друштва; континуирано неиспуњавање обавеза друштва у вези са објављивањем информација, тј. достављањем потребне документације регистру привредних субјеката; постојање одговорности за преварно трговање, противправно трговање или за било коју другу превару у вези са друштвом или за поступање противно дужностима, под условом да је то

¹⁸ Закон о дисквалификацији директора компаније Велике Британије из 1986. године, чл. 1 ст. 1.

¹⁹ Види: В. Радовић, *op. cit.*, 40-41.

²⁰ *Ibid.*, 41.

²¹ *Ibid.*

²² *Ibid.*

утврђено у поступку престанка друштва; поступање противно неким нормама права конкуренције; лице у стечајном поступку није ослобођено одговорности за плаћање преосталих обавеза; недостојност директора за обављање дужности управљања друштвом.²³ Овде ваља нагласити да разлози за дисквалификацију често настају у периоду када је привредно друштво у финансијској кризи, односно када се „приближава“ стечају. Зато се дисквалификација често посматра као један од инструмената за санкционисање несавесног и непоштеносг поступања чланова управе привредног друштва у том периоду пословања привредног друштва.²⁴

Време трајања дисквалификације може бити фиксирано, односно законодавац може унапред прописати дужину трајања санкције дисквалификације, што је типично за систем аутоматске дисквалификације. У систему дискреционе или обавезне дисквалификације, законодавац најчешће одређује максимално време трајања забране (обично од пет до 20 година), остављајући слободу надлежном органу да процени оптималну дужину трајања забране у складу са околностима учињене повреде и другом околностима случаја.²⁵

IV ДИСКВАЛИФИКАЦИЈА КАО САНКЦИЈА ЗА ПОВРЕДУ ДУЖНОСТИ ПРИЈАВЉИВАЊА ПОСЛОВА И РАДЊИ СА ЛИЧНИМ ИНТЕРЕСОМ

И српски ЗПД прописује предмет, субјекте, разлоге и време трајања санкције дисквалификације, као основне елементе неопходне за целовито регулисање тог института.

Забрана као предмет санкције дисквалификације обухвата немогућност обављања послова директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриста привредног друштва у законом прописаном периоду. Ова забрана значајно је ужа од оне која постоји у британском праву јер је ограничена на обављање послова управљања и заступања привредних друштава. Дисквалификовано лице неспорно може да има својство оснивача или члана привредног друштва, чиме се не задире у његову слободу обављања привредне делатности. Овако одређен предмет забране може се сматрати разумним и добро избалансираним. Њиме се постижу основни циљеви дисквалификације:

²³ Закон о дисквалификацији директора компаније Велике Британије из 1986. године, чл. 9-12.

²⁴ Т. Reker. *Unqualified Directors in Insolvency: A Comparative Study on the Desirability of Civil Law Directors' Disqualification in the Netherlands*, International Insolvency Review, бр. 23, 2014, 145-146; S. Wheeler, *Director's Disqualification: Insolvency Practitioners and the Decision-Making Process*, Legal Studies, бр. 2, 1995, 283. Б. Михајловић, *Посебне дужности у периоду ризика од стечаја*, Анали Правног факултета у Београду, бр. 3, 2019, 218-219.

²⁵ Види: В. Радовић, *op. cit.*, 47-48.

адекватна и реална претња строгом санкцијом (*ex ante* ефекат) и привремено искључење из обављања одређених послова у привредним друштвима и трајни утицај на пословну репутацију (*ex post* ефекат).²⁶ Репресивни ефекат дисквалификације појачан је образовањем посебне Централне евиденције привремених ограничења права лица регистрованих у Агенцији за привредне регистре и прописивањем обавезе суда да по правноснажности достави судску одлуку о дисквалификацији Агенцији за привредне регистре.²⁷

Субјекти дисквалификације нису сва лица са посебним дужностима у српском компанијском праву, већ само директори, чланови надзорног одбора, заступници и прокуристи. И ово решење домаћег закона може се сматрати логичним и разумљивим, имајући у виду чињеницу да се институт дисквалификације најчешће везује за директоре, као најзначајније субјекте посебних дужности. Напред поменута дилема о могућности примене дисквалификације на фактичке директоре и директоре из сенке нема значаја за српско право, које не познаје ове две врсте директора. Остаје отворено питање потребе примене дисквалификације на чланове привредног друштва који су субјекти посебних дужности, при чему треба посебно имати у виду чињеницу да се чланови у малим и средњим привредним друштвима неретко налазе у улози прекршиоца дужности пријављивања, у намери незаконитог или преварног присвајања имовине привредног друштва.

ЗПД прихвата обавезну дисквалификацију, а као разлог за њено наступање предвиђа повреду дужности пријављивања послова и радњи са личним интересом од стране једног од субјеката на које се анализирана санкција примењује. За наступање дисквалификације у српском праву неопходна је одлука суда, али суд ту одлуку мора да донесе увек када утврди постојање повреде дужности пријављивања од стране директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриса.²⁸ Повреда дужности пријављивања у основи може настати на два начина: 1) погрешним утврђивањем непостојања посла или радње са личним интересом (у складу са појмом послова и радњи са личним интересом дефинисаним у чл. 65 ст. 3. ЗПД-а), до којег је дошло намерно или ненамерно, што резултира непријављивањем тог посла или радње; 2) пријављивањем посла или радње са личним интересом надлежном органу привредног друштва, али уз необавештавање истог о свим чињеницама значајним за доношење одлуке о одобравању посла или радње.²⁹

ЗПД-ом је одређено и време трајања дисквалификације. Мера привременог ограничења вршења функције директора, члана надзорног одбора, заступника и прокуриса привредног друштва траје 12 месеци. Време трајања

²⁶ R. Williams, *Disqualifying Directors: a Remedy Worse than the Disease*, Journal of Corporate Law Studies, бр. 2, 2007, 242.

²⁷ ЗПД, чл. 67 ст. 3.

²⁸ ЗПД, чл. 67 ст. 2.

²⁹ ЗПД, чл. 67 ст. 1.

дисквалификације одређено је императивном нормом, што значи да суд не може да прилагоди време трајања санкције природи и тежини учињене повреде. Овде треба приметити да је време трајања дисквалификације у нашем праву значајно краће од потенцијалног времена њеног трајања у упоредном праву (максимално време трајања креће се од пет до 20 година).

V ЗАКЉУЧАК

Изменама ЗПД-а из јуна 2018. године прописана је дисквалификација директора, чланова надзорног одбора, заступника и прокуриса привредног друштва, као нови облик статусне одговорности за повреду дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес. Ова новина свакако се, начелно, може оценити као позитивна мера, која би могла да допринесе јачању поштовања дужности пријављивања. Ипак, постојећем законском решењу може се упутити неколико замерки, које могу ослабити позитивне ефекте уведене новине:

- рок трајања дисквалификације је беспотребно фиксиран, с обзиром на то да суд нема могућност да дужину трајања дисквалификације прилагоди околностима конкретног случаја, које се првенствено огледају у природи и тежини учињене повреде; неки од критеријума за утврђиве дужине трајања санкције могли би да буду вредност предузетог посла или радње, значај имовине која је предмет посла или радње за пословање привредног друштва, штета за привредно друштво која је настала предузимање посла или радње са личним интересом итд.;

- рок трајања дисквалификације је, такође, превише кратак, имајући у виду постојећа упоредноправна решења;

- искључење примене санкције дисквалификације на чланове привредног друштва који су субјекти посебних дужности потенцијално може да доведе до знатног сужавања примене те нове санкције, имајући у виду да су управо чланови друштва често прекршиоци дужности пријављивања, а чак и када они то нису директно, они могу имати улогу и учешће у тој повреди индиректно, вршењем утицаја на чланове управе друштва.

На крају, остаје спорно и то зашто се законодавац определио за увођење санкције дисквалификације само за случај повреде дужности пријављивања послова и радњи у којима постоји лични интерес, а не и за случај повреде дужности избегавања сукоба интереса, која иако неспорно другачија, има бројне заједничке особине са дужношћу пријављивања. И повредом дужности избегавања сукоба интереса долази до незаконитог присвајања имовине привредног друштва (али и информација и пословних могућности), па се чини оправданим примена санкције дисквалификације и на одређена лица са дужностима која изврше повреду те дужности.

Borko Mihajlović, LL.D*

**DISQUALIFICATION OF THE COMPANY'S MEMBER OF
MANAGEMENT: NEW SANCTION FOR THE BREACH OF
DUTY TO REPORT BUSINESSES AND ACTS IN WHICH
EXISTS PERSONAL INTEREST IN THE SERBIAN LAW**

Summary

Amendments and supplements of the Serbian Company Law from June 2018 have significantly influenced the duty to report businesses and acts in which exists personal interest, which represents one of the five special duties towards the company, according to the Serbian company law. One of the major novelties in the legal regulation of the duty to report concerns the legal consequences of the breach of this duty, which become more stringent to some of the subjects of this duty. The breach of the duty to report conducted by a director, member of supervisory board, agent, or procurator of the company, according to mentioned amendments of the Serbian Company Law from 2018, has a new form of status liability – disqualification. The subject of this paper is a short analysis of the legal regulation of disqualification of certain subjects of special duties towards the company, in the case of breach of the duty to report businesses and acts in which exists personal interest. Prior to the analysis of the current legal regulation, the author will briefly turn to the remaining consequences of the breach of the duty to report (civil and criminal), as well as to the notion and types of disqualification in the comparative law, aiming to determine the position of disqualification comparing to the remaining legal consequences of the breach of the duty to report, and to some more important comparative solutions.

Key words: *duty to report businesses and acts in which exists personal interest, special duties towards company, disqualification of the company's member of management, reasons for disqualification, period of disqualification.*

* Assistant Professor, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Јелена Чановић*

Прегледни научни чланак
УДК: 347.955

КАРАКТЕРИСТИКЕ ПРАВНИХ ЛЕКОВА, ПОСЕБНО У ПАРНИЧНОМ ПОСТУПКУ И КРОЗ ПОЛОЖАЈ УМЕШАЧА¹

Рад примљен: 31. 10. 2019.

Рад исправљен: 21. 11. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 21. 11. 2019.

У домаћем парничном процесном праву, правна природа правних лекова, разлози правне сигурности и потреба да се правна заштита пружи у разумном року, условили су рационализацију система правних лекова путем вишеструких ограничења. У раду су истакнута та ограничења, која се тичу њиховог броја, одлука које се могу побијати, рокова у којима се могу изјавити, круга лица овлашћених на њихово подношење, обима побијања, разлога за изјављивање и др. Анализиране су карактеристике правних лекова, као и претпоставке за њихово изјављивање, које представљају основу за формулисање различитих критеријума према којима су извршене бројне класификације правних лекова, које имају практични и доктринарни значај. И док опште карактеристике правних лекова произлазе из њихове правне природе, Законом о парничном поступку су нормиране посебне карактеристике сваког предвиђеног правног лека. Анализа карактеристика правних лекова продубљује се праћењем процесноправног положаја умешача у фазама поступка иницираним подношењем редовних и ванредних правних лекова. У том контексту препозната су одређена спорна питања на која теорија и пракса нису дале одговор, односно поводом којих није заузет јединствен став.

Кључне речи: правни лекови, правна природа, карактеристике, класификација, процесне претпоставке, правни положај умешача.

* Асистент Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, jcanovic@jura.kg.ac.rs

¹ Рад је написан у оквиру пројекта Правног факултета Универзитета у Крагујевцу Усклађивање правног система Србије са стандардима Европске уније.

I УВОДНА РАЗМАТРАЊА О ПРАВНОЈ ПРИРОДИ ПРАВА НА ПРАВНИ ЛЕК

Право на правни лек, као фундаментално људско процесно право², признато је и гарантовано националним и међународним правним актима. Апстрактно издигнуто на ниво уставног принципа, право на правни лек признато је правним субјектима о чијим правима, обавезама или на закону заснованим интересима је одлучивано у поступку пред судовима, државним органима и имаоцима јавних овлашћења.³ Садржина овог супстанцијалног права одређена је процесним законима кроз правила о правним лековима. Конкретно уређено, право на делотворан правни лек у наднационалном регионалном правном оквиру признато је Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода⁴.

У грађанском процесном праву, право на правни лек изражава се кроз организациони принцип вишестепености⁵, чиме се омогућује приступ жалбеној судској инстанци. У том контексту право на правни лек се операционализује путем права на ефикасно, тј. доступно и делотворно правно средство намењено контроли судске одлуке и то примарно првостепене одлуке.⁶

² Г. Станковић, *Грађанско процесно право, Прва свеска, Парнично процесно право*, Београд, 2013, 502.

³ „Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу“. Чл. 36, ст. 2 Устава Републике Србије („Службени гласник РС“ бр. 98/2006).

⁴ У чл. 13 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (која је потписана 1950. године у Риму, а ступила на снагу 1953. године након ратификације држава чланица Савета Европе, вид. Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода и додатних протокола бр. 11, 4, 6, 7, 12 и 13, („Службени лист СЦГ - Међународни уговори“, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/05 – испр. И „Службени гласник РС – Међународни уговори“ бр. 12/2010, у даљем тексту: Европска конвенција) који носи назив „право на делотворни правни лек“ предвиђено је да: „Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред домаћим властима, без обзира на то да ли су повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.“. Међутим, акцесорност овог права условљава лица да се на његову повреду позивају само у вези са повредом одређеног супстанцијалног права из Европске конвенције. Поред тога, аутономни карактер права на правни лек налаже државама потписницама, поред обавезе да у унутрашњем правном поретку обезбеде сваком лицу делотворно правно средство против повреда норми садржаних у Европској конвенцији, и обавезу да суд и када не нађе повреду супстанцијалног права из конвенције провери да ли национално право садржи одредбе о делотворном правном средству у конкретном случају. Вид. А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима, коментар*, Београд, 2006, 331-332.

⁵ Вид. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2015, 166.

⁶ *Ibid.*

Право на приступ суду, као дериват права на правично суђење, гарантовано чланом 6 Европске конвенције, везује се првенствено за ниже судске инстанце⁷. Значење члана 6 Европске конвенције и пракса настала његовом применом путем екстензивног тумачења, указује на обавезу да се поштовање права на правично суђење оцењује у односу на читав поступак. Како је поступак по правним лековима одлучујући за отклањање незаконитости и неправилности које су починили нижи судови, тако је за оцену поштовања права на правично суђење меродаван и тај део поступка.⁸ Оваква констатација не имплицира нужно да право на приступ вишим судовима буде изједначено са правом на приступ првостепеном суду. Приступ вишим судским инстанцама у различитим правним системима ограничен је на различите начине, при чему су мере ограничења повезане са улогом виших судских инстанци у националном правном поретку. Према томе, питање ограничења у погледу вишестепености суђења није строго питање права на приступ суду, већ се акценат ставља на мере ограничења приступа апелационој и врховној судској инстанци у контексту права на правосуђе.⁹

Да би се постигле допуштене мере ограничења које не би осујетиле право на правосуђе, односно право на правну заштиту које по својој уставно-правној природи представља јавноправно овлашћење¹⁰, потребно је да та ограничења задовоље неколико кумулативно Уставом постављених критеријума за ограничење људских права.¹¹ Прво, ограничење мора бити легитимно, што имплицира да законодавац мора да води рачуна о суштини права које се ограничава и о значају сврхе ограничења.¹² Друго, ограничење мора бити пропорционално, односно законодавац мора да води рачуна о односу врсте ограничења са сврхом ограничења и да ли сврха ограничења може да се постигне мањим обимом ограничења права.¹³ Треће, ограничење мора бити неопходно, што значи прописано у сврхе ради којих га Устав допушта, „у

⁷ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *op.cit.*, 504.

⁸ А. Јакшић, *Европска конвенција о људским правима*, *op.cit.*, 192.

⁹ Уп. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *op.cit.*, 504.

¹⁰ *Ibid.*, 73; А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, Београд, 2012, 57.

¹¹ Уп. *Ibid.*, 505. У чл. 20. Устава прописано је: „Људска и мањинска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.“ (ст. 1). „Достигнути ниво људских и мањинских права не може се смањивати.“ (ст. 2). „При ограничавању људских и мањинских права, сви државни органи, а нарочито судови, дужни су да воде рачуна о суштини права које се ограничава, важности сврхе ограничења, природи и обиму ограничења, односу ограничења са сврхом ограничења и о томе да ли постоји начин да се сврха ограничења постигне мањим ограничењем права.“ (ст. 3).

¹² Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *op.cit.*, 505.

¹³ *Ibid.*

обиму неопходном да се уставна сврха задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права¹⁴. У том смислу, ограничења у погледу законског уређења права на правни лек и ограниченог приступа жалбеним инстанцама не смеју бити негација права на правну заштиту. Као аргумент наведеном може се истаћи да се правнозаштитна потреба правних субјеката не исцрпљује искључиво правом на тужбу и правом на судску одлуку, већ се њен домаћај у одређеним, законом предвиђеним случајевим проширује и на право на правни лек. Овако схваћено право на правну заштиту, које према начелу једнакости у грађанским судским поступцима припада у подједнакој мери обема странкама, али и осталим субјектима поступка, одговара савременом концепту екстензивног тумачења права на правично суђење које и само произлази из општих принципа владавине права и правне сигурности, иманентних демократском друштву.

II ПРАВНОЗАШТИТНА ФУНКЦИЈА И ПОЈАМ ПРАВНОГ ЛЕКА

У складу са претходно анализираним јавноправним концептом о праву странке на правну заштиту, задатак је парничног суда да у парничном поступку иницираном подношењем тужбе (услед правнозаштитне потребе тужиоца), решава о постављеном тужбеном захтеву примењујући правилно одговарајуће процесноправне и материјалноправне норме. Успешно обављен задатак парничног суда огледа се у доношењу законите, а тиме и правилне одлуке - оне која о допуштености тужбе и основаности тужбеног захтева садржи одлуку донету адекватном применом процесног и материјалног права на правилно утврђено чињенично стање, у парничном поступку спроведеном у складу са законом. Међутим, услед грешака самог поступајућег судије, односно већа, парничних странака, као и других парничних субјеката током развоја поступка у погледу предлагања, одређивања, предузимања и оцене парничних радњи, могу бити донете незаконите, објективно неправилне и непотпуне одлуке.¹⁵ Оне су резултат пропуста да се у процесу суђења потпуно и правилно утврди чињенично стање, изврши правилан одабир процесних и материјалноправних норми и протумаче апстрактна обележја тих норми како би се у процесу спровођења поступка и суђења правилно примениле. Такве грешке указују на правнозаштитну функцију правних лекова у парничном поступку.¹⁶

Правни лекови представљају правна средства којима странке остварују право на правни лек.¹⁷ Њима се могу постићи различити циљеви који су нераскидиво повезани на начин да проистичу један из другог. Функција, односно циљеви правних лекова у парничном поступку генеришу њихову

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Уп. М. Дика, *Грађанско парнично право*, X. књига, *Правни лијекови*, 1.

¹⁶ Уп. М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 1-2.

¹⁷ Г. Станковић, *op.cit.*, 502.

правну природу. Правни лек је парнична радња подносиоца која садржи захтев упућен суду који је донео одређену одлуку или непосредно вишем суду да преиспита ту одлуку и новом одлуком отклони њене евентуалне недостатке.¹⁸

Правни лекови омогућавају контролу законитости и правилности суђења у субјективном и објективном интересу. У субјективном смислу, правни лек је средство за заштиту права и интереса парничних субјеката (странака и умешача) које има доминантну улогу у функцији контроле која се остварује у инстанцијском поступку јер омогућава одбрану од незаконитих и по странку неповољних одлука услед којих она сматра да трпи штету¹⁹. Тиме се перфектуира пружање правне заштите и остварује материјалноправни поредак. У објективном смислу, правним лековима се штити шири процесноправни и друштвено-политички општи интерес. Уз помоћ њих је потребно омогућити да се оствари законитост, једнакост, правна сигурност и успостави владавина права. Сама могућност контроле правилности и законитости суђења поспешује ефикаснији и квалитетнији рад судова приликом одлучивања у појединачним случајевима, што даље утиче на појединачну одговорност и ангажовање судија чије су одлуке подложне преиспитивању од стране више судске инстанце²⁰. Улога највише судске инстанце огледа се у тумачењу права и уједначавању судске праксе нижестепених судова, па консеквентно и у једнакој примени права и равноправности процесноправних субјеката, а тиме и у општој ефикасности у решавању спорова и коначно, афирмацији правосуђа.

Немају сви пропусти исти значај за законитост поступка и саме мериторне одлуке, па су зато за њихово отклањање предвиђена различита правна средства. Поједине грешке могу бити отклоњене у току развоја поступка редовним правним лековима и другим правним средствима²¹. Право на правну заштиту генерише потребу да се у једном тренутку постигне извесност о питању постојања правног односа и субјективног права и његове реализације, поводом кога је дошло до парнице.²² Ова потреба, која произлази из самог општег принципа правне сигурности, лежи у основи установа правноснажности и извршности, па упркос пропустима, одлука суда може бити оснажена њиховим дејствима. Као регулатор спорног материјалноправног односа парничара, одлука суда ће извесно створити ново или потврдити постојеће стање права и обавеза у оквиру тог односа. Међутим, одређени пропусти су такви да вређају субјективни интерес парничара и општи интерес у мери која допушта испитивање законитости и правилност одлуке под одређеним условима и након правноснажности одлуке ванредним правним лековима и другим предвиђеним

¹⁸ Уп. М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 4.

¹⁹ *Ibid.*, 2.

²⁰ *Ibid.*

²¹ Нпр. предлогом за враћање у пређашње стање.

²² Уп. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *op.cit.*, 499.

правним средствима²³. Коначно, и сам принцип правне сигурности био би негиран уколико би, као последица неприлагођеног правног поретка, незаконито суђење довело парничне субјекте у неповољнији материјални и процесни положај након правноснажно окончаног поступка.²⁴

У српском парничном процесном праву правна природа правних лекова одређује се у складу са истакнутим субјективним и објективним циљевима. Разлози правне сигурности и економичности поступка условили су рационализацију система правних лекова путем вишеструких ограничења која се тичу њиховог броја, одлука које се могу побијати, рокова у којима се могу изјавити, круга лица овлашћених на њихово подношење, садржине, односно обима побијања, као и разлога за изјављивање и др. Правни лекови класификују се према различитим критеријумима у врсте, законом се условљава њихова допуштеност и основаност преко процесних и мериторних претпоставки и предвиђају друге карактеристике којима се коначно одређује домашај њиховог деловања.

III КАРАКТЕРИСТИКЕ И КЛАСИФИКАЦИЈА ПРАВНИХ ЛЕКОВА

Опште, заједничке карактеристике правних лекова диктиране су њиховом правном природом. Правни лек је диспозитивна парнична радња коју може поднети странка и/или умешач и иницијална радња којом се под одређеним условима покреће поступак по правном леку. Он се подноси против одлуке за коју странка или умешач тврди да је незаконита, са циљем да се отклоне у њој и поводом ње учињене неправилности и исправе недостаци. То значи да је правни лек вољна, изричита, офанзивна и посредна парнична радња која садржи захтев да инстанциони суд укине или преиначи побијану мериторну одлуку и промени њом предвиђену или створену правну ситуацију. Он редовно садржи стварни или процесни предлог поводом другостепене одлуке о тужбеном захтеву. Правни лек представља до одређеног тренутка опозиву парничну радњу и редовно се подноси суду који је донео првостепену одлуку²⁵. Могућности изјављивања појединог правног лека, одрицања од права на правни лек и опозивања већ изјављеног правног лека, везане су за различите преклузивне, објективне и субјективне рокове.

²³ Нпр. тужбом за поништај судског поравнања.

²⁴ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *op.cit.*, 504.

²⁵ То важи за жалбу (чл. 377 ЗПП-а), ревизију (чл. 409 ЗПП-а), предлог за понављање поступка (чл. 429 ЗПП-а. Изузетак представља захтев за преиспитивање правноснажне пресуде донете у другом степену.

Јелена Чановић, Карактеристике правних лекова, посебно у
парничном поступку и кроз положај умешача (стр. 91-115)

Правни лекови се могу класификовати²⁶ према различитим критеријумима, у чијој основи се налази нормативна квалификација, односно позитивна законска решења којима су одређене посебне карактеристике појединих правних лекова, као и претпоставке за њихову допуштеност и основаност. Те карактеристике диктирају квалитет примене правног лека, који мора бити подобан да омогући судовима да испитају и отклоне евентуалне неправилности.

Највећи процесноправни значај има подела на редовне и ванредне правне лекове. Редовним правним лековима се побијају неправноснажне судске одлуке и то су према Закону о парничном поступку²⁷: жалба против пресуде, жалба против решења и приговор против платног налога (предвиђен у посебном парничном поступку издавања платног налога). Ванредним правним лековима се побијају правноснажне судске одлуке и они су према Закону о парничном поступку: ревизија против пресуде (као и посебна ревизија), ревизија против решења, предлог за понављање поступка и захтев за преиспитивање правноснажне пресуде. Специфична правна природа предлога за враћање у пређашње стање опредељује законску и теоријску обраду овог посебног правног средства ван оквира правних лекова²⁸ и постојећих

²⁶ Аутор у раду сажето анализира класификације правних лекова истакнуте у значајнијој домаћој и хрватској уџбеничкој и монографској литератури. Уп. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *op.cit.*, 470; Г. Станковић, *op.cit.*, 504; М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 7-18; С. Трива, М. Дика, *Грађанско парнично процесно право*, Загреб, 2004, 660-662.

²⁷ Закон о парничном поступку („Сл. Гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС, 74/2013 – одлука УС и 55/2014); у даљем тексту: Закон, у даљим фуснотама: ЗПП.

²⁸ Анализирајући сложену правну природу института враћања у пређашње стање, аутори износе различите аргументе *pro et contra* квалификовања предлога за враћање у пређашње стање као правног лека. Чини се да мањи број аутора сматра да је реч о специфичном правном леку коме је циљ отклањање различитих последица страначког пропуштања, па тако и незаконитих и неправилних судских одлука које такође могу бити последица пропуштања парничних радњи. Према томе, предлог за враћање у пређашње стање може бити редовни, али и ванредни правни лек, обзиром да се под одређеним условима може изјавити пре и након правноснажности судске одлуке. Тако, Г. Станковић, *op.cit.*, 504; Г. Станковић, С. Лазић, *Предлог за враћање у пређашње стање*, Правна ријеч, Бања Лука, 24/2010, 383; С. Зуглиа, *Грађански парнични поступак ФНРЈ*, Школска књига, Загреб, 1957, 512, наведено према С. Трива, М. Дика, *op.cit.*, 660. Супротно оваквом ставу, већи број аутора сматра да предлог за враћање у пређашње стање не треба квалификовати као правни лек, већ као специфично правно средство које непосредно има за циљ да омогући странци накнадно предузимање пропуштене парничне радње, а тек посредно је усмерено на укидање судске одлуке која је последица пропуштања странке. Тако, Б. Познић, *Коментар закона о парничном поступку*, Београд, 2009, 871; М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 8; С. Трива, М. Дика, *op.cit.*, 660. О предлогу за враћање у пређашње стање као правном средством независно од института правних лекова изјашњавају се и Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *op.cit.*, 276; А. Јакшић, *Грађанско процесно право*, *op.cit.*, 260.

класификација. Поред ове, у теорији процесног права су извршене и друге бројне класификације правних лекова.

Према критеријуму обавезности достављања правног лека противној странци на одговор (начела контрадикторности), правни лекови се деле на једностране и двостране. Двострани правни лекови су они који се обавезно достављају противној странци на одговор. Једнострани правни лекови су они код којих суд одлучује на основу списка предмета и поднеска којим је изјављен правни лек, као и прилога првостепеног суда и странке која је изјавила правни лек, без обавештавања противне странке. Од ове, потребно је разликовати поделу на једностраначке и двостраначке правне лекове²⁹, извршену према критеријуму овлашћења за њихово подношење. У нашем праву, по правилу сви правни лекови су двостраначки, уз изузетак захтева за преиспитивање правноснажне другостепене пресуде, који може бити двостраначки инициран али је за његово подношење овлашћен искључиво Републички јавни тужилац.

Према критеријуму утицаја правног лека на наступање односно спречавање правноснажности и/или извршности одлуке, правни лекови се деле на суспензивне и несуспензивне. Суспензивни правни лекови, уколико су допуштени, спречавају наступање дејстава, правноснажности и/или извршности одлуке против које су поднесени. Такви су, по правилу, редовни правни лекови уз одређене изузетке.³⁰ Несуспензивни правни лекови су они чије подношење не спречава наступање правноснажности и/или извршности одлуке која се побија. Такви су, по правилу, ванредни правни лекови.

Према критеријуму компетенције суда који одлучује о правном леку, правни лекови се деле на деволутивне и реконструктивне. Деволутивни правни лекови су они о чијој основаности одлучује суд вишег степена од оног који је донео побијану одлуку.³¹ При томе, о допуштености правног лека у овом случају могу одлучивати и првостепени и другостепени суд. Реконструктивни правни лекови су они о чијој допуштености и основаности одлучује суд који је донео првостепену одлуку.

Према критеријуму могућности да се правни лек намењен побијању одређене одлуке, одмах и непосредно поднесе против те одлуке, правни лекови се деле на самосталне и несамосталне. Самостални (посебни) правни лекови су

²⁹ М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 12.

³⁰ Изузетке представљају приговор против платног налога и жалба против пресуде којом се физичком лицу налаже исплата потраживања чија главница не прелази износ од 300 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења одлуке, односно жалба против пресуде којом се предузетнику или правном лицу налаже исплата потраживања чија главница не прелази износ од 1000 евра у динарској противвредности по средњем курсу Народне банке Србије на дан доношења одлуке, јер ове одлуке не одлажу извршење. Такође, уколико се у пресуди налаже само накнада трошкова поступка у висини која не прелази поменуте износе, жалба против решења о накнади трошкова поступка не одлажу извршење. Чл. 368 ЗПП-а.

³¹ Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, *op.cit.*, 470.

они којима се директно напада одлука на коју је правни лек усмерен. Несамостални (везани) правни лекови су они који су формално условљени тиме што се могу поднети само заједно са самосталним правним леком, против неке наредне, коначне одлуке, уз коју се могу везати. То значи да се везаним правним леком побија одлука (решење) садржана у одлуци која се побија посебним правним леком (пресуда). Обзиром да се не могу поднети одмах и непосредно након доношења спорне одлуке, за њих је карактеристична неизвесност у погледу времена и могућности коришћења.³² У парничном поступку, све врсте пресуда се могу побијати самостално жалбом, док када су у питању решења разликујемо три врсте: решења која се могу побијати самосталном жалбом против решења, решења која се могу побијати везаном жалбом против пресуде и решења против којих жалба није допуштена. Одлука о трошковима поступка, садржана у изреци пресуде има карактер решења, па се може се побијати самосталном жалбом против решења или везаном жалбом против пресуде.

У упоредноправној теорији, поред наведених, срећу се и друге класификације правних лекова које у националном контексту имају доктринарни, али не и практични значај. Тако, према критеријуму могућности побијања и обима преиспитивања³³, правни лекови могу бити ограничени и потпуни. Ограничени правни лекови су правило, јер су законом предвиђена ограничења у погледу обима и разлога побијања, могућности истицања мериторних захтева, нових чињеница, доказа и приговора, одлука које се могу побијати правним леком, времена побијања и лица овлашћених на подношење правног лека. Оваква ограничења мотивисана су правно-политичким разлозима. Потпуни правни лек, схваћен као инструмент апсолутног овлашћења да се неограничено преиспитују одлуке, нигде није прихваћен у основној форми, али се у сегменту разлога за изјављивање потпуним правним леком сматра онај којим се одлука може побијати због законских разлога без ограничења (због битних повреда одредаба парничног поступка, погрешне примене материјалног права и погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања).³⁴ Према критеријуму предлога изреке другостепене одлуке која је садржана у поднеску којим се правни лек изјављује, разликују се укидни (касаторни) и преиначујући (реформацијски) правни лекови. С обзиром на нормативна решења српског права, према којима предлог у погледу садржине другостепене одлуке није обавезујући за суд који одлучује у поступку по правном леку³⁵, ова подела нема практични значај. У нашем праву, подела на

³² М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 12.

³³ *Ibid.*, 13.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Нпр. када је у питању одлучивање по жалби: „Другостепени суд није везан предлогом из жалбе како треба да одлучи.“ чл. 387, ст. 4 ЗПП-а.

укидна и преиначујућа овлашћења везују се за делатност другостепеног суда.³⁶ Према критеријуму могућности да се један правни лек, у оквиру текућег рока за његово подношење, поднесе једном или више пута сукцесивно, правни лекови се деле на једнократне и виšekратне. У српском праву правни лекови нису законом одређени као једнократни или виšekратни. Анализом законских решења и мишљења теорије могла би се дати предност ставу да право на правни лек допушта могућност његовог сукцесивног подношења у предвиђеном року, што се тумачи као његова благовремена допуна.³⁷ На крају, у неким правним системима правни лекови би се могли класификовати на оне који су допуштени у одређеном року против одлука које се увек достављају странкама и другим учесницима у писаном облику уз образложење, и правне лекове које је потребно претходно најавити, а за које је карактеристично да је потребно изразити намеру побијања одређене одлуке одмах на рочишту на коме је јавно објављена, јер ће у супротном одлука бити писмено достављена без образложења и без рока за њено побијање.³⁸

IV ПРОЦЕСНЕ ПРЕТПОСТАВКЕ ЗА ИЗЈАВЉИВАЊЕ ПРАВНИХ ЛЕКОВА

Могућност подношења правних лекова, али и обавеза суда да о захтеву садржаном у правном леку мериторно одлучи, условљене су предвиђеним процесним претпоставкама које се тичу допуштености и мериторним претпоставкама које се тичу основаности правних лекова, односно захтева и предлога који су у њима садржани. Анализом ових претпоставки заокружује се анализа правне природе правних лекова преко њихових карактеристика.

За допуштеност правног лека, потребно је да буду испуњене опште и посебне процесне претпоставке које испитује првостепени суд коме се правни лек подноси, али и другостепени суд коме се правни лек прослеђује, а који на њих морају да пазе по службеној дужности. Те опште, али и за сваки правни лек специфичне претпоставке, тичу се подобности правног лека уопште (тј. могућности да се одређени правни лек може изјавити против одлуке одређене врсте), форме и садржине поднеска којим се правни лек изјављује (тј. уредност правног лека), благовремености (тј. изјављивања правног лека у одређеном року), процесне легитимације (овлашћења) и постојања правног интереса парничног субјекта за изјављивање правног лека.

³⁶ Вид. чл. 387, 415-417 ЗПП-а.

³⁷ Пропуштање странке да се у првом жалбеном поднеску позове на све жалбене разлоге, односно не изјави да побија пресуду у целини, не повлачи истовремено дејство фикције о делимичном одрицању странке од права на правни лек у погледу обима и разлога побијања. Како је одрицање (па и делимично) од права на жалбу неопозива парнична радња, тако она мора бити предузета експлицитно. Вид. чл. 369 ЗПП-а.

³⁸ Уп. М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 15-16.

Уређујући форму и садржину жалбе, законодавац, у циљу демократичности процесног система који као основну идеју налаже приступачну и делотворну правну заштиту свима³⁹, своја решења базира на минималним захтевима који морају бити испуњени да би био испуњен услов уредности и потпуности правног лека. Тако, поред општих елемената које је неопходно да садржи сваки поднесак⁴⁰, правни лек треба да садржи и специфичне елементе⁴¹: означавање одлуке коју странка побија, изјаву из које се види обим побијања, истакнуте разлоге побијања са листе предвиђених и потпис подносиоца. Законом је прописан пожељан садржај правног лека, при чему недостатак елемената који се тичу обима и разлога побијања не исходује аутоматски одбацивање правног лека као недопуштеног услед непотпуности и неуредности, већ, уколико су испуњене остале процесне претпоставке које се тичу допуштености, другостепени суд мериторно одлучује о захтеву садржаном у правном леку испитујући разлоге на које према закону пази по службеној дужности и у обиму према делу у коме странка која се жали није успела у спору, односно у целости уколико се жале обе странке.

Законом су такође предвиђени рокови за изјављивање сваког правног лека. Ти рокови су истакнути у образложењу одлуке која се доставља странкама и другим лицима која могу изјавити правни лек, што се везује за процесну претпоставку благовремености, односно за карактеристику преклузивности правних лекова. Изјављивање правног лека након протекла предвиђеног рока доводи до доношења решења о одбацивању правног лека.

Што се тиче процесне легитимације за изјављивање правног лека, то могу бити странке у парничном поступку, али и друга лица: универзални сукцесори, обични умешачи уколико то није у супротности са парничним радњама странке на чијој страни су се умешали, умешачи са положајем јединственог супарничара независно од воље странке на чијој страни су се умешали, умешачи *sui generis* у општем интересу, законски заступници и пуномоћници странака уколико је то у границама њихових овлашћења предвиђених законом или вољом заступаног лица. У инцидентним поступцима (ткзв. узгредним поступцима који се воде као парница у парници) процесну легитимацију за изјављивање правног лека имају лица која су функционалне странке у том поступку.

Уз овлашћење за изјављивање правног лека, везује се и правни интерес као начелно позитивна процесна претпоставка допуштености правног лека. Законом о парничном поступку, у оквиру одредаба којима се уређује питање допуштености у ужем смислу (законски термин је дозвољеност) жалбе против пресуде⁴², жалбе против решења⁴³ и ревизије⁴⁴, прописано је да су ови правни

³⁹ *Ibid.*, 663.

⁴⁰ Вид. чл. 98 ЗПП-а.

⁴¹ Вид. чл. 370 ЗПП-а.

⁴² Чл. 378 ЗПП-а.

лекови недозвољени уколико лице које је изјавило неки од њих нема правни интерес за предузимање ове парничне радње. Институту правног интереса посредно је потврђен значај процесне претпоставке и законским одредбама којима су предвиђена овлашћења и границе испитивања првостепене пресуде која се побија правним леком.⁴⁵ Међутим, у Закону о парничном поступку садржане су и одредбе које овом институту дају значај мериторне претпоставке за основаност правног лека. Тако, одредбама којима су таксативно предвиђени разлози за понављање поступка, правни интерес као конститутивни елемент разлога за изјављивање овог правног лека посредно је одређен као очекивање да се донесе повољнија одлука услед дозвољене употребе нових чињеница и доказа⁴⁶, као и одређених повољних одлука редовних судова⁴⁷, Уставног суда⁴⁸ и Европског суда за људска права⁴⁹. Према томе, правни интерес за изјављивање правног лека има оно овлашћено, тј. процесно легитимисано лице чија се специфична правнозаштитна потреба ослања на могућност доношења повољније одлуке.⁵⁰ Постојање правног интереса суд оцењује тако што упоређује тужбени захтев са изреком пресуде, па он постоји у случају када није

⁴³ Према чл. 402 ЗПП-а, у поступку по жалби против решења сходно се примењују одредбе ЗПП-а које се односе на жалбуу против пресуде, што важи и за питање допуштености жалбе.

⁴⁴ Чл. 410 ЗПП-а.

⁴⁵ У чл. 386, ст. 1 ЗПП-а предвиђено је да: „Другостепени суд испитује првостепену пресуду у оном делу у коме се побија жалбом, а ако се из жалбе не види у ком се делу пресуда побија, другостепени суд ће да закључи да се пресуда побија у делу у коме странка није успела у парници.“ Уп. М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 52.

⁴⁶ „Поступак који је одлуком суда правноснажно окончан може да се по предлогу странке понови (...) ако странка сазна за нове чињенице или нађе или стекне могућност да употреби нове доказе на основу којих је за странку могла да буде донета повољнија одлука да су те чињенице или докази били употребљени у ранијем поступку“. Чл. 426, ст. 1, тач. 10 ЗПП-а.

⁴⁷ „Поступак који је одлуком суда правноснажно окончан може да се по предлогу странке понови“ ако „странка стекне могућност да употреби правноснажну одлуку суда која је раније међу истим странкама донета о истом захтеву“, или „се одлука суда заснива на другој одлуци суда или на одлуци неког другог органа, а та одлука буде правноснажно преиначена, укинута, односно поништена“ или „је накнадно пред надлежним органом на другачији начин правноснажно, односно коначно решено претходно питање на коме је судска одлука заснована“. Чл. 426, ст. 1, тач. 7-9 ЗПП-а.

⁴⁸ Такође, поступак се може поновити уколико „је Уставни суд, у поступку по уставној жалби, утврдио повреду или ускраћивање људског или мањинског права и слободе зајемчене Уставом у парничном поступку, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке. Чл. 426, ст. 1, тач. 11 ЗПП-а.

⁴⁹ На крају, поступак се може поновити уколико „странка стекне могућност да употреби одлуку Европског суда за људска права којом је утврђена повреда људског права, а то је могло да буде од утицаја на доношење повољније одлуке“. Чл. 426, ст. 1, тач. 12 ЗПП-а.

⁵⁰ М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 52-53.

усвојен тужбени захтев странке у целини, због чега странка сматра да је одлука изречена на њену штету.⁵¹ И док се питање правног интереса испитује у субјективном контексту преко положаја странке, обичног и супарничарског умешача, за улогу јавног тужиоца као умешача *sui generis*, односно странке по дужности у поступку поводом захтева за преиспитивање правноснажне пресуде, везује се питање правног интереса као општег, предвиђеног правним стандардом „повреде закона на штету јавног интереса“.⁵² Коначно, законским решењима, којима је регулисана посебна (ванредна) ревизија, односно ревизија по допуштењу, одређена је специфична веза између појединачног и јавног интереса. Наиме, поступак по ванредној ревизији је специфичан првенствено због изузетне могућности да се иницира ревизијом која би иначе била недозвољена поводом другостепене одлуке која се побија, али и дела разлога побијања. Сходно правилима којима је нормирана редовна ревизија, ако је ревизија *prima facie* недозвољена, странка очигледно не би могла очекивати за себе повољнију одлуку њеним изјављивањем, јер би таква ревизија по редовном току ствари била одбачена одлуком првостепеног суда. У том смислу тежња за остваривањем појединачног интереса странке која је изјављује не задовољава у потпуности услове за покретање поступка по ванредној ревизији.⁵³ Посебност поступка по ванредној ревизији огледа се управо у искључивом овлашћењу Врховног касационог суда, да дозвољеност ове ревизије везује за оцену постојања јавног интереса, па тако „правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права“⁵⁴ оправдавају могућност преиспитивања законитости и правилности коначне одлуке.

Питање правног интереса⁵⁵ за изјављивање правног лека представља значајно и комплексно питање, с обзиром на мешовиту природу, чија својства дају основа за његово испитивање као процесне, али и мериторне претпоставке за допуштеност и основаност правног лека. Продубљену анализу употпуњује и праћење положаја умешача у парничном поступку у фазама поступка иницираним изјављивањем редовног и ванредног правног лека.

⁵¹ Г. Станковић, *op.cit.*, 506.

⁵² Чл. 421, ст. 2 ЗПП-а.

⁵³ М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 53.

⁵⁴ Чл. 404, ст. 1 ЗПП-а.

⁵⁵ О сложености природе правног интереса уопште, опширније вид. у: Н. Опатић, *Правни интерес у грађанском парничном поступку*, Загреб, 2002, 3, 8-10, доступно на: <http://www.pravnadatoteka.hr/pdf/Pravni%20interes%20u%20gradjanskom%20parnicnom%20postupku.pdf>, посећено 10. 03. 2019. године.

V ПРОЦЕСНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ УМЕШАЧА У ПОСТУПКУ ПО ПРАВНИМ ЛЕКОВИМА

Специфичности процесноправног положаја умешача у парничном поступку, у зависности од врсте мешања, везане су за његову улогу помагача и контролора странке на чијој страни се меша, односно улогу јединственог супарничара са странком којој се придружује. Природа односа између умешача и странке, као и природа интереса који се у парници штите, између осталог и установом мешања, одређују процесноправни положај умешача који није јединствен.⁵⁶ Умешач је процесни субјект који после странака има најзначајнију процесноправну улогу у парничном поступку⁵⁷, иако је његов положај по природи несамосталан и променљив. Сходно својој улози и правном интересу за мешање, умешач има специфична процесна овлашћења у парничном поступку. Његов процесноправни положај у фазама поступка иницираним подношењем правних лекова одређен је првенствено према временском моменту мешања, а онда и објективно, како у погледу могућности да у одређеним роковима предузима парничне радње, тако и у смислу дејства тих радњи на ток поступка. С обзиром на дејство пресуде према умешачу, али сходно томе и на значај радњи умешача⁵⁸, разликују се обични (зависни) и супарничарски (самостални) умешач, при чему Закон о парничном поступку посебним одредбама регулише положај јавног тужиоца као умешача *sui generis*.

Према законској дефиницији обичног умешача: „лице које има правни интерес да у парници која тече међу другим лицима једна од странака успе, може да се придружи овој страни“.⁵⁹ Његов процесноправни положај најпре је временски одређен предвиђеним интервалом за мешање, па тако „умешач може да ступи у парницу у току целог поступка све до правноснажности одлуке о тужбеном захтеву, као и у току поступка настављеног изјављивањем ванредног правног лека.“⁶⁰, при чему он „мора да прихвати парницу у оном стању у кавом се налази у тренутку када се умеша у парницу“. Даље, његове процесноправне могућности објективно су одређене законом признатим

⁵⁶ И. Турчић, *Положај и улога обичног умешача у парници*, Правник 45(90)/2011, 105.

⁵⁷ Умешачу, као процесном субјекту, припада делеко већи круг овлашћења него другим трећим лицима (нпр. заступника, сведока, вештака...) која учествују у парничном поступку. Вид. В. Ракић, *Поређење положаја оштећеног у кривичном и положаја умешача у парничном поступку*, Анали Правног факултета у Београду, 6/1997, 794. Његова улога подразумева да у поступку предузима парничне радње у своје име и у интересу странке, а ради заштите сопственог интереса повезаног са успехом странке. Уп. Г. Станковић, *Интервенцијско дејство правноснажне пресуде према умешачу*, у: *Савремене тенденције у развоју правних система држава у региону* (ур. Маријана Дукић-Мијатовић), Нови Сад, 2012, 314.

⁵⁸ Б. Познић, *op. cit.*, 512.

⁵⁹ Чл. 215, ст. 1 ЗПП-а.

⁶⁰ Чл. 215, ст. 2 ЗПП-а.

овлашћењима за подношење предлога и предузимање осталих парничних радњи у роковима који важе за странку којој се придружио.⁶¹ Посебно је нормирано овлашћење умешача да изјави ванредни правни лек уколико је ступио у парницу до правноснажности одлуке о тужбеном захтеву.⁶² Оваква законска решења захтевају неколико напомена када су питању карактеристике правних лекова у контексту положаја умешача.

Умешач је треће лице које добровољно ступа у текућу парницу, на сопствену иницијативу или након што га је странка обавестила о парници уз позив да јој се придружи.⁶³ Да би се треће лице умешало у туђу парницу потребно је да на рочишту или поднеском⁶⁴ дâ изјаву о ступању у парницу, при чему овај поднесак садржи захтев за мешање. Ова изјава и захтев могу се поднети истовремено са поднеском којим треће лице предузима прву парничну радњу у текућој парници коју је странка пропустила да предузме, односно поднеском којим предузима парничну радњу заједно са главном странком на чијој се страни меша.⁶⁵ Изјава о мешању, уколико је суд не одбаци као недопуштену има конститутивно дејство, па тако треће лице може да стекне статус умешача и без судске одлуке којом се мешање допушта.⁶⁶ Међутим, уколико суд из захтева за мешање, који би требало да садржи чињенице и доказе који указују на постојање правног интереса за мешање као мериторне претпоставке⁶⁷, утврди да правни интерес не постоји, он ће донети решење којим се учешће умешача одбија. Поред тога, и странке могу оспорити право умешачу да учествује у поступку због недостатка правног интереса, при чему ће суд о овом питању одлучити у инцидентном поступку и донети одлуку којом се умешачу одбија или дозвољава учешће.⁶⁸ Инцидентни (претходни)

⁶¹ Уп. чл. 217, ст. 1 ЗПП-а.

⁶² Чл. 217, ст. 2 ЗПП-а.

⁶³ О положају обичног умешача вид. у Ј. Чановић, *Специфичности правног положаја обичног умешача у парничном поступку*, Правни живот, 11/2018, 737.

⁶⁴ Чл. 215, ст. 3 ЗПП-а.

⁶⁵ Слично: И. Турчић, *op.cit.*, 109.

⁶⁶ Ј. Чановић, *op.cit.*, 746.

⁶⁷ У теорији процесног права је спорно да ли се уопштено правни интерес сматра процесном или мериторном претпоставком. Када говоре о правном интересу за подношење деклараторне тужбе, Б. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић (*op.cit.*, 54, 303) истичу да он има „значај процесне претпоставке“. Међутим, када је реч о правном интересу за мешање, већински је став теорије да он представља мериторну претпоставку. Уп. Г. Станковић, *op.cit.*, 173; Б. Познић, *op.cit.*, 516; L. Ude, *Civilno procesno pravo*, Uradni list Republike Slovenije, Ljubljana, 2002, 107, 116; М. Дика, *Грађанско парнично процесно право*, IV. књига, Странке, њихови заступници и трећи у парничном поступку, Загреб, 2008, 270; Jauernig/Hess, *Zivilprozessrecht*, 30. Auflage, München, 2011, 336-337.

⁶⁸ Уколико пријава мешања није конклузивна, а ниједна странка не оспорава мешање, суд може донети одлуку и без спровођења инцидентног поступка, односно без

поступак⁶⁹, у коме се одлучује о допуштености и основаности мешања као о главном питању, представља својеврсну парницу у парници у којој умешач има улогу странке. Обзиром да умешач од давања изјаве о мешању, односно пријаве учешћа може да предузима парничне радње, од одлуке у овом претходном поступку зависи дејство предузетих умешачевих радњи у текућој парници која се води између оригиналних странака.⁷⁰ Свакако, до правноснажности решења којим се учешће умешача одбија, „умешач може да учествује у поступку и његове парничне радње не могу да се искључе.“⁷¹ Све ово примењује се и када је у питању положај умешача у поступку по правним лековима.

Законом је одређено да „против одлуке суда којом се дозвољава учешће умешача није дозвољена посебна жалба“, што имплицира да је могуће да странка која је била учесник инцидентног поступка, тј. која се мешању противила може изјавити везану жалбу, односно одлуку побијати жалбом против коначне одлуке. У нашој теорији и пракси до сада није разматрано значајно питање да ли један умешач има право да оспорава учешће другом умешачу на истој или супротној страначкој позицији. Како Закон о парничном поступку, право да оспори мешање даје странци, доследно језичко тумачење законског текста наводи нас на закључак да је само странка овлашћена да поднесе захтев за одбацивање или одбијање мешања⁷², односно да обе странке могу бити учесници инцидентног поступка у коме се одлучује о учешћу умешача. Уколико би се овој одредби приписало другачије тумачење и дозволило умешачу који је први ступио у парницу да оспори мешање другом умешачу који је касније ступио у парницу, спор умешача о њиховим правним интересима у оквиру инцидентног поступка увео би стране интересе у главни поступак и тиме га неоправдано одложио и финансијски значајно оптеретио.⁷³

расправљања., М. Дика, *Странке, њихови заступници и трећи у парничном поступку*, *op.cit.*, 273.

⁶⁹ Б. Познић, *op.cit.*, 516 пише о „инцидентном спору“, док М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 51, пише о „инциденталном поступку“. У немачкој и аустријској доктрини наилазимо и на термин који се преводи и као инцидентни или интермедијални поступак (који суштински представља претходни поступак, међупоступак, односно парницу у парници). Вид. члан 18 Österreichische Zivilprozessordnung (у даљем тексту: аустријски ZPO); Deixler-Hüber, A., *Der Nebenintervenient-ein prozessuales Chamäleon?*, *Zak*, 2009/81, 46, доступно на сајту: https://lesen.lexisnexis.at/der-nebenintervenient-ein-prozessuales-chamaeleon/artikel/zak/2009/3/Zak_2009_03_065.html

⁷⁰ О зависном дејству умешачевих радњи вид. у Ј. Чановић, *op.cit.*, 749-751.

⁷¹ Чл. 216, ст. 2 ЗПП-а.

⁷² Уп. Чл. 216, ст. 1 ЗПП-а и чл. 18, ст. 2 аустријског ZPO-а.

⁷³ О овом питању изјаснила се и пракса аустријских судова. Врховни суд Аустрије (Der Oberste Gerichtshof, у даљем тексту: OGH) заузео је став да обични (тј. споредни) умешач не може да поднесе захтев за одбијање мешања другог умешача, нити може да уложи жалбу против решења којим му се дозвољава учешће. На то су легитимисане

Како се у инцидентном поступку, који има природу међупоступка, обрађују спорне релевантне чињенице и по потреби изводе докази, чини се недвосмисленим да његови учесници могу бити само странка која оспорава мешање и претендовани умешач.

С обзиром на моменат давања изјаве о ступању у парницу, поставља се питање надлежности за испитивање допуштености и основаности мешања. Из анализе теорије процесног права, која се није детаљније бавила овим питањем, издваја се мишљење да се поднесак, који садржи изјаву о ступању у парницу и захтев за мешање, подноси увек првостепеном суду независно од стадијума у коме се поступак налази⁷⁴, при чему се не прецизира који суд је надлежан да одлучује о мешању. Чини се да пракса стоји на становишту да о мешању увек одлучује првостепени суд.⁷⁵ И док овакав став следи логику мешања у првостепеном поступку, поводом мешања у поступку по правним лековима, чини нам се, да је потребно је донекле га релативизирати. Наиме, редовни и ванредни правни лекови изјављују се поднесцима преко првостепеног суда који је надлежан да испита њихову допуштеност (благовременост, потпуност и дозвољеност)⁷⁶, што би аналогно важило и за поднесак којим се истовремено изјављује правни лек и пријављује мешање. Међутим, из разлога процесне

само иницијалне странке. Вид. одлуку OGH 2. 9. 2008, 8 OB 100/08a, правна база *Zivilrecht Aktuell*, доступна на: https://lesen.lexisnexis.at/_/kein-antragsrecht-des-nebenintervenienten-auf-zurueckweisung-ein/artikel/zak/2009/3/Zak_2009_03_081.html.

Како обични умешач нема право да покреће поступке, већ то право има странка уз коју ступа у парницу, тако у случају да се странка сложила са ступањем новог обичног умешача, односно мешању није противила, умешач који је раније ступио нема право да тражи одбијање његовог учешћа. У супротном, умешач би имао положај јединственог супарничара. Уп. Deixler-Hüber, A., *op.cit.*, 47. У домаћој објављеној судској пракси нисмо пронашли став на ову тему. Међутим, наишли смо на став судске праксе поводом другог узгредног поступка који се води унутар започете парнице, а који нас наводи на аналогно тумачење проблема овлашћења умешача да покреће адхезионе и инцидентне поступке. Тако: „Обзиром да умешач нема својство странке, него учесника у парничном поступку, нема ни легитимацију да поднесе предлог за одређивање привремене мере.“ Решење Привредног апелационог суда, Пж 6076/2015(2) од 7.10.2015. године, правна база *Paragraf Lex*.

⁷⁴ Г. Станковић, *op.cit.*, 173; Б. Познић, *op.cit.*, 51; И. Турчић, *op.cit.*, 110.

⁷⁵ „Ако лице које није странка у парничном поступку изјави жалбу на пресуду првостепеног суда истичући да има правног интереса за учешће у парници, тада је првостепени суд дужан да утврди да ли постоје услови за учешће тог лица у својству умешача на страни туженог, а потом да одлучи о дозвољености његове жалбе.“ *Из Решења Вишег суда у Чачку, Гж. 144/13 од 20. 3. 2013. године, правна база ИНГ-ПРО.* „Када је умешач изјавио да ступа у парницу по завршетку главне расправе, у жалбеном поступку, одлуку о томе да ли постоји интерес умешача да учествује у спору доноси првостепени суд, а не другостепени.“ *Из Решења Округног суда у Ваљеву, Гж. 1640/04 од 20. 12. 2004. године, правна база ИНГ-ПРО.*

⁷⁶ Вид. фусноту 22.

економије, било би сврсисходно да, уколико се списи предмета услед већ изјављене жалбе налазе пред већем апелационог суда, односно услед већ изјављене ревизије пред већем Врховног касационог суда, ови судови одлуче о основаности мешања.⁷⁷ Уколико би првостепени суд у стадијуму поступка по редовном или ванредном правном леку, тражио повраћај списка ради одлучивања о основаности мешања, па након тога списе вратио суду који одлучује о правном леку, дошло би до непотребног одуговлачења поступка.⁷⁸ Узимајући у обзир наведене разлоге, сматрамо да би, по узору на немачко право, требало предвидети *de lege ferenda* да се мешање пријављује поступајућем суду (првостепеном или суду правног лека), односно да о мешању одлучује суд код кога се списи предмета налазе у тренутку давања изјаве о мешању.

Против решења првостепеног суда којим се одбацује изјава о мешању, односно против решења којим се одбија учешће умешача, дозвољена је посебна жалба јер Законом није изричито искључена.⁷⁹ Правни интерес за жалбу против ових одлука имало би, свакако, треће лице коме је ускраћено мешање, али и странка на чијој страни је ускраћено мешање, иако није била учесник инцидентног поступка, како због ускраћене „помоћи“ тако и због немогућности накнадног истицања интервенцијског дејства пресуде у каснијој парници.⁸⁰ Како је треће лице (претендовани умешач) функционално самостална странка у поступку у коме се одлучује о мешању као о главном питању, оно може изјавити жалбу на решење и када се странка свог права на жалбу одрекла или од изјављене жалбе одустала.⁸¹ Обзиром да треће лице до правноснажности решења којим се одбија његово учешће има положај умешача, уколико жалбу само изјави странка на чијој страни се меша, то не значи да он опозива своју изјаву о учешћу, већ је могуће да не изјављује жалбу јер се слаже са разлозима жалбе странке и не жели да проузрокује додатне трошкове.⁸² Уколико би о мешању одлучио другостепени суд, ситуација би била другачија јер против

⁷⁷ У чл. 70 Deutsche Zivilprozessordnung, (у даљем тексту: немачки ZPO) прописано је да се мешање пријављује првостепеном, односно суду правног лека (другостепеном и ревизијском суду), у зависности од тренутка мешања. Овакво решење омогућује да о мешању одлучује поступајући суд у тренутку пријаве мешања, тј. суд код кога се списи предмета налазе. По узору на немачко право могло би се, из разлога целисходности, *de lege ferenda* уредити вођење инцидентног поступка о мешању пред жалбеним инстанцама.

⁷⁸ У случају када треће лице пријављује учешће након правноснажности одлуке о тужбеном захтеву у поступку по ванредном правном леку, било би нецелисходно да ревизијски суд чека одлуку првостепеног суда о дозвољености мешања како би одлучивао о ревизији коју је изјавило овлашћено лице. И. Турчић, *op.cit.*, 133.

⁷⁹ Чл. 399, ст. 1 ЗПП-а.

⁸⁰ М. Дика, *Странке, њихови заступници и трећи у парничном поступку*, *op.cit.*, 275.

⁸¹ Б. Познић, *op.cit.*, 516.

⁸² *Ibid.*

решења другостепеног суда није дозвољена жалба, а ревизијом се могу изузетно побијати само решења другостепеног суда којима се поступак правноснажно окончава.⁸³

Што се тиче овлашћења обичног умешача за изјављивање правих лекова у главном поступку (парници која тече између иницијалних странака), његове могућности су условљене временом ступања у парницу и држањем главне странке (на чијој страни се меша). Уколико је умешач ступио у парницу до доношења првостепене одлуке, овлашћен је да изјави жалбу против те одлуке којом се решава спор. Право на учешће умешача у поступку као суштински елемент укључује и право на информисаност, односно право да му се доставе одлуке како би се непосредно упознао са њиховом садржином.⁸⁴ Из Закона несумњиво следи да умешач може изјавити жалбу у року предвиђеном за странку на чијој страни се меша.⁸⁵ Дефицит законске регулативе која не предвиђа посебан рок умешача за жалбу од тренутка достављања одлуке њему, може отворити простора за повреду права на правично суђење.⁸⁶ Из перспективе члана 6 Европске конвенције, сходно његовом правном положају и улози у парничном поступку, потребно је умешачу обезбедити могућност да користи предвиђена овлашћења првенствено путем уредног достављања.⁸⁷

Парничне радње умешача, па тиме и изјављени правни лекови, имају за странку којој се придружио правно дејство ако нису у супротности са њеним радњама.⁸⁸ У теорији процесног права већинско становиште је да жалба умешача производи дејство и спречава/одлаже правноснажност одлуке која се побија иако помогнута странка не побија првостепену одлуку. Пропуштању странке да изјави жалбу не даје се значење радње супротне садржине, већ одрицање од права на жалбу и одустанак од изјављене жалбе морају бити изричити. Обзиром да дејство умешачевих радњи зависи од држања помогнуте странке, као и да се жалбени поднесак умешача доставља и странци којој се придружио, има мишљења⁸⁹ да иницијално не би требало негирати дејство одређеним начелно повољним и опозивим радњама умешача, јер је странка

⁸³ Чл. 420, ст. 1 ЗПП-а.

⁸⁴ Б. Познић, *op.cit.*, 520. Deixler-Hüber, A., *op.cit.*, 47.

⁸⁵ Овакво тумачење потврдила је и судска пракса: „ Умешач је овлашћен да изјави жалбу против пресуде у року у коме то може изјавити странка којој се придружио, што подразумева да законски рок за изјављивање жалбе умешачу почиње тећи од достављања отправка пресуде странци.“. Пресуда Привредног апелационог суда, Пж 915/2015(1) од 30.7.2015. године, правна база *Paragraf Lex*.

⁸⁶ Deixler-Hübner, A., *Die Nebenintervention im Zivilprozeß*, Wien, 1993, 199.

⁸⁷ Битну повреду одредаба парничног поступка представља како пропуштање првостепеног суда да достави одлуку умешачу, тако и поступање другостепеног суда који одлучује о жалби против пресуде која није достављена умешачу, јер се у оба случаја ускраћује умешачу право на жалбу. Уп. Б. Познић, *op.cit.*, 520.

⁸⁸ Чл. 217, ст. 4 ЗПП-а.

⁸⁹ Уп. А. Deixler-Hübner (3/2009), *op.cit.*, 47.

свакако у могућности да накнадно изричито или конклюдентно лиши дејства парничне радње умешача које јој нису по вољи. Значајно је истаћи и питање могућности умешача да одустане од изјављене жалбе, у случају када странка није изјавила жалбу. Ако поводом жалбе умешача у овом случају настаје ситуација као да је жалбу изјавила сама странка, спорно је да ли умешач накнадном радњом одустанка од правног лека може странку да доведе у неповољну ситуацију.⁹⁰

Умешач може поднеском изјавити жалбу и истовремено пријавити учешће давањем изјаве о ступању у парницу и истицањем захтева за мешање. Уколико је поднесак поднет у року за жалбу који важи за странку уз коју ступа у парницу, жалба се може сматрати благовременом. У прилог оваквом тумачењу истиче се да треће лице положај умешача стиче тренутком давања изјаве у ступању у парницу, при чему одмах може предузимати парничне радње које се не могу искључити све до правноснажности решења којим се његово учешће одбија. Међутим, може се проблематизовати питање дејства предузетих умешачевих радњи поводом одлуке којом се његово учешће правноснажно одбија. Иако је основано мишљење да не могу имати дејство парничне радње трећег лица за које је утврђено да није имало право да учествује у парници⁹¹, не сме се пренебрегнути *ratio* уређења института мешања - заједничко деловање са странком у парници, на њеној страни и у њеном интересу. Како је у овом случају жалба трећег лица, које је изгубило положај умешача, парнична радња повољна за помогнуту странку, сматрамо да би странка трпела штету уколико би жалба изгубила дејство *ex tunc*. Чини нам се оправдано мишљење да парнична радња може одржати дејство ако је странка ту радњу прихватила као своју⁹², односно ако се са њом изричито или прећутно сагласила пре правноснажности одлуке о одбијању мешања.⁹³ Што се тиче временске дискрепанце између одлуке о допуштености и основаности мешања са једне стране и одлуке о изјављеном правном леку са друге стране, ово питање тиче се компетенције за одлучивање поводом евентуалног спора о учешћу умешача (инцидентног поступка). Ако би се *de lege ferenda* усвојио предлог према коме је за његово решавање надлежан апелациони суд, тај суд би требало то да учини у оквиру жалбеног поступка, одмах по пријему списка предмета. С обзиром на тренутну ситуацију, односно да је пракса заузела став да је то у надлежности првостепеног суда, уколико се у будућности остане при овом ставу, требало би *de lege ferenda* предвидети застој поступка по правном леку⁹⁴,

⁹⁰ Б. Познић, *op.cit.*, 520.

⁹¹ *Ibid.*, 517.

⁹² С. Трива, М. Дика, *op.cit.*, 453. Аутори као изузетак наводе и радње умешача које су предузете пре наступања чињеница које су основ за доношење решења о одбијању мешања.

⁹³ Б. Познић, *op.cit.*, 517.

⁹⁴ При чему није потребан застој поступка по правном леку уколико је *prima facie* уочен процесни недостатак који доводи до одбацивања жалбе као неблагоприятне, непотпуне

који се у првој фази одвија пред првостепеним судом, до доношења⁹⁵/правноснажности⁹⁶ одлуке тог суда о учешћу умешача у инцидентном поступку, који би сходно томе било пожељно спровести према начелу хитности.⁹⁷

Када је у питању поступак по ванредним правним лековима, Законом је предвиђено да умешач може ступити у парнични поступак и у току поступка „настављеног изјављивањем ванредног правног лека“⁹⁸, при чему је овлашћен да изјави ванредни правни лек само ако је „ступио у парницу до правноснажности одлуке о тужбеном захтеву“⁹⁹. Примена овакве одредбе може се пратити у три ситуације. У првој, треће лице може да пријави учешће и стекне статус умешача у фази поступка по ванредном правном леку који је изјавило овлашћено лице (странка, други обични умешач, умешач са положајем јединственог супарничара, јавни тужилац и други). У другој, треће лице које претендује да стекне положај умешача након правноснажности одлуке о предмету спора није овлашћено да изјави ванредни правни лек. Другим речима, нису допуштени ревизија и предлог за понављање поступка трећег лица које тек изјављивањем ванредног правног лека жели да ступи у поступак као обични умешач. Међутим, чини нам се да трећу ситуацију законодавац није узео у обзир приликом регулисања положаја умешача у поступку по ванредном правном леку, тако да би се поводом ње могла релатизовати анализирана одредба. Наиме, могуће је да умешач ступи у парнични поступак у фази која је ницирана нпр. предлогом за понављање поступка који је изјавило овлашћено лице (за изјављивање овог ванредног правног лека). Уколико се учешће умешача прихвати као допуштено и основано, по окончању поступка по предлогу за понављање, пред првостепеним или другостепеним судом, умешач би био овлашћен да у предвиђеном року изјави жалбу против нове првостепене одлуке, односно ревизију против нове другостепене одлуке, уколико би ови правни лекови били допуштени за странку на чијој страни се умешао.¹⁰⁰ За разлику од обичног умешача, умешач са положајем јединственог супарничара, обзиром да се дејство пресуде на њега непосредно односи, има шира процесна овлашћења у

или недозвољене, као и уколико се помогнута странка већ одрекла права на жалбу или одустала од већ изјављене жалбе.

⁹⁵ Уколико је одлука позитивна, односно ако суд репењем дозволи учешће умешача.

⁹⁶ Уколико је одлука негативна, односно ако суд решењем одбије учешће умешача.

⁹⁷ Првостепени суд може застати са поступком само када је то прописано законом (вид. чл. 227, ст. 1 ЗПП-а), што овде није случај.

⁹⁸ Чл. 215, ст 2 ЗПП-а.

⁹⁹ Чл. 217, ст 2 ЗПП -а.

¹⁰⁰ Уп. М. Дика, *Правни лијекови*, *op.cit.*, 50.

парници. Тако, он „има право да изјави правне лекове и у парници у којој није учествовао као умешач без своје кривице“¹⁰¹.

VI ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Право на правну заштиту, у најширем контексту схваћено као право на правосуђе у конкретном случају, генерише низ других права, односно јавноправних овлашћења и дужности за субјекте парничног поступка. Поводом права на правну заштиту настаје јавноправни однос између појединца и државе, из кога проистиче низ процесних овлашћења странака, али и дужност суда да у парничном поступку поступа према законом одређеним проценоправним и материјалноправним правилима. Параметар функционалности правосуђа огледа се управо у делатности суда да омогући правну једнакост тако што ће одговорити на правнозаштитну потребу појединца правилном и једнаком применом права у поступку суђења. Законом предвиђени процесни инструменти и сама структура парничног поступка, требало би да гарантују доношење правилних и законитих одлука у сваком појединачном случају. Међутим, како су субјективне и објективне околности, које могу осујетити остваривање правосудних задатака, бројне и само донекле предвидиве, потребно је омогућити адекватну контролу рада правосудних органа. Сходно томе, појединачни интереси странака, умешача и других лица на које се односе судске одлуке, али и општи јавни интерес, оправдавају коришћење процесних могућности које се тичу захтева за преиспитивање и евентуално укидање и преиначење одлука којима се непосредно угрожавају и повређују субјективна грађанска права, а тиме посредно и објективни правни поредак. У прилог томе говори и правна природа права на правну заштиту која несумњиво упућује на став да се правнозаштитна потреба правних субјеката не задовољава само правом на тужбу и поводом ње правом на првостепену судску одлуку, већ и правом на правни лек. Овакав концепт одговара захтевима правне сигурности, али и садржини самог права на правично суђење нормираног чланом 6 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.

Правна природа права на правни лек, може се анализирати са два аспекта. Прво, као што смо истакли, право на правни лек произлази из општег контекста права на правну заштиту. Друго, право на правни лек представља људско процесно право, издигнуто на ниво јавноправног овлашћења и гарантовано највишим националним и међународним изворима права. Право на правни лек је одређено функционално и супстанцијално, кроз организациони принцип вишестепености суђења и преко института правних лекова. С обзиром на различите грешке и пропусте суда, странака и других процесних субјеката у

¹⁰¹ Чл. 219, ст. 2 ЗПП-а. Другим речима, умешач може иницирати поступак по ванредном правном леку и у парници у којој до наступања правноснажности одлуке о тужбеном захтеву није пријавио учешће, а то му се не може приписати у кривицу.

поступку, које могу утицати на доношење незаконите одлуке услед непримене или неправилне примене одређене материјалноправне или процесноправне норме, потребно је предвидети различита правне лекове, адекватне њиховој правнозаштитној функцији.

У српском парничном процесном праву, правна природа правних лекова, разлози правне сигурности и потреба да се правна заштита пружи у разумном року, условили су рационализацију система правних лекова путем вишеструких ограничења. Та ограничења тичу се њиховог броја, одлука које се могу побијати, рокова у којима се могу изјавити, круга лица овлашћених на њихово подношење, садржине, односно обима побијања као и разлога за изјављивање и др. Карактеристике правних лекова, као и претпоставке за њихово изјављивање, представљају основу за формулисање различитих критеријума према којима су извршене бројне класификације правних лекова, које имају практични и доктринарни значај. И док опште карактеристике правних лекова произлазе из њихове правне природе, Законом су нормиране посебне карактеристике сваког предвиђеног правног лека. Тако, Законом су предвиђене опште и посебне процесне претпоставке, за допуштеност појединог правног лека, али и мериторне претпоставке које се тичу основаности правног лека. Тиме се заокружује одређивање особености и домаћаја појединих правних лекова.

Анализу карактеристика правних лекова продубљује праћење процесноправног положаја умешача у поступку по правним лековима. У том контексту потребно је прво сагледати специфичности процесноправног положаја умешача уопште у парничном поступку. Природа односа између умешача и странке, природа интереса који се у парници штите, значај процесноправне улоге умешача и његова процесна овлашћења одређују његов правни положај, који је по природи несамосталан и променљив. Правни положај умешача уопште, па и у фазама поступка иницираним подношењем редовних и ванредних правних лекова одређен је временски, према моменту мешања, и објективно, у погледу могућности да предузима одређене радње и дејства тих радњи. У раду су истакнута одређена питања на која теорија и пракса нису дале одговор, односно поводом којих није заузет јединствен став. Тако, међу бројним питањима која се тичу специфичности инцидентног поступка у коме се одлучује о основаности и допуштености мешања, као спорно смо истакли питање овлашћења умешача да другом умешачу оспори мешање на истој или супротној страначкој позицији. Узимањем у обзир различитих аргумената, чини се да учесници инцидентног поступка у овом случају могу бити само странка која оспорава мешање и умешач, што указује на негативан одговор. Такође, анализирали смо овлашћења учесника инцидентног поступка да изјаве правне лекове поводом одлука донетих у том поступку. Као изузетно значајно, истакли смо питање надлежности суда за испитивање допуштености и основаности мешања, везано за различите ситуације у којима се може наћи умешач који тек у поступку по правним

лековима пријављује мешање. Из теорије процесног права издваја се већински став да се поднесак којим се пријављује мешање подноси увек првостепеном суду, независно од стадијума поступка (дакле, и у поступку по правним лековима), при чему је пракса у малом броју објављених одлука овај став допунила оценом да је тај суд надлежан и за одлучивање о мешању. У недостатку нормативног решења, анализирајући немачко право и разлоге *pro et contra* у контексту домаћег права, приклонили смо се ставу да би требало предвидети *de lege ferenda* да се мешање пријављује поступајућем суду (првостепеном или суду правног лека), односно да о мешању одлучује суд код кога се списи предмета налазе у тренутку давања изјаве о мешању. Поред тога, анализирали смо дејства умешачеве парничних радњи поводом изјављивања правних лекова. Тако, жалба умешача има суспензивно дејство иако помогнута странка не побија првостепену одлуку, с обзиром да је она начелно повољна и опозива парнична радња коју странка може накнадно изричито или конклюдентно да лиши дејства уколико јој није по вољи. У ситуацији у којој умешач поднеском изјављује жалбу и истовремено пријављује мешање, проблематизовали смо дејство жалбе поводом решења којим се учешће умешача правноснажно одбија. Уз то смо везали и претходно анализирано питање компетенције суда за одлучивање о допуштености и основаности мешања. С обзиром на тренутну ситуацију нормативе и праксе, односно да је пракса заузела став да је то у надлежности првостепеног суда, чини нам се да би у интересу умешача, али и помогнуте странке, требало *de lege ferenda* предвидети застој поступка по правном леку, који се у првој фази (по питању допуштености) одвија пред првостепеним судом, до доношења/правноснажности одлуке тог суда о учешћу умешача у инцидентном поступку, који би сходно томе било пожељно спровести према начелу хитности. Уколико суд одлучи о одбијању мешања, помогнута странка би могла да одржи дејство умешачеве жалбе у свом интересу, тако што би је прихватила као своју, пре правноснажности те одлуке. На крају, анализом домаћаја законске одредбе о овлашћењу умешача да изјави ванредни правни лек само ако се умешао до правноснажности одлуке о тужбеном захтеву, уочили смо ситуацију поводом које би се изузетно могло релативизовати овакво решење. Уколико би се умешачу дозволило ступање у парнични поступак након правноснажности пресуде, у фазу којом је поступак настављен изјављивањем ванредног правног лека (нпр. предлога за понављање поступка), умешач би сходно својим овлашћењима могао да изјави правни лек против нове одлуке донете у првом или другом степену. За разлику од обичног, умешач са положајем јединственог супарничара има знатно шире процесне могућности у поступку по правним лековима.

Jelena Čanović*

CHARACTERISTICS OF LEGAL REMEDIES ESPECIALLY IN CIVIL PROCEDURE AND THROUGH THE POSITION OF THE INTERVENER

Summary

In domestic civil procedural law, the legal nature of legal remedies, the reasons for legal security, as well as need for providing judicial protection within a reasonable time have led to rationalization of the legal remedy system through multiple restrictions. The paper highlights these restrictions regarding their number, contestable decisions, deadlines within which they can be declared, the circle of persons authorized to file them, the scope of rebuttal, reasons for filing, etc. The characteristics of legal remedies, as well as the assumptions for their declaration are analyzed in this paper, considering that these characteristics and assumption represent the basis for formulating different criteria according to which numerous classifications of legal remedies have been made, which also have practical and doctrinal importance. While the general characteristics of legal remedies derive from their legal nature, the Civil Procedure Act regulates the specific characteristics of each envisaged legal remedy. The analysis of the characteristics of remedies is deepened by monitoring the procedural position of the intervener in the stages of the procedure initiated with filing of regular and extraordinary remedies. In this context, certain controversial issues have been identified to which theory and practice have not answered, or on which they have not taken a unified position.

Keywords: *remedies, legal nature, characteristics, classification, procedural assumptions, legal position of the intervener.*

* Assistant, Faculty of Law, University of Kragujevac.

Мр Ненад Дугалић*

Прегледни научни чланак
УДК: 330.3(100)

МЕСТО ЗЕМАЉА БРИКС-А НА ГЛОБАЛНОЈ ЕКОНОМСКОЈ МАПИ СВЕТА

Рад примљен: 01. 07. 2019.

Рад исправљен: 22. 09. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 24. 09. 2019.

Акроним 'БРИК' означава Бразил, Руску Федерацију, Индију и Кину. Прво је скован 2001. године од стране Џима О' Нила, тада шефа глобалних економских истраживања у Голдман Саксу, како би се упознали са његовим предвиђањем да ће те четири земље бити најбрже растуће економије у развоју. Касније, 2011. године, придружује им се Јужна Африка и група је тада названа 'БРИКС'. Крајем 20. и почетком 21. века свих пет земаља је прошло кроз велики институционални систем транзиције, као и кроз промене у њиховој економској структури. У смислу глобалног значаја, све земље БРИКС-а су чланови групе Г20. Русија, која је такође чланица групе Г8, и Кина су стални чланови Савета безбедности УН-а. У последњих неколико година постоје помаци у мултилатералном фокусу финансијских институција, као што су ММФ и Светска банка, како би групи БРИКС дали значајнију улогу у доношењу одлука. Још битније, тренутна транзиција групе БРИКС од статуса примаоца до редовног донатора помоћи, помогла је да се одржи ниво потрошње укупне светске помоћи и глобалних здравствених програма. У том контексту смањење помоћи која је долазила у великом обиму од традиционалних земаља донатора, због велике економске и финансијске кризе, је допринело успостављању нових модела сарадње који могу важити у будућности.

Кључне речи: БРИКС, економија, природни ресурси, глобализација, политика, култура.

I ПОЛИТИЧКО-ЕКОНОМСКА ДИМЕНЗИЈА ГРУПЕ БРИКС

Глобализација преобликује друштвене односе, из темеља мења природу државе, нарушава њен суверенитет и мења устаљени међународни поредак.

* Предавач струковних студија на Високој пословној школи струковних студија, Београд, sonenesa10@gmail.com

Половином двадесетог века, већина земаља групе БРИКС је имала централно-планску економију са значајном улогом државе. Касније, у свим тим земљама, унутрашње оријентисане и мање или више централно-планске развојне стратегије од 50-их до 70-их година XX века замењене су постепеном интеграцијом у глобалну економију 80-их и 90-их година XX века.¹ Међудржавну повезаност карактерише и успон све снажнијих наднационалних сила, групе Г-8, Међународног монетарног фонда, Светске банке, чије одлуке у великој мери обликују политички и економски развој националних држава.

С тим у вези, две су упечатљиве особине политичке димензије процеса глобализације:²

Прво, њу представља све гушћа мрежа повезаности, међузависности политичких заједница, суверених држава. Много је шири круг економских, еколошких, војних и културних односа, који више не могу да се уређују искључиво унутар појединачних држава. Већа је мрежа хоризонталне повезаности националних држава. Упоредо се уздиже и вертикална међузависност, пирамида наднационалних политичких институција, обликују се форме светске политичке владавине, односно глобални политички режим. Али, међузависност сама по себи не одређује карактер процеса глобализације, који може да добије демократске или ауторитарне форме.

Друго суштинско обележје савремене политичке димензије глобализације, представља наметање истоветних форми политичког живота, демократије и људских права, на све шире просторе света.

Истовремено, на светској политичкој сцени настају и симптоми ауторитарне светске владавине. Проблеми са којима се владе суочавају од екологије, преко дроге, тероризма, људских права, до стратегије привлачења транснационалног капитала, све више захтевају ближу сарадњу између држава. То значи, да и земље БРИКС-а морају играти активну улогу када је у питању глобално политичко и економско управљање и доследно морају одржавати блиску координацију. Наиме, свих пет земаља БРИКС-а изражавају велику забринутост због чињенице да терористи све више користе процес глобализације како би промовисали своје идеје и нанели веће штете народима широм света. Најмање три од пет земаља БРИКС-а се суочавају са тешком терористичком претњом, где су Индија и Русија међу првих 10 земаља погођених тероризмом према Индексу глобалног тероризма (4 и 9 место), Кина заузима 23. место, док су Јужна Африка (111) и Бразил (116) релативно сигурни од тероризма.³ Стога је веома важно да земље БРИКС-а раде на успостављању

¹ J. Cassiolato, B. Lundvall, *BRICS: New Delhi Summit 2012: Stability, security and prosperity*, Newsdesk Communications, 2012., <http://www.newsdeskmedia.com>, датум посете: 10. 06. 2019.

² М. Печујлић, *Глобализација, два лика света*, Гутенбергова галаксија, Београд, 2002, 83.

³ Institute for Economic and Peace, *Global Terrorism Index: capturing the impact of terrorism for the last decade*, IEP, Sydney, 2012, <http://goo.gl/M1Ln7g>, датум посете: 14. 06. 2019.

заједничких принципа сарадње у погледу јединственог начина поступања у конфликтима широм света, као и стварању механизма за консултације где могу да координирају своје ставове. Посебно је забрињавајуће што екстремистичке снаге покушавају да остваре богатство употребом националних и религијских фактора и распламсавањем етничког насиља, агресивним национализмом и сепаратизмом, пропагирајући различите идеје конфронтације.

Такође, свих пет земаља су главне транзитне земље за трговину дрогом. Око 70% транзита кокаина из Латинске Америке у Европу пролази кроз Бразил.⁴ Кина је земља транзита дроге на путу ка Северној Америци. Русија је транзитна земља за авганистанску дрогу ка Европи. Јужна Африка се посматра као најомиљенија транзитна тачка за кокаин који иде из Андских држава и за хероин из Авганистана у Европу.⁵ Стога је јасно, да је трговина дрогом уобичајени проблем за све земље БРИКС-а. Иако се дрога не производи у свим земљама БРИКС-а, свих пет земаља има проблеме због растуће употребе и транзита дроге. У последњих пар деценија, међународно искуство показује да се узгој наркотичких биљака углавном одвија у регионима који су захваћени ниским нивоом економског развоја и локалним оружаном сукобима и који су генерално или врло слабо под контролом владе. То значи, да проблем не може и не би требало да буде решаван само полицијским мерама. Дакле, поуздано дугорочно решење проблема узгоја наркотичких биљака не би требало само решавати кроз потражњу у развијеним економијама, већ и осигурати безбедност и одржив социјално-економски развој неразвијених региона. Овај вишеструки задатак захтева ефикасну међународну сарадњу.

Још једно обележје политичке глобализације представља ширење демократских права. Универзална Декларација о људским правима из 1948. године, Конвенције о грађанским, политичким и социјалним правима из 70-их година двадесетог века, као и регионалне организације: Бањул - повеља о људским правима и правима народа у Африци, Комитет за људска права Организације америчких држава, ОЕБС, Европски суд за људска права, темељи су међународног поретка заштите људских права. Најрадикалнији захват чини Европска унија која својим грађанима омогућава да покрену спор против сопствене владе када крши њихова права. Средином 80-их година двадесетог века и Америка чини велики обрт, раскидајући са подршком диктатурама. Лансира се велики пројекат промоције демократије и ствара планетарна мрежа невладиних организација које тај пројекат подржавају. Нова стратегија настаје у ери успона народних покрета који прете обарањем диктаторских режима, америчких клијената, а тиме и губитком њеног утицаја на унутрашње

⁴ UNODC - United Nations Office on Drugs and Crime, World Drug Report: 2013. Vienna: UNDOC, 2013, <http://goo.gl/d8AOBi>, датум посете: 15. 06. 2019.

⁵ Federal Drug Control Service of the Russian Federation, Digest as of 29 February 2012. Moscow: FDCS, 2012, <http://goo.gl/cmRTXD>, датум посете: 16. 06. 2019.

политичке токове. Циљ политичке подршке јесте снажна помоћ демократском току али и њихово каналисање, ограничавање социјалних захтева радикализованих маса. Репертоар политичког интервенционизма је веома велики, али две тачке око којих се креће су:⁶

Прво, његово средиште чини утицај на лидере политичке организације, синдикате, женске и омладинске организације и посебно медије. Сматрају да се модерне политичке вештине не могу научити у традиционалним друштвима и стога се морају унети споља. Политичке лидере регрутују, усавршавају и саветују амерички стручњаци. Сем стицања вештина, материјални стимуланси пружају им прилику за стицање прихода какав не постоји у земљи.

Другу тачку представља интервенција у изборни процес. Ако се узме у обзир да националне владе махом бивају биране под великим утицајем спољних фактора, може се констатовати да су то марионетске владе, без важнијег, ионако већ умањеног утицаја на функционисање сопствених држава.

Међутим, појавом групе БРИКС на међународној, политичко-економској, сцени, као нових протагониста високог раста и развоја, довело је до тога да Америка губи хегемонију на већини поља у међународним геополитичким односима. Економска снага, која потиче из величине њихових економија, даје им потенцијал да утичу на међународне односе. Поред тога, земље БРИКС-а имају и одређене карактеристике које им дају снагу на глобалном нивоу, а односе се, пре свега, на:⁷

- Широки спектар војних и политичких ресурса, као и неке капацитете за обликовање међународног поретка, како регионално тако и глобално;
- Одређени степен унутрашње кохезије и капацитета за државну акцију;
- Веровање у њихово право на утицајну улогу у светским пословима; и
- Способност да се разликују од осталих земаља у развоју.

Евидентно је да су земље БРИКС-а до сада успевале да своју економску моћ искористе на међународној политичкој сцени, иако економска снага није обавезан предуслов за глобални утицај.⁸ Такође, тенденције међународних друштвено-економских токова указују на конфликтност и противуречност. Док се, с једне стране, различита друштва хомогенизују, с друге стране, долази и до њихове поларизације и угрожавања традиције, културе и историјског наслеђа. Мале и неразвијене земље, суочене са овако снажним процесом, немају другог избора него да прихвате правила глобалног система и да покушају да минимизирају негативна, а максимирају његова позитивна својства. Зато група БРИКС даје наду и неразвијеним земљама, да кроз заједнички приступ могу

⁶ W. Robinson, *Globalization and Democracy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, 88.

⁷ P. Subacchi, *New power centres and new power brokers: Are they shaping a new economic order?* International Affairs, 84(3), 2008, 485-498.

⁸ N. Haibin, *BRICS in Global Governance: A Progressive Force?* Dialogue on Globalisation, Friedrich Ebert Stiftung, April, New York, 2012.

утицати на управљање институцијама од глобалног, политичког и економског значаја.

II ЗНАЧАЈ КУЛТУРЕ ЗА МЕЋУДРЖАВНУ САРАДЊУ ГРУПЕ БРИКС

На међународном глобалном пољу деловања групе БРИКС, културна димензија се испољава као једна од највидљивијих појава. „Глобализација културе започиње већ у 19. веку, али у сфери елитне, високе културе. Успоставља се глобална, превасходно европска, културна традиција у којој иста музика, сликарство и литература уживају висок престиж на многим сценама света. Популарна, масовна култура остаје међутим национална. Тек ће модерни електронски медији отворити врата културних миљеа, претварати велике народне масе у непосредне гледаоце спектакла који се дају на другим, далеким позорницама. Отвориће пут масовној планетарној култури која незадрживо осваја сва просторства света.“⁹

Свака култура може да се истински развија под условом слободне размене и прожимања са другим културама али, под условом да све културе имају своју шансу, да се културна размена врши на равноправној основи и узајамном поштовању. Дакле, чак и делимично глобализација повећава важност различитих националних култура.¹⁰ Док су пре неколико деценија пословни разговори били усредсређени на међународну трговину, данас се пажња поклања токовима информација, технологије и робе широм света. Развој и ширење информационе технологије а посебно интернета омогућио је и развој глобалне економије и глобалне конкуренције.¹¹ Имплементација споразума о слободној трговини (нпр. НАФТА), развој Европске уније (ЕУ) и транзиција многих централно-планских економија ка отвореним тржишним економијама (нпр. Русија, Кина) омогућило је све већу глобализацију пословања.¹² Док се глобализација пословања повећавала, она није резултирала универзалним културама.¹³ Стога се повећала важност препознавања и разумевања утицаја културних разлика у међународним односима.

⁹ M. Auge, *Non-places Introduction to the anthropology of supermodernity*, Verso, London, 1995, 77.

¹⁰ K. Leung, R.S. Bhagat, N.R. Buchan, M. Erez, C.B. Gibson, *Culture and international business: recent advances and their implications for future research*, Journal of International Business Studies, 36(4), 2005, 357-358.

¹¹ M.A. Hitt, R. D. Ireland, R.E. Hoskisson, *Strategic Management: Competitiveness and Globalization*, seventh edition, Thomson South - Western, Cincinnati, 2007.

¹² M.A. Hitt, D. Ahlstrom, M.T. Dacin, E. Levitas, L. Svobodina, *The institutional effects on strategic alliance partner selection in transition economies: China versus Russia*, Organization Science 15(2), 2004, 173-185.

¹³ K. Leung, R.S. Bhagat, N.R. Buchan, M. Erez, C.B. Gibson, *op. cit.*, 357-358.

Међутим, и поред тога што културна глобализација подразумева растућу међуповезаност и преклапање културолошких образаца живота, она значи ширење западних вредности на читав свет.¹⁴ Посредством масовних медија и захваљујући улагању знатних финансијских средстава, данас се врши велика дифузија културних вредности, а нарочито производа за масовно забаву. С обзиром да култура и стваралаштво немају, нити треба да имају, граница, та чињеница природно се сматра позитивном јер унапређује људску комуникацију и обогаћује људски дух, шири сазнања о стваралаштву ума и духа и доприноси упознавању људи и народа. Та, у самој својој природи хуманистичка и прогресивна мисија која је иманентна култури и стварним вредностима, често је, деградирана садржајима који не ретко доминирају извезеним продукцима културе и забаве. Таква врста културе и уметности представља нарочито код младих људи, идеалистичке представе а удобном животу без рада и стицања иметка на лак, често недозвољен начин. Они који располажу моћним масовним медијима искључиви су у заступању слободног протока идеја и вредности, без спремности да уваже реалности услова живота у великом броју земаља. Таква глобализација културе није ништа друго до нови облик културног империјализма, у чијој основи лежи универзализација идеологије конзумеризма по западном моделу.¹⁵ Ова културна доминација ослања се наравно на војну, економску и технолошку доминацију САД-а. Америчка глобална моћ се спроводи преко глобалног система који је искључиво пројектован од стране Америке тако да одсликава унутрашње америчко друштво.¹⁶ Посредством глобалних комуникацијских мрежа, америчка култура се настоји представити као планетарна. "Глобализација културе изазива дубоки песимизам о културној судбини света који хомогено пропада. Она Америку чини омраженом, јер пробајте, ако можете да је опишете на неки други начин - глобализација је, све у свему, ширење америчке културе, идеја, производа, забаве и политике".¹⁷ У том смислу и глобализација у култури представља идеолошку конструкцију, иза које се крије неолиберализам који одбија све видове контроле а прихвата једино своју унутрашњу контролу у уским центрима одлучивања.

Централно место и улогу у међукултурној сарадњи држава имају транснационалне корпорације. Преко њих се врши најмасовнија размена информација, радио и телевизијског програма, програма за образовање, производња и преводи књига, дистрибуција визуелних помагала, компјутера, биоскопских филмова, опреме, података итд. Стратешко понашање корпорација је под утицајем институционалног окружења државе из које потичу. Да би се

¹⁴ C. Chase-Dunn, *Globalization: A World-System Perspective*, Journal of the World-System, Cambridge, 1999, 190.

¹⁵ D. Ramsaran, V. Price, *Globalization: A Critical Framework for Understanding Contemporary Social Processes*, Working Paper, London, 2003, 15-32.

¹⁶ З. Бжежински, *Велика шаховска табла*, ЦИД, Подгорица, 1999, 21.

¹⁷ П. Тојбни, *Ко се боји глобалне културе*, Плато, Београд, 2003, 253.

стекла конкурентска предност на међународном тржишту корпорације морају познавати културне вредности својих клијената. Знајући да су критични ресурси за остваривање корпорацијског утицаја финансијски капитал (кога корпорације имају у великом обиму), технолошки капитал (поседују најсавременију опрему) и људски капитал, корпорације, заузимајући свој хегемонистички став, не обазире се претерано на културу примаоца својих производа и услуга. Управо, у таквој неравноправној утакмици основни људски капитал налази се у претежно неразвијеним земљама, земљама у развоју као и у земљама у успону (БРИКС група) у којима живи већина човечанства. Њима се извозе туђе идеологије да би се ограничило или онемогућило другачије мишљење и другачија идеолошка опредељења.¹⁸ Нуде се сурогати такозване масовне културе и намеће одређени поглед на свет како би се лакше и несметано манипулисало свешћу маса у тим земљама у политичке сврхе.

Међутим, да би се избегли овакви утицаји, уместо тога, фокус се може пребацити на један од најтрајнијих облика културне размене, контакт међу људима. У свету глобализације, широко распрострањени туризам може бити начин да се повећа контакт између грађана земаља БРИКС-а. Промовисање туризма одлучно би помогло да се интензивирају већ постојећи културни токови. Иако су неке земље у групи БРИКС, као што су Индија и Кина, имале културни утицај једне на другу вековима, култура и туризам су две области које тек треба да пронађу право место међу земљама БРИКС-а. То је посебно неопходно првенствено због различитих језика, животних стилова и прехранбених навика. Ово се спомиње и у декларацији из Њу Делхија, у којој се говори о подстицању и ширењу сарадње и комуникације, размене и контаката међу људима, укључујући и област младих, образовање, културу, туризам и спорт.¹⁹ Чак и на билатералном нивоу, култура и туризам су препознати као алати за подстицање дубље интеграције БРИКС економија. Такође, препозната је и потреба за сарадњом у организацији међудржавне обуке за стручњаке из области заштите културних добара. Ово наглашава потребу за коришћењем креативних културних индустрија и заједнички развој културних политика као и размена искустава у процесу развоја.²⁰

Култура и туризам ће и даље остати добра спрега у укупној сарадњи између земаља БРИКС-а, а снажни, стратешки, економски и дипломатски односи ће само побољшати њихову међусобну сарадњу.

¹⁸ В. Мићовић, *Специјални рат и нови светски поредак*, Дечије новине, Горњи Милановац, 2004, 90.

¹⁹ New Delhi BRICS 2012, Fourth BRICS Summit-Delhi Declaration, March 2012, <http://www.Bricsindia.in/delhi-declaration.html>, датум посете: 20. 06. 2019.

²⁰ J. F. Mbaye, *New colonialists, the good, the bad, and the ugly: BRICS relevance to the African creative economy*, 2012, http://www.arterialnetwork.org/uploads/2012/02/Jane_Mbaye.pdf, датум посете: 21. 06. 2019.

III ПРИРОДНИ РЕСУРСИ - КЉУЧНА КОМПОНЕНТА ЕКОНОМСКОГ РАСТА И РАЗВОЈА ГРУПЕ БРИКС

Почетком новог миленијума земље БРИКС-а су имале важну улогу у превазилажењу глобалне финансијске и економске кризе и дале су значајан допринос у опоравку глобалне економије. Економске политике одрживог раста и развоја земаља БРИКС-а омогућиле су стварање нових радних места, смањење сиромаштва и већу социјалну укљученост. Такав економски положај земаља БРИКС-а је био могућ, с обзиром на њихово велико богатство природним ресурсима. Природни ресурси су постали кључна компонента економског развоја земаља БРИКС-а, као и значајан фактор приликом формирања стратегија за њихове спољне политике. Чињеница је, да су приликом спровођења националних економских политика земље БРИКС-а користиле природне ресурсе како за домаће економске, тако и за међународно-дипломатске циљеве. Међутим, способност државе да користи природне ресурсе у дипломатске сврхе зависи и од њеног домаћег институционалног капацитета да контролише економску активност у тим секторима²¹, као и од њене способности да комбинује ресурсе са другим дипломатским средствима када преговара са другим државама.²² То значи, да владе контролишу оне индустрије које црпе инпуте из природних ресурса кроз селективну политику интервенције, како би се постигли одређени национални циљеви, који не би могли бити остварени ако би производни процес био остављен тржишним механизмима.

Дакле, ресурсни национализам је облик економског национализма и обично је у супротности са „ресурсним либерализмом“ - стратегијом у којој владе избегавају да интервенишу и уместо тога промовишу употребу тржишних механизма за експлоатацију ресурса.²³ Поред тога, заједничко у политици ресурса за све земље БРИКС-а јесте државно власништво над ресурсним индустријама, које се јавља у одређеној мери у свим земљама групације. Упркос глобалном тренду приватизације који је почео још 90-их година 20. века, већина земаља БРИКС-а наставља да чува рударски и енергетски сектор за предузећа у државном власништву. Државно власништво је скоро универзално у индустрији нафте и гаса групе БРИКС, са државним предузећима, било монополистичким или већинским актерима у Бразилу, Кини, Индији и Русији. Државна предузећа, такође, доминирају у индустрији угља у Кини и Индији. Примера ради, у овим земљама државна предузећа су 2012. године заједно произвела 4,1 милијарду

²¹ A.N. Stulberg, *Well-Oiled Diplomacy: Strategic manipulation and Russia's Energy statecraft in Eurasia*, Albany: State University of New York Press, New York, 2007.

²² P. Rutland, *Russia as an Energy Superpower*, *New Political Economy*, 13(2), 2008, 203-210.

²³ J. D. Wilson, *Resource nationalism or resource liberalism? Explaining Australia's approach to Chinese investment in its minerals sector*, *Australian Journal of International Affairs*, 65(3), 2011, 283-304.

тона угља, што је било око 60% светске производње исте године.²⁴ Такође, државна предузећа имају доминантно присуство и у кинеској металној индустрији, што је повезано са њеном 'велико-захватном' политиком државног власништва у стратешким индустријским секторима.²⁵ Слично је и у секторима индустрије боксита, руде гвожђа и бакра, где су рударске компаније део групације 'Навратна' која је централно предузеће јавног сектора.²⁶ Међу земаљама БРИКС-а, само су руски и јужноафрички рударски сектори у потпуности у приватном власништву. Као резултат тога, индустрије које зависе од ресурса, у земаљама БРИКС-а су углавном под контролом владиних агенција, а не приватних рударских и енергетских фирми.

Већина земаља БРИКС-а примењује ограничења везана за трговину ресурсима, која се користе за контролу и регулисање извоза ресурса како би се дао приоритет локалним економским интересима. Кина, Русија и Индија примењују порез на извоз важних енергената или минералних производа, који функционише као де факто субвенција за локалне индустријске кориснике. Они, такође, директно ограничавају количину ресурсних производа који се могу извозити. Кина примењује извозне квоте на многе минералне производе, руска влада контролише све изворе енергије кроз државно власништво над својом ценоводном инфраструктуром и две индијске покрајинске владе су пре пар година у потпуности забраниле извоз руде гвожђа.²⁷ Јужна Африка, такође, примењује захтеве за прераду, у 2010 години донела је нову лиценцну политику која дискриминише извоз сировина како би подстакла локалну прераду метала.²⁸ Од свих земаља БРИКС-а, само Бразил не примењује никаква трговинска ограничења за извоз ресурса.

Ова трговинска ограничења функционишу као облик подршке индустријској политици за локална производна предузећа, смањењем цена локалних сировина испод светског нивоа (извозне таксе) или директним обавезивањем за локалну прераду минерала (преко квота и захтева за прераду).

²⁴ Enerdata, Global Energy and CO2 Database, <http://www.enerdata.net/enerdatauk/knowledge/subscriptions/database/energy-market-data-and-co2-emissions-data.php>. 2013, датум посете: 21. 06. 2019.

²⁵ S. Green, G. S. Liu, *China's industrial reform strategy: retreat and retain*, in: S. Green, G.S. Liu (eds.), *Exit the Dragon? Privatisation and State Control in China*, Blackwell Publishing, Oxford, 2005.

²⁶ Department of Public Enterprises, List of Maharatna, Navratna and Miniratna CPSEs, India, December 2013, http://dpe.nic.in/publications/list_of_maharatna_navratna_and_miniratna, датум посете: 21. 06. 2019.

²⁷ Reuters, India imposes 5 pct export duty on iron ore pellets, 2014, <http://in.reuters.com/article/2014/01/28/india-iron-idINL3NOL202U20140128>, датум посете: 21. 06. 2019.

²⁸ F.T. Cawood, *An investigation of the potencial impact of the new South African Mineral and Petroleum Resources Royalty Act*, Journal of The Southern African Institute of Mining and Metallurgy, 111, 2011, 443-453.

Такође, све земље БРИКС-а, у великој мери субвенционишу домаће цене енергије. Дуги низ година, Индија је субвенционисала цене нафте за домаћинства, Кина је користила контролу цена како би смањила домаће цене нафте и електричне енергије, а руски Гаспром мора да снабдева гасом локалне потрошаче по потцењеним ценама. После напуштања енергетских субвенција крајем деведесетих година 20. века, Бразил их је поново успоставио 2008. године путем политике која захтева да Петробрас снабдева рафинисаним уљем домаће тржиште по сниженим ценама.²⁹ Величина ових шема је значајна, у 2012. години владе БРИКС-а су колективно обезбедиле 124 милијарде долара субвенција за енергију, што је у Индији и Русији представљало значајан проценат и БДП-а и владиних прихода.³⁰

Економске интересне групе, као што су индустријске фирме, мала предузећа и домаћинства имају користи од субвенционисане енергије, што представља популистичку политику коју је тешко смањити или реформисати.³¹ Као што је показало не тако давно искуство у Кини и Индији, покушаји влада да смање субвенције су разводњени или напуштени, с обзиром на притисак опозиције и лобирања од стране угрожених пословних интереса.³²

Богатство ресурсима је очигледно врло значајна компонента земаља БРИКС-а у међународним односима. Све земље БРИКС-а поседују велике количине минерала и енергије, и кроз примену приступа националне политике користе ово богатство како би креирале националне развојне и дипломатске стратегије. Ресурсни национализам је уобичајена карактеристика која се испољава у свим БРИКС економијама. Заиста, богатство ресурсима и националне политике засноване на њима су један од ретких заједничких фактора, поред величине економија и статуса земаља у успону, који уједињују групу БРИКС. Иако се специфичне мере у економској политици разликују од земље до земље, све државе у групи БРИКС значајно одржавају регулаторну контролу над својом рударском и енергетском индустријом путем интервенционистичких политичких алата. Наиме, оквири националне политике ресурса поткрепљују тврдњу о статусу БРИКС-а као ресурсне суперсиле, јер високи нивои владине контроле омогућавају тим државама да искористе ресурсе за постизање одређених домаћих развојних и међународних дипломатских циљева.

²⁹ A. de Oliveira, T. Laan, *Lessons learned from Brazil's experience with fossil-fuel subsidies and their reform*, International Institute for Sustainable Development, Geneva, 2010.

³⁰ International Energy Agency, *Energy Subsidies Database*, 2014, <http://www.worldenergyoutlook.org/resources/energysubsidies/>, датум посете: 22. 06. 2019.

³¹ D.G. Victor, *The Politics of Fossil - Fuel Subsidies*, International Institute for Sustainable Development, Manitoba, 2009.

³² G. Dansie, M. Lanteigne, I. Overland, *Reducing energy subsidies in China, India and Russia: Dilemmas for decision makers*, Sustainability, 2(2), 2010, 475-493.

IV ЗАКЉУЧАК

Пет земаља које чине групу БРИКС постале су пример за промене у светском утицају и економском расту. Све оне су уживале значајан и одржив економски раст у последње две деценије. Овај раст је подстакнут повећаном тражњом за природним ресурсима и индустријским производима, али су земље БРИКС-а такође развиле индустрије са додатном вредношћу кроз значајна улагања у обуку и образовање. Такође, постојале су значајне и брзе културне и друштвене промене, укључујући структуру породице и велике руралне миграције. Земље БРИКС-а имају заједничку политичку стратегију да прошире покривеност социјалним осигурањем, а динамичко економско окружење олакшало је напоре за постизање тог циља. За већину земаља постоји и демографски узлет, као подстицај за деловање младе популације са растућом радном снагом, олакшавајући увођење подстицајних мера. Иако БРИКС земље имају мноштво заједничких карактеристика, напори за проширење функционишу у веома различитим окружењима за сваку земљу посебно. Тренутни оквир социјалне заштите сваке земље одражава у великој мери њену историју, као и циљеве и однос према социјалној сфери. Култура, институционалне и популационе политике се веома разликују. Наиме, у последњих пола века, све земље БРИКС-а су доживеле значајне трансформације у својим друштвима, при чему се највише померају из економија са значајним државним присуством ка слободнијем тржишном економском окружењу. Земље БРИКС-а ће се у будућности суочавати са различитим економским, демографским и друштвеним променама, као и са спољним притисцима у целини.

Nenad Dugalić, LL.M

THE POSITION OF BRICS COUNTRIES IN THE GLOBAL ECONOMIC MAP OF THE WORLD

Summary

Globalization transforms social relations, fundamentally changes the nature of the state, violates its sovereignty and changes the established international order. The division of the world into the rich and the poor and the aspiration of the most developed countries for domination presents, undoubtedly one of the greatest dangers

* Lecturer, High school of professional business studies Belgrade.

for humanity and its future. It is natural and necessary that every nation has the desire and aspires to present itself to the other nations in the best light, to introduce the results of its own creativity, to introduce them to the essence of their ideas and aspirations. Nevertheless, the world is confronted with tendencies and practices of harsh imposition of values, ideological indoctrination and all kinds of forms of spiritual violence. Political and economically powerful countries, by spreading and imposing their ideology, their views on the world and the hyperproduction of their cultural creations, suffocate the culture of small and economically underdeveloped countries, impose clichés and myths, create a state of spiritual erosion of one and the dominance of other values. While, on the one hand, different societies are homogenized, on the other hand, the polarization occurs endangering their tradition, culture and spiritual heritage.

However, with the appearance of the BRICS group on the global scene, as new protagonists of high growth and development, America has been losing hegemony in most of the fields in international geopolitical relations. The economic power, which derives from the size of their economies, gives them the potential to influence world events. It is therefore very important that BRICS countries mutually work to establish the common principles of cooperation regarding the unique way of dealing with conflicts around the world, as well as creating consultation mechanisms where they can coordinate their attitudes.

At the beginning of the new millennium, the BRICS countries played an important role in overcoming the global financial and economic crisis and have made a significant contribution to the recovery of the global economy. The economic policies of sustainable growth and development of the BRICS countries have enabled the creation of new workplaces, poverty reduction and greater social inclusion. Such an economic position of the BRICS countries was possible, considering their great wealth of natural resources. Specifically, national resource policy regimes support a claim on the status of BRICS as resource superpower, as high levels of government control allow these countries to use those resources in order to achieve certain domestic developments and international diplomatic goals. Apparently, resource wealth is a very important component of BRICS countries in international relations.

Key words: BRICS, economics, natural resources, globalization, politics, culture.

СТРУЧНИ РАДОВИ

Мр Тијана Баћовић*

Стручни чланак
УДК: 347.472

ФОРМА УГОВОРА О ПОКЛОНУ

Рад примљен: 07. 04. 2019.

Рад исправљен: 21. 11. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 21. 11. 2019.

Уговор о поклону представља формалан правни посао. Формализам поклоне представља одступање од начела консенсуализма, као доминантног принципа савременог уговорног права. У Републици Српској ступањем на снагу Закона о нотарима, за уговор о поклону предвиђена је форма нотарски обрађене исправе, као битна, конститутивна форма, чији недостатак чини уговор ништавим. Сврха нотарске форме уговора о поклону састоји се у томе да правни односи буду регулисани на начин како би се избјегли спорови, и да би се постигао највиши степен правне сигурности. С обзиром да је ову форму законодавац прописао у циљу заштите јавног интереса, у њеном одсуству уговор бива погођен ништавошћу, без могућности конвалидације. Међутим, када се ради о поклону покретних ствари недостатак нотарске форме у овом случају се надомјешта извршењем обећаног чињења. У раду ћемо користити нормативни као и упоредни метод, како би утврдили сличности али и разлике у регулисању исте проблематике у различитим правним системима.

Кључне речи: уговор, поклон, форма, нотари, нотарска форма.

I УВОД

Да би уговор о поклону пуноважно настао и произвео правна дејства, потребно је да се испуне услови у погледу способности уговарања, сагласности воља, предмета и каузе. Поред ових општих услова који важе за сваки уговор, за настанак уговора о поклону потребно је испунити и један посебан услов, форму. Форма облигационих уговора је начин изражавања њихове садржине кроз унапријед предвиђене спољне (видљиве) облике преко којих треба да се

* Виши асистент Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву,
tijana.bacovic@pravni.ues.rs.ba

манифестује воља.¹ Форма уговора може бити прописана законом (законска форма) или вољом уговорних страна (уговорена форма). Формализам поклона представља одступање од начела консенсуализма, као доминантног принципа савременог уговорног права који подразумева правило према којем закључење уговора не подлијеже форми, осим ако је законом другачије предвиђено.² Начело формализма у савременом праву израз је потребе веће правне сигурности у интензивним и веома сложеним друштвеним односима.

II ПОЗИТИВНЕ И НЕГАТИВНЕ СТРАНЕ ФОРМЕ ПОКЛОНА

Поклон је одувијек био формалан правни посао. Прописивање посебне форме овог уговора оправдава се, али и оспорава, различитим аргументима.³

Форма поклона првенствено служи заштити приватних интереса. Поклонодавац треба да буде потпуно свјестан свог поступка, његова одлука не смије бити лакомислена и брзоплета, већ добро промишљена. Форма представља препреку брзини закључења уговора. Она штити поклонодавца од пренагљености, спречавајући исхитрене и неразумне одлуке.⁴ Форма даје опрез, смањује преваре, принуде и заблуде као мане воље. Форма штити и поклонопримца, она му олакшава доказивање поклона. Формом се штите и јавни интереси, јер једноставније доказивање смањује број и трајање парница и побољшава процесну економију.⁵ Форма обезбјеђује поуздан доказ о постојању правног посла, његовој садржини и правном дејству, па тиме спречава могуће спорове, а у случају да до спора дође, олакшава судски поступак.⁶

Форма уговора о поклону се међутим, и врло снажно критикује. Форма која је прописана као битан услов неког института представља препреку његовом ширењу. Сврха форме је да сузбије и ограничи поклањање, јер поклонодавца формалности ограничавају и одбијају.⁷ Присуство форме отежава закључење уговора, јер да би се форма испунила понекад је потребно предузети извјесне радње које одуговлаче поступак закључења уговора. Међу лоше стране форме посебно се убраја чињеница да њено испуњење може бити

¹ С. Перовић, *Облигационо право I*, Београд 1973, 116.

² Закон о облигационим односима (ЗОО), *Службени лист СФРЈ*, 29/78, 39/85, 45/89, 57/89, *Службени лист СРЈ* 31/93, *Службени гласник Републике Српске* 17/93, 3/96, 39/03, 74/04, чл. 67. ст. 1.

³ М. С. Цветковић, *Закључење и престанак уговора о поклону*, докторска дисертација, Ниш, 2015, 148.

⁴ Вид.: М. Ђурђевић, *Уговор о поклону*, Београд 2012, 148; Н. Вукоје, *Добре и рђаве стране форме уговора*, Годишњак Правног факултета 1, 2013, 106; Ј. Пушац, *Форма облигационих уговора*, Годишњак факултета правних наука бр. 4, 2014, 214; М. Цветковић, 149.

⁵ М. С. Цветковић, *op.cit.*, 149.

⁶ Ј. Пушац, *op.cit.*, 214; Н. Вукоје, *op.cit.*, 109.

⁷ М. С. Цветковић, *op.cit.*, 150, 151.

веома скупо, што се прије свега односи на нотарску форму уговора, јер да би удовољиле захтјеву форме, стране морају платити одређену таксу, трошкове око сачињавања писмена, позвати свједоке, евентуално путовати до одређеног мјеста у којем ће закључити уговор пред надлежним органом, итд.⁸ Противници писмене форме указују да је она супротна етици, да је без значаја снага обећане ријечи ако није испољена у прописаном облику.⁹

III ФОРМА УГОВОРА О ПОКЛОНУ ПРЕМА ПРЕДРАТНИМ ПРАВНИМ ПРАВИЛИМА

Према правним правилима садржаним у грађанским законима који су важили на подручју наше земље, да би био пуноважан, уговор о поклону морао је бити закључен у писменој форми или у реалној форми.¹⁰

Аустријски грађански законик предвиђа да на основу усменог уговора о поклону који је закључен без стварне предаје не настаје поклонопримцу никакво право на тужбу, односно да то право мора бити засновано на писменој исправи. Под стварном предајом, код поклоне чији је предмет покретна ствар, подразумијева се предаја којом се на поклонопримца преноси право својине и искључива државина поклоњене ствари, односно када је предмет уговора о поклону непокретна ствар, састављање писменог уговора о поклону који задовољава све услове да би на основу њега могао да се изврши земљишно-књижни пренос.¹¹ Према Српском грађанском законик: „Ко поклон само усмено учини, а ствар не преда и на захтевање неће да преда, не може се судом натерати да предати мора. Само са писменим достоверним доказом може се поклон судским путем тражити“. Из усмено постигнуте сагласности не настаје уговор. За лице које је обећало поклон, из простог споразума не настаје обавеза и друга страна нема право да захтијева од њега да јој поклон преда. Поклонопримац може судским путем приморати поклонодавца да му преда предмет поклоне само ако у рукама има приватну исправу о уговору.¹² И Општи имовински законик негира пуноважност усменог уговора о поклону, наводећи да се онај ко је дао усмено обећање неће моћи судом натерати да изврши обећање поклоне, уколико није дошло до предаје. Потребно је да је дато обећање писмено утврђено или залогом обезбијеђено. За поклон чија вриједност прелази износ од 500 франака није довољно да је уговор закључен у писменој форми, већ је потребна и овјера од стране суда.¹³

⁸ Ј. Пушац, *op.cit.*, 215; Н. Вукоје, *op.cit.*, 113.

⁹ Н. Вукоје, *op.cit.*, 113.

¹⁰ Српски грађански законик (СГЗ), чл. 564; Аустријски грађански законик (АГЗ), чл. 943; Општи имовински законик за Црну Гору (ОИЗ), чл. 484.

¹¹ Б. Визнер, *Грађанско право у теорији и пракси*, Књига трећа, Ријека 1969, 1081.

¹² М. Ђурђевић, *op.cit.*, 146.

¹³ ОИЗ, чл. 485.

IV ИСПУЊЕНОСТ ФОРМЕ КОД УГОВОРА О ПОКЛОНУ

Писмена форма, тражена за пуноважност овог уговора, подразумијева да је за настанак уговора потребно саставити исправу. Формални уговори се сматрају закљученим када исправу, на којој се налази текст изјаве, потпишу уговорне стране.¹⁴ Законом о облигационим односима је прописано да је за настанак уговора неопходно да исправу потпишу лица која се њиме обавезују.¹⁵ Код двостраних уговора форма је испуњена када исправу о уговору потпишу оба уговорника. Будући да се уговором о поклону обавезује само једна страна, за његов настанак довољно је да само поклонодавац потпише исправу о поклону.¹⁶ У том смислу, у једној пресуди се наводи: „Како је код располагања без накнаде довољно да се на исправу о располагању потпише само поклонодавац, то је довољан минимум форме“.¹⁷ Да би форма била испуњена није неопходно и да поклонопримац писмено изјави своју вољу, што значи да је поклон једнострано формалан. Поклон не настаје поклонодавчевом једностраном изјавом. Поклон је уговор, двострани правни посао, тако да је потребан пристапак поклонопримца, који не мора бити дат написмено, већ се може дати на било који начин, што значи да за његову изјаву важи принцип консенсуализма. Постизање сагласности воља је неопходно како би поклон произвео правно дејство.¹⁸ Исправа у обичној писменој форми која се по предатним правним правилима тражи за уговор о поклону је приватна, нејавна исправа, орган јавне власти не учествује ни у њеном састављању, ни у овјеравању садржине, ни у овјеравању потписа.¹⁹ Судску овјеру ОИЗ је захтијевао само ако вриједност поклона премашује одређени износ (пет стотина франака).

Писмена форма као услов за закључење уговора о поклону прописана је са циљем заштите поклонодавца. Његова одлука да без накнаде пренесе другоме неку своју ствар или право може имати врло значајне последице по његову имовину и зато не смије бити донијета лакомислено и исхитрено. Поклонодавац треба да буде потпуно свјестан својих поступака, тако да његова одлука треба да буде добро промишљена и размотрена. Законом прописана неопходност да своју вољу изјави у писаном облику и вријеме за састављање исправе пружа му прилику да добро размисли да ли заиста жели да на терет

¹⁴ О. Антић, *Форма уговора*, Зборник Правног факултета Универзитета у Источном Сарајеву, бр. 3, 2007, 14; М. Ђурђевић, *op.cit.*, 148.

¹⁵ ЗОО, чл. 72. ст. 1.

¹⁶ О. Антић, *op.cit.*, 14.

; М. Ђурђевић, *op.cit.*, 148.

¹⁷ Општински суд у Жагубици, П. 168/93; Окружни суд у Пожаревцу, Гж. 1247/95. Извор. Д. Лазаревић, *Уговор о поклону*, Београд 2010, 46.

¹⁸ М. Ђурђевић, *op.cit.*, 147-149.

¹⁹ *Ibid.*, 152.

своје имовине увећа имовину другог и да сагледа све посљедице радње коју предузима.²⁰

Уколико је предмет уговора о поклону покретна ствар, сагласност поклонодаваца и поклонопримца, упркос томе што нема предвиђену форму, не мора да изгуби сваки значај. Може се десити да поклонодавац добровољно преда предмет поклона, иако због одсуства писмене исправе није могао на то бити приморан. Одредба „ко поклон само усмено учини, а ствар не преда, и на захтевање неће да преда, не може се судом натерати да предати мора“, указује само да поклонодавац не може бити присиљен на предају судским путем. То правило не значи да усмено учињени поклон, који је предат, нема правно дејство.²¹ Иако је за закључење уговора о поклону потребно да буду испуњени формални услови, ако је поклонодавац ствар дао поклонопримцу, уговор је пуноважан и ако је усмен.²² Према предатним правним правилима, сматра се да поклон постоји и када сагласност уговорних страна није изражена у писменој форми, ако је након усмено постигнуте сагласности ствар предата поклонопримцу. Писмена форма и закључење поклона предајом ствари (реална форма) представљају двије форме у којима се може закључити уговор о поклону. Између писмене и реалне форме постоји конкуренција.²³ Реални уговори настају кад уговорне стране постигну сагласност о битним елементима уговора и кад једна од уговорних страна преда другој страни ствар која је предмет уговора. Код реалног уговора потребно је да се кумулативно испуне двије претпоставке, споразум странака и предаја ствари. Усмено обећање поклона без предаје представља само природну, натуралну облигацију на основу које поклонопримац не може тужити поклонодавца за извршење уговора.²⁴

У РАЗЛИЧИТА СХВАТАЊА О ФОРМИ УГОВОРА О ПОКЛОНУ

Поводом тумачења одредби о форми уговора о поклону у домаћој литератури води се спор о врсти форме, тако да поједини аутори сматрају да се ради о доказној, док други стоје на становишту да је у питању конститутивна форма.

²⁰Flattet Guy., *La Forme de la Donation*, Travaux de la 5^{eme} Semaine Juridique Turco-Suisse, Institut de droit comparé de l'Université d'Istanbul, Istanbul 1975, 300, наведено према М. Ђурђевић, *op.cit.*, 148.

²¹М. Ђурђевић, *op.cit.*, 152.

²²Ж. Перић, *Облигационо (тражбено) право. Специјални део облигационог (тражбеног) права. О уговорима*, Београд 1934, 20.

²³С. Перовић, *op.cit.*, 427.

²⁴С. Јакшић, *Облигационо право II*, Сарајево 1960, 32.

Аутори који заступају први став истичу да је писмена форма уговора о поклону сматрана за форму „*ad probationem*“.²⁵ Одредба по којој се поклон може тражити само писменим достовјерним доказом могла би се протумачити тако да је поклон закључен када су поклонодавац и поклонопримац усмено постигли сагласност, али да у случају спора о постојању и садржини уговора, поклонопримац не може да оствари своје право ако нема писмену исправу која служи за доказивање уговора. Она указује да је постојање исправе питање доказа о уговору, а не питање његовог постојања.²⁶

По супротном становишту, ради се о конститутивној, „*ad solemnitatem*“, форми. Ријеч је о уговору код ког испуњење предвиђене форме представља битан, конститутиван елемент односно код ког непоштовање предвиђене форме има за посљедицу ништавост уговора.²⁷ Законом о облигационим односима је такође предвиђено да уговор који није закључен у прописаној форми нема правно дејство, уколико из циља због кога је форма прописана не произилази нешто друго.²⁸ Поклонопримац нема право да тражи предају предмета поклоне, уколико поклон није закључен у прописаној форми.

Када је у питању поклон покретне ствари, у доктрини срећемо такође супротне ставове. Поводом овог питања постоји неслагање, због тога што поједини аутори сматрају да се поклон покретних ствари закључује у реалној форми,²⁹ док један дио доктрине заступа другачије становиште а према којем је уговор о поклону покретних ствари по својој природи неформалан правни посао.³⁰ Теоретичари који заступају наведено становиште сматрају да реална форма није дио закључења, него акт извршења уговора, и да је консензус довољан за успостављање облигационо-правног дејства уговора. Критикује се реална форма уговора као „анахронизам“. Сматра се да реална форма погодује лакомисленом и афекцијом обавезивању поклонодавца. Такође се истиче да је Закон о облигационим односима напустио концепцију реалних уговора, што произилази из начела консенсуализма. С обзиром да је ријеч о неименованом облигационом уговору, за њега посебан значај има одредба члана 25. став 1. ЗОО, према којој правила ЗОО која се односе на уговоре, примјењиваће се на

²⁵ Вид.: Б. Лоза, *Облигационо право II, Посебни дио*, Српско Сарајево, 2000, 67; Б. Визнер, 1082; А. Бикић, *Облигационо право, Посебни дио*, Сарајево 2003, 68; И. Зиндовић, *Облигационо право, Посебни део*, Београд 2010, 70.

²⁶ М. Ђурђевић, *op.cit.*, 146.

²⁷ Вид.: М. Ђурђевић, *op.cit.*, 147; Б. Мораит, *Облигационо право, Књига I, II*, Бања Лука 2010, 290; И. Бабић, З. Петровић, *Облигационо право, посебни део*, Београд 2004, 57; Ј. Пушац, *op.cit.*, 212.

²⁸ ЗОО, чл. 70. ст. 1.

²⁹ Вид.: С. Перовић, *op.cit.*, 427; Б. Благојевић, *Посебни део облигационог права – уговори, једностранни правни послови, грађанско-правни деликти*, Београд 1939, 339; О. Антић, *op.cit.*, 21.

³⁰ Вид.: Б. Мораит, *op.cit.*, 290; Ј. Пушац, *op.cit.*, 212; Д. Медић, *Расправе из грађанског и пословног права*, Бања Лука 2007, 88.

све врсте уговора што значи и неименоване. Отуда је неосновано позивање на бивша правна правила будући да се ради о питању које је уређено позитивним прописом.³¹ Са наведеним мишљењем се не би могли сложити.

VI ФОРМА УГОВОРА О ПОКЛОНУ У УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Грађански законици без изузетка одређују уговор о поклону као уговор за чију је пуноважност потребно постојање одређене форме.

По Њемачком грађанском законнику за пуноважност уговора о поклону захтијева се писмена исправа потврђена код јавног биљежника.³² Поклон непокретних ствари подразумева јавнобиљежнички акт пред нотаром или одговарајућим органом. Потребно је присуство обје уговорне стране и регистрација у земљишним књигама. Без нотарске исправе, споразум није обавезујући до момента регистрације. За поклон покретне ствари довољни су споразум и предаја, тако да уколико није испоштована форма уговора, а чинида је извршена, уговор ће производити дејство, недостатак форме ће се сматрати отклоњеним. Формалности важе само за обећање поклона, као и када је даровање учињено путем обећања или признања дуга чије се дејство одлаже за будућност. С обзиром да је поклон уговор, а њега нема без прихвата, у њемачком праву инсистира се на прихвату понуде. Нотаризација се односи на изјаву поклонодавца, али по специјалним прописима о промету непокретности, нотаризује се и поклонопримчев прихват, мада је могућ и конкluentни прихват (присуство поклонопримца у нотаријату, обављање формалности).³³

У француском праву, поклон је такође формалан правни посао. Ријеч је о конститутивној форми, чије непоштовање чини уговор ништавим. Предаја не оснажује недостатак, и не важи као ручни поклон. Поклонодавац остаје власник ствари, може је тражити назад или њоме располагати. Поклон се закључује у облику јавне исправе пред нотаром који мора задржати оригинал.³⁴ У присуству поклонодавца, нотар је дужан да наглас прочита исправу, коју затим потписују поклонодавац и нотар. У француској правној теорији истичу се бројне предности форме: јавнобиљежнички акт представља несумњив доказ, поучавање странака од стране нотара спречава уговарање недопуштених одредаба, форма јавне исправе онемогућава преомишљање поклонодавца, депоновање онемогућава да уговорне стране уништењем исправе обеснаже поклон...³⁵ Да би поклон био пуноважан неопходан је његов прихват. Прихват се мора дати непосредно и изричито, тако да нема прећутног прихвата или прихвата конкluentном радњом. Тражи се нотификација. Поклон дјелује

³¹ *Ibid.*

³² Њемачки грађански законик (БГЗ); чл. 518.

³³ М. Цветковић, *op.cit.*, 156, 157.

³⁴ *Ibid.*, 157.

³⁵ *Ibid.*, 158.

према поклонодавцу од дана када је обавјештен о прихвату, а уколико је поклон прихваћен одмах, није потребно обавјештење.³⁶ Када је ријеч о поклону покретне ствари, он се закључује њеном предајом, не захтијева се писана исправа. Предмет ручног поклона су тјелесне покретне ствари, као и хартије од вредности на доносиоца и чекови, али не и регистроване ствари попут аутомобила, чамаца и авиона.³⁷

Према Швајцарском законик о облигацијама, пуноважно је само оно обећање поклона које је дато писмено, а обећање непокретности или неког стварног права на непокретности само уколико је дато у облику јавне исправе.³⁸ Закон одређује да се поклон који има за предмет покретне ствари врши предајом ствари, а непокретности уписом у земљишне књиге.³⁹

Закон о облигационим односима није у свој текст уврстио правила из Скице за законик о облигацијама и уговорима којима је регулисан поклон (дар). Према рјешењу Скице за пуноважност уговора о дару потребно је да буде закључен у писменој форми. Пуноважан је и усмени дар покретних ствари под условом да је ствар предата обдаренику. Дар за учињене услуге такође не мора бити закључен у писменој форми уколико не прелази знатно вриједност учињених услуга.⁴⁰ Писмена форма је била предвиђена као једина врста форме за уговор о поклону без обзира на то која врста ствари је предмет уговора.

Преднацрт Грађанског законика Републике Србије је преузео рјешење из Скице, али са нешто измијењеном формулацијом. У Преднацрту за поклон је прописана обична писмена форма, осим ако има за предмет непокретности, и у том случају захтијева се форма јавне исправе. Када поклон за предмет има покретну ствар могуће је одступање од писмене форме. Уговор је закључен када је сагласност страна постигнута усмено и ствар предата поклонопримцу. Одступање од писмене форме предвиђена је и код поклона за учињене услуге. Поклон за учињене услуге може бити закључен и усмено, уколико његова вриједност не прелази знатно вриједност учињених услуга.⁴¹ Да би поклон за извршену услугу био уговор о поклону не смије постојати ни правна, ни природна, ни обичајна обавеза поклонодавца.⁴² Ти поклони су обично сасвим

³⁶ *Ibid.*, 159.

³⁷ *Ibid.*, 160.

³⁸ Швајцарски законик о облигацијама (ШЗО), Савремена Администрација, Београд 1976, чл. 243.

³⁹ ШЗО, чл. 242.

⁴⁰ М. Константиновић, *Облигације и уговори, Скица за законик о облигацијама и уговорима* (Скица), Београд 1969, чл. 510. ст. 1, 2, 5.

⁴¹ Влада Републике Србије, Комисија за израду Грађанског законика, Преднацрт, Грађански Законик Републике Србије, Друга књига, Облигациони односи, Београд 2009, чл. 661.

⁴² М. Planiol, G. Ripert, *Traité pratique de droit civil français. Donations et testaments*. t. V par André Trasbot et Loussouarn Yvon, Librairie générale de droit et de jurisprudence, Paris 1957, наведено према М. Ђурђевић, *op.cit.*, 157.

мале вриједности и не представљају опасност за поклонодавце. Али, ако вриједност поклоне у великој мјери превазилази вриједност услуге, за закључење уговора је потребна писмена форма.

У ЗОО Републике Словеније као обавезна форма прописана је проста предаја ствари или писмена форма.⁴³ Уколико поклон није извршен на предвиђен начин поклонопримац не може тужбом тражити остварење права из уговора о поклону. Овим законом није прецизирано да ли писмена исправа треба да буде овјерена код суда, као ни правила која би морала посебно постојати у случају поклоне чији су предмет непокретности.

Закон о обвезним односима Републике Хрватске регулише форму уговора о поклону чији је предмет некретнина, прописујући да се уговор о даровању некретнине склапа у писаном облику. Уговор о даровању без праве предаје ствари мора бити склопљен у облику јавнобилежничког акта или солемнизиране приватне исправе.⁴⁴

Закон о облигационим односима Црне Горе, такође, као правило предвиђа писмену форму, наглашавајући да се пуноважним сматра и усмени поклон покретних ствари у случају када су исте предате поклонопримцу.⁴⁵ Изузетак, од прописане писмене форме, предвиђа се и у случајевима када се поклон чини уговором у корист трећег лица, као и у случају поклоне за учињене услуге уколико не прелази знатно вриједност учињених услуга.

И ЗОО Републике Македоније, што се тиче форме уговора, захтијева писмену форму, али предвиђа, као и остали закони, да је пуноважан уговор о поклону закључен усмено, уколико је предмет предат поклонопримцу.⁴⁶

VII ФОРМА УГОВОРА О ПОКЛОНУ У ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРПСКЕ

На подручју наше земље у погледу форме уговора о промету непокретности важиле су одредбе Закона о промету непокретности СР Босне и Херцеговине из 1978. године. Њиме је било прописно да поред писмене форме уговора о промету непокретности и потписи уговарача морају бити овјерени у

⁴³ Облигацијски закон Републике Словеније (ЗОО Републике Словеније), *Урадни лист Републике Словеније* 83/2001, 32/04, 28/06, 40/07, 97/07, чл. 538.

⁴⁴ Закон о обвезним односима Републике Хрватске, *Народне новине*, 35/05, 41/08, 125/11, чл. 482.

⁴⁵ Закон о облигационим односима Републике Црне Горе (ЗОО ЦГ), *Службени лист Републике Црне Горе*, 47/2008, чл. 577.

⁴⁶ Закон за облигационите односе Републике Македоније (ЗОО Македоније), *Службени Весник на Република Македонија*, 18/01, 78/01, 04/02, 59/02, 05/03, 84/08, 81/09, 161/09, чл. 556.

надлежном суду.⁴⁷ То значи, да када је у питању уговор о поклону непокретности, да би се извршио пренос права својине у земљишним књигама са поклонодавца на поклонопримца, тражило се да уговор буде закључен у писменом облику, а потписи уговорних страна овјерени код суда. Међутим, закон је предвиђао, да ће уговор о промету непокретности, па тако и о поклону непокретности, закључен у писменом облику, производити правно дејство иако потписи уговарача нису овјерени у надлежном суду, ако су уговорне стране извршиле у цјелини или у претежном дијелу обавезе које из њега настају или ако је тај уговор закључен у присуству најмање два свједока који су се потписали на уговору.⁴⁸ У том смислу се изјаснила и судска пракса: „Када је уговор о поклону у писменој форми у целости извршен, а странке су ослобођене од плаћања пореза на промет, поклонопримац је стекао власништво на некретнинама које су предмет уговора, без обзира што уговор није оверен“.⁴⁹

У праву Републике Српске регулисање уговора о поклону (дару) први пут било је предвиђено Нацртом ЗОО Ф БиХ/РС (чл. 704-716). Одредбе о форми уговора о даровању садржи чл. 706. Нацрта ЗОО којим се за његову пуноважност захтијева да изјава воље поклонодавца (обећање о даровању) буде нотарски обрађена, осим ако се дар поводом закључивања уговора о даровању пренесе у имовину поклонопримца. Ово се примјењује и на налог и терет везан за обећање о даровању. Налог, односно терет мора бити садржан у истој исправи. Уговор закључен без придржавања ове форме је међутим пуноважан ако је обећана чинидба извршена. Овим се не дирају прописи који у погледу датог предмета поклона захтијевају придржавање посебне форме изјаве једне или обје стране.⁵⁰

Заједнички извршни и законодавни органи Босне и Херцеговине сматрају да је потребније имати Закон о облигационим односима на државном нивоу. Према Приједлогу ЗОО из 2009. године била су предвиђена рјешења о форми уговора о поклону. Уговор о поклону некретнине закључује се у писменој форми и мора бити овјерен од стране надлежног органа.⁵¹ Сматрамо да ова одредба није адекватно формулисана, јер израз надлежни орган може упућивати на надлежност суда а не нотара који има искључиву надлежност приликом сачињавања и овјере уговора у правном промету некретнина. Ово се

⁴⁷ Закон о промету непокретности СР БиХ, *Службени лист СР БиХ* 38/78, 29/80, стављен ван снаге одредбама Закона о стварним правима РС, *Службени гласник РС*, бр. 126/2008.

⁴⁸ Закон о промету непокретности, чл. 9. ст. 4.

⁴⁹ Пресуда Врховног суда Војводине, Рев. бр. 1970/93. Извор. Д. Лазаревић, *op.cit.*, 276.

⁵⁰ Нацрт закона о облигационим односима Републике Српске/Федерације Босне и Херцеговине (Нацрт ЗОО), са стањем на дан 16. 06. 2003, чл. 706. ст. 1, 3, 4. Почетком двијехиљадитих, рад на овом нацрту био је организован од стране министарстава правде Републике Српске и Федерације БиХ у сарадњи са њемачком владином организацијом GTZ. Међутим, даље од радног текста није се одмакло.

⁵¹ Приједлог ЗОО БиХ, 2009, чл. 629.

примјењује и на налог и терет везан за уговор о поклону. Налог односно терет мора бити садржан у истој исправи. Уговор о поклону који за предмет има покретну ствар, закључен без придржавања форме прописане одредбама овог члана, пуноважан је ако је обећана чинида у цјелости извршена. Одредбе овог члана не примјењују се уколико је посебним законом прописана строжија форма од оvdје прописане с обзиром на предмет уговора о поклону.⁵²

А. Нотари и нотарска форма

У посебним прописима форма уговора о поклону захтијева се као битни елемент уговора, конститутивна форма или форма „*ad solemnitatem*“. Према Закону о нотарима Републике Српске⁵³, Закону о Нотарима Федерације Босне и Херцеговине⁵⁴, и Закону о Нотарима Брчко Дистрикта⁵⁵, правни послови за које је прописан облик нотарски обрађене исправе уколико нису сачињени у том облику не производе правно дејство. Нотарска форма је по правној природи свечана форма, а све нотарске исправе су јавне исправе које под одређеним законским условима могу бити и извршне исправе. Нотарска форма има конститутивни значај за законом одређене правне послове. Циљ законске нотарске форме је и шири, јер нотарски обрађене исправе имају пуну доказну снагу. Ради се о необоривом доказу који има дејство необориве претпоставке тачности.⁵⁶ Нотарски обрађена исправа је исправа коју нотар сачињава у границама својих службених овлашћења у прописаној форми. Нотарска обрада исправе значи да је исправа сачињена од стране нотара, што значи да су стране дале своје изјаве пред нотаром и својим потписима одобриле и тиме јој дале карактер јавне исправе. Нотар треба провјерити да ли су странке способне и овлаштене за предузимање и закључивање правног посла, те испитати праву вољу странака. Садржај обрађене исправе између осталог треба да садржи и напомену да је оригинал странкама прочитан или да се поступило по одредбама Закона о нотарима.⁵⁷ Осим датума, исправа треба да има и потпис и печат нотара који је саставио оригинал.⁵⁸ Потребно је да странке поучи, да оригинал исправе прочита странкама, као и да оригинал одговара вољи странака, да се странке својеручно потпишу и да се у оригиналу прије потписа странака констатује да се тако поступило.

⁵² Приједлог ЗОО Бих, чл. 629. ст. 1, 2, 3, 4.

⁵³ Закон о нотарима Републике Српске, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 86/04, 02/05, 74/05, 76/05, 91/06, 37/07, 50/10, 78/11, 20/14, 68/17.

⁵⁴ Закон о нотарима Ф БиХ, *Службене новине Ф БиХ*, бр. 45/02.

⁵⁵ Закон о нотарима БД БиХ, *Службени гласник Брчко Дистрикта Босне и Херцеговине*, бр. 09/03, 17/06.

⁵⁶ Б. Мораит, *Закон о облигационим односима и нотарска форма*, Правни Живот бр. 11, 2008, 434.

⁵⁷ Закон о нотарима РС, чл. 82, 83, 84.

⁵⁸ Закон о нотарима РС, чл. 70.

На територији Босне и Херцеговине нотаријат као јавна служба постојао је до 1918. године, као служба Аустро-Угарске монархије. Установа јавних биљежника према Закону о јавним биљежницима од 11.09.1930. године Краљевине Југославије, била је укинута 17.11.1944. године одлуком АВНОЈ-а о укидању јавних биљежника и јавнобиљежничких комора и тада јавнобиљежничке послове преузимају редовни судови. Тек 1999. године у Босни и Херцеговини, за подручје Ф БиХ, донијет је Закон о јавном биљежништву којем је као модел служио исти такав закон донесен за подручје Републике Хрватске. Овај закон из одређених разлога није примјењиван у пракси, те је умјесто њега донесен 2002. године Закон о нотарима Ф БиХ. Дистрикт Брчко Босне и Херцеговине Закон о нотарима доноси 2003. године, а Република Српска свој Закон о нотарима доноси 2005. године.⁵⁹ Данас на читавом подручју Босне и Херцеговине функционише нотаријат, са нотарским исправама као јавним исправама које вриједе на читавом подручју БиХ, без обзира од којег су нотара са територије БиХ израђене.

Б. Уговор о поклону као нотарски обрађена исправа

Закон о нотарима тражи обавезу нотарске обраде исправе за одређене правне послове, као и одређену форму која се мора испоштовати. У праву Републике Српске да би уговор о поклону био пуноважан потребно је да буде сачињен у форми нотарски обрађене исправе. У случају да поклонодавац обећава поклон, без обзира о каквој се ствари ради, неопходна је нотарска обрада. Обећање поклона подразумијева сагласност поклонодавца и поклонопримца о предмету поклона на основу које је поклонодавац преузео обавезу на давање, али за којом предаја непосредно не слиједи. Термину „обећање поклона“ можемо ставити одређене замијерке. Овај термин асоцира на поклон као једнострану изјаву воље, а не на уговор, двострани правни посао. Уколико је предмет изјаве о обећању поклона или уговора о поклону некретнина, онда је форма нотарски обрађене исправе неопходна и не може бити оснажена извршењем обавезе од стране поклонодавца. Међутим ако се обећање поклона односи на покретну ствар коју је поклонодавац добровољно предао, пренос права својине би био пуноважан. Ако је предмет поклона покретна ствар, уговор може бити пуноважан иако форма није поштована, ако је поклонодавац добровољно предао ствар поклонопримцу. Закон о нотарима РС је прописао да је за правне послове којима се обећава неко чињење као поклон потребно да буду сачињени у форми нотарски обрађене исправе, с тим што се недостатак нотарске форме у овом случају надомјешта извршењем обећаног чињења.⁶⁰ У овом случају недостатак нотарске форме неће довести до поништења поклона који је извршен.

⁵⁹ Б. Мораит, (2008), *op.cit.*, 434.

⁶⁰ Закон о нотарима РС, чл. 68. ст. 3.

Закон о нотарима је прописао да у форми нотарски обрађене исправе морају бити закључени правни послови који имају за предмет пренос или стицање власништва, али и других стварних права на некретнинама.⁶¹ У Републици Српској је 2005. године Закон о нотарима РС измијењен и обавеза нотарске обраде је искључена за правне послове које међусобно закључује РС и јединице локалне самоуправе, а који за предмет имају стицање или пренос стварних права на непокретностима.⁶² Претпоставка пуноважности уговора о поклону на некретнинама је форма нотарски обрађене исправе. Законско оправдање лежи у чињеници да уговор о поклону некретнина спада у правне послове усмјерене на пренос или стицање својине и других стварних права на некретнинама којима се производе стварноправна дејства тек извршеним уписом у катастар непокретности. Форма нотарски обрађене исправе код уговора о поклону захтијева одређен временски период у којем поклонодавац има могућност да преиспита своје мотиве и отклони посљедице нежељеног поступања. У супротном, нарушава се стабилност правних односа и отвара пут судовима да проналазе рјешења за које не постоје одговарајуће законске норме.⁶³ Не улазећи у правну природу уговора о поклону на некретнини, недостатак форме нотарски обрађене исправе није могуће накнадно оснажити и судским путем остварити упис права својине у катастар непокретности, ако су странке извршиле само усмено преузете обавезе. На основу усменог уговора о поклону непокретности која је предата у посјед поклонопримцу, он не може стећи право својине. Таквом уговору суд не може признати правно дејство, јер у овом случају нису испуњени услови за његову конвалидацију.⁶⁴ Оваква форма уговора у погледу некретнина прописана је ради постизања веће правне сигурности. Увођењем нотара у наше право обједињено је сачињавање и овјера уговора на некретнинама у форми нотарски обрађене исправе, те наглашена друштвена улога нотара на пољу ефективне контроле законитости, пружањем савјетодавних услуга странкама о посљедицама правног посла с циљем спречавања могућих спорова и повећања степена правне сигурности.⁶⁵

Сврха увођења нотара је у остваривању веће правне сигурности и јачању правне државе. Циљ форме је сложенији од оног који се тражи прописивањем обичне писмене форме у предатним правним правилима. Ова форма пружа бољу заштиту поклонодавцу. Његова воља је слободнија када је изјављује пред нотаром. Поклонодавцу се пружа већа заштита од недобронамјерних утицаја поклонопримца или трећих лица на одлуку о томе да ли да закључи уговор.

⁶¹ Закон о нотарима РС, чл. 68. ст. 4.

⁶² М. Повлакић, *Надлежност нотара у Босни и Херцеговини*, Зборник Правног факултета у Загребу бр. 2, 2013, 266.

⁶³ Е. Бикић, А. Бркић, *Материјалне и процесноправне посљедице недостатка форме уговора у правном промету некретнина*, *Анали Правног факултета Универзитета у Зеници* бр. 3, 2010, 151.

⁶⁴ Д. Медић, *op.cit.*, 88.

⁶⁵ Е. Бикић, А. Бркић, *op.cit.*, 158.

Овом формом штите се и интереси трећих лица. Приликом сачињавања исправе, нотар поучава поклонодавца на то да поклоном не треба да повриједи нужни дио његових наследника јер би у супротном могло доћи до реституције, и на тај начин смањују се могућности да интереси нужних наследника буду угрожени прекомјерним поклонима оставиоца. Овом формом се штите интереси обје уговорне стране. Нотар може да утиче на то да стране уговорнице преиспитају садржину уговора. Прописивањем нотарске форме штите се и јавни интереси. Нотар је дужан да приликом сачињавања исправе упозори уговорне стране на правне сметње које би могле да настану уследи њихових изјава. Испуњењем ове дужности нотара постиже се да оне одустану од нпр., закључења уговора о поклону који је мотивисан неморалном или незаконитом побудом.⁶⁶ Ако уговорне стране не одустану, и захтијевају да им састави исправу, нотар уноси у исправу своје упозорење и тиме такву побуду чини видљивом.⁶⁷ С обзиром да уговор о поклону није регулисан позитивним прописима, нотарска обрада уговора о поклону омогућава странкама, савјетованим од нотара, да уреде све елементе свог односа као што су опозив због незахвалности, задржавање права на предмету поклона, урачунавање или неурачунавање поклона у будући наследни дио, постојање налога и сл.

Републике Хрватска, Словенија, Македонија, Србија, Црна Гора, увеле су нотарску службу у свој правни систем, тако да је нотаријат уведен и у свим државама насталим на подручју бивше СФРЈ.

Законом о Јавном бележничтву Републике Србије,⁶⁸ као и у Закону о промету непокретности Републике Србије⁶⁹, предвиђено је да се уговор о промету непокретности закључује у облику јавнобележнички потврђене (солемнизоване) исправе. Уговор о промету непокретности (значи и поклон) се солемнизује клаузулом о потврђивању и она је услов његове пуноважности. Солемнизационом клаузулом јавни бележник потврђује да је странкама у његовом присуству прочитана исправа, да су оне изјавиле да та исправа у свему и потпуно одговара њиховој вољи, и да су је својеручно потписале.

VIII ЗАКЉУЧАК

Поред елемената који се траже за постојање сваког уговора, за пуноважност уговора о поклону захтијева се испуњење и додатног елемента, форме. Уговор о поклону је формалан уговор, што значи да је за његов настанак потребно да сагласност воља уговарача буде изражена у законом

⁶⁶ М. Ђурђевић, *op.cit.*, 154.

⁶⁷ Закон о нотарима РС, чл. 76. ст. 2.

⁶⁸ Закон о јавном бележничтву Републике Србије, *Службени гласник РС*, 31/2011, 85/2012, 19/2013, 55/2014, 93/2014, 121/2014, 6/2015, чл. 93. ст. 1.

⁶⁹ Закон о промету непокретности Републике Србије, *Службени гласник РС*, 93/2014, 121/2014, 6/2015, чл. 4. ст. 1.

предвиђеном облику. Према правним правилима садржаним у бившим грађанским законима, да би био пуноважан уговор о поклону морао је бити закључен у писменој или реалној форми. Ступањем на снагу Закона о нотарима Републике Српске, Закона о нотарима Федерације Босне и Херцеговине, и Закона о нотарима Брчко Дистрикта, завршен је поступак успоставе јединственог система нотаријата на подручју цијеле Босне и Херцеговине и истовремено усаглашавање позитивног права Босне и Херцеговине са правом земаља у окружењу. Увођењем нотаријата у наш правни систем, за обећање поклоне предвиђена је форма нотарски обрађене исправе, као битна, конститутивна форма. Закон о нотарима Републике Српске прописује да уговори о поклону који нису закључени у предвиђеној форми не производе правно дејство. Изузетак од овог правила постоји у случају када су предмет овог уговора покретне ствари које су предате поклонопримцу, у ком случају се признаје дејство овако закљученом уговору о поклону. Може се рећи да када су у питању покретне ствари, између реалне и нотарске форме постоји однос конкуренције и према одредбама Закона о нотарима. Сврха увођења нотара је у остваривању веће правне сигурности и јачању правне државе. Овом формом се штите интереси обје уговорне стране, као и јавни интереси. Имајући у виду позитивне законске одредбе које се односе на сам поступак закључивања уговора о поклону, односно форму која у цјелини мора бити испоштована, те санкције које повлачи непоштовање форме, може се очекивати да ће у наредном периоду бити смањен број спорова који се тичу ове материје.

Tijana Baćović, LL.M

FORM OF DONATION CONTRACT

Summary

Donation contract is a formal agreement. In order to be valid, donation contract must be completed in regulated form by law. The formalism of donations represents a big departure from the principle of consensus, as a dominant principle of modern agreement law. In the Republic of Srpska, by the proclamation of a law on notaries, for donation contract, the form of a notarized document is envisaged, as an important, constitutive form, whose deficiency makes the contract ineffective. The purpose of the notary form of donation contract is that legal relations are regulated in

* Senior Assistant, Faculty of Law, University of Istočno Sarajevo, Republic of Srpska, Bosnia and Herzegovina.

a way to avoid disputes and to provide guarantees of the highest degree of legal certainty. Given that this form has been prescribed by the legislator for the purpose of protecting the public interest, in the absence of the contract, the contract is inevitably affected by nullity, without the possibility of convalidation. However, when it comes to the donation of moving things, the lack of notarial forms in this case is replaced by the execution of the promised act. In this elaborat, we will use the normative and comparative method, in order to determine the similarities and differences in the regulation of the same issues in different legal systems.

Key words: contract, donation, form, notary, notarial form.

Дејан Симић*

Стручни чланак
УДК: 321.7:342.3

ДЕМОКРАТИЈА У ЕРИ ПОСТСУВЕРЕНОСТИ

Рад примљен: 10. 06. 2019.

Рад исправљен: 18. 09. 2019.

Рад прихваћен за објављивање: 09. 12. 2019.

У овом раду биће истражени домети и границе демократије у ери глобализације и реструктурирања државно-правног поретка, посебно критичко преиспитивање глобализоване демократије и њено проширење изван граница нације и државе. Поучен литерарно-научном разумевањем стечених истина и сазнања, а покренут рационалним и логичким посматрањем савременог друштва, аутор покушава да скицира виђење постсуверености и демократије, трудећи се да унесе што више ауторског и аутентичног. Аутор доводи у корелацију глобалну моћ, релативизовану сувереност и националну демократску вољу народа и поставља основно полазиште да је демократија у ери постсуверене глобалне констелације моћи редукована, често и елиминисана као својство легитимности националне државе, да се криза и дефицити демократије на националном нивоу преносе и на међународни глобални ниво а посебно да унутрашњи и спољашњи чиниоци демократије умањују њену вредност и неупитност. Детерминанте односно одреднице државе уједно су и одреднице демократије. Научни циљ овог рада је да утврдимо неке од суштинских и карактеристичних чинилаца и веза који десуверенизују државу, десуверенизују и демократију.

Кључне речи: глобализација, сувереност, демократија, интерес, моћ, изборна воља.

I ДЕМОКРАТИЈА И ПРОБЛЕМ СУВЕРЕНОСТИ

У савременим мађународним односима али у оквиру науке односно теорије државе, све више се јавља потреба за интегрално, системско и мултифакторско проучавање државе односно њеног суверенитета. Државни суверенитет, поред догматско-правног метода, све више се истражује са становишта чинилаца, фактора и околности глобалног међународног карактера. У оквиру теорије државе, све учесталије се узимају у обзир како универзалне

* Докторанд Правног факултета Универзитета у Крагујевцу, simke979@yahoo.com

тако и контекстуалне односно променљиве околности глобалних геостратешких интереса. Чак је транзитологија односно теорија транзиције постсоцијалистичких држава све више критикује јер заобилази односно не узима у обзир глобални односно геостратешки чинилац у обликовању степена суверености и самосталности држава, конкретније, суверености народне воље односно суверености националне политичке воље. Тако читамо, „поставке транзитологије поклопиле су се са доминантном геостратегијом западних сила, па се чини да је она прилично политичко-идеолошки конструисана и да има функционалну важност за креаторе и идеолошке промотере демократије на истоку“.¹ Глобализација делегитимише демократију, редукује демократски потенцијал држава, али и подстиче и ослобађа ауторитарне и антидемократске потенцијале који су саставни део националних традиција. Хетерономни глобални интерес утиче и стимулативно и дестимулативно на демократски развој државе и ограничава исходе успеха транзиционих држава у њеним процесима укупне трансформације.

Демократија своје устоличење, развој и кризе дугује држави јер демократија без државе није функционални и обавезујући облик политичког режима и организације друштва. Нормативно и у класичном значењу, народни суверенитет је примордијалан у процесу конституисања односно сукцесије власти, а суверена воља народа пренесена на легитимне институције државе има контролну функцију мониторинга кроз формацију критичке јавности. Трансформација и криза демократије националне државе одређена је глобалним процесима и појавама глобализације, која мења лик државе и друштва и на тај начин мења суштину управљања општим, заједничким, посебним и појединачним интересима националних друштава.

Суверенитет националне државе подразумева демократски изабрану власт на слободним и регуларним изборима у коме се директно изражава народна воља. Народна воља подразумева слободну, независну, аутономну и мање или више рационалну артикулацију потреба, интереса и преференција. С тога, демократију можемо одредити као владавину и управљање од народа изабраних представника који *треба* да управљају у интересу народа односно већине. Између „треба“ и „јесте“ постоји велика удаљеност а истовремено огроман критички и истраживачки потенцијал науке о држави и праву,

Глобално управљање није интернационално већ транснационално (не између, већ изнад и изван нација-држава). Глобална космополитска демократија², коју је поставио Дејв Хелд, подразумева вишестепено глобално управљање општим интересима. Основно идеолошко ткиво космополитске демократије је неолиберална идеологија која се посебно изражава у несметаном просторном приступу глобалног тржишта унутар националне државе, у

¹ С. Ковачевић, *Транзиција у демократију*, Ниш, 2015, 50.

² Уп. D.Held, *Democracy and the Global order – From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Cambridge, 1995.

редукцији једнакости односно социјалне функције јавних политика, у приватизацији јавног сектора и расту социјално-економске неједнакости. На тај начин, неолиберализам умањује или укида демократски потенцијал националних друштава и урушава остале значајне демократске вредности.

Хелдова поставка глобалне космополитске демократије³ извире из кризе и метаморфозе суверености националне државе која се изражава у ометаној суверености управљања у односу на друге државе, а с друге стране, у дефициту унутрашње демократске управљивости јер држава не може да одговори потребама и преференцијама својих бирача. Ограничена моћ државе и националних друштава огледа се у томе што не може да контролише односно ограничава глобалну моћ и спољашње факторе односно утицаје. Изборна одлука националне народне воље често нема никакав значај чак ни правно дејство у односу на хетерогене интересе.

Криза демократије није превладана чак ни на национално-државном нивоу а већ се преноси на глобални. Добре и лоше стране демократије транспоноване су само на виши глобалнији ниво општости. Евидентан је модел рецепције путем имплантације институција. „Рецепција либералног модела демократије у процесу транзиције од комунизма ка капитализму није уважила све слабости и недостатке демократије у земљама узорима, односно либерални модел демократије није схваћен и практикован контекстуално, саобразно карактеристикама конкретних друштава“.⁴ На овај начин „копирани модел“ демократије заобилази идентитет заједница и уподобљава се са очекивањима идеологизоване либералне демократије која је препоручени планетарни модел.

II ОБЛИЦИ ГЛОБАЛНЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ КАО ИЗАЗОВ ДЕМОКРАТИЈИ

Полазећи од Токвила и његовог хоризонталног аспекта демократије⁵ и Сарторијевог модела вертикалне демократије⁶, који су своја разматрања о демократији фокусирали на унутардржавни ниво, могуће је извести и два облика глобалне интегрисаности. С једне стране, постоје вертикални облици „хијерархијске“ повезаности кроз облике глобалне моћи, глобалних интеграција и организација. Хоризонтални облици повезаности односе се на хетерономне дифузне или планиране утицаје на националне државе и друштва преко различитих организација и интересних група које се интегришу у унутрашњи живот државе и као значајне утицајне групе утичу на процес доношења одлука.

³ Уп. D. Held, *Modeli demokratije*, Školska knjiga, Zagreb, 1999.

⁴ С. Ковачевић, *op. cit.*, 29.

⁵ Уп. А. Токвил, *О демократији у Америци*, Подгорица, Нови Сад, 1999.

⁶ Уп. Ђ. Сартори, *Демократија – шта је то?*, ЦИД, Подгорица, 2001.

Вертикални ефекти повезаности изражавају се кроз правне или политичке облике повезаности и обавезности односно укључености државе у међународне организације и институције као што су различити форуми Уједињених нација, Светске банке, ММФ, Европске уније, регионалне асоцијације као и обавезе преузете дејством међународног права. Вертикални модел глобалног интегрисања има две негативне консеквенце по демократију националне државе. Прва је изражена у општем месту да што је демократија вишестепенија, или што је више делегативних дистанци, што је више посредована, она умањује аутентичност изворне демократске воље. Уопштавање интереса народа редукује народни изворни суверенитет, тако да се опште интерпретиран глобални интерес готово налази у супротности са почетно артикулисаним интересима друштва. Друга консеквенца изражава се у томе што било формални било неформални облици међудржавне или глобалне комуникације и одлучивања увек су компромисни или наметнути, што се међународно одлучивање супроставља аутономној вољи националних друштава и интересу националне државе.

Хоризонтални ниво интеграције и дифузије утицаја на глобалном нивоу, делегира субјекте и чиниоце који не подлежу политичкој одговорности демоса нити свој програм деловања проверавају у процесу изборне легитимације. Овај облик интеграције који утиче на демократску трансформацију држава има два модела утицаја: један је модел повезивања а други модел политичког утицаја.⁷

Модел интегративног повезивања подразумева економску помоћ и подршку унутрашњим социјалним и политичким актерима који би промовисале демократију. Модел политичког утицаја претпоставља промоцију демократије насупрот ауторитарном моделу уз извесне понуде односно преференце за чланство у међународним организацијама. Ради се о јачању оних утицаја који настоје да развију друштво и државу преко једнотипског модела државног управљања, државне организације односно стварања институционалног устројства које је сагласно са моделима у узорним државама. Посебно се подстичу принципи одговорности, респонзивности, транспарентности, владавине права, слободне јавности којима се унапређује демократија у „недемократским“ државама. Модел подразумева неку врсту нове управно-административне и политичке организације и реинжињеринга институција који ће бити отворен и респонзиван више за хетерогене него за аутономне интересе.

Преиспитивање постојећих модела глобалне демократске интеграције доводи нас до неколико важних закључака. Прво, сви модели утицаја, повезивања и унепређивања имају, бар као видљиви, прокламовани циљ унутрашњу демократизацију у друштвима која немају либералну и демократску традицију али имају легат конзервативне, неефикасне, идеолошке

⁷ Уп. S. Lavenex, *EU External Governance in Wider Europe*, Journal of european Publik Policy, No 11, 2004, 698-703.

и партијске државе. Све моделе хоризонталне интеграције, који су аналитички лимитирани, могли бисмо да означимо као промоцију једног, препорученог, опробаног, верификованог модела демократије, модела демократије који је настао на темељу другачијих друштвено-историјских околности у односу на „земљу увозника“ демократије. Друго, сви хетерогени утицаји, све варијанте веритикалне и хоризонталне интеграције, укрштени су и комбиновани утицаји. У тај арсенал су укључени и модели наметања санкција, односно присилни или условљени утицаји, било да је у питању афирмација или деградација са репертоаром „штап и шаргарепа“. Треће, сви досадашњи таласи демократизације⁸, били су регионално или глобално условљени, посебно четврти талас демократизације бивших социјалистичких и аутократско-ауторитарних режима. Посткомунистичка демократизација је на равни реалне политике моћи и интереса имала превасходну функцију контроле и утицаја на унутрашње политике тих држава, далеко од стварних и аутономних потреба демократизације и развоја. Унапређење демократије у земљама четвртог таласа више је ствар геостратешког утицаја и стављања под интересну сферу утицаја него обнову, стабилизацију и развој демократије.

III ДЕМОКРАТСКИ ДЕФИЦИТ ГЛОБАЛНОГ УПРАВЉАЊА

Глобално управљање, с једне стране, умањује функционалност због проблема координације и кооперације међународних и наднационалних политичких, војних, финансијских, економских и технолошких нивоа институција, а с друге стране, умањује легитимност глобалних форума одлучивања јер су моћ и интерес неједнако распоређени тако да једни доминирају и операционализују глобалну моћ транснационалних корпорација а други остају подређени наметнутој вољи. Са треће стране, неједнака сувереност савремених држава онемогућава релативно пропорционално представљање интереса на глобалном нивоу. Објективна сметња изражава се у томе што неједнаки треба да се питају једнако.

Проблеми политичке и правне легитимације демократије на над-државном нивоу такође се изражавају у недостатку јасне и пропорционалне демократске процедуре и јасно дизајнираног институционалног процеса доношења одлука. Уплив глобалне корпорације, слободног тржишта и пореских олакшица, јачају економски чинилац глобализације чиме се смањује демократска контрола њиховог деловања и одговорности.

Право, избори, понашање националних елита... су глобално лимитирани. Наше слободе и права грађана више нису заштићени сувереном моћи државе већ су подређени, подведени под логику капитала и финансијских тржишта. Изборна воља је лимитирана, јер бирачи могу да мењају персонални или

⁸ Уп. С. Хантингтон, *Трећи талас*, Загреб, Подгорица, 2004. године, разликује три таласа демократизације.

партијски односно коалициони састав владе, али не могу да промене приоритете спољне и унутрашње политике, а посебно економску и социјалну политику. Националне елите своју легитимност не црпе само из суверене бирачке воље већ из подршке и наклоности глобалних моћних играча. Носиоци државних функција су све мање везани националном идеологијом и лојалношћу демократској вољи и тако остављају друштво у, како каже Крастев, „разломљеној љуштури националне државе“.⁹

Дефицит демократије у међународним оквирима изражава се, дакле, кроз јасне противречности: прво, глобализација је процес који је углавном наметнут „одозго“, а демократија процес који подразумева аутономију воље и „иде одоздо“; друго, либерална демократија као планетарни модел се претворила у своју супротност јер либерализам подразумева аутономију и слободу воље појединаца, група и народа; треће, ако либерална демократија искључује ауторитарну вољу онда се њено изопачење изражава у томе што се управо такав модел намеће арбитрарно, ауторитарно и безусловно. Било која идеја, вредност, принцип, доктрина, када пролази кроз призму појединачних интереса, у овом случају глобалних, нужно се дегенерише, изопачује и квари, и на тај начин добија супротна значења. Тумачење демократије је одређено простором неограничене политичке моћи, као што је то уосталом судбина државе и права.

Глобална моћ подразумева и „медијске империје“. Глобални карактер комуникација, глобализација медија као инструмента моћи, има значајан утицај и на квалитет и могућности националне демократије. Битно својство савремене глобалне моћи је његова екранизација, дакле, глобална видеократија. Глобална медијатизација демократије је у основи манипулативне природе. Дигитална револуција, екранизација глобалне моћи, приватизација медија на глобалном нивоу... служе промоцији потреба и интереса великих држава и приватног капитала а не промоцији информативног система који је у функцији општих интереса јавности немоћних држава и њихових грађана. Данас не постоји слободна јавност и слобода избора на глобалном нивоу, а слободна јавност и слобода избора представљају услов демократије. Иако је глобална арена преплављена различитим информативним садржајима, иако информатичка ера треба да допринесе глобалном знању и информисаности, слободном протоку идеја и алтернатива, све је мање алтернативних и критичких извора информисања а све више контролисане, дириговане и обликоване јавне комуникације. Спутаване слободне јавности на глобалном нивоу путем строге контроле мас-медија и селекције информативних садржаја значи спутавање и суспензију демократије.

⁹ I. Krastev, *S verom u nepoverenje*, Clio, Beograd, 2013, стр. 11.

IV ПОСТСУВЕРЕНА ЕРА КАО ИЗАЗОВ ДЕМОКРАТИЈЕ

Постсуверена ера означава време заласка, односно слабљења класичног модела суверености и зависност националних држава од глобалних центара моћи. Глобалне одреднице суверенитета значајно одређују и карактер и природу класичног модела демократске суверености народне воље. За разлику од пређашњих теорија о животном простору¹⁰, теорије о изабраном народу¹¹, теорије силе¹² у освајању глобалних простора, данашњи геополитички фактор делује другачије: дакле, свеобухватније, интензивније и софистицираније, више употребљавајући концепт хегемоније него класичан модел силе мада је сила крајње прибежиште геостратешких освајања. Прво, сагласно класичном поимању суверене територије, основни нормативни принцип, како унутрашње тако и спољне политике је сувереном влашћу ограничен простор. Хелд проблематизује тај концепт и сматра да су територије и граница биле разлог за „укључивање или искључивање за доношење одлука које утичу на њихов живот али исход тих одлука данас се протеже ван националних граница“.¹³ На овај начин, народ суверене државе суочен је са парадоксом да мора да се повинује одлукама које није сам донео и да, истовремено, одлуке националног демоса немају ни фактичку ни нормативну делотворност ван њених граница. Тако, слобода избора и опредељења, у глобалним оквирима, је спутана, ограничена, а све чешће суспендована, чиме долазимо до закључка да глобализација урушава саму срж демократије.

Контрола и лимитираност сувереног демоса, била директна или индиректна, било да се одвија у оквиру међународних интегративних процеса и организација, има функцију контроле оскудних, ретких, дефицитарних, недостајућих вредности, добара и ресурса. Друго, процес контроле глобалног простора има тоталитарне претензије, било непосредно или преко кооперативних држава. Глобализација стога све више добија тоталитарна својстава, јер се ресурси планете земље, оскудне сировине, становништво, природне погодности, контролишу посредством „хибридних“, комбинованих стратегијских политика, од анатемисања непослушних држава до тако именоване хуманитарне интервенције.

Треће, теориторијална величина државе и њен број становника је полазиште у укупној прерасподели глобалног утицаја и моћи. Мале, сиромашне државе, које се налазе на рубовима „цивилизацијских граница“ увек су биле немоћне у међународним односима а њихов отпор се „сламао“ различитим механизмима. Овде наглашавамо један парадокс. „Десуверенизација и маргинализација државе

¹⁰ Уп. P. V. de la Blache, *A biographical sketch by Jason Hilkevitch & Max Fulkerson*, 2009; M. Grčić, *Politička geografija*, Geografski fakultet, 1999. Beograd;

¹¹ Уп. Urluh-Verner, *Nacionalizam*, Svetovi, Novi Sad, 2002

¹² Уп. K. Deutsch, *The Analysis of International Relations*, Englewood Cliffs, Prentice Hall, New York, 1968.

¹³ D. Held, *Модели демократије*, Загреб, 1999, стр. 33.

под егидом глобализације не важи за све државе и народе подједнако. Тај диктум, у форми већ добро познате законитости развоја друштва важи само за неразвијене или мање развијене, али не за оне најјаче земље. Најмоћније земље које диктирају нови смер и стратегију маргинализације државе у другим друштвима, не само да чувају већ и јачају своје државе идеолошки, политички и војно.¹⁴ Стога пропорционални оквир представљености државе у међународним инситуцијама, смањује репрезентативност, делотворност и домаћај националне воље. Са друге стране, што је противречно и супротно установљеној општој пракси, неке државице су неједнако истакнуте и неправично привилеговане јер играју значајну улогу (балканске државице) на геостратешкој мапи. Дакле, ради се о пракси неједнаког поступања у идентичним и сличним ситуацијама и квазиегалитарно у неједнаким приликама.

Четврто, државе које имају потенцијал ресурса, извора сировина и уколико су интегрисане у интересе великих сила, су посебан случај квазимоћних држава, чија позиција не извире из фактичке моћи, већ из моћи силе заштитнице. То су често аутократске државе које не задовољавају ни минимум међународних стандарда демократије, људских права или владавине права, али се уклапају у реалне интересе великих сила.

Пето, теориторијална сепарација је учестали процес и тенденција савременог света. Распад држава и стварање нових држава, и током историје, а посебно данас, има искључиво геостратешки планетарни значај декомпозиције односно деструктурирања међународног поретка. То се посебно односи на крај биполаризма, распад СССРа и Друге Југославије. Право на аутономију и самоуправу које се операционализује као право народа на самоопредељење до отцепљења, као демократско право, противи се, доктринама прокламованог територијалног интегритета. Процес реконфигурације политичке карте света обезвређује објективну моћ држава да се суоче са сепаратним покретима који су историјски идентитетски инспирисане и промовисане од стране доминантних супер-држава. Показало се да су мултиетничност и вишејезичност препрека принципима демократије националне државе јер се ствара поларизована, сепаратна демократска воља, која је заснована на групном идентитету а не на индивидуалним правима и слободама.

Шесто, није мали број национално компактних теориторија подељен. То су примери две државе а једна нација, као што је случај са Корејом, а раније са Вијетнамом и Немачком, неприродним и вештачким границама Блиског истока, вештачким концептима нација на балканским просторима и на основу тога, стварања националних државица иако су им менталитети, култура и језик заједнички.

¹⁴ В. Васовић, *Савремене демократије I*, Службени гласник, Београд, 2006, стр. 23.

Седмо, позната „теорија демократске транзиције“¹⁵ која је постала толико помодна и идеологизована, превидела је један фактор који је био опредељујући у политици евроатланских сила, а то је геостратешки. Ширење на Исток није толико инспирисано демократизацијом, ширењем либералне доктрине, успостављањем правне државе, колико интересном инспирацијом ширења и контроле утицаја. Тај процес је почео деконпоновањем Пољске, а историјске аналогии јасно показују да ко контролише Пољску и Источну Европу тај влада светом.

Осмо, постсуверена ера производи и појаву „постдемократије“.¹⁶ Израз „постдемократија“ коју је увео Крауч као појам који означава кризу, дегенерацију и кварење демократије, треба у свом значењу проширити као појам који значи демократију без државе. Ако се проблематизује, релативизује, оспорава сувереност у име постсуверене глобалне моћи, онда је доведен у питање и облик уређења и организације државе. Ако сувереност значи сувереност демократске народне, националне воље, а треба да значи, онда демократија дели глобалну, упитну судбину и негацију суверености државе. С`тога је и демократско утемељење државе и њене власти емпиријски контроверзна појава, јер се легитимитет „националних елита“ власти правда и рационализује „скривеним“, императивним очекивањима „глобалне елите“ моћи и интереса.

Девето, очигледно је да глобални чиниоци корумпирају и кваре највећа достигнућа демократије и то на начин да фактички живот све више поприма јасну, интензивну и карактеристичну појаву олигархизације демократије односно појаву аристократизације демократије. С`тога је неопходно поново промислити демократију и као идеју и као праксу, вратити се демократским изворним садржајима, процедурама и вредностима, дакле, продубити демократију, рехабилитовати њена стварна и могућа значења. Потребна нам је, да употребим Гиденсову формулацију, „демократизација демократије“¹⁷. Овоме додајемо да је неопходна и ресуверенизација државе. Демократизована демократија и етатизована држава треба да означавају врсту равнотеже и редистрибуције одлучивања у односу на степен глобалности важних и горућих питања односно степен конкретности питања и проблема који се ипак не могу решити без државе. То значи да треба јасно класификовати, детектовати глобалне изазове који се тичу човечанства, општих интереса опстанка и развоја наше планете и у том случају демократија „изнад“ државе“ може имати свој легитимитет. Са друге стране, неопходан је глобални консензус за процес одлучивања о питањима која се тичу само контекстуалног, локалног, регионалног па и онога што називамо делокруг националних држава. Јер нема

¹⁵ Ph. Schmitter, *Transitions from authoritarian Rule: Tentative Conclusions About Uncertain democracies*, J, Hopkins Univ. Pres. Baltimor, 1986.

¹⁶ Уп. К. Крауч, *Postdemokratija*, Karpis, Beograd, 2014.

¹⁷ Уп. Е. Гиденс, *Odbegli svet*, Stubovi kulture, Beograd, 2005. godine

ефикаснијег начина од државе да имплементира глобалне одлуке које су судбина свих нас, као децентрализована суверена државна власт глобалне политике. Не треба сметнути с ума да постоје питања и проблеми који су, да се тако изразимо, „испод нивоа“ суверене државе а тичу се свега што има локални, аутономни, специфичан карактер и што се не може решавати у котеријама отуђене глобалне моћи одлучивања. Нова стварност савременог света захтева и нове облике управљања и другачије, репрезентативније децентрализоване форме. Терет и одговорност глобалне одлуке бива подељен и у хоризонталном и у вертикалном смислу, и у процедуралном и у садржајном смислу. Глобални плурализам је супротност глобалном монизму. Равнотежа моћи одлучивања мора да добије нове институционалне облике и нивое, а постојеће међународне институције (УН), које више не одражавају глобалну стварност, треба да се реконфигуришу и одражавају полицентризам и различитост. Глобалну симулацију демократске владавине и лажну бригу за „одрживи развој“ и живот на планети треба да замени освешћени глобални грађанин, космополита. Нова форма демократије подразумева рационалну нову глобалну демократску политичку и правну грађанску културу. Колонизација глобалним ресурсима и хегемонија светско-историјског процеса је онтолошки проблем који захтева нови тип политике и нове профиле персонализованих носилаца глобалне моћи.

V ЗАКЉУЧАК

Савремене државе се дефинишу, одређују, функционишу, постоје под дејством различитих чинилаца и околности које су одређујуће, детерминишуће. Ако је демократија унутрашње својство друштвене и државне организације, онда и она дели судбину државе. Управо је недостатак савремене теорије државе и права то што не узима у обзир тако важан чинилац у разматрању државе и њених атрибута, односно функционалности државе како на међународном тако и унутрашњем плану. Геополитика треба да буде дефинишући елеменат појма државе, који значајно утиче на њене функције, структуру, организацију, спољну политику. Глобални чинилац државе је основна теоријска, научна, методолошка претпоставка од које треба поћи приликом свих научно-истраживачких процеса. С`тога, поред унутрашњег критеријума (власт, становништво, територија) треба узети у обзир међународни положај државе, а он се увек одређује с обзиром на глобални геостратешки модел констелације реалних односа. С`тога, демократија националне државе је спутана, лимитирана и неделотворна, нормативистичка, а демократија „изван државе и нације“, недовршена, нереална, елитистичка, није репрезентативна и не уважава посебне интересе многих држава и народа.

Либерални модел демократије је данас постала глобална мода, али упркос томе што се она више шири и што је више демократије у свету, њен садржај се све више умањује под утицајем глобалних аутократски-елитистичких интереса.

И што је још трагичније, док се тај процес формалне, идеологизоване, безтежинске демократије све више опонаша, у земљама „извозницама“ либералне демократије све више се изражава криза, разочараност и снижен ниво поверења. Иако нису изгубили веру и наду у идеју и могућности демократије, они су све више разочарани политичким одлукама демократске владе, јер се процес државне демократске легитимисане власти све више отуђује од промена које погађају животе људи. Дакле, глобалистички императиви моћи и посесивни, грамзиви интересни империјализам политике урушава демократију на глобалном нивоу, не само у земљама које сричу демократске норме, процедуре и праксу, већ и у земљама које се „представљају“ као глобални, непроблематични, узорни модел демократије.

Dejan Simić

DEMOCRACY IN THE ERA OF POSTSOVEREIGNTY

Summary

In this paper, the scope and boundaries of democracy in the era of globalization and restructuring of the state-legal order will be explored, in particular the critical review of globalized democracy and its extension beyond the borders of the nation and the state. Teached by the literary-scientific understanding of the acquired truths and knowledhe, and initiated by the rational and logical observation of contemporary society, is the vision of post-pesusasion and democracy, trying to introduce as much as possible authorial and authentic. The democracy of the national state is impoverished, limited and ineffective, normative, and democracy outside the state and nation, ncomplete, unearlistic, elitist, is not representative and does not repect the special interests of many countries and nations. Globalist imperatives of power and the impressive, vigorus interset of imperialism in politics ruin democracy at a global level, not only in coutries that mumble democratic norms, procurements and practices, but also in coutries that present as a global, unproblematic, model od democracy.

Key words: globalization, sovereignty, interest, power, electoral will.

* PhD candidate, University of Kragujevac, Faculty of Law.

ПРИКАЗИ

Александар Петров¹

**Зоран С. Голубовић: НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ И
ПОЛИЦИЈСКА РЕАКЦИЈА, Партенон, Београд, 2018.**

Савремен начин живота донео је са собом и разне облике девијантног понашања у друштву, нарочито у породици као основној ћелији друштва. Неравноправан однос као и неравнотежа моћи између супружника често доводе до физичког насиља које са собом односи и људске животе, неретко и животе малолетне деце. О насиљу у породици данас не можемо говорити само



као о социјално-патолошкој појави, већ и као једним од најзаступљенијих облика криминали-тета где посебно значајно место у превенцији заузима полиција. Научни допринос истраживању ове специфичне врсте криминалитета даје монографија аутора др Зорана С. Голубовића *"Насиље у породици и полицијска реакција"* која представља дело које на теоријским и емпиријским основама истражује улогу полиције у спречавању дела насиља у породици.

Монографија је проистекла из докторске дисертације аутора одбрањене 2016. године на Правном факултету Универзитета „Унион“ у Београду. Аутор је своје вишегодишње искуство полицијског службеника преточио у вредно научно дело које на јасан,

систематичан и свеобухватан начин приказује улогу полиције у превенцији кривичних дела против брака и породице.

Монографија је укупног обима 320 страна и подељена је у пет целина.

У првом поглављу под називом *"Кривичноправна заштита брака и породице"* аутор се најпре бави појмовним одређењем брака и породице, као и односом патријархалне и савремене породице. Затим, посебно указује на значај права на приватност и заштиту породичног живота које анализира кроз међународноправни и нормативни оквир Републике Србије. Сва кривична дела из групе кривичних дела против брака и породице аутор разврстава у две

¹ Предавач Високе школе струковних студија за економију и управу у Београду, специјалиста криминалиста, a.petrov@live.com

подгрупе. У првој подгрупи налазе се кривична дела против брака у које спада кривично дело двобрачности, док се у другој подгрупи налазе кривична дела против породице где убраја кривична дела ванбрачне заједнице са малолетником, одузимање малолетног лица, промена породичног стања, запуштање и злостављање малолетног лица, насиље у породици, недавање издржавања, кршење породичних обавеза и родоскрвњење. Након навођења законских описа поменутих кривичних дела, аутор даље анализира статистичке податке о заступљености ових дела у Републици Србији према евиденцијама Министарства унутрашњих послова, правосудних органа, центара за социјални рад и организација цивилног друштва.

Како је у пракси у највећој мери заступљено насиље у породици, Голубовић у наставку пише о заштити од насиља у породици коју разматра прво кроз породичноправну заштиту, као примарни облик заштите, а затим кроз прекршајноправну заштиту. Свакако најделотворније механизме заштите од насиља у породици пружа кривично право. Међутим, кривичноправном заштитом не може бити обухваћена породица као јединствен објект заштите, већ једино члан породице. Овде аутор примећује да уколико је више чланова породице оштећено не постоји стицај, већ се ради о једном кривичном делу. Исто тако, као отворен проблем остваривања кривичноправне заштите, наводи и стицај појединих облика насиља у породици и однос са другим кривичним делима чија су обележја уједно и обележја кривичног дела насиља у породици као што су угрожавање сигурности, наношење тешких телесних повреда, злостављање малолетног лица и сл.

На крају овог поглавља аутор као могуће правце унапређења кривичноправне заштите брака и породице види у унапређењу националног законодавног оквира и примени постојећих решења, унапређењу мултисекторске сарадње између система здравствене заштите, образовања, социјалне и породичноправне заштите, полиције, правосуђа, тужилаштва, као и развоју јединственог софтверског система за евиденцију случајева насиља у породици.

"Улога полиције у заштити брака и породице" назив је другог поглавља.

У овом поглављу прво се разматра традиционални и савремени концепт полиције где се нарочито придаје значај полицији у заједници као новом облику организације полиције у коме важну улогу у полицијском одлучивању и деловању имају грађани, и социјално-услужном концепту полиције где до изражаја долази социјални сегмент у раду полиције, тј. где се полиција посматра као врста социјалне службе. У наставку рада аутор анализира реакције полиције на кривична дела против брака и породице у теоријско-емпиријским истраживањима извршеним средином шездесетих и осамдесетих година XX века, као и од 2000. године наовамо.

Проблеми на које наилази полиција Републике Србије у заштити брака и породице идентични су проблемима са којима се срећу полиције у другим земљама наводи др Голубовић, и истиче да је нарочито неадекватан однос

према насиљу у породици полиција имала у време када ово кривично дело није било инкриминисано. Инкриминацијом дела и све јачим утицајем јавности тај се однос почео мењати, тако да данас полиција има кључну улогу у превенцији насиља у породици, али посебна пажња се мора посветити обуци полицијских службеника нарочито у случајевима препознавања злостављања и занемаривања малолетника, као и приликом процене односа у породици када је пријављен случај насиља. Аутор запажа да је полиција и даље немоћна у случајевима прогањања из разлога што ове радње нису посебно инкриминисане, и зато сматра да би полиција пријаве оваквих нежељених радњи требала да "препозна као елемент будућег насиља". С тим у вези, како би се значајно унапредило поступање полиције и у случајевима прогањања, аутор предлаже инкриминацију оваквих радњи "ако не као кривично дело, онда бар као прекршај".

Случајеви насиља у породици могући су и међу припадницима полиције чему је аутор посветио посебну пажњу у делу под називом "Полицијски службеници као насилници". Закључак је да се насилници не могу скривати испод полицијске униформе и да МУП мора ову област посебно нормативно уредити што сада није случај.

Као примере добре праксе полицијске реакције на породично насиље др Голубовић наводи моделе међусекторске сарадње у Зрењанину и Лазаревцу, где у заштити брака и породице до изражаја долази сарадња полиције, тужилаштва, прекршајних судова, центара за социјални рад, домовна здравља и невладиног сектора. Уједно, посебна пажња се посвећује жртви насиља и посебно се води рачуна да се отклони утицај насилника на жртву како не би пријавила случај. Ови модели представљају комбинацију превентивних и репресивних мера и аутор их у будућности види као потенцијални национални модел ефикасне међуинституционалне реакције на породично насиље.

Још један могући подстицај за унапређење улоге полиције у заштити брака и породице продукт је реформе српске полиције и односи се на имплементацију концепта полиције у заједници који нарочито треба да допринесе превенцији породичног насиља на локалном нивоу.

Треће поглавље, насловљено *"Реакција полиције на кривична дела против брака и породице у упоредном и међународном праву"*, указује на најважнија упоредноправна и међународноправна решења полицијске реакције на породично насиље.

Упоређујући упоредноправна решења, аутор прво полази од англосаксонског правног система где анализира заштиту брака и породице и улогу полиције у Сједињеним Америчким Државама, Канади и Великој Британији.

Облици полицијске реакције на насиље у породици у државама континенталног правног система представљени су кроз решења у Аустрији, Немачкој, Шведској и Француској. У посебном делу аутор анализира заштиту

брака и породице и улогу полиције у земљама бивше СФРЈ – Хрватској, Словенији, Федерацији БиХ, Републици Српској, Црној Гори и Македонији.

Улога међународних организација и међународноправна решења када је у питању реаговање полиције на насиље у породици, анализирана су кроз документа Уједињених нација, Савета Европе, Европске уније и осталих међународних докумената од значаја за рад полиције.

У четвртном поглављу под називом *"Реакција полиције на кривична дела против брака и породице у Републици Србији"*, аутор се бави анализом позитивног законодавства Републике Србије и полицијском реакцијом на кривична дела породичног насиља, почевши од Устава Републике Србије, Закона о равноправности полова, Закона о забрани дискриминације, Закона о полицији, Закона о оружју и муницији, Закона о прекршајима и Кривичног законика. Посебно истиче одредбу Закона о полицији којом је предвиђено поступање полиције у случају породичног насиља, као и одредбу истог закона којом се предвиђа поступање полиције у случају повећаног ризика. Као значајни документи анализирани су Општи протокол о поступању и сарадњи установа, органа и организација у ситуацијама насиља над женама у породици и у партнерским односима, и Посебни протокол о поступању полицијских службеника у случајевима насиља над женама у породици и у партнерским односима. Овим протоколима одређена је улога полиције и других органа у заштити жртава породичног насиља и уједно унапређена реакција полиције на дела насиља у породици.

У наставку аутор анализира полицијску статистику у вези насиља у породици. Користећи евиденцију МУП-а као извор података, графички је приказан број пријављених кривичних пријава насиља у породици, број пријављених лица и предузетих мера, однос полне и старосне структуре пријављених лица, анализа места и времена извршења, и посебно анализа и статистички приказ убистава у породици.

Временски период статистичке обраде података је од 2002. до 2012. године, при чему су подаци посебно издвојени за Град Београд и Аутономну Покрајину Војводину у ситуацији када су уочена одступања у односу на Републику Србију у целини.

Повећање поверења у полицију и уједно промена имица полиције која подразумева одступања од традиционалне полицијске организације где је полиција више у служби система него грађана представља императив у демократизацији државног апарата принуде. С тим у вези, аутор износи податке до којих је дошао у оквиру спроведеног истраживања односа полицијских службеника према жртвама кривичног дела насиља у породици. *"Унапређење односа са жртвама и разумевање потреба жртвава"*, као и *"Јачање свести о неопходној помоћи и подршци жртвама"* поднаслови су у овом поглављу где је др Голубовић детаљно приказао резултате истраживања.

Последње, пето поглавље носи назив *"Правци и могућности усавршавања полицијске реакције на дела против брака и породице"*.

Аутор ово поглавље започиње указивањем на значај потврђивања Конвенције Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. Сама Конвенција намеће потребу стручног усавршавања полицијских службеника у овој области, као и унапређивање сарадње између различитих институција. Аутор овде између осталог, упознаје читаоце о досадашњем току усклађивања законодавства са међународним стандардима, нарочито у оквиру Министарства унутрашњих послова, где је, примера ради, унутар Управе криминалистичке полиције формирано посебно одељење које ће се бавити искључиво санкционисањем и превенцијом породичног насиља.

Обука и едукација припадника полиције о спречавању и борби против насиља у породици према мишљењу аутора треба да се заснива на добро испланираној стратегији. Овде у први план треба ставити бригу о жртви насиља у породици, као што Конвенција Савета Европе и налаже. С тим у вези, аутор сматра да је неопходно "увести проактиван приступ у едукацији и обуци полицијских службеника, интензивирати едукацију и специјализацију с циљем разумевања и препознавања насиља у породици и заштите жртава насиља, узети у обзир ставове полицијских службеника у погледу подручја њихове едукације и обука". Активности образовних установа на овом пољу дате су на примерима Криминалистичко-полицијске академије у Београду и Центра за основну полицијску обуку у Сремској Каменици. Аутор напомиње да је неопходна стална едукација и стручно усавршавање полицијских службеника у превенцији насиља у породици, што укључује и сарадњу са другим институцијама. Таква сарадња предвиђена је и Националном стратегијом за спречавање и сузбијање насиља над женама у породици и у партнерским односима. Један од носилаца активности у спровођењу наведене Стратегије јесте управо полиција чиме је њена улога у превенцији породичног насиља усмерена на сарадњу и са другим министарствима, локалним самоуправама, удружењима грађана, центрима за социјални рад, и нарочито, медијима. Др Голубовић зато сматра да полиција треба да се укључи и као равноправан партнер, али и као иницијатор кампања подизања нивоа свести јавности о значају превенције породичног насиља.

Након петог поглавља дат је резиме остварених резултата истраживања.

Списак коришћене литературе обилује разноврсним, актуелним и савременим насловима из предметне области.

Монографија је писана јасно и разумљиво, тако да се лако може читати. Препоручује се правницима, криминолозима, полицијским службеницима, социјалним радницима, као и свима осталима који су заинтересовани за проблем насиља у породици.

УПУТСТВО ЗА АУТОРЕ

НАУЧНИ И СТРУЧНИ ЧЛАНЦИ

Научни и стручни чланци могу се објавити на српском (ћирилица или латиница), енглеском, немачком, француском и руском језику. Аутори који своје радове доставе на српском језику дужни су да на почетку рада напишу апстракт, обима до 250 речи, и од пет до десет кључних речи, а на крају рада резиме, обима до 1/10 дужине чланка, и исти број кључних речи на енглеском језику. Аутори који своје радове доставе на страним језицима дужни су да на почетку рада напишу апстракт, обима до 250 речи, и пет кључних речи, а на крају рада резиме, обима до 2/10 дужине чланка, и исти број кључних речи, који ће бити објављени на српском језику. Превод резимеа и кључних речи на српски језик обезбеђује Редакција часописа..

Аутори су дужни да, поред свог имена и презимена, наведу назив установе у којој је аутор стално запослен, као и своју контакт адресу, која укључује и е-адресу.

Обим научних и стручних чланака је ограничен на максимално два ауторска табака. У изузетним случајевима, редакција може одлучити да се прихвате и обимнији радови.

Редакција прима искључиво необјављене радове (научне и стручне чланке) који подлежу двострукој анонимној рецензији и класификацији у складу са **Типологијом докумената/дела за вођење библиографија у систему COBBIS**. Радови који су прихваћени за објављивање или су већ објављени у „Гласнику права“, аутор може објавити у другим публикацијама, али само уз допуштење Редакције и уз јасну назнаку о њиховом објављивању у „Гласнику права“. Ако је чланак, пре објављивања у „Гласнику права“, био изложен на научном скупу у виду усменог саопштења (под истим или сличним насловом), податак о томе се наводи у посебној напомени на дну прве странице чланка.

Радови аутора морају бити достављени у WORD, Times New Roman, фонт 12 (фусноте 11), проред 1,5 (фусноте 1), величина стране А4, лева и десна маргина 3цм и горња и доња маргина 2,5цм.

Радови морају бити структурирани на следећи начин :

I., II., III, итд.

A, B, C итд. односно A, B, V, итд.

1., 2., 3.,

a), б), ц) итд. односно а), б), в) итд.

Наслов рада и поднаслови се пишу на средини.

ОСТАЛИ ПРИЛОЗИ

Остали прилози (семинарски радови, избор судских одлука, прикази књига итд.) могу се, такође, објавити на било ком од горе наведених језика и морају бити достављени у WORD, Times New Roman, фонт 12, 1,5 проред.

Редакција задржава право да достављене прилоге (научне и стручне чланке и остале прилоге) прилагођава општим правилима уређивања часописа и стандардима српског језика.

Радови се могу доставити у електронском облику на CD на адресу уредништва или на мејл адресу уредништва (укључујући и адресе главног и одговорног уредника и секретара уредништва).

ПРАВИЛА ЦИТИРАЊА

1. Књиге

Прво слово имена, презиме аутора, наслов књиге (*italic*), место и година издања, број странице (без скраћенице стр.). Пример: Н. Ђорђевић, *Практикум за облигационо право*, Крагујевац, 2002, 22.

Уколико се у књизи помиње више места издања, наводе се прва два раздвојена цртицом. Пример: F. Bydlinski, *Juristische Methodenlehre*, Wien-New York, 1991, 55.

2. Часописи (чланци)

Прво слово имена, презиме аутора, наслов чланка, број часописа, година часописа, број странице. Пример: Ј. Радишић, *Нацрт кодекса лекарске етике Србије*, Правни живот бр. 9, 2003, 222.

3. Текстови из зборника радова

Прво слово имена, презиме аутора, наслов текста, у: наслов зборника (ур. име уредника), место и година издања, број странице. Пример: С. Ђорђевић, *Приватноправни односи са елементом иностраности и интернет*, у: Слободе и права човека и грађанина у концепту новог законодавства Републике Србије (ур. С. Бејатовић), књ. 2, Правни факултет Универзитета у Крагујевцу, Институт за правне и друштвене науке, Крагујевац 2003, 261.

4. Електронски текстови

Прво слово имена, презиме аутора, наслов текста (веб странице), УРЛ, датум посете (дан, месец и година). Пример: K. Boele-Woelki, *Internet und IPR*:

Wo geht jemand ins Netz?, <http://cui.unige.ch/~billard/ipilec/BOELED1.HTM>, датум посете: 14. 02. 2002.

5. Нормативни акти

Назив правног акта, назив гласила у коме је објављен, број и година објављивања. Ако ће се наведени пропис цитирати и касније, приликом првог помињања у загради се наводи његова скраћеница под којом ће се даље појављивати. Пример: Закон о парничним поступку (ЗИП), *Службени гласник РС*, бр. 125/04.

6. Судска пракса

Врста одлуке и назив суда, број одлуке, датум (дан, месец, година) доношења, назив публикације у којој је објављена, и број странице у публикацији. Пример: Решење Окружног суда у Београду, Гж. 1782/04, Избор судске праксе, 2/2005, 62). Ако одлука није објављена, потребно је то и назначити. Пример: Решење Окружног суда у Београду, Гж. 1782/04, необјављено.

7. Остала правила

1. Уколико постоји више аутора књиге или чланка, њихова имена се раздвајају зарезом. Пример: С. Ђорђевић, В. Станковић, *Облигационо право*, Београд, 1987. Када књига има више од три аутора, наводи се прво слово имена и презиме првог аутора, уз додавање скраћенице *et al.* (*et alia*). Пример, Т. Варади *et al.*, *Међународно приватно право*, Београд, 2008.

2. Када се цитира више тачно одређених страница, оне се раздвајају цртицом, а када се цитира више страна које се не одређују тачно, после навођења броја прве странице додају се речи „и даље“. Пример: Н. Ђурђевић, *Практикум за облигационо право*, Крагујевац, 2002, 22-27. Пример: Ј. Радишић, *Нацрт кодекса лекарске етике Србије*, Правни живот бр. 9, 2003, 222 и даље.

3. Код поновљеног цитирања текста одређеног аутора, после првог слова имена и презимена аутора, следи, уместо наслова текста, скраћеница *op.cit.*, после које следи број странице. Пример: Ј. Радишић, *op.cit.*, 222.

4. Ако се цитира исто дело и иста страница као и у претходној фусноти (узастопно) користи се само скраћеница *Ibid.* А ако се цитира текст дела, наведеног у претходној фусноти, који се налази на различитој страници, после *Ibid.* назначује се број странице (пример: *Ibid.*, 55.).

5. За „видети“ се користи скраћеница „Вид.“, а за „Упоредити“ скраћеница „Уп.“

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

34

ГЛАСНИК права = Herald of Law : часопис из области права и сродних друштвених наука / главни и одговорни уредник Нина Планојевић.
- Књ. 1, св. 3 (1992)-1997, књ. 6 ; 2016, br. 1-2 ; Год. 8, бр. 1 (2017)- . -
Крагујевац : Правни факултет, 1992-1997 ; 2016 ; 2017- (Крагујевац :
Графопромет)
. - 24 cm

Полугодишње. - Је наставак: Гласник Правног факултета у Крагујевцу =
ISSN 0351-2207. - Друго издање на другом медијуму: Гласник права
(Online) = ISSN 1821-4630
ISSN 1450-8176 = Гласник права
COBISS.SR-ID 65313282