

**Универзитет у Нишу
Правни факултет**

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

LXII

**Тематски број
„ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У
ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ”**

ЦЕНТАР ЗА
ПУБЛИКАЦИЈЕ



ПРАВНИ
ФАКУЛТЕТ
НИШ

Ниш, 2012

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

*Тематски број - „ЗАШТИТА ЛЈУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У
ЕВРОПСКОМ ПРАВНОМ ПРОСТОРУ”*

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Предраг Димитријевић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Предраг Димитријевић

Чланови Редакционог одбора из земље

Проф. др Невена Петрушић

Проф. др Миомира Костић

Проф. др Драган Николић

Проф. др Љубица Николић

Мр Мира Симовић

Чланови Редакционог одбора из иностранства

Prof. dr Michael Geistlinger, професор Универзитета, Салцбург, Аустрија

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан први

Скопље, Македонија

Груцина Людмила Јурјевна доктор юридических наук, професор кафедре

"Гражданско право" Финансовог универзитета при Правителства РФ.

Проф. др Анатолиј Капустин, професор Универзитета Дружба народов, Москва,

Русија

Prof. dr Isabel S. Marcus, професор Правног факултета Универзитета Бафалоа,

Бафало, САД

Академик Игор Г. Побирченко, председник Међународног суда трговинске

арбитраже при Привредној и индустријској комори Украјине

Проф. др Александер Воденичаров, декан Факултета права и историје Неофит

Рилски, Благоевград, Бугарска

Секретар Редакционог одбора: Доц. др Дејан Јанићијевић

Преводи: Гордана Игњатовић

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: „СВЕН“ Ниш

Тираж: 100

САДРЖАЈ

Проф. др Александар Ђирић ЕВРОАЗИЈСКА ЕКОНОМСКА ЗАЈЕДНИЦА.....	1
<i>Eurasian Economic Community</i>	
Проф. др Невена Петрушић Проф. др Слободанка Константиновић Вилић ИНТЕГРИСАЊЕ СТУДИЈА РОДА У УНИВЕРЗИТЕТСКИ СИСТЕМ ОБРАЗОВАЊА	17
<i>Integrating Gender Studies In University Eductaion System</i>	
Проф. др Војислав Ђурђић Доц. др Марко Трајковић БИОЕТИЧКО ЛИЦЕ ПРАВА.....	41
<i>Bioethical Side Of The Law</i>	
Проф. др Зоран Радивојевић СПОРАЗУМИ О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ	53
<i>Stabilisation And Association Agreements In European Union Law</i>	
Проф. др Предраг Димитријевић ОРГАНИЗАЦИЈА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....	73
<i>Organization Of State Administration In Serbia</i>	
Проф. др Драган Јовашевић ОБЛИЦИ ИСПОЉАВАЊА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА	91
<i>Forms Of International Crimes</i>	
Проф. др Љубица Николић Др Александар Мојашевић ОРГАНИЗАЦИЈА ФИНАНСИЈСКИХ ТРЖИШТА.....	113
<i>The Organization of the Finacial Market</i>	
Проф. др Мирослав Лазић ЗАШТИТА ОД БУКЕ – КОМУНАЛНА БУКА И ИМИСИЈА БУКЕ -	129
<i>Protection From Noise Pollution: Communal noise and noise emissions</i>	

Др сци. Зоран Ћирић СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИ АСПЕКТ АФЕКТИВНИХ СТАЊА.....	145
<i>Forensic-Psychiatric Aspect Of Affective States</i>	
Милева Анђелковић РАЗМЕНА ИНФОРМАЦИЈА КАО ВИД МЕЂУНАРОДНЕ ПОРЕСКЕ САРАДЊЕ	161
<i>Exchange of Information as a form of International Tax Cooperation</i>	
Проф. др Миомира Костић УТИЦАЈ АНТРОПОЛОГИЈЕ НА НАСТАНАК И РАЗВОЈ КРИМИНОЛОГИЈЕ	177
<i>The influence of Antropology on the genesis and development of Criminology</i>	
Проф. др Наташа Стојановић ПРЕДНАЦРТ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И НАСЛЕЂИВАЊЕ	191
<i>Succession Issues in the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code</i>	
Проф. др Саша Кнежевић НАЧЕЛО РАСПРАВНОСТИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ	207
<i>The Adversity Principle in Criminal Procedure</i>	
Проф. др Зоран Поњавић ПРЕКОГРАНИЧНО ОДВОЂЕЊЕ ДЕЦЕ У СЛУЧАЈУ ПОРОДИЧНОГ НАСИЉА	219
<i>The international child abduction in cases of domestic violence</i>	
Проф. др Небојша Ранђеловић Др Предраг Јеленковић ЦРТИЦЕ СРПСКЕ ИСТОРИЈЕ ПРАВА У КОНТЕКСТУ КОМУНИКОЛОШКИХ ПРИНЦИПА	235
<i>Brief Sequences from the Serbian Legal History in light of Communicological Principles</i>	
Проф. др Предраг Цветковић „КЉУЧ“ ЗА ЧИТАЊЕ И ИНТЕРПРЕТАЦИЈУ ЗАКОНА О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ И КОНЦЕСИЈАМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ:.....	245
<i>The “Key“for interpreting the provisions of the Serbian Act on Public-Private Partnership and Concessions</i>	

Проф. др Горан Обрадовић МОР-ова ДЕКЛАРАЦИЈА О ОСНОВНИМ ПРИНЦИПИМА И ПРАВИМА НА РАДУ ИЗ 1998. године.....	265
<i>The ILO Declaration on the Fundamental Principles and Rights at Work (1998)</i>	
Проф. др Дејан Јанићијевић ПРОШИРЕЊЕ ДЕЈСТВА АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА	283
<i>Extending The Scope Of Arbitration Agreement</i>	
Доц. др Небојша Раичевић ОГРАНИЧЕЊЕ УПОТРЕБЕ ЗАПАЉИВОГ ОРУЖЈА У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА	301
<i>Restrictions On The Use Of Incendiary Weapons In Armed Conflicts</i>	
Доц. др Марија Игњатовић ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У ДОБА РИМСКЕ РЕПУБЛИКЕ	321
<i>Protection of Human and Minority Rights in the Period of the Roman Republic</i>	
Доц. др Марија Игњатовић ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПЕРЕГРИНА КАО МАЊИНЕ У РИМСКОМ ПРАВУ	335
<i>The Legal Status of Peregrines as a Mionority Group in Roman Law</i>	
Доц. др Тања Китановић ИНСТИТУТ РАЗВОДА БРАКА У ПРАВУ НЕМАЧКЕ	347
<i>The Institution Of Divorce In The German Law</i>	
Доц. др Дејан Вучетић Иван Барун ПРАВО НА ШТРАЈК ЗАПОСЛЕНИХ У ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ.....	359
<i>Local Government Employees Right to Strike</i>	
Мр Ивана Симоновић Др Маја Настић УСТАВНО И ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ О НЕСАГЛАСНОСТИ СА УСТАВОМ ОБРАЧУНА ЗАТЕЗНЕ КАМАТЕ КОНФОРМНИМ МЕТОДОМ.....	377
<i>Constitutional and civil law implications of the Serbian Constitutional Court decision declaring the provision on the compound interest method unconstitutional</i>	

Мр Душица Миладиновић-Стефановић ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ ПРАВНИМ ЛИЦИМА КАО УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА – анализа нормативног оквира у Републици Србији– ...401 <i>Sentencing Legal Entities as Perpetrators of Criminal Offences: Analysis of Serbian normative framework</i>	
Мр Александар Ђорђевић СВЕДОЦИ У СРЕДЊОВЕКОВНОМ СЛОВЕНСКОМ ПРАВУ 417 <i>Witnesses in the Mediaeval Serbian Law</i>	417
Новак Крстић О ПРИРАЧУНАВАЊУ ПОКЛОНА У ОБРАЧУНСКУ ВРЕДНОСТ ЗАОСТАВШТИНЕ 427 <i>Including Gifts in the Assessed Value of the Succession Estate</i>	427
Милош Прица ОГРАНИЧАВАЊЕ ПРИВАТНОСТИ ДРЖАВНОМ ИНТЕРВЕНЦИЈОМ ЗАСНОВАНОЈ НА ПРИМЕНИ ИНФОРМАЦИОНИХ ТЕХНОЛОГИЈА 445 <i>Limiting Privacy by State Intervention based on the Application of Information Technologies</i>	445
Миљана Тодоровић ХАТИШЕРИФИ ИЗ 1830. И 1833. ГОДИНЕ И ЗЕМЉИШНА СВОЈИНА У СРБИЈИ 463 <i>Land Onership in Sebia under the Hatisheriffs of 1830 and 1833</i>	463
Дарко Димовски ТРЕТМАН УБИЦА КРОЗ ПОСЕБНЕ ПЕНИТЕНЦИЈАРНЕ ПРОГРАМЕ 479 <i>The Treatment of Murderers in Special Penitentiary Programs</i>	479
Марко Димитријевић ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ПОРЕСКИХ ПОДСТИЦАЈА У СИСТЕМУ ОПОРЕЗИВАЊА ЗАРАДА 491 <i>Legal Significance Of Tax Incentives In The Earnings Tax System</i>	491
Сања Ђорђевић ТРЕЋИ ФАКУЛТАТИВНИ ПРОТОКОЛ УЗ КОНВЕНЦИЈУ О ПРАВИМА ДЕТЕТА..... 505 <i>Third Optional Protocol to Convention of Children Rights</i>	505

Иван Илић, Миљана Лепир	
ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА У ПОСТУПКУ ПРЕДАЈЕ МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ТРИБУНАЛУ ЗА БИВШУ ЈУГОСЛАВИЈУ – на примеру Србије и Републике Српске	523
<i>Human Rights' Protection in the Proceedings of Surrendering Offenders to the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia: In cases involving Serbia and Republika Srpska</i>	
Милица Вучковић	
ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС СВОЈИНЕ РАДИ ОБЕЗБЕЂЕЊА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ	537
<i>Fiduciary Transfer of Title to Property for the purpose of Securing Claims in the Contemporary Law</i>	
Иван Рашић	
ЕУ ДИРЕКТИВА ЗА ОПОРЕЗИВАЊЕ ШТЕДЊЕ - РАЗВОЈ И ИЗАЗОВИ - ...	551
<i>Eu Savings Tax Directive - Development And Challenges –</i>	
Урош Здравковић	
СПОРАЗУМ О СЛОБОДНОЈ ТРГОВИНИ ИЗМЕЂУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И РУСКЕ ФЕДЕРАЦИЈЕ	571
<i>The Free Trade Agreement between the Republic of Serbia and the Russian Federation</i>	
Јелена Њагуловић	
НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ - ТРИ СЕГМЕНТА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ У ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ	593
<i>Family violence – Three Segments of Legal Protection in Domestic Legislation</i>	
Јелена Паповић	
ЕВРОПСКА ЗАТВОРСКА ПРАВИЛА - сегмент заштите људских права у европском правном простору -	605
<i>The European Prison Rules - protection's segment of the human rights in the European Legal Space-</i>	
Ива Поповић	
ПОРЕСКА УТАЈА У НАШЕМ ПРАВУ	619
<i>Tax Evasion in Domestic Law</i>	

ЕВРОАЗИЈСКА ЕКОНОМСКА ЗАЈЕДНИЦА¹

***Апстракт:** Аутор рада посвећује пажњу „евроазијској иницијативи“ заснованој на међународном привредном удруживању, као појави која своје закономерности црпи из тежње држава постсовјетског простора да се на фону процеса глобализације удружују у регионалне трговинске интеграције, тежећи заштити својих трговинских и привредних интереса на светском тржишту. У том смислу се истиче међдржавна интеграциона структура названа Евроазијска Економска Заједница. Евроазијска економска заједница је дефинисана као међународна економска организација, која је основана у интересу реализације процеса формирања Царинске уније и Јединственог привредног простора, као и ради других циљева и задатака, кроз интеграцију држава чланица, првенствено у привредној и хуманитарној сфери. Поред основних карактеристика Заједнице, аутор анализира организационе аспекте и функционисање институција Заједнице, пре свега у области трговинске сарадње и на плану хармонизације и унификације правних извора држава-чланица.*

На крају, аутор закључује да се у даљем процесу интеграције може очекивати оснивање монетарне уније Евроазијске заједнице, што би био само корак даље од успостављања Евроазијске економске уније, а напokon и Евроазијске Уније, као привредне, војно-политичке, културолошке и територијалне интеграције.

***Кључне речи:** Евроазијска економска заједница; Евроазијска иницијатива; Царинска унија; Евроазијска економска унија; Јединствен економски простор; Заједница Независних Држава (ЗНД).*

¹ Рад је резултат истраживања на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, бр. 179046, који финансира Министарство образовања и науке Републике Србије.

1. Увод

Једна од најзначајнијих тенденција у развоју савременог света је раст интеграционих привредних процеса и успостављање великог броја трговинских блокова универзалног и регионалног карактера. Нашу Планету, данас, одликује трагање за оптималним моделима реформе глобализоване светске привреде. Савремену етапу развоја светских трговинских интеграционих процеса карактерише њихова бројност, богатство форми, али и њихова различита динамика настанка и развоја. Тако, Европска унија показује изванредан степен замора, посебно у процесу проширења, док се истовремено продубљује интегративна функција других интегративних целина, попут Евразијске економске заједнице. Већина заговорника ове интеграције сматра да је, управо привредно удруживање најбољи лек у превазилажењу светске економске кризе. Сагласно томе, у оквиру Заједнице, поред ње саме, функционишу бројни други облици удруживања са различитим нивоом и степеном интегративности, попут Царинске уније, Јединственог економског простора, Организације колективне безбедности, Шангајске организације за сарадњу и друге. Раширено је мишљење да је за разумевање тих процеса најпогодније анализирати, не само идеју, већ може се рећи, нову реалност данашњег света – Евроазијску економску заједницу (рус. Евразийское экономическое содружество - ЕврАзЭС – енгл. *Eurasian Economic Community- EEC*). Она је резултат тзв. „Евроазијске иницијативе“.

1.1. Евроазијска иницијатива

Евроазијска иницијатива се повезује са процесом интеграције, пре свега, земаља чланица Заједнице Независних Држава, насталих на рушевинама некадашњег Совјетског Савеза. Заједница већ више од једне деценије није само идеја, већ помало, свакодневно, али све извесније постаје реална стварност и појава савременог света. Она садржи тежњу о успостављању Евроазијске уније, као конкретног циља новог регионалног интеграционог пројекта. Ова идеја се појавила у марту 1994. године. Саопштио ју је Нурсултан Назарбајев, председник Републике Казахстан, на државном универзитету „Ломоносов“ у Москви, две године након оснивања Заједнице Независних Држава (ЗНД). Назарбајев је своју концепцију засновао на идејама познатог руског научника Лава Николајевича Гумилева, који је најистакнутији представник «евроазијске школе». Гумилев посебно указује на значај географских и културно-историјских веза народа широког простора Северне и Централне Евроазије.²

Основна логика евроазијске иницијативе се заснива на међународном привредном удруживању, као појави која своје закономерности црпи на тежњи држава да се на фону процеса глобализације удружују у регионалне трговинске

2 Име Гумилева данас носи Евразијски национални универзитет, са седиштем у Астањи, главном граду Казахстана.

интеграције, тежећи заштити својих трговинских и привредних интереса на светском тржишту. Она почива на руководним идејама, међу којима се, по значају, посебно истичу:

- а) интеграција, пре свега, на основама економског прагматизма;
- б) добровољност интеграције;
- в) принцип равноправности, немешања у унутрашње ствари, уважавање суверенитета и неприкосновенности државних граница.

Економски интереси, а не апстрактне геополитичке идеје, су основни покретач евроазијске иницијативе за интеграционим процесима.

Талас еуфорије настао на крилима дугоочекиване независности није дозволио новонасталим државама на простору новостворене ЗНД да увиде значај дугорочног потенцијала идеје о евроазијској интеграцији.³ Међутим, последњих година, она се постепено остваривала у пракси, резултирајући читавим низом међудржавних организација и института, од којих свакако значајно место припада Евразијској економској заједници, као и Царинској унији између Казахстана, Беларусије и Русије.

Значај досадашњег деловања Заједнице Независних Држава (ЗНД), посебно је дошао до изражаја установљавањем **Евроазијске економске заједнице**, као и имплементацијом идеје о оснивању **Евроазијске Уније и Јединственог економског простора**.

Интеграциони процеси на простору ЗНД се у њеној двадесетогодишњој историји никада нису заустављали. Они се ослањају на комплементарностима привреда држава-чланица, на дугогодишње искуство и на међусобну сардњу, проткану општим историјским и духовним наслеђем, блискости земаља и њених народа.⁴

На нивоу ЗНД, државе чланице траже путеве изласка из привредне и светске економске кризе, свесне да је немогуће појединачно превладати постојеће проблеме. Сасвим је јасно да су очекивања туђе помоћи чиста илузија, која не води излазу из садашњих тешкоћа, а доскорашњи донатори су приниђени да решавају сопствене проблеме.

Интеграције евроазијског простора су усмерене ка привредном, војно-политичком и културно-хуманитарном плану. Посебно је сазрела свест о неопходности повезивања националних привреда. У том смислу је најперспективнија управо међудржавна интеграциона структура названа Евроазијска Економска Заједница. Она је омогућила

³ Н. Назарбаев, „Евразийский экономический союз: теория или реальность“, <http://www.nomad.su>

⁴ О томе детаљније видети: А. Ћирић, *Privredno-pravni aspekti dvadesetogodišnjeg funkcionisanja Zajednice Nezavisnih Država*, „Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru“, *Tematski zbornik radova. Knj. 1, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2011, str. 35-52.*

успостављање режима слободне трговине, што је резултирало увећањем обима међусобне трговинске размене земаља чланица око три и по пута, а укупан обим међусобних инвестиција је порастао готово пет пута.

Поред тога, стварају се реални механизми финансијске интеграције. Основана је Евроазијска банка за развој, која финансира пројекте у низу земаља чланица Заједнице. Вредно је поменути и формирање заједничког Антикризног фонда са 10 милијарди долара новчаних средстава, као и међународног Центра за високе технологије. Сви ти пројекти су усредсређени на ублажавање последица негативног утицаја светске привредне и финансијске кризе у земљама Заједнице.

Највећи степен интеграције међу чланицама Заједнице је остварен између Русије и Белорусије. У априлу 1997. године је потписан уговор о оснивању Савезне државе Белорусије и Русије. Успостављено је заједничко тржиште, јединствен привредни простор са слободним прометом робе, услуга, капитала, радне снаге. Формирани су јединствени енергетски и транспортни системи, а предузете су и значајне мере на унификацији финансијског система. Савез има за циљ успостављање јединственог политичког, економског, војног, царинског, валутног, правног, хуманитарног и културног простора. Учесник Уније може постати држава-чланица ОУН, која прихвата принципе Уније и преузима на себе обавезе, предвиђене оснивачким Уговором између Белорусије и Русије од 2. априла 1997. и Статута Уније⁵.

Посебно ваља указати на успостављање Царинске уније између Белорусије, Казахстана и Русије. Следећи корак, који се може очекивати је формирање монетарне уније земаља Евроазијске Економске Заједнице, са јединственом евроазијском наднационалном обрачунском валутом.

Последњих година евроазијска идеја се, осим на напред наведене области, шири и на сферу образовања и културе. Основани су Евроазијски клуб научника и Евразијска асоцијација универзитета, са тежњом о успостављању јединственог евроазијског образовног простора.

Наша пажња у овом раду је посвећена теми о перспективама Евроазијске економске заједнице: да ли је она мит или реалност. Евроазијско подручје се оцењује као супериоран простор на планетарном нивоу. Тако, амерички геополитичар Збигњев Бжежински истиче: "Ко буде овладао Евроазијом, тај ће овладати целим светом". Најмоћније државе у свету, као и њихове међудржавне интеграције помно прате дешавања у оквиру не само Евроазије, већ и целог Тихоокеанског басена: Русије, Кине, Ирана и Индије.⁶ Будући да се тежишни центар глобалних трговинско-економских, па самим тим и политичких односа, поступно премешта у Азију, са привредним гигантима, као што су Кина, Јапан и

5 <http://ru.wikipedia.org/wiki/>

6 Р. Тмушић Степанов, Из мрака Европсе уније у Евроазијски савез, <http://euroasiaserbia.wordpress.com>

Индија, искуство Европске уније може бити азбука интеграције за многе државе евроазијског простора. Са друге стране, у условима замора Европске уније од проширења, као и замора држава кандидата од процеса приступања Унији, све чешће се помиње идеја о Србији у Евроазијској Унији.⁷

Процењује се да начела равноправности, добровољности и задовољавања прагматичних интереса земаља чланица могу бити основа да Евроазијска економска заједница може постати глобални фактор светске привреде, али и политике XXI века. Генерална скупштина ОУН је 20. новембра 2012. године, на 67. заседању, консензусом донела Резолуцију о јачању сарадње са ЕЕЗ – ЕврАзЭС-ом. Резолуцијом се „одаје признање напорима за учвршћивање регионалне привредне интеграције у оквирима Царинске уније Русије, Белорусије и Казахстана, као и успостављању функционисања, од 1. јануара 2012. године, Јединственог економског простора. Поред тога, Резолуцијом се указује на „значај чињенице да се регионални интеграциони процеси одвијају у сагласности са важећим међународним обавезама у сфери трговине“. Генерална скупштина ОУН је поздравила почетак рада Евроазијске економске комисије „у својству јединог сталног регулаторног тела Царинске уније и Јединственог економског простора, као и напоре земаља чланица Царинске уније које оне предузимају на усвајању јединственог униформног акта, који би представљао основу оснивања Евроазијске економске уније.

Указујући на значај Евроазијске економске заједнице, која од 2003. године, има статус посматрача у Генералној скупштини ОУН, Резолуцијом је формулисана тачка дневног реда за 69. заседање Генералне скупштине у 2014-2015. години - „Сарадња ОУН и Евроазијске економске заједнице“.

2. Евразијска економска заједница (ЕАЕЗ – Евразийское экономическое содружество - ЕврАзЭС)

2.1. Уговор о оснивању Евразијске економске заједнице (ЕврАзЭС) је потписан 10. октобра 2000. године у Астањи.⁸ Ступио је на снагу 30. маја 2001. године после његове ратификације од стране свих држава-чланица и то: **Белорусије, Казахстана, Киргистана, Русије и Таџикистана**. Јануара 2006. потписан је Протокол о присаједињењу Узбекистана, али је у октобру 2008, Узбекистан привремено обуставио учешће у раду органа ЕврАзЭС. Од маја месеца 2002.

⁷ Игор Панарин, један од најуваженијих руских академика и креатора модерне руске дипломатије, још 2006. године је предложио руском лидеру В. Путину реализацију концепта Евроазијске Уније која би имала четири главна града: Санкт-Петербург, Алма-Ату, Кијев и Београд.

⁸ Уговор је измењен Протоколима о изменама и допунама од 25. 1. 2006. и од 6. октобра 2007. године. Интегрални текст са изменама и допунама доступан је на адреси: <http://www.ipaeurasec.org>

статус посматрача при Организацији имају Украјина и Молдавија, а од јануара 2003. и Јерменија. Статус посматрача имају и Међудржавни комитет авијације и Евроазијска банка за развој.

Евразиска економска заједница је међународна економска организација, која је основана ради реализације процеса формирања Царинске уније и Јединственог привредног простора, као и ради реализације других циљева и задатака, кроз интеграцију држава чланица, првенствено у привредној и хуманитарној сфери.⁹

Заједница располаже овлашћењима, која су на њу пренеле Стране уговорнице, сагласно Уговору о оснивању. Уговорне стране остају суверени и равноправни субјекти међународног права (ст. 2. чл. 1. Уговора).

Ступањем на снагу Уговора о оснивању, раније закључени уговори између страна уговорница, као и одлуке органа дотадашњих облика међусобне интеграције остају на снази у деловима који не противрече самом Уговору.¹⁰

Организација је основана у складу са начелима ОУН и нормама међународног права. Располаже међународно-правним субјективитетом. Одликује је структуриран систем институција и органа, са пратећим механизмом доношења и спровођења одлука.

Године 2003. Евроазијска економска заједница је стекла статус посматрача у Генералној скупштини ОУН.

2.2. Основни задаци и циљеви Заједнице су:

- а) Успостављање режима слободне трговине, на основама јединствених царинских тарифа и јединственог система мера нетарифног регулисања;
- б) Изградња општих правила трговине робом и услугама и њиховог плана на друга тржишта;
- в) Увођење јединственог поступка контроле валутних операција;
- г) Успостављање усаглашеног заједничког система царинског регулисања;
- д) Доношење и реализација заједничких програма економског и социјалног развоја;
- ђ) Стварање једнаких могућности и услова за обављање индустријске и предузетничке делатности;

⁹ Евразиска економска заједница заузима територију од 20,374 милиона квадратних километара, на којој живи око 180 милиона људи, што чини 2,7% светске популације, са око 3,5% светског бруто производа. Заједница располаже моћном минерално-сировинским потенцијалом, са тренутним резервама нафте од 9%, гаса - 25%, угља - 23%, електроенергетским ресурсима - 5,5%, производњом челика – 5,4%, пшенице – 5,7%. По резервама индустријског урана, платине, злата, сребра, циркона, молибдена, ретких метала и других налазишта, Заједница заузима од 1. до 3. места у свету. Више о овоме: ЕврАзЭС сегодня, Москва, 2011. <http://www.evrazes.com/i/other/evrazes-segodnya-web.pdf>

¹⁰ Видети ст. 2. чл. 2. Уговора.

- е) Формирање заједничког тржишта транспортних услуга и јединственог транспортног система;
- ж) Формирање заједничког тржишта енергетских услуга;
- з) Успостављање једнаких могућности за приступ страним улагањима на тржишта земаља-чланица;
- и) Обезбеђење грађанима држава-чланица једнаких права у стицању образовања и медицинске помоћи на целој територији Заједнице;
- ј) Зближавање и хармонизација националних законодавстава;
- к) Обезбеђење координације правних система држава-чланица у циљу успостављања заједничког правног простора на нивоу Заједнице.

Посебан стратешки задатак Заједнице је да, поред успостављања режима слободне трговинске размене, установи усаглашен поступак утврђивања позиције држава-чланица у односима са Светском трговинском организацијом (СТО - *World Trade Organization-WTO*).

Евроазијска економска заједница је место на коме се очекује наступање наредне етапе међудржавних трговинских и привредних интеграционих процеса на ниво шире царинске уније, а од 1. јануара 2012. године, и на успостављеном Јединственом привредном простору, као и у оквиру Евроазијске уније. Такав даљи развој догађаја потврђује чињеница да је 18. октобра 2011. године у Петербургу, на Седници шефова влада ЗНД, потписан Споразум о зони слободне трговине између осам чланица Заједнице Независних Држава (ЗНД) и то: Русије; Украјине; Белорусије; Казахстана; Јерменије; Киргистана; Молдавије и Таџикистана, док Азербејџан, Узбекистан и Туркменистан разматрају могућност придруживања¹¹. Евроазијска економска заједница је пример динамичне савремене регионалне интеграције, која се заснива на већ познатим моделима економске групације држава. Творци и носиоци реализације такве идеје је виде не као политички клуб, већ као заједницу и «локомотиву» привредне интеграције¹² на простору Заједнице Независних Држава.¹³

11 Објављено 20/10/2011, [EUROASIA - SERBIA](http://euroasiaserbia.wordpress.com), видети: <http://euroasiaserbia.wordpress.com>

12 О томе више видети: У. Б. Мухамеджанов, „Евроазијска интеграција: Економика, право, политика“, 2010, № 7, стр. 20.

13 О Заједници Независних Држава више видети: А. Ћирић, Заједница Независних Држава (ЗНД): настанак, организација, привредно-правни односи, решавање спорова, Институт за правна и друштвена истраживања Правног факултета Универзитета у Нишу, 1998, стр. 318. О интегративним процесима, у оквиру Заједнице видети и: А. Ћирић, *Privredno-pravni aspekti dvadesetogodišnjeg funkcionisanja Zajednice Nezavisnih Država*, „*Zaštita ljudskih i manjinskih prava u evropskom pravnom prostoru*“, *Tematski zbornik radova. Knj. 1, Centar za publikacije Pravnog fakulteta, Niš, 2011, str. 35-52.*

3. Организациона структура и институти Евроазијске економске заједнице

Сагласно чл. 3. Уговора о оснивању, ради испуњавања задатака и циљева Евроазијске заједнице установљени су и делују следећи њени основни органи:

- 3.1. Међудржавни Савет;
- 3.2. Интеграциони Комитет;
- 3.3. Међупарламентарна Скупштина (Ассамблеја - МПА);
- 3.4. Суд заједнице и
- 3.5. Други помоћни органи и тела.

3.1. Међудржавни Савет Заједнице

Највиши орган управљања Заједницом је Међудржавни савет, кога чине шефови и председници влада земаља - чланица. У надлежности овог органа су питања од општег значаја, која задиру у стратешке интересе чланица Заједнице, и која опредељују стратегију и перспективе развоја интеграције. Савет доноси одлуке, чији је циљ реализација задатака Заједнице.¹⁴

Заседања Савета се одржавају најмање једанпут годишње на нивоу шефова држава и на нивоу председника влада најмање два пута годишње, уз могућност сазивања и ванредних заседања.¹⁵ Радни језик Савета је руски.

Председавање Саветом се остварује наизменично од стране сваке државе чланице, на период од годину дана, сагласно редоследу установљеном применом руске азбуке. Одлуке се доносе консензусом, а њихово спровођење се реализује доношењем неопходних националних правних аката.

Савет разматра принципијелна питања делатности Заједнице, која су од заједничког интереса држава-чланица. Одређује стратегију, правце и перспективе развоја интеграције и доноси одлуке, усмерене на реализацију циљева и задатака Заједнице.

Савет одлучује о питањима, која се тичу:

- а) регулисања услова узајамне трговине међу државама-чланицама Заједнице;
- б) царинске политике Заједнице, у односу на треће државе;
- в) поједностављења и унификације царинских правила и процедура, у пракси држава-чланица;

¹⁴ Видети: Правилник о Међудржавном савету Заједнице - Положение о Межгосударственном Совете Евразийского экономического сообщества, утверждено решением Межгосударственного Совета Евразийского экономического сообщества от 31 мая 2001 года № 3, с изменениями и дополнениями, утвержденными решением Межгосударственным Советом от 23 июня 2006 года № 307. <http://www.evrases.com/docs/view/5>

¹⁵ Видети чл. 4. Правилника о Међудржавном савету Заједнице.

г) хармонизације и унификације националих законодавстава чланица. Поред тога, Савет утврђује буџет Заједнице за сваку буџетску годину и усваја извештај Интеграционог комитета о његовом усвајању, као и структуру и персонални састав Секретаријата Интеграционог Комитета. Оснива помоћне органе Заједнице и доноси одлуке о престанку њихове делатности. Утврђује симболе Заједнице.

Савет има и низ других овлашћења: предлаже Међупарламентарној скупштини кандидате за судије Суда Заједнице; именује и разрешава Генералног секретара Секретаријата; доноси одлуке о отварању представништва Интеграционог комитета Заједнице; обраћа се захтевима и препорукама Међупарламентарној скупштини и захтевима Суду, издаје налоге Интеграционог комитета и Генералном секретару; одређује списак уговора и других докумената, са обавезама које су дужне испунити државе које приступају и доноси одлуку о пријему у чланство Заједнице.

Савет има посебне надлежности у областима: а) утврђивања концепције сардње у сфери монетарних односа; б) агроиндустријској политици; в) усаглашавања социјалне политике; г) успостављања Јединственог транспортног простора; д) формирање заједничког енергетског тржишта; њ) оснивања међудржавне банке података о радницима мигрантима; е) међународној делатности Евроазијске економске заједнице; ж) усвајање концепције међудржавних програма; з) успостављање јединственог аутоматизованог система контроле царинског транзита и реализације јединственог поступка извозне контроле држава-чланица Заједнице и др.

3.2. Интеграциони Комитет

Интеграциони Комитет Заједнице је њен стални орган, који је потчињен Међудржавном Савету. Чине га заменици председника влада држава - чланица.

Разматра кључна питања у различитим областима интеграције, доноси одлуке у сфери своје надлежности и стара се да обезбеди услове за обављање делатности Међудржавног савета.¹⁶ Основни задатак му је да обезбеди

¹⁶ У оквиру Интеграционог комитета делује већи број савета и комисија.

Савети су конституисани у следећим областима: образовање; пореских служби; царинских служби; транспортној политици; енергетској политици; тржиште хартија од вредности; социјална политика; пољопривредна политика; органа за регулисање делатности у области осигурања; сарадње у области искоришћавања атомске енергије у мирне сврхе; здравствене заштите; интелектуалне својине; миграционе политике и култури.

Комисијама су поверени послови о питањима: царинско-тарифног и нетарифног регулисања; сарадње у области извозне контроле; заштити унутрашњих тржишта држава-чланица Заједнице; техничкој регулативи, санитарним, ветеринарским и фитосанитарним мерама у трговини.

координацију рада између органа Заједнице и контролу испуњења одлука донетих од стране Међудржавног Савета.

Председавање Интеграционим комитетом је наизменично на годину дана од стране земаља-чланица, сходно редоследу руске азбуке. Заседање Комитета се одвија најмање 4 пута годишње. Председника Комитета именује Међудржавни савет Заједнице.

Основне функције овог органа имају за циљ обезбеђење узајамног дејства свих осталих органа Заједнице. У том смислу он спроводи контролу реализације донетих одлука од стране Међудржавног комитета, припрема предлоге за доношење буџета Заједнице и контролише његово спровођење. Поред наведеног, Комитет: анализира стање и тенденције развоја интеграционих процеса у Заједници и припрема предлоге за њихово унапређење; разматра питања и подноси Међудржавном комитету нацрте одлука у вези са уређивањем услова међусобних трговинских односа и усаглашавања трговинских политика држава-чланица Заједнице, као и њихових односа са трећим земаљама; стара се о хармонизацији националних законодавстава, изради правила за узајамне односе Заједнице са трећим државама и међународним организацијама; разрађује и стара се о реализацији међудржавних инвестиционих пројеката, економских, социјалних и других програма, планова реализације заједничких мера у државама-чланицама Заједнице и др.¹⁷

3.2.1. Секретаријат Интеграционог Комитета

Секретаријат Интеграционог Комитета је задужен за организацију рада и информационално-техничко обезбеђење Међудржавног савета и Интеграционог Комитета. На челу Секретаријата је Генерални секретар, кога именује Међудржавни савет Заједнице.

Секретаријат остварује следеће дужности: организује израду пројеката докумената и програма у циљу продубљивања интеграционих процеса; организује консултације и переговоре у вези усаглашавања држава-чланица Заједнице у приступу вођења опште политике у утврђеним областима сарадње; припрема и усаглашава нацрте одлука Међудржавног Савета, Интеграционог Комитета и Комисије Сталних представника; анализира процес испуњења одлука и уговора закључених у оквиру Заједнице, припрема информације за

¹⁷ Мимо наведених компетенција, Комитет: подржава контакте са другим међународним организацијама, по налогу Међудржавног савета, представља интересе Заједнице у односима са другим субјектима међународног права; Предлаже признавање статуса држави или међународној организацији признавање статуса посматрача у Заједници; врши функцију депозитара уговора, закључених у оквиру Евроазијске економске заједнице и др. О томе више видети: Положение об Интеграционном Комитете Евразийского экономического сообщества, утврђено решением Межгосударственного Совета Евразийского экономического сообщества от 31 мая 2001 года № 6 С изменениями и дополнениями, утврђенными решением Межгосударственным Советом от 23 июня 2006 года № 307.

седнице Интеграционог Комитета и др. Седиште Секретаријата је у Алма Ати (Казахстан) и у Москви. Његову структуру и кадровску опремљеност одређује Међудржавни савет својом одлуком, а компетенције и распоред персонала се утврђују одлуком Интеграционог Комитета.

Укратко, главни задатак Секретаријата је организација делатности Међудржавног Савета и Интеграционог Комитета, као и пружање информационе и техничке подршке органима Заједнице.¹⁸

3.2.2. Комисија Сталних представника држава–чланица Заједнице обезбеђује текућу делатност Заједнице у периоду између заседања Интеграционог Комитета. Чине је стални представници земаља-чланица Заједнице, именовани од стране шефова држава чланица. У њен делокруг рада су задаци у вези: усаглашавања позиције држава чланица о питањима учвршћивања сарадње и продубљивања интеграције у оквиру Евроазијске економске заједнице; сарадње са органима и организацијама земаља чланица Заједнице; остваривања узајамне интеракције Заједнице са одговарајућим органима и организацијама држава–чланица; разматрања позиције држава чланица у областима сарадње које се предлажу у нацртима докумената, донетих на заседањима Интеграционог комитета Заједнице, припремљених од стране Секретаријата Интеграционог Комитета Међупарламентарне Скупштине Заједнице и њених помоћних органа.

4. Међупарламентарна Скупштина

Сагласно чл. 7. Уговора о оснивању, Међупарламентарна Скупштина је орган парламентарне сарадње на нивоу Евроазијске заједнице, задужен за питања хармонизације и унификације националних законодавстава Страна уговорница и њиховог усаглашавања са уговорима, закљученим у оквиру Заједнице у циљу остваривања њених задатака.

Међупарламентарну скупштину чине парламентарци, које делегирају парламенти Страна уговорница. Њихов број се временом мењао, а од 16. маја 2012. године поједине државе-чланице су заступљене са следећим бројем представника: Беларусија – 16; Казахстан – 16; Киргистан – 8; Руска Федерација - 42; Таџикистан – 8.¹⁹

Надлежност Скупштине, посебно, обухвата:

¹⁸ Секретаријат има више департмана и то за: економску политику; трговинску политику; буџетску, пореску политику и валутно-финансијске односе; енергетску политику и еколошка питања; транспортну политику и тржишну инфраструктуру; царинске послове и погранична питања; развој и социјално-хуманитарну сферу; правна питања; организационо-аналитичке послове и за управне послове.

¹⁹ http://www.ipaeurasec.org/docsdown/acc_16052012.pdf

Израду Основа законодавства²⁰ у темељним областима правних односа, који подлежу разматрању од стране Међудржавног савета;

б) Усваја моделе типских аката, на подлози којих се остварује хармонизација и унификација национални извора права држава-чланица Заједнице. Међупарламентарна скупштина је усвојила на десетине типских пројеката нормативних аката и модела закона.²¹

в) Упућује предлоге Међудржавном савету, захтеве и препоруке Интеграционом Комитету и парламентима страна уговорница и др.

У другу групу значајних задатака Међупарламентарне скупштине сврставају се: послови на усаглашавању правне политике Заједнице; координација законодавне делатности националних парламената; успостављање организационо-правних услова за усаглашавање законодавства држава чланица Заједнице са њеним уговорима и другим актима; организација међупарламентарне сарадње чланица и др.

Скупштина заседа једанпут годишње. Из редова њених чланова, које делегирају национални парламенти (по два из сваког парламента), формира се Биро Међупарламентарне скупштине. Биро се састаје према потреби, а најмање два пута годишње. Одлуке доноси консензусом.

Поред Бироа, Скупштина има сталне и повремене комисије, које чине њени изабрани чланови. Стални извршни орган Скупштине и њеног Бироа је Секретаријат. Секретаријат је стални извршни орган Међупарламентарне скупштине и њеног Бироа. Обезбеђује услове и спроводи мере за несметано обављање делатности саме Скупштине и Бироа, као и сталних и повремених комисија и помоћних органа Скупштине. На челу Секретаријата је Секретар,

20 У овој области је Међупарламентарна скупштина посебну пажњу посветила основама законодавства у следећим секторима: инвестиције; банкарско пословање; пореско законодавство; пензијско осигурање; конкуренција и регулисање монополистичке делатности; транспорт; енергетика; царинско законодавство; иновациона делатност; Више видети: **Основы законодательства** - основополагающие нормативные правовые акты Сообщества, устанавливающие единые для Сторон начала правового регулирования в соответствующих сферах общественных отношений. http://www.ipaeurasec.org/docs/?data=docs_2

21 Реч је о актима који уређују материју о: Концесионим споразумима; Царинској регулативи; Спољнотрговинској делатности; Слободним економским зонама; Регистрацији и предаји технологије; Робним берзама; Узајамном осигурању; Техничким баријерама у трговини; Транснационалним корпорацијама; Лиценцирању извоза и увоза робе; Специјалним заштитним, антидампиншким и компензационим мерама при увозу из трећих земаља; Општим принципима извозне контроле; Основама банкарског система; Потврђивању саобразности производа и услуга прописаним захтевима; Социјалном туризму; Посебно чуваним природним територијама држава-чланица и многим другим областима. Детаљније видети: *Типовые проекты законодательных актов* - рекомендательные модельные нормативные правовые акты, предназначенные для использования при разработке конкретных национальных законов, имплементируются в национальные законодательства по установленным в государствах - членах ЕврАзЭС законотворческим процедурам, <http://www.ipaeurasec.org>

кога именује Биро Скупштине, на предлог њеног Председника. Седиште Секретаријата је у Санкт Петербургу, са посебним организационим јединицама, које установљава Биро Међупарламентарне скупштине.

3.5. Суд Заједнице

Суд обезбеђује примену Споразума о оснивању Евроазијске економске заједнице, као и других уговора и одлука донетих на нивоу Заједнице. Суд разматра спорове економског карактера, који настају међу државама-чланицама у вези са питањима реализације аката и одлука органа Заједнице.

На основу Споразума између Евроазијске економске заједнице и Заједнице Независних Држава од 3. марта 2004. године, Економски суд ЗНД је испуњавао функцију Суда Евроазијске економске заједнице. Од 1. јануара 2012. године отпочео је са самосталним радом Суд Евроазијске економске заједнице.

У фази припрема за самостални рад Суда, у новембру 2009. године, Суду Евроазијске заједнице је стављена у надлежност функција органа за решавање спорова на нивоу Царинске уније Заједнице, а јула месеца 2010 г. усвојена је нова редакција Статута Суда.²² Судије Суда су именоване у децембру месецу 2011. године од стране Међупарламентарне скупштине Евроазијске економске заједнице, на предлог Међудржавног савета. Суд, како је предвиђено и новим Статутом, обезбеђује једнообразну примену Уговора о оснивању Заједнице од 10. октобра 2000. године и других, важећих међународних уговора и одлука органа на нивоу Заједнице. Он је надлежан и за тумачење међународних уговора и одлука у оквирима Заједнице.

Правну основу делатности Суда чине: Уговор о оснивању Евроазијске економске заједнице од 10. октобра 2000. године, Статут Суда од 5 јула 2010. године и Уговор о обраћању Суду привредних субјеката у споровима у оквиру Царинске уније и специфичностима судског поступка од 9. децембра 2010. године. Поред наведених извора, за рад Суда је од посебног значаја његов Правилник, који има општи карактер, затим Правилник за разматрање захтева привредних субјеката, Правилник о заседању Суда у вези са организационим питањима, Правила унутрашње организације и делатности Суда, и друга општа акта од значаја за његово функционисање.²³

Седиште Суда је у главном граду Белорусије, Минску. У његов састав улазе по две судије из сваке од 5 држава-чланица Заједнице.

Судије именује Међупарламентарна скупштина Заједнице на предлог Међудржавног савета, на изборни период од пет година.

²² Статут Суда Евроазијског економског друштва, Утврђен Решењем Межгоссовета ЕвразЭС од 27 априла 2003 г. № 122.

²³ Више о овоме видети на службеном сајту суда: <http://sudevrazes.org/main.aspx?guid=18021&detail=2913>

Задатак Суда је да се стара о једнообразној примени Уговора о оснивању Заједнице од 10. октобра 2000. године и других важећих међународних уговора који важе на нивоу Заједнице, као и одлука њених органа.

Суд је такође овлашћен да тумачи наведене акте, који су донети на нивоу Заједнице.

Суд је компетентан за решавање спорова између привредних субјеката, тако да се њему могу обраћати правна и физичка лица, предузетници, не само из држава чланица Царинске уније и Јединственог привредног простора, успостављене између Беларусије, Казахстан и Русије, већ и из трећих држава, које имају пословне односе са партнерима из ове три земље. При томе, такво право привредних субјеката је ограничено на спорове из конкретних односа, који се тичу: оспоравања аката Евроазијске економске заједнице, или њихових посебних одредби, било оспоравања дејства аката Комисије Царинске уније.

У компетенцију Суда спадају и друге врсте спорова, када је то предвиђено међународним уговорима, како у оквиру Царинске уније и Јединственог економског простора, тако и на нивоу Евразијске економске заједнице у целини.

Суду се могу обраћати:

а) у оквиру Евроазијске економске заједнице: државе-чланице заједнице, или њени органи, уколико нешто друго није предвиђено међународним уговорима у оквиру Заједнице;

б) на нивоу Царинске уније и Јединственог економског простора: њихове државе-чланице и њихови органи, као и привредни субјекти.

Одлуке Суда су обавезне за странке у спору.

Може се закључити да је Суд нови међународни судски орган, који има неспоран потенцијал и улогу привредног правосуђа.²⁴

3.6. Помоћни органи Заједнице

У оквиру Заједнице функционише низ њених помоћних органа. Тако, на пример: Савет за погранична питања држава-чланица Заједнице; Савет за финансијско-економску политику држава-чланица; Савет министара правде; Савет руководиоца централних (националних) банака; Савет за енергетску политику; Савет за транспорт; Савет управника царинских служби; Савет управника за пореска питања и др.

24 Е. А. Смирнов, председник Суда, „Суд ЕврАзЭС: современные реалии и перспективы“, Международная конференция «Таможенный союз Республики Беларусь, Республики Казахстан и Российской Федерации: современность и перспективы развития в контексте формирования Единого экономического пространства», 20–21 сентября 2012, Минск, <http://sudevrazes.org/main.aspx?guid=18021&detail=2913>

4. Закључак

Савремени правци процеса евроазијске интеграције допуштају закључак о томе да не треба сумњати у реалност преображаја Евроазије у целовит и значајан субјект светских привредних, трговинских и политичких односа. Заговорници таквог виђења верују у израстање интеграције у разумљив, прихватљив, привлачан за грађане и пословни свет, одржив и дугорочни пројекат, који не треба да зависи од турбуленције односа у текућој политици, или од било које краткорочне коњуктуре. Евроазијска економска заједница је пример динамичне савремене регионалне интеграције, која се заснива на већ познатим моделима економске групације држава, које Заједница жели да искористи, без понављања њихових грешака. Инспирација интеграције не почива на трагањима за оригиналношћу идеје, по сваку цену, већ на успешној имплементацији корисних постојећих модела, са новацијама проистеклим из реалности нових изазова савременог света. Творци и носиоци реализације такве идеје је виде не као политички клуб, већ као заједницу и «локомотиву» успостављања нових привредних садржаја интеграције на простору садашње ЗНД, али и других саинтересованих држава.

У напред поменутом смислу се издвајају три сегмента интеграције евроазијског простора: привредни, војно-политички и културно-хуманитарни. У области економских односа суштинске карактеристике се везују за успостављање зоне слободне трговине. Она је значајно увећала обим привредног арста Заједнице, као и обим инвестиционих улагања. Поред тога, у Заједници долази и до оживотворења реалних механизма финансијске интеграције. Тако, на пример, Евразијска банка за развој финансира читав низ пројеката готово у свим државама Заједнице. На самиту Европске економске заједнице у фебруару месецу 2009. године су основани заједнички Антикризни фонд са десет милијарди долара средстава и Центар за високе технологије Заједнице.

Оно што се у даљем процесу интеграције може очекивати, то је оснивање монетарне уније Евроазијске заједнице, што би био само корак даље од успостављања Евроазијске економске уније, а напослетку и Евроазијске Уније, као привредне, војно-политичке, културолошке и територијалне интеграције.

Идејни творци евроазијских интеграција виде Евроазијску унију као трајно отворени пројект, не само за приступање заинтересованих држава, већ и за широку узајамну сарадњу са бројним другим организацијама како универзалног, тако и регионалног карактера, укључујући и Европску унију. Није нереална оцена да би интегративни процеси могли све више утицати на успостављање компаративне предности Евроазије у односу на највећи део „депресивних“ региона света и разочараних нација постојећим међународним односима, економском и укупном светском кризом.

Prof. Aleksandar Ćirić, LL.D.
Faculty of Law, University of Niš

Eurasian Economic Community²⁵

Summary

The author pays attention to the so-called “Eurasian initiative”, which is based on the international trade integration. In this regard he stands out a structure, which is called the Eurasian Economic Community. The Eurasian Economic Community is defined as an international economic organization, which was established to implement the process of the formation of the Customs Union and the Single Economic Space, as well as other goals and objectives through the integration of the member states, primarily in the economic and humanitarian spheres. In addition to the basic features of the Community, the author analyzes the organizational aspects of functioning of the Community institutions, primarily in the areas of trade cooperation and the level of harmonization and unification of the legal norms of the Member States.

The author concludes that in the further process of integration establishment of the Eurasian Monetary Union can be expected, which would be only a step away from the establishment of the Eurasian Economic Union, and finally the Eurasian Union, as an unique integration.

Key words: *Eurasian Economic Community; Eurasian Initiative; Customs Union; Eurasian Economic Union; Single Economic Space and Commonwealth of Independent States (CIS).*

²⁵ This article is the result of research on the Project of the Faculty of Law, University of Niš, No. 179046, financed by the Ministry of Education and Science of the Republic of Serbia.

Проф. др Невена Петрушић, редовна професорка UDK: 378.4.016:305-055.2
Правног факултета Универзитета у Нишу
Проф. др Слободанка Константиновић Вилић, редовна професорка
Правног факултета Универзитета у Нишу

ИНТЕГРИСАЊЕ СТУДИЈА РОДА У УНИВЕРЗИТЕТСКИ СИСТЕМ ОБРАЗОВАЊА^{1*}

Апстракт: Студије рода (родне студије, женске студије, *gender studies/women's studies*) обухватају мулти/интердисциплинарни приступ различитим темама из области друштвених наука, хуманистичких дисциплина, уметности, природних наука и тиме значајно утичу на осавремењивање универзитетских програма. У раду је размотрено интегрисање родне перспективе увођењем женских/родних студија у универзитетско образовање у европским земљама и у Србији. Искуство показује да студије рода представљају најзначајнији ресурс у производњи и преношењу знања о родним односима јер успешно деконструишу културу патријархата и подстичу развој критичке и родно сензибилисане свести о друштвеним односима, процесима и политикама, припремајући тако младе људе за ефикасно и активно демократско грађанство и ново родно партнерство у приватном и јавном животу.

Кључне речи: родна равноправност, универзитетско образовање, родна сензитивизација, студије рода.

Увод

Процес родне сензитивизације универзитетског образовања важан је сегмент реформе високог образовања. Томе је снажан подстицај дала *Светска декларација о високом образовању за 21. век*, којом је, поред осталог, препоручено

¹ * Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта Министарства просвете и науке Републике Србије, бр. 179046: Заштита људских и мањинских права у европском правном простору.

укидање родних стереотипа у високом образовању и уважавање родних аспеката у различитим научним дисциплинама.² Треба истаћи да је *gender* сензитивно образовање значајно за квалитет живота сваке особе, али и за демократизацију друштва, економски развој и просперитет. Родна равноправност је индикатор достигнутог степена развоја људских права, универзални стандард цивилног друштва, један од основних принципа демократије и кључна одредница стратегије развоја друштва у 21. веку. С обзиром да је универзитетско образовање један од моћних инструмената друштвеног развоја, за остваривање родне равноправности неопходно је интегрисање родне перспективе у наставне планове и програме, као и промовисање жена у високом образовању, како би се обезбедила њихова пуна партиципација, као грађанки, у свим областима друштвеног развоја, побољшао приступ жена, посебно из земаља у развоју, високом образовању и могућност високо квалификованих жена да учествују у процесу доношења свих важних одлука у друштву. Интегрисањем родне перспективе у образовни процес, образовање добија значај кључног фактора за постизање родне равноправности јер путем процеса образовања и дискурса друштво промовише једнака права и могућности жена и мушкараца у процесу образовања и стицања знања.

Афирмација студија рода део је политике развоја високог образовања у Европи и посебно је значајан за југоисточну Европу, која се од доношења Болоњске декларације укључила у реформске процесе. Сасвим је извесно да образовање, његови садржаји и праксе представљају моћне инструменте за репродукцију родних односа, али су истовремено и кључни фактор промена актуелног родног режима, демократизације и модернизације друштва. Стога се у савременим друштвима, посебно у оним транзиционим, какво је наше, образовним институцијама намеће обавеза да својом делатношћу мењају друштвени контекст и буду промотери идеје родне равноправности, основног постулата демократије, једнакости и правде и кључне одреднице одрживог развоја друштва у новом миленијуму. С обзиром на то да је универзитетско образовање у стању да обликује младе и отвори им нове перспективе у избору начина живота и конструисању нових форми и садржаја родних идентитета, остваривање родне равноправности није могуће без родне сензитивизације образовања. Због тога је у раду посебна пажња посвећена међународним стандардима родне сензитивизације образовања, правном оквиру родне сензитивизације високог образовања у Србији и различитим моделима студија рода у свету и код нас.

² World Declaration on Higher Education for the Twenty-first Century, Vision and Action. UNESCO, Paris, 1998. стр. 9-12. <http://www.unesco.org>

1. Међународни стандарди родне сензитивизације образовања

У савременим демократским друштвима образовање је основни канал преко којег се преносе и промовишу вредности слободе, социјалне правде и једнакости. Саставни део ових вредности јесте родна равноправност (*gender equality*), која означава равноправну заступљеност, моћ и учешће оба пола у свим сферама јавног и приватног живота, али и право да се буде различит.³ Пракса потврђује да је родна равноправност показатељ нивоа развоја људских права и демократичности друштва и да представља кључну одредницу стратегије хуманог и одрживог развоја у новом миленијуму.

С обзиром на то да је универзитетско образовање један од моћних инструмената друштвених промена, за остваривање родне равноправности неопходно је интегрисање родне перспективе у наставне курикулуме,⁴ као и промовисање жена у науци и високом образовању, како би се обезбедила њихова пуна партиципација и отворила могућност да високо квалификоване жене учествују у процесу доношења свих важних одлука у друштву. То је пут ка еманципацији жена и превладавању још увек снажних тенденција патријархалне дискриминаторне структуре односа међу половима.

У међународним документима посвећеним унапређењу родне равноправности, образовање је препознато као једно од кључних подручја деловања. *Конвенцијом о елиминацији свих облика дискриминације над женама* из 1979. године (CEDAW), постављен је међународни стандард за равноправност жена и мушкараца.⁵ Њоме су се, поред осталог, државе обавезале да отклањају

3 Вид. EG-S-MS: Завршни извјештај о активностима групе специјалиста за mainstreaming, Савет Европе, Генерална дирекција за људска права Савета, Стразбур, 2004, стр. 7. Као што се наглашава у извештају “Интегрисани приступ равноправности мушкараца и жена” *Групе специјалиста за будуће приоритете, стратегије и методе рада у области равноправности жена и мушкараца*, коју је формирао Управни одбор за равноправност жена и мушкараца Савета Европе: “*Равноправност полова је супротна неравноправности полова, а не разликама између њих*”; равноправност полова омогућава да се “*разлике и различитости претворе у предности*”. Према речима Мануеле Силве, чланице Групе, “*Равноправност полова је заједнички циљ жена и мушкараца, као стварних људских бића, у смислу дефиниције, заштите и промоције људских права као и изградње слободнијег и демократскијег друштва које има већу одговорност за своју властиту будућност*”. Вид. Нови друштвени уговор између жена и мушкараца, Збирка радова, Стразбур 7-8. децембар 2000, стр. 8.

4 Вид. Данијела Гавриловић, „Образовање и едукација као предуслов за превазилажење тешкоћа у имплементацији етичких и правних норми родне равноправности у друштвеној средини“, *Темид*, *Часопис о виктимизацији, људским правима и роду* 3/2008, стр. 27.

5 *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (CEDAW)*, усвојена од стране Генералне скупштине УН, 18. децембра у Њујорку. СФРЈ је ратификовала Конвенцију Законом о ратификацији конвенције о елиминисању свих облика дискриминације жена, (*«Сл. лист СФРЈ - Међународни уговори»*, бр 11/81). Конвенција је у СРЈ и државној заједници СЦГ важила по основу сукцесије, а по истом основу важи и у Републици Србији. Вид. Петрушић, Н. «Праћење примене Конвенције о елиминисању свих облика дискриминације

традиционално схватање о улогама мушкараца и жена на свим степенима и у свим облицима образовања, ревизијом уџбеника и наставних програма и прилагођавањем наставних метода.

На Трећој Светској конференцији о женама одржаној у Најробију, чији је циљ био да изврши преглед и процену постигнутих резултата *Декаде жена Уједињених нација: равноправност, развој и мир (1976-1985)*⁶, усвојена је *Стратегија окренута будућности у погледу унапређења положаја жена*, у којој је образовање препознато као један од кључних фактора за превладавање стереотипа о женама и унапређење њиховог свеукупног друштвеног положаја.

У *Пекињској декларацији и Платформи за акцију*, усвојеним на Четвртој конференцији о женама одржаној 1995. године у Пекингу, указује се да су образовни програм и наставни материјали још увек у великој мери под утицајем полне дискриминације, чиме се јачају традиционалне женске и мушке улоге.⁷ Непостојање свести о потреби равноправности полова код наставника/наставница на свим нивоима образовања јача постојећу неједнакост између мушкараца и жена, појачавајући дискриминацијске тенденције. Наглашено је да су научно-образовни програми нарочито дискриминаторни с обзиром на питање пола, а да се уџбеници не односе на свакодневна искуства жена и женске деце и не одају признање женама научницама.⁸

жена (CEDAW)», *Извештавање по Конвенцији о елиминацији свих облика дискриминације над женама*, Завод за равноправност полова, Нови Сад 2007, стр.16.

6 Декада жена је светски покушај да се размотре статус и права жена и да се жене уведу у одлучивање на свим нивоима. Њој је претходила одлука УН да 1975. годину прогласе *Годином жена*. Вид. Зорица Мршевић., *Женска права у међународном праву*, III измењено и допуњено издање, Хашки парламент грађана, Удружене жене Бања Лука 2000, стр. 16.

7 Документи се ослањају на резултате предходних конференција и самита Уједињених нација: Конференције о женама, одржане у Најробију 1985. године, Конференције о деци, одржане у Њујорку 1990. године, Конференције о заштити животне околине и развоју, одржане у Рио де Женеиру 1992. године, Конференције о људским правима, одржане у Бечу 1993. године, Конференције о становништву и развоју, одржане у Каиру 1994. године, као и Конференције о друштвеном развоју, одржане у Копенхагену 1995. године, чији је заједнички циљ био постизање једнакости, развоја и мира. Зорица Мршевић, *Ка демократском друштву – родна равноправност*, Институт друштвених наука, Београд 2011, стр. 78.

8 Као један од кључних стратешких циљева утврђених Платформом за акцију, дефинисан је циљ Б4: *Развити образовање и обуку без дискриминације*. Међу активностима које треба предузети ради остваривања овог циља наводе се, поред осталог, и обавезе влада, образовних органа власти и других образовних и академских институција да разраде препоруке и сачине наставне програме, уџбенике и учила без полних стереотипа за све нивое образовања, укључујући и обуку наставника. Такође, наглашава се потреба разраде програма обуке и материјала за наставнике и предаваче којима се подиже свест о статусу, улози и доприносу жена и мушкараца у породици и друштву. Поред тога, указује се на потребу разраде програма обуке и материјала за наставнике и предаваче којима се подиже свест о њиховој улози у остваривању родно сензитивног образовања. С аспекта образовања, од значаја су и активности усмерене ка разради програма

Питањем интегрисања родне перспективе у образовање бавио се и Савет Европе, полазећи од става да је родно сензитивно образовање значајно за квалитет живота сваке особе и да, истовремено, представља битан фактор демократизације друштва, економског развоја, просперитета и одрживости једног друштва. Један од најважнијих докумената Савета Европе у области „уродњавања образовања“ јесте *Препорука о родној једнакости у образовању*, коју је 1995. године усвојила Парламентарна скупштина Савета Европе.⁹ Кључни концепт и стратегија овог документа, који је дао нови замах промишљањима о образовању у 21. веку и његовој улози у „новом друштвеном уговору“ између мушкараца и жена,¹⁰ јесте *гендер маинстреминг*¹¹ - нова стратегија деловања која се заснива на специфичним методологијама, техникама и оруђима и значи (ре)организацију, побољшање, развој и процену процеса креирања политика, како би се осигурало да се перспектива родне равноправности учини саставним делом, на свим нивоима и у свим фазама, свих политика од стране оних који су укључени у њихово креирање.

У Препоруци 1995 констатује се да се представе о женској и мушкој природи и о моделу за приписивање друштвених улога стичу кроз образовање, тако да за искорењивање формалне дискриминације није довољно да образовни систем буде покретач *де факто* једнакости. У том смислу, сагледава се и одговорност образовног система да едукује младе за активно учешће у различитим аспектима демократског живота, политичког, цивилног, друштвеног, културног, и то на свим нивоима – локалном, регионалном и националном. С обзиром да наставници/наставнице могу бити посредници родне неравноправности али, исто тако, и покретачи друштвених промена, важно је укључивање образовних институција у промоцију родне равноправности. Због тога се наглашава да једнакост жена

обуке о људским правима, који укључују и родну димензију на свим нивоима образовања. Вид. Драгана Стјепановић-Захаријевић, Данијела Гавриловић, Невена Петрушић, Горана Ђорић: *Образовање за родну равноправност. Анализа наставног материјала за Грађанско васпитање*, Мена Group i UNDP, Београд 2010, стр. 14.

9 *Recommendation 1281 (1995) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe on gender equality in education*. у даљем тексту Препорука 1995. (<https://wcd.coe.int>. приступ 19. 05. 2012). Вид. Невена Петрушић, Константиновић Вилић Слободанка, Наталија Жунић: „Правна клиника – метод учења и родног сензибилисања студенткиња/студената права“, *Темид*, *Часопис о виктимизацији, људским правима и роду* 3/2008, стр.5.

10 Овај концепт је производ рада Савета за равноправност жена и мушкараца (CDEG) и Одбора за образовање (CC-ED) Савета Европе. О активностима ових тела вид. *Нови друштвени уговор између жена и мушкараца: улога образовања*, Савет Европе, Стразбур 2002.

11 Појам „gender mainstreaming“ први пут се јавља у међународним документима после Треће светске конференције УН о женама, одржаној у Најробију 1985. Прихваћен је у Пекиншкој Платформи за акцију, усвојеној на Четвртој светској конференцији о женама, одржаној у Пекингу 1995. године. <http://www.undp.org/women/mainstream> (приступ 2. 06. 2012); *Родна равноправност и јавна политика*, Суботица 2002. <http://www.e-jednakost.org/rs/kurs/kurs/download/rodnaravnopravnostijavnapolitika.pdf>. (приступ: 06. 2012).

и мушкараца, као и родна перспектива, морају бити укључени у све нивое образовања, од најранијих година, тако да међу младима подстичу вредности правде и учешћа, неопходних за ефикасно и активно демократско грађанство и изградњу правог партнерства између жена и мушкараца у приватној и јавној сфери.¹² С аспекта високог образовања посебан значај имају препоруке које се тичу „уродњавања“ образовних програма. Овај процес обухвата увођење родне димензије у садржаје наставних програма, при чему је образовање о приватном животу саставни део наставних програма, како би се превазишли сексистички стереотипи и млади људи припремили за ново родно партнерство у приватном и јавном животу.¹³

На сличним идејама заснива се и *Препорука CM/Rec(2007)13 о gender mainstreaming-у у образовању*, коју је октобра 2007. године усвојио Комитет министара држава чланица Савета Европе.¹⁴ Полазиште ове препоруке су ставови Савета Европе, изражени у његовим ранијим препорукама, којима је одређено да је *“образовање за демократско грађанство фактор социјалног јединства, међусобног разумевања, интеркултуралног и међурелигијског дијалога и солидарности, да доприноси промоцији принципа равноправности између мушкараца и жена и да охрабрује успостављање хармоничних и мирних односа међу људима и са њима, као и одбрану и развој демократског друштва и културе”*,¹⁵ те да су државе чланице обавезне *„да у школске наставне програме уведу едукације и тренинге за сензибилисање младих људи о родној равноправности, спремајући их за демократско грађанство”*.

У Препоруци 2007, на чијим основама државе чланице Савета Европе реформишу образовање, наглашено је, поред осталог, *„да се представе о женској и мушкој природи и о моделу за приписивање друштвених улога који обликују наша друштва усвајају током образовања и да искорењивање формалне дискриминације*

12 Преамбула Препоруке CM/Rec(2007)13 о gender mainstreaming-у у образовању. оп. цит., 2. Државама се посебно препоручује да: 1) анализирају своја законодавства и праксе са циљем да се примене стратегије и мере наведене у Препоруци и њеном пратећем додатку, 2) да промовишу и подстичу мере усмерене посебно на увођење родно прилагођене политике у свим нивоима образовања, као и у едукацији наставника са циљем постизања де факто родне равноправности и унапређења квалитета образовања; 3) креирају механизме у образовном процесу који ће користити за промоцију, увођење, надгледање и процену родно прилагођених политика у школама.

13 Додатак Препоруци CM/Rec(2007)13, т. 24. и 27.

14 *Recommendation CM/Rec(2007)13 of the Committee of Ministers to member states on gender mainstreaming in education and explanatory memorandum*, усвојена 10. октобра 2007. године на 1006. састанку Комитета. [http://www.coe.int/t/e/human_rights/equality/02_gender_mainstreaming/091_CM_Rec\(2007\)13.asp](http://www.coe.int/t/e/human_rights/equality/02_gender_mainstreaming/091_CM_Rec(2007)13.asp) (приступ: 6. 07. 2012).

15 *Recommendation Rec (2002)12 of the Committee of Ministers to member states on education for democratic citizenship*, од 16. октобра 2012. <https://wcd.coe.int> (приступ 19. 06. 2012). У даљем тексту: *Препорука 2007*.

неће бити довољно да осигура да образовни систем буде покретач за де фацто једнакост¹⁶. Истакнуто је, такође, „да стереотипне друштвене улоге полова ограничавају могућности жена и мушкараца у остваривању њихових потенцијала, да једнакост захтева позитивно и динамично партнерство међу половима које води структуралним променама на свим нивоима и, на крају, новом друштвеном поретку”¹⁶.

Када је реч о наставним курикулумима, у Препоруци 2007 указано је на потребу да се посебна пажња обрати на родну димензију у садржају наставних програма, као и на генерални развој наставних програма, што подразумева и њихову ревизију, уколико је то потребно (т. 24). Поред тога, државе чланице упућене су да процене место које жене заузимају у наставним програмима и различитим предметима и нагласе њихово искуство и допринос различитим дисциплинама (т. 25). Указано је и на потребу да образовање о приватном животу буде саставни део наставних програма, како би се сузбијали сексистички стереотипи, а млади људи припремљени за ново родно партнерство у приватном и јавном животу (т. 27).

У погледу наставних материјала, државама чланицама упућена је препорука да утичу на ауторке/ауторе и издаваче наставних материјала да постану свесни потребе да родна равноправност буде квалитативни критеријум за стварање ових материјала (т. 28).¹⁷

У делу Препоруке 2007 која се односи на наставне методе и праксе, указано је, поред осталог, на потребу укључивања анализе наставних метода и пракси из родне

16 Овим документом државама чланицама Савета Европе упућено је пет кључних препорука: 1) да анализирају своја законодавства и праксе са циљем да примене стратегије и мере наведене у овој препоруци и пратећем додатку, 2) да промовишу и подстичу мере усмерене посебно на увођење родно прилагођене политике у све нивое образовног система, као и у едукацију наставника/наставница са циљем постизања де фацто родне равноправности и унапређења квалитета образовања, 3) да креирају механизме кроз образовни систем који ће користити за промоцију, увођење, надгледање и процену родно прилагођених политика у образовним установама, 4) да укажу на Препоруку 2007 свим релевантним политичким институцијама и јавним и приватним телима, а нарочито министарствима и/или јавним властима одговорним за обликовање и спровођење образовних политика на националном, регионалном и локалном нивоу, и 5) да прате и оцењују напредак који произлази из усвајања родно прилагођене политике у образовним установама и информишу надлежне управне одборе о предузетим мерама и о постигнутом напретку у овом подручју.

17 Од држава чланица се очекује да охрабре наставнице/наставнике да анализирају, проблематизују и на тај начин доприносе елиминацији сексистичких стереотипа и погрешних представа које књиге и други образовни материјали могу да имају у свом садржају, језику и илустрацијама (т. 29). Такође, оне треба да се супротстављају сексизму у садржају, језику и илустрацијама у свим едукативним и другим материјалима који обликују ставове младих људи, њихово понашање и идентитет (т. 30). При томе се наглашава потреба развијања и широког коришћења показатеља за процену из родне перспективе свих наставних материјала, а нарочито уџбеника и мултимедијалних производа (т. 31).

перспективе (т. 32). Осим тога, једна од важних препорука јесте и она која се односи на коришћење несексистичког језика и родне димензије у наставној пракси (т. 36).

Родна сензитивизација универзитетског образовања важан је сегмент реформе високог образовања. Томе је снажан импулс дала *Светска декларација о високом образовању за 21. век*.¹⁸ Декларацијом се препоручује укидање родних стереотипа у високом образовању, уважавање родних аспеката у различитим научним дисциплинама, активно укључивање жена у рад високог образовања на свим нивоима и у свим дисциплинама, посебно при доношењу одлука. Увођење родне димензије у универзитетско образовање важан је чинилац у процесу стварања јединственог европског образовног простора, дефинисаног тзв. Болоњском декларацијом,¹⁹ који подразумева интеркултуралност, интердисциплинарност, примену интеративних наставних метода, демократизацију образовања и обезбеђивање једнаког приступа за све, али и образовање за родну равноправност, мир и толеранцију.²⁰

промовисању родне равноправности, нестереотипности родних улога, узајамном поштовању, ненасилном решавању сукоба у међуљудским односима, праву на лични интегритет на свим нивоима образовања и у оквиру различитих облика неформалног образовања, говори се и у Конвенцији Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици²¹ У оквиру чл. 14 који се односи на образовање, наглашена је потреба за израдом наставног материјала на свим нивоима образовања (примарно, секундарно и терцијарно), који промовише принцип једнакости између жена и мушкараца, нестереотипне родне улоге, узајамно поштовање, ненасилно решавање сукоба у међуљудским односима. Велики значај има обука професионалаца (запослени у судовима, тужилаштвима, полицији, адвокатури, здравственим установама установама социјалне заштите, просвете), који су у контакту са жртвама и извршиоцима свих облика насиља. Обука би требало да се одвија као основна стручна обука и обука унутар службе и да омогући надлежним стручњацима да стекну одговарајуће способности за идентификацију и поступање у случајевима

18 *World Declaration on Higher Education for the Twenty-first Century, Vision and Action*. UNESCO, Парис, 1998, 9-12. <http://www.unesco.org> (приступ: 6.07. 2012). Вид. Слободанка Константиновић Вилић, Невена Петрушић, Наталија Жунић: «Женске/родне студије – интеграција у наставни план и програм основних правних студија, *Правне студије рода*, Збирка радова, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2007, стр. 15; Драгана Поповић, Даша Духачек, «Од циришког круга до студија рода: родна равноправност и високо образовање у Србији», *Годишњак Факултета политичких наука*, Београд 2009, стр.688.

19 *The European Higher Education Area – Joint Declaration of the European Ministers of Education*, 19. 6. 1999.

20 Поповић, Д., Духачек, Д., *op.cit.*, стр.689.

21 *Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама*, Управа за родну равноправност, Министарство рада и социјалне политике, Београд 2012.

насиља у раној фази испољавања, као и да предузму одговарајуће превентивне мере за спречавање секундарне виктимизације.

Приликом сагледавања родне сензитивизације образовања свакако треба поменути активност Европске комисије која редовно израђује извештај ETAN (*European Technology Assessment Network*) о научној политици у Европској унији и заступљености родне/полне једнакости и путем базе података *Gender Watch System* прати заступљеност жена у науци. У том смислу значајна је Резолуција Савета Европске уније на тему „Жене и наука“²², која указује, поред осталог, на недовољну укљученост жена на подручју друштвених и техничких истраживања и слабу заступљеност у саветодавним телима.

2. Правни оквир родне сензитивизације високог образовања у Србији

Истраживања показују да су у Србији универзитетски програми родно неосетљиви и да доприносе стереотипизацији родних улога, а да су образовни материјали анахрони и дискриминаторни.²³ У студентској и наставничкој популацији још увек су изражени стереотипи у погледу родних улога, који се у већој мери региструју у млађој него у старијој генерацији.²⁴

Законски прописи који се непосредно односе на “уродњавање” образовања²⁵ ограничени су на област основног и средњшколског образовања. *Законом о*

22 Council of the European Union – Council Resolution of: on „Women and Science“, Brussels, 1. June 1999., <http://www.EuroPa.eu.int> (приступ 7. 09. 2012).

23 Јана Баћевић, Јелисавета Благојевић, Даша Духачек, Тамара Џамоња Игњатовић, Мартина Вукасовић, Драгана Поповић, Адриана Захаријевић: *Анализа родне димензије у високошколском образовном материјалу*, Центар за студије рода и политике, Факултет политичких наука, Универзитет у Београду и UNDP, Београд 2010; Тамара Џамоња Игњатовић, Невенка Жегарац, Драгана Поповић, Даша Духачек: „Истраживање ставова према родној равноправности у систему високошколског образовања”, *Годишњак Факултета политичких наука* III/3, стр. 695–709. Иста је ситуација и у основном и средњем образовању. Вид. Драгана Стјепановић-Захаријевић, *et al. op.cit.* стр.10.

Повереник за заштиту равноправности Републике Србије упутио је Министарству просвете и науке Републике Србије, Националном просветном савету и Заводу за унапређење квалитета васпитања и образовања да, у складу са законским овлашћењима, предузму мере за уклањање дискриминаторних садржаја из наставних материјала и промовисање толеранције, уважавања различитости, родне равноправности и људских права (<http://www.ravnopravnost.gov.rs/lat/preporukeOrganimaJavneVlasti.php?idKat=24>) (приступ: 7.09. 2012).

24 Тамара Џамоња Игњатовић, Драгана Поповић, Даша Духачек: «Родна осетљивост у академском простору: истраживање ставова према родној равноправности на Универзитету у Београду», *Годишњак Факултета политичких наука* 4/2010, стр. 455-477.

25 Треба приметити да су сами закони писани родно несензитивним језиком. Језик закона је основно средство којим законодавац исказује своје ставове, при чему се о ставовима законодавца закључује не само по садржају норми (порука) садржаних у закону, већ и

основама система образовања и васпитања од 2009. године²⁶ дефинисани су циљеви образовања и васпитања, међу којима је и „развој и поштовање расне, националне, културне, језичке, верске, родне, полне и узрасне равноправности, толеранције и уважавање различитости“ (чл. 4. т. 15). Одређени значај имају и прописи садржани у *Закону о уџбеницима и другим наставним средствима*,²⁷ којима је прописано да „уџбеници и друга наставна средства својим садржајем и обликом треба да омогуће спровођење принципа једнаких могућности девојчица и дечака“, да „не смеју да угрожавају, омаловажавају, дискриминишу или издвајају групе и појединце или да подстичу на такво понашање, по основу: расне, националне, етничке, језичке, верске или полне припадности, сметњи у развоју, инвалидитета, физичких и психичких својстава, здравственог стања, узраста, социјалног и културног порекла, имовног стања, односно политичког опредељења, као и по другим основама утврђеним законом којим се уређује забрана дискриминације“ (чл.4).

У области високог образовања нису, међутим, утврђена правила оваквог карактера, тако да је за његову родну сензитивизацију од кључне важности примена закона и стратешких докумената којима су утврђени општи стандарди родне равноправности и путеви њихове имплементације. Међу њима посебан значај има *Закон о равноправности полова*,²⁸ којим је родна сензитивизација образовања предвиђена као једно од шест подручја деловања. Чл. 31. Закона о равноправности полова прописано је да је равноправност полова саставни део образовања, од предшколског до високог образовања, као и трајног учења. У ст. 2. овог члана прописано је да се у оквиру студијских програма обезбеђује образовање

по самом језику који законодавац користи. Ако је језичка делатност специфични облик друштвене праксе којом људи делују на универзум око себе, организујући га, мењајући га, мењајући тиме и себе саме, језик закона је, такође, у стању да мења правну свест и правну стварност. Вид. Свенка Савић, Слободанка Константиновић Вилић, Невена Петрушић: *Језик закона – карактеристике и родна перспектива*, *Право и језик*, Правни факултет у Крагујевцу, Крагујевац 2006, 46.

²⁶ *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.

²⁷ *Службени гласник РС*, бр. 72/2009.

²⁸ Закон о равноправности полова, *Службени гласник РС*, бр. 104/09, припада групи антидискриминаторних закона и уређује ближе уставно право на равноправност полова. Законом се, у складу са међународним стандардима у овој области ближе дефинише дискриминација по основу пола, садржај и облици непосредне и посредне дискриминације (члан 4 - 6.). Тежиште Закона је на посебним мерама које се могу предузети у циљу остваривања политике једнаких могућности и отклањања фактичке дискриминације с обзиром на припадност полу, као и због брачног или породичног статуса, трудноће или родитељства. Законом су дефинисани карактер и природа посебних мера за остваривање равноправности полова, у складу са међународним стандардима и одредбама Устава. Вид. Маријана Пајванчић, Невена Петрушић, Сенад Јашаревић: *Коментар Закона о равноправности полова*, Центар модерних вештина, Београд 2010, 76.

о равноправности полова у циљу превазилажења ограничавајућих улога заснованих на полу, као и ослобађања од стереотипа и предрасуда заснованих на полу. Сагласно одредби из ст. 4., органи државне управе надлежни за образовање, односно образовне установе, у поступку доношења студијских програма и приликом утврђивања стандарда уџбеника, наставних метода и норматива простора и опреме, дужни да омогуће спровођење политике једнаких могућности жена и мушкараца.

*Националном стратегијом за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности*²⁹ остваривање родне равноправности у образовању дефинисано је као посебан циљ и програмско подручје.³⁰ Један од важних појединачних циљева у овом подручју јесте јачање капацитета образовног система укључивањем родне перспективе у образовање, што би довело до промене од традиционалистичко-патријархалног модела ка модерном поимању родне равноправности и родних улога. Ради остваривања овог циља планирано је спровођење низа активности, међу којима и: развијање родно сензитивних, антидискриминаторних и секуларних програмских садржаја и родно осетљивог језика на свим нивоима образовања, увођење у употребу родно осетљивог језика, покретање питања стандардизације језика у институцијама, развијање програма за редовне студије рода на заинтересованим факултетима и укључивање студија рода у систем високог школства, као и промовисање модела родне равноправности као једног од кључних предуслова за остваривање људских права и развој демократије.

3. Студије рода као модел родне сензитивизације универзитетског образовања у Европи

Један од начина интегрисања родне перспективе у универзитетске курикулуме јесу студије рода (женске/родне студије) настале крајем шездесетих година у Америци, у склопу друштвених покрета тога времена,³¹ које су постепено

29 Национална стратегија за побољшање положаја жена и унапређивање родне равноправности 2008 – 2014, *Службени гласник РС*, бр. 15/2009. Овим документом уређено је стварање услова за увођење политике једнаких могућности остваривања права жена и мушкараца, доношење прописа и предузимање посебних мера за спречавање и отклањање дискриминације засноване на полу, брачном или породичном статусу, трудноћи или родитељству (чл. 1).

30 У документу се указује да стереотипним представама о родним улогама добрим делом доприноси и традиционалистички садржај наставних програма, уџбеника и других материјала и наводи се да «иако у наставном градиву нема дискриминације, кроз стереотипне садржаје, који почињу од буквара, преко других уџбеника, посебно из друштвених предмета, провлаче се патријархални обрасци и андроцентрични модели који утичу на формирање менталитета и кроз које се формирају анахрони ставови о родној равноправности, због чега је касније теже обезбедити широку подршку јавног мњења за потребне промене у овој области».

31 О историјату женских/родних студија вид. Вукашин Павловић, *Друштвени покрети и промене*, Удружење за политичке науке, Факултет политичких наука, Београд 2003; Д. Поповић, Д. Духачек, *op.cit.*, стр. 686.

интегрисане у универзитетски програм.³² Почев од седамдесетих година прошлог века,³³ студије рода су основане на већини европских универзитета, а паралелно с тим оснивано су посебни центри за феминистичка истраживања.³⁴

Студије рода представљају академски, интердисциплинарни приступ анализи ситуације жена и родних односа. Оне се, због своје интердисциплинарне и мултикултуралне природе, сагледавају као покретач критичке свести европске друштвене политике. Извесно је, такође, студије рода имају значајан утицај и на друштво изван образовног система, “гађајући”, из своје специфичне образовне матрице, постојеће односе моћи, вредносни систем, политику и законодавство самих друштава.³⁵ Због тога у земљама ЕУ ове студије све више добијају на друштвеном и институционалном значају. Смисао њиховог промовисања садржан је у темељним циљевима студија рода: – да се усвоје теоријска и практична знања о родној парадигми у друштвеном, политичком и научном домену, као и у домену социјалних односа, да се сагледају и вреднују стечена знања на основним и/или мастер/докторским студијама усмереним на родну перспективу,³⁶ као и да се унапреде истраживања од стране жена, за жене, и на тему жена. Родне студије, као снажна образовна иновација, успеле су да се “увуку” у академску средину и постану равноправна тема интересовања.³⁷

По својим методолошко-теоријским циљевима, студије рода су обликоване као академски интердисциплинарни програм у чиљем су фокусу студије рода, истраживање дихотомних категоризација, као што су мушкост/женскост, приватно/јавно, природа/култура, изузетно значајна родна анализа односа моћи, као и родне димензије свих других дисциплина. Студијама рода обухваћене су и теме о сексуалности, идентитетима, патријархату, сексизму и шовинизму, расизму, насиљу према женама. Тематски распон студија рода је веома широк и укључује садржаје друштвених и хуманистичких наука и уметности, физике и екологије, а установљене су и посебне студије или „нови поглед“ на одређену

32 Према подацима из литературе, један од првих курсева женских студија у оквиру универзитета реализован је 1969. године, на Универзитету Корнел. Први целовити програм женских студија уведен је 1970. године на Универзитету у Сан Дијегу, а прво удружење женских студија основано је у у Сан Франциску. Жарана Папић, *Социологија и феминизам*, Истраживачко-издавачки центар ССО, Београд 1989, стр.15.

33 Вид. Д. Поповић, Д. Духачек, *op. cit.*, стр.687.

34 Вид. Angelika. Koester Lossack, Tobe Levin, “Women’s Studies in Europe: Conference Reports, Part II,” *NWSA Journal*. Vol. 2, 2/ 1990, стр. 264-268.

35 Н. Петрушић, *et al. op. cit.* стр. 9.

36 Rodne studije- doktorske akademske studije, www.najstudent.com/...studije/doktorske-Phd/Rodne-studije/1421

37 Ж. Папић, *op.cit.* стр. 9.

научну дисциплину.³⁸ Циљ ових студија јесте да пруже знање о женској историји и друштвеном положају жена, као и о политици и/или идеологији пола, која кроз културне ставове, вредности и претпоставке прожима све међуљудске односе. Речју, у студијама рода жена је средиште епистемолошке упитаности.

Афирмација студија рода саставни је део савремених тенденција у развоју високог образовања у Европи, што је посебно важно за југоисточну Европу која се тек укључује у реформске процесе универзитетског образовања. У многим универзитетским институцијама оне су препознате и прихваћене не само као академска дисциплина, већ и као извор критичких сазнања за друге научне дисциплине, савремене теорије и студије. Према Извештају о женским студијама у Европи (*Sigma Synthesis Report Women's Studies in Europe*) поднесеном на Конференцији у Коимбри (Coimbra, Португалија, 16. и 17.6.1995), постоје три доминантна модела женских/родних студија (Farber-Henningeov тројни модел развоја институција женских студија) зависно од националних разлика и институционалним корацима у развоју: Центар за женске студије, као главна институција за универзитет, која нема наставничку улогу; Женске студије као посебне, независне образовне студије које теже академском признавању, и Центар за женске студије претежно истраживачког усмерења, са истраживачким пројектима и школама. Поред оваквих центара, на већини универзитета постоје и Центри за родну равноправност чије су активности усмерене ка остваривању политике једнаких шанси у оквиру универзитетских заједница. Студије рода постоје на универзитетима као модули, академски степени, дипломски степени, одсеци или катедре, институти, са мањим или већим степеном интегрисаности у постојеће научне дисциплине. Најчешће се успостављају као посебне студије или „нови поглед“ на одређену научну дисциплину при катедрама на универзитетима (на пример, при катедри за правне науке, књижевност, социологију и сл.) или функционишу као посебни центри и програми. Каква ће бити динамика развоја студија рода у појединој земљи, зависи од друштвено политичких околности, феминистичких достигнућа и отворености према критичком мишљењу у универзитетским круговима.³⁹ У погледу статуса студија рода на европским универзитетима издвајају се две тенденције: прва се односи на видљиви и препознатљив утицај на садржаје академских дисциплина потенцирањем мултикултуралности и интердисциплинарности; друга се односи на афирмативне промене унутар европског политичког оквира.⁴⁰

Данас у Европи успешно функционише неколико мрежа и асоцијација студија рода, које су дале снажан подстицај њиховом развоју. Међу њима су

38 Валерија Барада, Juliette Јанушић, Биљана Кашић, Јасминка Пешут., Женски родни студији – интегрисање у хрватски свеучилишни сустав – студија, Центар за женске студије, Загреб 2002, стр.10.

39 Вид. *Ibid.* стр.37

40 Вид. *ibidem.*

најзначајније ATHENA (*Advanced Thematic Network in Activities in Women's Studies in Europe*), основана 1996. на Универзитету у Утрехту (Холандија),⁴¹ WISE (*Women's International Studies Europe*), основана 1990. године, са седиштем у Никозији (Кипар),⁴² AOIFE (*Association of Institutions for Feminist Education and Research in Europe*),⁴³ као и нова професионална асоцијација ATGENDER (*European Association for Gender Research, Education and Documentation*),⁴⁴ коју се 2009. године заједнички основале ATHENA, WISE и AOIFE. Ово перспективно европско удружење окупља академске истраживаче/истраживачице и друге професионалце који се баве родним студијама и феминистичким истраживањима и промовишу женску права, једнакост полова и различитости. Удружење је својеврсни форум за унапређивање и ширење знања произведеног у оквиру родних студија и феминистичких истраживања, а његова мисије огледа се у развијању међународне сарадње у области родних студија и феминистичких истраживања, у јачању институционализације родних студија и феминистичких истраживања и повећање њихове видљивости, у неговању размене и сарадње између академске заједнице и женских организација, библиотека, креатора политике и невладиних организација у области женских људских права, родне равноправности и различитости, као и у пружању подршке студентима и младим истраживачицама/истраживачима који су заинтересовани за родне студије и феминистичка истраживања.⁴⁵

У свету су студије рода различито програмски конципиране и носе различите називе: женске студије, женске студије и истраживања, студије о женама, родне студије, студије рода или феминистичке студије. У литератури се истиче да постоји неусаглашеност посебно између појмова „женске студије“ и „родне студије“. Садржајно, „родне студије“ се поклапају са „женским“ студијама, иако би се доследним тумачењем појма „родне студије“ дошло до закључка да се ове студије баве проучавањем рода и родова, што, свакако не одговара пракси. Такође, постављено је неколико епистемолошких дилема: да ли за женске/родне студије треба прихватити интеграцијски модел (инкорпорираност унутар других дисциплина) или модел аутономије (обликовање женских студија као академске дисциплине); да ли су женске/родне студије научна дисциплина (различита по садржају, облицима и циљевима од традиционалних дисциплина)

41 <http://www.athena3.org> (приступ: 6. 09. 2012).

42 <http://www.wise.medinstgenderstudies.org> (приступ: 6. 09. 2012).

43 <http://www.let.uu.nl/aoife>. Ово удружење је престало са радом оснивањем ATGENDER (*European Association for Gender Research, Education and Documentation*). Вид. Савић, А., Болоњски процес и родна равноправност, статус родних студија у ЕУ, Центар за родне алтернативе, <http://www.centaralter.org.rs/ana%20savic%20bol%20proces%20i%20rr.pdf> (приступ: 6. 06. 2012).

44 <http://www.atgender.eu> (приступ: 6. 09. 2012).

45 <http://www.atgender.eu/index.php/atgendermenu/mission> (приступ: 6. 09. 2012).

или поље сазнања; да ли су женске/рдоне студије академске (са теоријском легитимацијом) или активистичке (место где жене стварају епистемолошке моделе сазнања, уместо да знања само пасивно примају). Ове дилеме се у пракси решавају повезивањем и допуњавањем, политиком тзв. двоструке стратегије.⁴⁶

Један од темељнијих индикатора значаја које студије рода имају јесте чињеница да су у државама ЕУ оне, по правилу, финансиране из државног буџета у размери од 70% до 100%, а само се мањим делом самофинансирају, односно саме траже изворе финансирања.

Велики напредак у развоју студија рода учињен је после конференције УН у Наиробију 1985. године јер су до тада само два универзитета нудила програме женских студија. Већина женских студија на факултетима постоји од 1987. године. Предметна подручја, тј. одсеци које су нудиле женске студије су феминистичка теорија, историја, право, сексуалност и репродукција, законодавство, књижевност, културални студије, психологија, образовање, здравље, медији. На развој женских/родних студија у Европи у подстицајно су деловали и програми Европске уније ERASMUS, LINGUA, TEMPUS, COMETT, SOCRATES, с циљем повезивања и умрежавања женских студија на европском нивоу размене наставничког кадра, студената/киња, као и информатичког и књижничарског особља. Посебна улога ових програма јесте да развијају заједничке курикулуме и програме женских студија и подстичу истраживања о полној/родној тематици на универзитетима на националном и европском нивоу, наглашавајући мултикултуралност и мултидисциплинарност, као и уважавање посебности појединих заједница. Европска комисија финансира и друге програме који потичу жене на научна истраживања и образовање (NOW – New Opportunities for Women; WITEC – Women in Technology in the European Community; UETP – European Community University Enterprise Training Partnership и други). Осим ових великих и афирмираних мрежа женских студија, које непосредно или посредно финансирају европске и америчке фондације, делује и низ мањих, уско стручних, електронски повезаних мрежа и видова удруживања на националном и међународном плану.

4. Различити модели студија рода у европским државама и државама у транзицији

Студије рода у појединим европским земљама постале су академска дисциплина која се одликује великом разноврсношћу програма, тематских садржаја и оријентација. У току процеса укључивања у универзитетске садржаје студије рода су подстицајно деловале на измену силабуса других предмета у погледу интердисциплинарности, транскултуралности и родне осетљивости.

⁴⁶ В. Барада *et al.* *op. cit.* стр.40.

У Холандији су студије рода интегрисане у високо образовање почев од 1974. године, када се, под утицајем женског покрета и борбе за женска права, створила критичка свест о садржајима и методама у друштвеним наукама. Алтернативне истраживачке методе и трансдисциплинарност путем укључивања студија рода у академско образовање још више су се развили у току осамдесетих година 20. века уз финансијску подршку државе. Студије рода јављају се као додипломске, изборне студије на већини универзитета.⁴⁷ Холандија је водећа европска земља за женске студије због координирања међународних активности (истраживачки програми, издаваштво, размена) и мрежа женских и родних студија које је покренула (1987. NOISE, 1990. WISE и WINGS.). Тако је Холандија координирала мрежом WISE – Women’s International Studies Europe, професионалном организацијом истраживача/ица женских студија у Европи и интердисциплинарним пројектима женских студија у оквиру ERASMUS програма.

Скандинавски или нордијски модел студија рода датира из шездесетих година прошлог века, али прве женске студије на универзитетима настају седамдесетих година 20. века. Језгра из које су настали били су центри за координацију и увођење женских студија на факултетима, а програми су креирани углавном унутар хуманистичких и друштвених наука. Прве катедре за женске студије отворене су у Ослу 1974. године, а касније се студије рода развијају на универзитетима као посебни одсеци, додипломске и магистарске студије и једногодишњи интердисциплинарни програми у оквиру других дисциплина, изборни предмет или семинарски/дипломски рад.

У Норвешкој студије рода постоје као додипломски и последипломски изборни модули на Филозофском факултету, и у оквиру независног Центра за феминистичко истраживање у хуманистичким наукама.

У Шведској сви универзитети имају центре за женске студије који раде као образовни, информацијски и библиотекарски центри. Од 1994. године Универзитет у Гетеборгу (Göteborg) постоји Одсек за женске студије са више модула различитог трајања. Такође, политика шведске државе ставља нагласак на нужну аутономност центара за женске студије у односу на факултете, а истовремено им даје моћ консултативних тела за питања истраживања и родне равноправности. С обзиром на то да програми на универзитетима треба да имају родну перспективу, центри за женске студије организују обавезне модуле с тематиком родне сензитивности за наставнички кадар на универзитетима.

На скоро свим универзитетима у Финској постоје женске студије са различитим модулима и типовима организовања. Такође, од 1981. године постоји Национални координатор за женске студије и неколико катедри за женске студије (нпр. катедра за женске студије на Универзитету у Оулу од 1999.). Занимљиво је

47 В. Барада et. al. op. cit. стр. 18.

да од деведесетих година 20. века постоје на Универзитету у Хелсинкију мушке студије издвојене од женских и родних студија.

У Данској универзитетски професори/ке укључени/е у израду курикулума женских студија, истраживање и објављивање женских/родних тема, а на иницијативу државе, односно Одбора за науку и планирање.⁴⁸ Женске студије су један од главних извора феминистичког политичког активизма, а образовни програми постоје као: једногодишњи интердисциплинарни академски програми унутар одсека за друштвене науке, додипломски и магистарски једноипогодишњи модули на одсечима за феминистичке студије, центри за женске студије на факултетима. Дански модел се одликује постојањем Феминистичког истраживачког центра FREIA у Aalborgu, који на интердисциплинарној основи окупља научнице унутар друштвених наука, које осим истраживања нуде докторске програме родних и женских студија.

Аустријски модел женских/родних студија најпре се одликовао посебним програмима и модулима који се на иницијативу универзитетских наставника нуде из области друштвених и природних наука. Касније, током осамдесетих година 20. века основано је тело задужено за координацију активности на универзитету, затим извршни одбор за супервизију увођења женских студија на универзитете, а формиран је и посебан буџет за женске студије. Све то је омогућило институционализовање и увођење аутономних програма женских студија у универзитетске курикулуме.

У Ирској постоје женске студије у различитим видовима на свим универзитетима кроз велики број модула. Универзитети нуде женске студије као модул на додипломском сепену; предмет на додипломском степену, последипломске студије, неакадемски образовни степен и неформалан вечерњи модул. Женске студије су организационо постављене и као одсеци на факултету или универзитету, као неформалне групе научника/ца унутар факултета или универзитета или као интердисциплинарне последипломске студије.

Земље у транзицији такође су организовале женске/родне студије у оквиру универзитетских јединица (Русија, Украјина, БиХ, Србија, Хрватска и др.)⁴⁹

Удружење женских/родних студија земаља у транзицији (Women's/Gender Studies Association of Countries in Transition), основано је на првом регионалном сусрету тих земаља 1998. године. Ово Удружење обухвата 28 земаља које имају центар за женске студије и/или независне образовне програме студија рода на

48 SIGMA Report Women's Studies in Europe. URL: <http://women-www.uia.ac.be/women/sigma> i Women's Studies and Research on Women in the Nordic Countries 1994–95. Institute of Women's Studies, цит. према В. Барада et. al. op. cit. стр.21,22.

49 SIGMA the Netherlands Women's Studies Report by Willy Jansen and Jose van Alst. Centre of Women's Studies of Antwerp, Belgium, <http://www.uia.ac.be/women/sigma/nl.html> (приступ: 10. 09. 2012).

универзитетима. Женске студије на универзитетима делују од деведесетих година 20. века (Мађарска, 1994). Најчешће се ради о посебним програмима у оквиру појединих предмета, као што су англистика, америчке студије/америчка књижевност, социологија, антропологија, националне књижевности, историја, филозофија, лингвистика. Постоје и посебни програми женских/родних студија при одсецима других наука, ако и самостални последипломски програми и интердисциплинарни последипломски програми за студенте који су дипломирали хуманистичке науке. Такође, студије рода су у појединим земљама организоване у оквиру посебног одсека за женске/родне студије или у оквиру центара за женске студије при универзитетима или само као иницијална предавања. Развијени су и посебни родни центари за феминистичке студије при одсецима других наука, као и независне институције с програмом како изван тако и на универзитету, затим, самостални одсеци са признатим академским програмом (који је уједно и истраживачки и документациони центар) итд. Ради се о различитим типовима интеграције и деловања студија рода у оквиру образовања, које одликује разноврсност и бројност понуђених модула.

Студије рода у земљама у транзицији настајале су деведесетих година прошлог века и биле су финансијски подржане иностраним донацијама и под великим утицајем већ постојећих западноевропских или америчких центара/програма за женске/родне студије. Због тога је тешко говорити о неком сукцесивном развоју и “еволуцији” женских/родних студија на тим просторима јер се не уочава њихова научна развојна линија.⁵⁰

Посебна мрежа студија рода у земљама некадашњег Совјетског Савеза, KCGS програм (University Network on Gender Studies for the Countries of the Former USSR) значајна је због најсвеобухватнијег електронског универзитетског адресара студија рода у источној Европи, електронској библиотеци и издавању постсовјетског стручног академског часописа за родне теме у друштвеним наукама (Gender Studies Journal).

У Украјини је први академски програм женских/родних студија утемељен у оквиру Центра за родне студије у Кракову (Kharkov Center for Gender Studies–KCGS), 1994. године студија. У Белорусији је 1997. године уведен Родни приступ историји, као посебан модул на Одеску за историју Државног педагошког универзитета Колегијума женских студија Центра за женске студије на Европском хуманистичком универзитету, а од 2000. године започела је реализација мегистарских студија рода. Програми женских и родних студија на руским универзитетима арирају од оних мање академски образовно оријентисаних, усмерених на јавна предавања, активности економског и политичког оснаживања жена (независна невладина организација московски Центар за родне студије MCGS – Moscow Center for Gender Studies, активан од 1994. године, преко истраживачких, који су уједно и координатори нових универзитетских

50 В. Барада et. al. op. cit. стр.33

програма (Центар за женске студије на Универзитету Иваново), до оних који су искључиво усмерени на академско стицање диплома.⁵¹ Од 1995. године у Естонији се женске студије изучавају при посебним јединицама за женске студије на појединим факултетима.

Као и у другим земљама у транзицији у Мађарској су организација и обрасци женских/родних студија под утицајем програма иностраних фондација. Постоје на неколико факултета као изборни модули, магистарске и докторске студије. Будимпешта, осим тога, нуди женске студије на Средњоевропском Универзитету (Central European University) и то на Одсеку за родне студије. Овај одсек организује последипломске родне студије у сарадњи с америчким Универзитетом New York и Отвореним универзитетом Лондон, али и неакадемске програме и активности.

У Чешкој већина програма студија рода припада Карловом универзитету у Прагу, где постоје Центар за женске студије, Одсек за англистику Наставничког факултета и Одсек за социјални рад. Центар за женске студије је самостална академска јединица Факултета за филозофију и уметност, раније програм Форд фондације из Велике Британије, који је академски статус добио 1998. године. Ради се о додипломским и последипломским програмима за студенте/киње матичног и студенте/киње других друштвено-хуманистичких факултета. Треба напоменути да постоји и независни Центар за родне студије у Прагу (Centrum pro Gender Studies Prague), који од раних деведесетих 20. века подстиче развој факултетских женско/родно студијских програма.

Словачка се одликује по академском програму под називом Клуб филозофиња феминисткиња при Одсеку за филозофију и историју филозофије на универзитету у Братислави, који представља двосеместрални колегијум из феминистичке филозофије и теорије, епистемологије, етике, екофеминизма и књижевне теорије.

У Бугарској се студије рода предају на Универзитету у Великом Трнову на одсеку за језике и англистици и на Универзитету св. Климент Охридски у Софији као посебни предмети и семинари на разним студијским групама. Бројни академски програми постоје у Румунији и Пољској.

5. Развој студија рода у земљама бивше Југославије

У земљама са простора бивше Југославије начин настајања студија рода подсећа на начин настајања женских студија седамдесетих година 20. века у земљама Западне Европе и Америке. У Љубљани се 1986. године започело са извођењем семинара из женских студија, а затим се у оквиру центара за женске студије који су постојали у Београду (од 1992. године) и Загребу (од 1995. године) развијала теоријска свест о родно сензитивном образовању. Повремено

51 *Ibid.*

су одржавани округли столови, јавне трибине, мини-школе и семинари унутар универзитетских кругова у овим градовима.

Студије рода у Словенији постоје у оквиру универзитетског образовања на Филозофском факултету у Љубљани као последипломски студијски програм под називом «Женске студије и феминистичке теорије» са смеровима (Феминистичка теорија и филозофија; Женске студије на подручју књижевности и литературе; Феминистичке теорије и културолошке студије, феминизам и политичка теорија).⁵²

Последипломске студије «Gender/родне студије»⁵³ је двогодишњи, интердисциплинарни магистарски програм на Универзитету у Сарајеву у оквиру Центра за интердисциплинарне последипломске студије (CIPS Center for Interdisciplinary Postgraduate Studies – University of Sarajevo)⁵³

У Хрватској се студије рода организују у оквиру активности Центра за женске студије, који је основан 1995. године, као програм Женских студија кроз колегијуме, семинаре и јавна предавања. Образовни програм Центра садржи тематске целине о женској/родној тематици (феминистичка теорија и конструкција идентитета, питање епистемологије) и одвија се путем модула, колегијума, семинара, радионица, вежби, креативног дијалога, перформанса и видео пројекција. Центар је у пролеће 2000. године представио програм студија рода универзитетској јавности, после чега је одржано низ јавних предавања и трибина, као и последипломских семинара. При Универзитетском центру у Дубровнику 21-25 маја 2012. године Центар је у сарадњи са Институтом за етнологију и фолклор из Загребa по шести пут успешно организовао последипломски семестар «Feminismus in Transnational Perspective».⁵⁴

У Македонији 1999. године настају два центра за родне/женске студије: један изразито теоријског усмерења с јасном визијом интеграције у универзитетски контекст, а други више с предзнаком активизма и у најширем смислу женског образовања. Истраживачки центар за родне студије (Истраживачки центар за родови студији) отворен је у Скопљу 1999. у склопу активности Института Еуро-Балкан, са циљем да буде истраживачко средиште и база података на пољу родних/женских студија. Основао га је Женски програм Института Отворено друштво Македонија. Центар је посебно заговарао промене у високом школству у смислу установљавања последипломских програма родних студија на универзитету и организовао серију округлих столова на различите теме феминистичких теорија и родних студија. Почев од 2001. године Центар организује школу о роду и политици под називом «Премошћивање јаза између теорије и активизма» са неколико основних колегијума: теорија и политика, филозофија и психоанализа,

52 <http://www.ff.uni-lj-s/fakulteta/Studij/Podiplomski/Studij/Program> приступ 8.11.2012.

53 <http://www.cps.edu.ba/?q=bs/node/62> приступ 8.11.2012.

54 <http://www.zenskestud.hr/> приступ 9.11.2012.

књижевност, уметност и медији, социологија, антропологија и историја.⁵⁵ У програму Филозофског факултета Универзитета «Кирил и Методиј» у Скопљу на додипломским и последипломским магистарским студијама предвиђен је предмет Родне студије.⁵⁶

6. Студије рода у Србији

У Србији су женске/родне студије развијане као алтернативни интердисциплинарни образовни програми, у оквиру феминистичких невладиних организација, а процес њихове институционализације текао је веома споро, чему је допринео и снажан талас ретрадиционализације након периода ратова из деведесетих.⁵⁷ Упркос многобројним препрекама и тешкоћама, женске/родне студије су постале део официјелних курикулума на неколико факултета у Србији. Ради се о разноврсним програмима који су различити како по концепцији и садржини, тако и по академском нивоу и статусу.

Пројекат оснивања женских/родних студија датира из деведесетих година 20. века, упоредо са јачањем феминистичког покрета и активизма у женским групама и организацијама. Београдски центар за женске студије, као алтернативни интердисциплинарни образовни програм почео је са радом 8.3.1992. године као двосеместрални мултидисциплинарни програм. Из тог периода треба поменути да је на Филозофском факултету у Београду 1993. године постојао изборни курс „Жена и друштво“, а на Факултету политичких наука је од 1997. године уведен курс „Женске студије.“ Од 1998. године до 2002. године програм је обухватио курсеве у сарадњи са Алтернативном академском образовном мрежом (ААОМ) да би од 2001. године наставио рад у сарадњи са Факултетом политичких наука Универзитета у Београду.⁵⁸

На Факултету политичких наука у Београду реализује се академски мастер програм «Теорија културе и родне студије».⁵⁹ На првој години докторских студија «Студије културе и медија» реализује се изборни курс «Теорије и политике рода», а предмет «Студије рода» има статус изборног курса на основним академским студијама новинарства.»⁶⁰ За зимски семестар школске

55 В. Барада et. al. op. cit. стр.62.

56 <http://www.frp.ukim.edu.mk/index.php/mk/> приступ 9.11.2012.

57 О развоју женских студија у Србији вид.: Д. Поповић, Д. Духачек, op.cit. стр. 690.

58 *Ibid.*

59 Студијски програм доступан на: <http://www.fpn.bg.ac.rs/studije-ii-i-iii-stepena/master-studije/master-akademске-studije-kulturologije-master-teorije-kulture-i-studija-roda>. (приступ: 10. 07. 2012)./

60 Студијски програм доступан на: <http://www.fpn.bg.ac.rs/wp-content/uploads/2010/03/14-Studije-roda.pdf> (приступ: 10. 09. 2012)

2012/2013 године предвиђена су предавања у оквиру два курса „Феминизам у 20. веку“ и „Политичка одговорност и историја садашњости“.⁶¹

На Универзитету у Новом Саду основан је Универзитетски центар за родне студије⁶² у саставу Асоцијације центара за интердисциплинарне и мултидисциплинарне студије и истраживања (ACIMSI). У оквиру Универзитетског центра за родне студије реализују се академски мастер програма «Родне студије», а од шк. 2004/2005. и програм докторских «Родних студија».⁶³

У курикулуму Правног факултета у Београду «Родне студије» су један од изборних предмета на трећој години основних академских студија.⁶⁴

На Правном факултету у Нишу од 2008. године постоје «Правне студије рода»,⁶⁵ које имају статус изборног предмета на трећој години основних академских студија.

7. ЗАКЉУЧАК

Главно питање образовања у 19. веку и почетком 20. века било је да ли образовање треба да буде доступно женама. У 19. веку расправљало се о томе да ли је женском уму и телу по «природи» дато да се посвети интелектуалном раду. За шездесете године 20. века «проблем» је било образовање «страђено» на жене – које се затим удају, имају породицу и потпуно се повлаче из интелектуалног живота. Та питања образовања жена на Западу, и нека друга на Истоку, сасвим контекстуално различита, али у крајњој консеквенци поразна по статус жена у друштву, остала су у сфери започетих расправа. Уместо да се о њима говори, она су остављана ван утицаја друштвеног развоја, јер су, заправо, у свом могућем разрешењу, крила срж политике и друштвене моћи.

Зашто се жене након удаје одричу својих каријера, зашто је и међу неудатим, односно онима без деце тако мало оних које су у првим редовима интелектуалног живота, зашто се налазе на доњој лествици институционалне хијерархије у образовању, на којим су позицијама у елитним образовним и научним установама – питања су која се постављају и траже одговоре. Између два женска покрета и вишедеценијском борбом против дискриминације жена, стање се, у правном и институционалном смислу, побољшава на мукотрпном путу од реторике ка реалности.

61 <http://www.zenskestudije.edu.rs> pristup 8.11.2012.

62 <http://www.uns.ac.rs/sr> (приступ: 10. 09. 2012).

63 Студијски програми су доступни на: <http://www.uns.ac.rs/sr> (приступ: 10.09. 2012).

64 Студијски програм је доступан на: <http://www.ius.bg.ac.rs/studije/novi%20nastavni%20program%20osnovnih%20studija%20od%202011-12.htm> (приступ: 10.09. 2012).

65 Студијски програм доступан на: <http://www.prafak.ni.ac.rs/files/silabusi/Pravne%20studije%20roda.pdf> (приступ: 10.09. 2012).

У савременим друштвима универзитету се намеће обавеза да својим образовним садржајима и методима и знањем које производи, мења друштвени контекст и буде моделар и промотер демократских вредности, међу којима је и родна равноправност. Успешно остваривање ове улоге, поред осталог, подразумева интегрисање родне перспективе и родне димензије у универзитетско образовање. Под окриљем женских феминистичких организација и у статусу образовне алтернативе, студије рода у Србији полако се етаблирају у академску средину. Оне су данас снажан подстицај за критичко промишљање актуелног родног режима и места са којих се концепту родне равноправности утире пут ка стварности.

Prof. Nevena Petrušić, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

Prof. Slobodanka Konstantinović Vilić,

Faculty of Law, University of Niš

INTEGRATING GENDER STUDIES IN UNIVERSITY EDUCATION SYSTEM

Summary

Gender Studies (Gender Studies, Women's Studies, Gender Studies / Women's Studies) by multi / interdisciplinary approach to various topics in the field of social sciences, humanities, arts, sciences, and thus significantly affect the modernization of university programs. The paper deals with the introduction of gender mainstreaming women's/gender studies in university education in European countries and in Serbia. Experience shows that gender studies are the most important resource in the production and transmission of knowledge about gender relations as successfully deconstruct patriarchal culture and encourage the development of gender sensitive and critical awareness of the social relations, processes and policies, thus preparing young people for effective and active citizenship and a new gender partnership of private and public life.

Key words: *gender equality, university education, gender sensitization, gender studies*

Проф. др Војислав Ђурђић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Др Марко Трајковић, доцент
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 343.3:179.7

БИОЕТИЧКО ЛИЦЕ ПРАВА¹

Апстракт: Биоетичко лице права, представља онај аспект права које се супротставља његовом „наличју“ које видимо као чист правни позитивизам у његовој искључивости и крајности, односно у виду пуке форме права.

Биоетичко лице права, дакле, представља вредност права у аспекту биоетичких проблема, који су својом суштином везани за вредност живота. Зато биоетичко лице права стоји испред „наличја“ права, његове форме која је тек појавни облик постојања права.

Кључне речи: биоетика, право, кривично-правна теорија, вредности.

1. О РАЗВОЈУ БИОЕТИКЕ

Појам и дефиниција биоетике стара је преко осамдесет година. Међутим, сам задатак биоетике стар је колико и људска цивилизација, а у области права колико је старо кривично право као и филозофско промишљање његовог основног задатка – заштите живота. Етичко респектовање целокупног живота на земљи основа је онога што можемо назвати биоетика, а његова заштита, основа је онога што можемо назвати правом, са нагласком на кривично-правну материју.

Ипак, сам термин биоетика као и дефиниција биоетике је нова. Термин биоетика везујемо уз име Фрица Јара (*Fritz Jahr*), протестанстског пастора и етичара који је у часопису „Kosmos“ 1927. године објавио чланак на тему „Bio-Ethik: eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

Pflanze“.² Тада Јар повезује биоетику и Кантов (*Immanuel Kant*) категорички императив појмом „биоетички императив“, иако га тако у том тренутку не назива дословно.

Да биоетика није ништа што је настало у двадесетом веку потврђује и сам Јар ставом: „In fact Bio-ethics is definitely not only a discovery of the present. As a particularly impressive example from the past we may remember the figure of St. Franz of Assisi and his great love to animals, progressing in its warmth for all living beings the Rousseauian enthusiasm for nature in its entirety by centuries“.³ Да би даље рекао: „So that the rule for our actions may be the Bio-Ethical Demand: Respect every living being on principle as a goal in itself and treat it, if possible, as such!“.⁴ И даље Јар за биоетику каже: „the systematic study of human conduct in the area of the life sciences and the personal, professional and public moral commitment and conduct towards all forms of life, in as far as this conduct is examined in the light of moral values and principles“.⁵

Дакле, Јар даје своје одређење биоетике које је веома блиско Кантовом категоричком императиву, кроз следеће поставке: „The Bioethical Imperative guides ethical and cultural attitudes and responsibilities in the life sciences and towards all forms of life (1927)“; „The Bioethical Imperative is based on historical and other evidence that ‘compassion is an empirical established phenomenon of the human soul’ (1928)“; „The Bioethical Imperative strengthens and complements moral recognition and duties towards fellow humans in the Kantian context and should be followed in respect of human culture and mutual moral obligations among humans (1928)“; „The Bioethical Imperative has to recognize, to steward, and to cultivate the struggle for life among forms of life and natural and cultural living environments“; „The Bioethical Imperative implements compassion, love, and solidarity with all forms of life as a content-based principle and virtue into the ‘golden rule’ and into Kant’s Categorical Imperative, which are reciprocal and formal only (1934)“; „The Bioethical Imperative includes obligations towards one’s own body and soul as a living being (1934)“.⁶

На крају је Јар, према Сасу (*Hans-Martin Sass*), сумирао своје закључке о биоетици и дао четири поставке: „Bioethics is a new and necessary academic discipline. Bioethics is a necessary moral attitude, conviction and conduct. Bioethics recognized and respect all life and living interactions in nature and culture. Bioethics

2 F. Jahr, *Bio-Ethik: eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze*, Kosmos 24, no. 1, 1927, 2-4. Наведено према: I. Rinčić, A. Muzur, *Od bioetičara – učenika do bioetičara – učitelja: pijetizam i edukacija u životu i djelu Fritza Jahra*, Jahr, Rijeka, 2012, 112.

3 Наведено према: H. M. Sass, *European Roots of Bioethics: Fritz Jahr’s 1927 Definition and Vision of Bioethics*, u: *Od nove medicinske etike do integrativne bioetike*, Zagreb, 2009, 20.

4 Ibid., 19.

5 Ibid., 22.

6 H. M. Sass, *European Roots of Bioethics: Fritz Jahr’s 1927 Definition and Vision of Bioethics*, u: *Od nove medicinske etike do integrativne bioetike*, Zagreb, 2009, 22-25

has legitimate obligations in professional settings, in public sphere, and in education, consultancy, public moralitz, and culture“.⁷

У писму које Потер (*Van Rensselaer Potter*) упућује Ивану Шеготи, он потврђује да је заправо он творац концепта биоетике који настаје 1970. године у САД. Потер је сматрао, да биоетика ваља да буде „нова дисциплина која здружује биолошко знање и знање о људским вредносним суставима (...). Изабрао сам корјен био – означавајући њиме биолошко знање, знаност о живим врједносним суставима“.⁸ Потеров допринос биоетици потврђује и Кјоди (*Maurizio Chiodi*): „Il nome 'bioetica' si è imposto nel mondo anglosassone solo verso la fine degli anni '70 – e da qui via via in tutto il mondo -, sia per l'influsso di Van Rensselaer Potter (*Bioethics: Bridge to the Future*, 1971), sia per l'importanza del *Kennedy Center for Bioethics* e dell'opera monumentale – frutto di un intenso confronto interdisciplinare – che questo istituto decise di chiamare *Encyclopedia of Bioethics*. Da qui il nome si diffuse in tutto il mondo“.⁹

Према Шеготи, Потер је реч *bioethics* практично „исковао“ користећи две грчке речи *bios* – живот и *éthiké*, док је Хелегерс (*André Hellegers*) реч *bioethics* те 1971. године „ставио у назив свога института за људску репродукцију...“.¹⁰ Потер је биоетику схватио као „знаност равнотеже између човека и природе и мост према будућности човјечанства“.¹¹ Поред оваквог одређења биоетике, католички теолози користе и назив „етика живота“, јер се биоетика и бави оснним питањима везаним за вредност живота.¹²

Биоетика се у делу Јонсена (*Albert Jonsen*) схвата као медицинска етика новог доба, мада је Јонсен напустио касније медиалистички приступ биоетици који је заступао Хелегерс, јер: „Биоетика је много више од медицине и медицинске знаности: то је проучавање етичких проблема који се јављају када људи и оно биолошко у њима и њиховој околини дјелује једно на друго“.¹³ Утолико се: „биоетика почела сматрати етиком биоемедицине, односно „биомедицинском етиком“ (*biomedical ethics*)“.¹⁴

7 Ibid., 22.

8 V. R. Potter, *Humility and Responsibility – a bioethics for Oncologist: Presidential Adress*, *Cancer Research* 35, 1975, 2297, 2299. V. R. Potter, *Bioethics: Bridge to the Future*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1971, 2. Наведено према: V. Valjan, *Bioetika*, Sarajavo-Zagreb, 2004, 13.

9 M. Chiodi, *Etica della vita*, 31-32.

10 I. Šegota, *Nova definicija bioetike*, u: *Izazovi bioetike*, Zagreb, 2000, 11.

11 Ibid.

12 О томе више у: B. Schocckenhoff, *Etica della vita, Un compendio teologico*, Querininana: 2. ed, Brescia, 1997.

13 A. Jonsen, *The Birth of Bioethics*, *hastings centre Report*, Special Supplement, XI/XII, 1993, EB2, 1624. Наведено према: I. Šegota, *Nova definicija bioetike*, 12.

14 I. Šegota, *Nova definicija bioetike*, 12.

Потер је као и пре њега Јар схватио опасност од одвајања моралних вредности од свеколиког сазнања света, те прихвата да се овде заправо ради о биомедицини као науци и етици те моралним вредностима као основи свеколике људске делатности. О значају Потерове мисли у области биоетике говори и став да морамо да говоримо о „Потеровом наслеђу“.¹⁵

Допринос изградње биоетике дале су и даље њене дефиниције као што је: „the systematic study of human conduct in the area of the life sciences and health care, in as far as this conduct is examined in the light of moral values and principles“.¹⁶

Оно што је било заједничко Јару, Потеру и Хелегерсу је следеће: „there one important view: the urgent need of special attention towards teaching ethics in the professional and personal setting at a time of eroding values and traditions globally, in part related to progress in science and technology, in part as an independent evolutionary development in cultural history“.¹⁷

На просторима Балкана, вредни су напори у одређењу биоетике Тончија Матулића који сматра да је „појам биоетика сложеница у којој, из перспективе данашњих спознаја и интерпретација део био упућује на био-медицинске знаности с пратећим биотехнологијама, док други дио етика упућује најприје на филозофску дисциплину етику која се бави проучавањем заданих темеља људског исправног понашања, а потом и на сам састав морално-етичких вредности које она дефинира, елаборира, експлицира и претпоставља као теоретски увјет за дефинирање оквира исправном практичном људском дјеловању“.¹⁸

Такође издвајамо и залагање професора Човића за развој биоетике на просторима Балкана. Човић место биоетике види у холистичким оквирима, јер се код ње ради о стварању „новог оријентационог оквира“. То је „иновативни начин моралног оријентирања у деликатним ситуацијама које су произлазиле из примјене знанстваено-техничких постигнућа у подручју медицине“.¹⁹ Ради се заправо, и ту налазимо место спајања са правом схваћеним на акисолошки начин, о интеракцији „различитих моралних и професионалних перспектива“.²⁰ Јер је присутан аскиом да је вери потребан разум за домишљање објаве – *fides quaerens intellectum*, у том светлу настаје нови мост између вере и разума у енциклопи „*Evangelium vitae*“, јер се сматра да прва етичка мишљења и долазе из светла људског разума који је „просветљен вером“, а то се све дешава по

15 V. Valjan, *Bioetika*, 14.

16 H. M. Sass, *European Roots of Bioethics: Fritz Jahr's 1927 Definition and Vision of Bioethics*, u: *Od nove medicinske etike do integrativne bioetike*, 22.

17 M. Sass, *European Roots of Bioethics: Fritz Jahr's 1927 definition and Vision of Bioethics*, u: *Od nove medicinske etike do integrativne bioetike* 22.

18 T. Matulić, *Bioetika*, Zagreb, 2001, 40.

19 A. Čović, *Etika i bioetika*, 10.

20 *Ibid.*, 11.

томистичком теолошком принципу по којем милост *non destruit sed perficit naturam*. Зато се биоетика код Човића и дефинише као „плуриперспективно подручје“ које сабира „моралне перспективе“ и тиме излази из „скучене улоге „нове медицинске етике“, као и да тиме постаје „планетарна „етика живота“.²¹ Истог става је и Тончи Матулић, чији приступ излагању проблема биоетике није заснован на начелу „или-или“ у смислу или само емпиријски („физички“), или само метаемпиријски („метафизички“) говор“²² већ је заснован на комплементарном начелу „и-и“.²³ Тако се и омогућава да биоетика дође у контакт с правом, схваћеним на аксиолошки начин, јер је биоетика „подручна, релацијско-филозофска и плуриперспективна етика“.²⁴ Може се рећи да се ради о плуриперспективним погледима на биоетичку расправу о вредности живота у коју ми укључујемо право као вредност. Јер, ако је биоетика настала ко морална реакција на изазове техничких достигнућа у свим областима човековог живота, зар није могуће да се и за право каже да је настало као вредносна реакција на изазове свеукупног живота и делања човека.

У холистичком маниру дајемо још једна одредбу биоетике: „It can be defined as the systematic study of the moral dimensions –including moral vision, decisions, conduct and policies – of the life sciences and health care, melouing a variety of ethical methodologies in an interdisciplinary setting“.²⁵

Ово је кратак преглед зачетка биоетике кроз идеје њених оснивача²⁶, а историја развоја биоетике која се и сада дешава, јер по Човићевим речима ми улазимо у „биоетичку епоху“²⁷, биће остављена за друге радове који ће следити.²⁸

2. ОДНОС БИОЕТИКЕ И ПРАВА

Како је непотребно и штетно издвајати „мале академске парцеле из јединственог биоетичког подручја“²⁹, тако ми налазимо место права у биоетичким перспективама. Дакле, овде се у сусрету биоетике и права схваћеног на аксиолошки начин ради о стварању заједничког „интердисциплинарног

21 Ibid.

22 Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Zagreb, 2009, 663.

23 Ibid.

24 А. Čović, *Etika i bioetika*, 28.

25 I. Šegota, *Nova definicija bioetike*, f. 43, 22.

26 Међу оснивачима биоетике ваља споменути и имена попут: Данијела Калахана (*Daniel Callahan*), Данела Клоусера (*Danner Clouser*), Џејмса Чилдреса (*James F. Childress*), Едмунда Пелегрини (*Edmund Pellegrino*).

27 А. Čović, *Etika i bioetika*, Zagreb, 2004, 10.

28 Више о развоју биоетике видети у: V. Valjan, *Bioetika*.

29 А. Čović, *Etika i bioetika*, 141.

проблемског подручја³⁰. Јер, биоетика се јавља „као одговор на поступно губљење моралне оријентације људског дјеловања...“³¹

Ово се исти може рећи и за подручје деловања вредности и биоетике на подручје права које губи свој вредносни пут. На овом путу нашла се свеукупна култура овог света, која и сама потврђује својим проблемима обавезност плуриперспективистичког приступа, јер: „La cultura post-moderna e post-inindustriale é caratterizzata da una veloce evoluzione e da un'eccezionale rapida del progresso tecnologico, da una grande complessita e iperspecializzazione dei sottosistemi che la compongono (dall'economia alla politica, dalla scuola al divertimento, dalla famiglia al mondo religioso) e da una difficile prevedibilita e governabilita di questa complessita“³²

Сасвим у складу с плуриперспективистичким односом етичка, биоетичка рефлексија поступно улазе у област правне регулативе, при чему посебно издвајамо домен кривично-правне материје.³³ Јер, биоетика говори о животу из различитих перспектива, где убрајамо следеће: етичку, правну, филозофску, теолошку, социјалну, психолошку као мноштво других.³⁴ Међутим, пре него што се дође до правне регулативе постоји много веће, шире подручје сусретања биоетике и права. То место сусрета одвија се на разини аксиологије. Само вредности могу да понуде правилна решења, која ће потом правна техника уобличити у правне прописе који ће дејствовати у области биоетичких питања која захтевају да буду регулисана правним прописима. Тек је тада могуће да дође до „уздизања у форму закона“³⁵ биоетичких принципа, јер „разматрање онога што је добро, а што лоше, праведно и неправедно помиче се на разину расправе о правичности, одређивања шта је законито, а шта незаконито“³⁶

Суштина је на основу чега се може водити расправа о томе да ли је нешто праведно или не, а касније да ли је законито или не? Да би избегли „трикове“ крајњег правног позитивизма, где се питање праведности јавља као апологетско питање односа према властима, ми морамо да расправу „окренемо“ ка вредностима, које су постојаније од променљивих инстанци власти. Јер, етика, па и биоетика, питају оно што право не пита: „Зашто чиним то што чиним?“

Јер, аксиологија никада не може бити „затечена“ биоетичким проблемима, као што то могу бити политичке структуре које желе да реше биоетичке

30 A. Čović, *Etika i bioetika*, 145.

31 T. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Zagreb, 2009, 700.

32 M. Chiodi, *Etica della viva*, Milano, 2006, 3.

33 P. Barišić, *Bioetika i ljudska prava*, u: *Izazovi bioetike*, Zagreb, 2000, 43.

34 T. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Zagreb 2009, 664.

35 P. Barišić, *Bioetika i ljudska prava*, u: *Izazovi bioetike*, 43.

36 Ibid.

проблеме путем законских прописа. Јер, све што је технички и правно-технички изводљиво није увек и добро. Низ правних аката који су донети како би регулисали област биоетике изазивају и сами веоме велике несугласице, иако је потреба за уједначавањем правне регулативе на тлу Европе и настала због несугласица и правно неуједначеног регулисања биоетичке проблематике.³⁷ На практичном нивоу посматрања проблема ради се заправо о изградњи правних аката из области кривично-правне материје, који ће за основу имати аксилошку подлогу.

Однос биоетике и права желимо да поставимо на аксилошку раван. Заправо, желимо да читав однос посматрамо из визуре вредности. Ова поставка се сама по себи намеће ако сагледамо основне задатке права и биоетике, који су јединствени. Тај задатак је свет и човек као и њихово очување. На овај начин желимо да се супротставимо крајњем моралном релативизму и правном позитивизму, а у томе нам и помаже став Мауриција Морија (*Maurizio Mori*) да: „Ако у етици нема истине, онда ни нетолеранција не гријеши (јер се не може ‘погрјешити’ гдје нема ‘истине’), и како онда можемо оправдати покушај ограничавања њених нетолерантних захтјева?”³⁸

Св. Тома Аквински (*Thomas Aquinas*) зачиње идеју која је окосница поставке односа права и биоетике, да се сва морална сфера не може покрити правом. На овај се начин одмах супротстављамо идеји да се при теоретском одређењу појединог правног института, сусрећемо са углавном модификованим законским дефиницијама. Ово је поставка крајњег правног позитивизма који из основа права жели да „брише“ моралне вредности. Зато је и опасна поставка да се биоетика код правника, а на правним факултетима развија искључиво из области медицинског права. Ово зато што се она извлачи из своје основе из етике, од које се неприодно „отуђује“, и пребацује на терен крајњег позитивизма који заправо и сам од себе жели да одрекне значај етике, те да се утемељи на релативности правних поставки и решења. На крају таква поставка чак и медицинског права, а не биоетике, коју ова поставка медицинског права и не може да достигне, обилује краткотрајним законским решењима, ове или оне групе на власти те њихове идеологије, која је на жалост ипак лишена сваке вредности. Зато што такве позитивистичке поставке трагају за краткотрајним решењима актуелних питања, а не питају правну теорију, те теорију кривичног права, за узроке настанка проблема, можда и зато што су саме узрок проблема.

³⁷ Ваља спменути „Конвенцију о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: „Конвенцију о људским правима у биомедицини“, која је донета у Овиједу у Шпанији, а прихватила ју је и потписала 21 земља чланица Већа Европе.

³⁸ M. Mori, *I limiti dell'etica senza veritr*, Biblioteca della Liberta 99, 1987, 70. Наведено према: V. Valjan, *Bioetika*, 33.

Из овог разлога нам је и прихватљив став Велимира Ваљана, који сматра: „Неки су знанственици, прилично умјетно, развили међусобно једну полемику супротстављајући тзв. Лаичку биоетику католичкој биоетици“.³⁹ На овај начин се одбија плуриперспективизам у посматрању биоетике, а све под изговором толеранције те културних разлика.

На биоетику се не може применити став да се заправо ради о, а из перспективе права, скупу правних правила која уређују област која задире у медицину. Овим се целокупна филозофско-етичка поставка света и човека „руши“ и своди на пуку форму права.

Оваква форма права често и не реагује на проблем „потамњења живота“ који се и дешава због одсуства вредности у темељу позитивног права. Дакле, упркос етичкој свести човека, коју сви поседујемо, дешавају се напади на вредност људског живота, при чему се често за овакве поступке користи и израз „оправдана“ убиства, „озакоњена“ убиства. Што даље значи да: „Данашњи човјек, премда цивилизиранији, није достигао пуну свјест о вриједности људског живота“.⁴⁰

Зашто је у данашње време потребно одговорити с вредносне разине на биоетичке проблеме државе која се жели назвати правном. Зато што: „Двадести век био је, у неку руку, поприште надирања историјских и идејних процеса који су водили ка великој ерупцији зла, али и поприште њиховог сузбијања“.⁴¹ Тако одсуство вредности у праву, посебно кривичном праву, можемо повезати и са ставом: „Зло је увек одсуство, недостатак некаквог добра које би у датом бићу требало да постоји“.⁴² Дакле, у овом случају ради се о недостатку онтолошке суштине права, који је потом изазивач најразноврснијих злочина, као и развоја „идеологија зла“.⁴³ Где се налази наш задатак као правника? Не у неиздиференцираном схватању правде, већ у речима св. Павла: „Не дај да те зло надвлада него надвладај зло добрим“.⁴⁴ Ту се налази задатак човека и права које он ствара, да право, посебно кривично, проткано вредностима надвлада моћ. Јер је ипак нужно да се неке темељне вредности уграде у закон, због осигурања општег добра: „Гдје се то не догађа, морал се оставља умишљању појединца а буди своју врједност на опћој разини“.⁴⁵ Зато и „учитељство Католичке цркве, у енциклици *Evangelium vitae*, позива изричито законодавце на поштовање

39 V. Valjan, *Bioetika*, 51.

40 M. Vidal, *Kršćanska etika*, Ђаково, 2001, 222.

41 Јован Павле Други, *Сећање и идентитет*, Београд, 2008, 5.

42 Јован Павле Други, *Сећање и идентитет*, Београд, 2008, 5.

43 О „идеологији зла“ видети више у: Јован Павле Други, *Сећање и идентитет*.

44 Јован Павле Други, *Сећање и идентитет*, 54.

45 V. Valjan, *Bioetika*, 49.

истине права, позивајући их да рекну одважно не свакој повреди и злоупотреби људских права⁴⁶.

Однос нормативности у праву и биоетике је заправо један од најважнијих проблема везаних за овај међусобни „дијалог“ између њих. Проблем нормативности у праву, те посебно у кривичном праву, заправо је по нашем мишљењу проблем који је повезан са онтолошком суштином права, коју чине вредности. Биоетичка нормативност везана је за „људско деовање и понашање на пољу биомедицинских знаности у ширем и биологијских истраживања у ужем смислу“⁴⁷.

Немогуће је исправно говорити о праву и биоетици ако се занемари њихов вредносни аспект. Што даље значи да је немогуће ваљано правно нормирати било које решење биоетичких проблема. За прави приступ проблемима биоетика захтева оног који „још увјек има снаге поштовати његове темељне законитости“⁴⁸. Таквог ми видимо у вредностима. А једно од добара које се може показати као темељна вредност биоетике и права је живот, односно *santita della vita*, која сама по себи изазива и питање одговорности у праву за његову повреду. Дакле, право и биоетика морају да повежу биолошку основу човека са његовим основним вредностима. Ради се о морално-вредносним рефлексима везаним уз основне проблема људског живљења. Ми не можемо да дозволимо да се покажу као тачним Хусерлове речи (*Edmund Husserl*) да нам наука нема шта рећи у „невољи нашег живота“ и ми не можемо да дозволимо да наука искључи „оне проблеме који су најгорућији за човјека који се, у нашим немирним временима, осјећа препуштен судбини“⁴⁹. Тако правна наука не може да поступа, она је као и право створена због човека кога не може ни под којим условима да остави препуштеног самом себи.

Биоетика може да правну науку „отргне“ од чисто академских расправа, те да је на ваљан начин уклопи, путем аксиологије, у живот. Јер, право зна за чињенице, а аксиологија и биоетика вреднују. Оно што је неопходно је да и право „крене“ да вреднује најпре само себе и сопствена решења, потом и све друге појавне облике живота.

Развој права иде као и развој моралне теорије у кривом смеру, јер употреба речи „право“ и „морал“ изгледа нема своју специфичну тежину.⁵⁰ Та неслагања која постоје у моралним расправама, једнако постоје и у правним и поново једино рађају збуњеност и недовршеност свих расправа. Сви конфликти који

46 Ibid., 51.

47 Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, Zagreb, 2009, 663.

48 Ibid., 663.

49 E. Husserl, *La crisi della scienze europee*, Milano, 1961, 15. Наведено према: Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 671.

50 О проблему моралне теорије у модерном добу видети у: А. MacIntyre, *Za vrlinom, Studija o teoriji morala*, Zagreb, 2002 и Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 385.

се појављују на свим друштвеним нивоима су „без икаквом изгледа за њихово окончање“.⁵¹

Овакво стање у праву посебно ће погодити биоетику. Ово зато што је подручје биоетике плуриперспективно и недовољно испитано, а још мање потпуно правно нормирано. Та „збуњеност“ права и правника се одражава на нормативна решења биоетичких проблема, који нимало нису безазлени јер се сваки од њих везује за људски живот или рефлектује на људски живот. Из такве „збуњености“ права могуће је излаз потражити у аксиологији. Вредности као најбоља основа права омогућавају и ваљана нормативна решења, а особито у области кривичног права. Док ће биологија, медицина и право нудити чињенице које могу и да нас доводе у дилеме, етика и аксиологија понудиће вредносну рефлексију ових проблема, где ће у споју стварности и вредности доћи до решења.

Данашња „збуњеност“ права вратиће се праву и друштву попут „бумеранг ефекта“. До овога ће доћи због занемаривања вредности у решавању биоетичких проблема. Не желећи да нарушимо плуриперспективизам, констатујемо да су заправо биоетички проблеми у својој сржи и крајњем исходу правни проблеми, а посебно кривично-правни. На почетку стоји човек и на крају стоји човек. Зар тако није у праву? Чиме се кривично право бави? Тиме се поставља следеће питање, да ли је биоетика лице права, или су биоетика и право једно те исто лице у свом исходишту, у човеку? Сада се поново враћамо плуриперспективизму, и констатујемо, да право својом онтолошком суштином јесте „унето“ у биоетичке проблеме, а биоетика својим проблемима јесте окренута праву. Биоетика је окренута праву својом основом, човеком, али и својим исходом, заштитом човека.

ЗАКЉУЧАК

Данас се право неоправдано и само одваја од биоетике, чинећи да се нормативна решења која јој нуди схвате само као израз правног позитивизма. Наравно, овако се не наноси штета само праву већ и целокупном спектру наука, које у плуриперспективистичкој перспективи, учествују у решавању биоетичких проблема. Правни позитивизам као да жели да изолује право и да га прикаже као пуку правну технику нормирања биоетичких проблема. Шта онда остаје од права?

Одговор на ово питање зависиће од аспекта посматрања проблема. Ако цео проблем односа биоетике и права посматрамо из аспекта правног позитивизма, овај ће се однос свести на краткотрајна позитивно-правна нормирања и решавања

⁵¹ Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 385.

биоетичких проблема. Биоетичка стварност тада на неадекватан и краткотрајан начин задобија правно рухо, које се додуше брзо „цепа“.

Вредносним аспектом посматрања овог односа задобија се мирнији, дуготрајнији начин разрешења биоетичких проблема, који се неће свести на једноставно правно нормирање, већ ће ићи у правцу дуготрајних решења.

Та решења кривично-правне теорије, те теорије права и правне етике, осим дуготрајности нуде и адекватнију заштиту човека, којем се у том случају не прилази као средству, већ као сврси, а то је суштина сваке хуманистичке перспективе посматрања човека, где се наравно налазе право и биоетика.

Vojislav Djurdjić, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, Nis

Marko Trajković LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, Nis

BIOETHICAL SIDE OF THE LAW

Summary

Nowadays law is unjustifiably separated from bioethics, thereby making the normative solutions it offers seem like the expression of the legal positivism. Surely, this doesn't do damage only to law but to the complete spectrum of sciences, which in many-sided perspective are involved in solving the bioethical issues. Legal positivism seems to want to separate law and to present it as the simple legal technique of the standardizing bioethical issues. Then what is left of law?

The answer to this question will depend on the aspect of considering the issues. If we consider the entire problem of relationship between bioethics and law from the point of view of legal positivism, the relationship will be boiled down to short positive-legal standardization and solving the bioethical issues. Bioethical reality then, in the inadequate and short way, gets the legal clothing which is quickly "torn".

If this relation is considered by means of value aspect we will get the quiet and long-lasting way of solving bioethical issues which will not be boiled down to simple legal standardizing but will follow the path of long-lasting solutions.

These solutions of the criminal-law theory, the theory of law, and legal ethics offer not only the long-lasting but also the more adequate protection of man, who is not approached as means but as the purpose. That's the core of every humanistic perspective of viewing the man, which certainly includes law and bioethics.

Key words: *bioethics, law, criminal-law theory, values*

Проф. др Зоран Радивојевић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

СПОРАЗУМИ О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ У ПРАВУ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ¹

Апстракт: Споразуми о стабилизацији и придруживању представљају трећу генерацију споразума о придруживању Европској унији који су посебно обликовани за државе западног Балкана. По својој природи они су преференцијални трговински споразуми са политичким клаузулама које одликује стављање у изглед државама овог региона могућности да постану кандидати за чланове Европске уније, али без аутоматског права на пријем у њено чланство. У правном систему Европске уније споразуми о стабилизацији и придруживању улазе у категорију примарних извора заједно са другим међународним уговорима и имају вишу правну снагу од секундарне легислативе. Они представљају саставни део права Европске уније за чију примену нису потребне никакве мере транспоновања у правни поредак Уније. У исто време, споразуми о стабилизацији и придруживању могу производити директно дејство у националним правима држава чланица уколико садрже јасне и прецизне одредбе чија примена није условљена усвајањем било какве накнадне мере имплементације. Практична последица признавања непосредног дејства ових одредаба јесте могућност да грађани и правна лица држава западног Балкана стекну одређена права у оквиру правног система ЕУ. Они тако добијају право да се директно позивају на одредбе споразума о стабилизацији и придруживању пред судовима држава чланица и Судом правде ЕУ и траже заштиту својих субјективних права која из њих произилазе према стандардима сличним онима које уживају грађани Уније.

Кључне речи: државе нечланице, придруживање, стабилизација, споразуми, Европска унија, западни Балкан, кандидатура за чланство, правни систем, примарни извори, непосредна примена, непосредно дејство.

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

1. ПОЈАМ И ПРАВНИ КАРАКТЕР СПОРАЗУМА О ПРИДРУЖИВАЊУ

Посматрано са становишта Европске уније (даље: ЕУ) постоји јасна линија разликовања између држава чланица и држава нечланица. Док односе ЕУ са државама чланицама одликују блиска веза и узајамна права и обавезе, државе нечланице појављују се као трећи, будући да немају никаква права и обавезе, а често ни било какве везе са овом организацијом. Ипак, граница између положаја чланица и нечланица у односу на ЕУ није увек тако прецизна и оштра. Постоје, наиме, случајеви када долази до ближих односа и сарадње држава нечланица и ЕУ. Управо те појачане везе са државама нечланицама називају се придруживањем које означава посебан и специфичан однос у коме ова држава ступа у ближу сарадњу са ЕУ и добија одређена права, али истовремено преузима неке обавезе².

Да би дошло до придруживања потребно је да буду испуњени одређени услови. На првом месту мора да постоји интерес за придруживање и то како на страни ЕУ и њених чланица, тако и код саме државе нечланице³. Друго, неопходно је да постоји одговарајућа одредба у оснивачком уговору ЕУ која дозвољава придруживање. Такво овлашћење садржи чл. 217 Уговора о функционисању ЕУ који гласи: “Унија може са трећом државом, више држава или међународних организација закључити споразуме о придруживању који предвиђају узајамна права и обавезе, заједничке акције и посебне поступке⁴”. Најзад, потребно је да на основу ове одредбе буде закључен посебан споразум који треба да уреди конкретна права и обавезе и облике сарадње. Тим споразумом држава нечланица добија права која су увек ужа по обиму од оних које уживају чланице. У исто време њој се не дозвољава да учествује у раду постојећих органа ЕУ, већ се сарадња остварује кроз стварање нових органа на паритетној основи.

Споразуми са државама нечланицама закључују се са одређеним циљем и по посебном поступку. Кад је реч о циљевима, неки споразуми закључени су из економских или политичких интереса, али без намере да треће државе постану чланице ЕУ. Овде се пре свега ради о афричким, пацифичким и карипским земљама које су раније биле под колонијалном влашћу појединих држава чланица ЕУ. После стицања политичке независности са њима су закључени споразуми о партнерству са циљем да се кроз сарадњу и блиске односе унапреди развој ових

2 В.Димитријевић, О.Рачић, Међународне организације, Београд, 2011, стр.107; Н.Г.Schermers, N.M.Blokker, International Institutional Law, The Hague, 2003, p.69.

3 Више о томе: Т.Мишчевић, Придруживање Европској унији, Београд, 2009, стр.26-27.

4 Уговор је објављен у Official Journal of the European Union, 17.12.2007, С 306, а његов консолидовани текст у Ibid., 9.5.2008, С 115/22. За преведени текст уговора: М.Јањевић, Консолидовани уговор о Европској унији и Уговор о функционисању Европске уније са Повељом о основним правима Европске уније, Београд, 2009.

земаља⁵. Сличне циљеве имају споразуми о сарадњи за другим ваневропским медитеранским државама. Са државама бившег Совјетског савеза ЕУ је закључила споразуме о партнерству и сарадњи који, такође, искључују могућност њиховог ступања у чланство Уније⁶. Насупрот томе, крајњи циљ већине споразума о придруживању које је Унија закључила са европским државама нечланицама јесте да се ове државе припреме за будуће чланство у ЕУ. Стога се само у случају када споразум ставља у изглед држави нечланици евентални пријем у чланство ЕУ може говорити о придруживању у правом смислу те речи.

По свом правном карактеру споразуми о придруживању спадају у категорију тзв. мешовитих споразума⁷. За разлику од обичних (“чистих”) споразума које самостално закључују органи ЕУ, у њиховом закључењу поред Уније учествују и све њене државе чланице. Зато се као уговорни партнери код ових споразума на једној страни појављује ЕУ и све њене чланице појединачно, а на другој једна или више држава нечланица. Мешовита природа ових споразума последица је поделе надлежности између Уније и држава чланица. Тачније речено, питања која чине предмет ових споразума само једним делом спадају у надлежност Уније, а другим обухватају области које и даље остају у домену овлашћења држава чланица. Управо због подељене надлежности споразум о придруживању са државом нечланицом треба да закључе и прихвате и Унија и све државе чланице и то свака у оквиру своје надлежности. Тако се кроз учешће држава чланица обезбеђује да закључени споразум буде сагласан са оснивачким уговором у делу који није покривен искључивом надлежношћу Уније⁸.

Поступак закључења споразума о придруживању претрпео је доста измена од Римског уговора до данас важећег чл. 218 Уговора о функционисању ЕУ. Сама процедура је веома сложена и састоји се из више фаза. Одлуку о почетку преговора за закључење споразума о придруживању доноси Савет на предлог Комисије. Том одлуком Комисија се овлашћује да започне преговоре са државом нечланицом. Саме преговоре води Комисија, док Савет у њима не учествује непосредно. Међутим, овај орган је у сталном контакту са Комисијом

5 P. V. Cause, *The Association of the Overseas Countries and Territories to the EEC*, Paris, 1959, pp.98-110; Т.Митровић, Ломе и нови међународни економски поредак, Југословенска ревија за међународно право, 1985, бр.3, стр.573-577; Н.Петровић, Односи између ЕЕЗ и 18 придружених земаља Африке, Међународни проблеми, 1970, бр.2, стр.846-853.

6 Видети: В.Медовић, Међународни споразуми у праву Европске уније, Београд, 2009, стр.43-46.

7 За даљу анализу мешовитих споразума: N.A.Neuwahl, *Joint Participation in International Treaties and Exercise of Power by the EEC and its Member States: Mixed Agreements*, *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, pp.717-740; H.G.Schermers, *Mixed Agreements*, *Deventer*, 1983, pp.3-52.

8 Више о томе: З. Радивојевић, Уговори међународних организација у савременом међународном јавном праву, Ниш, 1996, стр.289-290.

у свим фазама преговора и контролише њен рад преко посебних комитета које образује за ту прилику (тзв. комитологија). После окончања преговора Комисија заједно са трећом државом утврђује коначан текст споразума и подноси га Савету на потписивање. На предлог Комисије Савет једногласно доноси одлуку о потписивању споразума. Учешће Европског парламента у фази преговарања није предвиђено оснивачким уговорима, али се на основу интерних правила овај орган обавештава о току преговора и свим донетим одлукама.

Акт о закључењу споразума о придруживању доноси Савет једногласно на предлог Комисије. Пре закључења споразума неопходна је сагласност Европског парламента који о томе одлуку доноси већином гласова. У случају да Парламент ускрати сагласност споразум се враћа Савету на поновно разматрање. По добијеној сагласности Европског парламента, Савет доноси одлуку о закључењу споразума у име ЕУ. За његово коначно ступање на снагу потребна је ратификација свих држава чланица, као и државе нечланице. Да би се избегли могући проблеми Савет доноси одлуку о обавезивању Уније споразумом тек после окончања поступка његове ратификације у свим државама чланицама. Имајући у виду велики број држава чланица ова процедура може потрајати неколико година, па ЕУ и трећа држава обично закључују привремени споразум који предвиђа примену оног дела основног споразума о придруживању који је у надлежности Уније до његовог коначног ступања на снагу⁹.

2. ВРСТЕ СПОРАЗУМА О ПРИДРУЖИВАЊУ

Полазећи од својих овлашћења из оснивачких уговора Европске заједнице и ЕУ су отишле веома далеко у пракси закључења споразума о придруживању са европским државама нечланицама. Почевши од шездесетих година прошлог века оне су склопиле скоро тридесет различитих споразума које предвиђају могућност ступања у чланство ових држава. Међутим, ЕУ не познаје само један тип или врсту споразума о придруживању. До сада закључени споразуми могли би се класификовати на различите начине у зависности од тога шта се узима као основ за поделу. Међу њима најчешће се користи материјални критеријум, односно садржина и циљ споразума о придруживању. На основу тог критеријума могуће је издвојити три основна типа или врсте споразума о придруживању.

2.1. Споразуми о придруживању европских медитеранских држава

Иако се традиционално налазе у интересној сфери Западне Европе, земаље које припадају региону Средоземља нису могле постати чланице три Заједнице у време њиховог оснивања нити у првим годинама иза тога како

⁹ Т.Мишчевић, Одлике споразума о придруживању Европској унији, Правни живот, 1997, бр.12, стр.754.

због економске ситуације, тако и зато што су се у њима на власти налазили ауторитарни режими који нису били у стању нити желели да се укључе у процес европске интеграције. Међутим, споразуми о придруживању изричито предвиђају могућност да медитеранске државе постану будуће чланице ових организација или, пак, наглашавају да саме придружене државе то желе¹⁰.

Први споразум, закључен са Грчком 1961. године¹¹, обухватао је све области из надлежности Европске економске заједнице (даље: ЕЕЗ) са циљем да ову државу припреми за чланство у тој организацији. Споразум је предвиђао стварање царинске уније између страна уговорница, слободу кретања роба, услуга и радне снаге, слободу оснивања предузећа, ограничену слободу кретања капитала, правила о конкуренцији и државној помоћи заснована на оснивачком уговору ЕЕЗ и усвајање заједничке пољопривредне политике.

Споразум о придруживању са Турском, који је закључен 1963. године¹², по својој форми и садржини сличан је споразуму са Грчком. Овај споразум предвиђао је три одвојене фазе у процесу придруживања. У “припремној фази” Турској је требало омогућити да ојача своју привреду уз помоћ Заједнице. Циљ “прелазне фазе” био је прогресивно успостављање царинске уније и усклађивање економских политика, док је “завршна” фаза заснована на царинској унији и ближој координацији економских политика¹³. Након успешног окончања овог процеса споразум је предвиђао разматрање евентуалног захтева Турске за чланство у Европским заједницама.

Споразуми о придруживању који су касније закључени нису имали тако амбициозне циљеве и задатке. Споразуми са Малтом (1970.)¹⁴ и Кипром (1972.)¹⁵ представљали су прилично рестриктивну верзију уговора о слободној трговини, уз одобравање преференцијала за одређене производе и са изгледима за стварање царинске уније. Ови споразум не садрже одредбе о финансијској помоћи, па нису закључени по мешовитој процедури, већ у облику тзв. чистих споразума између поменутих држава нечланица и ЕЕЗ, али без учешћа њених чланица. Међутим, споразуми предвиђају могућност приступања поменутих држава Европским заједницама.

10 C.F.Mougin, *Les accords externes de la C.E.E.*, Bruxelles, pp.34-35.

11 Agreement Establishing an Association Between the European Economic Communities and the Republic of Greece, *Official Journal of the EC* (даље: ОЈ), 1963, L 294.

12 Agreement Establishing an Association Between the European Economic Communities and the Republic of Turkey, ОЈ, 1964, L 217.

13 Видети шире: М.Сукијасовић, Споразум о придруживању Турске Европској економској заједници, *Архив за правне и друштвене науке*, 1963, бр.1-2, стр. 119-121.

14 Agreement Establishing an Association Between the European Economic Communities and the Republic of Malta, ОЈ, 1971, L 61.

15 Agreement Establishing an Association Between the European Economic Communities and the Republic of Cyprus, ОЈ, 1973, L 133.

Основни циљ закључења споразума о придруживању европских медитеранских држава највећим делом је остварен. Грчка је примљена у чланство Европских заједница 1981. године, док су Малта и Кипар постале чланице Уније 2004. године. Остаје проблем Турске која има статус кандидата за чланицу Уније од 1999. године. Преговори за приступање ове државе званично су започели 2005. године, али није извесно колико ће трајати и како ће се завршити.

2.2. Споразуми о европском економском простору

Током деведесетих година прошлог века Европске заједнице и ЕУ успоставиле су блиске уговорне везе и нове облике сарадње са државама чланицама Европске зоне слободне трговине (даље: ЕФТА). Ово придруживање остварено је на основу споразума о европском економском простору (даље: ЕЕП) који је закључен 1992. године између Уније седам тадашњих чланица ЕФТА¹⁶. По карактеру то је мешовити споразум јер су његове уговорнице и све државе чланице ЕУ. На основу овог споразума створен је јединствени економски простор који сада обухвата тридест држава уговорница и представља центар уређења односа међу њима заснован на заједничким политикама ЕУ.

У односу на споразуме о придруживању који је Унија закључила са трећим државама споразум о ЕЕП предвиђа највиши облик сарадње који се приближава пуноправном чланству у ЕУ. Споразум је веома обиман и обухвата 129 чланова распоређених у девет целина. Његов је циљ да се унапреди стално и равномерно јачање трговинских и економских односа између уговорних страна са једнаким условима за конкуренцију, што треба да има за резултат стварање обједињеног европског економског простора¹⁷.

Што се институционалног оквира тиче, он је много шири у поређењу са споразумима о придруживању које је Унија закључила са другим државама нечланицама. Споразум предвиђа стварање Савета ЕЕП, Заједничког комитета ЕЕП, Заједничког парламентарног комитета и Консултативног комитета ЕЕП који окупљају све стране уговорнице, као и Надзорне власти и Суда ЕФТА састављених само од представника држава чланица ЕФТА.

Ступање у чланство ЕУ представљало је циљ закључења споразума о ЕЕП само за оне државе уговорнице које су то желеле. Овај циљ оствариле су Аустрија, Шведска и Финска пријемом у чланство Уније 1995. године. За остале земље ЕФТА које не желе чланство у Унији споразум је потврда повлашћеног положаја које оне уживају на јединственом унутрашњем тржишту ЕУ и представља својеврсну замену за чланство. Пошто је у међувремену Швајцарска отказала

¹⁶ Agreement Establishing the European Economic Area, JO, 1994, L 3.

¹⁷ Више о томе: S.Norberg, The Agreement on a European Economic Area, Common Market Law Review, 1992, Vol.29, pp.723-740; D.O'Keefe, The Agreement on the European Economic Area, Legal Issues of European Integration, 1992, Vol.1, pp.8-17.

даље учешће у ЕФТА, споразум о ЕЕП се данас примењује са Норвешком, Исландом и Лихтенштајном.

2.3. Европски споразуми

Придруживање држава Средње и Источне Европе имало је другачију историјску и политичку позадину, јер је до њега дошло после распада источног блока. Основ за овај тип придруживања били су билатерални споразуми закључени са Пољском и Мађарском (1991.), Бугарском, Румунијом, Чешком и Словачком (1993.) и Естонијом, Летонијом, Литванијом и Словенијом (1996.)¹⁸. Мада су закључени са сваком државом понаособ, споразуми су по свом циљу и садржини истоветни. Сви они носе назив европски споразуми и представљају другу генерацију споразума о придруживању којима се успостављају специјалне везе и виши степен сарадње. Давањем тог назива желело се истаћи да закључење споразума за ове државе означава први велики корак у њиховом “повратку” у Европу.¹⁹

Европски споразуми предвиђају постепену либерализацију тржишта која треба да доведе до стварања зоне слободне трговине. Њима се успостављају асиметричне обавезе за уговорне стране у погледу укидања царина и квантитативних ограничења увоза у корист држава Средње и Источне Европе.²⁰ Структура и елементи европских споразума исти су за све државе Средње и Источне Европе. Разлике се појављују само кад је реч о “осетљивим” производима и распореду фаза либерализације тржишта. Састоје се из уводног дела и већег броја наслова који обухватају: политички дијалог; слободно кретање роба; кретање радне снаге, оснивање предузећа и услуге; плаћања, капитал и друге економске одредбе; хармонизацију закона; економску сарадњу; културну сарадњу; финансијску сарадњу; одредбе о институцијама; опште и завршне одредбе. Саставни део европских споразума чини велики број једностраних и двостраних декларација, анекса и протокола²¹.

У преамбули европских споразума закључених током 1991. и 1993. године као циљ придруживања предвиђено је успостављање специјалних веза између ових држава и Европских заједница и Уније, али без обећања будућег пуноправног чланства. Насупрот томе, споразуми закључени током 1996. године

18 Europe (Association) Agreement between European Communities and its Member States and the Republic of Hungary (JO, 1993, L 347); the Polish Republic (OJ, 1993, L 348); the Republic of Bulgaria (OJ, 1994, L 358); the Republic of Romania (OJ, 1994, L 357); the Check Republic (OJ, 1994, L 360); the Republic of Slovakia (OJ, 1994, L 359); the Republic of Estonia (OJ, 1998, L 68) Latvia (OJ, 1998, L 26); Lithuania (OJ, 1998, L 61); Slovenia (OJ, 1999, L 51).

19 J.Pinder, *The European Community and Eastern Europe*, London, 1991, pp.7-9.

20 И.Вереш, Европски споразум – правни основи за односе ЕУ и Средње и Источне Европе, *Правни живот*, 1997, бр. 12, стр. 735-754.

21 Више о томе: Т.Мишчевић, *Придруживање Европској унији*, Београд, 2009, стр.131-150.

у уводу помињу да је њихов циљ обезбеђење услова за постепено укључивање ових земаља у Унију уколико претходно испуне неопходне услове за чланство.

Сви европски споразуми предвиђају стварање посебне институционалне структуре задужене за имплементацију придруживања која обухвата три органа. Савет придруживања састављен од чланова органа Уније и чланова влада придружених земаља и држава чланица ЕУ има најшира овлашћења. Његов је основни задатак да надзире извршење споразума и решава евентуалне спорове до којих може доћи у његовој примени и тумачењу. Комитет придруживања окупља чланове Савета и Комисије с једне, и представнике влада придружених држава са друге стране. Комитет је помоћни орган на нивоу високих службеника министарстава иностраних послова чији је задатак да припрема састанке Савета и обавља друге послове које му он повери. Парламентарни комитет придруживања је орган најширег састава који чине чланови Европског парламента и парламената придружених држава. Као саветодавно тело Комитет има право да даје предлоге и препоруке Савету и да буде информисан о свим одлукама овог органа.

Примена европских споразума окончана је приступањем држава Средње и Источне Европе Унији. Тај циљ је остварен кроз два круга проширења: првом, 2004. године када су чланице ЕУ постале Пољска, Мађарска, Чешка, Словачка, Летонија, Литванија и Естоније и другом, 2007. године пријемом у чланство Бугарске и Румуније.

3. СПОРАЗУМИ О СТАБИЛИЗАЦИЈИ И ПРИДРУЖИВАЊУ

За разлику од држава Средње и Источне Европе, које су по завршетку хладног рата кренуле путем реформи и учлањења у ЕУ, земље западног Балкана започеле су са процесом дезинтеграције и сукоба. Из тих разлога приступ Уније у погледу придруживања овог региона, који обухвата државе настале распадом СФРЈ (изузимајући Словенију) и Албанију, другачије је обликован уз уважавање околности изазваних оружаним сукобима вођеним на простору бивше Југославије током деведесетих година прошлог века и унутрашњих проблема који су се у том периоду јавили у Македонији и Албанији. Тај нови приступ, који је Европска комисија предложила маја 1999. године²², а Савет ЕУ званично прихватио наредног месеца под називом Процес стабилизације и придруживања (даље: ПСП), представља део шире стратегије на основу које све државе региона имају могућност да се приближе ЕУ са перспективом приступања европским структурама.

Основни циљ овог Процеса јесу регионалне и билатералне активности како би се најпре постигла стабилизација ових држава, а затим и њихово

²² Commission Communication to the Council and the European Parliament on the Stabilisation and Association Process for Countries of South-Eastern Europe, COM (99) 2345, Brussels, 26 May 1999.

придруживање Унији, уз потребу одржавања уравнотеженог напретка. ПСП почива на идеји да приступање земаља западног Балкана Унији није могуће без политичке и економске стабилности у региону. Таква стабилност подразумева успостављање зоне мира, сигурности, просперитета и слободе на основу билатералних и мултилатералних веза које временом треба да постану све чвршће и омогуће разрешење свих заједничких проблема у региону.

ПСП представља дугорочни процес који траје од тренутка покретања, па све до добијања статуса кандидата за члана и отварања преговора о приступању Унији. У исто време реч је о сложеном процесу који обухвата већи број инструмената. Први од њих јесу аутономне трговинске мере, односно преференцијали којима се тржиште ЕУ отвара за производе пореклом са западног Балкана и смањује њихов спољнотрговински и платни дефицит у размени, уз укидање квота, царина и других квантитативних ограничења²³. Други инструмент представљају програми CARDS²⁴ и IPA²⁵ путем којих се пружа финансијска и предприступна помоћ државама Западног Балкана, док су трећи регионални споразуми о слободној трговини ових држава. Последњи и свакако најзначајнији инструмент ПСП јесу споразуми о стабилизацији и придруживању који државама западног Балкана нуде јасну европску перспективу и чијим се закључењем и применом спроводи овај процес.

3.1. Правна природа и карактеристике

Споразуми о стабилизацији и придруживању су правни основ за успостављање уговорних односа и посебног облика сарадње између ЕУ и сваке појединачне државе западног Балкана. По својој садржини и распореду поглавља они су веома слични са европским споразумима, па их неки сматрају само њиховом подврстом²⁶. Ипак реч је о новој, трећој генерацији споразума о придруживању који су посебно обликовани за државе западног Балкана. Њих карактерише само стављање у изглед кандидатуре за чланство у ЕУ, али без аутоматског права државе кандидата на пријем и обавезе Уније да такву државу прими у чланство²⁷. Уз то, особеност ових споразума је уношење нових

23 Council Regulation, no 2007/2000 (OJ, 23.9.2000); Council Regulation, no 347/2005 (OJ, 2005, L 59); Council Regulation, no 1946/2005 (OJ, 2005, L 312); Council Regulation, no 530/2007 (OJ, 2007, L 125).

24 Council Regulation, no 2666/2000 (OJ, 5.12.2000).

25 Council Regulation, no 1085/2006 of 17 July 2006 establishing an Instrument for Pre-Accession Assistance - IPA (OJ, 2006, L 210).

26 Н. Мисита, Основи права Европске уније, Сарајево, 2007, стр. 459. Више о томе: В.Медовић, Споразум о стабилизацији и придруживању са праксом Суда правде ЕУ, Београд, 2011, стр.69-144.

27 Ј. Вукадиновић. Неке карактеристике споразума о стабилизацији и придруживању, Правни живот, 2010, бр.12, стр.520; Ј.Њеранић, Процес стабилизације и придруживања –

поглавља која се односе на обавезу регионалне сарадње и област правосуђа и унутрашњих послова, као и делова који су унапређени као резултат искустава у имплементацији ранијих врста споразума о придруживању²⁸.

По својој природи споразуми о стабилизацији и придруживању су преференцијални трговински споразуми са политичким клаузулама. У исто време, то су типски споразуми што практично значи да су обавезе које држава преузима и права које стиче једнаке за све земље овог региона и не представљају предмет преговора. Оно што јесте тема преговора су рокови у којима држава уговорница треба да испуни преузете обавезе. Они се разликују од државе до државе, будући да одсликавају способност државе да закључени споразум спроведе у живот. Дужину транзиционог рока предлаже држава, али ЕУ тај рок мора да одобри. У досадашњој пракси они су се кретали од шест до десет година од дана ступања на снагу споразума.

Споразуми о стабилизацији и придруживању спадају у категорију мешовитих споразума које морају ратификовати све државе чланице ЕУ. Споразуме закључује Савет после добијеног одобрења од Европског парламента. Имајући у виду овако дуготрајан и сложен процес ратификације, као и околност да се питања везана за трговину и усклађивање законодавства налазе у искључивој надлежности ЕУ, у пракси се истовремено са споразумом о стабилизацији и придруживању закључује и прелазни или привремени споразум између Уније и сваке државе понаособ²⁹. За његово ступање на снагу довољна је одлука Савета ЕУ и ратификација придружене државе.

Прелазни споразуми закључују се са циљем да се одмах након потписивања споразума о стабилизацији и придруживању отпочне са либерализацијом трговине кроз успостављање зоне слободне трговине, примену одредаба о друмском саобраћају, правила конкуренције и хармонизацију домаћег права са правним тековинама Уније у области јавних предузећа и интелектуалне својине. У формално правном смислу прелазни споразуми су самостални међународни уговори, мада су њихови чланови потпуно истоветни са одговарајућим одредбама споразума о стабилизацији и придруживању које се односе на трговину и усклађивање законодавства. Прелазни споразуми се примењују до

глобални политички оквир за преговоре Европске уније са земљама Западног Балкана, Хармонизација законодавства Републике Србије са правом Европске уније (II) , Београд, 2012, стр.214.

28 Више о томе: Т.Мишчевић, Придруживање Европској унији, Београд, 2009, стр. 152-153.

29 Привремени споразум уз Споразум о стабилизацији и придруживању са Македонијом ступио је на снагу јуна 2001. године, а са Хрватском марта 2002. године. За Албанију је Прелазни споразум ступио на снагу у новембру 2006, године, у односу на Црну Гору јануара 2008. године, а за Босну и Херцеговину јула 2008. године. Србија је од фебруара 2009. године почела да једнострано примењује Прелазни споразум који је после одобрења Савета ступио на снагу 1. фебруара 2010. године.

окончања поступка ратификације ових споразума и престају да важе са њиховим ступањем на снагу.

3.2. Структура

Прве две државе западног Балкана које су закључиле споразуме о стабилизацији и придруживању биле су Македонија и Хрватска. Македонија је тај споразум потписала априла 2001. године³⁰, а Хрватска октобра исте године³¹. Након тога следи закључење споразума са Албанијом марта 2006. године³², Црном Гором септембра 2007. године³³, Србијом априла 2008. године³⁴ и Босном и Херцеговином јуна исте године³⁵. Због различитог времена потписивања споразума са појединим државама постоје разлике у односу на елементе њихове садржине. Међутим, то нису разлике у структури нити обиму питања која су регулисана споразумима, већ само у појединим деловима садржине, будући да је у међувремену дошло до појаве нових правила која чине правну тековину Уније, као и до проширења саме ЕУ са 15 на 25, односно 27 држава чланица.

Остављајући по страни разлике у односу на неке специфичне детаље, структура до сада закључених споразума обухвата преамбулу и десет поглавља. Они носе следеће називе: општа начела; политички дијалог; регионална сарадња; слободно кретање роба; слободно кретање радника, капитала, пружање услуга и оснивање предузећа; услађивање законодавства и примена правила о конкуренцији; правда, слобода и безбедност; политике сарадње; финансијска сарадња; институционалне, прелазне и завршне одредбе. Споразуме прати већи број анекса и протокола којима се дефинишу и ближе одређују поједине њихове одредбе³⁶.

30 Stabilization and Association Agreement between European Communities and its Member States, and the Former Yugoslav Republic of Macedonia (OI, 2004, L 84).

31 Stabilization and Association Agreement between European Communities and its Member States, and the Republic of Croatia (OI, 2005, L 26).

32 Interim Agreement on Trade and Trade-Related Matters between the European Community, of the one part, and the Republic of Albania, of the other part (OJ, 2006, L 239).

33 За текст Споразума о стабилизацији и придруживању са Црном Гором видети интернет страницу Секретаријата за европске интеграције Владе Црне Горе <http://www.gov.me>.

34 За текст Споразума са Србијом видети: Споразум о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица и Републике Србије, Прелазни споразум о трговини, Анекси и Протоколи, Канцеларија за европске интеграције Владе Републике Србије, Београд, 2008.

35 За текст Споразума о стабилизацији и придруживању Босне и Херцеговине видети: <http://www.dei.gov.ba/bih>.

36 Уз Споразум о стабилизацији и придруживању Србије прикључени су следећи анекси и протоколи: Анекс I (уз чл.21) Царинске концесије Србије на индустријске производе пореклом из Европске заједнице; Анекс II (уз чл.26) Дефиниција производа од јунетине – баву

У **преамбули** ових споразума као основни циљ њиховог закључења предвиђено је успостављање блиских и трајних односа заснованих на узајамности, заједничким вредностима и интересима, а политичка, економска и институционална стабилизација ових држава и национална и регионална безбедност постављени су као средиште ових односа. Остваривање овог циља подразумева демократизацију, владавину права, поштовање људских и мањинских права и слобода, развој цивилног друштва, изградњу институција, реформу државне управе, унапређење сарадње у економским и другим областима попут правосуђа и унутрашњих послова. У преамбули се, такође, потврђује статус придружене државе као потенцијалног кандидата за чланство у ЕУ и тако отвара могућност да ове државе након испуњења услова и успешне примене споразума затраже чланство у Унији.

Општа начела³⁷ на којима се заснива политика уговорних страна и којима ће се оне руководити у будућности представљају кључни елемент споразума. Она обухватају поштовање принципа демократије, владавине права, људских и мањинских права, међународног права и принципа на којима се заснива тржишна привреда. Они су не само основ свих будућих односа, већ и правна обавеза приликом спровођења споразума. Посебан значај у овом поглављу има одређивање општег прелазног рока у коме је потребно спровести правне, административне, економске и институционалне реформе неопходне за стварање зоне слободне трговине са ЕУ. Ти рокови су предмет преговора приликом закључења споразума и не морају бити исти за сваку од држава.

Политички дијалог³⁸ има за циљ пуну интеграцију земаља западног Балкана у заједницу демократских држава и постепено приближавање ЕУ. Споразумом се предвиђа и усклађивање ставова страна уговорница о међународним питањима, укључујући и размену информација, унапређење регионалне сарадње и развој добросуседских односа, а посебно усаглашавање ставова о стабилности и безбедности у Европи и сарадњу у областима које су обухваћене заједничком спољном и безбедоносном политиком ЕУ. Овако дефинисани циљеви политичког дијалога отварају могућност за учешће земаља

beef; Анекс III (уз чл.27) Царинске концесије Србије на пољопривредне производе пореклом из Европске заједнице; Анекс IV (уз чл.29) Концесије Европске заједнице за српске риблије производе; Анекс V (уз чл.30) Концесије Србије на риблије производе пореклом из Европске заједнице; Анекс VI (уз чл.52) Оснивање предузећа: Финансијске услуге; Анекс VII (уз чл.75) Право интелектуалне, индустријске и трговачке својине; Протокол 1 (уз чл.25) Трговина прерађеним пољопривредним производима; Протокол 2 (уз чл.28) Вина и алкохолна пића; Протокол 3 (уз чл.44) Дефиниција појма "производи са пореклом" и методи административне сарадње; Протокол 4 (уз чл.61) Копањени транспорт; Протокол 5 (уз чл.73) Државна помоћ индустрији челика; Протокол 6 (уз чл.99) Узајамна административна помоћ у царинским питањима и Протокол 7 (уз чл.129) Решавање спорова.

37 Видети чл.1-9 Споразума о стабилизацији и придружовању Србије.

38 Чл.10-11.

западног Балкана у програмима ЕУ у области заједничке спољне и безбедоносне политике, као и сарадњу уговорних страна у тој области, укључујући и заједничко учешће у цивилним, полицијским и војним мисијама у трећим државама.

Веома важан део споразума представља поглавље посвећено **регионалној сарадњи** као основу за постизање мира, стабилности и добросуседских односа. Остварењу тог циља треба да послужи закључење споразума о сарадњи у области трговине са другим државама истог региона. Овим споразумима успоставља се зона слободне трговине у складу са правилима Светске трговинске организације у региону западног Балкана и тако обезбеђују узајамне концесије у области кретања радника, права оснивања и регистрације предузећа, пружања услуга, текућих плаћања и кретања капитала, те других политика које се односе на кретање лица. Са своје стране ЕУ се обавезала да својим програмима техничке помоћи пружи подршку пројектима од регионалног и прекограничног значаја.

Кључни део споразума о стабилизацији и придруживању јесте четврто поглавље које се односи на **слободно кретање робе**³⁹. Његов је циљ да се између придружених држава западног Балкана и ЕУ успостави зона слободне трговине са пуном слободом протока робе, без царина и количинских ограничења на увоз и извоз. У том погледу стране уговорнице споразума преузеле су асиметричне обавезе. Наиме, ЕУ је на једностраној основи већ укинула царине и квантитативна ограничења за највећи број роба пореклом из земаља западног Балкана у оквиру аутономних трговинских мера, осим за оне који су од стране Уније одређени као осетљиви. Кад је у питању обавеза придружених држава западног Балкана на либерализацију трговине робама, споразуми не налажу моментално укидање царине и квантитативних ограничења за све робе које долазе са унутрашњег тржишта ЕУ, већ су предвиђени прелазни периоди за различите категорије индустријских производа. Сличан приступ прихваћен је у трговини пољопривреним производима пореклом из ЕУ, што је детаљно регулисано додатним анексима и протоколима.

Петим поглављем споразума обухваћене су остале велике слободе које постоје у праву ЕУ. На основу овог дела споразума уговорне стране преузеле су међусобна права и обавезе у областима **слободног кретања радника, оснивања предузећа, пружања услуга, текућих плаћања и кретања капитала**⁴⁰. У погледу правног положаја радника држављана придружене државе који су легално запошљени на територији неке државе чланице Уније, изричито је забрањена свака дискриминација у погледу запошљавања, услова рада, накнаде за рад или отпуштања са радног места у односу на држављане те државе. Са своје стране придружене државе се обавезују да ће исти третман признати радницима

39 Чл.18-37.

40 Чл.49-65.

из држава чланица ЕУ који су легално запошљени на њиховој територији, као и члановима њихових породица.

У оквиру овог дела споразума регулисано је право на оснивање предузећа које подразумева овлашћење држављана уговорних страна на предузимање привредних делатности у виду самозапошљавања и право оснивања привредних друштава. Оно, такође, подразумева право привредних друштава из једне уговорне стране да обављају привредне делатности на територији друге уговорне стране оснивањем друштава кћери или својих филијала.

Значајно место у овом поглављу има питање регулисања слободе пружања услуга. Споразумом се стране обавезују да предузму неопходне кораке како би се остварила постепена либерализација пружања прекограничних услуга. У том циљу уговорне стране постепено ће омогућавати да привредна друштва и грађани који имају седиште, односно боравиште на територији једне стране пружају услуге лицима која се налазе на територији друге стране.

Кад је реч о кретању капитала и текућим плаћањима, споразуми предвиђају ограничену слободу кретања капитала. Уговорне стране су преузеле обавезу да омогуће сва текућа плаћања и преносе на рачун платног биланса између ЕУ и придружене државе у слободној конвертибилној валути. Дозвољава се и слободно кретање капитала усмереног на улагања у привредна друштва, као и капитала усмереног на директна улагања или повратак тих улагања или добит која из њих произилази.

Шестим поглављем споразума регулисана је постепена **хармонизација** постојећих и будућих **прописа** држава западног Балкана са правним тековинама Уније. Посебна пажња посвећена је кључним деловима ових тековина који се односе на унутрашње тржиште и друга питања везана за трговину⁴¹. Као приоритетне области наведене су право конкуренције и државна помоћ, право интелектуалне својине, јавне набавке, стандардизација, акредитација и оцена усклађености, заштита потрошача и статистика.

Сарадња у области **правде, слободе и безбедности** чини предмет регулисања седмог поглавља споразума. У овој области, која је чинила некадашњи трећи стуб Уније, сарадња укључује учвршћење владавине права и јачање институција на свим нивоима, а поготово у спровођењу права и правосудним механизмима. Споразумима су регулисано облици сарадње у области кретања људи, као и у вези са прањем новца и трговином дрогама, те кривичним стварима. Ова сарадња подразумева међусобне консултације и блиску координацију између уговорних страна, укључујући и пружање административне и техничке помоћи.

41 Чл.72-79.

Политике сарадње⁴² регулисане су у оквиру наредног, осмог поглавља споразума о стабилизацији и придруживању. Успостављање сарадње у бројним областима између уговорних страна има за циљ да помогне развој придружених држава и унапреди регионалну стабилност због чега се земље западног Балкана подстичу на сарадњу са суседним државама и државама чланицама ЕУ. Политике сарадње првенствено обухватају економску политику, статистику, банкарство, осигурање и остале финансијске услуге, подстицање и заштиту улагања и индустријску сарадњу.

Девето поглавље, под насловом **финансијска сарадња**, треба да омогући постизање циљева предвиђених споразумима. Финансијска помоћ пружа се у облику бесповратних средстава и зајмова, укључујући зајмове Европске инвестиционе банке. Помоћ зависи од напретка придружене државе у испуњавању услова за приступање ЕУ, успеха у спровођењу споразума и способности да се спроведу демократске, институционалне и економске реформе.

Последње, десето поглавље садржи **институционалне одредбе** којима се успоставља одговарајући структура и механизам за надзор над имплементацијом споразума⁴³. На самом крају налазе се прелазне и завршне одредбе којима се регулише решавање спорова, временско важење и ступање на снагу споразума⁴⁴. Споразуми о стабилизацији и придруживању закључени су на неодређено време. Свака страна уговорница може их отказати уз обавезу да о томе обавести другу страну. У том случају споразум престаје да важи шест месеци од дана обавештења. Исто тако, свака страна може да суспендује примену споразума у случају да друга страна не поштује неки од суштинских елемената споразума. Споразуми ступају на снагу првог дана другог месеца који следи после дана када су уговорне стране једна другу обавестиле да су одобриле споразум у складу са својим прописаним процедурама.

3.3. Систем надзора

Ради контроле примене и спровођења споразума о стабилизацији и придруживању предвиђено је стварање нових органа састављених од представника страна уговорница. Као и код европских споразума, институционални оквир за надзор над његовом имплементацијом чине три органа: Савет за стабилизацију и придруживање, Комитет за стабилизацију и придруживање и Парламентарни комитет за стабилизацију и придруживање. Од заједничких тела која предвиђа споразум централно место има Савет за стабилизацију и придруживање⁴⁵. У његов састав улази једнак број представника

42 Чл.88-116.

43 Чл.121-128.

44 Чл.129-138.

45 Чл.121.

чланова Савета и Комисије ЕУ с једне, и чланова владе придружене државе, са друге стране. Савет се састаје у редовним временским периодима или када то околности налажу. Седницама Савета наизменично председавају представници органа ЕУ и придружене државе.

Савет за стабилизацију и придруживање је главни политички орган задужен за надзор над применом и спровођењем споразума. Ради остваривања циљева споразума Савет има право да доноси одлуке које су обавезујуће за стране уговорнице. Све одлуке Савета се доносе једногласно. Овај орган је, такође, овлашћен да решава спорове између страна уговорница који се односе на примену и тумачење споразума, да одлучује о даљем развоју њихових односа, као и да разматра сва важна питања која произилазе из споразума или су од обостраног интереса са стране уговорнице.

Стране уговорнице обавезале су се да ће у оквиру Савета настојати да у доброј вери пронађу обострано прихватљиво решење за сваки сваки спор у што краћем року. Све док спор не буде решен о њему ће се расправљати на сваком састанку Савета. Спор се сматра решеним тек када Савет донесе обавезујућу одлуку која се односи на његов предмет или када изјави да спор више не постоји.

Комитет за стабилизацију и придруживање⁴⁶ је оперативно тело које надгледа имплементацију обавеза страна уговорница. Чине га представници Савета и Комисије ЕУ и представници придружене држава. Обично су у питању експерти органа ЕУ и високи функционери или стучњаци владе државе на нивоу помоћника министара, начелника или саветника за одређена питања. Комитет је пре свега задужен за контролу договореног тока усклађивања прописа придружене државе са правним тековинама Уније. Обавезе и начин рада овог органа дефинише Савет за стабилизацију и придруживање који му може пренети било које своје овлашћење, укључујући право на доношење обавезујућих одлука. Са своје стране Комитет има право да оснива подкомитете које су, такође, састављени од представника придружене државе и представника Савета и Комисије ЕУ.

Парламентарни комитет за стабилизацију и придруживање⁴⁷ чине посланици Европског парламента и парламента придружене државе. Ово заједничко тело представља форум у коме се састају европски и национални парламентарци У њему се размењују мишљења о свим аспектима имплементације споразума или износе гледишта о другим билатералним или мултилатералним питањима од заједничког интереса.

46 Чл.122.

47 Чл.125.

3.4. Место у правном систему ЕУ

У правном систему ЕУ споразуми о стабилизацији и придруживању улазе у ред примарних извора заједно са осталим међународним уговорима. Као споразуми закључени од стране Уније и свих њених чланица са државама нечланицама они се налазе се одмах испод уговора којима су основане Европске заједнице и ЕУ, као и уговора којима су они међани и допуњавани. Међутим, ови споразуми имају вишу правну снагу од секундарне легислативе ЕУ. Обавезујуће одлуке институција морају се тумачити што је могуће више у складу са правилима садржаним у овим споразумима. У случају да су одлуке институција супротне њиховим одредбама, Суд правде ЕУ их може поништити као противне међународном праву⁴⁸.

Дејство међународних уговора које закључује ЕУ, укључујући споразуме о придруживању и стабилизацији, у правном систему Уније регулисано је ставом 2 чл.216 Уговора о функционисању ЕУ. Према овој одредби међународни споразуми обавезују органе Уније и државе чланице. Према мишљењу Суда правде, органи Уније, као и државе чланице дужне су да осигурају поштовање обавеза које настају из тих међународних споразума и да предузимају све мере потребне за извршење споразума, зависно од стања права ЕУ у датом моменту. Поштујући обавезе које настају из међународних уговора које је закључила Уније државе чланице испуњавају своје дужности не само у односу на државу нечланицу, већ истовремено и пре свега у односу на ЕУ која је преузела одговорност за савесно извршење уговора⁴⁹. Органи Уније такође су везани одредбама споразума и дужни су да предузму све мере неопходне ради његовог испуњења. Осим тога, они се морају уздржати од свих аката који ометају или спречавају државе чланице да испуне обавезе из споразума који се односе на њих⁵⁰.

Оснивачки уговори ЕУ ништа не говоре о начину примене уговора које је Унија закључила са државама нечланицама, као и о њиховом дејству у унутрашњим правним системима држава чланица. Због одсуства изричитих одредаба Суд правде је био принуђен да се у више наврата изјасни о тим питањима у вези са раније закљученим споразумима о придруживању са појединим европским државама. Ставови које је том приликом заузео могли би се сматрати релевантним за оцену примене и дејства споразума о стабилизацији

48 Видети став Суда правде у случајевима: 61/94, *Commission v. Germany* (European Court Reports: даље ECR I, 1996, p.3989, para.52); 284/95, *Safety High Tech* (ECR I, 1998, p.4301, para.22) и 21-24/72, *International Fruit Company* (ECR, 1972, p.1219, para.6). Више о томе: В.Кнежевић-Предић, З.Радивојевић, Како настаје и делује право Европске уније, Београд, 2009, стр.89.

49 Случај 104/81, *Hauptzollamt Mainz v. C.A.Kupferberg & Cie KG a.A.* (ECR, 1982, p.3659).

50 Видети став Суда у случају 377/98, *The Netherlands v. European Parliament and Council* (ECR I, 2001, p.7079).

и придруживању земаља западног Балкана, будући да су они само нова подврста или тип споразума о придруживању.

Оцењујући статус који споразуми о придруживању имају у корпусу права ЕУ, Суд је стао на становиште да ови међународни споразуми представљају саставни део правног система Уније моментом ступања на снагу у складу са правилима међународног права⁵¹. При томе никакве мере њиховог транспонованја у правни поредак Уније нису потребне. То значи да после ступања на снагу споразуми о придруживању могу бити директно примењени у правном систему ЕУ под истим условима као и други међународни уговори⁵².

Споразуми о придруживању имају независну улогу и вредност како у правном систему Уније, тако и у правним порецима држава чланица. Суд правде је дозволио могућност да уговорне стране у самом споразуму уреде питање његове непосредне примене у унутрашњим правним системима. У случајевима када то питање није регулисано Суд је овлашћен да сам процењује да ли такав споразум задовољава стандарде за непосредну примену. У том смислу он је изградио посебан тест који споразум о придруживању мора задовољити да би био директно примењен. Елементи тог теста су оцена сврхе, духа, структуре и услова конкретног споразума о придруживању⁵³.

Кад је реч о дејству споразума о придруживању, став је Суда правде да споразуми о придруживању могу, под истим условима као и други извори права ЕУ, производити директно дејство. Формулишући критеријуме за директно дејство у случају споразума о придруживању између ЕЕЗ и Турске, Суд правде је истакао да одредба овог споразума може имати директно дејство када, узимајући у обзир текст, циљ и природу споразума, садржи јасну и прецизну одредбу чија примена или дејство није условљено усвајањем било какве накнадне мере⁵⁴. Тест који је овде постављен постао је стандард за све остале случајеве у којима је Суд одлучивао о директном дејству споразума о придруживању између ЕЗ и ЕУ и држава нечланица⁵⁵.

Суд је признао непосредно дејство и одлукама која су усвајали Савети за придруживање или друга заједничка тела формирана на основу ових споразума. Такав став облазложио је директом повезаношћу њихових обавезујућих одлука са међународним споразумима из којих произилазе, због чега се и те одлуке

51 *Случај 181/73, Haegeman v. Belgium (ECR, 1974, p.449, para.5).*

52 *Случај 61/94, Commission v. Germany (ECR I, 1996, p.3989, para.52)*

53 Видети став Суда у здруженим случајевима 21-24/72, *International Fruit Company (ECR, 1972, p.1219, para.6).*

54 *Случај 12/86, Meryem Demirel v. Stadt Schwabisch Gmünd (ECR, 1987, p.3719).*

55 *Случајеви 192/89, Sevince v. Staatssecretaris van Justicie, (ECR I, 1990, p.3641); 237/91, Kus (ECR I, 1992, p.6781); 432/92, The Queen v. Minister of Agriculture, Fisheries and Food (ECR I, 1994, p.3087) и 355/93, Eroglu v. Land Baden Wurrtenberg (ECR I, 1994, p.5113).*

сматрају интегралним делом правног система ЕУ.⁵⁶ Разуме се за то је неопходно да одлуке о којима је реч испуњавају услове за непосредно дејство, тј. да садрже јасне, прецизне и безусловне одредбе.

До сада је у својој пракси Суд правде признавао директно дејство оним одредбама споразума о придруживању којима се Унији и државама чланицама намећу обавезе укидања постојећих или забране увођења нових царинских, пореских и других оптерећења и препрека за увоз или извоз роба, као и одредбама које предвиђају преференцијални увоз одређених производа у Унију. Осим наведених, директно дејство могу имати одредбе којима се установљавају одређена права у корист физичких и правних лица држава нечланица, посебно оне које предвиђају забрану дискриминације у односу на држављане држава чланица у области радног и социјалног права и оснивања предузећа⁵⁷.

Практична последица признавања непосредног дејства ових одредаба јесте могућност да грађани и правна лица држава западног Балкана на основу закључених споразума о стабилизацији и придруживању стекну одређена права у оквиру правног система ЕУ. Тачније речено, они добијају право да се позивају на одредбе тих споразума пред судовима држава чланица и да траже заштиту својих субјективних права која из њих произилазе и то према стандардима сличним онима које уживају грађани ЕУ. Као гарант који у крајњој линији треба да обезбеди примену и заштиту тих права у оквиру правног система ЕУ и унутрашњих поредака држава чланица појављује се Суд правде.

Судећи по његовој досадашњој јуриспруденцији у вези са применом и тумачењем европских споразума, који су свакако најближи споразумима о стабилизацији и придруживању, грађани држава западног Балкана имаће могућност да се позивају првенствено на одредбе које се односе на стварање зоне слободне трговине која омогућава слободан проток робе, капитала и услуга. Кад је у питању слободно кретање радника, директно дејство је превасходно могуће код одредаба споразума о забрани дискриминације радника који су легално запослени на територији држава чланица у погледу запошљавања, услова рада и зарада. Тиме није закључена листа права из споразума о стабилизацији и придруживању на која се физичка и правна лица из земаља западног Балкана могу непосредно позивати пред судовима држава чланица и Судом правде ЕУ. Постоји могућност да Савет за придруживање и стабилизацију у току примене споразума својим обавезујућим одлукама још нека права у области слободе кретања лица и социјалне заштите учини директно доступним грађанима придружених држава у оквиру правног система ЕУ.

⁵⁶ Случај 30/88, *Greece v. Commission* (ECR, 1989, p.3711).

⁵⁷ Случајеви 268/99, *Aldona Malgorzata Jany and Others v. Staatssecretaris van Justitie* (ECR I, 2001, p. 2541) и 162/00, *Land Nordrhein Westfalen v. Beata Pokrzepowicz-Meyer* (ECR I, 2002, p.1049). Више о томе: В.Медовић, Споразум о стабилизацији и придруживању са праксом Суда правде ЕУ, Београд, 2011, стр.63.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

STABILISATION AND ASSOCIATION AGREEMENTS IN EUROPEAN UNION LAW

Summary

Stabilisation and Association Agreements (SAA) are a third generation of EU association agreements, which are specially designed for the Western Balkan countries. By their legal nature, they are preferential trade agreements including political clauses which make provisions for the countries of this region to become candidates for the EU membership but without an automatic right of admission to EU. Concurrently, they are mixed agreements, which implies that they must be ratified not only by the non-member states but also by the EU and all its Member States. In light of such a complex and lengthy ratification process, an interim agreement is concluded alongside the SAA. The decision of the EU Council and the ratification of the associated state is sufficient for its entry into force.

Stabilisation and Association Agreements fall into the category of primary sources of the EU legal system, along with other international treaties, and they have a higher legal force than the secondary legislation. Hence, they constitute an integral part of EU Law and no transposition measures are required for their application.

On the other hand, the SAA may have a direct effect in the Member States' legal systems if they contain clear and precise provisions whose application is not conditional to the adoption of any subsequent implementation measures. In its jurisprudence, the EU Court of Justice has recognized the direct effect of association agreement provisions on the creation of free trade zones, which facilitate the freedom of movement of capital, goods and services between the associated states and the EU and its Member States. When it comes to the free movement of workers, the direct effect is possible on grounds of provisions regulating the prohibition of discrimination of workers who are legally employed on the territory of the Member States, particularly in terms of employment, working conditions and wages.

The practical consequence of recognizing the direct effect of these provisions is the opportunity for the citizens and legal entities of the Western Balkans to acquire certain rights within the EU legal system. Thus, they will be entitled to directly refer to the provisions of the SAA in the proceedings instituted before the courts of Member States and the EU Court of Justice, and to seek protection of their rights arising thereof, in accordance with the standards similar to those enjoyed by the EU citizens.

Key words: *non-member states, association, stabilisation, agreements, European Union, Western Balkan, candidate for the EU membership, legal system, primary sources, direct application, direct effect.*

ОРГАНИЗАЦИЈА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ¹

***Апстракт:** Делотворност управног система као организационе целине, зависи од квалитета њене организације. Организациона структура одражава функционалну динамику јавне управе. С друге стране, функционални захтеви ефикасности и делотворности управног система детерминишу организационе форме. Обим, карактер и природа управних послова захтева оптималну и координирану екстерну (макроорганизација) и интерну (микроорганизациона) организациону структуру, која ће омогућити оптимално функционисање управног система. Због тога, организациона структура није непроменљива категорија, јер се и у истом систему државног уређења мењају задаци и улоге, послови и циљеви понекад и цео систем, па је потребно мењати и организацију управе. Организација управе је системска (екстерна и интерна) отворена динамичка структура органа државне управе и других органа и организација који врше јавна (управна) овлашћења, у правом прописаним односима динамичке интеракције, на бази хијерархије или координације, зависно од природе и циљева управних послова.*

Актуелна организација државне управе није рађена на основу принципа савремене управе. Она је резултат политичке поделе плена и изражава потребу да се политички контролишу управни ресори. Недостаје јој функционална анализа и експертски приступ.

***Кључне речи:** организација, државна управа, министарства, органи државне управе, управни окрузи.*

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

1. ПОЈАМ И ОБЕЛЕЖЈА ОРГАНИЗАЦИЈЕ (ДРЖАВНЕ) УПРАВЕ

1. **Организациона структура и делатност управе** су два неодвојива аспекта управе, који су подједнако важни и дијалектички условљени. Организациона структура одражава функционалну динамику јавне управе. С друге стране, функционални захтеви детерминишу организационе форме. Ако је органска структура у функцији активности, подједнако, функције управног система одређују структуру истог. Промена и усложњавање управних функција довели су до усложњавања организационе матрице.

Управа обавља бројне и веома разноврсне и сложене послове и задатке. Да би се ти послови могли успешно и на време обавити са релативно малим трошковима, један од услова је и добра функционална организација. Организација управе увек мора да буде у функцији економичности и ефикасности вршења управних послова.

Обим, карактер и природа управних послова захтева оптималну и координирану екстерну (макроорганизација) и интерну (микроорганизациона) организациону структуру, која ће омогућити оптимално функционисање управног система. Организациона структура може да смета као уска и неадекватна љштура, а делатност у крајњој линији разбија неадекватну форму. Отуда, организација треба да омогући боље, ефикасно и економично, обављање одређене делатности управе. С друге стране и организација утиче на делатност, јер уколико је организација управе одговарајућа, можемо очекивати да управа одговори задацима своје функције.

Међутим, формална структура организације није апсолутно средство за сврху, односно ефикасност организације. Не треба занемарити и задовољство (морал) чланова организације. Спољни фактори (стање у околини организације) не утичу само на спољну ефикасност, већ и на унутрашњу структуру организације (теорија отвореног система).

Организација управе је важан елемент јер је управа државна функција која служи за извршавање закона и других прописа и остваривање циљева и задатака државе у одређеном историјском развоју. Управа мора увек пронаћи оне организационе облике у којима ће најбоље да одговори улози која јој је постављена у одређеном правно-политичком систему. Тако је организација управе увек један од врло важних проблема. Њиме су се бавили теоретичари, политичари, практичари, једном речју сви који су долазили у додир са управом. Данашњи развој државе и друштва, савремена наука и технолошки развој, глобално друштво и нова социјално-економска кретања отварају многобројне и разноврсне проблеме организације управног система. Створена је врло сложена управна структура. С друге стране, динамика социјалних потреба, положај грађана и тежња ка демократском друштву, потреба за организованом амортизацијом и решавањем социјалних и економских проблема, траже

ефикасно деловање управе. Потребно је пронаћи оне организационе облике управе које ће одговорити савременом друштву и одговорној држави.

Организациона структура није непроменљива категорија, јер се у систему државног уређења мењају задаци и улоге, послови и циљеви понекад и цео систем, па је потребно мењати и организацију управе. Оно што се стално и свакодневно дешава је перманентно организационо реформисање управног система (нпр. број и називи министарстава, настају нова министарства и органи у њиховом саставу, врши њихово спајање и раздвајање, централизација и децентрализација и сл.) али и изнутра (број и назив унутрашњих организационих јединица и сл.). Организациона структура није статичан појам. Она је процес, отворен и динамички систем.

У том смислу, организација управе је променљива категорија, како у времену и динамици развоја управног система, тако и у њеним структуралним сегментима, с обзиром да постоје разни организациони системи и подсистеми, централна и децентрална управа, локална управа, државна и недржавна управа, итд. Међутим, организациона структура има и релативну самосталност јер су могућности слободног дизајнирања структуре у одређеној мери (око 50%) ограничене детерминирајућим факторима као што су величина, међузависност, технологија и др. У осталом делу постоји могућност избора и варирања у дизајнирању структуре зависно од ставова и гледишта утицајних чланова.²

2. Организација је један од битних извора моћи сваког колективитета и појединца у њему. Ниједна колективна категорија, нити друштвена група нема моћ сама по себи, нити је може сама користити. Увек треба да постоји још један чинилац. Тај чинилац је организација. Постоји непосредна веза организације и моћи. Организација је, поред финансијских извора и личности која игра улогу вође, трећи познати извор моћи, па и моћи државе и њене администрације. Данас њена важност све више расте, па отуда и схватања која у организацији, укључујући и ону која ствара власт, виде извор сваке моћи.³ Државна управа обједињује сва три извора моћи: политичку личност, власништво у облику ресурса којим располаже и организацију. Сви ти извори и инструменти моћи били су доступни управи и у прошлом веку, па и много раније. Међутим, оно што се данас изменило је њихова важност унутар формалне структуре управне власти, и то у корист организације.⁴

Делотворност управног система као организационе целине, зависи од квалитета њене организације. Унутрашња организација може да се схвати као техничка унутрашња организациона структура, као број унутрашњих органи-

² Иван Копрић, *Структура и комуникање у управним организацијама*, Загреб, 1999, стр. 40.

³ Charles E. Lindblom, *Politics and Markets, The World's Political-Economic Systems*, Basic Book, New York, 1977, p. 26.

⁴ John K. Galbraith, *Анатомија моћи*, Стварност, Загреб, 1987.

зационих јединица и њихов међусобни однос, као њихов правни (нормативни) израз, и сл. али се може схватити и у психолошком смислу, као обим и дубина потчињавања њених припадника (службеника) интересима и циљевима управне организације. Унутрашња дисциплина и потчињавање у директној су функцији спољашње моћи било ког, па и управног организованог колективитета. Ништа не може у толикој мери ослабити спољну моћ управе као недисциплиновано изражавање неслагања са политиком од стране сопствених функционера и службеника, односно неслагање које долази «изнутра». Моћ управе се ослања на широко распрострањену, комплексну и у најважнијим случајевима, потпуно дисциплиновану организацију.⁵ Организација управне моћи може бити тако постављена да ствара отпор самој себи и да на тај начин спутава и ограничава своју делотворност. Један од разлога за то лежи у начину на који је организована управна власт.

Са друге стране, постоје бројне теорије о односу сукоба (конфликата) унутар организационог система и моћи.⁶ Оне указују на стварне односе који постоје унутар постојеће организације. Људи у организацији играју различите игре које показују односе борбе за моћ, односно борбе за што већи удео у организационој структури моћи. Борба за моћ се врши кроз контролу независности у области одлучивања. Смањивање простора за слободу избора при одлучивању и појачавање утицаја на понашање других, два су основна облика борбе за моћ унутар организационе структуре. При томе, одговарајућа расподела моћи унутар одређеног организационог управног система утиче на организациону структуру и даље на практичне резултате и спољну ефикасност и ефективност. С друге стране, организациона структура утиче на интерну структуру моћи.

Феномен моћи је веома важан за разумевање организације. Организација се више не може више разумети као хармоничан модел, јер се односи моћи формирају унутар организације и утичу на њу. С друге стране, организација је део шире друштвене или тачније политичке и економске структуре моћи чије утицаје трпи.⁷

3. Појам и обележја управне организације. Позитивно право не даје појам организације управе.⁸ Оно одређује органе државне управе (министарства

⁵ Предраг Димитријевић, *Нека критичка запажања о теоријском концепту управе*, Теме, бр. 1-2/1994, Ниш, стр. 144.

⁶ Michel Crozier, *The Bureaucratic Phenomenon*, Chicago, 1964.

⁷ Иван Копрић, *Структура и комуникације у управним организацијама*, Правни факултет, Загреб, 1999, стр. 11, 33.

⁸ Иначе, “организација” је термин са вишеструким значењем и његовим дефинисањем бавио се велики број аутора, при чему су њихове дефиниције, мање или више, сличне или различите, неке чак и супростављене. При томе треба правити разлику између организације управе и управне организације. Управне организације се могу груписати у уже целине, посебно на државне и недржавне управне организације. Тако се између управних организација

и друге државне органе управе у саставу или самосталне) и њихове послове, посебне (управне) организације за обављање стручних и са њима повезаних управних послова, поверавање појединих управних овлашћења у вези са вршењем одређених послова државне управе недржавним субјектима (предузећима и установама).

Теорија је дала бројне појмове организације уопште и организације управе посебно и то са правног аспекта, социолошког, техничког итд. Постоје више појмова организације управе у области *науке о управи* него у *управном праву*.⁹

Управне организације поседују сва обележја која карактеришу сваку организацију, односно садрже сва четири основна елемента појма «организација». Први елемент је *циљ* организације јер претходи осталим елементима.¹⁰ Циљ је разлог формирања организације, који мора бити у складу са позитивним правом, унапред одређен у писаном облику актом о оснивању организације, јасно дефинисан и познат члановима организације и субјектима изван ње и мора бити остварив. Циљ организације је обављање управне делатности и постизања циљева државе и друштва које утврђује владајућа политичка елита. Други елемент организације су *људи* или радни колектив у организацији.¹¹ Има аутора по којима су људи први елемент организације, јер дају живот организацији као носиоци њене делатности и због којих организација је свесна, а не нагонска форма (мрави и пчеле). Трећи елемент организације су њена *материјална средства*, односно економска добра (техничка и финансијска) која она користи за остварење циљева. Четврти елемент организације је њена

и државних управних (посебних) организација не може стављати знак једнакости. Управне организације су шири појам, јер поред државних управних организација оне обухватају и недржавне управне организације.

9 Појмови организације и организације управе у области науке о управи (јавна управа), могу се у потпуности користити за њихово правно регулисање, с обзиром да је та материја основна у науци о управи, а управно право јој даје правни аспект и правну регулативу. *Никола Стјепановић* истиче да је организација начин на који се делови целине усклађују, усмеравају ради постизавања циља коме служе. *Павле Димитријевић* сматра да је организација “адекватно и целиходно координирана група људи која је формирана као самостална целина са потребним средствима ради на остварењу одређеног циља”. Павле Димитријевић, *Организација и методи рада јавне управе*, Београд, 1959.

10 Да би се прикупила средства за рад једне организације, одабрали кадрови и успоставила одговарајућа организациона структура, неопходно је најпре утврдити зашто се организација образује, односно формулисати циљ њеног образовања. Правило је да организација има један циљ, а уколико их има више, један од њих је увек основни, а други су допунски или споредни.

11 Неки аутори радни колектив поистовећују са кадровским потенцијалом организације. Кадровски потенцијал може бити ужи појам од радног колектива, зависно од значења термина “кадрови”.

организациона структура, која у себи обухвата два повезана процеса: *поделу рада*¹² и *систем веза и односа*.¹³ Организациона структура може бити формална (прописана) и неформална (често се мењају различите везе између запослених према неписаним правилима, није негативна, нити је априори деструктивни елемент организације).

Управне организације поседују сва четири елемента организације. Од других организација оне се издвајају по неким својим специфичним обележјима, која им дају својство посебне врсте организације а то су: *природа послова* за чије вршење се образују,¹⁴ *трајна подела овлашћења и дужности* запослених¹⁵ и *професионализам*.¹⁶ Професионализам запослених је обележје које управне

12 Подела рада омогућава да се остварење основног циља организације повери већем броју извршилаца, тако што се сви послови, поделе тако што се по различитим критеријумима групишу у уже целине послова и задатака. Ово груписање и дељење, може да полази од врха организационе пирамиде, спушта ниже до простих радних операција али може да полази и одоздо навише. Треба комбиновати оба метода. Овакву поделу послова и задатака организације прати њена одговарајућа унутрашња уређеност. Наиме, сваки задатак или посао обухвата више разних операција, а свака радна операција везује се за једно радно место, при чему свако радно место може бити везано за једну или више радних операција. Радна места се повезују у одговарајуће организационе целине, тј. унутрашње јединице.

13 То су везе и односи између људи у организацији и односи између људи у организацији и њених средстава.

14 Управне организације образују се искључиво за вршење јавних послова. За јавне послове одређујућа је чињеница да су то послови које појединци не могу обављати уопште или квалитетно, континуирано и у довољној мери. Међутим, у крајњој линији није битно ко обавља те послове, приватни или јавни колективитети већ су то јавни послови зато што их владајућа група, сходно својим интересима, оцењује као јавне, односно сматра да треба да буду јавни, односно да се морају обављати континуирано, квалитетно и контролисано.

15 *Трајна подела овлашћења и дужности* запослених може се двојачко посматрати: са аспекта односа запосленог према пословима и задацима и са аспекта њихових међусобних односа и односа са лицима изван управне организације. Сваки запослени у управној организацији задужен је за обављање неког посла или извршење задатка, које вршење представља његово овлашћење и дужност. Он је нормативним правилима организације овлашћен да их предузима и уједно је дужан да то чини. Разлози због којих запослени обављају радне операције могу бити бројни и различити. По правилу њихови лични циљевисе не поклапају са циљевима управне организације. Прави разлози су најчешће страх од казне (губитак радног места, новчана казна, смањене плате, на пример), или жеља за наградом (добивање бољег радног места, напредовање, новчане или друге награде, примера ради) или др. Са друге стране, запослени у управним организацијама, вршећи радне операције свог радног места, ступају у контакте са другим запосленим, као и са лицима изван организације. У оквиру тих контаката, они према тим лицима често иступају са одређеним захтевима, чије истицање је истовремено овлашћење и дужност лица које захтев поставља, а удовољавање постављеном захтеву, од стране другог запосленог у организацији или ван ње, представља његову дужност.

16 Професионализација је тековина развоја управе и, као процес, оно још није окончано. Он значи да они у управној организацији раде за плату и да је посао који обављају њихово

организације одваја од удружења грађана, чији су чланови, углавном, непрофесионалци - особе којима учешће у раду удружења није основно и главно занимање.¹⁷

Организација управе је *систем органа и организација и њихових односа, ради обављања одређених правом прописаних послова и испуњења задатака и циљева*. Ти органи могу бити различити (инокосни, колегијални, са различитим називима и величином), као и њихови односи, послови и задаци. *Организациона структура* је састављена од односа и веза организационих јединица. Односи се успостављају поводом заједничког деловања више запослених (међусобно или са екстерним субјектима) ради вршења законом прописаних јавних (управних, државних) послова и задатака. Послови или задаци су на специфичан начин подељени између људи, чланове организације, тако да та подела радних процеса иде од све једноставнијих радних операција ка сложенијим функцијама, али и обрнуто.¹⁸

У погледу организације управе постоје углавном два основна система: *централизација* и *децентрализација*.¹⁹ Оба система карактеришу односи између централне и локалне управе, као и односи унутар саме централне управе. Ти односи могу да буду односи хијерархијско-степенастог заповедања или правно регулисане контроле и релативне самосталности (аутономности) локалне управне власти.

Основно је за сваку организацију да између органа постоји изванредан ред, да постоје виши и нижи органи, да једни стоје изнад других, односно да постоји одређена (већа или мања) хијерархија, надређеност и подређеност. У свим организацијама структура је заснована бар у одређеној мери на односима

главно занимање. За његово обављање они се образују у школским и наставно - научним установама као управни професионалци.

17 Процес *депрофесионализације* управе значи да се део послова које обављају управне организације повери организацијама (колективним телима) чији су чланови непрофесионалци, тј. грађани.

18 Групе радних операција и послова на одређеном степену општости, које су настале логичком деобом основног циља или задатака организације, добијају властити идентитет и успостављају се као *функције*. Тако се односи у организацијама успостављају као деперсонализовани односи између функција. Функција подразумева одређену меру трајности и стабилности у времену. Послови који су једнократни не могу се успоставити као функције. Неке су функције изведене из ширих и општијих функција па се могу уочити односи између општих и из њих изведених специфичних функција.

19 Принципи децентрализације су: да локалне управне власти бирају (избор) бирачи локалних административних јединица а не да их именује централна власт, да локалне власти имају сопствену имовину, да уживају релативну независност у односу на административну контролу централне власти и уопште имају извесну самосталност у односу на централну власт. Михаило Илић, *Начела децентрализације*, Административно право и други радови, Београд, 1998, стр. 37.

вертикалне подређености и надређености. Реч је о хијерархијским односима и хијерархијској структури. Без оваквог односа не може се замислити организација управе. Свака је организација хијерархијска организација. Нема ниједне државе на свету где управа није, више или мање, хијерархијски успостављена. Отуда и опаска да је управа кичмени стуб сваке државе. Наравно да односи између органа могу бити различити, да потчињеност нижих органа може бити већа или мања, као и да односи органа не буду хијерархијски устројени, већ као координација и сарадња. У том смислу, односи између органа могу бити вертикални (принцип хијерархије) и хоризонтални (координација и сарадња, нпр. између министарстава). Међутим, важно је да су сви ти односи између органа унапред правно прописани јер се тако могу правно и контролисати.

Вертикални односи су односи надређености и подређености. Они карактеришу хијерархијску организацију која је само једна од историјских облика људске кооперације. Ови надзорни односи се јављају у односима органа државне управе (министарстава) према органима у саставу, подручним органима али и једним делом, према органима локалне самоуправе (нарочито у делу поверених управних послова али и изворних ако је то изричито законом прописано).²⁰ *Хоризонтални односи* се заснивају на узајамним правима и обавезама утврђених законима и другим прописима. Органи су истог степена и значаја²¹ и имају правну обавезу да међусобно сарађују јер то захтева и природа и карактер њихових послова.²² Та сарадња подразумева међусобно достављање података и обавештења неопходних за рад, образовање заједничких служби и стручних тела и друге облике заједничког рада.

Организација управе је системска (екстерна и интерна) отворена динамичка структура органа државне управе и других органа и организација који врше јавна (управна) овлашћења, у правом прописаним односима динамичке интеракције, на бази хијерархије или координације, зависно од природе и циљева управних послова.

20 Интервенција надређеног органа може се састојати и у покретању поступка пред Уставним судом, предлагањем Влади да предузме мере обуставе од извршења општег акта локалне самоуправе.

21 Хоризонтални односи постоје између органа који имају приближно једнаке капацитете власти, релативно јасно подељене надлежности које се садржински разликују и органе који су и организационо и структурално одвојени.

22 Тако, ауторитативни послови војске и полиције захтевају већи степен хијерархије, а здравство, просвета, култура и други послови јавних служби захтевају односе сарадње координације.

2. ОРГАНИЗАЦИЈА ДРЖАВНЕ УПРАВЕ У СРБИЈИ

2.1. Положај и састав

Државна управа врши управне послове у оквиру права и дужности Републике (функционални аспект). Она је део управне власти која спада у ширу извршну власт, чији је носилац Влада. Она утврђује и води политику државе у оквиру Устава и закона и других општих аката Скупштине. С друге стране, Влада извршава законе и друге опште акте Скупштине, доносећи опште и појединачне правне акте и предузимајући друге мере.²³

Државна управа има такав положај да представља део извршне државне власти који врши управне послове. Управну власт у класичном смислу чине, поред државне управе, још и органи и организације тзв. недржавне управе (јавне службе и локална управа).²⁴

Организациону (општу – екстерну) структуру државне управе чине органи и организације,²⁵ које се деле на: (1) *органа* државне управе, где спадају: *министарства, органи управе у саставу министарстава* и (2) *посебне организације*.²⁶ Наведени органи и организације државне управе чине државну управу у организационом смислу. Из тога следи да агенције нису део система државне управе. Оне нису посебно организационо издвојене у спољној срганизационој структури државне управе, нити су смештени унутар система посебних (управних) организација.

Поједини послови државне управе законом се могу поверити аутономним покрајинама, општинама, градовима и граду Београду, јавним предузећима, установама, јавним агенцијама и другим организацијама. Све се ове организационе форме јединствено зову - организације којима су поверена јавна овлашћења.

²³ Закон о Влади (“Сл. гласник РС”, бр. 55/2005, 71/2005 - испр., 101/2007, 65/2008, 16/2011, 68/2012 - одлука УС и 72/2012).

²⁴ Законом о државној управи (2010) се органи државне управе образују и одређује им се делокруг. Поједини послови (по правилу, сви сем “нормативне” управне функције) државне управе законом (не и другим правним актом) се могу *поверити* аутономним покрајинама, општинама, градовима и граду Београду, јавним предузећима, установама, јавним агенцијама и другим организацијама. Наведени јавноправни колективитети, према томе, могу бити носиоци *јавних овлашћења*.

²⁵ Иако се у теорији управног права прави разлика између органа и организација, законодавац ту разлику не чини и користи генусни појам орган државне управе за обе организационе форме. Органи државне управе образују се законом којим се одређује и њихов делокруг.

²⁶ Посебне организације су се раније звале управне организације, који назив данас и даље важи као позитиван законски термин у многим државним управним системима. *Закон о државној управи* (“Сл. гласник РС”, бр. 79/2005, 101/2007 и 95/2010).

2.2. Органи државне управе

1. **Министарства.** Законом о министарствима²⁷ образују се министарства и посебне организације и утврђује њихов делокруг.²⁸ Министарство се образује за послове државне управе у једној или више међусобно повезаних области. Министарства су:

- 1) Министарство унутрашњих послова;
- 2) Министарство финансија и привреде;
- 3) Министарство спољних послова;
- 4) Министарство одбране;
- 5) Министарство регионалног развоја и локалне самоуправе;
- 6) Министарство саобраћаја;
- 7) Министарство грађевинарства и урбанизма;
- 8) Министарство правде и државне управе;
- 9) Министарство пољопривреде, шумарства и водопривреде;
- 10) Министарство просвете, науке и технолошког развоја;
- 11) Министарство здравља;
- 12) Министарство енергетике, развоја и заштите животне средине;
- 13) Министарство културе и информисања;
- 14) Министарство природних ресурса, рударства и просторног планирања;
- 15) Министарство рада, запошљавања и социјалне политике;
- 16) Министарство омладине и спорта;
- 17) Министарство спољне и унутрашње трговине и телекомуникација.

Доношењем *Закона о министарствима* (2012) наставила су рад следећа министарства: 1) Министарство спољних послова; 2) Министарство одбране; 3) Министарство унутрашњих послова; 4) Министарство омладине и спорта и 5) Министарство здравља. Истовремено почела су са радом у законом утврђеном делокругу пет нових министарства: 1) Министарство регионалног развоја и локалне самоуправе; 2) Министарство саобраћаја; 3) Министарство грађевинарства и урбанизма; 4) Министарство енергетике, развоја и заштите животне средине; и 5) Министарство спољне и унутрашње трговине и телекомуникација.²⁹

²⁷ *Закон о министарствима*, ("Сл. гласник РС", бр. 72/2012). Даном ступања на снагу овог закона престао је да важи *Закон о министарствима* ("Службени гласник РС", број 16/11). Новим Законом о министарствима (2012) извршене су значајне промене јер су нека министарства престала да раде, а нека су наставила са радом, у складу са делокругом утврђеним овим законом, али им је промењено име те су им додати и одговарајући послови, и на крају, нека (нова) почињу да раде према положају и делокругу који је утврђен овим законом.

²⁸ Посебне организације могу се образовати и њихов делокруг може се утврдити и посебним законом.

²⁹ Доношењем новог *Закона о министарствима* престала су са радом следећа министарства: 1) Министарство економије и регионалног развоја; 2) Министарство за

1. *Министар* руководи министарством, представља министарство, доноси прописе и решења у управним и другим појединачним стварима и одлучује о другим питањима из делокруга министарства. Одговора Влади и Скупштини за рад министарства и стање у свим областима из делокруга *министарства*.

2. *Државни секретар* помаже министру у оквиру овлашћења која му он одреди.³⁰ Министарство може да има једног или више државних секретара, који за свој рад одговарају министру и Влади. Он има статус функционера кога поставља и разрешава Влада на предлог министра и његова дужност престаје с престанком дужности министра.

3. *Помоћник министра* руководи заокруженом облашћу рада министарства за коју се образује сектор. Помоћника министра је државни службеник кога поставља Влада на пет година, на предлог министра и за свој рад одговара министру.

4. *Секретар министарства* је државни службеник, који помаже министру у управљању кадровским, финансијским, информатичким и другим питањима и у усклађивању рада унутрашњих јединица министарства и сарађује са другим органима. Секретара министарства поставља Влада на пет година, на предлог министра, коме он и одговара.

5. *Посебни саветници министра*. Министар може именовати највише три посебна саветника.³¹ Посебни саветник министра по налогу министра припрема предлоге, сачињава мишљења и врши друге послове за министра. Права и обавезе посебног саветника министра уређују се уговором, према општим правилима грађанског права, а накнада за рад према мерилима која одреди Влада.

2. **Органи управе у саставу министарстава.** Министарство структурално може да има један или више органа управе у свом саставу. Орган у саставу као факултативни орган, образује се за извршне односно инспекцијске и с њима повезане стручне послове, ако њихова природа или обим захтевају већу самосталност од оне коју има сектор у министарству. Послове из свога

инфраструктуру и енергетику; 3) Министарство за људска и мањинска права, државну управу и локалну самоуправу; 4) Министарство за Косово и Метохију и 5) Министарство вера и дијаспоре. За обављање послова у вези са питањима од значаја за Аутономну покрајину Косово и Метохија, људска и мањинска права, цркве и верске заједнице и дијаспору Влада ће основати посебне службе.

30 Министар не може овластити државног секретара за доношење прописа, нити за гласање на седницама Владе. Кад министарство има више државних секретара, министар писмено овлашћује једног од њих да га *замене* док је одсутан или спречен.

31 Број посебних саветника министра одређује се актом Владе за свако министарство.

делокруга орган у саставу врши самостално и може стећи својство правног лица.³² Министар представља орган у саставу пред Владом и Скупштином.³³

Органи у саставу могу бити (врсте): *управе, инспекторати и дирекције*. Управа се образује за извршне и с њима повезане инспекцијске и стручне послове, инспекторат за инспекцијске и с њима повезане стручне послове, а дирекција за стручне и с њима повезане извршне послове који се, по правилу, односе на привреду.

Органом у саставу руководи *директор*, који за свој рад одговара министру. Он решава у управним стварима из делокруга органа и одлучује о правима и дужностима запослених. Директор је државни службеник кога поставља Влада на пет година, на предлог министра.

С обзиром на природу и обим послова, орган у саставу може имати једног или више помоћника директора,³⁴ који руководе пословима у једној или више међусобно повезаних области рада органа.

3. Посебне организације. Посебна организација образује се за стручне и с њима повезане извршне послове чија природа захтева већу самосталност од органа у саставу и може стећи својство правног лица у складу са законом.

Врсте посебних организација су *секретаријати, заводи, дирекције и центри*.³⁵ Секретаријат се образује за стручне послове значајне за све органе државне управе и с њима повезане извршне послове, а завод за стручне послове који изискују примену посебних метода и сазнања и с њима повезане извршне послове. Посебне организације³⁶ су:

- 1) Републички **секретаријат** за законодавство;
- 2) Републичка **дирекција** за робне резерве;
- 3) Републички **завод** за статистику;
- 4) Републички хидрометеоролошки завод;
- 5) Републички геодетски завод;
- 6) Републичка дирекција за имовину Републике Србије;
- 7) **Центар** за разминирање;
- 8) Завод за интелектуалну својину;

32 Министар усмерава рад органа у саставу и доноси прописе из његовог делокруга.

33 Овлашћења према органима државне управе, кад се односе на орган у саставу, Влада и Народна скупштина остварују преко министарства у чијем саставу је орган.

34 Помоћник директора је државни службеник кога поставља Влада на пет година, на предлог министра а са свој рад одговара директору и министру.

35 Међутим, закон допушта да се могу образовати посебне организације и са друкчијим називом.

36 Раније су се звале управне организације. Овај се израз сачувао у управним системима суседних држава, нпр. Република Српска и др.

9) Завод за социјално осигурање.³⁷

Посебном организацијом руководи *директор*, који је државни службеник и одговара Влади. *Директора* поставља Влада на пет година, на предлог председника Владе. Посебна организација може имати *заменика директора* и једног или више *помоћника директора* (државни службеници) који помажу, одговарају директору. Заменик директора замењује га у случају одсутаности или спречености.³⁸ Помоћника директора руководи заокруженом облашћу рада посебне организације за коју се образује сектор.

2.3. Управни окрузи

Управни округ образује се ради вршења послова државне управе изван седишта органа државне управе. Управне округе образује Влада *уредбом*, којом одређује и његово подручје и седиште, као и услове под којима органи могу образовати подручне јединице за два или више управна округа, једну или више општина, град или аутономну покрајину.³⁹

У управном округу органи државне управе могу, по сопственој одлуци, да врше један или више законом одређених послова државне управе, као што су: (1) решавање у управним стварима у првом степену односно о жалби кад су у првом степену решавали имаоци јавних овлашћења, (2) вршење (управног) надзора над радом ималаца јавних овлашћења и (3) инспекцијски надзор.

Орган државне управе који у управном округу врши један или више послова државне управе образује своју окружну подручну јединицу (актом о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места).

Управни округ има *начелника* (државни службеник) који за свој рад одговара министру надлежном за послове управе и Влади. Њега поставља Влада на пет година, на предлог министра надлежног за послове управе.⁴⁰ У управном округу постоји *стручна служба*, која пружа стручну и техничку потпору начелнику и врши послове заједничке свим окружним подручним јединицама

³⁷ У вези са посебним организацијама, не постоје, апсолутно, никакве измене или допуне, осим промене органа (министарстава) који врши надзор над њиховим радом, која је узрокована новим надлежностима министарстава.

³⁸ Директор не може овластити заменика на доношење прописа. Заменика поставља Влада на пет година, на предлог директора, према закону о државним службеницима.

³⁹ Влада је дужна да подручје управног округа тако одреди да оно омогући рационалан и делотворан рад окружних подручних јединица органа државне управе.

⁴⁰ Начелник усклађује рад окружних подручних јединица и прати примену директива и инструкција које су им издате; прати остваривање планова рада подручних јединица и стара се о условима за њихов рад; прати рад запослених у подручним јединицама и предлаже покретање дисциплинског поступка; сарађује са подручним јединицама органа државне управе које нису образоване за подручје округа; сарађује са општинама и градовима и врши друге послове одређене законом.

органа државне управе. Службом административног округа руководи начелник округа, који одлучује и о правима и дужностима запослених.

Министарство надлежно за послове управе надзире сврсисходност рада стручне службе округа, прати оспособљеност запослених у њој и издаје јој инструкције. На стручну службу округа примењују се прописи о државној управи.

Управни округ има *Савет*, који усклађује односе окружних подручних јединица органа државне управе и општина и градова са подручја округа и даје предлоге за побољшање рада округа и окружних и других подручних јединица које органи имају на подручју округа.⁴¹ Савет чине начелник управног округа и председници општина и градоначелници градова са подручја округа. Начелник је дужан да све предлоге Савета проследи министру надлежном за послове управе и руководиоцима органа државне управе који имају подручне јединице на подручју округа.

2.4. Унутрашња организација државне управе

1. Правни основ. Успостављање унутрашње организационе структуре је сложен посао који обухвата низ разноврсних активности. Унутрашња организација државне управе представља тзв. “микроорганизацију”, која се начелно уређује актом о унутрашњем уређењу и систематизацији радних места од стране Владе. Унутрашње уређење и систематизација радних места у органима државне управе заснивају се на начелима која одређује Влада *Уредбом о начелима за унутрашње уређење и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама владе.*⁴²

Уредба садржи принципе као руководна начела на основу којих треба извршити унутрашње устројство сваког органа државне управе, односно посебне организације. Начела за унутрашњу организацију и систематизацију радних места захтевају да унутрашње уређење и систематизација радних места морају:

- 1) да се заснивају на делокругу органа и радним процесима у њему;
- 2) да буду прилагођени целини послова органа;
- 3) да обезбеде делотворан и складан рад органа и делотворан надзор над радом унутар органа;
- 4) да обезбеде брзо и делотворно остваривање права и правних интереса странака;
- 5) да омогуће груписање истоверсних или сродних и међусобно повезаних послова у одговарајуће унутрашње јединице у органу;

41 Начин рада Савета управног округа одређује Влада уредбом.

42 *Уредба о начелима за унутрашње уређење и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама владе* (“Сл. гласник РС”, бр. 81/2007- пречишћен текст, 69/2008 и 98/2012).

б) да обезбеде јавност рада органа.

На основу ове Уредбе о начелима сваки орган државне управе доноси свој појединачни акт о унутрашњем уређењу и систематизацији радних - *Правилник о унутрашњој организацији и систематизацији радних места* Правилник доноси сваки поједини орган државне управе, односно старешина органа. Правилник је општи правни и интерни акт (управни пропис), који се састоји од дела којим се прописује унутрашње уређење органа и дела којим се прописује систематизација радних места у органу.⁴³

Руководилац органа државне управе може да издаје *директиве* којима одређује начин рада, поступања и понашања запослених у органу. Међутим, директивом се не може одређивати начин поступања и решавања у управној ствари. Ова процесна материја је регулисана Законом о општем управном поступку и не може га директива дерогирати.

Правилником о унутрашњој организацији и систематизацији радних места се утврђују *унутрашња организација* (унутрашње организационе јединице, њихов делокруг и међусобни однос; начин руковођења, овлашћења и одговорност за рад јединица и сарадња са другим органима и организацијама) и *систематизација радних места* (број државних секретара и државних службеника који раде на положају и опис њихових послова; број радних места по сваком звању - за државне службенике и свакој врсти радних места - за намештенике; називе радних места, описе послова радних места и звања - за државне службенике, односно врсте - за намештенике; потребан број државних службеника и намештеника за свако радно место и услове за запослење на сваком радном месту).

2. Врсте унутрашњих (организационих) јединица. Унутрашње јединице образују се као *основне, посебне* и *уже унутрашње јединице*. Основна унутрашња јединица је *сектор*, који се образује да би вршио послове који представљају заокружену област рада у министарству, посебној организацији, Генералном секретаријату Владе и Управи за заједничке послове републичких органа.⁴⁴ Ако се у органу или у органу у саставу не образује сектор, могу да се образују одељења, одсеци и групе. Сектором руководи помоћник руководиоца (министра), односно помоћник директора органа.

Посебне унутрашње јединице су: *секретаријат, кабинет министра* и *Генералштаб Војске Србије* (Министарство одбране). *Секретаријат* може да се образује само у министарству - да би вршио послове који су везани за кадровска, финансијска и информатичка питања, усклађивање рада унутрашњих

⁴³ *Правилник* у министарству и органу у саставу, доноси министар, у посебној организацији - директор, а у стручној служби управног округа - начелник управног округа.

⁴⁴ Сектор може да се образује и у органу у саставу ако то налажу природа и обим његових послова, а у служби Владе ако је уредбом којом је она основана прописано да њен директор има помоћника или више њих.

јединица и сарадњу с другим органима. Он може да врши послове и за орган у саставу. Секретаријатом руководи секретар министарства.⁴⁵ *Кабинет министра* образује се да би вршио саветодавне и протоколарне послове, послове за односе с јавношћу и административно-техничке послове за министра.⁴⁶ Радни однос у кабинету заснива се на одређено време - најдуже док траје дужност министра. Изузетак су посебни саветници министра, који уопште не заснивају радни однос. Кабинетом руководи шеф кабинета, који за свој рад и рад кабинета одговара министру.

Уже унутрашње јединице су: *одељење, одсек и група*.⁴⁷ Одељење, одсек и група могу да се образују у саставу основних и посебних унутрашњих јединица, и то: у сектору или секретаријату или изван њих да би вршили послове из појединих области рада које нису у делокругу сектора или ако то налажу посебни прописи или да би пружали подршку спровођењу пројеката. У кабинетима председника и потпредседника Владе и у стручним службама управних округа могу да се образују једино одељења, одсеци и групе а изузетно, ако природа и обим послова налажу, и више одсека и група, а у одсеку - више група.

Одељење се образује да би вршило међусобно повезане послове на којима ради најмање осморо државних службеника или намештеника или и једних и других заједно. Одсек се образује да би вршио међусобно сродне послове који захтевају непосредну повезаност и организациону посебност и најмање петоро државних службеника или намештеника или и једних и других заједно. Група се образује да би вршила међусобно повезане послове на којима ради најмање троје државних службеника или намештеника или и једних и других заједно. Одељењем руководи начелник одељења, одсеком руководи шеф одсека, а групом руководи руководилац групе.

Правилником могу да се образују окружне подручне јединице и друге подручне јединице да би вршиле послове из делокруга органа ван његовог седишта, према Уредби о управним окрузима. У подручној јединици могу да се образују одељења, одсеци и групе.

За расправљање о *појединим питањима* из делокруга органа државне управе могу се основати радне групе и стручне комисије, које оснива старешина органа *самостално* или уз сагласност Владе. Групе које се оснивају посебним

45 Руководиоци обављају најсложеније послове из делокруга организационе јединице којом руководе. Они организују, обједињују и усмеравају рад тих јединица, односно запослених у њима, одговарају за благовремено, законито и правилно обављање послова из делокруга организационе јединице којом руководе, одговарају за кориштење финансијских, материјалних и људских ресурса организационе јединице, пружају неопходну стручну помоћ.

46 Ако министар истовремено обавља и функцију потпредседника Владе не образује се кабинет министра.

47 Ужа унутрашња јединица не мора да се образује под називом одељење, одсек или група, већ јој орган може дати друкчији, посебан назив који боље одражава његов делокруг.

актима су: Координационо тело, Пројектна група, Заједничко тело и Посебна радна група.⁴⁸

Predrag Dimitrijević, LL.D.

Fulltime Professor Faculty of Law,

University of Niš

ORGANIZATION OF STATE ADMINISTRATION IN SERBIA

Summary

Effectiveness of the administrative system as a whole depends on the quality of its organization. The Organizational structure reflects functional dynamic of the public administration. On the other hand, functional requirements of efficiency and effectiveness of the administrative system determine organizational forms. The scope, character and nature of administrative actions require optimal and coordinated external (macro-organization) and internal (micro-organization) organizational structure, which will allow optimal functioning of an administrative system. Therefore, the organizational structure is not immutable category, because tasks and roles, activities and goals, are changing in the same government system and sometimes even the whole system, so it is necessary to change the administrative organization. Administrative organization is systemic (external and internal) open dynamic structure of state government agencies and other bodies and organizations with public (administrative) powers prescribed in the course of lawful relationships of dynamic interaction, based on the hierarchy or coordination, depending on the nature and objectives of administrative tasks.

Current organization of the state administration has not been made according to the principles of modern management. It is a result of the political spoils system, and reflects the need for political control of the administrative departments. It lacks functional analysis and expert approach.

Key words: *organization, state government, ministries, public administration, administrative districts.*

⁴⁸ Уредба о начелима за унутрашње уређење и систематизацију радних места у министарствима, посебним организацијама и службама владе ("Сл. гласник РС", бр. 81/2007- пречишћен текст, 69/2008 и 98/2012).

ОБЛИЦИ ИСПОЉАВАЊА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА¹

Апстракт: Кршењем правила међународног хуманитарног права за време рата или оружаног сукоба долази до извршења међународних кривичних дела за чије је учиниоце, у првом реду, надлежан међународни кривични суд (војни или цивилни, стални или *ad hoc*). У процесу извршења међународних кривичних дела је могуће испољавање више фаза (стадијума). Поред тога, ради се о таквим кривичним делима који су ретко резултат предузимања радње само једног лица. Напротив, овде се у великом броју случајева јавља саучесништво као облик колективног учешћа више лица у извршењу једног или више међународних кривичних дела. Све су то разлози који представљају основ специфичног вида кривичне одговорности учинилаца за међународна кривична дела.

Кључне речи: међународно право, кривично дело, стадијуми, саучесништво, одговорност, казна.

СТАДИЈУМИ ИЗВРШЕЊА МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ДЕЛА

У процесу остварења последице међународног кривичног дела могуће је постојање више стадијума. Тако се разликују следећи стадијуми²: 1) доношење одлуке, 2) припремање кривичног дела, 3) покушај кривичног дела и 4) свршено кривично дело³. Доношење одлуке да се изврши међународно кривично дело је први обавезни стадијум у извршењу међународног кривичног дела. Нема кривичног дела ове врсте без претходно умишљајно донете одлуке, често

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

² Б.Петровић, Д.Јовашевић, Међународно кривично право, Сарајево, 2010. године, стр.154-158.

³ В.Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, Београд, 2003. године, стр.55-57.

читавог плана или организоване завере. Овај се стадијум састоји у мисаоним, свесним и вољним, психолошким делатностима учиниоца дела које претходе донетој одлуци да се изврши одређено кривично дело, са којим лицима, на који начин, којим средствима, на ком месту и у које време.

Припремне радње⁴ су могући, необавезни стадијум у извршењу међународног кривичног дела. Њима се стварају услови и претпоставке да се уопште приступи извршењу међународног кривичног дела или пак да се ово дело изврши лакше, брже или ефикасније. Међу овим радњама разликују се: 1) набављање или оспособљавање средстава за извршење дела, 2) отклањање препрека за извршење дела, 3) договарање, планирање или организовање са другим лицима извршења дела или 4) на било који други начин доприношење извршењу кривичног дела (како то изричито наводи одредба члана 25. став 3. Римског Статута).

Покушај кривичног дела (недовршено дело)⁵ је следећи могући, али необавезни стадијум у извршењу међународног кривичног дела. Када учинилац донесе одлуке, и са или без претходно предузетих припремних радњи, приступи радњи извршења, тада су могућа два резултата: а) остварење последице намераваног међународног кривичног дела или б) изостанак те последице. У случају умишљајног започињања радње извршења кривичног дела (то је делатност која је изричито унета у опис бића таквог кривичног дела као његов елеманат бића) без наступања последице постоји покушај или несвршено кривично дело⁶. Према одредби члана 25. став 3. тачка ф. Римског Статута покушај међународног злочина постоји ако је кривично дело започето радњом извршења (остварењем њеног саставног дела), али се само дело злочина није догодило услед околности независних од намере учиниоца⁷.

Значи појам покушаја одређују три елемента: а) умишљај учиниоца (претходно донета одлука да се приступи извршењу неког међународног кривичног дела), б) започињање радње извршења (предузимање делатности, једне или више која је прописом одређена као радња извршења неког међународног кривичног дела) и в) изостанак последице дела или недовршење дела независно од воље учиниоца. За покушај међународног кривичног дела се кажњава. Свршено кривично дело постоји када је услед предузете радње извршења последица наступила у виду повреде или угрожавања заштићеног

4 Б. Петровић, Д. Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године, стр.173-175.

5 Још је Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године прописала кажњивост за покушај извршења геноцида.

6 Д. Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010. године, стр.157-159.

7 И. Јосиповић, Д. Крапац, П. Новоселец, Стални међународни казнени суд, Загреб, 2001. године, стр. 228.

добра или вредности. Последица кривичног дела може да наступи у већем или мањем обиму. Од обима и интензитета проузроковане последице, зависи и интензитет друштвене опасности учињеног међународног кривичног дела, а тиме и тежина (врста и висина) изречене казне.

Поред покушаја као делимичног остварења међународног кривичног дела, Римски Статут познаје и институт добровољног одустанка⁸ (члан 25. став 3. тачка ф.) који је унет на предлог јапанске делегације у Риму. Овај институт постоји када учинилац започне радњу извршења кривичног дела, али одустане од намере да изврши злочин или пак на други начин спречи извршење тог злочина⁹. Овде се, дакле, разликују две ситуације: а) одустанак од намере (одлуке) да се изврши започето кривично дело - одустанак од припремних радњи или несвршеног покушаја и б) спречавање извршења кривичног дела, односно спречавање да последица кривичног дела наступи или њено отклањање – добровољни одустанак од свршеног покушаја када је радња извршења остварена у потпуности.

За постојање овог важног института општег дела међународног кривичног права битно је да се ради о одустанку учиниоца који испуњава одређене услове: 1) да је одустанак добровољан (резултат слободно донете одлуке учиниоца без обзира на мотиве такве одлуке) и 2) да је одустанак коначан (да је трајан и потпун). У случају испуњења ова два кумулативно постављена услова овакво лице се не може казнити за покушај извршења међународног кривичног дела, што значи да се добровољни одустанак сматра као општи основ за ослобођење од казне таквог лица. На тај начин се жели подстаћи учинилац најтежих кривичних дела да размишља о одустанку од истог, дакле да спречи наступање последице.

СТИЦАЈ МЕЂУНАРОДНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

У међународном кривичном праву је правило да једно лице (учинилац) са једном или више радњи оствари последицу једног међународног кривичног дела. То је јединствено међународно кривично дело. Но, чести су случајеви да једно лице (учинилац) са једном или са више радњи проузрокује више последица међународних кривичних дела, односно више таквих кривичних дела. Ако се за сва та извршена међународна кривична дела води један кривични поступак пред једним судским већем и доноси једна пресуда у којој се изриче једна главна (кумулативна) казна, тада постоји стицај међународних кривичних дела¹⁰. Ако је више међународних кривичних дела проузроковано једном радњом извршења, тада постоји идеални стицај. Када је више међународних кривичних

⁸ Д. Јовашевић, Међународно кривично право, Ниш, 2011. године, стр.56.

⁹ Д.Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, оп.цит. стр.159.

¹⁰ А.Cassese, Међународно кривично право, Београд, 2005. године, стр.246-253.

дела извршено са више предузетих радњи, у истим или различитим временским периодима, на истом или различитим местима, тада постоји реални стицај¹¹.

Поред ове поделе стицаја, разикују се и: а) хомогени и б) хетерогени стицај. Када је учинилац са једном или са више радњи проузроковано више истих међународних кривичних дела (истоврсних или истородних) тада се ради о хомогеном стицају. Насупрот њему, хетерогени стицај постоји када је са једном или више радњи проузроковано више различитих међународних кривичних дела¹². У међународном кривичном праву бројне су ситуације у којима једно или више лица (у ком случају постоји саучесништво) учини више кривичних дела на истом или различитим местима, у исто или различито време. То значи да за време трајања рата, оружаног сукоба или окупације постоји реална могућност извршења више кривичних дела од стране истог лица при чему се за сва та кривична дела води један кривични поступак пред једним судом и изриче једна казна.

Из досадашње праксе Хашког трибунала¹³ произилази да је судско веће у великом броју случајева утврдило да је одређено лице (оптужени) учествовало као извршилац (непосредни, посредни или саизвршилац) или као саучесник (у било ком облику и виду учешћа у колективном извршењу кривичних дела) у вршењу већег броја међународних кривичних дела, односно да је у истом догађају извршило више повреда Статута. У таквим случајевима је примењивано кумулативно оптужење које је оправдавано чињеницом да пре извођења доказа (на главном претррсу) није било могуће утврдити са сигурношћу да ли ће све или само неке оптужбе бити заиста и доказане.

Нешто је сложеније питање да ли су дозвољене кумулативне осуде, односно осуде за више кривичних дела из надлежности Хашког трибунала, а поводом истог криминалног поступања оптуженог. У погледу ове дилеме у пракси Хашког трибунала је истакнуто да су кумулативне осуде изречене на основу различитих одредби Статута (значи у случају утврђивања извршења

11 Д.Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2010. године, стр.164-169.

12 Критеријуми за правну квалификацију понашања неког лица које једном својом радном истовремено или сукцесивно повреди више правила међународног хуманитарног права чиме изврши више међународних кривичних дела се различито схватају у литератури. У земљама англосаксонског правног подручја користи се Блокбургеров тест (према одлуци Врховног суда САД из 1932. године који је 1996. године потврђен у случају Ратлиц), док се у земљама континенталног правног подручја примењује начело "релативног специјалитета". Наиме, вишеструке кривичне казне на основу разних законских одредаба, али које су засноване на истој радњи учиниоца, дозвољене су само ако се свака од тих одредаба односи на материјални елеменат који није садржан у другом делу. Материјални елеменат је различит од другог у случају ако се захтева доказивање чињеницама које се не траже за друго. (А.Cassese, Међународно кривично право, оп.цит. стр. 248-249).

13 Б. Иванишевић, Г. Илић, Т. Вишњић, В. Јањић, Водич кроз Хашки трибунал, Београд, 2007. године, стр. 181-187.

више кривичних дела предвиђених у овом Статуту), а поводом истог поступања оптуженог дозвољене само ако се у конкретном случају ради о различитим кривичним делима која нису обухваћена неким другим кривичним делом (односно када свака од одредби Статута садржи материјално различит правни елемент који није садржан у другој релевантној одредби Статута у ком случају би постојао привидни стицај).

Тако кумулативне осуде нису дозвољене ако су испуњени услови у конкретном случају за постојање кривичних дела: тешког кршења Женевских конвенција (члан 2. Статута) и кршења закона и обичаја рата (члан 3. Статута) јер тада постоји привидни стицај. У том случају постоји теже кривично дело, а то је тешко кршење Женевских конвенција¹⁴. Насупрот томе, дозвољено је постојање стицаја (дакле и кумулативне осуде) у случају извршења злочина против човечности (члан 5. Статута) и тешког кршења Женевских конвенција (члан 2. Статута). На сличан начин стицај кривичних дела постоји и у случају извршења злочина против човечности (члан 5. Статута) и кршења закона и обичаја рата (члан 3. Статута). И коначно, у пракси Хашког трибунала се искристалисало схватање да може постојати стицај кривичних дела геноцида (члан 4. Статута) и злочина против човечности (члан 5. Статута).

Када судско веће у конкретном случају утврди постојање стицаја међународних кривичних дела, тада му стоје на располагању две могућности у погледу одлуке о казни. То су¹⁵: 1) да на основу претходно утврђених појединачних казни затвора за поједина међународна кривична дела системом кумулације изрекне јединствену казну затвора и 2) да изрекне одвојене казне затвора за свако појединачно утврђено међународно кривично дело. У том случају изречене казне затвора се могу издржавати на два начина: а) истовремено – у ком случају осуђени практично извршава само најтежу од изречених казни затвора, односно казну која је изречена за најтеже учињено међународно кривично дело и б) узастопно, сукцесивно – у ком случају осуђени после издржане једне казне затвора наставља са издржавањем друге изречене казне за друго међународно кривично дело у стицају.

Заправо избор начина одмеравања казне за међународна кривична дела у стицају од стране судског већа у конкретном случају, зависи од тога која казна (према оцени судског већа) треба да изрази свеукупност криминалног поступања оптуженог, односно тежину извршеног међународног кривичног дела и степен кривице (кривичне одговорности) учиниоца таквог дела. Римски статут сталног Међународног кривичног суда у члану 78. предвиђа случај одмеравања казне за дела учињена у стицају. Према овом решењу када је неко лице оптужено за више злочина (међународних кривичних дела) суд изриче казну за сваки

14 Б.Петровић, Д.Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр.156-158.

15 Д.Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, оп.цит. стр.160-161.

поједини злочин, (прва фаза), а потом изриче јединствену казну (друга фаза) која не сме да пређе тридесет година затвора или под посебним условима казну доживотног затвора.¹⁶

САУЧЕСНИШТВО У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ДЕЛУ

У остварењу кривичног дела (у припремним радњама, покушају или извршењу кривичног дела у потпуности) може да учествују једно лице (извршилац) или више лица. У случају учешћа више лица у процесу остварења кривичног дела, постоји институт саучесништва као облик колективног извршења кривичног дела. Сви учесници у заједничкој криминалној радњи носе исту кривичну одговорност ако су испуњена два услова. То су¹⁷: 1) да више лица учествује у радњи, истој или различитој, без обзира на свој положај и величину свог доприноса оствареном резултату и 2) сва лица намеравају (свесна су и поступају са вољом) да учествују у заједничкој криминалној радњи¹⁸.

Управо када се ради о међународном кривичном делу у највећем броју случајева се и ради о учешћу већег броја лица, читаве групе, организације, па чак и целих држава у извршењу једног или већег броја кривичних дела¹⁹. То је и логично јер се међународна кривична дела врше колективно и систематски у дужем временском периоду, од стране више лица, најчешће као резултат претходно или накнадно заједнички донете одлуке, плана или циља. Наиме, у прво време настајања и развоја међународног кривичног права широко је прихваћено схватање о јединственом појму учиниоца међународних кривичних дела. Наиме, сва лица која су на било који начин, било којом својом радњом и у било којој мери каузално допринели извршењу кривичног дела, сматрани су извршиоцима²⁰. У правној теорији и савременом кривичном законодавству постоји више облика саучесништва. Тако се разликују²¹:

1. подстрекавање - умишљајно подстицање, утицање на вољу других лица у правцу изазивања или учвршћења одлуке да изврше неко од кривичних дела против човечности или међународног права. Оно нужно не подразумева хијерархијски однос подстрекача и непосредног извршиоца (подстрекнутог лица). То је једноставно предузимање свих психолошких или физичких корака

16 В.Ђ.Деган, Б.Павишић, Међународно казнено право, Ријека, 2005. године, стр.472-473.

17 Д.Јовашевић, Кривично право, Општи део, оп.цит. стр. 173-183.

18 А. Cassese, Међународно кривично право, оп.цит. стр.210-212.

19 N.R. Arriaza, Institutions of international justice, Journal of International Affairs, New York, broj 2/ 1999. godine, str. 473-491 .

20 В.Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр.57-58.

21 R. J. Goldstone, War Crimes Law Comes of Age, The American Journal of International Law, Washington, broj 2/2000. godine, str. 416-418.

којима је циљ да се друго лице (извршилац) наведе да изврши злочин уз постојање намере код подстрекача да се такав злочин заиста и изврши²²,

2. помагање – умишљајно доприношење, стварање услова или могућности другоме лицу (непосредном извршиоцу) да изврши једно или више кривичних дела против човечности или међународног права. Те се радње састоје у практичној помоћи, храбрењу, давању моралне подршке извршиоцу (инспиратору, налогодавцу или извршиоцу главног злочина) при чему таква помоћ или подршка морају да имају битан утицај на извршење злочина²³ и

3. организовање злочиначног удружења - стварање нове или искоришћавање постојеће организације: завере, банде, групе или другог удружења на основу злочиначног плана или плана криминалне делатности у циљу повезивања већег броја лица ради извршења неког од кривичних дела против човечности или међународног права. Овде се разликују три категорије саучесника: а) организатор, б) коловођа и в) члан удружења. Најзначајнији облик саучесништва²⁴ у овом облику је завера. То је групно кривично дело које се састоји из договора два или више лица да изврше међународно кривично дело. За заверу се кажњава чак и када намеравано кривично дело није извршено, нити је покушано. Њу карактеришу два елемента. То су: а) сазнање о чињеницама и околностима кривичног дела које група лица намерава да изврши и б) намера да се завера оствари тако што ће планирано кривично дело бити извршено.

1. Саучесништво у Статуту Међународног војног суда

Према Статуту Међународног војног суда²⁵ из 1946.године (и касније донетој Нирнбершкој пресуди) у члану 6. је изричито прописано да ће поред непосредног извршиоца за учињено међународно кривично дело одговарати и следећа лица: 1) вође, 2) организатори, 3) подстрекачи и 4) саучесници који су учествовали у састављању или извршењу неког заједничког плана или завере ради извршења било кога од следећих кривичних дела²⁶: а) злочина против мира, б) ратног злочина и в) злочина против човечности. То значи да је предузимање

22 Но, поред подстрекавања, у међународном кривичном праву се на посебан начин разматра и планирање извршења неког од међународних кривичних дела при чему се ова два појма разликују по природи и садржини. Тако планирање представља осмишљавање, саглашавање са другим и припремање за извршење злочина. Свако ко учествује у планирању међународних злочина, без обзира на ранг у хијерархији и ниво свог учествовања, кривично је одговоран. (A.Cassese, Међународно кривично право, оп.цит. стр.223-224).

23 А.Cassese, Међународно кривично право, оп.цит. стр.219-220.

24 Д. Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, оп.цит. стр.166-168.

25 P. CalvoCaressi, Nuremberg: the facts and the consequences, London, 1947. godine, str. 78-96.

26 Б.Петровић, Д.Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр.159-161.

саучесничке радње у потпуности изједначено са радњом извршења кривичног дела.

Касније донета Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида из 1948. године у члану 3. такође регулише питање кажњавања за непосредно или јавно подстицање на вршење геноцида или саучесиштво у геноциду.

2. Саучесништво у Закону број 10. Контролног савета за Немачку

И члан 2. тачка 2. немачког Закона број 10. Контролног савета за кажњавање лица одговорних за ратне злочине, злочине против мира и злочине против човечности предвиђа кривичну одговорност и кажњивост за ова кривична дела и у односу на лица која су саучесници (поред главног извршиоца) у извршењу сваког таквог злочина или која су наредила или подстицала или се пак сагласила са овим делима или су пак била повезана са плановима или радњама које су довеле до извршења таквог међународног кривичног дела или су била члан неке организације повезане са извршењем неког ратног злочина²⁷. Дакле, и овом се одредбом међународно правног карактера одређује изричито одговорност саучесника у виду подстрекача, помагача или организатора или члана злочиначке организације²⁸ ако се ради о извршењу или покушају извршења неког од међународних кривичних дела из надлежности овог органа²⁹.

3. Саучесништво у статутима *ad hoc* трибунала

Даље, Статут Хашког трибунала из 1993. године³⁰ у члану 7. став 1. изричито прописује кривичну одговорност и кажњивост за међународна кривична дела из његове надлежности и за лице које је планирало, иницирало, наредило, извршило или на други начин помогло или учествовало у планирању, припремању или извршењу злочина³¹. Одредбу сличне садржине у погледу

27 L.C.Green, War Crimes, crimes against humanity and command responsibility, Naval War College Review, Washington, broj 2/1997. godine, str. 26-68.

28 G.S. Yacoubian, Evaluating the efficacy of the international criminal tribunals for Rwanda and the former Yugoslavia, World Affairs, Washington, broj 3/2003. godine, str. 133-141.

29 M. Copithorne, The Law of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, The American Journal of International Law, Washingron, broj 2/1997. godine, str. 407-408.

30 J.E.Ackerman, E.O. Sullivan, Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia with selected Materials from International Criminal Tribunal for Rwanda, op.cit. str. 56-78

31 T. Meron, The case for War crimes trials in Yugoslavia, Foreign Affairs, New York, broj 3/1993. godine, str. 122-129.

кривичне одговорности и кажњивости саучесника познаје и Статут међународног кривичног трибунала за Руанду у члану 6. став 1³².

4. Саучесништво у Римском статуту

Римски статут Међународног кривичног суда³³ у члану 25. став 3. утврђује принцип индивидуалне кривичне одговорности за међународна кривична дела из његове надлежности, и то не само за непосредног извршиоца ових дела, већ и за следећа лица³⁴: 1) које лично изврши такав злочин (непосредни извршилац) или изврши злочин у сарадњи са другим лицем (саизвршилац) или преко другог лица без обзира да ли је то друго лице кривично одговорно (посредни извршилац), 2) које нареди, захтева или изазове чињење неког злочина, 3) помаже, подстиче или на други начин учествује у извршењу или покушају извршења оваквог међународног кривичног дела укључујући и обезбеђивање средстава за извршење тих дела, 4) на било који начин доприноси извршењу или покушају таквог злочина од стране групе лица са заједничким циљем и 5) које директно или јавно подстиче друга лица на извршење геноцида (ово је посебан облик саучесништва за геноцид који постоји независно од акцесорности што значи да овај облик постоји без обзира да ли је геноцид извршен или покушан, а који је усаглашен са чланом 3. тачка ц. Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида).

Дакле, Римски статут³⁵ прихвата дуалистичко схватање саучесништва које разликује: а) извршиоца који се може јавити у три облика и то као: 1) непосредни извршилац, 2) посредни извршилац и 3) саизвршилац и б) саучеснике (судионике) у ужем смислу. За ову другу групу учесника у процесу извршења међународног кривичног дела од важности је акцесорна (или зависна, монистичка) теорија њихове одговорности јер је за њихову кажњивост потребно да је кривично дело извршено или бар покушано³⁶. Ово дуалистичко схватање саучесништва ипак није доследно поштовано у Римском статуту јер је за све облике учешћа (суделовања) неког лица у процесу извршења међународног кривичног дела предвиђен исти казнени оквир (што значи да помагање није предвиђено као

32 G.S. Yacoubian, The efficacy of international criminal justice ; Evaluating the aftermath of the Rwandan genocide, World Affairs, Washington, broj 4/1999. godine, str. 186-192.

33 D.Robinson, Defining crimes against humanity at the Rome conference, The American Journal of International Law, Washington, broj 1/1999. godine, str. 43-57.

34 B.Broomhall, Developments in criminal law and criminal justice, Criminal Law Forum, Dordrecht, broj 2/1997. godine, str. 317-334.

35 М.Сјекавица, Стални међународни казнени суд, Правник, Загреб, број 1/2002. године, стр. 73-87.

36 Д.Јовашевић, Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, оп.цит. стр.167.

основ за блаже кажњавање, као што је то иначе случај у националним кривичним законодавствима).

ОДГОВОРНОСТ У МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ПРАВУ

1. Одговорност државе

У међународном кривичном праву данас је опште прихваћено начело индивидуалне (личне) кривичне одговорности³⁷ за учињено кривично дело којим се крше норме међународног права³⁸. Но, у теорији је остало спорно да ли за учињена међународна кривична дела треба да одговара и држава (као колективитет)³⁹. То питање изгледа оправдано јер се најчешће међународна кривична дела и врше за време рата, оружаног сукоба или окупације који се управо предузимају у име и за рачун неке државе. Стога се и разматра питање политичке и грађанске, а све више и кривичне одговорности државе за међународна кривична дела, поред одговорности појединаца.⁴⁰

Наиме, постојање политичке и грађанске одговорности државе произилази из незаконитог деловања њених органа⁴¹. Такође, свака држава у међународној заједници данас има одређене обавезе чије кршење повлачи за собом и одређени вид одговорности, односно кажњивости применом специфичних врста санкција као што су: накнада штете, економске санкције, међународна осуда, па чак и војна или хуманитарна интервенција и сл.⁴². Но, у правној теорији се истиче низ разлога који оправдавају увођење кривичне одговорности државе за међународна кривична дела⁴³. Тако се сматра да држава, као и лица која делују у њено име носе кривичну одговорност за тешке повреде међународног права које се с обзиром на њихову тежину, свирепост и ниподаштавање људског живота сврставају у категорију кривичних дела према општем схватању права просвећених држава. Стога се не може допустити да држава остане некажњена

37 N.A.Combs, *Guilty pleans in international criminal law*, Stanford, 2007. godine, str. 178-192.

38 M.Roggemann, *Интернационални казнени суд УН из 1993. године и злочини у балканском рату*, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, Сплит, број 1-2/1994. године, стр. 39-48.

39 М.Сершић, *Међународни злочини држава: посебна категорија протуправних чина*, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, број 6/1999. године, стр. 731-750.

40 N.Jorgensen, *The Responsibility of States for International Crimes*, Oxford, 2000. godine, str. 45-58.

41 М.Сершић, *Међународноправна одговорност држава*, Зборник Правног факултета у Загребу, Загреб, број 1/1999. године, стр. 5-22.

42 Y.Dinstein, M.Tabory, *War Crimes in International Law*, Hague, 1996. godine, str. 65-105.

43 А.Н.Трајнин, *Кривична одговорност хитлероваца*, Београд, 1948. године, стр.78-103.

за најтеже облике међународних злочина јер се у државе удружују појединци и на тај начин неизмерно повећавају могућности за наношење зла⁴⁴.

Такође се истиче да је логично и оправдано да поред појединаца за најтеже злочине којим се крше норме међународног права, као што су злочини против мира и злочини против човечности, треба да одговарају и државе. У противном не би могла да се оствари сврха кривичних санкција – односно циљеви репресије не би могли да буду остварени будући да у некажњеној држави постоји реална опасност од рецидивизма (поврата – поновљеног вршења таквих кривичних дела)⁴⁵. Коначно, као разлози који би оправдавали увођење кривичне одговорности државе за међународна кривична дела истиче се и чињеница да светски мир и безбедност човечанства уопште својим ставовима и активностима у првом реду угрожавају саме државе, а не појединци⁴⁶. То угрожавање мира произилази заправо из моћи државе, па мере којима се настоји спречити и сузбити криминалитет у међународним односима које би само погађале појединце, не би довеле до жељеног резултата⁴⁷.

И Конвенција о геноциду из 1948. године предвиђа како индивидуалну, тако и колективну – међународну одговорност државе. Но, овде се ипак не ради о грађанској или кривичној одговорности државе, већ о "отежаној" одговорности државе за геноцид. Спорови који се односе на одговорност државе за геноцид су према члану 9. Конвенције у надлежности Међународног суда правде у Хагу. На основу ове Конвенције је недавно вођен поступак по тужби Босне и Херцеговине против Србије и Црне Горе. Према одредбама пресуде из 2007. године⁴⁸ "Србија није извршила геноцид кршењем својих обавеза на основу Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, Србија није извршила дело удруживања ради извршења геноцида, нити је подстицала на извршење геноцида, Србија није била саучесник у геноциду кршењем својих обавеза на основу Конвенције, Србија је прекршила обавезу спречавања геноцида коју има на основу Конвенције у односу на геноцид који се десио у Сребеници јула 1995. године, Србија је прекршила своју обавезу на основу Конвенције пошто није изручила Ратка Младића, оптуженог за геноцид и саучесништво у геноциду ради суђења пред Међународним кривичним трибуналом за бившу Југославију, Србија је прекршила своју обавезу спровођења привремених мера које је суд

44 М.Марковић, Питање одговорности за злочине против човечности као повреде најбитнијих људских права, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 4/1968. године, стр.545-550.

45 Д.Радуловић, Међународно кривично право, Подгорица, 1999. године, стр. 91.

46 Љ.Јовановић, Кривична одговорност појединца у међународном праву, Преглед, Сарајево, број 1-2/1962. године, стр.67-85.

47 В.Василијевић, Међународни кривични суд, Београд, 1961. године, стр. 149.

48 Р.Стојановић, Србија пред Међународним судом правде, Књига 2, Београд, 2007. године, стр. 182-183.

наложио 8. августа и 13. септембра 1993. године будући да није предузела све мере у њеној моћи да спречи геноцид у Сребреници...".

Ипак, и поред бројних разлога који би оправдавали одговорност државе у међународном кривичном праву, ипак на данашњем степену развоја друштвене заједнице, такав облик одговорности није прихваћен. На основу старе римске максиме: *societas delinquere non potest*, прихваћено је схватање да правно лице – дакле држава, не може да буде субјект (учинилац) кривичног дела, па ни да буде кривично одговорна⁴⁹. Да би држава могла уопште да буде кривично одговорна, потребно је утврдити њену виност (кривицу) што је немогуће. Стога је чак и у Нирнбершкој пресуди прихваћено да су учиниоци међународних кривичних дела само људи, а не асптрактна бића где спада и држава⁵⁰. Овакво схватање је прихваћено и у свим статутима *ad hoc* кривичних трибунала, као и у Римском статуту.

2. Одговорност физичког лица

Кривична одговорност појединаца⁵¹, као физичких лица у међународном кривичном праву, представља скуп субјективних околности које одређују психичко стање учиниоца и његов психички однос према учињеном међународном кривичном делу. То су околности које ово лице карактеришу као урачунљиво и вино. Дакле, кривична одговорност и у међународном кривичном праву је састављена из три елемента (члан 25. став 1. Римског статута). То су: а) узраст од 18 година, б) урачунљивост и в) виност (кривица)⁵². Ови елементи кривичне одговорности се у сваком конкретном случају извршења међународног кривичног дела утврђују према времену предузимања радње извршења конкретног кривичног дела. Као такви, они представљају основу субјективне и личне кривичне одговорности. А та одговорност је претпоставка за примену казне према учиниоцу неког од међународних кривичних дела⁵³.

Римски статут даље у члану 27. прописује да се он примењује једнако на сва лица без разлике у њиховом службеном положају. Посебно, својство службеног лица, шефа државе или владе, члана владе или парламента, изабраног представника или владног службеника ниуком случају не изузима неко лице од кривичне одговорности, нити само по себи представља основ за блаже

49 P.N.Drost, *The Crime of State*, Leyden, 1950. godine, str. 288-294.

50 М.Бартош, *Међународно јавно право*, Београд, 1947. године, стр. 304-311.

51 С.Миленковић, *Социјалистичка доктрина и суверенитет појединца у међународном праву*, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, 1978. године, стр.219-225.

52 Љ.Лазаревић, *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2005. године, стр. 67-71.

53 Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, *Кривично право, Општи део*, Београд, 2003. године, стр. 154 и даље.

кажњавање. Стога ни имунитети, по основу националног или међународног права (сходно одредбама Бечке конвенције), не представљају сметњу да се успостави надлежност овог међународног кривичног суда⁵⁴.

ОСНОВИ ИСКЉУЧЕЊА КРИВИЧНЕ ОДГОВОРНОСТИ

Претпоставка за примену кривичне санкције према учиниоцу међународног кривичног дела јесте постојање његове кривичне одговорности у време предузимања радње извршења. Но, Римски статут⁵⁵ познаје и више околности (основа) које искључују постојање одговорности. Међу овим околностима се налазе и такве које се иначе у појединим националним кривичним законодавствима не сврставају у основе искључења кривичне одговорности, већ у основе искључења постојања кривичног дела уопште или пак представљају основе за ослобођење од казне⁵⁶. Римски статут предвиђа више основа искључења кривичне одговорности. Тако су у члану 31. предвиђени следећи основи: 1) неурачунљивост, 2) интоксикација, 3) нужна одбрана и 4) крајња нужда. Такође Римски статут⁵⁷ у члану 32. предвиђа стварну и правну заблуду као основе који искључују кривичну одговорност учиниоца међународног кривичног дела, док у члану 33. предвиђа још два основа ове врсте. То су: 1) наређење претпостављеног и 2) законски прописи.

У правној теорији се као основи искључења кривичне одговорности у међународном кривичном праву сматрају и: 1) мали значај дела (безначајно дело) јер се надлежност међународних кривичних судова успоставља само у случају тешких, озбиљних и дуготрајних кршења међународног хуманитарног права, 2) малолетство учиниоца међународног кривичног дела – у ком случају не могу да поступају међународни судски органи, али остаје могућност да у таквим случајевима малолетна лица буду изведена пред националне судске органе, 3) непрописаност дела у закону – где нема кажњивог дела, па ни међународног кривичног дела ако у време када је оно било извршено, није као такво прописано кривичим законом (у националном кривичном законодавству) или у међународном правном акту, 4) извршење кривичног дела по пристанку повређеног у случајевима извршења кривичног дела који међу својим елементима бића укључује и одсуство пристанка жртве (нпр. силовање, присиљан рад,

⁵⁴ В.Ђурђић, Д.Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр.59-63.

⁵⁵ Д.Деренчиновић, Инплементација материјално правних одредби Статута Међународног казненог суда (Римски статут) у хрватском казненом законодавству, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, број 2/2003. године, стр. 877-906.

⁵⁶ Д.Јовашевић, Кривично право, Општи део, оп.цит. стр. 67-69; Д.Јовашевић, Нужна одбрана и крајња нужда, Ниш, 2009. године, стр. 23-46.

⁵⁷ У.Есер, На путу ка Међународном казненом суду: настанак и темељне црте Римског статута, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, број 1/2003. године, стр. 133-163.

присилно премештање становништва) и 5) извршење кривичног дела под дејством принуде (у смислу стављања у изглед наступања тешке и неповратне последице као што је смрт или физичка повреда принуђеног лица без његове стварне могућности да се спречи последица дела⁵⁸.

Такође се као основи који искључују одговорност за међународно кривично дело истичу и следећи основи: 1) пристанак повређеног, 2) дипломатски имунитет, 3) војна потреба у оружаном сукобу, 4) законите репресалије – противмере и 5) *tu quoque* аргумент⁵⁹.

1. Неурачунљивост

Неурачунљивост је први основ искључења кривичне одговорности не само у међународном, већ и у националном кривичном праву. То значи да учинилац међународног кривичног дела у време предузимања радње извршења није био способан за расуђивање (неспособност схватања противправности свога дела) и није био способан за одлучивање услед постојања душевне болести или поремећаја који му онемогућавају да схвати незаконитост или природу свога понашања или да усклади своје понашање са законски прихватљивим понашањем.⁶⁰

То значи да неурачунљивост чине два основна елемента. То су: а) биолошки и б) психолошки елемент⁶¹. Биолошки елемент неурачунљивости чини душевна поремећеност, дакле неки од облика поремећења нормалног одвијања психичких процеса учиниоца међународног кривичног дела. Ова душевна поремећеност може да је јави као: а) трајно или привремено душевно обољење, б) привремена душевна поремећеност и в) заосталост душевног развоја. Психолошки елемент неурачунљивости чине две неспособности (немогућности). То су⁶²: а) неспособност за расуђивање – немоћност схватања стварног, правног и друштвеног значаја учињеног међународног кривичног дела или како је Римски статут назива "неспособност схватања противправности свога дела" и б) неспособност за одлучивање – немогућност управљања својим поступцима у сагласности са садржајима свести⁶³. Утврђивање ове немогућности се у кривичном поступку врши уз помоћ налаза и мишљења вештака судско психијатријске струке (члан 31. став 1. тачка а. Римског статута).

58 Б.Иванишевић, Г.Илић, Т.Вишњић, В.Јањић, Водич кроз Хашки трибунал, оп.цит. стр. 157-164.

59 В.Ђ.Деган, Б.Павишић, Међународно казнено право, оп.цит. стр. 468-470.

60 В.Ђурђић, Д.Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр.60-61.

61 Б.Петровић, Д.Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, оп.цит. стр.201-209.

62 J.Klotter, T.Edwards, Criminal Law, Cincinnati, 1996. godine, str. 38-41.

63 П.Новоселец, Опћи дио казног права, Загреб, 2004. године, стр.214.

На овом месту треба указати на чињеницу да, иако Римски статут у приличној мери разрађује основне појмове и институте општег дела међународног кривичног права, поред неурачуљивости и опијености, уопште не спомиње институт "битно смањене урачунљивости" (иначе познат у највећем броју савремених националних кривичних законодавства)⁶⁴. Битно смањена урачунљивост је такво психичко стање учиниоца у време предузимања радње извршења конкретног кривичног дела код кога услед неког од облика душевне поремећености долази до битног смањења (дакле не до искључења) способности за расуђивање или способности за одлучивање. То што Римски статут не познаје институт битно смањене урачунљивости не смета судском већу да ову околност у смислу "степен кривице" узима у обзир (цени) приликом одмеравања казне учиниоцу међународног кривичног дела као олакшавајућу околности у смислу члана 78. став 1. Римског статута (што је иначе и било присутно у досадашњој пракси Хашког трибунала).

2. Интоксикација

Други основ који искључује кривичну одговорност у међународном кривичном праву предвиђен је у одредби члана 31. став 1. тачка б. Римског статута. То је интоксикација или опијеност (у смислу постојања привремене душевне поремећености учиниоца која је изазвана на специфичан начин)⁶⁵. Овај основ постоји када је учинилац кривичног дела био у стању интоксикације - опијености (услед употребе алкохола, опојних дрога или на други начин) која уништава његову способност да препозна незаконитост или природу свога понашања или његову способност да усклади своје понашање са законским нормама. Дакле, овде се ради о искључењу способности за расуђивање или способности за одлучивање код учиниоца међународног кривичног дела у време предузимања радње извршења, али не услед постојања неког од облика душевне поремећености, већ услед пијанства, опијености самог учиниоца. Наиме, до искључења психичких способности (могућности) учиниоца кривичног дела долази услед дејства алкохола, опојних дрога или сличних опојних средстава.

То значи да се учинилац међународног кривичног дела у време предузимања радње извршења налази у стању пијанства, опијености у коме нема у потпуности очувану способност за схватање значаја свога дела или способност за управљање својим поступцима. Но, за примену овог института у међународном кривичном праву, потребно је да је до стања опијености учиниоца

⁶⁴ М.Горета, Осврт на концепт смањене убрљивости који се примењује на међународном казненом суду за подручје бивше Југославије, Друштвено истраживање, Загреб, број 1/2003. године, стр. 247-258.

⁶⁵ Б.Петровић, Д.Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, оп.цит.стр.211-213.

дела дошло без његове кривице и без његове активне радње. Наиме, Римски статут⁶⁶ је изричито искључио примену овог основа у случају када се учинилац сам довео у стање интоксикације и у таквом стању учинио кривично дело. То је случај постојања института који је у теорији кривичног права познат под називом: *actiones liberae in causa* (радња слободна у одлуци, али не и у извршењу) када се учинилац својеволјно довео у такво стање под таквим околностима да је знао или занемарио ризик да због интоксикације може да започне радњу која представља међународно кривично дело. Тада нема искључења кривичне одговорности оваквог лица.

3. Нужна одбрана

Нужна одбрана⁶⁷ је основ који искључује кривичну одговорност који је предвиђен у члану 31. став 1. тачка ц. Римског статута. Нужна одбрана постоји када је међународно кривично дело учињено ради тога да учинилац од себе или другог одбије истовремени противправни напад⁶⁸. Дакле, нужну одбрану у смислу овог основа који искључује кривичну одговорност схватамо у смислу "индивидуалне" нужне одбране, а не у смислу "колективне" нужне одбране сходно члану 51. Повеље ОУН која се признаје свим државама⁶⁹.

Да би постојао овај основ искључења кривичне одговорности потребно је испуњење следећих услова⁷⁰: 1) да је међународно кривично дело учињено од стране лица које реагује свесно (рационално), 2) да је дело учињено од стране лица како би одбранило себе или друго лице или у случају ратних злочина како би одбранило своју имовину или имовину другог лица која је неопходна за њихов опстанак или имовину која је од виталне важности за извршење војног задатка. Дакле, примена овог института се не своди само на "самодобрану", већ и на "нужну помоћ" одбрану другог лица. Такође, примена овог института је проширена јер се он односи не само на заштиту живота и телесног интегритета, већ и на заштиту имовине (додуше не у свим условима, већ само када је заштита такве имовине егзистенцијално неопходна или неопходна за извршење војног задатка што указује да се овде ради о примени "ратне нужде")⁷¹, 3) да је дело учињено у циљу заштите наведених добара од претеће (која је стварно наступила

66 В.Ђурђић, Д. Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит. стр.60-61.

67 Д.Јовашевић, Кривичноправни значај института нужне одбране, Правни зборник, Подгорица, број 1-2/1998. године, стр.128-143.

68 Д.Јовашевић, Нужна одбрана и крајња нужда, Ниш, 2007. године, стр. 67-89.

69 J.G.Knoops, *Defenses in contemporary criminal law*, Ardsley, 2001. године, стр. 316-341.

70 Д.Јовашевић, Право на живот и нужна одбрана, Правни живот, Београд, број 9/1998. године, стр. 43-61.

71 Ј.Шиловић, Нужна одбрана, Загреб, 1910. године, стр.97.

или непосредно предстоји) и незаконите (противправне) употребе силе⁷² и 4) ако је дело учињено на начин који је сразмеран (пропорционалан) степену опасности по то или друго лице или њихову имовину која се штити.

Но, чињеница да је лице учествовало у одбрамбеној операцији коју спроводе војне снаге сама по себи не искључује кривичну одговорност. Дакле, примена института нужне одбране⁷³ је специфична у односу на национално кривично законодавство у два вида и то: а) дозвољена је примена овог института у међународном кривичном праву у смислу заштите личних добара, али и имовине учиниоца дела или неког другог (претпоставља се њему блиског лица) и б) ирелевантан је карактер војне операције у којој се примењује овај институт.

4. Крајња нужда

У члану 31. став 1. тачка д. Римског статута⁷⁴ предвиђен је институт крајње нужде (принуде)⁷⁵. То је посебан основ искључења кривичне одговорности у међународном кривичном праву. Крајња нужда постоји ако је кривично дело учињено ради тога да учинилац од себе или другог лица отклони истовремену нескривљену опасност која се на други начин није могла отклонити, а при томе учињено зло није веће од зла које је претило⁷⁶. За постојање крајње нужде, у међународном кривичном праву тражи се испуњење следећих услова: 1) радња треба да је извршена у околностима непосредне претње наступања тешке и непоправљиве последице за живот или тело тог лица, 2) не постоји погодно средство за отклањање тог зла, 3) учињено дело није несразмерно предстојећем злу и 4) лице није својом вољом допринело стварању ситуације због које је деловало у крајњој нужди или под принудом⁷⁷.

Наиме, није кривично одговорно лице које учини међународно кривично дело под следећим условима⁷⁸: 1) ако је учиниоцу дела претила принуда у смислу зла које прети блиском смрћу или трајном и опасном телесном повредом тог или неког другог лица. Та принуда треба да долази од другог или других лица или пак од околности које су независне, дакле ван контроле учиниоца кривичног дела, 2) принуда треба да је наступила или да непосредно прети учиниоцу дела

72 Љ.Бавцон, А.Шелих, Казенско право, Сплошниј дел, Љубљана, 1987. године, стр. 151.

73 Д.Јовашевић, Т.Хашимбеговић, Основи искључења кривичног дела, Београд, 2001. године, стр.50-59.

74 У.Есер, На путу ка Међународном казненом суду: настанак и темељне црте Римског статута, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, број 1/2003. године, стр. 133-163.

75 М.Бабић, Крајња нужда у кривичном праву, Бања Лука, 1987. године, стр.78-92.

76 Б.Петровић, Д.Јовашевић, Међународно кривично право, оп.цит., стр. 173-175.

77 А.Сассесе, Међународно кривично право, оп.цит. стр. 282-284.

78 Б.Петровић, Д.Јовашевић, Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, оп.цит. стр.163-166.

или неком другом лицу. Наиме, принуда која се на овај начин отклања може да долази од стране других лица или да је наступила услед других околности ван контроле учиниоца и 3) ако у отклањању ове принуде учинилац поступи оправдано и свесно под условом да при томе није нанета већа штета од оне која се на овај начин покушала избећи⁷⁹.

5. Заблуда

Члан 32. Римског статута предвиђа институте стварне и правне заблуде⁸⁰. У оба случаја ради се о постојању погрешне или непотпуне представе о некој околности. Када се заблуда односи на стварну околност која је обележје бића међународног кривичног дела, тада постоји стварна заблуда. Насупрот томе, правна заблуда је заблуда о правном значају дела, односно заблуда о противправности учињеног међународног кривичног дела.

Стварна заблуда⁸¹ искључује кривичну одговорност када учинилац нема правилну и потпуну представу о психичком елементу - елементу намере или свести који чини обележје бића одређеног међународног кривичног дела. Дакле, стварна заблуда искључује умишљај учиниоца. Она се јавља у два облика и то⁸²: а) када постоји заблуда у погледу неке околности која представља обележје бића међународног кривичног дела – стварна заблуда у ужем смислу и б) када постоји стварна заблуда у погледу неке околности која искључује противправност дела. То је околност која се налази ван обележја бића кривичног дела, али има кривичноправни карактер јер када би она заиста постојала у објективној стварности, тада би искључивала противправност учињеног дела – стварна заблуда у ширем смислу.

Правна заблуда⁸³ или грешка у примени права (предвиђена у ставу 2. члана 32. Римског статута) је везана за одлуку учиниоца да ли његово понашање представља међународно кривично дело. Она може да искључи кривичну одговорност у следећим случајевима: а) када заблуда учиниоца искључује његов умишљаљ – дакле када учинилац у време предузимања радње извршења међународног кривичног дела није имао свест, није уважавао психички елемент који захтева биће одређеног кривичног дела и б) када заблуда искључује кривицу

79 W.A.Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge, 2000. godine, str. 333.

80 В.Ђурђић, Д. Јовашевић, *Међународно кривично право*, оп.цит. стр.61.

81 П.Новоселец, *Опћи дио казненог права*, оп.цит. стр. 256.

82 Д. Атанацковић, *Појам заблуде у кривичном праву*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 1/1977. године, стр.47-53.

83 С.Пихлер, *Правна заблуда и принцип субјективне одговорности*, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 7-8/1988. године, стр.39-42.

учиниоца у случају наређења претпостављеног или примене законских прописа (члан 33. Римског статута)⁸⁴.

6. Наређење претпостављеног и законско овлашћење

Последњи основ који искључује кривичну одговорност у међународном кривичном праву предвиђен је у члану 33. Римског статута. То су: 1) наређење претпостављеног и 2) законско овлашћење. Наиме, према овој изричитој одредби извршење међународног кривичног дела по наређењу војног или цивилног државног органа или на основу законског прописа не ослобађа његовог учиниоца кривичне одговорности осим у следећим случајевима: 1) када је лице било у законској обавези да поштује наређење владе или свог претпостављеног, 2) када лице није знало да је наређење незаконито и 3) када наређење није било очигледно противзаконито.

При томе је изричито искључено да се наређење које се односи на извршење геноцида или злочина против човечности може уопште сматрати очигледно противзаконитим, што значи да примена овог основа за искључење кривичне одговорности није могућа код најтежих међународних кривичних дела. Остаје, дакле, примена овог основа који би могао да искључи кривичну одговорност за ратне злочине⁸⁵.

ЗАКЉУЧАК

Настало у оквиру и под окриљем међународног ратног (и хуманитарног) права, међународно кривично право је почетком трећег миленијума стекло "право грађанства" као најмлађа кривичноправна дисциплина. Ступањем на снагу Римског статута Међународног кривичног суда, коначно је инаугурисана ова грана права у материјалном, процесном и извршном смислу. Но, и пре тога, кроз низ парцијалних међународних правних аката (универалног или регионалног карактера) или уговора међу појединим државама као и кроз судску праксу (у првом реду нирнбершког и токијског суда) стасавала је ова грана права кроз изградњу основних кривичноправних појмова и института. То су: 1) међународно кривично дело (које се разликује од кривичног дела са елементом иностраности), а које може да се јави у два вида: као дело у ужем смислу (право) и дело у ширем смислу (неправо или мештовито), 2) кривична одговорност (чија је претпоставка навршених 18 година живота учиниоца дела при чему се на страни учиниоца може јавити једно (и чести више лица, а понекад и правно

⁸⁴ Д.Јовашевић, О појму правне заблуде у кривичном праву, Гласник АК Војводине, Нови Сад, број 9/1997. године, стр.311-327.

⁸⁵ П.Новоселец, Опћи дио казненог права, оп.цит. стр. 491.

лице – организација па чак и читава држава) и 3) систем кривичних санкција – казни које изричу наднационални судски органи.

Међународна кривична дела су у правном систему Републике Србије предвиђена у Кривичном законнику, у глави тридесет четвртој, под називом: "Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом". Ова кривична дела, заправо, представљају делатности којим се крше међународни уговори, споразуми и конвенције и нарушава или угрожава мир међу народима, безбедност човечанства, односно друге међународним правом заштићене вредности, или којим се крше ратна правила о понашању зараћених страна према ратним заробљеницима, рањеницима, болесницима и цивилном становништву. Настанак ових кривичних дела везан је за постојање међународних правила којима се регулишу односи између држава у доба рата, тј. односи између зараћених страна у погледу започињања и вођења рата. Међународно ратно право настало је као последица суровог и нечовечног поступања у току дуге историје ратова и оружаних сукоба између народа и држава са циљем да хуманизује ово најнехуманије средство за решавање међудржавних и међународних спорова.

Са појавом међународног ратног права отпочео је процес постепеног ограничавања права зараћених страна и контролисања њихових поступака, не само према неборачком становништву, већ и у погледу започињања и вођења ратова. Право државе на апсолутну слободу у погледу започињања и вођења рата биће постепено ограничено тако што ће поједини поступци који представљају непотребна разарања, убијања и мучења бити забрањени. Кршењем ратних правила и обичаја настају ратна кривична дела⁸⁶. Прихватајући међународне обавезе на основу потписивања и ратификовања бројних међународних конвенција, у кривичном законодавству Републике Србије је предвиђено више кривичних дела против човечности и других добара заштићених међународним правом. Кривична дела из ове главе, дакле, настају кршењем правила садржаних у међународним конвенцијама. Њихов је извор у постојању забрана у актима међународног права. Међу овим делима за која иначе не може да наступи застарелост кажњавања истичу се: геноцид, злочин против човечности и ратни злочини.

ЛИТЕРАТУРА

Ashwort, A. Principles of Criminal Law, Oxford, 1999.

Ackerman, J.,E., Sullivan, E.O., Practice and Procedure of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia with selected Materials from International Criminal Tribunal for Rwanda, Oxford, 2006.

⁸⁶ З.Шепаровић, Заштита жртава рата у међународном хуманитарном праву, Хрватски летопис за казнено право и праксу, Загреб, број 2/1997. године, стр. 359-379

- Бабић, М., Крајња нужда у кривичном праву, Бања Лука, 1987.
- Бавцон, Љ., Шелих, А., Казенско право, Сплошниј дел, Љубљана, 1987.
- Бартош, М., Међународно јавно право, Београд, 1947.
- Василијевић, В., Међународни кривични суд, Београд, 1961.
- Деган, В.Ђ., Павишић, Б., Међународно казнено право, Ријека, 2005.
- Деган, В.Ђ., Павишић, Б., Беширевић, В., Међународно и транснационално кривично право, Београд, 2011.
- Dinstein, Y., Tabory, M., War Crimes in International Law, Hague, 1996.
- Drost, P.N., The Crime of State, Leyden, 1950.
- Ђурђић, В., Јовашевић, Д., Међународно кривично право, Београд, 2003.
- Ђурђић, В., Јовашевић, Д., Кривично право, Посебни део, Београд, 2010.
- Иванишевић, Б., Илић, Г., Вишњић, Т., Јањић, В., Водич кроз Хашки трибунал, Београд, 2007.
- Јовановић, Љ., Јовашевић, Д., Кривично право, Општи део, Београд, 2003.
- Јосиповић, И., Крапац, Д., Новоселец, П., Стални међународни казнени суд, Загреб, 2001.
- Јовашевић, Д., Нужна одбрана и крајња нужда, Ниш, 2009.
- Јовашевић, Д., Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010.
- Јовашевић, Д., Кривично право, Општи део, Београд, 2010.
- Јовашевић, Д., Међународно кривично право, Ниш, 2011.
- Јовашевић, Д., Хашимбеговић, Т., Основи искључења кривичног дела, Београд, 2001.
- Jorgensen, N., The Responsibility of States for International Crimes, Oxford, 2000.
- Klotter, J., Edwards, T., Criminal Law, Cincinnati, 1996.
- Knoops, J.G., Defenses in contemporary criminal law, Ardsley, 2001.
- Командна одговорност у међународном и домаћем праву, Зборник радова, Фонд за хуманитарно право, Београд, 2003.
- Лазаревић, Љ., Коментар Кривичног законика Републике Србије, Београд, 2005.
- Mettraux, G., Pravo komandne odgovornosti, Београд, 2010.
- Новоселец, П., Опћи дио казног права, Загреб, 2004.
- Петровић, Б., Јовашевић, Д., Кривично (казнено) право Босне и Херцеговине, Опћи дио, Сарајево, 2005. године
- Петровић, Б., Јовашевић, Д., Међународно кривично право, Сарајево, 2010.
- Радуловић, Д., Међународно кривично право, Подгорица, 1999.
- Stefani, G., Levasseur, G., Vouloc, V., Droit penal general, Paris, 2000.
- Стојановић, Р., Србија пред Међународним судом правде, Књига 2, Београд, 2007.
- Schabas, W.A., Genocide in International Law, Cambridge, 2000.
- Трајнин, А.Н., Кривична одговорност хитлероваца, Београд, 1948.

- Henckaerts, J.M., Doswald Beck, L., Customary International Humanitarian Law, Cambridge, 2005-2006.
Calvocaressi, P., Nuremberg: the facts and the consequences, London, 1947.
Cassese, A., Међународно кривично право, Београд, 2005.
Combs, N.A., Guilty pleans in international criminal law, Stanford, 2007.
Шиловић, Ј., Нужна одбрана, Загреб, 1910.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.
Faculty of Law, University of Niš

FORMS OF INTERNATIONAL CRIMES

Summary

Crimes against international law are committed by violating the rules of international humanitarian law during wars or armed conflicts. The perpetrators of these crimes are under the jurisdiction of international criminal courts (military or civil, permanent or ad hoc). The process of the commission of crimes against international law may comprise several different phases or stadiums. Moreover, such criminal offences rarely appear as the results of only one person's activities. On the contrary, in numerous cases of these criminal offences, accomplice appears as a form of collective participation of several persons in the commission of one or more crimes against international law. All these facts represent grounds for the specific type of criminal responsibility of the perpetrators of crimes against international law.

Key words: *international law, criminal act, stage, complicity, responsibility, penalty*

Проф. др Љубица Николић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Др Александар Мојашевић, асистент
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 343.76

ОРГАНИЗАЦИЈА ФИНАНСИЈСКИХ ТРЖИШТА¹

***Апстракт:** Развијеност и стабилност финансијских тржишта јесте услов развоја свих националних економија. С друге стране, све израженија интернационализација ових тржишта доводи до повећавања могућности коришћења иностраног капитала али исто тако и до преливања нестабилности са једног на друга тржишта. Суштину финансијских тржишта чини позајмљивање новца, путем класичних банкарских канала или трговином финансијским инструментима. Тај пренос новца остварује се на различитим сегментима финансијског тржишта. Национална законодавства користе различите називе за поједине организационе делове финансијског тржишта. Тако и наш нови Закон о тржишту капитала уводи нове називе за поједина тржишта финансијских инструмената, у односу на ранија решења.*

***Кључне речи:** Финансијско тржиште, тржиште новца и капитала, берзанско и ванбезанско тржиште, примарно и секундарно тржиште, регулисано тржиште, мултилатерална трговачка платформа, ОТЦ тржиште.*

Појам финансијског тржишта

Финансијско тржиште јесте механизам помоћу кога се сусрећу понуда и тражња финансијских средстава. На њему се тргује специфичном робом – новцем. На овом тржишту финансијска средства преносе се од лица која имају вишак расположивих финансијских средстава лицима која имају мањак тих

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије, бр. пројекта 179046.

средстава. Као и свака друга роба, новац се купује и продаје, а на основу његове понуде и тражње, формира се његова цена. Камата јесте цена новца.

Тржиште дуга. Лице које жели да позајми туђи новац може узети кредит од банке или може емитовати (издати) и продати своју хартију од вредности (финансијски инструмент). Лице које купи туђу хартију од вредности позајмљује новац емитенту те хартије (плаћена цена за куповину хартије јесте износ позајмице) и стиче потраживање према емитентовом будућем приходу или према његовој имовини. Позајмљивање туђег новца врши се продајом тзв. *дужничких хартија од вредности*, међу којима су најзначајније *обвезнице*. Емитент обвезнице има обавезу да позајмљени новац, врати купцу обвезнице у одређеном року, уз одређену камату. Тржиште дуга, односно тржиште обвезница и других дужничких хартија од вредности, има значајан утицај на одвијање економске активности у свакој националној привреди, с обзиром на то да привредним друштвима и држави омогућава финансирање њихових активности.

Камата је трошак позајмљивања туђег новца, односно цена која се плаћа за коришћење туђих финансијских средстава. Обично се исказује као постотак од износа позајмице (каматна стопа). Висина каматних стопа утиче на обим задуживања. Високе каматне стопе смањују потрошљу и инвестиције, с обзиром на то да је висок трошак њиховог финансирања. Насупрот томе, високе каматне стопе подстичу штедњу с обзиром на то да повећавају приход од камата.

Каматне стопе на различите врсте обвезница, и друге дужничке хартије од вредности, могу се знатно разликовати. Висина каматних стопа на ове хартије зависи, пре свега, од рокова њихове доспелости и ризика измиривања обавеза од емитента. Што је дужи рок доспећа дужничких хартија, односно што је дужи рок на који се емитент тих хартија задужује, то је већа и камата која се исплаћује власницима тих хартија. Исто тако, што је већи ризик да неки емитент не изврши своју обавезу у вези са дужничком хартијом од вредности, он мора понудити вишу камату купцима својих хартија. Нека предузећа су више а нека мање финансијски стабилна, с друге стране држава углавном измирује своје обавезе по емитованим хартијама, с обзиром на то сви они, као емитенти, понудиће различите каматне стопе на своје хартије од вредности како би привукли купце.

Тржиште акција. *Акција* је хартија од вредности која представља власнички удео у предузећу. Другим речима, купац акције (акционар) постаје власник дела предузећа, које је те акције издало. Власник акције има право потраживања дела профита и имовине предузећа. Акције могу емитовати само акционарска друштва. Када акционарско друштво емитује и продаје своје акције, оно на тај начин прикупља средства за финансирање своје активности.

Након стицања, власници акција могу продавати своје акције другим заинтересованим лицима, на тржишту акција, чиме се мења власничка структура неког акционарског друштва. Цена по којој могу продати своје акције, може се знатно разликовати од оне коју су платили за њихову куповину, што зависи од

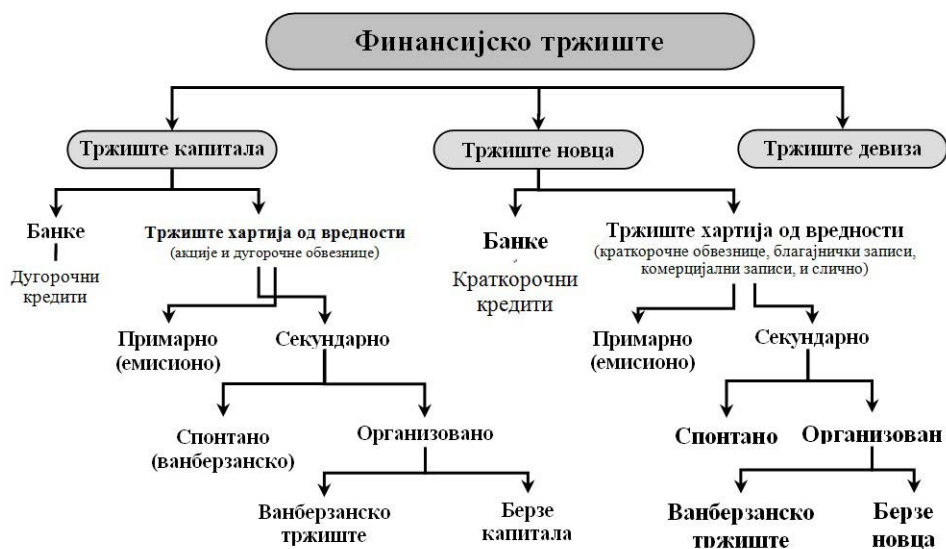
тренутног стања понуде и потражње за акцијама конкретног предузећа. Уколико је на тржишту акција порасла цена акција конкретног акционарског друштва, оно ће бити стимулисано да прода нову емисију акција и тако прикупи средства за финансирање планираних инвестиција.

Цена акција конкретног акционарског друштва не зависи само од успеха пословања тога друштва, већ и од стања и кретања на укупном тржишту акција, као и тренутног стања националне привреде. Тако у одређеном периоду цене већине акција показују тенденцију пораста, у неком значајно флукутирају горе-доле, али има и периода наглог пада цена већине акције. Другим речима, тржиште акција доживљава успоне, падове, опоравак и крахове, што је блиско повезано са тренутним стањем националних економија, као и светским дешавањима.

Организација финансијског тржишта

На финансијском тржишту остварује се промет капитала, новца и иностраних валута. Промет финансијских средстава, на финансијском тржишту, обавља се путем продаје и куповине различитих финансијских инструмената.

Слика 1
Структура финансијског тржишта



Раније су *хартије од вредности* биле дефинисане искључиво као писане исправе, којима се њихов издавалац обавезује да испуни обавезу (уписану на тим исправама) према њиховим законитим имаоцима. Хартија од вредности садржи одређено преносиво имовинско право (новчано потраживање, потраживање робе, и слично). Законити ималац хартије од вредности истовремено је титулар права на које се она односи. У савременим правним системима напушта се концепт хартија од вредности као писаних исправа. На савременим финансијским тржиштима, хартије од вредности се јављају у форми *електронских докумената*. Другим речима, извршена је њихова дематеријализација, па уместо писаних исправа постоји електронска база података о емитентима, власницима, као и правима у вези са емитованим хартијама од вредности. Хартије од вредности које су добиле електронску форму сада се промећу на другачији начин, стицање власништва над њима и остваривање права из њих сада је везано за промену података у Централном регистру хартија од вредности. Хартије од вредности могу се издавати у серији, или као појединачне. Оне јесу предмет купопродаје на тржишту, односно могу се преносити. Изузетно, пренос неких хартија од вредности може бити забрањен или ограничен, на основу закона или одлуке издаваоца.

Прометом тзв. *робних хартија од вредности* (коносман, складишница, преносиви товарни лист), одвија се промет робе, на које се ове хартије односе. Насупрот њих, *постоје новчане (финансијске) хартије од вредности*, чијим прометом се остварује кретање новца међу учесницима у купопродаји ових хартија. Новчане хартије од вредности могу бити издате у *серији* (акције, обвезнице, благајнички и комерцијални записи, и друго), или као *појединачне хартије* (меница, чек и слично). На тржишту хартија од вредности тргује се новчаним хартијама од вредности, издатим у серији, и оне данас имају електронску форму. Издавање и промет робних, као и новчаних хартија од вредности, издатих као појединачне хартије, регулисани су посебним законима. Упоредо с појмом хартија од вредности, законодавци користе и појам финансијски инструменти. *Финансијски инструменти*, осим хартија од вредности, обухватају и остале финансијске инструменте (финансијски деривати и друго), који представљају уговорни однос између двеју или више страна, а који изражавају уговорено право или обавезу, а по својој природи су у вези са финансијским тржиштем.

На финансијском тржишту купују се и продају различити финансијски инструменти, а плаћање се врши новцем. Тиме новац прелази из руку оних који поседују вишак новца у руке оних којима је новац потребан. Основни субјекти на финансијском тржишту јесу: емитенти (издаваоци) хартија од вредности и купци хартија од вредности (инвеститори). Понуђачи хартија од вредности (емитенти) могу бити само правна лица, а купци хартија од вредности (инвеститори) могу бити и правна и физичка лица.

Тржиште капитала и тржиште новца. У области финансија кратак рок односи се на период до једне године, а дуги рок на период преко једне године. Отуда и подела на краткорочне и дугорочне хартије од вредности, као и на краткорочне и дугорочне кредите. С циљем разликовања трансфера финансијских средстава на кратки и дуги рок, прави се разлика између инвестирања новца (кратак рок) и капитала (дуги рок). Отуда и називи *тржиште новца*, на коме се краткорочно пласирају финансијска средства до једне године (куповином и продајом краткорочних хартија од вредности), и *тржиште капитала*, на коме се остварује дугорочно пласирање финансијских средстава, на период дужи од једне године (куповином и продајом дугорочних хартија од вредности). Између носилаца понуде и тражње финансијских средстава може постојати *директна*, или *индиректна веза* (преко финансијских посредника).

Предузећа могу на неколико начина обезбедити новац за своје пословање. Први начин је да се *самофинансирају*, односно да акумулирају део оствареног профита. Други начин је да узимају *кредите* од банака, на одређено време, уз обавезу плаћања камате. Трећи начин обезбеђивања средстава за инвестирање, јесте путем емисије и продаје *обвезница*, чиме предузеће практично позајмљује новац од купаца обвезница, на одређено време, уз плаћање камате. Уз све ово, акционарска друштва своје инвестиције могу финансирати и продајом *акција*, чиме овакво друштво обезбеђује трајни прилив средстава, а купци акција постају власници дела тога друштва.

Примарно и секундарно тржиште. У зависности од тога да ли се хартије од вредности појављују на тржишту по први пут или не, финансијска тржишта можемо поделити на: примарна и секундарна. *На примарном тржишту* (емисионо тржиште) врши се емисија хартија од вредности и њихова прва продаја, односно, на овом тржишту, хартије добијају свог првог власника. Учествујући на примарном тржишту, емитенти хартија од вредности долазе до потребних финансијских средстава, односно они позајмљују новац (капитал) од купаца својих хартија. Емитенти хартија од вредности могу бити предузећа, држава и друга правна лица, а купци хартија од вредности могу бити и правна и физичка лица.

Након прве продаје, свака даља продаја хартија од вредности обавља се на тзв. *секундарном тржишту*. Дакле, на секундарном тржишту обавља се промет оних хартија од вредности, које су већ емитоване, и које су купили први купци. На овом тржишту, хартије од вредности мењају своје власнике, и док емитент, као дужник, остаје исти, мењају се његови повериоци (тренутни власник хартије од вредности има потраживања према емитенту).

Предузећа долазе до капитала само када се њене хартије од вредности први пут продају на примарном тржишту. С друге стране, секундарна тржишта имају две важне функције. Прво, олакшавају продају хартија од вредности ради долажења до новца. Друго, на секундарном тржишту одређује се цена хартија

од вредности, које су претходно продате на примарном тржишту. Лица која купују хартије од вредности на примарном тржишту емитенту неке хартије неће платити већу цену од оне за коју мисле да ће се постићи на секундарном тржишту.

Организовано и неорганизовано (спонтано) тржиште. Тржишта хартија од вредности, и других финансијских инструмената, могу бити организована и неорганизована (спонтана). *На неорганизованом тржишту*, трансакције хартијама од вредности углавном се обављају у непосредном контакту купаца и продаваца. *Организовано тржиште хартија од вредности* јесте оно тржиште, на коме се организовано сусрећу понуда и тражња хартија од вредности, уз прописана правила трговања и контролу надлежних институција. Све берзе јесу организована тржишта, али сва организована тржишта нису берзе. Другим речима, у организована тржишта хартија од вредности спадају берзе и организована ванберзанска тржишта, што значи да постоје и ванберзанска тржишта која нису организована.

Тржиште новца

Тржиште новца (*Money Market*) део је финансијског тржишта, на коме се тргује краткорочним хартијама од вредности (краткорочним финансијским инструментима), као што су: краткорочне обвезнице, благајнички записи, комерцијални записи, и друго. Ту се позајмљивање новца остварује на период до једне године, узимањем краткорочних кредита, или емисијом краткорочних хартија од вредности. На тржишту новца појављују се привредни субјекти који желе да обезбеде средства за потребе ликвидности, резерве и друге краткорочне намене. Лица која желе да пласирају свој новац, на краће време, појављују се на тржишту новца као купци различитих краткорочних хартија од вредности. Ове краткорочне хартије од вредности они плаћају новцем, и тиме чине краткорочну позајмицу емитентима хартија од вредности, уз одређену камату. Уместо да купују краткорочне хартије од вредности, штедише имају другу алтернативу, а то је улагање новца у депозите по виђењу, без камата, или са врло ниским каматама. Будући да краткорочне хартије од вредности носе више камате од улагања новца на рачуне по виђењу, у банкама, јасна је предност куповине хартија од вредности. Хартије од вредности увек нуде више камате, од одговарајућих банкарских депозита, јер их, у супротном, нико не би куповао.

Најважније *функције* тржишта новца јесу: 1) на њима, предузећа и финансијске институције, долазе до краткорочних средстава за одржавање ликвидности; 2) преко тржишта новца, држава обезбеђује средства за финансирање дефицита у јавним финансијама, без инфлаторних последица и 3) делујући на тржишту новца, централна банка спроводи монетарну политику, и регулише количину новца у оптицају.

Финансијски инструменти, којима се најчешће тргује на тржишту новца, јесу: краткорочне обвезнице, благајнички и комерцијални записи, сертификати о депозиту, и други. Посебно су значајне државне краткорочне хартије од вредности (краткорочне обвезнице, државни записи), које емитује и продаје држава. Честа је појава да држава нуди купцима својих хартија од вредности пореска ослобођења, чинећи своје хартије атрактивнијим.

Главни учесници на тржишту новца јесу: држава (министарство финансија и централна банка), банке, и друге финансијске организације, предузећа и индивидуални инвеститори. Министарство финансија емитује краткорочне обвезнице и записе. То министарство увек се јавља само као емитент ових хартија од вредности, не и као инвеститор. Емисијом краткорочних хартија од вредности, држава покрива тренутни дефицит у финансирању, до приспећа нових фискалних прихода. Централна банка, као врховна монетарна институција, најутицајнији је учесник на тржишту новца. У развијеним тржишним привредама, централна банка, преко операција на тржишту новца (куповином и продајом хартија од вредности), регулише количину новца у оптицају. Централна банка може емитовати своје краткорочне хартије од вредности (краткорочне обвезнице, благајничке записе), ради спровођења монетарне политике. *Операције на отвореном тржишту* представљају куповину и продају хартија од вредности од централне банке. Када жели да повећа понуду новца, централна банка *купује* на тржишту хартије од вредности, плаћа их динарима, чиме повећава број динара у оптицају. Уколико жели да *смањи* количину новца у оптицају, централна банка *продаје* на тржишту хартије од вредности.

Пословне банке јављају се као емитенти на тржишту новца, али и као купци (инвеститори) краткорочних хартија од вредности министарства финансија и централне банке. Остале финансијске институције (пензиони фондови, осигуравајућа друштва, инвестиционе компаније) по правилу се јављају као инвеститори у краткорочне хартије од вредности. Предузећа се јављају и као емитенти краткорочних хартија од вредности (краткорочних обвезница, комерцијалних записа) и као инвеститори у краткорочне хартије. Као емитенти, јављају се углавном велика и позната предузећа, која стварају поверење код инвеститора.

Тржиште капитала

На тржишту капитала (*Capital Market*) врши се продаја и куповина дугорочних хартија од вредности (дугорочних финансијских инструмената), чији је рок доспећа преко једне године, чиме се остварује *дугорочно позајмљивање новца*. Најзначајније дугорочне хартије од вредности јесу: *акције и дугорочне обвезнице*. Акције практично немају рок доспећа, већ се позајмљивање новца

врши све док акционарско друштво постоји. Предузеће, коме је потребан туђи новац на дуже време, може узети дугорочан кредит од банке, или може продавати акције и дугорочне обвезнице.

На примарном тржишту капитала (*Primary Capital Market*) врши се емисија дугорочних хартија од вредности, и њихова прва куповина. У пракси се та купопродаја може остварити путем директних односа између издавалаца и купаца, или преко финансијских посредника. На примарном тржишту, хартије од вредности стичу свог првог власника, односно по први пут се јављају у промету. Овај промет хартија од вредности обавља се између емитента (издаваоца) и првог купца (инвеститора). Даља препродаја хартија од вредности (између претходног и новог купца), односно њихова друга и свака наредна продаја, обавља се на секундарном тржишту.

Учесници на примарном тржишту су: емитенти, купци и финансијски посредници, од којих су најзначајније банке. Оне обављају низ послова, уместо емитената финансијских инструмената. Банке саме откупљују један број ефеката, или их узимају у комисион, ради продаје коначним власницима, спајајући тако понуду и тражњу за финансијским инструментима.² Хартије од вредности могу се пласирати путем *приватних и јавних пласмана*. Код приватних пласмана, нове емисије ефеката продају се директно инвеститорима, чиме се заобилази отворено тржиште.

На секундарном тржишту капитала (*Secondary Capital Market*) врши се даљи пласман (препродаја) већ емитованих дугорочних хартија од вредности. На њима се врши друга, и свака даља, куповина и продаја ефеката, који су емитовани и пласирани на примарном тржишту. Секундарна тржишта омогућавају власницима хартија од вредности да у сваком моменту дођу до готовог новца, а власницима слободног капитала да дођу у посед жељене хартије од вредности. На овом тржишту, конкретна хартија од вредности мења власнике, а емитент те хартије има обавезу према тренутном власнику хартије од вредности. У секундарна тржишта спадају берзанска и ванберзанска тржишта. На секундарном тржишту капитала тргује се обичним и повлашћеним акцијама, дугорочним обвезницама, као и финансијским дериватима.

Берзанска и ванберзанска тржишта

Као што је већ поменуто, постоје организована и неорганизована (спонтана) секундарна тржишта хартија од вредности и других финансијских инструмената. *У организована тржишта хартија од вредности* спадају све берзе, као и организована ванберзанска тржишта, што значи да постоје и ванберзанска тржишта која нису организована.

² О функционисању примарног тржишта видети: Живота Ристић, “Тржишта капитала”, Привредни преглед, Београд, 1990, стр. 141.

На берзанском тржишту (*Exchange*) постоји тачно одређени простор, тзв. паркет (флоор), на коме се одвија трговина, према строгим правилима, и само оним тржишним материјалима, који испуњавају строге услове. Правна и физичка лица могу учествовати у трансакцијама на берзи само индиректно, посредством берзанског брокера. Познате светске берзе јесу Њујоршка, Лондонска, Токијска, Франкфуртска и друге. Да би одређена хартија од вредности била предмет трговине на берзи, неопходно је да прође одређену процедуру пријема на берзу, која се назива листинг. Услови за листинг разликују се од берзе до берзе.

У свакој земљи постоји врховна контролна и регулаторна институција, која се стара о стабилности тржишта хартија од вредности, и о заштити инвеститора. У оквиру својих надлежности, она контролише и пословање берзи. Та институција у Америци носи назив Комисија за берзе и хартије од вредности (*Securities and Exchange Commission – SEC*), док је код нас то Комисија за хартије од вредности. За берзе дугорочних хартија од вредности, користи се и термин *берзе капитала*, а често се називају и *ефектним берзама*, јер се за дугорочне хартије од вредности користи термин *ефекти*. Берзе краткорочних хартија од вредности називају се и *берзама новца*.

На организованом ванберзанском тржишту, трговина се углавном одвија електронским везама, а не на одређеном простору, предвиђеном за трговину. Ово тржиште назива се и мрежним, као и шалтерским тржиштем, тачније тржиштем преко шалтера (*OTC – Over the Counter Market*). Трговина се обавља преко организоване мреже дилера, на различитим локацијама, повезаних електронским путем. На ово тржиште пласирају се хартије од вредности које не испуњавају критеријуме берзе, односно нису примљене на листинг берзе. На организованом ванберзанском тржишту концентришу се понуда и тражња за тржишним материјалима, уз постојање не тако строгих правила пословања и трговине. Као пример организованог ванберзанског тржишта поменућемо NASDAQ (National Association of Securities Dealers Automated Quotations), које је основано 1971. године, и данас представља глобалну компјутерску трговачку мрежу. Велики број акција у САД-у налази се на ванберзанским тржиштима, док је већина обвезница у САД-у управо на ванберзанским тржиштима.

Неорганизовано тржиште хартија од вредности обухвата све трансакције тржишним материјалима, које се обављају ван берзанског и организованог ванберзанског тржишта. На овим тржиштима обавља се трговина стандардним или специфичним финансијским инструментима. Купци и продавци контактирају директно, или преко посредника, а те њихове везе могу бити редовне или спорадичне.

Интернационализација финансијских тржишта

Последњих деценија изражен је тренд растуће интернационализације финансијских тржишта. Многа предузећа и банке активно учествују на иностраним финансијским тржиштима. Док инвеститори траже нове инвестиционе могућности у иностранству, други покушавају да се задуже на иностраним тржиштима.

Стране обвезнице јесу обвезнице које се емитују у иностранству и деноминоване су у валуту земље у којој се емитују. Другим речима, страна лица емитују и продају своје обвезнице у другој земљи, али у валути те друге земље. На пример, швајцарска компанија емитује обвезнице у САД изражене у доларима, чиме позајмљује доларе од америчких штедиша. Емисија страних обвезница обавља се у складу са регулативом која важи у земљи у којој се обвезнице емитују. Државе контролишу емисију страних обвезница на свом тржишту, при том воде рачуна да прекомерни одлив њихове националне валуте не поремети новчану масу у националној привреди, као и девизни курс, или угрози домаће зајмотражиоце.

Еврообвезнице јесу обвезнице које се емитују у страниој земљи, најчешће у више земаља истовремено, али нису изражене у валути земље у којој су емитоване, већ у некој другој. На пример, швајцарска компаније емитује обвезнице у САД изражене у јенима, чиме позајмљује јене од штедиша из различитих земаља. Емисија еврообвезница је знатно мање регулисана и контролисана од државе у односу на емисију националних и страних обвезница. Разлог томе је што емисија еврообвезница не погађа директно националну валуту земље у којој се те обвезнице емитују. У односу на стране обвезнице, еврообвезнице су новијег датума, али је њихово тржиште веома брзо расло.

Светска тржишта акција. Америчко тржиште акција је дуго година било највеће тржиште акција на свету. Данас, међутим, постоји много берзи акција на којима се остварује промет огромних вредности. Инвеститори широм света заинтересовани су за куповину акција страних предузећа. Из тог разлога основани су инвестициони фондови у многим земљама специјализовани за трговање на страним тржиштима акција. Домаћи инвеститори с једнаком пажњом прате кретање цена акција, како на домаћем тако и на иностраним тржиштима.

Интернационализација финансијских тржишта има велики утицај на привреду свих земаља. Када странци купују акције наших предузећа, они инвестирају у нашу привреду, а када купују наше дужничке хартије од вредности, позајмљују свој новац нашим зајмотражиоцима. Када, рецимо, обвезнице које је емитовала нека држава купују страна лица, она тиме учествују у покривању буџетског дефицита те државе. Без иностраних средстава многе привреде у свету би расле знатно спорије, и теже превладавале кризне циклусе.

Интернационализација финансијских тржишта омогућила је брз проток новца између инвеститора и штедиша широм света.

Организација домаћег финансијског тржишта

Финансијско тржиште у Србији добило је нови правни оквир доношењем **Закона о тржишту капитала**, који је ступио на снагу 17. новембра 2011. године.³ Овај Закон уводи бројне новине, па и у делу који се односи на организацију финансијског тржишта. У њему су регулисани: јавна понуда и секундарна *трговина* финансијским инструментима; *тржишта* финансијских инструмената; *учесници* на тржишту капитала; организација и надлежност *Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности* (у даљем тексту Централни регистар хартија од вредности, или само Централни регистар); *Комисија за хартије од вредности* и друго.

У складу са овим законом, **финансијски инструменти** обухватају: преносиве хартије од вредности (акције, обвезнице и друго); инструменте тржишта новца (резорски, благајнички и комерцијални записи; сертификати о депозиту); јединице институција колективног инвестирања; финансијске деривате, односно изведене финансијске инструменте (опције, фјучерси, свопови, форварди и други); и друго.⁴ Овако дефинисани појам финансијских инструмената не односи се на: полисе осигурања и реосигурања; финансијске инструменте који се издају поводом промета роба и услуга (меница, чек, писани упут-асигнација, коносман, товарни лист, складишница); друге исправе о дугу, новчаном депозиту или штедњи које немају својства финансијских инструмената; уделе у ортачком, командитном и друштву са ограниченом одговорношћу.

Под **преносивим хартијама од вредности** домаћи законодавац подразумева све врсте хартија од вредности којима се може трговати на тржишту капитала, изузев инструмената плаћања. Преносиве хартије од вредности укључују пре свега: *акције* друштва или друге хартије од вредности еквивалентне акцијама друштва, као и депозитне потврде које се односе на акције; *обвезнице* и друге облике секјуритизованог дуга (претварање дуга у хартије од вредности), укључујући и депозитне потврде које се односе на наведене хартије; другу хартију од вредности која даје право на стицање и продају такве преносиве хартије од вредности или на основу које се може обављати плаћање у новцу. Акције спадају у власничке хартије од вредности, док су обвезнице дужничке хартије од вредности.

У складу са новим законом, домаће тржиште хартија од вредности подељено је на: регулисано тржиште, мултилатералну трговачку платформу (МТП тржиште) и ОТЦ тржиште (*Over the Counter Market*).

³ *Службени гласник РС*, бр. 31/2011.

⁴ Видети: члан 2. Закона о тржишту капитала.

Регулисано тржиште је мултилатерални систем који организује, односно којим управља овлашћени организатор тржишта. Овај систем омогућава и олакшава спајање интереса трећих лица за куповину и продају финансијских инструмената. Да би одређена акција била листирана на регулисаном тржишту неопходно је да испуњава најстроже услове. Регулисано тржиште представља супституцију берзанском тржишту. *Организатор тржишта* је лице које управља, односно обавља делатност у вези са функционисањем регулисаног тржишта, а организатор тржишта може бити и само регулисано тржиште.

МТП тржиште (Мултилатерална трговачка платформа) представља мултилатерални систем који организује, односно којим управља организатор тржишта или инвестиционо друштво. Постојање овог тржишта омогућава и олакшава спајање интереса трећих лица за куповину и продају финансијских инструмената. МТП тржиште можемо упоредити са организованим ванберзанским тржиштем.

ОТЦ тржиште (*Over the Counter Market*) је секундарно тржиште за трговање финансијским инструментима које не мора да има организатора тржишта. Дакле, у складу са домаћим законом, ово тржиште представља облик ванберзанског тржишта, које може бити организовано и неорганизовано. Трговина на овом тржишту подразумева преговарање између продаваца и купаца финансијских инструмената у циљу закључења трансакције, односно слободно уговарање купопродаје одређеног финансијског инструмента. Предмет трговања на ОТЦ тржишту могу бити сви финансијски инструменти, чије трговање на регулисаном тржишту није обавезно, односно који су искључени са регулисаног и МТП тржишта, као и дужничке хартије од вредности, којима се, као изузетак од правила, може трговати истовремено на регулисаном, односно МТП и ОТЦ тржишту.

Примарна понуда (продаја) хартија од вредности јесте прва понуда (продаја) хартија од вредности, чиме хартија стиче свог првог власника. Ова продаја хартија од вредности обавља се на тзв. примарном тржишту. *Секундарна понуда (продаја) хартија од вредности* јесте свака друга и наредна понуда (продаја) већ стечених хартија од вредности. Она се обавља на тзв. секундарном тржишту. Примарна и секундарна продаја хартија од вредности могу се вршити на основу јавне понуде издаваоца, односно власника, а на супрот томе постоји продаја без јавног позива. Под термином *јавна понуда хартија од вредности* подразумева се емисија и продаја хартија од вредности коју прати објављивање свих битних информација у вези са понуђеним хартијама од вредности, на основу којих сви заинтересовани купци могу одлучити да у њих инвестирају. Јавна понуда хартија од вредности подразумева јавни позив, упућен потенцијалним инвеститорима, да изврше упис и уплату хартија од вредности, у поступку примарне продаје, или да купе хартије од вредности, у поступку секундарне продаје.

Подаци о емитованим хартијама од вредности (на које се односи Закон о тржишту капитала), и њиховим власницима, налазе се у Централном регистру хартија од вредности. *Као издаваоци (емитенти) хартија од вредности* и других финансијских инструмената на домаћем тржишту могу се јавити домаћа и страна правна лица. *Јавно друштво* је, у складу са домаћим законом, издавалац који испуњава бар један од следећих услова: 1) успешно је извршио јавну понуду хартија од вредности или 2) чије су хартије од вредности укључене у трговање на регулисаном тржишту, односно домаћем МТП тржишту.

Домаћи Закон о тржишту капитала из 2011. године, по први пут код нас регулише рејтинг агенције. У складу са овим законом, *рејтинг агенција* је овлашћено правно лице које даје мишљење о будућој способности издаваоца, односно дужника да благовремено и у потпуности измири своје финансијске обавезе, а на основу унапред утврђеног и јасно одређеног система рангирања. Мишљења рејтинг агенција олакшавају одлуке инвеститора у вези са куповином конкретних финансијских инструмената, с обзиром на то да ове агенције процењују стабилност издаваоца хартија од вредности, и њихову способност да измирију обавезе лицима која су купила њихове финансијске инструменте. Од квалитета рада ових агенција у великој мери ће зависити понашање инвеститора на домаћем тржишту хартија од вредности.

Тржиште девиза

На *тржишту девиза* обавља се конверзија (замена) валуте једне земље за валуту друге земље (рецимо, замењујемо динаре за евре). Другим речима, на овом тржишту користи се валута једне земље за куповину валуте друге земље. Под тржиштем девиза не подразумевамо тачно одређено место за трансакције. Ове трансакције се, по правилу, обављају у директним контактима продаваца и купаца, или посредовањем банака.

Девизни курс представља однос, на основу којег се може заменити валута једне земље, за валуту друге земље. Другим речима, девизни курс представља цену валуте једне земље изражену у јединици валуте друге земље. На основу односа понуде и тражње страних валута, формира се девизни курс, на девизном тржишту. Флуктуације на девизном тржишту имају велики утицај на националну економију.

Флуктуације девизног курса могу бити значајне. У одређеном периоду национална валута може јачати у односу на иностране, у другом може слабити, или може бити стабилна. Свака промена девизног курса има директан утицај на потрошаче јер се тиме мења цена увезене робе. Када, рецимо, динар слаби повећава се цена иностраних валута а тиме се повећава и цена робе коју увозимо. Са друге стране, јачање динара снижава цену увезене робе, али у исто време поскупује нашу робу коју извозимо у друге земље.

Учесници на тржишту девиза јесу: предузећа, Централна банка, пословне банке, појединци, институционални инвеститори. Централна банка интервенише на овом тржишту ради заштите курса националне валуте. Цене на тржишту девиза, као и све друге цене, формирају се на основу односа понуде и тражње. Основни фактори који утичу на понуду и тражњу, на тржишту девиза, а тиме и на формирање девизног курса, јесу: стопе инфлације, каматне стопе и интервенције централне банке.

Промена девизних курсева зависи од *промене стопе инфлације* посматраних земаља. Ако цене у једној земљи порасту више, у односу на цене у другој земљи, валута прве земље требало би да депресира (изгуби на вредности), у односу на валуту друге земље. И обрнуто, општи пад цена, у једној земљи, у односу на другу земљу, требало би да изазове апресијацију њене валуте, у односу на валуту друге земље. Ово правило посебно би требало да важи за дужи рок.

Промена каматних стопа требало би да има утицаја на промену у токовима капитала између посматраних земаља. Претпоставимо да каматне стопе у ЕУ расту, у односу на САД. У том случају, тражња за доларима и хартијама од вредности, израженим у доларима, опада, а истовремено долази до раста понуде долара, због његове замене за евро. Оба ова фактора утичу на раст тражње за еврима и пад тражње за доларима. Ове промене на тржишту девиза доводе до пада вредности долара, у односу на евро. У обрнутој ситуацији, раста камата у САД-у, у односу на ЕУ, дошло би до раста вредности долара, у односу на евро.

Централна банка може директно и индиректно утицати на девизни курс. Директан утицај, централна банка врши када купује и продаје девизе, на тржишту девиза, за свој рачун. Тиме она директно утиче на понуду и тражњу девиза, односно на формирање девизног курса. Индиректно, централна банка утиче на девизни курс повећавајући или смањујући количину домаћег новца у привреди, и тиме, кроз смањење или повећање каматних стопа, утиче на промену понуде и тражње на тржишту девиза.

Резиме

На финансијском тржишту привредни субјекти обезбеђују новац за своју потрошњу и инвестиције. Без развијеног финансијског тржишта нема задовољавајућег привредног раста. Поред класичног начина повезивања штедиша и инвеститора посредством банкарског система, постоји и могућност њиховог повезивања емисијом и продајом различитих хартија од вредности. Овај други начин штедње и позајмљивања новца још увек је недовољно код нас развијен. То се нарочито односи на дугорочни трансфер новца, који се остварује трговањем дугорочним хартијама од вредности, на тржишту капитала. У циљу развоја домаћег финансијског тржишта неопходно је обезбедити стабилност

банкарског система, стимулисање трговине хартијама од вредности, као и промовисање знања о алтернативним могућностима штедње и инвестиција. Дугогодишња констатација да имамо релативно развијено тржиште новца, и недовољно развијено тржиште капитала, указује на то да се, уназад годинама, ништа битније није учинило на развоју домаћег финансијског тржишта.

Prof. Ljubica Nikolić, LL.D.

Full Professor,

Aleksandar Mojašević, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

The Organization of the Financial Market

Summary

The development and stability of financial markets is a precondition for the development of each national economy. Considering the fact that financial markets have been largely internationalized, there is more opportunity for using the foreign capital; on the other hand, it may bring about uncertainty which may overflow from one financial market into another. The financial market essentially involves the processes of lending money either by means of conventional banking channels or by trading in financial instruments. The transfer of money may be exercised in different segments of the financial market. The national legislations use various legal terms to designate certain organizational parts of the financial market. Thus, as compared to the former legislation on this matter, the new Capital Market Act of the Republic of Serbia introduces some new terminology for certain financial instrument markets.

Key words: *financial market, money and capital market, stock-exchange market and over-the-counter market, primary and secondary market, regulated market, multilateral trading platform, OTC market*

ЗАШТИТА ОД БУКЕ¹ – комунална бука и имисија буке -

***Апстракт:** Заштита здраве животне средине и заштита од емисија комуналне буке је шира од заштите од сметања суседа имисијом буке. Међутим, исти квантифицирани критеријум прекомерности штетних утицаја треба применити увек када је то могуће према достигнућима медицинске или техничке науке, нпр. меење буке у децибалима. Правни аспект заштите од прекомерне буке је вишеструк – прекршајни, кривичноправни и грађанскоправни. Директива о процени и управљању буком у животној средини 2002/49/ЕС и Закон о заштити од буке Србије проширују и саму грађанскоправну одговорност, а све у функцији очувања и заштите животне средине.*

***Кључне речи:** бука, комунална бука, имисија буке, заштита.*

1. Уводне напомене

Бука и заштита од буке су један од актуелних правних проблема произашлих из савременог начина живота и као последица индустријализације, која је у праву Европске уније означена као један од водећих еколошких проблема.² Поред тога, бука је и један од могућих облика имисије као суседског права. Зато је тема нашег рада покушај указивања на више различитих правних

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

² Процењује се да је око 20% становништва Западне Европе изложено негативним ефектима буке штетним по здравље. Око 40% популације је изложено нивоу буке већем од 55 дБ(А) - горња граница за стамбена подручја; више од 20% становништва је изложено нивоу буке изнад 65 дБ(А) - горња граница за градски центар, трговачку, административно-управну зону са становима, зону дуж саобраћајница; више од 30% европске популације изложено је нивоу буке преко 55 дБ(А) ноћу, што изазива ометање спавања. В., *European Commission Green paper, COM (96) 540 Final, Brussels, 1996, p.1.* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0540:FIN:EN:PDF>.

аспекта буке и заштите, како од претеране буке као имисије, која има претежно приватноправни карактер, тако и заштите од комуналне буке, која има претежно јавноправни карактер.

Како дефинисати буку? Бука је акустичка енергија која се региструје чулом слуха. Она може потицати из различитих извора (саобраћај, индустрија, грађевински и јавни радови, рекреација, спорт и забава, односно људи, животиње, уређаји итд.). Право се, мање-више, одувек бавило проблемима заштите од буке, почевши од старог римског права и заштитом суседа од имисија прекомерне буке, па до модерног права и заштите од комуналне буке као аспекта заштите животне средине. При томе, непосредни објекат заштите су две друштвене вредности – имовинско право својине и лично право на живот и здравље³ као посебне категорије људских права.

Пораст становништва и њихове међузависности, као и технолошка модернизација живота, постепено су “гасиле” индивидуалистичко схватање својине и неограничене аутономије у вршењу својине. Друштвени развој је условио схватање да правна овлашћења власника морају да се остварују «социјално, саобразно циљу који је променљив са земљама, с временом и с правним односима у питању...»⁴.

Власнику се, поред традиционалних ограничења, као што су суседска права која су се стално развијала - посебно у форми имисија, намећу и нека нова ограничења - попут забране злоупотребе у вршењу права⁵ и др. Такође, шири се и круг јавноправних ограничења, а посебно, у новије време, тзв. еколошким прописима који регулишу забрану или ограничење емисије прекомерних честица код загађења животне средине (бука, загађеност воде, ваздуха итд.). То омогућава двоструку заштиту од прекомерне буке као штетног утицаја – грађанскоправну и јавноправну.

Иако висок проценат непријатних звукова изазива саобраћај и друга комунална бука, она није једина која нас мучи. Прекомерна емисија буке може потицати и из индустријских зона, а грађани се у 85% случајева жале

3 Бука, иначе, оставља последице на живце и ментални склоп, поремећај сна, раздражљивост, хроничну исцрпљеност, главобољу, узнемиреност, поремећај крвотока и притиска. Здравно људско чуло слуха чује и распознаје звукове у фреквенцијском подручју од 16 до 20 000 Хз, при чему је праг слуха од 0 до 25 дБ.

4 М. Марковић, Злоупотреба права, Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада, Београд, 1978, том III, стр. 1008; Више, М. Марковић, diss. La théorie de l'abus des droits en droit comparé, Paris, 1936, pp.128, 140, 151; Након Првог светског рата, преовлађује социјални карактер својине. “Својина обавезује. Њена употреба треба истовремено да служи општој користи» (чл. 153 ст. 3 Вајмарског устава из 1919).

5 *Malitis non est indulgendum* (Celsus - D. 6,1,38); “Заблуда је да је забрана злоупотребе права скорашњег порекла и да се индивидуализам и забрана злоупотребе права искључују” - М. Константиновић, Забрана злоупотребе права и социјализација права, Архив, Београд, 1925; репринт Анали ПФ у Београду, бр. 3-4/1982, стр. 269.

инспекцијама на специфичне изворе галаме, нпр. из кафића, клубова, пекара, ноћне галаме испред зграда на улици, на звуке вентилатора у пекарама и маркетима, звуке који допиру из стругара, циглана или од млевења камена итд. Континуирана бука може озбиљно нарушити опште здравље појединца, квалитет живота и социјалну комуникацију. Зато је ефикасна заштита од буке веома важан показатељ нивоа опште и правне културе у друштву, и битан показатељ владавине права у једној држави.

Битно је направити разлику између емисија буке као штетних утицаја која се односи на штетна дејства у суседским односима и емисија буке као штетних утицаја на животну средину, а што подразумева ширење таквих штетних утицаја и даље од суседових непокретности. У нашем раду бавићемо се претежно прекомерном буком као емисијом, али уз претходни осврт на заштиту животне средине и права на здрав живот од прекомерних емисије комуналне буке.

2. Заштита од комуналне буке

Заштита и унапређење животне средине један су од најзначајнијих проблема са којим се суочава савремено друштво. Заштита од буке је један од сегмената заштите здраве животне средине. У том погледу је у Србији прихваћена неопходност успостављања европских стандарда заштите од буке у циљу обезбеђења заштите и унапређивања квалитета животне средине, заштите људског здравља и обезбеђивања рационалног и „уљудног“ (civiliter) коришћења природних ресурса.

Велики број становника Европе изложен је негативним ефектима буке у животној средини из различитих извора (саобраћај, индустрија, рекреативне активности, итд.), због чега бука представља један од главних проблема животне средине са значајним последицама по здравље становништва. Извори права ЕУ у области заштите животне средине и права човека на здраву животну средину могу се поделити на две основне групе: примарне (основне изворе)⁶ и секундарне (изведене): уредбе, одлуке и упутства (I група) и резолуције, препоруке и мишљења (II група). Ипак, тек Зеленом књигом Европске комисије (1996)⁷, проблеми са буком су експлицитно дефинисани као проблеми животне средине

6 Примарни извори су tzv. osnivački ugovori: Pariski (1951), Rimski (1958), Jedinstveni evropski akt (1986), Mاستrihtski sporazum (1992, daje značajna ovlašćenja EU u oblasti životne sredine). U ugovoru iz Amsterdama (1997) održivi razvoj je eksplicitno definisan kao cilj Zajednice. EU je obavezna da stremi visokoj meri zaštite i poboljšanju kvaliteta životne sredine (čl.2 UoEZ) i kod svih mera uzme u obzir njene interese (čl.6 UoEZ). Ugovorom iz Nice (2001) nastavljena je tendencija intenzivnih i sveobuhvatnih napora EU u očuvanju i unapređenju životne sredine итд.

7 Commission of the European Communities. (1996) Future noise policy – European Commission Green paper, COM (96) 540 Final, Brussels, 04.11.1996. p.1.<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0540:FIN:EN:PDF>

и започела је расправа о политици у области буке и даљим мерама. Зеленом књигом су утврђена два правца деловања:

- општа политика у области заштите од буке (заједнички методи за процену изложености буци, установљивање заједничког индекса изложености буци, ограничавање преноса буке итд.) и

- смањивање емисија буке на извору (друмски, железнички и ваздушни саобраћај и код буке од опреме која се користи на отвореном простору). Најзначајнији део политике ЕУ у овој области усмерен је ка смањивању буке путем увођења обавезних техничких стандарда, односно установљивања граничних вредности емисије за поједине производе (моторна возила, мотоцикли, авиони, кућни апарати, различита опрема, итд.).

Европска унија означава комуналну буку као један од главних проблема здраве животне средине.⁸ Листа прописа ЕУ у области буке обухвата 13 аката различите врсте.⁹ Прописи ЕУ у области контроле буке из специфичних извора могу бити подељени у четири категорије којима су обухваћени извори буке из моторних возила, авиона¹⁰, различитих уређаја и опреме на отвореном простору¹¹. Тако, Директива Савета 70/157/ЕЕ С о уједначавању права држава чланица у вези са допуштеним нивоом звука и издувним системом моторних возила,¹² од 6. фебруара, 1970. године, предвиђа да се ова правила Заједнице примењују на моторна возила намењена за друмски саобраћај, са најмање четири точка, чија максимална пројектована брзина прелази 25км/х, осим возила на шинама, пољопривредних и шумских трактора и мобилних машина. Лимит за ниво буке механичких делова и издувних система возила је 74 dB(A) за моторна возила, а 80 dB(B) за остала возила.

Ипак, општи карактер у области заштите од буке у ЕУ има Директива о процени и управљању буком у животној средини 2002/49/ЕС од 25. јуна, 2002.

8 Животна средина је природно окружење: ваздух, вода, земљиште, животињски и биљни свет; појаве и деловања: клима, јонизујућа и нејонизујућа зрачења, бука и вибрације; окружење које је створио човек: градови и друга насеља, инфраструктурни, индустријски и други објекти, укључујући и историјско-културну баштину.

9 Videti. <http://eur-lex.europa.eu/en/legis/latest/chap15102040.htm> (datum pristupa: 10.09.2010).

10 Директива 2002/30/ЕЗ о установљивању правила и процедура у погледу увођења оперативних ограничења буке на аеродромима Заједнице прописује правила ради увођења оперативних ограничења којима се смањују нежељени ефекти буке и друге мере из чл. 1. Државе чланице имају обавезу да обезбеде рад органа (тела) која су одговорна за питања која Директива регулише (члан 3).

11 Директива 2000/14/ЕС (ОЈ L 162, 3.7.2000, р. 1–78), у анексима, поред дефинисања опреме на које се односи Директива, даје детаљне податке које декларација о усклађености мора да садржи, прописују методе за мерење јачине буке коју емитују ове машине, прописују модели обележавања (“ЦЕ”) усаглашености и означавања гарантованог нивоа снаге буке итд.

12 Council Directive 70/157/EEC of 6 February 1970, OJ L 42, 23.2.1970, p. 16–20.

год.¹³ Уз Директиву иду и одређени Прилози.¹⁴ Општи циљ Директиве 2002/49/ЕС је дефинисање заједничког приступа намењеног првенствено избегавању, спречавању или смањивању штетних деловања услед изложености буци у животној средини, укључујући сметње изазване буком. Директивом (чл. 1) је “бука у животној средини” дефинисана као нежељени или по здравље штетни звук у спољашњем простору изазван људским активностима, укључујући буку коју емитују превозна средства, путнички, железнички и ваздушни саобраћај, као и буку из подручја с индустријским делатностима.

На основу Директиве, државе чланице обавезне су да на одговарајућим нивоима именују надлежне власти и тела одговорна за примену Директиве, а нарочито да спроведу акције: установљавање изложености буци изразом карата буке заједничким методама процене држава чланица; прикупљање карата буке и акционих планова и обезбеђивање да информације о буци у животној средини и њеном деловању буду доступне јавности; обавезу примене индикатора буке и бројних других активности; усвајање акционих планова од стране држава чланица, а у сврху спречавања и смањивања буке у животној средини - нарочито где нивои изложености могу изазвати штетна деловања на људско здравље итд.

Један од циљева утврђених у чл. 7. т. 1. Шестог акционог програма Заједнице у области заштите животне средине односи се на смањивање броја људи који су дугорочно угрожени надпросечним нивоом буке а нарочито буке из саобраћаја.¹⁵

Основни извор националног права Србије у области буке је Закон о заштити од буке у животној средини¹⁶. Поред овог закона, област заштите од буке уређена је Законом о ваздушном саобраћају¹⁷. Овome треба додати и техничке прописе за моторна возила и машине. За област буке у Србији надлежни су МЖСПП, Агенција за заштиту животне средине и МИ (бука из моторних возила и опреме за спољну употребу, косилица, односно одређених машина).

¹³ Directive 2002/49/EC of the European Parliament and of the Council of 25 June 2002, (OJ L 189, 18.7.2002, p. 12–25),

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:189:0012:0025:EN:PDF>;

<http://www.emins.org/sr/publikacije/knjige/11-vodic-kroz-eu-politike-zivotna-sredina.pdf>.

¹⁴ У Прилогу I уз Директиву прописани су индикатори буке, у Прилогу II методе процене индикатора буке, у Прилогу III методе процене штетног деловања буке, у Прилогу IV минимални захтеви за израду стратешких карата буке, у Прилогу V минимални захтеви за акционе планове и у Прилогу VI подаци који се шаљу Комисији.

¹⁵ Decision No 1600/2002/EC of the European Parliament and of the Council of 22 July 2002 laying down the Sixth Community Environment Action Programme, (OJ L, 242, 10.09.2002), str. 10.

¹⁶ „Службени гласник РС” бр. 36/09, који делимично преноси Директиву 2002/49/ЕЗ о процени и управљању буком у животној средини.

¹⁷ „Службени гласник РС”, бр. 73/2010.

Функционисање савремене цивилизације је немогуће без примене многобројних техничких достигнућа чије је функционисање спојено са опасношћу од наступања разноврсних штетних последица. Те штетне последице врло често погађају и животну средину. Савремено друштво мора толерисати бројне ризике без којих се не може замислити цивилизацијски живот и напредак. Зато је неопходно поставити одређена правила која морају да поштују корисници савремене технологије и вршиоци бројних услуга да би се спречило загађивање животне средине, а ако се и допусти одређено загађење животне средине које се мора подносити да би се обезбедио друштвени напредак, да се обезбеди одређени минимум заштите. Ови ефекти се могу остварити осигурањем прекршајне, кривично-правне и грађанско-правне заштите и бројним мерама превенције.

Кривично правна заштита животне средине је крајња, али истовремено веома ефикасна и више него нужна, мера. Директива 2008/99/ЕЗ о заштити животне средине путем кривичног права прописује мере које државе чланице треба да предузму у области кривичног права, у складу са ставом Савета Европе да се ради ефикасније заштите животне средине успостави кривична одговорност у случајевима “озбиљног загађења или довођења у опасност животне средине“. Директива 2008/99/ЕЗ од 19.11.2008. године, прописују мере које државе чланице треба да предузму у области кривичног права, а ради ефикасније заштите животне средине.¹⁸ Ова Директива је ступила на снагу 26.12.2008. године и требала је да буде имплементирана у законодавства држава чланица до 26.12.2010. године.

Поштујући принцип *nullum crimen, nulla poena sine lege*, неопходно је да законом буде унапред предвиђено која понашања човека у области заштите животне средине и заштите од буке могу да се квалификују као кривично дело и за њих предвиде кривичне санкције и услови њихове примене. У сршском Кривичном Законик¹⁹ из 2006 г., први пут су на једном месту сврстана сва кривична дела која имају за циљ заштиту животне средине – „Кривична дела против животне средине“. Кривичним делима против животне средине се не штите као раније класична људска права, а то су живот и здравље, већ самостално добро - животна средина, тачније право човека на очувану животну средину. У Кривичном Законик Републике Србије постоји осамнаест кривичних дела против животне средине, која се налазе у глави двадесет четвртој Законика. Кривична дела за заштиту животне средине која се могу користити и код заштите од буке, могу бити: непредузимање мера заштите животне средине

18 О томе, М. Костић, „Еколошки криминал и његово сузбијање“, Правни живот, бр. 10/2009, стр. 175-182; Ж. Ђ. Бјелајац, Д. Дашић, М. Спасовић, Еколошка политика ЕУ и њен кривично-правни оквир UDK: 341.4:502/504:061, октобар 2011. DOI:10.2298/MEDJP1104567B итд.

19 «Сл. гласник РС», бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009 и 111/2009.

(чл. 261); оштећење објеката и уређаја за заштиту животне средине (чл. 263) и повреда права на информисање о стању животне средине (чл. 268).

Поред тога, посебним законима може бити предвиђена управноправна, кривичноправна или грађанскоправна заштита. Тако, Законом о заштити животне средине су предвиђени привредни преступи и прекршаји који су санкционисани. Норме права животне средине су специјалног карактера и имају предност у односу на опште норме осталих грана права (*lex specialis, derogat legi generali*). Закон о заштити животне средине²⁰ се у члановима од 102 до 108 бави питањима одговорности за загађивање животне средине.

Законом о заштити од буке у животној средини РС,²¹ започета је имплементација Директиве 2002/49/ЕЗ о процени и управљању буком у животној средини. Поред закона и донетих подзаконских прописа, област заштите од буке уређена је и посебним законима који регулишу специфичне облике буке. Тако, Закон о ваздушном саобраћају,²² затим технички прописи за моторна возила и машине. Усвојени су и бројни подзаконски прописи којима се имплементирају Директиве 89/629/ЕЕЗ; 2002/30/ЕЗ и 2006/93/ЕЗ.

Директива 2002/49/ЕЗ се примењује на буку којој су људи изложени посебно у градским/урбаним подручјима, у јавним парковима или другим тихим подручјима у агломерацији, у тихим подручјима у природи, поред школа, болница и других зграда и подручја осетљивих на буку. Међутим, Директива о процени и управљању буком у животној средини 2002/49/ЕЗ се не примењује на буку коју изазива особа изазивач буке, буку од свакодневних активности домаћинства, буку коју изазивају комшије, буку на радном месту, буку унутар превозних средстава или буку од војних активности у војним подручјима (чл. 2). На ове случајеве се примењује грађанскоправна заштита од буке.

У погледу грађанскоправне заштите животне средине и заштите од буке, уколико у конкретном случају не постоји неко посебно правило садржано у праву животне средине, могу се применити одговарајуће грађанско-правне одредбе из Закона о заштити животне средине, Закона о облигационим односима и Закона о основама својинско-правних односа. Наиме, ради се примени члана 102 до 108 Закона о заштити животне средине (одговорност за загађивање, одговорност за штету уз сходну примену ЗОО) или општом заштитом од имисија. Заштита од буке путем опште грађанскоправне заштите од имисија врши се применом чл. 5 Закона о основама својинско-правних односа и чл. 156 Закона о облигационим односима. О заштити од буке као имисије говоримо у наставку рада.

²⁰ «Сл. гласник РС», бр. 135/2004, 36/2009, 36/2009 - др. закон, 72/2009 - др. закон и 43/2011 - одлука УС.

²¹ „Службени гласник РС” бр. 36/09.

²² „Службени гласник РС”, бр. 73/2010.

3. Имисије и имисија буке

Подимисијама се подразумевају утицаји који долазе са једне непокретности на другу, суседну, који су материјалне природе и који се могу опазити чулима. Преносе се природним путем са једног земљишта на друго посредством воде, земље или ваздуха. Имисије могу бити проузроковане преношењем дима, непријатних мириса, топлоте, чађи, потреса, буке, отицања отпадних вода или слично.²³ Да би омогућиле право на заштиту, морају да проузрокују знатну штету власнику суседне непокретности на начин да оштећују ствари које се налазе на том земљишту или саму непокретност - тако што умањују њене приносе, умањују вредност земљишта и сл., или проузрокују штету лицима која на њему бораве – нпр. сметња буком, мирисом итд.

У упоредном праву се као имисије третирају како „непосредни прекомерни штетни утицаји, тако и посредни штетни утицаји“²⁴. Непосредни утицају су грубе физичке провале у простор некретнине, попут бацања камена, разних лоптица, грана, стоке, отпалог грађевинског материјала, постављање крана и сл. на суседну непокретност. Као посредно штетне имисије третирају се случајеви светлећих реклама и биоскопског снопа који штете суседу; јонизирајуће зрачење (радијација); крчење заштитне шуме против ветра код шумског земљишта; прерада тканине на суседном земљишту која контаминира воду или земљу; издувни гасови који од суседа потичу и сл.²⁵

Међутим, под појмом имисија се не сматрају чисто психичка дејства на власника која повређују моралне или естетске осећаје (нпр. градња високе куће, градња рампе или одузимање видика). За оваква сметања може се захтевати умањење штетног утицаја на допуштену меру и накнада штете.

Право на заштиту се не признаје и код постојања идеалних имисија, иако субјективно сметају суседу. Идеалне имисије се могу јавити у форми проузроковања згражавања, љутње, повреде спољњег изгледа, естетских повреда итд. Тако, у аустријском праву²⁶, подизање једног ноћног купалишта, бордела или сметлишта или заклањање суседове непокретности није могуће спречити путем стварноправне заштите од имисија. У оваквим случајевима се може захтевати поштовање јавноправних прописа везаних за заштиту од буке и других прописе о заштити еколошке средине или грађевинских прописа и накнада штете.

23 В., Пресуду Врховног суда Србије, Рев. 2357/00 од 14. 02. 2002. г., ParagrafLex-a. <http://www.paragraf.rs/arhiva>.

24 В. § 364 ст. 2. ABGB. Оппирније, Е. Feil, Privates Nachbarrecht und Immissionen, Eine systematische Darstellung für die Praxis unter Berücksichtigung des ZivRÄG 2004 und der ZivVerfNov, Wien, 2005, Rz. 15, str. 68.

25 Примери из аустријске судске праксе, цит. према Е. Feil, цит. дело, стр. 69.

26 Е. Feil, цит. дело, Rz. 15, стр. 70.

Заштита се пружа само од прекомерних имисија. Због тога је код имисија веома важно одредити мерило за утврђивање „прекомерности“ штетних утицаја са суседове непокретности, односно за процену да ли се ради о недозвољеним радњама – које се не морају трпети, или о дозвољеним штетним утицајима, тзв. иделаним имисијама - које се у датом окружењу морају трпети. Да ли је бука која допире са суседове непокретности или загађивање ваздуха или земљишта допуштено или не, зависи од тога да ли су утицаји на суседа претерани. Прекомерност имисија се одређује коришћењем правног стандарда - месне уобичајености коришћења непокретности одређене природе и намене која процену препушта судији и стандардима одговарајуће струке уз процену вештака.

„Месно уобичајено коришћење“ је правни стандард који се мења од „места до места“, зависно од тога да ли се земљиште или зграда на том земљишту налази у селу, граду, бањском лечилишту или викенд насељу, али и од намене зоне у поједином насељу - стамбена четврт или индустријска зона града (нпр. одређени ниво буке или дима месно уобичајен у индустријској зони града, прекомеран је у зони у којој се налази медицинска установа или стамбено насеље). Коришћење земљишта са кога имисије произилазе је месно уобичајено ако је исто са коришћењем већине земљишта у суседном окружењу. За утврђивање месне уобичајености коришћења непокретности узима се у обзир она са које имисије произилазе. Међутим, „ако постоји јавно одобрење за рад, води се рачуна о утицају – непосредном и посредном учинку на људе, животиње, биљке и животни простор као што су земљиште, ваздух, вода и клима“.²⁷

У новије време се, уместо правног стандарда у коме је, ма како објективизиран, садржан и елемент субјективне процене (мера просечне осетљивости човека), приступа се техничко-технолошкој квантификацији појединих имисија. Тако се на основу техничких стандарда егзактних наука и медицине, у погледу штетности на еколошку средину и здравље човека, утврђују прецизне граница штетности и мере подношљивости појединих имисија. Нпр. код заштите од буке – одређивањем висине децибела и мерењем се утврђује да ли бука на појединим местима прелази постављене стандарде границе подношљивости; код органског или неорганског хемијског отпада итд.²⁸ Мера просечне подношљивости човека може бити релативна²⁹, а

²⁷ Е. Feil, цит. дело, Rz. 13, str. 64.

²⁸ О томе, Д. Лепетић, Штетне имисије и природно право, Правни живот, Београд, 9/1995, стр. 382.

²⁹ Тако, један од најважнијих штетних медицинских ефеката комуналне буке јесте ометање спавања, при чему су најугроженије особе са високо израженом осетљивошћу на буку (10% становништва) и умереном осетљивошћу на буку (20% становништва). Поремећаји спавања се могу јавити код изложености нивоу буке већем од 40 dB, а код више од 50 dB су далеко чешћи.

квантитетом нечега (количина, множина, величина) се то објективизира. Ове мере су посебно применљиве код штетних утицаја чије материјалне честице уједно могу представљати како имисије, тако и угрожавање еколошке средине која се штити прописима јавног права, као што је заштита од емисије и имисије буке.

У важећем српском законодавству регулатива имисија по чл. 5 ЗОСПО је недовољна за ефикасну грађанскоправну заштиту и захтева одређене измене и допуне. У Нацрту законика о својини и другим стварним правима³⁰ предложено је потпуније регулисање права на заштиту и облици заштите: „*Власник непокретне ствари, чије је коришћење отежано преко мере уобичајене с обзиром на природу и намену непокретне ствари и месне прилике, штодљивим утицајем који потиче од радње или извора са суседне непокретне ствари (бука, прашина, дим, чађ, мирис, отпадна вода, потрес, топлота, светлост, електромагнетни таласи и сл.), може захтевати од њеног власника да се од радње уздржи, односно извор утицаја отклони. На суседско право сходно се примењују одредбе о заштити својине*“.³¹

Мишљења смо да је код одређивања стандарда прекомерности требало додати и критеријум времена вршења имисија, како је то урадио хрватски законодавац.³² Наиме, време вршења појединих имисије, одређује и мерило границе подношљивоти. Нпр. код буке ниво нужне толеранције није исти током дана и ноћи.

4. Заштита од буке као имисије

Примарна грађанскоправна заштита од имисија је стварноправна заштита која се реализује у поступку по негативној тужби, чл. 5 Закона о основама својинско правних односа³³. Карактерише је захтев за престанак неоснованог узнемиравања својине од стране трећих лица. Стварноправна заштита од

30 Нацрт Законика о својини и другим стварним правима је израдила радна група на челу са председником проф. В. В. Водинелићем. В., Ка новом стварном праву Србије, Београд, 2007.

31 Српски Нацрт законика о својини и другим стварним правима из 2006 је у Делу пет - Суседска права, предвидео забрану „штодљивих утицаја“ како је назвао имисије.

32 Čl. 110 ZVSP RH: „Nitko se ne smije služiti ni koristiti nekretninom na način da zbog toga na tuđu nekretninu slučajno ili po prirodnim silama dospiju dim, neugodni mirisi, čađa, otpadne vode, potresi, buka i sl., ako su prekomjerni s obzirom na namjenu kakva je primjerena toj nekretnini s obzirom na mjesto i vrijeme, ili izazivaju znatniju štetu, ili su nedopušteni na temelju odredaba posebnoga zakona (prekomjerne posredne imisije).

33 «Сл. лист СФРЈ», бр. 6/80 и 36/90, «Сл. лист СРЈ», бр. 29/96 и «Сл. гласник РС», бр. 115/2005 - др. закон.

имисија подразумева неовлашћену повреду својине, иако се и у негативном дејству на људе може огледати.³⁴

Тужбу због узнемиравања права својине (*actio negatoria*) подиже власник у случају повреде својине које ограничава а не искључује власника у вршењу својинских овлашћења, односно не представља одузимање ствари. У нашем праву ову тужбу може подићи не само власник, већ и претпостављени власник, односно квалификовани држалац, ако су имисије такве да се њима отежава коришћење непокретности преко мере која је уобичајена с обзиром на природу и намену непокретности и на месне прилике, или којима се проузрокује знатнија штета.³⁵ Код етажне својине, право на заштиту од имисија припада сваком власнику под општим условима – да коришћење суседне непокретности премашује месну границу толеранције у коришћењу предмета етажне својине. Мишљења смо да поред власника, активну легитимацију негаторне тужбе треба признати и другим непосредним држаоцима, осим детенторима. Тужени је лице које својим чињењем (или нечињењем, ако је обавезан на чињење) узнемирава власника у вршењу права својине.

Тужба због узнемиравања права својине може се подићи ако су сметње без правног основа, односно противправне. Узнемиравање, као основ негаторног захтева, омогућава заштиту власника овом тужбом ако има трајан карактер или се понавља, односно ако је узроковало настанак одређеног стања узнемиравања својине. Тужбом се захтева престанак узнемиравања и повраћај у пређашње стање, као и забрана даљег узнемиравања ако се према приликама може очекивати да ће се оно поновити. Уколико се узнемиравање са суседове непокретности не могу искључити, од њиховог емитента се може захтевати да их сведе на уобичајену меру. Право на подношење негаторне тужбе не застарева.

Међутим, ако услед имисије дође и до проузроковања штете, поред или и без стварноправне заштите, емитент је дужан да је накнади (облигационоправна заштита). „Захтев за накнаду штете се заснива на објективној одговорност из чл. 173. ЗОО, што значи да се доказује узрочна веза између настале штете и опасне делатности. Одговорно лице је увек узрочник штете, без обзира на његов правни статус.“³⁶

Поред стварноправне заштите негаторном тужбом – чији је циљ отклањање или смањење сметања и класичне облигационоправне заштите - права на накнаду штете која је проузрокована радњама узнемиравања, власник

³⁴ Тако, постављање од суседа (власника или корисника) сигурносних камера или уређаја за прислушкивање на свом прозору, који „продиру“ у башту суседа и иритирају суседа или његове госте, неће моћи да се отклони стварноправним захтевом и није предмет заштите од имисија, већ ће се решавати кроз питање заштите личности и приватне сфере. Пример наведен код Е. Feil, цит. дело, Rz. 15, стр. 69.

³⁵ Види чл. 42. ст. 1. ЗОСПО и чл. 5. ЗОСПО.

³⁶ Д. Лепетић, цит. дело, стр. 385.

или претпостављени власник има право и на специфичну облигационоправну заштиту - на захтев за отклањање извора опасности. „Може се рећи да се негаторном тужбом која има свој основ у чл. 5 ЗОСПО и захтевом за уклањање извора опасности по чл. 156. ЗОО од проузроковања знатније штете, остварује заштита истих вредности – својине и њеног слободног вршења.³⁷

Међутим, ове тужбе се знатно разликују. Негаторна тужба се не може подићи у случају када до узнемиравања није уопште дошло, али власнику и тада стоји на располагању захтев из чл. 156 Закона о облигационим односима³⁸. Отуда закључак „да је нагаторни захтев садржан у захтеву за уклањање опасности од знатније штете, али не и обрнуто. Правни објект заштите негаторном тужбом је ужи од оног из чл. 156. ЗОО“³⁹.

Заштита од имисија се, поред својинских, може захтевати и државинском тужбом због сметања државине.⁴⁰ Тако, у принципу, претерана светлост, бука, смрад, прашина и сл. представљају сметање државине непокретности ако доводе до ограничења коришћења суседове непокретности. Ипак, државинска тужба је секундарног карактера код заштита од имисија.

Основ облигационоправног захтева из чл. 156 ЗОО лежи у опасности од проузроковања знатније штете.⁴¹ Овај захтев је шири по свом домашају од негаторног захтева. Облигационоправну заштиту по чл. 156. ЗОО може захтевати свако лице ако њему или неодређеном броју лица од недозвољене делатности прети знатна штета, а ако се ради о дозвољеној делатности, ако прети штета која прелази нормалне границе. Значи, број лица који га могу користити је неограничен, па се ова тужба, с правом, сматра тужбом која има карактер народне или популарне тужбе. Кривица туженог није услов одговорности, јер се у овим случајевима ради о опасној ствари или опасној делатности за које закон предвиђа објективну одговорност. Одговорност из чл. 156 ЗОО је одговорност без кривице, без штете, па чак и без стварне узрочне везе између радње одговорног лица и штете.

37 В. Strohsack, Imisije – odnos između stvarnopravne i obveznopravne zaštite, „Naša zakonitost“, Zagreb, бр. 9-10/1990, стр. 1164.

38 «Сл. лист СФРЈ», бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и «Сл. лист СРЈ», бр. 31/93.

39 Р. Ковачевић Куштримовић, Захтев да се уклони опасност штете, Правни живот, Београд, 9-10/1992, стр. 1225.

40 О допуштености државинске тужбе због имисија постоје и другачији ставови. Тако, В. Strohsack, Vlasništvo i druga prava u praksi, zbornik radova, „Narodne novine“, Zagreb, стр. 225-235, цит. по Д. Лепетић, цит. дело, стр. 382.

41 Ради се о реалној опасности од наступања знатније штете - штета још није наступила, али су могућности њеног наступања стварне и очигледне. Тужилац мора доказати постојање узрочне везе између извора опасности и претеће штете као и да се претња наступања штете или узнемиравање нису могли спречити другим одговарајућим мерама.

Приглази да се члан 156. Закона о облигационим односима може применити и на имисије и на емисије штетних утицаја на животну средину. Тужбу у парничном поступку у смислу члана 156 Закона о облигационим односима може поднети свако лице, без обзира да ли је он директно и непосредно угрожен или не. Ову тужбу може поднети и онај који није директно и непосредно угрожен неком штетном радњом, али само под условом да прети наступање опасности неодређеном броју лица. Ради се о кондемпнаторној тужби којом тужилац тражи од суда да се тужени обавезе на неко чињење или нечињење. Нпр. тужилац овом тужбом може да тражи да се уклони извор опасности, да се обустави делатност од које произилази узнемиравање или опасност штете, да се нареди туженом да предузме одговарајуће мере за спречавање настанка штете или узнемиравања и да се отклони извор опасности.

У погледу накнаде штете, посебним законом је предвиђено право на накнаду штете. Тако, према Закону о заштити животне средине, свако ко претрпи штету има право на њену накнаду (чл. 107). Захтев се може поднети непосредно загађивачу или осигуравачу, односно финансијском гаранту загађивача код кога је настао удес. У случају да је за штету одговорно више загађивача а при том није могуће одредити њихове уделе у насталој штети, сви они трошкове снос солидарно и посебно. Покретање поступка за накнаду штете застарева за три године од када је оштећени сазнао за штету и учиниоца штете. У сваком случају ово потраживање застарева за 20 година од када је штета настала. Поступак пред судом за накнаду штете је хитан. Република задржава право на накнаду штете ако нема других лица која имају то право. На питања о одговорности за штете нанете животној средини која нису посебно уређена Законом о заштити животне средине, сходно се примењују општа правила из Закона о облигационим односима.

У случају кад је штета већ наступила тужилац може тражити накнаду материјалне и нематеријалне штете. Да би успео у тужбеном захтеву тужилац мора доказати пред надлежним судом да је претрпео имовинску или неимовинску штету преко нормалне границе. Тужилац је овлашћен да у тужбеном захтеву тражи повраћај у пређашње стање уколико је то могуће, а уколико то није могуће он има право да тражи накнаду штете у новцу.

Одредбом чл. 156 ЗОО је предвиђено и да правни субјекти који обављају општекорисну делатност не дугују накнаду целокупне штете која настане у њеном вршењу, већ само штету која прелази „нормалне границе. Али, законодавац је за њих предвидео обавезу предузимања „друштвено оправданих мера ради спречавања наступања штете или њеног смањења“ (ст. 4 чл. 156 ЗОО). У овим случајевима се и приликом давања дозволе за рад од стране надлежног органа предвиђа испуњавање одређених услова.⁴²

⁴² Р. Ковачевић Куштримовић, Захтев да се уклони опасност штете, Правни живот, Београд, 9-10/1992, стр. 1225.

Тако нпр. ако се штетни утицај на животну средину врши сталном и непрекидном буком или потресима који долази са суседне непокретности и сл., то може довести до разних последица, а пре свега нарушавања здравља људи, умањење вредности непокретности, угрожавање пословних интереса – промет непокретности и друга делатност итд. Свакако, пре него што се затражи судска заштита, препоручује се предузимање свих претходних мера како би се штета спречила, попут разговора са емитентом буке уколико постоји добронамерност саговорника, затим обраћање инспекцијским органима итд. Уколико ништа од тога не да резултат, грађанима стоји на располагању подношење захтева за заштиту суду, односно једна од тужби за грађанскоправну заштиту у парничном поступку. На конкретном примеру то би значило постављање уређаја за заштиту од буке, али и забрану обављања одређене делатности (нпр. рада кафића у стамбеној згради уколико се забрана производње буке у одређеним децибелима не може постићи у таквом пословном простору) на одређеном подручју или опште, забрана даљег пуштања музике итд.

Закључна разматрања

Угрожавање животне средине представља један од најзначајнијих проблема са којима се суочава данашње друштво. Управо због тога је обавеза свих, и државних органа и појединца, да предузимају све мере како би негативни ефекти индустрије на животну средину били што мањи. Србија од 2009. има Закон о заштити од буке⁴³ у животној средини, а од 2010. и подзаконска акта. Иако је имплементација заштите од буке по европским стандардима започета, у пракси је недовољно учињено, а грађани Републике Србије нису осетили ефекте заштите на задовољавајући начин. Европска комисија је смањење висине децибела буке означила као један од услова за наставак европских интеграција, јер **Србија не задовољава европске стандарде кад је у питању борба против буке, а на најугроженијим тачкама се према малобројним мерењима премашује законска граница и за 14 децибела.**

Развој културе здравог живота и еколошког васпитања је заједничка превентива коју свака држава, кроз школски систем и низ мера и акција, треба систематски да развија. Ипак, најважнији је правни аспект заштите животне средине. Правна заштита је вишеструка. Чини се да модерно право тежиште заштите од штетних утицаја помера ка јавном праву, тако да се, поред класичне грађанскоправне заштите, развијају управноправна и кривичноправна регулатива заштите од штетних утицаја, односно заштита животне средине.

⁴³ Сл. гласник РС”, бр. 36/2009 и 88/2010; Уредба о индикаторима буке, граничним вредностима, методама за оцењивање индикатора буке, узнемиравања и штетних ефеката буке у животној средини („Сл. гласник РС”, бр.75/2010). Ова Уредба има за циљ да се имају за циљ да се спрече или смање штетни ефекти на становништво и формира адекватна база података на основу које ће се спроводити системске мере за смањивање буке.

Иако се ове две заштите разликују и уперене су према различитим адресатима, оне могу имати исти циљ и међусобно се допуњавати. Њихову повезаност омогућавају прописи о заштити еколошки здраве животне средине и квантифицирање нивоа допуштености појединих штетних утицаја, нпр. буке према мери децибала. Међутим, грађанскоправна заштита од штетних утицаја је и даље доминантна и најефикаснија за самог оштећеног – како стварноправна, тако и облигационоправна.

Забрана прекомерних имисија ограничава својину тако што предвиђа да се свако мора прилагодити особеностима простора и времена, односно месним обичајима коришћења непокретности у месту где се она налази, а некада и саобразно времену коришћења. То захтева да регулативу имисија треба прецизно уредити одредбама о начину заштите од прекомерних имисија, предвиђајући не само право суседа да захтева отклањање узрока постојећих имисија и уздржавање од њиховог будућег чињења, већ и право на накнаду штете, као и право на одређивање мера за спречавање предвидивих будућих недопуштених имисија.

Критеријум месне уобичајености је питање процене судије и мера вештака. Судска пракса одавно прихвата техничка мерила ради процене прекомерности код заштите од имисије. Тако „бука која настаје у вези рада компресора даје право оштећеном на заштиту ако је по свом интензитету становање у одређеној средини отежано преко подношљиве мере, а не и онда ако се ради о емисији буке која је подношљива. У поновљеном поступку првостепени суд ће оценити да ли је потребно *техничким апаратима утврдити интензитет буке у овом случају, с обзиром да је осетљивост на буку релативно индивидуална ствар, али постоје стандарди који интензитет буке дозвољавају у одређеној средини до прописане мере*⁴⁴.

Савремена наука, техничка и медицинска, омогућава све већу објективизацију мерила прекомерности штетних утицаја. Заштита здраве животне средине и заштита од комуналне буке је шира, али се критеријум прекомерности може и треба да примени и на заштиту од сметања имисијом буке. Применом ових стандарда се проблем буке, али и неких других штетних утицаја, може сасвим објективно процењивати на основу постојећих прописа, без обзира да ли долази од суседа као имисија или се ради о емисији комуналне буке. Иако је стандард месне уобичајености коришћења суседних непокретности и даље значајан, он се допуњава квантифицирањем мере прекомерности штетног утицаја.

44 Врховни суд Србије бр. 1935/98. ParagrafLex-a. <http://www.paragraf.rs/arhiva>.

Prof. Miroslav Lazić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**PROTECTION FROM NOISE POLLUTION:
Communal noise and noise emissions**

Summary

Protection from noise as an emission which implies a harmful interference with the living environment and the protection from noise emissions emanating from the neighbouring property are two different forms of protection against harmful effects of noise on people and neighbouring properties as well as two distinctive aspects of the negative impact of noise pollution in the contemporary society. For this reason, the contemporary legislations provide ample forms of legal protection. In the contemporary legislations, the focal point of legal protection against these harmful interferences seems to be shifting from the field of private law into the field of public law. Thus, in addition to the traditional forms of legal protection provided to the injured party by civil legislation, there is a body of administrative legislation as well as a body of criminal legislation governing the protection against these harmful impacts. Although these two distinctive forms of protection are intended for different purposes and include different participants, they are interrelated by the provisions governing the protection of the healthy living environment and the provisions specifying the admissible level of interference in some harmful emissions; (e.g., the emission of communal noise is measured in decibels). The legal protection provided within the civil law framework is still the predominant and the most efficient form of protection against these harmful interferences. In addition to the classical forms of legal protection of one's property which are provided under the real property law and the law of obligations (tort law), the civil law protection against these harmful impacts is also provided in some subject-specific legislative acts, such as the Environment Protection Act which guarantees the right to the compensation of damage caused by a harmful emission and a wrongful act of endangering the living environment.

Key words: noise pollution, communal noise, noise emissions, legal protection

СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИ АСПЕКТ АФЕКТИВНИХ СТАЊА¹

Апстракт: Афекти су веома снажна емоционална стања која имају утицај на интелектуалне, вољне и друге психичке процесе, због чега могу имати и посебан значај у понашању особе. Некада су таквог квалитета и интензитета да узрокују испољавање агресивног понашања и вршење кривичних дела.

Неке квалитете и особине афективних стања препознаје и законодавство, тако да је за одређење и квалификацију неких кривичних дела неопходно постојање одређених врста афективног узбуђења (код кривичних дела убиства или тешке телесне повреде на мах, убиства у прекорачењу нужне одбране).

У судско-психијатријској теорији, као и пракси, постоје различити ставови о улози афективних стања, као и о њиховој форензичко-психијатријској процени.

У раду ће бити презентована мишљења о судско-психијатријској евалуацији афективних стања у кривичноправној области, као и ставови аутора који се односе на ову област: неопходност процене општег психичког стања извршиоца кривичног дела, карактеристике структуре и динамике личности, врста и интензитет афективног стања, као и утицај неких констелативних и ситуационих фактора.

Кључне речи: афекти, раздражење, кривично дело, судска психијатрија.

I - Уводне напомене

Емоционални живот (афективитет) представља веома сложени сегмент човековог психишког функционисања и превасходно подразумева субјективно одражавање објективне стварности. Људска емоционалност резултат је, пре свега,

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

сложене структуре и организације мозга, у чијим се појединим деловима сустичу различити импулси који су везани за перцепцију околине, интелектуално-сазнајне процесе, збивања у сопственом телу и др. На тај начин ствара се основа за лични доживљај постојеће реалности, због чега се и доминирају становишта да су емоционални процеси специфични индивидуални психички утисци о постојећем реалитету.

Такве околности утичу и на чињеницу да разне особе имају различити субјективни доживљај једне те исте појаве или предмета реалног света, а то утиче и на различите облике реаговања у објективно истим ситуацијама, а тиме и на различите модалитете понашања које разне особе испољавају.

Афективитет човека обухвата три основне компоненте: 1. емоције (осећања), 2. расположење и 3. афекте.

1. **Емоције (осећања)** су специфични лични доживљај објективне реалности које одликује реалтивна постојаност, умерени степен изражености и специфични утицај на активности и понашање. Истиче се да је “њихово богатство је велико и неисцрпно”², што упућује да могу бити различитих облика испољавања, трајања, интензитета и механизма настанка.

Како су емоције некада “подлога” за будући настанак афективних стања, на овом месту ће бити приказани неки од модела њиховог разврставања. Тако се по свом *хедонистичком тону* емоције разврставају на *пријатне* и *непријатне*, док се према утицају на *активност и понашање* деле на *стеничне* и *астеничне*, при чему прве подстичу, а друге инхибирају активности личности.

Судско-психијатријски значај може имати подела емоција на *једноставне* и *сложене*, посебно у односу на друге групу, где спадају страсти и сентименти. Сложене емоције су трајније и снажније од елементарних, чиме се налазе на граници између емоција и афеката³.

Криминолошки и судско-психијатријски значај може имати и разврставање емоција које су презентовали Креч и Крачфилд⁴. Наиме, ови аутори су навели и постојање оних осећања која могу бити потенцијална основа за испољавање агресије и понашања које има обележја кривичних дела. Такође, пролонгирано постојање неких осећања може олакшати настанак стања афективних узбуђења, посебно у ситуацијама као што су кумулација негативних осећања, пројекција, ирадијација и др. У овој подели емоција, а са становишта основног циља овог рада, од значаја су следеће:

а) Примарне емоције, међу којима посебан значај имају *страх* и *гнев*. Страх настаје у ситуација постојања егзистенцијалне опасности и може водити различитим облицима понашања, као што су борба, бекство и др. Гнев се

2 Лазовић, А., Ђукић-Дејановић, С., Раванић, М.: Status psychicus, Медицински факултет Крагујевац, 2002, стр.31.

3 Ђурић, З.: Основи судске психијатрије, Бона Фидес, Ниш, 2004, стр.79.

4 Креч, Д., Крачфилд, Р.: Елементи психологије, Научна књига, Београд, 1980.

генерише у ситуацијама када нека препрека осујећује остваривање одређеног циља, што може имати и негативне последице на понашајном плану.

б) Емоције према другим особама, међу којима посебан криминолошки, кривичноправни и форензичко-психијатријски значај имају:

- *Љубомора*, као непријатно и сложено осећање које настаје у ситуацијама када особа запажа да се наклоност особе од значаја за личност усмерава према неком другом. Иако се љубомора најчешће везује се љубав према другој особи, она може настати и у склопу породичних релација, али и у односима у широј социјалној средини (радно-професионални односи, бављење другим активностима и сл.). Мада је љубомора иманента свакој особи, лични доживљај и понашање у ситуацијама када се она јавља могу имати различите модалитете. Посебну криминолошку и форензичку димензију љубомора има у ситуацијама када је тако изражена да доводи до настанка асоцијалних, антисоцијалних или агресивних поступака.

- *Завист*, као негативна емоција према другима, настаје када нека особа поседује нешто што личност жели да има или жуди за тиме. На њен квалитет и интензитет утиче јачина жеље за објектом, природа самог објекта, али и претходни емоционални однос са особом која тај објект поседује.

- *Мржња* представља трајнији негативан субјективних доживљај одређене особе, са повременим потенцирањем интензитета овог непријатног осећања. Оно што је код мржње специфично је и да, поред негативног односа према објекту мржење, постоји и жеља да се исти уништи, из чега јасно произилази њен и криминолошки и судско-психијатријски значај.

- *Друга негативна осећања према другима* обихватају дијапазон од благе аверзије, па до настанка мржње. Могу се манифестовати у различитим модалитетима, међу којима су презир, омаловажавање, злоба, антипатија и др.

2. *Расположење (основно расположење)* је део људског афективитета које се најчешће одређује као релативно трајно, уравнотежено емоционално стање особе, које даје специфични тон целокупном свесном доживљају индивидуе. Када није измењено означава се као *еутимија*, коју одликују осећање бодрине, доброг психичког и физичког стања и постојање спремности да се у оквиру умереног оптимизма прихвате животна збивања и активности.

Основно расположење није фактор који има значајнији криминолошки и судско-психијатријски значај, те неће бити даље елабориран.

3. *Афекти* су трећи сегмент емоционалног живота човека, који због својих одређених својстава и утицајала на целокупни психички живот у битној мери могу утицати на реакције личности и њено понашање. С обзиром да се у неким ситуацијама афекти доводе у везу са разним облицима агресивних и антисоцијалних поступака, слободно се може говорити да они имају и свој специфичан криминолошки, кривичноправни и судско-психијатријски значај.

То је био и разлог за опредељење да се у овом раду сагледа њихов утицај и значај у настанку оних облика понашања који имају обележја кривичних дела, односно да се у даљем тексту презентује судско-психијатријски аспект афективних стања.

II - Афекти

Иако давно, чини се доста прихватљиво, Вујић⁵ је афекте одредио као интензивна, краткотрајна стања осећања праћена телесним и изражајним променама. Сама дефиниција указује да се ради о таквим емоционалним доживљавањима која одликују нагlost у настанку и релативно кратак временски интервал између деловања повода и настанка афекта, најчешће кратко трајање, јак интензитет и буран ток (посебно у односу на емоције). С обзиром да су присутне и јасно видљиве телесне и изражајне промене, може се говорити да афекти имају своју психолошку и физиолошку димензију.

Осим самих обележја емоционалног стања која настају код афеката, код њих, не ретко, долази и до поремећаја других психичких функција и то како у интелектуално-сазнајној, тако и у вољно-мотивационој сфери. На тај начин код афективних стања долази до мањих или већих измена менталних способности и понашања, које је некада слабије контролисано, па чак и недовољно целисходно и адекватно. Услед свега наведеног афективна стања могу бити узрок агресивних и/или деструктивних поступака, што им даје и кривичноправни, криминолошки и судско-психијатријски значај.

Телесне и изражајне промене су компоненте афективних стања, те умеће њиховог препознавања, регистровања и описа, може значајно помоћи у утврђивању постојања афеката, како у време прегледа, а посебно у време противправног понашања. Такође, запажање ових промена помаже и у спознаји и њиховог квалитета и интензитета, посебно ако се запазе и измене у области моторике, у домену мимике и говора и у области секреције.

Различити чиниоци имају улогу у настанку и манифестацији афеката. Неки их директно условљавају, а неки остварују индиректан (посредан) утицај. Углавном се међу факторе генерисања афективних стања убразају: дражи, тј. афективни поводи, обележја и структура личности и тренутно стање организма индивидуе код које ово стање настаје

Дражи (афективни поводи) које узрокују афекте потичу из спољашње средине и имају директан утицај на њихов настанак, врсту и интензитет.

Осим квалитета и интензитета, утицај дражи треба сагледавати и са становишта њиховог места и значаја у систему вредности конкретне личности. Њега, осим својстава личности, обележавају и одређене друштвене и етно-

5 Вујић, В.: Медицинска психологија и општа психопатологија, Медицинска књига, Београд-Загреб, 1956, 43.

културолошке вредности, обичаји и мерила, што ће утицати и на начин како се спољни стимулуси доживљавају и утичу на настанак и развој афеката.

Својства и структура личности имају посредни утицај на настанак, квалитет и интензитет афективних узбуђења. Неке карактеристике личности погодују настанку афеката или манифестацији у јачем степену (емоционална незрелост, низак праг толеранције на фрустрације, слабије формиране етичке, обичајне и друштвене норме понашања и сл.). Такође, и нека душевна обољења, органски или други ментални поремећаји могу дати свој печат целокупној емоционалности, па и афектима.

Актуелно стање организма није у директној повезаности са афектима, али може утицати на развој афеката и модалитете њиховог испољавања. Афекте могу потенцирати стања исцрпљености, злоупотреба психоактивних супстанци и др. Међутим, дужа прострација и телесна обољења са општом малаксалошћу и слабошћу често смањују степен афективног реаговања.

Дејство афеката на остале психичке функције

Иако афективна стања утичу на глобално психичко функционисање, у судско-психијатријској литератури^{6,7} се посебно указује на њихов значајан утицај на следеће психичке функције и процесе:

а) Дејство афекта на свест

Афекти, нарочито они јакшег интензитета, могу условити измену стања свести. Квалитет и степен ових измена може бири различити и најчешће се јављају као:

- губитак свести код неких афеката јаког интензитета, посебно када је афективни повод непријатног или трагичног карактера (напр. изненадно сазнање за смрт веома блиских лица, ненадано суочавање са екстремном опасношћу и сл.);

- побољшање стања будности и општег стања свести (поспана особа се при јаком афективном узбуђењу “буди” и стање свести се нормализује);

- сужење свести, као најчешћи уплива афекта на свест који има и највећи клинички и форензички значај.

У афективним стањима, посебно јаког интензитета, обим јасноће доживљаја је сужен, јер афект свести “приводи” само одређене садржаје, док су остали на периферији, нејасно и мутно доживљени или потпуно искључени. Због тога се афективно сужење свести често пореди са неким облицима сумрачног стања.

У овим стањима свест је у квалитетном обиму и са пуном јасноћом углавном усмерена ка афективном поводу и ток збивања која се односе на њега,

6 Ковачевић, Р.: Форензичка психијатрија, Правни факултет у Бањој Луци-Центар за публикације, 2000.

7 Ђирић, З., Димитријевић, Б.: Основи судске психијатрије и судске психологије, СКЦ Ниш, Ниш, 2009, стр. 38-39.

док је остало занемарено или нејасно доживљено. То је и најчешћи разлог што након овог периода постоји непотпуно сећање или несећање за многе сегменте афективне ситуације, што је некада реално, а некада се тако презентује од неких личности које имају жељу да остваре бољу кривичноправну позицију.

б) Дејство афекта на мисаони процес и логичко расуђивање

У неким афективним стањима процеси мишљења и закључивања могу бити значајно компромитовани и измењени.

Иако правила нема, познато је да неки афекти успоравају мишљење (жалост, нека стања страха), док други могу убрзати мисаони ток и асоцијативну спремност (јака радост). У одређеним афективним стањима може доћи до дезорганизације мисли, које су тада неповезане, настају стихијски, а свести се приводе само одређене асоцијације.

Код интензивних афеката може се пореметити логичко расуђивање, те се отежано сагледавају узроци, ток и последице реалних збивања. Тако афект “диригује” мишљењем, јер су само идеје и мисли везане за афект “у игри”, док су остале гурнуте “у страну”. На тај начин мишљењем доминирају само идеје од тренутног емоционалног значаја и изостаје пуна складност и адекватност расуђивања и закључивања.

ц) Дејство афекта на вољно-мотивационе процесе

Афекти слабијег интензитета углавном остварују стенични или астенички ефекат, што ће преваходно зависити од њиховог квалитета. Умерена радост стимулише активност и предузимљивост, жалост је праћена умањењем делатности, а страх или гнев могу имати стимулативни или дестимулативни ефекат на активност.

Афекти јаког интензитета могу дезорганизовати складну активност и целисходно понашање. Изостаје “квалитетна” борба мотива и превласт добијају они нагонске природе или они који су у тесној повезаности са постојећим емоционалним узбуђењем. Због тога одлуке настају нагло, лишене разматрања околности које су за и против, као и могућих последица таквих поступака.

Овакве околности могу довести и до непримереног понашања, посебно у односу на личне вредности и социјалне норме. Као да је дошло до неког “удара” који је погодио систем понашања и његову организацију, што неки називају и понашањем по типу “кратког споја”. Код афеката непријатног квалитета може настати пробој и отежана контрола импулсивних и агресивних подстицаја, што некада води и у извршење кривичног дела.

д) Утицај афекта на остале психичке функције

Иако од мањег значаја, у афективним стањима су могуће и промене осталих психичких функција, што се може сагледавати и процењивати у судско-психијатријским вештачењима.

Афекти ремете процес *упамћивања*, углавном у смислу делимичне или потпуне амнезије за период трајања афективног стања. Може бити измењена и

функција *пажње*, обзиром да је тенацитет изузетно појачан и везан за афективну ситуацију, а вигилност смањена. Код јаких афеката, посебно страха, могу настати и измене у сфери *опажања*, углавном по типу илузија, а код патолошких афеката могу се јавити и халуцинације.

На крају треба истаћи да, као што афект утиче на друге психичке процесе, тако и њихове измене остварују повратно дејство на афективно стање, моделирајући га у квалитету и интензитету.

Подела афеката

Постоје бројне и различите поделе афеката у зависности од критеријума који је основ њиховог разврставања. Најчешће се деле на основу квалитета емоционалног доживљаја који настаје и интензитета афективне реакције.

А) Према квалитету афективног доживљаја и карактеристикама афективне реакције афекти се најчешће разврставају на: 1. **Физиолошке** и 2. **Патолошке**.

1. **Физиолошки афекти** су афекти који могу настају код психички здравих особа и чији квалитет и степен немају својства менталног поремећаја. Другим речима, свака особа нормопсихичких својстава може доспети у ова афективна стања, која су по својим обележјима и степену изражености саобразна узроцима који до њих доводе. У физиолошке афекте убрајају се: **страх, гнев, радост и жалост**.

а) **Страх** је афективно стање које настаје услед постојеће или предстојеће опасности по интегритет личности. Ради се о непријатним или мучним интензивним осећањима, чију суштину чини интензивно осећање угрожености.

Афект страха прате и карактеристичне телесне и изражајне промене. Лице је бледо, често подрхтавају удови или читаво тело, очи су широм отворене, зенице проширене, глас углавном тих, шапутав, са некада присутним замуцкивањем. Некада настаје бекство од опасности, некада борба, а некада моторичка укоченост.

б) **Гнев** је афект који настаје услед нанешеног зла и/или предстојећих непријатности за личност⁸.

Гнев се најчешће развија при постојању одређене препреке која онемогућава задовољење потреба и жеља или повређује достојанство и систем вредности личности (увреде, личне или блиских особа, понижавања, деградација и сл.).

У еволуцији афекта гнева најчешће се описују четири фазе:

- У првој фази делује узрок који се доживљава као нанешено зло или предстојећа непријатност; - У другој фази настаје афективна раздраженост, односно потенцирање унутрашњег емоционалног узбуђења и пропратне телесне и изражајне промене; - Трећа фаза је фаза привидног и релативног смиривања. Међутим, у самој личности узбуђење се повећава и развија се

⁸ Крстић, Б.: Судска психијатрија, Студентски културни центар Ниш, Ниш, 1996.

његова кулминација; - У четвртој фази настаје афективно пражњење, често експлозивног карактера. Осим великог афективног узбуђења, долази и до измена у понашању и изгледу особе. Лице је зајапурено, ознојено, очи широм отворене и закрвављених беоњача, моторика и покретљивост су појачани, често некоординисани, са израженом агресивношћу, која руши препреке које стоје на путу личности.

Овакво, неадекватно, нецелисходно и агресивно понашање може довести и до извршења кривичних дела. Због тога гнев има изузетну криминолошку, кривично-правну, виктимолошку и судско-психијатријску вредност.

ц) **Радост** одликују осећања постојеће или предстојеће физичке и/или психичке пријатности. Постоји и специфична мимика и моторика, саобразна осећању пријатности и задовољства-радостан израз лица, смех, лице благо румено и орошено знојем. Жива је гестикација, говор убрзан, весео, уз често певушење. Моторика је убрзана, а комуникативност назначена. Радост нема велики значај у судској психијатрији.

д) **Жалост** је интензивно непријатно осећање услед нанесеног или предстојећег физичког и/или психичког бола. Овај афект углавном узрокују ситуације у којима долази до губитка особа или предмета које имају значаја у систему вредности личности. Осим основног непријатног осећања, постоје и осећања немоћи, безнадежности или беспомоћности. И овај афект прате специфичне телесне и изражајне промене: тужни израз лица, плач, оскудна мимика, тих и једва чујни говор, оскудна моторика и покретљивост.

2. Друга група афеката обухвата **патолошке афекте**, код којих настају разна болесна психичка доживљавања, по чему се издвајају од физиолошких афективних стања.

Патолошки афект карактеришу: нагли настанак, изразити несклад између дражи и реакције, значајна измена стања свести (сумрачно или делирантно стање), присуство бројних психопатолошких феномена (илузије или халуцинација, постојање суамнутих идеја, изразит психомоторни немир), пренаглашена агесивност или деструктивност, релативно кратко трајање и постојање несећања за догађаје у време трајања овог болесног афективног стања-делимична или потпуна амнезија).

Са судско-психијатријског, као и кривичноправног становишта, патолошки афекти спадају у стања привремене душевне поремећености, који због својих особености најчешће доводе до потпуног искључења урачунљивости или је она битно смањена.

Б) Са становишта интензитета афеката, а и применљивости у судској психијатрији, афекти, посебно физиолошки, могу се разврстати на слабе, средње и јаке.

Афекте **слабог** интензитета одликује благи степен узбуђења и афективне реакције, а утицај на друге психичке функције је углавном занемарљив.

При *средњем* степену изражености, афективно узбуђење и реакција су манифестни и јасно уочљиви, уз изразитији утицај на остале психичке процесе. Колики ће степен ових измена бити, међутим, не зависи само од самог афекта, већ и од карактеристика личности и околности у којима се афект дешава. Ови афекти углавном не ремете значајније остале психичке функције и способности личности.

Јаки афекти одликују се интензивним емоционалним узбуђењем, бурном реакцијом и значајним упливом на остале психичке функције, посебно интелектуално-сазнајне и вољно-мотивационе. Ови афекти често мењају и свест у значајном степену, што свеобухватно може битно пореметити складно психичко функционисање и понашање.

Ц) Неки аутори разврставају афекте на оне који су примерени јачини *дражи* и оне који су непримерени јачини *дражи* (5). Ова подела има своју теоријску заснованост и применљивост у практичном раду.

- Код афеката *примерених јачини дражи* постоји релативно сагласан однос између интензитета надражја и његовог значаја за личност, са једне, и јачине афективног узбуђења и реаговања, са друге стране. Ови афекти се претежно јављају код уравнотежених и социјално усклађених личности.

- Када су афекти *непримерени јачини дражи* упадљив је несклад између повода и степена афективног узбуђења и реаговања. Тако напр. драж мале јачине узрокује јаку и бурну афективну реакцију, чак и појаву психопатолошких феномена и значајну измену система понашања особе. Ови афекти срећу се код неких облика поремећаја личности, деменција, душевних заосталости, емоционално незрелих лица итд.

4. Судско-психијатријски аспект афеката

Као веома интензивна стања осећања, афекти могу узроковати значајније измене на психичком, телесном и изражајном плану и тиме довести до мањих или већих поремећаја целисходног и адекватног понашања.

Афекти су нека врста “психичке буре” или “душевни потреси”⁹, који су са једне стране део нормопсихичког живота, а са друге носе бројне измене психе и понашања и у том периоду они одударе од уобичајеног за ту личност. Управо ове околности, нарочито код афеката јачег степена, чине ову психичку категорију специфичном и посебном, и то не само са становишта психијатрије и судске психијатрије, већ и са аспекта правне науке¹⁰.

На овом месту биће посебно сагледани тзв. *физиолошки афекти*, пре свега са судско-психијатријског аспекта, али и њихово место у кривично-правној

9 Капамација, Б.: Форензичка психијатрија, Дневник, Нови Сад, 1989, стр 69.

10 Ђурђић, В.: Утврђивање афеката у кривичном поступку, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 36-37, 1996-1997, стр.54.

области. Треба истаћи да су физиолошки афекти облици емоционалног узбуђења који се може јавити код сваког човека, тј. и код психички здравих и код особа која болују од неког менталног поремећаја.

Са форензичко-психијатријског становишта најчешће су следеће процене:

а) Уколико афективно стање постоји у време извршења кривичног дела код извршиоца који болује од душевног обољења, душевне поремећености или заосталости у душевном развоју, утицај афективног стања не може се сагледавати изловано, већ у склопу карактеристика менталног поремећаја.

У овим ситуацијама сагледавају се и биолошки и психолошки основ неурачунљивости, па вештак треба да дефинише врсту менталног поремећаја и процени способности схватања значаја свог дела и управљања својим поступцима, разматрајући и утицај постојећег афективног стања. У сваком случају ови извршиоци најчешће, са правног становишта, потпадају под категорију оних прописа и позиције који се везују за одређења неурачунљивости, обзиром да постоје њени биолошки и психолошки предуслови.

б) Присуство афективних стања *tempore criminis* међу ментално здравим извршиоцима кривичних дела привлачи сигурно највећу пажњу, што им даје и изузетан судско-психијатријски, али и кривичноправни значај.

У стањима афективних узбуђења, посебно јачег интензитета, може настати експлозивна реакција (“афективна реакција кратког споја”). То може довести до тога да се афективно узбуђење често “директно празни у агресивном, насилничком понашању, мимо филтера целокупне личности”. Тако овај, иначе нормални део психичког живота поприма својства која га пребацују са “друге стране” нормале, узрокујући понашање које потпуно одудара од саме личности, њених карактеристика и образаца понашања.

Кривична дела у афективним стањима су бројна, честа и разноврсна и значај тог афективног стања није једнак ни са судско-психијатријског, ни са правног становишта.

Вероватно у томе и лежи основна дилема-Где сместити физиолошки афект?, посебно у правној регулативи. Обзиром да су део нормопсихичког, физиолошки афекти се не могу подвести под биолошке предуслове неурачунљивости. Са друге стране, степен психичких измена које тада могу настати не могу афект третирају као нормално стање у коме су расуђивање и одлучивање без икаквих поремећаја.

Ове, као и бројне друге чињенице, утицале су на стварање посебно кривичноправне позиције афективних стања. Наиме, право је препознало њихове специфичности и криминално понашање које је повезано са физиолошким афектима на неки начин издвојило од осталих. Овакав правни приступ дао је специфичност и судско-психијатријском аспекту афеката.

У склопу правне регулативе посебно се издвајају два кривична дела која у својим основним обележјима подразумевају и постојање одређеног афективног

стања. То су *кривично дело убиства на мах (тешка телесна повреда на мах)*¹¹ и *кривично дело убиство у прекорачењу нужне одбране*¹².

Кривично дело убиства на мах осим осталих елемената одликује и то да је убиство извршено у стању јаке раздражености, а код *убиства прекорачењем нужне одбране* издваја се и могућност да се извршилац кривичног дела нашао у *стању јаке раздражености или препасти*, што овим делима даје и специфичан судско-психијатријски значај.

Стање *јаке раздражености*¹³ има своју теоријску димензију, као и практични значај у правосудној пракси.

Мора се истаћи да раздраженост (па и јака) није термин својствен психијатрији, већ праву. На то упућују бројни ставови правних теоретичара, који наводе да је “стање раздражености афективно стање”.

Обзиром на ове околности психијатар ће се у свом налазу, наравно ако то утврди, изјаснити о постојању афекта, одредити његов квалитет, тј. врсту и изјаснити се о његовом интензитету, а затим и о питањима везаним за урачунљивост. На правнику је након тога да, ослањајући се на теоријске изворе, психијатријски термин афекта “преведе” на раздраженост у правном језику. С тога су често *сувишни захтеви правника да се вештак изјасни “да ли је постојала (јака) раздраженост”*, јер би тиме вештак изашао из своје струке. Ово појмовно превођење треба да изврше правници, посебно имајући у виду бројне теоријске основе које им то омогућавају.

Што се тиче *препасти*, која постоји и у праву и у психијатрији, не може се говорити о синонимима. У праву, чини се, овај појам означава веома јак страх, који не мора да има квалитете патолошког афекта, док је у психијатрији препаст облик патолошког афекта. Такође, има и мишљења да правни појам препасти има за циљ да означи сваку врсту патолошког афекта, док у психијатрији је то сужено на патолошки афект страха.

Међутим, нису само убиство на мах и убиство прекорачењем нужне одбране кривична дела која се врше у афективном стању. Она су само специфична и јасно издвојена од стране права. Остала кривична дела повезана са афектом могу бити широког дијапазона и односити се на наношење телесних повреда, увреда, клевета, сексуалне деликте и др. И у њима афект може играти улогу како генератора, тако и моделатора криминалног понашања, те ће и тада захтевати форензичко сагледавање и евалуацију.

У сваком случају област афективних стања је управо она у којој се прожимају право и психијатрија и једно без другог као да не могу. То треба да

11 Кривични законик Републике Србије, Службени гласник, 2006, чл. 115

12 Кривични законик Републике Србије, Службени гласник, 2006, чл. 19, ст.3

13 Стојановић, З.: Коментар кривичног законика, Службени гласник, Београд, 2008, стр. 331

имају на уму и правници и психијатри и да узајамно једни другима стварају предуслове за што бољи и објективнији рад.

Право не треба да од вештака очекује превише, посебно не више од онога што обухвата његова струка, нити му треба допустити превише, када на специфичан начин он може постати пресудитељ.

Предуслав за квалитетно судско-психијатријско вештачењу су јасна питања суда на које вештак треба да одговори. Мора се, на жалост, признати да она често изостају или су недовољно прецизно постављена, због чега вештаци некада или не обухватају све оно што се од њих очекује или дају непотребне процене, које у даљем току поступка исти оптерећују. Вештачења у овој области треба да пруже следеће одговоре:

- Како је психичко стање извршиоца кривичног дела у време прегледа, као и какво је оно било у време извршења кривичног дела, а у смислу постојања душевних обољења, душевне поремећености или заосталост у душевном развоју;

- уколико су ова стања искључена потребно је изјашњење о структури и динамици личности и њиховом утицају на настали афект у критичној ситуацији (емоционална незрелост, психопатија, пролонгирани стрес, неуротска структура итд.);

- сагледавање евентуалних ранијих емоционалних релација између извршиоца и жртве, посебно у смислу постојања претходне кумулације негативних осећања. Уколико је она постојала, вештак треба да одреди њен значај у настанку деликтне афективне ситуације, без упуштања да ли је за ове околности извршилац одговоран или не.

У судско-психијатријској теорији постоје различита мишљења о значају кумулације афеката у разматрању јаке раздражености. Неки аутори сматрају да предходна кумулација афекта искључује могућности да се настало јако афективно узбуђење може третирати као стање јаке раздражености. Други, међутим, сматрају да кумулација афекта не искључује могућност јаке раздражености, чему се придружује и овај аутор. Наиме, може се десити да је у дужем временском периоду особа само примала негативне дражи од касније жртве, а да на то није утицала нити претходно реаговала, да би у ситуацији када је претрпела тежи напад или увреду настало јако афективно узбуђење.

- одредити квалитет (врсту) насталог афекта, пре свега у смислу да ли се радило о физиолошком или патолошком афекту. Уколико је постојао физиолошки афект, треба истаћи о ком афекту (афектима) се конкретно ради, као и о степену његове изражености (слаб, средњи или јак). При овом се вештак треба држати психијатријске терминологије, остављајући суду могућност да исту преведе на правни "језик".

Мора се признати да је овај део и најтежи у психијатријској експертизи код кривичних дела насталих у афективним стањима и то из више разлога:

- прво, вештачење се најчешће обавља после протока краћег или дужег временског периода од извршења дела, када пред собом имамо психички неупадљиву, тј. “нормалну” особу. Уколико се ради о правим афектима јаког интензитета, сећање извршиоца може бити компромитовано, па од окривљеног и нема много података који би могли указати на ток збивања, посебно онај када је дело учињено. Некада извршиоци намерно избегавају да реконструишу догађај или долази до несвесног потискивања за личност непријатних догађаја, када могу изостати детаљи за поуздану процену психијатра.

- друго, очевици критичног догађаја (ако их има) често избегавају детаљнији опис конкретне ситуације, износећи само неке неутралне чињенице, али “баш се не сећају како је дошло до обрачуна, шта је коме ко рекао или урадио” или су све видели, али “не и тренутак када је дошло до убиства” и сл. Некада изостане и добра и потпуна евиденција иначе детаљног казивања и описа догађаја, изгледа и понашања окривљеног од стране истражног судије, па се тиме додатно умањују предуслови квалитетног вештачења.

У оквиру разних сведочења некада настају и ситуације када се сва сведочења по свом садржају могу груписати у две или више група, као да има више верзија једног те истог догађаја. Најбољи начин за превазилажење ових тешкоћа је да се од стране судије добије смерница у односу на које чињенично стање треба дати мишљења, а ако то изостане, онда налаз мора бити такав да подразумева анализу сваке могућности понаособ (алтернативан налаз). Мора се признати да је код извесног броја правника давање алтернативног налаза непопуларан, посебно када се управо од вештака очекује разрешење и за њих непотпуно јасних ситуација. Међутим, такво вештачење је једино исправно, јер вештак нема право да цени доказе, већ једино суд.

Оно што је, међутим, од помоћи су неки изведени докази стручног и објективног карактера. То су напр. вештачење балистичара, а посебно судско-медицинска вештачења (врсте повреда, њихове карактеристике, број, да ли су и које заживотне или постморталне), што све може упућивати на начин, снагу и брзину наношења повреда, тако значајних у процени афективних стања.

У процени афекта при извршењу кривичног дела врло често се утврђује комбинација два или више афекта. У овим ситуацијама потребно је утврдити о којим се афектима ради, који је био доминантан, као и каква је динамика афективног узбуђења била током читавог трајања одређене ситуације. Наиме, настало афективно узбуђење није идентичне структуре и јачине током целокупне криминогене ситуације, већ се у сложеном процесу збивања динамички мења и са квалитативног и са квантитативног аспекта.

Сагледавање случајева из праксе указују да релативно ретко све време постоји само један афект и то идентичног интензитета током целог догађаја. Због тога је значајно утврдити какво је и колико афективно узбуђење било у време извршења кривичног дела.

- иако нема јединствених ставова ко ову процену треба да врши (вештак или суд), мишљења сам да је на вештаку да процени да ли је настала афективна реакција адекватна и у складу са поводом који је до ње довео¹⁴, без обзира да ли је предходно постојала кумулација негативних осећања или не. Другим речима, вештак је тај који треба да се изјасни да ли је настали афект (укључујући и реакцију) био примерен јачини дражи или не.

- на крају вештак треба да се изјасни и о томе какво је било глобално психичко функционисање особе у време извршења кривичног дела, дајући своје мишљење о способностима расуђивања и одлучивања.

Све ове околности упућују на то да се при вештачењу афективних стања при извршењу кривичних дела, као ни у једној другој области судске психијатрије, вештак налази у изузетно деликатној ситуацији. Пред њим је склапање сложеног мозаика, чије поједине коцкице недостају, неке су изломљене или избледеле или некада недостаје оно што их повезује и “лепи”.

Вештак о афекту сазнаје посредно, на основу параметара везаних за сећање извршиоца, његов изглед и испољено понашање и врши процену да ли квалитет понашања одговара или одудара од оног које је уобичајено за ту личност. Такође, од значаја су и околности самог извршења дела, стање и понашање жртве, примењена оруђа или оружја и начин њихове употребе. У прилог афективног стања често, уз друге показатеље, говори и отежана контрола и манифестација изузетно агресивно-импулсивних поступака (велики број удараца, велики број убода или секотина, пуцање до последњег метка и сл.). Све ове податке ваља у поступку прикупити у што већој мери и тиме створити основу како за што реалнију пресуду, тако и за што објективније психијатријско вештачење.

Све наведене околности имале су за циљ да прикажу сву сложеност, значај и обележја судско-психијатријског, али и кривичноправног, криминолошког и виктимолошког аспекта афеката у кривичном праву. Оне превасходно указују да је у овој области потребан заједнички рад и правника и психијатара, али и одређена побољшања и осавремењивања теорије и досадашње праксе, како би се постигла што боље објективизација и смањила неразумевања и несугласице између учесника судског поступка.

14 Лопчић, Ђ.: *Krivično delo ubistva na mah*, Kultura, Beograd, 1989, стр. 78

ЛИТЕРАТУРА

1. Лазовић, А., Ђукић-Дејановић, С., Раванић, М.: Status psychicus, Медицински факултет Крагујевац, 2002.
2. Ђирић, З. Основи судске психијатрије, Бона Фидес, Ниш, 2004.
3. Креч, Д., Крачфилд, Р.: Елементи психологије, Научна књига, Београд, 1980.
4. Вујић, В.: Медицинска психологија и општа психопатологија, Медицинска књига, Београд-Загреб, 1956.
5. Ковачевић, Р.: Форензичка психијатрија, Правни факултет у Бањој Луци-Центар за публикације, 2000.
6. Ђирић, З., Димитријевић, Б.: Основи судске психијатрије и судске психологије, СКЦ Ниш, Ниш, 2009.
7. Крстић, Б.: Судска психијатрија, Студентски културни центар Ниш, Ниш, 1996.
8. Капамација, Б.: Форензичка психијатрија, Дневник, Нови Сад, 1989.
9. Ђурђић, В.: Утврђивање афеката у кривичном поступку, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 36-37, 45-60, 1996-1997.
10. Кривични законик Републике Србије, Службени гласник, 2006.
11. Стојановић, З.: Коментар кривичног законика, Службени гласник, Београд, 2008.
12. Chiswick, D., Cope, R.: Practical Forensic Psychiatry, Gaskell, 2001.
13. Лопичић, Ђ.: Кривично дело убиства на мах, Култура, Београд, 1989.
14. Јовашевић, Д. Кривично право-општи део, Номос, Београд, 2006.

Dr sci.med. Zoran Ćirić,
full professor of Faculty of Law Niš

FORENSIC-PSYCHIATRIC ASPECT OF AFFECTIVE STATES

Summary

In this paper is shown that affective states are very strong emotional states and that they have serious influence to intellectual, voluntaristic and other psychical functions, which might have specific importance in system of persons' behavior. Sometimes they are such quality and intensity that lead to aggressive behavior and committing crimes.

Some attributes of affective states is recognized by Criminal Code, so for persisting some types of crimes is necessary persisting some kinds of excitements (manslaughter, murder by stepping accross of unvoidable deffence, etc.). In the field of law are used different terms for affective states, the most often term of excitement. Because of different terms in psychiatry and law in same cases there can be some misunderstanding between psychiatrists and layers, so there is need to make some efforts to resolve these occations.

In forensic theory, as in the practice, there are some different postures about role of excitements i forensic evaluation.

Because of that it is presented what affective states are, what are they characteristics, influence to other psychical processes and how affective states can change personal behaviour, including manifestation antisocial behavior and committing crimes. Also this paper includes presentation of different types of affective states, criteria for their recognition, as a base of their clinical anf forensic-psychiatric use.

In paper are presented some theoretical postures about forensic evaluation od states of excitements in criminal code branch and some our statements in this field as: necesserity of evaluation of global mental state of offender, characteristics of personality, type and magnitude of excitements and influence of some constellation and situational factors and so.

Key words: *affect, excitement, crime, forensic psychiatry*

РАЗМЕНА ИНФОРМАЦИЈА КАО ВИД МЕЂУНАРОДНЕ ПОРЕСКЕ САРАДЊЕ¹

Апстракт: Предмет овог рада јесте сагледавање актуелног тренда у међународном пореском праву у виду размене пореских информација између националних пореских администрација. Најпре се укратко наводи хронологија напора међународних организација на форсирању и убрзавању међународне размене пореских информација. Затим следи преглед модалитета овог вида међународне правне помоћи онако како је то уређено релевантним међународним документима. Имајући у виду посебан значај одвијања овог процеса за фискалне суверенитете националних држава, на крају рада се указује на његове могуће последице у виду испољених користи и ризика.

Кључне речи: пореска сарадња, међународни порески споразуми, размена пореских информација.

Уводна разматрања

У свету који се све више повезује, националне државе су у већој или мањој мери, подстакнуте на ближу сарадњу, на многим подручјима људског деловања. Област опорезивања није изузетак. Уочава се да су у међудржавним пореским односима нарочито интензивирани напори кључних међународних организација за чвршћом повезаношћу националних пореских система на међународном плану. У таквом процесу не би требало гледати ништа необично, чак је то и у интересу резидентних држава, које теже да што потпуније остваре фискалну власт. Ради се о принципу неограничене пореске обавезе или светског дохотка који још увек доминира у пореским законодавствима економски развијених држава. У пракси је његова примена јако отежана будући да се ослања на лојалност обвезника и постојање пореске сарадње са другим државама.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије под бројем 179046 Д

Основни проблем који се овде појављује јесте како помирити територијалну ограниченост националног фискалног суверенитета са пословањем обвезника на тржиштима других земаља. Интензивнија међународна пореска сарадња *de facto* омогућава ширење граница фискалне власти националних држава у мери у којој то одговара њиховим фискалним интересима. Истовремено, ова пореска координација, уколико је наметнута од стране међународних организација, може да има за последицу слабљење националних фискалних суверенитета.

Најновије активности економски најразвијенијих земаља света, посредством међународних финансијских институција, снажно су усмерене на што чвршћу сарадњу националних пореских администрација ради ефикасније борбе и сузбијања међународне пореске евазије и других финансијских превара у међународном пословању. Актуелна међународна финансијска и економска криза, која је продубила буџетске дефиците многих држава, а неке од њих увукла у дубоку дужничку кризу, изгледа да је послужила као оправдани изговор да се наставе притисци Г20 и моћних међународних институција ка интензивнијој и убрзаној међународној сарадњи у виду размене пореских информација.

Од билатерализма ка мултилатерализму у процесу међународне пореске сарадње

Неспорна је чињеница да се појачавањем међународне пореске сарадње у виду размене пореских информација шире границе фискалне власти националних држава. Најјачи аргумент у прилог форсирања овог процеса јесте потпунија примена принципа светског дохотка што погодује економски развијеним државама. Међутим, ефикасније остваривање националних фискалних интереса истовремено води слабљењу банкарске и пословне тајности као базичних принципа поверења у пословним односима. Ради се о својеврсном “нападу” земаља резидентства на земље извора, односно сукобу између принципа резиденства и принципа извора у расподели пореских терета. Ово питање је, иначе, више деценија уређивано кроз закључивање и примену међународних пореских уговора између две заинтересоване државе. Неизбежно се намеће питање шта се то, у међувремену, променило у међународним пореским односима што је утицало на појачавање притиска на националне државе и пореске оазе да убрзавају размену пореских информација, чак и у претњу санкцијама?

Билатерални приступ међународној размени пореских информација

Земље ОЕЦД су, традиционално, остваривале пореску сарадњу у виду размене пореских информација закључивањем билатералних пореских споразума на основу правила постављених чл. 26 ОЕЦД Модел конвенције

о порезу на доходак и имовину.² Државе које су примењивале овај члан у његовој стандардној форми прихватале су размену пореских информација на захтев, који је морао да садржи доказе о одређеном лицу на кога се сумњало да је извршило пореску евазију. Захтев за разменом пореских информација могао се одбити само у три ситуације: ако није постојао реципроцитет; ако је постојао ризик откривања пословне и професионалне тајне; у случајевима где би откривање података било супротно јавном поретку. Чл. 26 ОЕЦД Модел конвенције ревидиран је током 2005. и 2012. године ради усаглашавања са другим међународним документима у борби против пореске утаје и и другог финансијског криминалитета. Измене из јула ове године експлицитно допуштају слање групних захтева. Пореска администрација је у могућности да тражи пореске информације о групи обвезника без индивидуалног навођења имена, докле год захтев није оквалификован као “*fishing expeditions*”.³

Почетна иницијатива ОЕЦД усмерена на отклањање штетне пореске праксе с краја деведесетих година двадесетог века (Пројекат о неправичним пореским режимима из 1998. године)⁴ релативно брзо се претворила у позив свим државама, а пре свега пореским оазама, да јачају пореску сарадњу у виду ефикасне размене пореских информација и транспарентности пореских процедура. Тиме је означен почетак генералног тренда фокусирања од координације пореских стопа, у суштини, ка мерама административне пореске сарадње.⁵ Стандарди транспарентности и ефикасне размене пореских информација садржани су у ревидираном члану 26. Модел Конвенције ОЕЦД из 2005. године и у Моделу споразума о размени пореских информација из 2002. године. ОЕЦД намеће ове стандарде свим земљама као међународна правила за пореску сарадњу. Наведеним стандардима постављају се следећи захтеви: (1) размена информација на захтев где је то “предвидиво значајно” за спровођење домаћег законодавства уговорног партнера; (2) непостојање ограничења за размену позивањем на банкарску тајност или непостојање домаћег пореског интереса; (3) омогућавање доступности веродостојних података и овлашћења за њихово добијање; (4) поштовање права пореских обвезника; (5) строга поверљивост размењених пореских информација.

Инсистирање на транспарентности и ефикасној размени пореских информација, ради адекватне примене националних пореских закона и спречавања међународне евазије пореза, води постепеном и прикривеном

² Видети више: *Tax Information Exchange between OECD Member Countries, A survey of current practice*, OECD (1994)

³ Update to Article 26 of the OECD Model Tax Convention and its Commentary, Approved by the OECD Council on 17 July 2012, OECD 2012.

⁴ OECD report “*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*” (1998)

⁵ Michael Keen, Jenny E. Lighthart, *Information Sharing and International Taxation: A Primer*, International Tax and Public Finance, 13, 2006, p. 105.

умањивању пореског суверенитета држава, односно *имплицитној пореској хармонизацији*. То је цена потпуније примене принципа резиденства коју државе морају да плаћају кроз слабљење и разградњу домаћег пореског и банкарског законодавства.

Уочава се тенденција од билатерализма ка коришћењу мултилатералних инструмената, што је супротно традиционалним правилима међународног права где се полази од интереса двеју држава и њихове жеље да, путем билатералних споразума, на најповољнији начин реше сукоб пореских закона. Овде је битна узајамност пореских односа и њихово уређивање на обострану корист, што се не може рећи за мултилатералне пореске уговоре, који се у пракси нису показали као ефикасан механизам за разрешавање пореских захтева више држава.

Интензивнија међународна пореска сарадња коју намећу ОЕЦД, ММФ, Г20, УН, подстиче на тражење одговора зашто се одредбе из билатералних споразума о избегавању међународног двоструког опорезивања нису показале довољно ефикасним средством за остварење сарадње националних пореских администрација? Због чега су потребни нови правни инструменти, односно споразуми о размени пореских информација? Зашто се током последње деценије форсира међународна пореска сарадња у виду размене информација? Може се слободно рећи да је прва деценија 21. века обележена интензивним напорима представника економски најразвијених земаља у водећим међународним институцијама ка што широј сарадњи националних пореских администрација.

Протекла деценија од 2002. године, када је ОЕЦД усвојио Модел споразума о размени пореских информација, обележена је бројним напорима и покушајима да се што већи број националних пореских администрација укључи у све ширу мрежу међународне размене информација у пореским стварима. У литератури се наилази на схватање да овај документ представља значајан напредак јер обезбеђује правни оквир за размену информација без закључивања сложених и свеобухватних међународних пореских уговора.⁶

Модел споразума не представља обавезујући инструмент али су њиме предвиђене две верзије, билатерална и мултилатерална, зависно од броја држава потписница. Важна околност је да се размена информација односи како на цивилне тако и на кривичне пореске ствари.

Овај модел споразума усмерен је на успостављање размене информација која се базира на следећим принципима:⁷ (1) информација се размењује *на захтев*, не аутоматски; (2) информација се обезбеђује уколико има “предвиди значај” за примену пореских закона земље уговорнице; (3) закони о банкарској

6 Sara K. McCracken, *Going, Going, Gone...Global: A Canadian Perspective on International Tax Administration Issues in the “Exchange-of-Information Age”*, Canadian Tax Journal, (2002) Vol.50, No 6, p. 1887-1888.

7 Видети: OECD (2012), *The Global Forum on transparency and exchange of information for tax purposes*, Information Brief, 27 June 2012, p. 7

тајности и домаћем пореском интересу не би требало да ограничавају размену информација у пореске сврхе; (4) надлежни државни органи морају имати овлашћења да добију и пруже информације од стране банака, других финансијских институција и лица која раде у агенцијама или као фидуцијари, као и да добију и пруже информације у вези са својинским односима физичких лица; (5) права пореских обвезника се морају поштовати што подразумева строгу поверљивост размењених информација.

Премда су стандарди ОЕЦД о размени информација широко прихваћени од стране великог броја земаља, предстоји дуг пут од сагласности држава на пореску сарадњу до њене стварне реализације. Многе државе морају да измене националне законе и административну праксу како би њихове пореске администрације добиле приступ свим релевантним информацијама. Посебно се државе тешко одричу банкарске поверљивости и тајности што подразумева измену финансијских прописа, како би пореске администрације имале приступ информацијама о клијентима банака и других финансијских институција.⁸ Билателарни споразуми о размени пореских информација обавезују замољену страну уговорницу да употреби све мере потребне за прибављање неопходних података ради достављања другој страни уговорници.

Важност сарадње пореских оаза и офшор финансијских центара са другим пореским јурисдикцијама налази се у фокусу међународних политичких иницијатива са основним циљем смањења пореске евазије, изазване прекограничним пословањем, и убирања додатних прихода. Ради тога је створен “Глобални форум за транспарентност и размену информација у пореске сврхе” (броји 105 земаља) који има задатак да надгледа поштовање ОЕЦД стандарда о размени пореских информација. То подразумева проверу правног оквира за размену информација у пореске сврхе (фаза 1 прегледа) и да ли је тај правни оквир ефективан (фаза 2 прегледа). Од пореских оаза се захтева да имају минимум 12 закључених споразума о размени пореских информација како би избегле да се нађу на листи некооперативних јурисдикција. У периоду од 2000-2011. године потписано је укупно 590 споразума.⁹ Права мрежа ових билатералних споразума показује да су они посебно значајни у случајевима где не постоје порески уговори о избегавању двоструког опорезивања, где ови уговори не садрже одредбе о размени информација или где одредбе о размени информација не испуњавају ОЕЦД стандарде.

Текућа финансијска криза је актуелизовала закључивање билатералних споразума о размени пореских информација под притиском богатих земаља. Чак су шефови држава и влада земаља Г20 на априлском самиту у Лондону 2009.

⁸ Kiyoshi Nakayama, *Tax Policy: Designing and Drafting a Domestic Law to Implement a Tax Treaty*, Technical Notes and Manuals, IMF, 11/01, p. 6-7.

⁹ Наведено према: Katarzyna Bilicka, Clemens Fuest, *With which countries do tax havens share information?* Oxford University Centre for Business Taxation, WP 12/11, p. 3

године закључили “да су спремни да наметну санкције у циљу заштите јавних финансија и финансијских система и да је доба банкарске тајности завршено”. Међутим, резултати једног скорашњег истраживања извршеног на основу поверљивих података о банкарским депозитима у пореским оазама добијених од Банке за међународна поравнања, показали су да доба банкарске тајности није завршено, супротно мишљењима ОЕЦД и Г20. Аутори су утврдили да је потписивање споразума о размени пореских информација водило умереној алокацији банкарских депозита између пореских оаза, али не и значајној репатријацији капитала. После потписивања споразума, већина пореских утајивача изгледа да не запажа велико повећање вероватноће откривања, због чега аутори закључују да би ОЕЦД требало да оснажи међународну пореску сарадњу промовисањем аутоматске размене информација уместо размене на захтев.¹⁰

Одређене активности у домену међународне размене пореских информација предузимају и УН посредством Модела конвенције о двоструком опорезивању између развијених и неразвијених земаља (усвојена 1980. године). Ова Конвенција је ревидирана 2011. ради осавремењивања и обухватања принципа пореске сарадње који су већ предвиђени другим међународним документима.¹¹

Мултилатерални приступ међународној размени пореских информација

Велики број закључених билатералних споразума о размени пореских информација вероватно у пракси не постижу брзо планиране глобалне циљеве па се све више инсистира на мултилатералној сарадњи. Имајући у виду одређене трошкове закључивања билатералних пореских споразума као и потенцијалне тешкоће укључивања трећих држава, извешан број мултилатералних споразума је потписан још 1952. године (Бенелукс конвенција) и 1972. године (Нордијска конвенција). Регионални карактер има и европска Директива о узајамној административној помоћи из 1977. године која омогућава размену информација о непосредним и посредним порезима. Овај документ обезбеђује шири оквир за размену информација јер допушта и присуство иностраног пореског органа током вршења пореске истраге на територији друге државе. С обзиром на развој европског тржишта, јавила се потреба за ефикаснијом административном сарадњом и бржом разменом пореских информација ове групе земаља. Последње

10 Niels Johannesen, Gabriel Zucman, *The End of Bank Secrecy? An Evaluation of the G20 Tax Haven Crackdown*, January 31, 2012, p. 5, (<http://www.parisschoolofeconomics.eu/en/zucman-gabriel/>)

11 United Nations Model Double Taxation Convention between Developed and Developing Countries, United Nations, New York, 2011.

измене Директиве усвојене су 15. фебруара 2011. године¹² са важношћу од 1. јануара 2013. године. Предвиђена је *обавезна аутоматска размена информација*, без предуслова, као најефикаснији начин унапређења коректног утврђивања пореза у прекограничним ситуацијама и спречавању пореске утаје. Такође ће се подстицати развој спонтане размене пореских информација. Директива садржи генерално прихваћене стандарде ОЕЦД о међународној размени пореских информација. Осим камате, аутоматска размена информација обухвата доходак од рада, директорске накнаде, одређена примања по основу животног осигурања, пензије, власништво и приход од непокретне имовине. Из ове листе искључене су дивиденде, капитални добити и ауторске накнаде. Размена информација о овим приходима одложена је до 1. јула 2017. године.

Директива о опорезивању штедње из 2005. године, усвојена на нивоу Европске уније, представља први обавезујући правни инструмент који омогућава аутоматску и мултилатералну размену информација уместо размене на захтев. Свака земља чланица има обавезу да аутоматски пружи информације другој земљи чланици о каматама које је исплатила нерезидентним индивидуалним штедишама. Прелазни режим је предвиђен за Аустрију, Белгију и Луксембург које ће у одређеном периоду примењивати порез на камате по одбитку. Процес размене информација о исплаћеним каматама споро се одвија будући да се државе тешко одричу института банкарске тајности. Иако би се ова Директива могла сматрати прекретницом у борби против прекограничне пореске евазије, у пракси је испољила одређене недостатке што ствара значајне празнине за потенцијалне пореске утајиваче.¹³ Директива се односи само на камате а не и на друге врсте прихода од капитала; погађа само физичка лица и географски је ограничена на ЕУ премда је Европска комисија била овлашћена да преговара са трећим државама и зависним територијама о примени “еквивалентних мера”. Постоји предлог да се од 1. јануара 2014. године у потпуности примењује аутоматска размена информација о исплаћеним каматама.¹⁴

Мултилатералан приступ на ширем плану је очигледан у усвајању Мултилатералне Конвенције ОЕЦД и Савета Европе о размени информација у пореским стварима из 1988. године. У преамбули ове Конвенције је истакнуто да једино координисана акција пореских органа различитих земаља може допринети борби против пореске евазије, али истовремено и лакшем утврђивању пореске обавезе и заштити права пореских обвезника, укључујући и заштиту од

12 Council Directive 2011/16/EU of 15 February 2011 on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC, Official Journal of the European Union 11.3.2011.

13 Thomas Rixen, Peter Schwarz, *How Effective is the European Union's Savings Tax Directive? Evidence from Four EU Member States*, Journal of Common Market Studies, Vol. 50, N. 1, 2012, p. 152.

14 Gemma Martinez Bárbara, *The Role of Good Governance in the Tax Systems of the European Union*, Bulletin for International Taxation, April/May 2011, p. 278.

дискриминације и двоструког опорезивања.¹⁵ Административна помоћ обухвата размену информација (на захтев, спонтану и аутоматску), помоћ у утврђивању пореза, укључујући и мере обезбеђења пореског захтева и достављање докумената. У литератури постоји схватање да ова Конвенција омогућава најшири опсег сарадње у односу на друге међународне инструменте за узајамну помоћ у пореској материји.¹⁶ Интересантна је одредба чл. 27 који предвиђа да видови помоћи у пореским стварима, предвиђени овом Конвенцијом, не ограничавају нити су ограничени, на било који начин, правилима о пружању правне помоћи садржане у постојећим или будућим правним инструментима који се односе на сарадњу у пореским стварима. Конвенција је измењена Протоколом који је ступио на снагу 1. јуна 2011. године. То је учињено на позив земаља Г20 и има за циљ ширу међународну пореску сарадњу укључивањем у овај процес и земаља у развоју. Други важан разлог јесте обухватање недавних промена у домену међународне пореске сарадње. Током две деценије од њеног доношења до 2008. године само тринаест земаља је потписало Конвенцију а у међувремену се број повећао (вероватно због Протокола усвојеног 2010. године) тако да до фебруара 2012. године има 33 потписнице.

Изменом пореског законика 2010. године САД су усвојиле меру, без преседана, у међународном праву. *Foreign Account Tax Compliance Act* (FATCA) има за циљ да прошири америчку пореску јурисдикцију у целом свету захтевајући од финансијских институција да Служби унутрашњих прихода достављају податке о приходима (капиталу) америчких пореских обвезника, у супротном биће изложене плаћању пореза по одбитку које примају из САД. Очигледно је да се америчким пореским властима жури и да немају времена за споро закључивање и реализацију билатералних споразума о размени пореских информација. САД су једине у свету задржале принцип држављанства што им даје за право да захтевају од својих држављана да плаћају порезе својој америчком фискусу било где у свету да послују. Али то им не даје за право и да намећу обавезе страним финансијским институцијама да раде као посредници у процесу опорезивања за рачун америчке пореске администрације.¹⁷ Принципи међународног пореског права не признају екстратериторијалну примену домаћих закона на страна лица или резиденте. Обавезивање страних финансијских институција на достављање података о стању на рачунима америчких држављана представља еклатантну повреду фискалног суверенитета држава чији су они резиденти. Примена FATCA планирана је од 1.1.2013. године и очекује се да

15 Цвјетана Цвјетковић, *Основни правни инструменти узајамне помоћи у пореским стварима у Европској унији*, Зборник радова Правног факултета у Новом Саду, 1/2011, стр. 483.

16 Tony Anamourlis, Les Nethercott, *An Overview of Tax Information Exchange Agreements and Bank Secrecy*, Bulletin for International Taxation, December 2009, p. 619.

17 Itai Grinberg, *Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System*, Georgetown Law, The Scholarly Commons, Working Draft, January 27, 2012, p.4

ће имати далекосежне последице за финансијске организације у целом свету, укључујући и оне у САД (између 100.000 и 700.000).¹⁸ Као део процеса плаћања америчких пореза, од њих се тражи да закључе посебне споразуме са Службом унутрашњих прихода до 30. јуна 2013. године. Уколико до 1. јануара 2014. године не доставе америчкој пореској администрацији податке о рачунима америчких клијената, сва плаћања из САД (камате и дивиденде исплаћене од стране америчких корпорација) биће опорезована по одбитку по стопи од 30%.

Премда FATCA предвиђа велика оптерећења за финансијске институције у свету и тражи од њих да крше националне законе о заштити приватности, неке државе су већ реаговале са намером да ступе у одређене односе са САД у настојањима да се изборе са међународном евазијом и “попуне рупе у својим буџетима”. Фебруара 2012. године постигнут је међународни порески споразум САД са Француском, Немачком, Италијом, Шпанијом и Великом Британијом¹⁹ који омогућава примену FATCA кроз аутоматску размену података између влада (одступање од оригиналне верзије), смањује трошкове пословања за финансијске институције и обезбеђује реципроцитет. Други вид споразума постигнут је са Швајцарском и Јапаном током јуна ове године који подразумева размену информација између финансијских институција и америчке пореске администрације уместо прикупљања података посредством централних влада. Већ се у литератури говори о Моделу I и Моделу II као два различита приступа у примени FATCA.²⁰

Време ће показати чему то води овакав вид законодавства али једно је сигурно да ће његова примена бити замршена јер многе државе, укључујући 27 земаља чланица ЕУ, забрањују банкама или компанијама да достављају такве информације директно страним владама.

Борба против пореских оаза и неправичних пореских режима и даље се наставља на глобалном плану. Уз све напред наведене међудржавне активности у међународним пореским односима, ОЕЦД средином 2012. године покреће пројекат јачања међуагенцијске сарадње са циљем борбе против пореских кривичних дела и другог финансијског криминалитета.²¹ Битан сегмент међународне сарадње јесте чвршће повезивање свих државних агенција као и пореских администрација у домену ефикасније размене пореских информација

18 *Setting the Stage: FATCA Compliance*, An Oracle White Paper, August 2012, p.1

19 12. 9. 2012. године потписан је билатерални споразум између САД и Велике Британије и предат је британском парламенту на ратификацију.

20 John Clay Taylor, Nap Shashy, Sara Silverstein, *Third FATCA Compliance Model Announced*, *The Banking Law Journal*, Washington, Vol. 129, N. 9, October 2012, p. 855

21 *Effective Inter-Agency Co-operation in Fighting Tax Crime and Other Financial Crimes*, 2nd Annual Forum on Tax and Crime, Rome 14-15 June 2012, OECD; *International Co-operation against Tax Crime and Other Financial Crimes*, A Catalogue of the Main Instruments, 2nd Annual Forum on Tax and Crime, Rome 14-15 June 2012, OECD

ради спречавања, откривања и кажњавања незаконитих финансијских активности.

Модалитети размене пореских информација у међународној сарадњи

Већина индустријских земаља примењује принцип опорезивања светског дохотка у својим пореским системима. Међутим, принцип формалне територијалности ограничава национална пореска овлашћења. Зато постоји потреба да се прошири домашај националних пореских инструмената путем међународне помоћи у пореској материји. Међународна пореска сарадња одвија се у виду размене пореских информација и помоћи приликом наплате пореза резидентних држава. Већина докумената који уређују ову материју на међународном и националном нивоу предвиђају три облика размене пореских информација: на захтев, аутоматску и спонтану.

Мултилатерални приступ ефикаснијој међународној размени пореских информација настоји да развије такав систем сарадње који би више карактерисала аутоматска и спонтана размена информација у пореским стварима, него досадашњи систем, који се базира на размени информација на захтев пореске администрације одређене државе. Вешто и на прикривени начин настоји се да се *посредно изврши усклађивање националних пореских система* будући да државе лакше прихватају административну пореску сарадњу него снижење пореских стопа или усклађивање пореских основица.

Размена пореских информација на захтев односи се на појединачни случај. Држава која упућује захтев мора претходно искористити властите изворе информација. Добијени подаци могу се искључиво употребити у поступку изричито наведеном у захтеву.

Аутоматска размена информација обухвата систематско и периодично достављање обиља пореских информација земље извора земљи резидентства одређених категорија прихода (нпр. дивиденди, камата, аутоских накнада, зарада, пензија, итд.) без формалног захтева.²² Овај вид размене података претпоставља постојање споразума, билатералних или мултилатералних, којима се одређују случајеви у којима ће се приступити овој врсти међународне помоћи у пореским стварима. Као средство спречавања офшор евазије аутоматска размена има одређене предности. Она може обезбедити правовремене информације о неплаћању пореза од инвестираног капитала. Такође може помоћи откривању случајева пореске евазије за које пореска администрација претходно није имала наговештаје. Друге користи обухватају њене ефекте усмерене на застрашивање

²² Roman Seer, Isabel Gabert, *European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirements*, Bulletin for International Taxation, February 2011, p. 95.

потенцијалних утајивача, повећање добровољног плаћања пореза и подстицање обвезника да пријављују све релевантне информације. Аутоматска размена информација, поред тога, може помоћи обвезницима у њиховим обавезама везаним за достављање података, повећати пореске приходе и осигурати да сви обвезници благовремено и правично плаћају своје порезе.²³

Спонтана размена информација односи се на случајеве када национални порески органи, у току обављања своје службене дужности, сазнају за одређене податке о пореским обвезницима за које сматрају да могу бити од значаја за спровођење пореског поступка у страни држави. Уобичајено је да те податке достављају пореским органима друге државе иако их они претходно нису тражили. Сврха овог модалитета размене информација, као и претходна два, јесте спречавање двоструког опорезивања и пореске евазије.²⁴

Досадашњи резултати процеса међународне размене пореских информација

У области међународног пореског права не постоји актуелније питање од убрзавања процеса размене пореских информација у које се укључују, добровољно или принудно, како економски развијене тако и земље у развоју и земље у транзицији. Политичка подршка овом глобалном пројекту од стране Г20 још више наглашава важност која се придаје усаглашавању, односно координацији националних пореских система посредством сарадње националних пореских администрација.²⁵ Протекла деценија у развоју међународних пореских односа пружа довољан временски оквир у циљу сагледавања последица овог процеса. У зависности од тога са чијег становишта се посматра актуелна иницијатива за интензивнијом разменом пореских информација (резидентних држава, држава извора и пореских обвезника) последице попримају позитиван или негативан карактер.

Користи од шире међународне размене пореских информација непосредно се испољавају кроз коректну и делотворну реализацију домаћег пореског законодавста и сигурније убирање пореза. Тиме се постиже потпунија примена националних пореских система, широм примене принципа пореског резиденства, као и олакшавање процеса пореске хармонизације. Посредно се

²³ *Automatic Exchange of Information*, OECD, 2012.

²⁴ Снежана Стојановић, *Пружање услуга међународне размене информација у пореским стварима*, Финансије, 1-6/2011, стр. 229.

²⁵ Генерални тренд размене пореских информација представља својеврстан политички пројекат земаља Г20. Убрзо после усвајања од стране ОЕЦД стандарда транспарентности и ефикасне размене информација у пореске сврхе, оне су 21. новембра 2004. године у својој заједничкој Изјави навеле да снажно подржавају напоре Глобалног форума за опорезивање ОЕЦД о промовисању ових високих стандарда у међународној пореској сарадњи како би се омогућило стварање једнаких услова за све државе у међународним пореским односима.

постављају оквири за ефикасније сузбијање међународне пореске евазије и других финансијских деликата, што је у значајној мери условљено спремношћу држава да благовремено и коректно размењују пореске информације.

Наизглед добар циљ усмерен на ефикасније извршавање националних пореских потраживања прикрива, у суштини, нарушавање националних фискалних суверенитета наметањем и форсирањем међународне пореске сарадње. Убрзано се исцртавају обриси међународног пореског поретка у виду обавезујућих међународноправних инструмената (*soft law*), као што су наведени модели споразума, препоруке и смернице у домену размене пореских информација, а све то скривено кроз глобалну иницијативу за борбу против пореске евазије и другог финансијског криминалитета. Државе су на извештан начин принуђене да чине уступке у међународној пореској сарадњи, па чак и на штету сопствених финансијских интереса али и интереса пореских обвезника који послују на њиховим територијама. Пореско “развлашћивање” националних држава у име свеопште сарадње на плану сузбијања офшор пореске евазије удаљава пореску власт од пореских обвезника и препушта их неким наднационалним институцијама. Земље извора које, по правилу, имају ниже пореске стопе на приходе од капитала у ствари су приморане да обезбеђују приватне финансијске податке земљама ОЕЦД премда од таквих споразума за узврат ништа не добијају, само могу себе изложити одређеним санкцијама као некооперативне јурисдикције.²⁶ Треба имати у виду да су финансијски интереси земаља извозница и земаља увозница капитала супротстављени и да овој другој групи земаља више одговара да не достављају пореске информације о нерезидентним обвезницима.

Начело реципроцитета у међународним праву овде има мањи значај будући да би од размене пореских информација земље извора (пореске оазе) имале више штете него користи, посебно имајући у виду нарушавање банкарске тајности. Ако је финансијска поверљивост у банкарским односима традиционално представљала камен темељац рада финансијских организација, такво правило се данас сматра озбиљном сметњом за ефикасну размену пореских информација. Пренебрегава се поверење и интереси клијената офшор финансијских институција са крајњим циљем стварања светског пореског система. У том правцу, садашње пореске активности које предузимају економски најзначајније државе и кључне међународне институције означавају одређене фазе у реализацији тог циља ради чијег се остварења енергично отклањају све финансијско-правне препреке. Прихватање стандарда приступа банкарским информацијама треба да на заобилазан начин наметне промене у домаћем финансијском законодавству независно од стварних националних интереса.

²⁶ Daniel J. Mitchell, *A Tax Competition Primer: Why Tax Harmonization and Information Exchange Undermine America's Competitive Advantage in the Global Economy*, The Heritage Foundation Backgrounder, No. 1460, July 20, 2001, p. 3

Ове промене се односе на забрану отварања анонимних банкарских рачуна; захтеве за идентификацијом клијената; непостојање домаћег пореског интереса; приступ банкарским информацијама, не само у обичним пореским споровима, већ и у пореским кривичним стварима.²⁷ Притом се потпуно занемарује важна чињеница да се оваквим захтевима уништава финансијска приватност имајући у виду околност да је приватност заштићена декларацијом УН о људским правима.²⁸

Заштита права и интереса пореских обвезника основни је проблем који треба адекватно разрешити у процесу међународне размене пореских информација. Имајући у виду посебно ангажовање ОЕЦД на плану међународне пореске сарадње, која по неким мишљењима неформално преузима улогу светске пореске администрације, и осетљивост поштовања права обвезника на поверљивост и тајност података, ова организација је током 2012. године усвојила Водич о заштити поверљивости размењених информација у пореске сврхе.²⁹ У уводу овог документа се истиче да је поверљивост пореских информација фундаментални камен темељац пореског система. Да би имали поверење у порески систем и да би испуњавали пореске обавезе у складу са законом, потребно је да порески обвезници имају сигурност да често осетљиве личне финансијске информације не буду на неодговарајући начин откривене, било намерно или случајно. У том смислу, потребан је одговарајући правни оквир за заштиту поверљивости размењених пореских информација. Релевантне одредбе о томе уграђене су у међународне пореске споразуме (билатералне и мултилатералне) као и у домаћем законодавству. Намеће се питање да ли је то довољно, у савременим технолошким условима брзог протока различитих личних и финансијских информација, како би се реално остварила права обвезника на поверљивост и тајност размењених података између националних пореских администрација или директно између страних влада.

Чл. 26 ОЕЦД Модел пореске конвенције садржи одредбу о поверљивости размењених информација које ће бити третиране као тајна на исти начин као информација добијена на основу домаћег закона земље која прима информације. Подаци могу бити достављени само у сврхе опорезивања, значи, ради разреза и наплате пореза, жалбене процедуре, кажњавања у административном пореском или судском поступку. Чл. 8 Модел споразума о размени информација у пореским стварима садржи сличне одредбе о поверљивости као чл. 26 Модел конвенције ОЕЦД. Чл. 22 Мултилатералне конвенције о узајамној административној помоћи

²⁷ *Improving Access to Bank Information for Tax Purposes*, The 2007 Progress Report, OECD, 2007.

²⁸ Daniel J. Mitchell, *The Moral Case for Tax Havens*, Liberales Institut, Occasional Paper 24, 2005, p. 25

²⁹ *Keeping It Safe-The OECD guide on the protection of confidentiality of information exchanged for tax purposes*, OECD 2012.

у пореским стварима на сличан начин гарантује поверљивост размењених информација. Државе примењују на различите начине обавезе из пореских уговора, укључујући и обавезу поверљивости података. Један приступ се односи на измене домаћег законодавства, како би се осигурало да уговорне обавезе буду поштоване по правилима домаћих закона о поверљивости личних података. У другим земљама, обавезе из пореских уговора се примењују на такав начин да у случају неслагања између уговора и националног закона, порески уговор има превагу над домаћим правилима. Неке државе користе комбинацију оба приступа у уређивању питања поверљивости размењених пореских информација и допуштању њиховог откривања у тачно предвиђеним случајевима. Потребно је предвидети у домаћем законодавству и одговарајуће санкције за физичка лица и управне органе за неовлашћено одавање пореских информација. Санкције морају бити јасне и довољно строге како би обесхрабриле кршење права на поверљивост и тајност пореских података.³⁰ Без обзира на ове гаранције, у литератури се, ипак, највише критикује опасност од свесног кршења уставних права грађана ради ефикасније размене пореских информација и спречавања међународне пореске евазије. У пореској пракси, гаранције су илузорне када у огромној количини размењених информација порески обвезник претходно не добије обавештење о намераваном достављању који се њега тичу.³¹

Закључна разматрања

Напори резидентних држава да прате своје пореске обвезнике ван националних граница ограничени су због територијалне важности националног пореског права. Традиционалан билатералан приступ пореској сарадњи је одговарао њиховим интересима у условима слабије развијених међународних финансијских односа. “Корпоративизација” међународног пословања и повећање прекограничних трансакција створило је потребу за јачом пореском сарадњом националних пореских администрација. У том смислу, ефикасна размена информација постаје кључни аспект међународне пореске сарадње. Пословање мултинационалних компанија и богатих појединаца кроз разгранату мрежу њихових организационих облика указало је на недостатке примене билатералних пореских споразума о избегавању међународног двоструког опрезивања и размени пореских информација.

Утицајне међународне финансијске организације данас све више инсистирају на међународном приступу решавању проблема офшор пореске евазије и агресивног пореског планирања. Убрзавање процеса међународне

30 Видети: *ibid.*, p.7-13

31 Bruce Zagaris, *Exchange of tax information policies at the millennium: balancing enforcement with due process and international human rights*, August 2001, www.freedomandprosperity.org/zagaris2.pdf, p. 17

сарадње у облику размене пореских информација, нажалост, има своју “цену” у нарушавању и ограничавању националних фискалних суверенитета и националне регулативе о тајности и поверљивости података. Принцип резидентства, као базични основ расподеле пореских терета, на савременом нивоу развоја међународних економских и финансијских односа, више не одговара фискалним интересима економски високо развијених земаља. Ради остварења сопствених пореских система оне намећу осталим државама обавезе у међународној пореској сарадњи које су често на штету, не само државних овлашћења, него и права обичних грађана као пореских обвезника. Међународне финансијске институције у њихово име постављају оквири новог глобалног пореског поретка чије се последице још увек не могу сагледати у потпуности. Или су ствари већ очигледне, само је потребно пажљиво пратити шта се дешава у сфери међународног пореског права.

РЕЗИМЕ

Ефикасна реализација националних пореских система у великој мери зависи од савесности пореских обвезника да поштено пријављују све приходе независно од места остварења. Принцип пореског резидентства захтева опорезивање светског дохотка што је у супротности са територијалном ограниченошћу важења националних пореских законодавстава. Са ширењем прекограничних трансакција и међународног пословања намеће се потреба за већом међународном пореском сарадњом која је, за сада, најизраженија у виду размене пореских информација. Традиционални начини решавања сукоба пореских закона показали су се недовољним. У међународним пореским односима све више се инсистира на закључивању мултилатералних пореских уговора и аутоматској размени пореских информација у пореским стварима чему погодује неслућени развој информационо-комуникационих технологија. Наметањем међународних стандарда у размени пореских информација од стране међународних финансијских организација, независно од стварних интереса националних држава, нарушава се њихов фискални суверенитет и на прикривен начин, посредством међународне пореске сарадње, покушава се да се оствари уједначавање националних пореских система. Овај процес се убрзано одвија на међународном плану чиме се постављају оквири глобалног пореског система. Узимајући у обзир све користи од унапређења међународне размене пореских информација, не могу се занемарити ризици у виду постепеног слабења националних фискалних овлашћења и кршења права обвезника на поверљивост и тајност података.

Prof. Mileva Anđelković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Exchange of Information as a form of International Tax Cooperation

Summary

In this paper, the author explores the current trend in the international tax law which is reflected in the exchange of tax information between the national tax administrations. The author first provides a brief chronological overview of the ongoing efforts of international organizations to promote and accelerate the international exchange of tax information. Then, the author provides an overview of models underlying this form of international legal assistance as envisaged in the relevant international documents. In the final part of this paper, considering the outstanding significance of this process for the fiscal sovereignty of national states, the author points out to the possible implications and consequences involved in this process particularly in terms of the demonstrated benefits and risks.

Key words: *tax cooperation, international tax agreements, exchange of tax information*

УТИЦАЈ АНТРОПОЛОГИЈЕ НА НАСТАНАК И РАЗВОЈ КРИМИНОЛОГИЈЕ¹

Апстракт: *Историјат развоја криминологије обезбеђује изванредну шансу да се истражи интеракција између природних и друштвених наука, као и између права и медицине. Улога биолошког детерминизма 19. века обухватала је три битне поставке: детерминистичко одређење у вршењу криминалног чина; диференцирање криминалаца од других људи; и, патолошка својства код учинилаца. С обзиром на то да су криминолошка истраживања изворно интердисциплинарна, правници који су истраживали злочин морали су да се „ухвате у коштац“ са истраживањима биолога и психијатара и обрнуто. Као последица тога, криминолошко истраживање 19. века је почело да трансформише однос између психијатрије и биологије и ситема кривичног правосуђа од две супротстављене стране у једну симбиотичку. Галл је свој рад на анатомији мозга почео у Бечу, од 1785-1805. године. До седамдесетих година 19. века, када је Ломброзо развио своју теорију о рођеном злочинцу, медицинари су одбацили Галове идеје, али је његов френолошки концепт ипак одиграо важну улогу у припреми тла за идеје Ломброза. Сматра се да је Гал, поред Лаватера (J.G.Lavater) и Ђамбатиста Дела Порта (Giambattista Della Porta), један од оснивача физиогномије у криминологији. Њихова схватања, иако напуштена, ипак су представљала претече антрополошког правца у криминологији, а њихов је значај у томе што су преузели методе егзактних наука, а злочинце проучавали појединачно, као болеснике. Наставак Ломброзове теорије и утицаја антропологије на криминологију, почетком 20. века, огледа се у радовима о: тетоважама, близанцима, ХУУ хромозомима, физичкој конституцији, као и о схватањима еугенике и расне хигијене.*

Кључне речи: *физиогномија, антропологија, биолошки детерминизам, Ломброзо.*

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

Уводна разматрања

Различита питања криминалитета могу бити тумачена и објашњавана са многобројних становишта – социолошког, психолошког, правног – тако да свако од њих указује само на изванредан угао гледања који је предодређен, унапред, пољем интересовања истраживача/истраживачице.

Појава казне као најстарије кривичне санкције, реакције друштва на криминално понашање и средстава заштите друштва од криминалитета, довели су до постављања два кључна теоријска питања: шта оправдава постојање и примену казне и који су циљеви и сврха кажњавања.

Стога, историјат развоја криминологије обезбеђује изванредну шансу да се истражи интеракција између природних и друштвених наука, као и између права и медицине.

Кратки осврт на криминолошко истраживање у прве три четвртине 19. века је важан, зато што је сазнање тог дела прошлости есенцијално за исправно одређивање развоја, који је узео маха пред крај 19. века. Постојање био-медико-биолошког објашњења криминалитета, у ранијем периоду 19. века, указује да Ломброзо (Lombroso) није био први који је понудио то објашњење. С друге стране, суштински напор рада у области „моралне статистике“ и о субкултури професионалних криминалаца показује да су истраживачи 19. века исказивали много веће интересовање за друштвене у односу на биолошке узроке злочина. Само уколико се ова два момента добро разумеју, може се објаснити драстичан заокрет од истицања друштвених ка медицинско-биолошким објашњењима криминалитета, која су се јавила пред крај 19. века.

Иначе, на прелазу од 19. века у 20. век, чак су преузимани написи у дневној штампи у САД, који су се позивали на утицај учења немачких криминолога о деловању спољашњих, косметелурских фактора на криминалитет. Зато је илустративан пример објашњења повећања злочина на улицама великих градова САД, под утицајем деловања летњих месеца, а у складу са учењем „немачких криминолога“. Др Плацек (Placzek), један од највећих ауторитета у тој области у Немачкој, како је пренео дневни лист *The New York Times* од 2. августа 1907. године, је тврдио да „није само топлота сунца та која утиче на људске страсти, које су одговорне за конкретан злочин, већ и различити социјални услови и услови рада. На пример, много се више алкохола конзумира лети него зими, а алкохол је увек суштински узрок злочина“. Осим тога, како преноси *The Times*, мишљење др Плацека је да се „живот лети одвија на отвореном и у складу са другим могућностима, што заједно омогућава вршење злочина са смртним исходом“.²

2 Видети: „Crime increases in summer“. *The New York Times*. 2. August 1907. <http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=F30F16FE3B5A15738DDDAB0894D0405B878CF1D3>, pristup: 12.5.2011.

Питање порекла криминологије је предмет дебате. Неки сматрају да ова наука почиње од Ломброза, чија се књига о рођеном злочинцу појавила 1876. године,³ док други сматрају да је то Чезаре Бекарија (Cesare Beccaria), који се залагао за казнену реформу више од једног века пре тога.⁴ Други сугеришу да је порекло модерне криминологије у раду и залагању моралних статистичара раног 19. века или у залагању психијатара 19. века.

Морални статистичари, међу којима је за развој криминологије посебно био значајан Гери (Guerry), сматрали су да је морална статистика скуп чињеница која има за циљ да објасни „интелектуалног човека“ – његове вештине, обичаје и осећања. То је поље које укључује: филозофију морала, политику, религију, легислатуру, историју, литературу и уметност. Гери је, с друге стране, статистику криминалитета сагледавао као смисао који помаже разумевању широког поља људског понашања – креирање неке врсте „социологије човека“.⁵

Улога психијатрије, односно биолошког детерминизма 19. века обухватала је три битне поставке које су ово схватање раздвајале од схватања класичне криминологије: детерминистичко одређење у вршењу криминалног чина; диференцирање криминалаца од других људи; патолошка својства код учинилаца. Коментаришући ова три одређења биолошког детерминизма 19. века, криминолог Маца (Matza, 1964) је писао да се „то (биолошки детерминизам, прим.а.) фокусирао на мотивацију и на криминалца – појединца. Злочин је објашњаван у криминалцу, а не у кривичном праву. Нагласак је на индивидуалном учиниоцу, а не на злочину“.⁶

Питање порекла криминологије имплицира на значај њеног имена, односно термина „криминологија“. Најбоље је сврстати је у групу „казнених наука“, мисли Вецел, које је немачки казнени реформатор Франц фон Лист (Franz von Liszt) поделио на три главне гране: педагошко-практична грана, која се састоји у обуци правника кривичара и судија и која обухвата кривичну јуриспруденцију (студије кривичног права) и криминалистику (или форензику: научне методе прикупљања доказа); научна грана „која се састоји од каузалних објашњења злочина (криминологија) и кажњавања (пенологија); и, политичке

3 Његова књига „L'Uomo Delinquente“ имала је своје прво издање 1876. године, а настала је као резултат седмогодишњег рада у пенитенцијарним установама Италије. У тој књизи он је изнео своју тврдњу да злочин у потпуности настаје под утицајем антрополошких карактеристика криминалца. Maurice Parmelee: „Introduction to the English Version“. У: Cesare Lombroso. (1968) *Crime Its Causes and Remedies*. Montclair, New Jersey: Patterson Smith. str. xii

4 Видети: Cesare Bonesana, Marchese Beccaria. *Of Crimes and Punishments*. (Originally published in Italian in 1764) http://www.constitution.org/cb/crim_pun.htm, pristup: 3.4.2011.

5 Andre-Michel Guerry: *The Moral statistics of France, 1833*. U: *The Origins of Criminology*. (2009) Ed. by Nicole Rafter. A GlassHouse Book <http://books.google.com/books> pristup: 3.4.2011

6 Lim Hong Shuan. *Criminology – Scientific / Psychological Approaches to Crime*. <http://rmpckl.rmp.gov.my/Journal/BI/criminology.pdf> pristup: 3.4.2011

гране, која се односи на унапређење пеналне легислатуре (казнена политика). У том смислу, термин „криминологија“ биће коришћен да означи научно испитивање узрока злочина. Ова дефиниција се разликује од оне шире која обухвата пенологију и казнену политику, као део предмета криминологије и од оне уже, која криминологију одређује као науку која се бави проучавањем криминалаца (пре него криминалитета). Стога се представници класичне школе не могу сматрати криминолозима у том смислу, зато што су се они више интересовали за казнену политику него за узроке злочина.⁷

У периоду 19. века битно је пратити три групе истраживача које су се бавиле питањима узрока криминалитета: лекари, који су развили медицинска објашњења криминалног понашања; „морални статистичари“, који су анализирали криминалне статистике; и, полицијски службеници и други интересенти, који су се бавили истраживањем „основа повећања“ криминалитета и субкултуре професионалних криминалаца.⁸

Медицинска објашњења

Гал (Gall) је свој рад на анатомији мозга почео у Бечу, где се бавио медицином од 1785-1805. године. Када је његов рад проглашен неприхватљивим са религиозног становишта 1805. године, напустио је Беч и радио на неколико немачких универзитета. Сматра се да је поред Лаватера (J.G.Lavater) и Ђамбатиста Дела Порта (Giambattista Della Porta) један од оснивача физиогномије у криминологији. Њихова схватања, иако напуштена, ипак представљају претече антрополошког правца у криминологији, а њихов је значај у томе што су преузели методе егзактних наука, а злочинце проучавали појединачно, као болеснике.⁹

До седамдесетих година 19. века, када је Ломброзо развио своју теорију о рођеном злочинцу, медицинари су одбацили Галове идеје, али је његов френилошки концепт ипак одиграо важну улогу у припреми тла за идеје Ломброзо. У међувремену, 1835. године, британски психијатар Џејмс Причард (James Prichard) осмислио је кованицу „морално лудило“, којом је замењен термин мономанија. Причард је разликовао две врсте лудила: једно, које погађа интелект и друго, које погађа емоције и вољу. Према учењу Причарда, особа са моралним лудилом је „неспособна да прича или резонује у односу на било који предмет на који јој се указује – она ће често поступати са великом

7 Видети: Константиновић Вилић, С, Николић Ристановић, В, Костић, М. *Криминологија*, Пеликан Принт, Ниш, 2009., стр. 266-268.

8 Wetzell, F. Richard, op. cit., p. 17.

9 Видети: Константиновић Вилић, Слободанка, Весна Николић Ристановић и Миомира Костић, op. cit., стр. 268-269.

оштроумношћу и говорљивошћу – али без могућности да пристојно и на прави начин руководи сопственим животом¹⁰.

Морално лудило, како га је осмислио Причард, ускоро је нашло свој пут у немачком и француском речнику психијатрије. У Немачкој и Француској израз „морално лудило“ заузео је много специфичније значење, указујући на насилно, неморално и криминално понашање, које је било усмерено на један изоловани дефект „моралне свести“. У деловима Европе, у којима се говорио немачки језик, прихватање Причардовог концепта било је усложнено тиме да је већина немачких психијатара веровала у јединство духовне моћи и одатле одбијање става да би морална свест појединца могла да буде поремећена, без да су тиме погођене њене интелектуалне способности. Немачко одређење је *moralischer Schwachsinn* и указује на случајеве менталног обољења, за које се чини да је примарно, али не ексклузивно, погађа моралну свест појединца. Морално лудило ипак се генерално посматра као редак поремећај и њиме се не може објаснити обим криминалитета.¹¹

Обједињавање приступа – враћање на почетак

Развој немачке криминологије од 19. века до 1945. године обележила је преобладајућа истраживања биолошких узрока злочина у односу на истраживања о друштвеним узроцима злочина. Преовладавање криминално-биолошког приступа је јасно ако се има у виду да су већину криминолошких истраживања вршили психијатри.

Реформатори казненог система, окупљени око Франца фон Листа, посматрали су криминолошка истраживања као нешто што ће обезбедити научну фундираност за казнену политику. Иако су реформатори казненог система били склони ка томе да поклоне већу пажњу друштвеним, а не биолошким факторима злочина, у пракси, истраживања у области криминалне социологије остала су далеко иза истраживања у криминалној биологији, због тога што су немачки социолози показали мало интересовања за злочин и зато што су реформатори казненог система преко воље пристали да прихвате истраживања у области криминалне социологије. Та се ситуација променила након Првог светског рата, када је један број правника, попут Егзнера и Липмана (Ehner i Liermann), отпочела да прихвата и истраживања из области криминалне социологије.

Већина криминолошких истраживања, током тог периода, била је извођена од стране немачких психијатара. Вецел наводи више разлога за то. Као прво, крајем 19. века талас интересовања медицинске професије за етиологију криминалитета дошао је услед утицаја Ломброзове идеје о рођеном злочинцу, чиме су унапређена биолошка објашњења криминалитета, у којима су немачки

¹⁰ Wetzell, F. Richard, op. cit., p. 19-20.

¹¹ Ibid.

лекари, посебно затворски лекари, нашли своје тло за истраживање. И када је Ломброзо изједначио свог рођеног злочинца са психијатријском дијагнозом „моралног лудила“, психијатри су коначно одлучили да треба да реагују на ове теорије.¹²

Друго, реакција на Ломброзову теорију појавила се у време када је немачка психијатрија била у експанзији своје професионалне територије, изван области потпуно испуњених менталним болестима у област „граничног подручја“ лакших менталних болести (садашњи термин „поремећај личности“) које Кош (Koch) назива „geistige Minderwertigkeiten“, а Креплин и Шнајдер (Kraepelin i Schneider) касније зову „психопатске личности“. Пошто су та стања душе била повезана са девијантним понашањем, укључујући криминалитет, психијатријско интересовање у настањивању овог огромног пространства нове граничне линије „абнормалности“ такође је усмерило њихово интересовање за криминолошка истраживања.

Треће, психијатри су усмерили своју пажњу на истраживање жртва злочина, зато што су увидели да тиме могу да прошире улогу психијатрије на кривичноправни систем. Ова амбиција нашла је своју најранију и најрадикалнију експресију у раду Креплинова „Die Abschaffung des Strafmaßes“ (1880), у коме он позива на аболицију фиксираних затворских казни у корист неодређеног, индивидуализираног третмана и реорганизације пеналног система према психијатријским клиникама. У својим првим радовима, Креплин је потврдио улогу криминалне психологије у установљавању линије између злочина и лудила. Приликом објашњења категорије хабитуралних криминалаца, Креплин је истицао њихов мањак свести о моралности. Пошто је Креплинова шема била усмерена на то да отклони разлику између кажњавања и медицинског третмана, појавило се као спорно питање законске одговорности, па психијатри више не треба да служе као стручни сведоци у ситуацијама када се појави изговор на лудило. Као резултат, традиционални супротстављени однос између кривичног правосуђа и психијатрије, у коме јуристи често „узимају за зло“ психијатрима да „ослобађају криминалце“, морао је да буде трансформисан у симбиотички однос, у коме психијатри играју кључну улогу у одређивању прикладног индивидуализираног третмана за сваког криминалца. Иако већина психијатара није прихватила Креплиново порицање, већ разликовање између законски одговорних и неодговорних учинилаца, сви ипак деле исту амбицију – да прошире улогу психијатрије кроз систем кривичног правосуђа. Читава идеја иза истраживања у области криминалане биологије била је у томе да психијатријска евалуација треба да игра улогу у детерминисању индивидуализовања пеналног третмана осуђеника.¹³

¹² Wetzell, F. Richard, op. cit., p. 295.

¹³ Видети: *Criminals and Their Scientists*. (2006) Ed. by Peter Becker and Wetzell F. Richard. Publications of the German Historical Institute. <http://books.google.com/books?id, pristup: 12.5.2011>.

Коначно, озлојеђеност психијатријске професије за играњем кључне улоге у кривичном правосуђу била је блиско повезана са другом карактеристиком немачке психијатрије касног 19. и почетка 20. века: њене склоности да стави интересе друштва изнад добробити пацијента – појединца. Овај став имао је свој јасан одраз у дискусијама пре 1914. године, приликом представљања „умањене одговорности“, у којој су психијатри искористили „абнормалност“ *Minderwertige*, да потврде своју неодређену детенцију у корист заштите друштва, али без инсистирања да та иста „абнормалност“ квалификује Миндервертигеза за слабији медицински третман и да их то ослобађа ригорозних режима и стигме заточења. Потпуно исти став је усвојен са својом крајње експлицитном формулацијом, када је Ашафенбург (*Aschaffenburg*) бранио психијатре од оптужбе да је њихов „крајње широк хуманитаризам“ имао, у ствари, у подсвести кривично правосуђе. Психијатри, како је инсистирао, рутински „депривирају пацијенте од њихове слободе у циљу заштите друштва“ и при томе су били свесни да „интереси пацијента морају доћи на друго место у односу на интересе заједнице“.¹⁴

Почињући са прихватањем Ломброза у касним годинама 19. века, биолошка објашњења криминалитета, која су понудили немачки психијатри, узела су облик две различите парадигме. Иако су на прелазу века пионири немачке криминалне психологије били једногласни у одбијању тврдње Ломброза да рођени криминалац представља различит антрополошки тип, објашњења криминалног понашања, која су они понудили, раздвојили су их у два правца.

Заступници онога што се може назвати Креплинова парадигма, скинули су са Ломброзове представе рођеног криминалца његове антрополошке карактеристике и редефинисали рођеног криминалца у чист психијатријски термин некога ко је „морално дефектан“.

После Првог светског рата, ова парадигма живела је у облику онога што су Бирнбаум и Шнајдер (*Birnbaum i Schneider*) назвали *gemütlos* (*kompulzivne*) или аморалне психопате. Највреднија одлика ове парадигме је у њеном обједињавању моралних и медицинских норми. Тако Креплин дефинише „морално лудило“ као „мањак или слабост оних осећања која одбијају немилосрдност задовољења егоизма“.

Оно што је вредно запажања је да је чак и Шнајдер, који је критиковао обједињавање медицинских и моралних критеријума Креплинове дефиниције и учинио посебан напор да установи објективан психолошки критеријум за своју „психопатску личност“, починио исту грешку, приликом дефинисања *gemütlos* или тип аморалног психопате, као мањак „сажаљења, стида, части, покајања, савести“. Инклузија моралног критеријума у психијатријску дијагнозу, у великој мери развија ризик таутолошког размишљања, у коме је девијантно или криминално понашање појединца постало медицински симптом

¹⁴ Wetzell, F. Richard, *op. cit.*, p. 296.

психопатије, једноставно из разлога што се тиме крше конвенционалне моралне и друштвене погме.¹⁵ Иначе, Шнајдер је осмислио десет различитих типова психопата. Антисоцијалне и асоцијалне тенденције повезане су у различитим формама психопатије, што представља предмет интересовања криминологије. Типови психопата, према Шнајдеру, укључују, у ствари, особе које пате од своје абнормалности и особе од чије абнормалности пати друштво. Само ова друга група психопата је битна за криминологију. У ту групу спадају експлозивне (импулсивне) психопате.¹⁶

Пошто су Шнајдер и Бирнбаум посматрали *gemütlos* или тип аморалног психопате као малу мањину међу криминалцима, обим Креплинове парадигме био је грубо умањен од периода Вајмарске Републике па надаље, дозвољавајући „надметање парадигме са добијеном појавом“.

На преласку векова, друга група психијатара, укључујући Ашафенбурга и Näscke-а, одбацила је постојање „моралног дефекта“ и заузела много сложенији став о интеракцији између наслеђивања и околине. Они су установили „Ашафенбургову парадигму“, у којој је доминирао став да многи криминалци пате од опште менталне абнормалности (описане у термину дегенерације, *Minderwertigkeit* или психопатија), што их чини много подложнијим да живе криминалним начином живота, под неповољним спољним околностима – не зато што су те абнормалности биле непосредно криминогене, „већ зато што су развојно омели своје каријере у друштвеном и економском животу“.¹⁷

Од периода Вајмарске Републике, Ашафенбургова парадигма је постала преобладајућа. Практично, сваки криминолог биолошки оријентисан у периоду између два светска рата, укључујући и оне који су били најпосвећенији истраживању генетских фактора (Lange i Stumpfl), били су сагласни у томе да се, изузев ретких случајева *gemütlos* психопата, конгенитални или генетски фактори, који су имали удела у криминалном понашању, нису састојали од неког криминогеног „моралног дефекта“, већ од различитих абнормалних трагова који нису наследно криминогени, али би могли да развију криминогени потенцијал, у одређеној комбинацији и под одређеним спољним околностима.

Најважнији допринос Ашафенбургове парадигме био је у комплексном сагледавању интеракције између наслеђивања и утицаја из околине, што је промовисало да се појава методолошки и концептуално ближе одреди. У ствари, Ашафенбург је прецизно описао поделу узрока злочина на две велике групе: друштвени узроци и индивидуални узроци. Прва група разматра само спољашње услове „опште флукуације која утиче на јављање злочина“, друга група услова увек води, приликом испитивања индивидуиног личног нагињању у злочин,

15 Wetzell, F. Richard, op. cit., p. 297.

16 Videti: Stephan Hurwitz, Karl O. Christiansen. *Criminology*. (1983). p. 114. . <http://books.google.com/books?id, pristup: 12.5.2011>

17 Wetzell, F. Richard, loc.cit.

ка „каљузи“ из које је индивидуа потекла, а то „директно води назад дуж пута према друштвеним узроцима“ злочина.¹⁸

Ако се упореде истраживања из доба Вајмарске Републике и пре Првог светског рата, нема сумње да је рад Бирнбаума, Шнајдера, Грила и Ланга (Birnbäum, Schneider, Gruhle i Lange) био јасно одређенији у свом приступу о интеракцији између наслеђивања и утицаја из околине, него предратне теорије Креплина, Блеулера, Ашхафенбурга и Нацкеа. Оно што је видљиво, дуговременски тренд растућег методолошког пречишћавања наставио се у већини, али не и у свим, криминално-биолошким истраживањима, чак и током нацистичког режима. Ови су теоретичари тада већ јасно дефинисали криминологију као медико-психијатријску специјалност и утемељили психијатре као ауторитете у области друштвеног здравља и регулисања девијантности.¹⁹

Штумфл (Stumpfl) је имао много већи домаћај у методолошким питањима студија о близанцима, него у својим радовима Ланге, све до Егзнерове криминолошке студије из 1939. године, која је представљала видљиви напредак у односу на стандардни рад Ашафенбурга из 1903. године. Ова растућа одређеност методологије неизмерно је, додатно, усложнила компликовани задатак биолога. Како је њихово разумевање интеракције наслеђивања и окружења постало сложеније, њихов циљ, који се састојао у идентификовању криминогених генетских фактора и раздвајања између поправљивих и непоправљивих, постао је још „неухватљивији“.

Чак и по препознавању улоге како генетских тако и фактора окружења на генезу криминалног понашања, већина криминалних биолога непрекидно је стављала на прво место генетске факторе и истицала да су генетски фактори, ипак, примарно важни. Таква једна тврдња би била оправдана само да је показано да генетски фактори често воде у злочин, без икаквих видљивих кофактора из окружења или да криминогена моћ тих генетских фактора није била уобичајено попустљива према рехабилитативним мерама. У ствари, било је широко препознато да не постоји видљивост за такав предлог.²⁰ Супротно од тога, Ланге је признао да су фактори средине имали улогу у случајевима свих криминалних близанаца које је истраживао, док је Шумпфл проценио да би највише 20% криминалаца могло да буде сматрано непоправљивим.

Стога остаје питање зашто је већина криминалних биолога ипак тврдила да је примат у генетским факторима? Одговор се налази у неколицини основа

18 Видети: Gustav Aschaffenburg. *Crime and Its Repression*. (1968). Montclair, New Jersey: Patterson Smith, str. 15.

19 Nicole Rafter. (2008) „Criminology’s Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany“. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 41 number 2. p. 287-306.

<http://www.atypon-link.com/AAP/doi/pdfplus/10.1375/acri.41.2.287?cookieSet=1>, pristup: 12.4.2011.

20 Wetzell, F. Richard, op. cit., p. 298.

и претпоставки који су карактерисали немачку психијатрију за време периода истраживања.

Прво, немачка психијатрија, током тог периода, била је заокупљена јаком пристрасношћу према наслеђивању, што је, уз прихватање да се појединци разликују, укључујући ту и менталну болест, било примарно изазвано генетским факторима. Овакав став према херeditаризму произишао је делом из неуспеха психијатрије да начини прогрес у третману менталних болести. У немогућности да излече већину својих пацијената, психијатри су били доведени у искушење да објасне своје терапеутске промашаје тиме што су приписали узрок менталне болести непроменљивим генетским факторима. И ако је истраживање људске генетике остало на примитивном нивоу све време прве половине 20. века, херeditаризам је такође попримио подршку у поновном открићу Менделових закона, негде са преласка векова 19. у 20. век.

Друго, до средине двадесетих година 20. века, и касније, велика већина немачких лекара и психијатара била је пуна ентузијазма у подршци за еугенику, бар принципијелно. Ова последња квалификација је важна зато што су детаљи практичне импликације, укључујући и питање ко стварно треба да буде стерилисан, поново су довели до неслагласности. Ипак, скоро универзални ентузијазам за еугенику међу немачким психијатрима, јасније указује на то зашто су прихватили истраживања генетских фактора.

Конечно, иако је већина криминалних биолога признала улогу друштвених фактора злочина, они су били генерално песимистични око тога да је могуће променити социјалне услове који утичу на тако много особа да ступе у криминалну каријеру. Стално изнова, највећи заступници криминалне биологије, укључујући Ашафенбурга, Nakea i Viernstein-a, чак и Rüdin-a, који је заступао тврду линију, јасно су признавали да би у многим случајевима промене у социјалном миљеу рецидивиста могле, у принципу, да превенирају ново криминално понашање. Али, таква схватања увек су била праћена квалификацијом да такво окружење, практично, не би могло да буде измењено, па ти дотични криминалци треба да буду сматрани „непоправљивим“. Другим речима, прогнозирање непоправљивости није било засновано на убеђењу да је криминално понашање појединца резултирало из непоправљивости генетских фактора, већ из веровања да је једноставно сувише тешко променити друштвене факторе који су томе допринели.

Иако су Лист и његови следбеници реформатори често истицали значај улоге социјалних фактора, њихови предлози за реформу били су усмерени на индивидуализацију кажњавања, а то је, ипак, више усмерено на промену код учинилаца, а не на друштвене промене, што би била најважнија стратегија превенције криминалитета. Из те перспективе, криминална биологија је била добродошла зато што је омогућила сазнање о криминалцу – појединцу, што

је било од суштинске важности у реформи чији су напори били усмерени на учиниоца – појединца.

Истраживања у области криминалне биологије су ипак ставила неке замерке на веровања у вези са наслеђивањем криминалних диспозиција, што је довело до тога да неки психијатри и правници истакну важност фактора средине. Међу психијатрима који су пратили истраживања у области криминалне биологије, Hans Gruhle остао је високо критичан у односу на генетска објашњења злочина и истицао улогу социјалних фактора, укључујући припадност друштвеној класи. Чак и правници који су били криминолошки оријентисани, попут Егзнера и Липмана, тежили су да дају подједнаку важност биолошким и социолошким факторима у свом приступу етиологији криминалитета.

У компаративном смислу, развој немачке криминологије није био јединствен. Новија истраживања о историјату развоја француске криминологије су утврдила да су разлике између италијанске антрополошке школе и француске социолошке школе биле пренаглашене и да чак и пошто су Французи, као и Немци, одбацили рођеног криминалца, као антрополошки тип, они су ипак заступали многобројне од Ломбровових претпоставки везаних за базично наслеђивање. На исти начин, Чарлес Горинг је написао своју чувену књигу „Енглески заточеник“ (*The English Convict*, 1913) и одбацио учење Ломброза о рођеном злочнику, али је био заговорник теорије која повезује криминално понашање са слабошћу ума, што је било слично Ашафенбурговом схватању.²¹

Коначно, америчка криминологија 20. века садржи једну моћну нит коју је Ницоле Рафтер назвао „еугеничка криминологија“, што је САД „дало сумњиву дистинкцију да нису биле међу првим државама света које су стерилизовале криминалце (почело 1907), пракса која се наставила до 1945. године“. Nicole Rafter ипак своја објашњења еугенике везује за период владавине Трећег Рајха у Немачкој од 1933-1945. године. Наводи да је тада водећи у еугеничким истраживањима др Еуген Фисхер тврдио да се указала „ретка и посебно добра прилика да теоријска наука узнапредује у време када преовладавајућа идеологија то подржава, а њена открића могу моментално послужити политици државе“. У том смислу, развила су се два научна програма у оквиру нацистички оријентисане криминалне биологије – еугеника и расна хигијена. Ови се називи често користе као синоними. Еугенички пројекат имао је за циљ да побољша квалитет расе („људске расе“), тиме што би се супериорни људи охрабривали на репродукцију („позитивна еугеника“), а инфериорни обесхрабривали („негативна еугеника“), путем: принудног егзила, забране бракова, затварања или елиминације. У најопштијем смислу, еугеника треба да превенира репродукцију свих оних људи који поседују херeditарне дефекте – на добробит свих. Током тридесетих година 20. века Јевреји су били међу онима који су, у Немачкој или било где другде, били обухваћени покретом еугенике, што је, криминолошки посматрано,

²¹ Wetzell, F. Richard, op. cit., p. 299-300.

водило ка идентификовању херeditарних криминалаца из свих раса и ентитета, чиме би се превенирала њихова даља репродукција. Покрет расне хигијене, с друге стране, био је усмерен на идентификацију етичке и расне групе људи, попут Јевреја или Рома, на пример, у корист враћања Немачке у аријевске токове. Криминолошки посматрано, расна хигијена се поклапа са еугеником у оном делу када су специфичне расно-етничке групе идентификоване као генетички криминалне.²²

Ове констатације, као и друга многобројна питања, попут оних: како се идеје криминалне биологије уклапају у објашњења криминалитета у доба нацизма; какве су биле последице „нацистичке“ криминологије и сл. представљају, очигледно, још недовољно истражено подручје развоја криминологије, као науке уопште и не само у Немачкој. Ипак, увидом у ранију периодизацију развоја криминологије у Немачкој јасно је да не постоји јединствено одређење појма и предмета њеног изучавања, осим прецизно утврђених појединачних стремљења, односно праваца. Стога, опстаје методолошки јасно исказан став да је одређивање тачно доминантног правца или целине ове науке увек обојено „одређивањем садржаја њеног предмета, методама који се користе приликом проучавања тог предмета, различитим идеолошким концепцијама и пруступима у проучавању природних и друштвених појава, као и њене самосталности у систему наука“.²³

22 Nicole Rafter. (2008) „Criminology’s Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany“. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 41 number 2., op. cit., str. 293.

23 Константиновић Вилић, Слободанка и Весна Николић Ристановић. (1998) *Криминологија*. Ниш: Студентски културни центар, стр. 4.

ЛИТЕРАТУРА

- Andre-Michel Guerry: The Moral statistics of France, 1833. U: *The Origins of Criminology*. (2009) Ed. by Nicole Rafter. A GlassHouse Book <http://books.google.com/books>
- Cesare Bonesana, Marchese Beccaria. *Of Crimes and Punishments*. (Originally published in Italian in 1764) http://www.constitution.org/cb/crim_pun.htm,
- Cesare Lombroso. (1968) *Crime Its Causes and Remedies*. Montclair, New Jersey: Patterson Smith
- Criminals and Their Scientists*. (2006) Ed. by Peter Becker and Wetzell F. Richard. Publications of the German Historical Institute. <http://books.google.com/books?id>
- „Crime increases in summer“. The New York Times. 2. August 1907. <http://query.nytimes.com/mem/archive-free/pdf?res=F30F16FE3B5A15738DDDAB0894D0405B878CF1D3>
- Чејовић, Бора. *Кривично право, општи део*. (2002). Београд: Службени лист СРЈ
- Gustav Aschaffenburg. *Crime and Its Repression*. (1968). Montclair, New Jersey: Patterson Smith
- Landecker, S. Werner. (1941) Criminology in Germany. *Journal of Criminal Law and Criminology* (1931-1951). Vol. 31. No. 5. pp. 551-575. <http://www.jstor.org/pss/1137202>
- Константиновић Вилић, Слободанка и Миомира Костић. (2006) *Пенологија*. Ниш: СВЕН
- Константиновић Вилић, Слободанка и Весна Николић Ристановић. (1998) *Криминологија*. Ниш: Студентски културни центар
- Константиновић Вилић, Слободанка, Весна Николић Ристановић и Миомира Костић. (2010) *Криминологија*. Београд: Прометеј
- Lim Hong Shuan. *Criminology – Scientific / Psychological Approaches to Crime*. <http://rmpckl.rmp.gov.my/Journal/BI/criminology.pdf>
- Milutinović, Milan. (1988) *Kriminologija*. Београд: Savremena administracija
- Nicole Rafter. (2008) „Criminology’s Darkest Hour: Biocriminology in Nazi Germany“. *The Australian and New Zealand Journal of Criminology*, Vol. 41 number 2. p. 287-306. <http://www.atypon-link.com/AAP/doi/pdfplus/10.1375/acri.41.2.287?cookieSet=1>
- Срзентић, Никола, Александар, Стајић, и Љубиша Лазаревић. (1988) *Кривично право СФРЈ, општи део*, Београд: Савремена администрација
- Stephan Hurwitz, Karl O. Christiansen. *Criminology*. (1983). p. 114. <http://books.google.com/books?id>,
- Vajmarska Republika, sr.wikipedia.org/sr-el/Vajmarska_republika
- Wetzell, F. Richard. (2000) *Inventing the Criminal: A History of German Criminology 1880-1945*. Chapel Hill and London: University of North Carolina Press

Prof. Miomira Kostić, LL.D. Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

***The influence of Antropology on the genesis
and development of Criminology***

Summary

The historical development of criminology provides an excellent opportunity to look into the interaction between the natural and social sciences as well as between law and medicine. The biological determinism of the 19th century involved three significant postulates: the concept of the biological determinism on the commission of a criminal act, the distinction between criminals and non-criminals, and the pathological traits in criminal offenders. Considering that criminological studies are originally interdisciplinary, jurists who were involved in examining the nature of crime had to “get into grips” with the research conducted by biologists and psychiatrists, and vice versa. In Vienna, F. J. Gall embarked on his research on the brain anatomy in the period from 1785 to 1805. Gall’s ideas had been discarded by the medical scientists until the 1870s, when C. Lombroso developed his theory on the “born” criminal offender. Yet, Gall’s phrenological theory still played a significant role in laying grounds for Lombroso’s ideas. Alongside J. G. Lavater and Giambattista Della Porta, Gall is considered to be one of the founding fathers of physiognomy in criminology. Although their theoretical standpoints had been abandoned at the time, they were still regarded as the forerunners of the anthropological approach in criminology and their work is significant because in their research they relied on the methods applied in exact sciences to study each criminal offender individually in the same way as they studied their patients. At the beginning of the 20th century, the continuation of Lombroso’s theory and the influence of anthropology on the development of criminology is reflected in the works dealing with diverse issues, such as: tattoos, identical twins, XYY chromosomes, man’s physical constitution, as well as in the theoretical standpoints of eugenics and racial hygiene.

Key words: *physiognomy, anthropology, biological determinism, Lombroso.*

ПРЕДНАЦРТ ГРАЂАНСКОГ ЗАКОНИКА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И НАСЛЕЂИВАЊЕ¹

Апстракт: У раду аутор даје критички осврт на нова решења, посвећена установи наслеђивања, која су садржана у Преднацрту грађанског законика Србије. Компарирајући важеће наследноправне прописе и новине из Преднацрта грађанског законика Србије, аутор указује на њихове предности и недостатке. Према схватању аутора, предложена решења која се односе на: регулисање уговора о наслеђивању, као допуштеног правног основа позивања на наслеђе; повлашћени положај насцитуруса, независно од тренутка зачећа; обавезно стављање датума код својеручног завештања; уношење правила тумачења *favor testamenti*; ништавост завештања због потпуног одступања од форме завештања; могућност сачињавања уговора о уступању и расподели имовине за живота и уговора о доживотном издржавању код судије и у форми јавнобележничког записа; одговорност за дугове оставиоца оног наследника у чију се корист уступа наследни део; заштиту домаћих држављања, када је за расправљање заоставштине надлежан инострани орган заслужују пун респект и без изузетака задржавање у коначној верзији Грађанског законика Србије. На другој страни, пак, новопредложени разлози недостојности за наслеђивање, одређивање објективног рока за застарелост испорукопримчевог потраживања, дозвољеност фидеикомисарне супституције у једном степену, услови за пуноважност уговора о наслеђивању, захтевају додатно ангажовање и појачану опрезност Комисије, у коначној оцени о њиховој оправданости за уношење у текст Грађанског законика.

Кључне речи: *установа наслеђивања; важећи наследноправни прописи; Преднацрт грађанског законика Србије.*

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

Увод

Уопштено посматрано, кодификација грађанског права у једној држави на европском правном простору јесте обиман, дуготрајан и надасве комплексан посао који, поред осталог, подразумева измене и допуне постојећих решења, у складу са међународним стандардима, законодавством Европске уније, захтевима правне теорије и праксе, као и усаглашавање стварноправних, облигационоправних, наследноправних и породичноправних прописа у датом правном систему.²

Вишегодишњи рад Комисије за израду Грађанског законика Србије, који је формирала Влада 16. новембра 2006. године, уродио је плодом – Преднацртом грађанског законика.³

Поштујући пандектну поделу грађанског права, будући Грађански законик Србије садржи: уводни део и основна начела, општи део, породично право, наслеђивање, облигације и стварноправне односе.

Предмет наше пажње јесу предложене новине, садржане у четвртој књизи Преднацрта грађанског законика Србије, која је посвећена установи наслеђивања, са циљем да се утврди њихова корисност за правни промет и степен (не)усаглашености са одговарајућим решењима домаћег Закона о наслеђивању.⁴

1. Зачетак као наследник

Закон о наслеђивању Србије штити наследноправне интересе насцитуруса, под условом да је до његовог зачећа дошло најкасније у тренутку отварања наслеђа и да се он жив роди.⁵ Преднацрт грађанског законика, полазећи од најновијих достигнућа биомедицине, исти наследноправни статус даје и оном детету које је зачето касније, после отварања наслеђа оставиоца.⁶ С једне стране, ово решење заслужује респект, будући да максимално уважава крвнородничку везу између нерођеног детета и оставиоца, као и чињеницу да је он његов првостепени десцендент, који редовно има приоритет у наслеђивању. С друге стране, како Преднацрт не прописује никаква временска ограничења у погледу тренутка зачећа таквог детета,⁷ следи да је ово решење оптерећено дозом правне

2 О основним разлозима за доношење Грађанског законика Србије, опширније видети у: Правни живот, тематски број „Право и слобода“, том III, бр. 11/2007, стр. 17–19.

3 Интегрални текст Преднацрта грађанског законика може се наћи на сајту Министарства правде Републике Србије. У продужетку рада, за овај законодавни рад, биће коришћена и скраћеница Преднацрт.

4 „Службени гласник РС“, бр. 46/1995 и 101/2003. У наставку рада, за овај законски текст, биће употребљавана и скраћеница ЗНС.

5 Видети: чл. 3 ЗНС.

6 Видети: чл. 3, ст. 2 Преднацрта.

7 Рецимо, чл. 23 Закона о биомедицински потпомогнутој оплодњи Македоније (Законот за биомедицински потпомогнато оплодување, „Службен весник на РМ“, бр. 37/2008) прописује да дете мора бити зачето до годину дана од отварања наслеђа оца детета. О предностима и

несигурности, те би ваљало, с мером потребног опреза, размотрити и такву опцију.

2. Разлози недостојности за наслеђивање

Преднацрт грађанског законика, у односу на Закон о наслеђивању Србије проширује круг разлога због којих наследник може бити недостојан за наслеђивање, чиме ова установа још више добија на комплексности и значају.

Има оправдања да се првопредложени разлог недостојности за наслеђивање „онај ко је кривичним делом са умишљајем довео оставиоца у стање сталне неспособности за сачињавање завештања“⁸ нађе у тексту Грађанског законика, јер се максимално уважава завештаочева воља о распореду заоставштине и превентивно делује на потенцијалне учиниоце таквих противправних поступака.

Насупрот томе, предложени разлог недостојности „онај ко је онемогућио или покушао да онемогући остварење оног реда наслеђивања који је оставилац одредио или је хтео да одреди или са којим је рачунао“⁹, суштински је већ „покривен“ постојећим разлозима недостојности за наслеђивање: оним, који се односи на навођење оставиоца, путем претње, принуде или преваре да сачини завештање или да га опозове, у целини или делимично, или спречавање у томе,¹⁰ и оним, који се тиче онемогућавања реализације изјаве последње воље оставиоца, путем уништења, фалсификовања или сакривања завештања.¹¹ Отуда и нема потребе за његовим уношењем у текст Грађанског законика.

Када је реч о о разлозима недостојности за наслеђивање који су наведени у чл. 4, ст. 1, тач. 7 Преднацрта, као алтернатива један другом, сматрамо да разлог недостојности „онај који је кривичним делом са умишљајем стекао повољнији наследноправни положај“¹² у ближој вези са оставиоцем, будући да се тиче њега и његових потенцијалних универзалних или сингуларних сукцесора *mortis causa*, који наслеђују на основу закона или завештања. Разлог недостојности за наслеђивање „онај ко је умишљајно учинио теже кривично дело, а до смрти оставиоцеве не врати се у земљу“, као противправни акт не мора имати било

недостацима овог решења, видети детаљније код: Љ. Спиrowик – Трпенoвска – Д. Мицковик – А. Ристов, *Наследното право во Република Македонија*, Скопје, 2010, стр. 58–62.

8 Видети: чл. 4, ст. 1, тач. 3 Преднацрта. Овај разлог недостојности за наслеђивање, иначе, предвиђају поједина европска законодавства. Видети, на пример: чл. 540 Швајцарског грађанског законика (SR 210 Schweizerisches Zivilgesetzbuch).

9 Видети: чл. 4, ст. 1, тач. 5 Преднацрта.

10 Видети: чл. 4, ст. 1, тач. 2 ЗНС.

11 Видети: чл. 4, ст. 1, тач. 3 ЗНС.

12 Сличну формулацију видети у чл. 1117, ст. 1 Грађанског кодекса Руске Федерације ((Гражданский кодекс Российской Федерации, трећи део овог Законика објављен је у СЗРФ, № 49, от 03. 12. 2001).

какве везе са оставиоцем и његовом заоставштином, што је главно обележје осталих разлога недостојности за наслеђивање, а може се практично односити на све оставиоце које би он могао наследити, уколико се врати у земљу.

3. Искључење из наслеђа

Закон о наслеђивању Србије, када говори о узроцима искључења из наслеђа, у први план ставља теже огрешење о завештаоца повредом неке законске или моралне обавезе.¹³ Иста формулација, међутим, у правној литератури различито се интерпретира. Према једном мишљењу, овај узрок ближе је одређен подразлозима који су *exempli causa* наведени у законском тексту.¹⁴ Други сматрају да су у питању три групе узрока искључења из наслеђа,¹⁵ а има и мишљења да је српски законодавац наведеном формулацијом ближе одредио које то повреде законских дужности или моралних обавеза, којима се нужни наследник теже огрешио о завештаоца, могу бити конкретни узрок искључења из наслеђа, онемогућавајући на тај начин да се, применом аналогије, подводе под узрок искључења из наслеђа, из чл. 61 Закона о наслеђивању, неке друге повреде законских дужности или моралних обавеза осим: увредљивог или грубог одношења према завештаоцу; са умишљајем учињеног кривичног дела према завештаоцу, његовом детету, усвојенику, супружнику или родитељу, и одавање нераду и непоштеном животу.¹⁶

Преднацрт грађанског законика Србије, део посвећен наслеђивању, садржи идентично решење, али и прописује алтернативу – навођење узрока искључења из наслеђа, већ садржаног у домаћем Закону о наслеђивању, без његовог ближег „појашњења“ подразлозима.

С једне стране, сасвим је сигурно да ово решење неће давати повода за различита тумачења његовог смисла и домаћаја у теорији. С друге стране, оно не одговара интересима нужних наследника, будући да се проширује круг законских дужности или моралних обавеза због којих они могу бити искључени из наслеђа и, при том, усложњава посао судије, јер он мора, у сваком конкретном случају, да утврђује да ли постоји повреда неке законске дужности или моралне обавезе и да ли се таквом повредом нужни наследник теже огрешио о завештаоца.

13 Видети: чл. 61 ЗНС.

14 О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2011, стр. 183.

15 С. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању са судском праксом*, Крагујевац, 2004, стр. 160.

16 Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш, 2011, стр. 164–165.

4. Урачунавање поклона у законски наследни део

Закон о наслеђивању Србије примену урачунавања поклона у законски наследни део не везује само за наследнике поклонодавца, већ и за оне који долазе на наслеђе уместо оног наследника који не може или не жели да наследи. Такво решење, рецимо, садржи француско, аустријско, немачко, словеначко, хрватско и македонско законодавство.¹⁷

Иако је ово правило, како је већ речено у правној литератури, одраз доследно изведене примене права представљања,¹⁸ оно „не покрива“ све могуће случајеве урачунавања у наследни део другопозваним наследницима који на наслеђе одређеног оставиоца могу доћи и применом права прираштаја или права следоредности.

У односу на важеће наследноправне прописе у Републици Србији који не праве никакву разлику у погледу урачунавања у законски наследни део другопозваним наследницима, независно од тога да ли је лице које је имало првенство у наслеђивању умрло пре оставиоца, одрекло се наслеђа, недостојно за наслеђивање, искључено из наслеђа или лишено нужног дела, Преднацрт грађанског законика Србије јасно раздваја случајеве претходне смрти и одрицања од наслеђа наследника, када долази до урачунавања у наследни део, од случајева недостојности за наслеђивање, искључења из наслеђа или лишења нужног дела, када се не примењује овај институт.

С једне стране, ово решење има оправдања, јер се њиме не кажњава другопозвани наследник, који долази на место кажњеног наследника због постојања разлога недостојности, искључења или лишења, смањивањем вредности наследног дела.¹⁹ С друге стране, наведено решење, али и оно садржано у важећим наследноправним прописима, може бити оптерећено дозом неправичности, јер се може догодити да се другопозваном наследнику нешто урачуна у наследни део, а да он од тога нема никакве користи. Због тога, сматрамо да је можда прихватљивије решење, уношење у текст Грађанског законика формулације да се претпоставља урачунавање поклона у законски наследни део наследника који долази на место универзалног сукцесора који не

17 Видети: чл. 848 Француског грађанског законика (Code civil, закључно са изменама и допунама из 2006. године, La loi No 2006-728 du Juin 2006), пар. 790 Аустријског грађанског законика (Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch, JGS Nr. 946/1811 idF BGBI I 58/2004, 77/2004, 43/2005, 51/2005 и 113/2006), пар. 2051 Немачког грађанског законика (Bürgerliches Gesetzbuch, RGBI I S. 195, закључно са изменама и допунама из 2008. године, BGBI. I S. 2399), чл. 56 Закона о наслеђивању Словеније (Zakon o dedovanju, „Uradni list SRS“, бр. 15/76, 23/78; „Uradni list RS“ 17/91, 13/94, 82/94, 117/00, 67/01, 83/01 и 73/04), чл. 99 Закона о наслеђивању Хрватске („Narodne novine“, бр. 48/2003 и 163/2003) и чл. 59 Закона о наслеђивању Македоније (Закон за наследувањето на Република Македонија, „Службен весник на РМ“, бр. 47/1996).

18 О. Антић – З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 296.

19 Видети: Предговор Преднацрта, четврта књига, стр. 21.

може или не жели да наследи, осим ако другопозвани наследник не докаже да од оставиочевих бесплатних располагања нема никакве користи.

5. Својеручно завештање

Када је реч о својеручном завештању, као редовном, писаном и приватном облику завештања, Преднацрт грађанског законика Србије предвиђа, осим старе концепције, алтернативу – да је за пуноважност овог облика завештања потребно да завешталац назначи датум његовог састављања.²⁰

Ово решење, примера ради, прихватају француско, немачко и законодавство Републике Српске,²¹ инсистирајући, на тај начин, на вишем степену формалности својеручног завештања, у односу, рецимо, на аустријско, словеначко, хрватско, македонско и црногорско законодавство који не захтевају уношење датума састављања овог облика завештања.²²

Будући да је форма завештања гарант озбиљне, промишљене и зреле одлуке завештаоца о распореду његове заоставштине, да је доказно средство о постојању завештања и да је истовремено штит од могућих фалсификовања његове праве изјаве воље,²³ мишљења смо да у коначној верзији Грађанског законика Србије треба, као услов пуноважности својеручног завештања, одредити датум његовог сачињавања. На тај начин, биће олакшано доказивање првенства у примени, у случају постојања више завештања и утврђено (не) постојање завештајне способности и слободне воље завештаоца за састављање завештања.

6. Јавнобележничко завештање

Преднацрт грађанског законика, полазећи од одредаба Закона о јавном бележничтву Србије,²⁴ које прописују могућност састављања завештања у виду јавнобележничког записа,²⁵ изврстан простор даје оквирном нормирању овог

20 Видети: чл. 84, ст. 2 Преднацрта.

21 Видети: чл. 970 Француског грађанског законика, пар. 2247, ст. 2 Немачког грађанског законика и чл. 68, ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Српске („Службени гласник РС“, бр. 1/2009).

22 Видети: пар. 578 Аустријског грађанског законика, чл. 63, ст. 2 Закона о наслеђивању Словеније, чл. 30, ст. 2 Закона о наслеђивању Хрватске, чл. 66, ст. 2 Закона о наслеђивању Македоније и чл. 66 Закона о наслеђивању Црне Горе („Службени лист РЦГ“, бр. 74/2008).

23 О томе, опширније видети код: А. Ђорђевић, *Наследно право у Краљевини Србији*, Београд, 1903, стр. 14–15; Д. Аранђеловић, *О формалним изјавама последње воље*, Београд, 1911, стр. 7.

24 „Службени гласник РС“, бр. 31/2011.

25 Видети: чл. 83, ст. 1, тач. 5 Закона о јавном бележничтву Србије.

облика завештања,²⁶ овлашћујући јавног бележника да, у складу са посебним законом, сачини завештање.

Будући да Закон о јавном бележништву Србије, код састављања јавнобележничког завештања, упућује на одредбе Закона о наслеђивању и на одредбе Закона о ванпарничном поступку,²⁷ у погледу самог поступка за састављање завештања, нејасно је да ли се ту има у виду аналогна примена правила за састављање судског завештања, како то, рецимо, прописују поједина законодавства,²⁸ или не. Сматрамо да таква недореченост мора бити отклоњена у коначној верзији Грађанског законика.

7. Бродско завештање

У широкој палети облика завештања, регулисаних домаћим наследно-правним прописима, посебно место припада бродском завештању, због услова под којима може бити сачињено и временском периоду у коме важи.

Не упуштајући се у оцену да ли је и колико оправдана регулатива овог облика завештања, будући да се он у пракси готово и не појављује, овде указујемо на новину коју предвиђа Преднацрт грађанског законика Србије. Наиме, ради се о томе да се почетак рока од тридесет дана, после чијег истека овај облик завештања престаје да важи, сада везује не само за тренутак повратка завештаоца у земљу, већ и за искрцавање завештаоца на копно државе у којој Република Србија има дипломатско или конзуларно представништво.²⁹

Очигледно да је реч о квалитативном побољшању законског текста, којим се максимално уважава ванредни карактер овог облика завештања.

Закон о наслеђивању и Преднацрт грађанског законика Србије ускратили су одговор на питање од када тај рок почиње да тече, ако завешталац уопште није напустио границе наше државе. Није немогућа и таква ситуација, па би у том смислу ваљало предвидети да поментути рок започиње од искрцавања завештаоца са брода.³⁰

²⁶ Видети: чл. 108 Преднацрта.

²⁷ „Службени гласник СРС”, бр. 24/1982, 48/1987; „Службени гласник РС”, бр. 46/1995, други закон, и 18/2005 – други закон.

²⁸ Видети: чл. 58 Закона о нотаријату Македоније (Закон за нотаријатот, „Службен весник на РМ”, бр. 55/2007 и 86/2008), чл. 46, ст. 1 Закона о нотаријату Словеније (Закон о notariatu, „Uradni list RS”, št. 2/2007), чл. 53 Закона о нотарима Црне Горе („Службени лист РЦГ”, бр. 68/2005 и 49/2008) и чл. 69, ст. 1 Закона о наслеђивању Црне Горе, као и чл. 72, ст. 2 Закона о наслеђивању Републике Српске.

²⁹ Слично решење прописује и француски законодавац. Видети: чл. 994, у вези са чл. 988 Француског грађанског законика.

³⁰ У том смислу видети и: С. Сворцан, *op. cit.*, стр. 248.

8. Рокови у наследном праву

Када је реч о роковима, Преднацрт грађанског законика Србије предлаже извесне измене и допуне важећих наследноправних прописа.

За разлику од Закона о наслеђивању Србије, који јасно одређује да се рок који никада не може да наступи или је непримерено дуг сматра непостојећим,³¹ Преднацрт грађанског законика Србије ово решење раздваја на два дела, те прописује да рок који никада не може да наступи сматра се непостојећим, а за рок који је непримерено дуг предлаже да и он буде непостојећи, осим ако га, на захтев заинтересованог лица, суд не смањи, полазећи од праве намере завештаоца.

Очигледно је да се овако предложеним решењем жели у пуној мери испоштовати последња воља оставиоца, око орочавања појединих наследноправних овлашћења. Оно што не можемо а да не приметимо, то је да ће се овом алтернативом чл. 125, ст. 1 Закона о наслеђивању Србије, уколико се прихвати, додатно ангажовати судски апарат за нешто што се препознаје као неоствариво, и на чему је инсистирао сам оставилац у завештању.

Преднацрт грађанског законика Србије другачије уређује и случај када завештајни наследник не доживи истек одложног рока. Тада заоставштина треба да припадне наследницима завештајног наследника, осим ако шта друго не проистиче из завештања.³²

Оваквим решењем, у погледу дејства одложног рока, не само да се одступа од аналогне примене правила која се односе на услове,³³ већ се њиме прописује решење које је директно супротно садржини чл. 127, ст. 2 Закона о наслеђивању Србије.

Чињеница је да правна теорија,³⁴ под утицајем решења садржаних у законодавствима појединих држава³⁵ различито третира дејство одложног услова у односу на одложни рок.

Чињеница је и то да је одложни услов неизвесна (по правилу, будућа) околност, а чисти одложни рок увек изванредан. Отуда, уколико се има воље да ово решење заиста и заживи у правном промету, потребно је претходно извршити

31 Видети: чл. 124, ст. 1 ЗНС.

32 Видети: чл. 128, ст. 3 Преднацрта.

33 Видети: чл. 78 Закона о облигационим односима Србије.

34 Видети, на пример: F. Stanković, *Sticanje ostavine i odricanje od nasljedstva*, *Naša zakonitost*, br. 3–4/1957, стр. 126; A. Finžgar, *Pogoj, rok in nalog u posljednjovoljnih odredbah*, *Pravnik*, br. 11–12/1957, стр. 493; M. Kreč – Đ. Pavić, *op. cit.*, стр. 262.

35 Видети, примера ради: пар. 705 Аустријског грађанског законика и пар. 2074 Немачког грађанског законика.

потребне измене у сфери облигационих прописа³⁶ и постојећих наследноправних прописа.

9. Тумачење завештања

Настављајући правни континуитет Закона о наслеђивању, из 1974. године³⁷ и његовог претходника, савезног Закона о наслеђивању, из 1955. године,³⁸ важећи наследноправни прописи у Републици Србији прописују два општа правила за тумачење нејасне садржине завештања. Прво правило каже да одредбе у завештању треба тумачити према правој намери завештаоца, а друго правило, супсидијарног карактера, предвиђа да када се не може јасно дефинисати завештаочева намера, завештање треба тумачити у смислу који је за законске наследнике повољнији или лица којима је завештањем наложена нека обавеза.³⁹

Комисија за израду Грађанског законика Србије, дубоко свесна чињенице да овако срочена правна конструкција може имати за последицу да, и поред постојања пуноважног завештања, оно не произведе дејство, јер се није проникло у праву намеру завештаоца, определила да првом правилу тумачења завештања дода реченични склоп „и у смислу са којим могу имати правно дејство“.

Нема сумње да ће оваквом конструкцијом више доћи до изражаја последња воља оставиоца и да ће завештање бити протумачено тако да произведе дејство. Оно што може бити и даље камен спотицања у пракси јесте друго опште правило тумачења завештања, које је остало непромењено. Дакле, и даље се потенцира, у случају сумње око праве намере завештаоца, тумачење у корист законских наследника, иако завешталац то сигурно није имао у виду, чим је завештање сачинио. Да би се избегле ситуације у пракси да судије више вере поклањају другом правилу тумачења завештања, предлажемо да друго опште правило тумачења завештања буде конструисано по угледу на хрватски Закон о наслеђивању, који јасно прописује да у случају сумње око праве намере завештаоца, треба се држати онога што је повољније за завештајне, а не за законске наследнике оставиоца и за лица којима је завештањем наложена каква обавеза.⁴⁰

36 Видети: чл. 79 Преднацрта, књига друга, стр. 34.

37 „Службени гласник СРС”, бр. 52/1974, 1/1980, 25/1982 и 48/1988.

38 Службени лист ФНРЈ”, бр. 20/1955; „Службени лист СФРЈ”, бр. 19/1965 и 42/1965.

39 Видети: чл. 135, ст. 2 ЗНС.

40 Видети: чл. 50, ст. 3 Закона о наслеђивању Хрватске.

10. Застарелост испоруке

Као и било које потраживање и право на испоруку је подложно застарелости. Важећи наследноправни прописи предвиђају само субјективни рок у коме се може захтевати принудна реализација права на испоруку – једна година од када је испорукопримац сазнао за своје право и био овлашћен да захтева његово намирење.⁴¹ Будући да се објективни рок није ни помињао, у примени је био општи рок за застарелост потраживања од десет година.⁴²

Комисија за израду Грађанског законика у Преднацрту предвиђа посебан, објективни рок за застарелост испорукопримчевог потраживања, а то је рок од три године од дана када је он могао да захтева принудну реализацију свога права. Предложено решење је у интересу правне сигурности и бржег одвијања правног промета, али не самих испорукопримаца. Повољнији правни положај испорукопримци имају, рецимо, у хрватском праву, где им је омогућено да у дужим роковима (субјективни рок од три године и објективни рок од пет година) захтевају намирење свог потраживања.⁴³

11. Ништавост завештања због форме

Као што је познато, завештање спада у формалне правне послове. Закон о наслеђивању Србије прописује да непоштовање облика и услова под којима мора да буде једно завештање сачињено има за последицу рушљивост таквог правног посла.⁴⁴

Преднацрт грађанског законика Србије сада унеколико одступа од наведеног решења, предвиђајући ништавост завештања, уколико се „потпуно одступа од облика одређених законом“.⁴⁵

Нема сумње да је такав предлог више у складу са значајем који форма има за изјаву последње воље завештаоца и са чињеницом да су ови недостаци, по правилу, јасно видљиви.⁴⁶ Како би се избегло у пракси да, у појединим случајевима завештање, због непоштовања форме буде ништав правни посао, а у другим случајевима рушљив правни посао (јер има, рецимо, само један недостатак), залажемо се за измену предложеног и постојећег решења, у правцу да недостаци у форми завештања увек повлаче ништавост завештања, а непоштовање услова под којима оно мора да буде сачињено рушљивост завештања.

41 Видети: чл. 154 ЗНС.

42 На основу чл. 371 Закона о облигационим односима Србије.

43 Видети: чл. 59 Закона о наслеђивању Хрватске.

44 Видети: чл. 168 ЗНС.

45 Видети: чл. 159 Преднацрта.

46 Видети: С. Сворцан, *Наследно право*, Крагујевац, 2004, стр. 96.

12. Фидекомисарна супституција

Закон о наслеђивању регулише вулгарну и фидекомисарну супституцију, тако што први вид замене допушта, а забрањује сложену замену, која за супституциони случај има смрт првопозваног наследника.⁴⁷

Такво решење, када је реч о фидекомисарној супституцији, Комисија за израду Грађанског законика Србије допуњава правилом да је, ипак, допуштено одређивање наследника наследнику, само у једном степену, али да ће се однос између првостепеног и другостепеног наследника третирати као однос испорукопримца, који има право плодоуживања на наслеђеним добрим и правог наследника.

Иако се овим решењем тежи да се максимално уважи и испоштује воља оставиоца, чини се да се њиме прешла гранична линија која раздваја одређене институте. Код одређивања наследника наследнику, прво једно лице добија заоставштину оставиоца, по правилу, на уживање, да се не би у потпуности исцрпела њена економска вредност, па кад наступи његова смрт заоставштину стиче (опет на плодоуживање или у својину, у зависности од случаја) друго лице. Код конституисања испоруке плодоуживања у корист једног лица и права својине у корист другог лица, оба субјекта истовремено, у време отварања наслеђа оставиоца, стичу своја права. Управо због тога, сматрамо да нема места фидекомисарној супституцији, у једном степену, онако како је нормирана Преднацртом грађанског законика Србије.

13. Уговор о наслеђивању

Закон о наслеђивању Србије, из 1995. године, попут својих претходника Закона о наслеђивању, из 1974. године и савезног Закона о наслеђивању, прописује ништавост уговора којим једна уговорна страна својом заоставштином располаже у корист друге уговорне стране.⁴⁸

Преднацрт грађанског законика Србије за постојеће решење предвиђа алтернативу, нормирајући уговор о наслеђивању као дозвољени правни основ позивања на наслеђе.⁴⁹

Уговор о наслеђивању, као уговорне стране, могу само супружници закључити. Уговор може бити закључен једино у корист деце једног или другог супружника, њихове заједничке деце, адоптата или других потомака.⁵⁰ Могућност закључења узајамног или једностраног уговора о наслеђивању

⁴⁷ Видети: чл. 116 и чл. 159, ст. 1 ЗНС.

⁴⁸ Видети: чл. 179 ЗНС, чл. 103 раније важећег Закона о наслеђивању Србије и чл. 108 савезног Закона о наслеђивању.

⁴⁹ Видети: чл. 2 и чл. 181–184 Преднацрта.

⁵⁰ Упоредити са садржином чл. 1082 Француског грађанског законика.

између супружника, сасвим оправдано, искључује могућност закључења уговора о доживотном издржавању.⁵¹

Преднацртом грађанског законика Србије предвиђено је да се као услов пуноважности овог правног посла, слично као и код уговора о уступању и расподели имовине за живота, захтева сагласност оног потомка који би према правилима законског наслеђивања био позван на наслеђе. Ово решење, међутим, има и алтернативу која не тражи сагласност потомака за пуноважност уговора. За овај правни посао предвиђена је форма идентична форми уговора о уступању и расподели имовине за живота и уговора о доживотном издржавању.

Предлог да се после низа деценија на наше правно подручје поново уведе уговор о наслеђивању је за похвалу, јер сматрамо да се у већој мери може остварити слобода у уређивању правних односа, према потребама и могућностима субјеката у правном промету и верујемо да то може водити вишем степену правне сигурности.

Иако решење да у положају уговорних страна могу бити само супружници није једино у упоредном праву,⁵² оно је прихватљиво, будући да се тиме, у великој мери, може смањити број спорова, после отварања наслеђа једног од супружника.⁵³

Када је реч о кругу субјеката, у чију корист се може оставити заоставштина или њен аликвотни део, чини се да је он преуско одређен и да нема разлога ограничавати слободу уговорања у погледу лица која ће бити наследници на основу уговора.⁵⁴

Ако и постоји бојазан да ће наследноправни интереси потомака или било ког нужног наследника бити угрожени, потребно је јасно прецизирати да је уговор о наслеђивању пуноважан чак и ако се са његовим закључењем они нису сагласили. Право на нужни део остаје недирнуто, као да је сачињено завештање.

Када је реч о форми овог правног посла, прихватљиво је да он буде сачињен у писаној форми и његова садржина потврђена од надлежног судије или у облику јавнобележничког записа. Упозорење на правне последице закључења овог уговора мора пратити његову суштину, и односити се на то да имовинска добра која је предмет уговора о наслеђивању не могу бити поклоњена са намером оштећења уговорног наследника,⁵⁵ нити се њима може располагати правним

51 Видети: чл. 199, ст. 2 Преднацрта.

52 Видети, на пример: чл. 1082, чл. 1093 Француског грађанског законика, пар. 1249 Аустријског грађанског законика и пар. 1941 Немачког грађанског законика.

53 Слично запажање видети и у Преднацрту грађанског законика Србије, књизи четвртој, на стр. 19.

54 Како то, рецимо, чини француски законодавац. Видети: чл. 1082 Француског грађанског законика.

55 Решење садржано у пар. 2287 Немачког грађанског законика.

пословима за случај смрти, а да право на нужни део нужних наследника остаје недирнуто.

Са аспекта правне сигурности, корисно би било да у Грађански законик нађу место одредбе које се тичу (не)могућности уговарања одређених обавеза за уговорног наследника и раскида овог правног посла.

14. Форма уговора о уступању и расподели имовине за живота

и уговора о доживотном издржавању

Уговор о уступању и расподели имовине за живота и уговор о доживотном издржавању, да би били пуноважни правни послови, морају испунити строге захтеве форме. Оно што се, према важећим наследноправним прописима, тражи јесте писана форма, овера⁵⁶ од стране судије и упозорење на правне последице њиховог закључења.⁵⁷ Преднацрт грађанског законика задржава постојеће решење, уз једну, условно речено, новину. Наиме, иако је Закон о јавном бележништву Србије јасно одредио да уговор о уступању и расподели имовине за живота и уговор о доживотном издржавању морају имати форму јавнобележничког записа,⁵⁸ Преднацрт грађанског законика Србије, као основни законски текст којим се уређују ова два правна посла, предвиђа двоструко решење. Ови уговори могу бити сачињени у форми јавнобележничког записа или у писаној форми, чију садржину потврђује надлежни судија. У почетној фази примене Закона о јавном бележништву,⁵⁹ сасвим је сигурно, ово решење је добродошло и допринеће убрзанијем одвијању правног промета.

15. Одговорност за оставиочеве дугове

Закон о наслеђивању Србије прописује да наследник одговара за оставиочеве дугове предметно неограничено, а вредносно у висини свог наследног дела.⁶⁰

⁵⁶ Законодавац у Републици Србији, уместо правно-техничког израза „потврда” уговора о уступању и расподели имовине за живота, користи се термин „овера” уговора о уступању и расподели имовине за живота. Нема сумње, међутим, да је овде реч о поступку којим се потврђује садржина једне исправе, на основу чл. 183–185 Закона о ванпарничној процедури, а не о поступку за оверавање потписа, рукописа и преписа, иначе, регулисаног Законом о оверавању потписа, рукописа и преписа („Службени гласник РС”, бр. 39/1993).

⁵⁷ Видети: чл. 184 и чл. 195 ЗНС.

⁵⁸ Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 6 и 7 и ст. 4 Закона о јавном бележништву Србије.

⁵⁹ На основу Закона о измени Закона о јавном бележништву („Службени гласник РС”, бр. 85/2012) почетак примене овог законског текста, уместо првог септембра 2012. године, помера се за први март 2013. године.

⁶⁰ Видети: чл. 222 ЗНС.

Иако то изричито није нормирано, за наследника који се одрекао наслеђа у корист другог наследника важи да он и даље одговара за дугове оставиоца, будући да ово одрицање није „класично“ одрицање од наслеђа, већ прихватање наслеђа и уступање наследног дела другом наследнику.

У Преднацрту грађанског законика Србије, књизи посвећеној наслеђивању, стање ствари се радикално мења у правцу да наследник, у чију се корист други наследник одрекао наслеђа, одговара за дугове оставиоца у вредности примљеног, осим ако шта друго није уговорено.⁶¹ Сматрамо да има оправдања за овом новином, уколико је наследни део уступљен без надокнаде.

16. Заштита домаћих наследника, испорукопримаца и поверилаца

Закон о наслеђивању, а ни Закон о ванпарничном поступку Србије не садрже правила којима се уређује поступање суда када је за расправљање заоставштине одређеног оставиоца надлежан инострани орган. У теорији се овакав недостатак у регулисању једног важног питања из домена наслеђивања образлаже омашком домаћег законодавца, учињеном у време доношења Закона о ванпарничној процедури, приликом одвајања материјалноправних и процесноправних одредаба посвећених установи наслеђивања.⁶²

Преднацрт грађанског законика Србије, четврта књига посвећена наслеђивању, садржи решења којима се штите домаћи држављани када је за расправљање заоставштине одређеног оставиоца надлежан инострани орган.⁶³

Иако је тим правилима, барем узимајући за полазну основу правну традицију⁶⁴ пре било места у Закону о ванпарничној процедури, него у Грађанском закоником, чињеница је да је њима учињен корак напред ка заштити домаћих држављана који имају какве правне претензије према заоставштини оставиоца, а за чију расправу је надлежан инострани орган. Оно што може утицати на ефикасност ове заштите јесте краткоћа рока у коме се могу захтеви према таквој заоставштини истаћи, и неспомињање поверилаца, у случају задржавања заоставштине, ради наплате или обезбеђења потраживања.⁶⁵

61 Видети: чл. 227 Преднацрта.

62 Видети: О. Антић, *op. cit.*, стр. 401–402.

63 Видети: чл. 233–234 Преднацрта.

64 Видети: чл. 223 и 224 Закона о наслеђивању Србије, из 1974. године, као и чл. 236 и 237 савезног Закона о наслеђивању.

65 Такво решење садржи чл. 224, ст. 3 раније важећег Закона о наслеђивању Србије и чл. 237, ст. 3 савезног Закона о наслеђивању.

Закључна разматрања

На први поглед, јасно је видљиво да Преднацрт грађанског законика Србије не одступа много у нормирању установе наслеђивања од свог изворника Закона о наслеђивању из 1995. године. Потпуно оправдано, будући да је реч о законодавној творевини високог ранга, чија је решења потврдила животна свакодневница и вишегодишња судска пракса.

Осим тзв. козметичких корекција које се односе на употребу појединих термина, уместо оних садржаних у Закону о наслеђивању и прецизнијег формулисања постојећих правила, Преднацрт грађанског законика Србије садржи као новине: регулисање уговора о наслеђивању, као допуштеног правног основа позивања на наслеђе; повлашћени положај насцитуруса, независно од тренутка зачећа; обавезно стављање датума код својеручног завештања; уношење правила тумачења *favor testamenti*; ништавост завештања због потпуног одступања од форме завештања; могућност сачињавања уговора о уступању и расподели имовине за живота и уговора о доживотном издржавању код судије и у форми јавнобележничког записа; одговорност за дугове оставиоца оног наследника у чију се корист уступа наследни део; заштиту домаћих држављања када је за расправљање заоставштине надлежан инострани орган. Све су то решења која заслужују пун респект и без изузетака задржавање у коначној верзији Грађанског законика Србије.

Новопредложени разлози недостојности за наслеђивање, одређивање објективног рока за застарелост испорукопримчевог потраживања, дозвољеност фидеикомисарне супституције у једном степену, услови за пуноважност уговора о наслеђивању, имају, како предности, тако и недостатке, и захтевају појачану опрезност Комисије у коначној оцени за њихово уношење у текст Грађанског законика.

Prof. Nataša Stojanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Succession Issues in the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code

Summary

In this paper, the author provides a critical analysis of the new legal solutions on the institute of succession which are contained in the Preliminary Draft of the Civil Code of the Republic of Serbia. Comparing the existing succession provisions and the novelties envisaged in the Preliminary Draft of the Serbian Civil Code, the author points to their advantages and drawbacks. In the author's opinion, some of the proposed solutions are highly valuable and deserve ultimate respect; as such, they should certainly be included in the final version of the Serbian Civil Code. It primarily refers to the legal provisions regulating the following issues: the inheritance agreement as an admissible legal ground for invoking succession; the privileged position of a nasciturus (unborn child) irrespective of the time of conception; the requirement that holographic wills must be dated; introducing the principle of favor testamenti interpretation; making a will null and void because it completely departs from the legal form of a testamentary document; the possibility of making an agreement on assignment and disposition of property in one's lifetime and the possibility of making a contract on lifetime support/maintenance which will be drawn in court before a judge or in the notary public office (in the form of a notarial record); the responsibility for the decedent's debts by the heir who is assigned to receive a portion of the succession estate; and the protection of national citizens in cases when a foreign authority is in charge of the succession proceedings. On the other hand, some legal solutions call for additional consideration and the appointed Commission has to be cautious in assessing the grounds for their inclusion in the legal text of the new Civil Code. It primarily refers to the solutions regulating the following issues: the unworthiness to succeed; establishing the objective statutory time limit for the legatee's claim; the admissibility of fideicommissary substitution but on one occasion only; and the conditions for making the inheritance agreement final and effective.

Key words: *succession, applicable succession law, Preliminary Draft of the Serbian Civil Code*

НАЧЕЛО РАСПРАВНОСТИ У КРИВИЧНОМ ПОСТУПКУ¹

***Апстракт:** Могућност кривичноправних странака, да изнесу сопствени став о кривичној ствари, али и да се изјасне о ставу супротстављене странке, као окосницу начела контрадикторности, чини угаони камен поступка утврђивања одлучних чињеница. Кривични поступак, нормативно изграђен као спор равноправних странака, представља оптимални институционални амбијент, за остваривање прокламованог задатка кривичне процедуре. Из тога проистиче важност начела контрадикторности (расправности), које није изричито формулисано у ЗКП-а, али недвосмислено произлази из процесног положаја кривичнопроцесних странака. Иако се начело контрадикторности, примарно реализује на главном претресу, елементи овог начела заступљени су и у осталим фазама кривичног поступка.*

Основни преуслов за остваривање принципа контрадикторности, јесте, да се кривични поступак нормативно изгради као страначки поступак. У савременом кривичном поступку, начело монофункционалности једна је од основних одредница обају типова овог поступка, које отвара пут остваривању начела контрадикторности.

***Кључне речи:** расправност, странке, кривичнопроцесне функције, суд, главни претрес, истрага, жалба.*

Опште напомене

Једна од основних тековина оптужног (акузаторског) система кривичног поступка, јесте и правом призната могућност кривичнопроцесних странака, да активно учествују у кривичном поступку, поготово у вршењу процесних радњи, усмерених на утврђивање судске истине. Инквизициони (истражни) систем кривичног поступка, својом конструкцијом и основним карактеристикама, није представљао повољан институционални амбијент за реализацију начела контрадикторности. Обједињеност основних кривичнопроцесних функција,

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

у рукама суда, процесна неравноправност носилаца функција оптужбе и одбране, као и одвијање централне фазе поступка на основу списка, објективно су онемогућили остваривање расправности-нужног предуслова за истинито расветљење и решење кривичне ствари.

Савремени кривични поступак прихватио је достигнућа оптужног система кривичног поступка, на плану извођења кривичнопроцесних радњи. У том контексту, могућност кривичноправних странака, да изнесу сопствени став о кривичној ствари, али и да се изјасне о ставу супротстављене странке, чини окосницу начела контрадикторности, важног принципа у поступку утврђивања одлучних чињеница. Кривични поступак, нормативно изграђен као спор равноправних странака, представља оптимални институционални амбијент, за остваривање прокламованог задатка кривичне процедуре. Начело расправности, примарно се реализује на главном претресу. Међутим, основни постулати овог начела заступљени су и у осталим фазама кривичног поступка.

1. Остваривање начела расправности у истрази

Истрага представља припремну фазу кривичног поступка, која претходи мериторном судском одлучивању, у којој, *de lege lata*, одлучујућу улогу има истражни судија, а, у одређеној мери, и веће позивних судија. Активна улога судских органа у фази истраге, али и на главном претресу, донекле ограничава реализацију начела расправности, схваћеног у његовом изворном облику. Међутим, то је последица позиције суда, као *dominus litis*-а кривичног поступка.

Обавеза суда да, пре доношења решења о спровођењу истраге, саслуша осумњиченог, представља манифестацију делатности, која је усмерена на остваривање начела расправности. Међутим, релативизација ове обавезе истражног судије, постојањем опасности од одлагања (чл. 243. ст. 2. ЗКП-а), објективно ограничава право осумњиченог, да се оптужној тези супротстави. Корективни механизам, за овај вид ограничавања начела контрадикторности, састоји се у могућности окривљеног да се, жалбом на решење о спровођењу истаге, супротстави казненоправном захтеву овлашћеног тужиоца (чл. 243. ст. 5).

Могућност организовања *припремног рочишта*, на коме би се искристалисала одлука истражног судије, о основаности иницијативе јавног тужиоца за кривично гоњење осумњиченог (чл. 243. ст. 3. ЗКП-а), у сагласју је са основним постулатима начела расправности. Могући активизам титулара двеју опречних теза, на овом сусрету пред истражним судијом, кореспондира са самом суштином овог основног начела кривичног процесног права. Активна улога осумњиченог, и јавног тужиоца, проистиче из могућности њиховог изјашњавања о околностима, релевантним за одлучивање о евентуалном покретању кривичног поступка, као и о изношењу одговарајућих предлога. Уз то, јавни тужилац, на припремном рочишту, може изменити и допунити свој иницијални оптужни акт, а може предложити и спровођење поступка непосредног оптужења. Евентуална

сагласност истражног судије, на предлог за подизање непосредне оптужнице, условљена је претходним саслушањем осумњиченог (чл. 244. ст. 2), што одговара захтевима контрадикторности.

Начело контрадикторности, очитује се и у праву кривичнопроцесних странака (првенствено окривљеног), да предлажу извођење појединих кривичнопроцесних радњи, у фази истраге (чл. 250). Присуство странака на увиђају и саслушању вештака (чл. 251. ст. 2. ЗКП-а), као и испитивању сведока (чл. 251. ст. 4), основни је предуслов за реализацију начела расправности у истрази. Међутим, остварено право доказне иницијативе странака, у овој фази кривичног поступка, (предлагања истражном судији, да постави одређена питања окривљеном, сведоку или вештаку, а нарочито непосредно постављање питања овим субјектима), на основу дозволе истражног судије, појачава волумен заступљености начела контрадикторности у истрази.

Обавеза истражног судије, и ванрасправног већа да, пре доношења решења о одређивању притвора, саслушају окривљеног (чл. 142а, ст. 1. ЗКП-а), на курсу је уважавања начела расправности. Носилац оптужне тезе, предложио је одређивање ове најтеже мере процесне принуде, а функционално надлежни судски орган одлуку доноси, тек након што се и титулар супротстављене кривичнопроцесне функције изјасни о предлогу тужиоца. Елементи расправности, ојачани су могућношћу јавног тужиоца и браниоца, да присуствују саслушању окривљеног, који се изјашњава о предлогу јавног тужиоца за одређивање притвора (чл. 142а ст. 2). С друге стране, изузетна могућност одређивања притвора, без саслушања окривљеног, услед немогућности уручивања позива, због недоступности окривљеног, или његовог непријављивања промене адресе, или због опасности од одлагања (чл. 142а ст. 6. ЗКП-а), противречи основним поставкама начела расправности.

Ванрасправно веће (чл. 24. ст. 6. ЗКП), има одређена овлашћења у фази истраге. У функционалну надлежност овог већа, између осталог, под законом предвиђеним условима, спада и доношење одлука о спровођењу и обустави истраге. Приликом доношења одлука, у току истраге, ванрасправно веће може затражити одређена објашњења од странака, али и од истражног судије и браниоца. Ови субјекти, могу усмено саопштити своје ставове, на седници већа (чл. 262. ЗКП-а). Користећи ову законску могућност, кривичнопроцесне странке могу аргументовано сучелити своје ставове, пред органом кривичног поступка, и тиме проширити хоризонте реализације начела контрадикторности у кривичном поступку.

2. Расправност у фази оптужења

Подизање оптужнице, не подразумева да решавање кривичне ствари неминовно креће ка централној фази кривичног поступка-ка главном претресу. Позитивноправна решења још увек омогућавају окривљеном

да, подношењем приговора против оптужнице, иницира судску контролу оптужнице.² Подношењем приговора, окривљени и његов бранилац, активно се супротстављају оптужници тужиоца. На тај начин, оваплоћују се основни захтеви контрадикторног поступања у фази оптужења.

Приговор против оптужнице, представља правно средство, којим окривљени, или његов бранилац, побијају чињеничну и правну утемељеност оптужнице, с циљем да се осујети извођење окривљеног на главни претрес. Подношењем приговора, окривљени добија још једну прилику, да се супротстави кривичноправном захтеву овлашћеног тужиоца, и тако од себе одагна опасност, од започињања поступка мериторног одлучивања о кривичној ствари. Правно заснована могућност, слабије кривичнопроцесне странке, да се сопственом иницијативом усмери на оптужницу, чини окосницу остваривања начела контрадикторности, у завршној фази претходног кривичног поступка.

Супротстављање окривљеног оптужници, иницира делатност ванрасправног већа, у смеру утврђивања основаности приговора против оптужнице, а, у крајњој линији, и о судбини подигнуте оптужнице. Својеврсни спор о чињеничној и правној заснованости оптужнице добија епилог у одговарајућој одлуци овог већа. Само омогућавање преиспитивања оптужнице, пре почетка главног кривичног поступка, представља оживотворавање основне идеје начела контрадикторности. Евентуални успех окривљеног и браниоца, у правном обеснаживању оптужнице (доношењем одлуке ода нема места оптужби и обустави кривичног поступка), представљао би потпуну валоризацију основних поставки овог начела, усмерених на постизање судске истине.

3. Остваривање начела расправности на главном претресу

Главни претрес представља централну фазу кривичног поступка, у којој се мериторно одлучује о основаности кривичноправног захтева за кажњавање окривљеног. Значај ове фазе кривичног поступка, произилази из обавезе заснивања пресуде искључиво на доказима и чињеницама утврђеним на главном претресу.

Одвијање главног претреса суштински се реализује сучељавањем странака пред судом. Обе стране странкама, пружа се могућност да артикулишу своје супротстављене тезе, али и да се активно усмере на оповргавање става друге странке. Главни претрес започиње читањем оптужнице, из чијег садржаја проистиче уверење тужиоца, о чињеничној и правној заснованости кривице окривљеног. Потом, окривљени добија прилику да се изјасни о наводима оптужбе. Кроз доказни поступак, странке се изјашњавају о утемељености чињеница, добијених исказима сведока и вештака, као и о онима, које се утврђују

² *Оживотворавањем концепта тужилачке истраге, нестаће овај вид судске контроле оптужнице.*

на основу исправа. Позиција суда, у току извођења доказ, на главном претресу, различита је у различитим правним системима савременог кривичног поступка.

Адверзијални системи, савременог кривичног поступка, искључују активност суда, на плану извођења доказа, на главном претресу. Идејну основу овог приступа, чини став, да је доказна иницијатива суда реликт инквизиционог система, те је неспојива са оптужним системом адверзијалног типа. Следствено томе, пун волумен реализације начела контрадикторности, могућ је једино на основу монопола странака над доказним материјалом. Чињенично стање се, дакле, формира једино на основу иницијативе странака, без утицаја суда. То значи, да чињеничну основицу, кривичноправног спора, одређују искључиво странке.

У доказном поступку адверзијалног типа, у потпуности је реализовано начело контрадикторности. Сведоке, у *енглеском* праву, најпре испитује странка, која их је и позвала на рочиште (*examination-in-chief*), с циљем потврђивања сопствених навода. Потом, супротна странка испитује те сведоке, с циљем слабења њиховог првобитног исказа, а, понекад, и због добијања исказа у корист својих навода (унакрсно испитивање-*cross-examination*). У случају да противна странка не предузме унакрсно испитивање, сматра се да је признала тачност сведоџбе, добијене главним испитивањем. Енглеско право, иначе, забрањује унакрсно испитивање сопственог сведока, ради његове дискредитације.³

Насупрот адверзијалном систему кривичног поступка, већина европских континенталних система, предвиђа активну улогу суда у доказном поступку, на главном претресу. У *немачком* праву, суд је овлашћен да, ради утврђивања истине, по службеној дужности, изводи доказе у односу на све чињенице, које су од значаја за доношење одлуке (§ 244. ст. 2. StPO). Исто тако, суд има законску могућност одбијања предлога странака за извођење доказа. Овлашћење суда, за одбијање предлога странака за извођење доказа, односи се на недозвољене доказе, али и на доказе које су сувишни, или општепознати. Суд, притом, може процењивати и утицај предложеног доказа на одлуку, неподобност и недостижност предложеног доказа, као и постојање намере странке, да предложи доказе, ради одуговлачења поступка (§ 244. ст. 3. StPO). Одбијање предлога за саслушање вештака, може бити мотивисано и чињеницом, да суд располаже потребним стручним знањем (§ 244. ст. 4. StPO). Суд може проценити и да је вршење увиђаја нецелисходно (§ 244. ст. 5. StPO). Начело контрадикторности, у немачком праву, оснажено је и правом странке да захтева одлагање главног претреса, уколико је противна странка са закашњењем предложила извођење доказа (§ 246. ст. 2. StPO).

Улога суда, у контрадикторном расправљању о кривичној ствари, на главном претресу, у *позитивном праву Србије*, одговара позицији суда у већини европских континенталних правних система. Кривични суд је активни учесник

³ Види више: Давор Крапац, *Енглески казни поступак, Загреб, 1995, стр. 82 и 83.*

у утврђивању чињеничне основице пресуде. Активна и руководећа улога суда, у доказном поступку, на главном претресу, произилази из законске одредбе, према којој доказивање обухвата чињенице, које суд сматра да су важне за правилно пресуђење (чл. 326. ст. 2). Судаће веће може, по службеној дужности, изводити доказе, који нису предложени од странака, или од којих су странке одустале (чл. 326. ст. 5. ЗКП-а).

Нови Законик о кривичном поступку Србије,⁴ предвиђа радикалан заокрет у процесној позицији суда, приликом извођења доказа. Инспириран процесним положајем суда у адверзијалним системима, овај будући основни извор кривичнопроцесног права Србије, предвиђа монополску позицију странака, у поступку утврђивања чињеничне основице кривичног догађаја. Тиме се законодавац одриче начела судске одговорности, за изведене доказе, и промовише монопол доказне иницијативе странака. Суд је, у доказном поступку, задржао само неке “рудиментарне и периферне прерогативе,” чиме је процесна позиција суда пасивизирана.⁵ Давање налога странци, да предложи допунске доказе, а, изузетно и могућност суда, да сам изведе доказе, ако је то неопходно, ради отклањања нејасноћа и противречности (чл. 15. ст. 4. ЗКП-а), употпуњује перцепцију суда, као пасивног арбитра контрадикторног разматрања кривичне ствари. Та перцепција додатно је уобличена и законском могућношћу унакрсног испитивања сведока и вештака (чл. 402. ст. 6 ЗКП-а), као и редуковањем обавезе даљег извођења доказа, након признања окривљеног (чл. 88; чл. 350. ст. 3; чл. 394. ст. 3. ЗКП-а). Покушај законодавца, да накнадно предвиди могућност активирања суда у доказном поступку (тако што ће изричито предвидети могућност суда, да, на главном претресу, суд може изводити и доказе које нису предложиле странке и оштећени (чл. 350. ст. 2), али уз позивање на одредбу чл. 15. ст. 4. ЗКП-а, која то право редукује, као и овлашћења суда, прописана одредбама чл. 356. ст. 3. и 395. ст. 4. новог ЗКП Србије), битно не утиче на улогу суда, као пасивног арбитра кривичноправног спора.

Оснажена процесна позиција кривичнопроцесних странака, у откривању и извођењу доказа, додатно учвршћује основне поставке начела *контрадикторности*. Међутим, својеврсна делегитимизација суда, на плану доказивања, подупрта изостављањем начела истине, из каталога основних начела кривичног процесног права, доводи у питање остваривање циља кривичног поступка, прокламованог одредбом чл. 1. Законика о кривичном поступку! Тешко је очекивати да суд, ослобођен обавезе утврђивања чињеничног стања, у потпуности оствари интенцију законодавца, “да нико невин не буде

4 Објављен је у *Сл. гласнику републике Србије*, бр. 72/ 2011, а примењиваће се од 15. 01. 2013. године, осим у поступцима за дела организованог криминалитета и ратних злочина, за која је примена почела 15. 01. 2012. године

5 Снежана Бркић, *Радна верзија ЗКП Србије, Ревизија за криминологију и кривично право*, 2010, бр. 2, стр. 88.

осуђен” Показана истрајност, у спровођењу “атрактивних акузаторских идеја”, консеквентно би водила ка одрицању, и од циља, прокламованог одредбом чл. 1. Законика о кривичном поступку.⁶ Такав приступ има законодавство Босне и Херцеговине, које изоставља прокламовање тог циља (чл. 1. ЗКП-а).

Тежња да се, по сваку цену, неутралише већина инквизиторских елемената из доказног поступка, а и кривичног поступка уопште, неизоставно доводи до изградње некохерентног нормативног оквира остваривања кривичноправне заштите друштвених вредности. Нужна последица поступања према тој идејној матрици, јесте и препуштање утврђивања чињеничне конструкције кривичног догађаја монополу странака, од чије процесне иницијативе зависи санкционисање учинилаца кривичног дела, и ослобађање од оптужбе невиних окривљених. Самостална процесна активност суда, на утврђивању чињеница, не омогућава потпуну контрадикторност кривичног поступка. Међутим, начело контрадикторности није само себи циљ. Оно је инструментално, и усмерено је на остваривање истине у кривичном поступку. Пошто се новим Закоником о кривичном поступку Србије, начело истине изоставља из каталога основних процесних принципа, учињен је покушај да се изгради контрадикторни доказни поступак, у пуном волумену, са неизбежним реперкусијама на утврђивање истинитог и потпуног чињеничног стања.

Својеврсни монопол странака, у извођењу доказа, обесмишљава законом предвиђену могућност побијања пресуде, због погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања. Нелогичним се чини право странака, да побијају чињеничну утемељеност пресуде, чију су конструкцију изградиле сопственом процесном активношћу, и то без активне улоге суда. Странке, су, дакле, овлашћене да побијају чињенични супстрат пресуде, који су искључиво оне изградиле! Суд, који нема обавезу утврђивања истинитог и потпуног чињеничног стања, постаје коректив неуспешне доказне активности странака, које се жале на резултат сопствене процесне делатности. Очигледно је да неупитно право странака, на изјављивање жалбе, није логички спојиво са “чистом контрадикторношћу”, из које произилази примат странака у извођењу доказа на главном претресу. Суд, коме у првостепеном поступку није омогућено да се стара о чињеничном супстрату пресуде, добија то право тек у поступку иницираном жалбом странака, које су, претходно, имале монопол на утврђивање одлучних чињеница!⁷

Пред изазовима радикалног заокрета, ка изградњи система, у коме ће егзистирати “чиста акузаторност и контрадикторност,” била су и упоредна законодавства. Но, нису сва законодавства прекорачила “рубикон”, омогућавањем пасивизације суда у доказном поступку. Закоником о кривичном поступку *Црне Горе*, предвиђа се начело истине (чл. 16), као и могућност судећег већа

⁶ *Ibid*, стр. 89.

⁷ *Исти приступ има и: Милан Шкулић, Нацрт Законика о кривичном поступку Србије, Ревизија за криминологију и кривично право, 2010, бр. 2, стр. 57.*

да изведе доказе, које странке нису предложиле, или су од њих одустале (чл. 346). Исто овлашћење суд има и у *хрватском* законодавству (чл. 418. ЗКП-а). *Италијанско* кривичнопроцесно законодавство, као правни систем европског адверзијалног приступа изградњи конструкције кривичног поступка, ипак допушта могућност извођења доказа по службеној дужности. Суд може, по службеној дужности, одредити вештачење (чл. 224. ст. 1. ЗКП-а), а може и од оптуженог, по службеној дужности, затражити одређене исправе (чл. 237). Исто тако, суд је овлашћен да, *ex officio*, позове на саслушање сведока по чувењу (чл. 195. ст. 2). На претходном рочишту, суд може, по службеној дужности, одредити и прибављање доказа, ради доношења пресуде, да нема места поступању (чл. 422). Суд је, у расправној истрази, овлашћен да изводи доказе који се односе на радње, које су увршћене у расправни спис, “*договорним прибављањем*” од странака, у ранијој фази поступка (чл. 507). На тај начин, акцијом суда, успоставља се контрадикторност, која је недостајала у претходним фазама кривичног поступка.⁸ Из ових одредаба италијанског законодавства, може се закључити, да се и европско континентално право, у које су, из система англосаксонске провениенције, највише продрли елементи акузаторности и контрадикторности, у потпуности не одриче извесног доказног активизма суда! Тим пре, нема ваљаних разлога за пасивизацију суда, у доказном поступку, прописаном новим Закоником о кривичном поступку Србије.

Неприхватљивост “чисте контрадикторности”, пропраћене непостојањем обавезе утврђивања истине у кривичном поступку, проистиче, и из донекле промењеног приступа карактера расправе, у *енглеској* теорији кривичног процесног права. Наиме, у *Енглеској*, као “*колевци*” адверзијалног система кривичног поступка, јављају се залагања, за одступањем од поимања кривичног поступка, као “*процесног двобоја*” странака.. На том курсу су залагања, за изградњу процесних форми, које омогућавају “*рационално истраживање истине*” Тај циљ, може се постићи, и повећаном улогом тужиоца, која се не исцрпљује, у настојању, да се по сваку цену постигне одговарајућа одлука пороте. Задатак тужиоца јесте, и да се брине за “*праведно решавање ствари*”. То је последица положаја тужиоца, као “*службеника правде*”. Стога, тужилац може да прихвати понуду окривљеног, да призна лакше кривично дело, уместо да се настави поступак за теже кривично дело. Исто тако, тужилац не може одустати од саслушању неког сведока, ако је, у међувремену, сазнао, да ће он дати исказ у корист окривљеног.⁹

4. Расправност у поступку по жалби

Основне поставке начела контрадикторности, остварују се и у другостепеном поступку, иницираном жалбом овлашћених лица. Сама могућност

⁸ Берислав Павишић, *Талијански казнени поступак*, Ријека, 2002, стр. 218.

⁹ C. Hampton, *Criminal Procedure*, 3rd ed. Sweet & Maxwell, London, 1982, p. 207.

иницирања преиспитивања чињеничне и правне утемељености првостепене пресуде, представља наставак сучељавања странака, пред судом правног лека. Иако законодавац предвиђа шири круг лица, процесно легитимисаних за изјављивање жалбе, чињеница је да се, у жалбеном поступку, преиспитује одлука, која је директно утицала на судбину супротстављених процесних теза странака. Странка, која је незадовољна одлуком суда, о епилогу кривичноправног спора, изјављивањем жалбе, издејствовала је наставак одлучивања о том спору. Тиме је контрадикторно сагледавање, супротстављених теза странака, пренето у амбијент другостепеног поступка. У зависности од институционалног оквира поступка по жалби, у појединим законодавствима, странке ће имати могућност да расправљају о утемељености првостепене пресуде.

Контрадикторност се остварује и правом противне странке да, у року од осам дана, од дана пријема жалбе, поднесе одговор на жалбу. Обавеза је првостепеног суда, да одговор, заједно са жалбом, достави другостепеном суду, на одлучивање (чл. 373. ЗКП-а). Могућност присуства странака одвијању поступка, пред већем другостепеног суда (додуше, ако су захтевале да присуствују, или је суд проценио да би њихово присуство допринело разјашњавању ствари-чл. 375. ст. 1. ЗКП-а). На седници већа суда правног лека, странке могу дати потребна објашњења својих навода из жалбе, и из одговора на жалбу, као и да захтевају да се прочитају поједини списи (чл. 375. ст. 3. ЗКП-а). Евентуалним недоласком на седницу већа, или необавештавањем о одржавању седнице, услед непријављивања промене боравишта(чл. 375. ст. 4), странка би, сопственом неактивношћу, онемогућила реализацију основних поставки начела расправности.

Евентуално одржавање претреса, пред другостепеним судом, ствара претпоставке за реализацију начела контрадикторности. То је и логична последица околности, да се претрес може одржати, ако је због погрешно, или непотпуно, утврђеног чињеничног стања потребно да се изведу нови докази, или понове раније изведени докази, а постоје оправдани разлози да се предмет не враћа првостепеном суду, на поновни главни претрес (чл. 377. ст. 1. ЗКП-а). Преиспитивање чињеничне конструкције кривичне ствари, могуће је једино под условом страначког активизма, усмереног ка изношењу сопственог става, али на оповргавању становишта противне странке. Институционални оквир, за одвијање претреса пред другостепеним судом, омогућава активан ангажман странака, на редефинисању чињеничног стања (чл. 378. ст. 3. ЗКП-а), чиме се остварују и основне поставке начела контрадикторности.

5. Претпоставке за реализацију начела расправности

Основни преуслов за остваривање принципа контрадикторности, јесте, да се кривични поступак нормативно изгради као страначки поступак. То је могуће у условима одвојености основних кривичнопроцесних функција,

који омогућавају да свака од тих функција има свог титулара. У савременом кривичном поступку, начело монофункционалности једна је од основних одредница обају типова овог поступка, које отвара пут остваривању начела контрадикторности.

Страначки карактер савременог кривичног поступка, осим уз уважавање принципа монофункционалности, оствариће се, у пуном капацитету, једино под условом да постоје нормативне претпоставке, за остваривање процесне равноправности странака. Странке морају бити равноправне у афирмацији сопствених сучељених теза. То је *condicio sine qua non* остваривања начела контрадикторности. Управо се из сагледавања нормативно уобличене процесне позиције странака (првенствено окривљеног), закључује о егзистирању овог процесног начела, које нема изричит законски израз.

Несумњиво је, да јавни тужилац, као најчешћи титулар функције оптужбе, има преимућства над окривљеним, који објективно представља слабију странку. Да би се избалансирао процесни положај странака, законодавац предвиђа бројне процесне концесије окривљеног, с циљем неутралисања преимућства најзаступљенијег титулара функције оптужбе. Уравнотежавањем процесног положаја кривичнопроцесних странака, отвара се пут за несметано контрадикторно расправљање о кривичној ствари.

Претпоставка невиности окривљеног, представља једну од назначајнијих процесних преференција окривљеног, којом се уравнотежује процесни положај странака. Најважнија процесна последица уважавања ове претпоставке, јесте пребацивање терета доказивања на тужиоца. Оптерећење императивом доказивања кривице окривљеног, као условом за “победу” сопствене процесне тезе, умањује преимућство јавног тужиоца, проистекло из положаја ове странке као државног органа. Неуспех у поступку доказивања кривице окривљеног, резултира ослобађањем слабије странке од оптужбе. Штавише, за успех одбране, довољно је да опстане сумња у кривицу окривљеног, а не мора се доказати његова невиност. Тиме се, на индиректан начин, оснажује процесна позиција окривљеног, у страначком сучељавању са тужиоцем. Начело контрадикторности тако добија замајца за реализацију.

Фактичка неравноправност странака, често проистиче и из недовољне правне образованости окривљеног. Стога се, као коректив овог вида неравноправности, намеће потреба за стручним помагачем окривљеног, у лицу браниоца. Уз садејство браниоца, на остваривању одбране, окривљени постаје равноправни учесник, у “страначком двобоју” пред судом. Окривљени, у страначком сучељавању, уз помоћ браниоца, може анулирати преимућства овлашћеног тужиоца, по правилу, правно образованог, и на судски амбијент привикнутог лица. Бранилац, као стручно правно образовано лице, отклања инфериорност позиције окривљеног, као, по правилу, праву невичне странке. Уношењем елемената стручности, у остваривање одбране, анулирају се почетна

преимућства јавног тужиоца, која су плод стручности и искуства. Чињенице, које иду у корист окривљеном, добијају на значају, а оне, које су на штету окривљеног, сагледавају се и са другог аспекта, чиме се доприноси њиховом ваљаном утврђивању. Укључивање браниоца, у процес остваривања одбране, олакшава положај окривљеног, коме евентуалне психичке реакције, изазване могућношћу изрицања кривичне санкције, отежавају адаптацију на судски амбијент. Осим тога, бранилац, као правно образовано лице, лакше успоставља комуникацију са судом, и противном странком. Значај делатности браниоца, у остваривању одбране, најбоље илуструје мисао: “Бранилац је персонификација права одбране, то је жива одбрана. Окривљени су често неписмени и неуки, и приморавати их да се сами бране значи јакој руци оптужбе супротставити један доста слаб отпор. Окривљени би се, без помоћи браниоца, тешко снашао у лавиринту кривичног поступка, и лутањем без компаса би тешко заштитио своје интересе.”¹⁰

Осим претпоставке невиности, и права на стручну одбрану, и многе друге процесне концесије окривљеног доприносе остваривању процесне равноправности странака, као основног услова за реализацију начела расправности. Примера ради, правом окривљеног на последњу реч, на главном претресу, али и нормирањем завршних речи, на главном претресу уопште, омогућава се доследно остваривање начела контрадикторности, у самој завршници централне фазе кривичног поступка. Неким другим процесним повластицама окривљеног се, пак, доприноси процесној равноправности странака, али се могу и неутралисати евентуални резултати контрадикторног разматрања кривичне ствари. Забраном *reformatio in reius*, на пример, оснажује се процесни положај окривљеног, али се спречава да, евентуална “победа” тужиоца, резултира одговарајућом одлуком у поступку, иницираном правним леком. Забраном двоструке угрожености, онемогућава се понављање кривичног поступка, на штету окривљеног, иако би на новом, контрадикторном расправљању управо то могао бити епилог поновљеног кривичног поступка.

Елементарна претпоставка, за реализацију начела контрадикторности, јесте *присуство* кривичнопроцесних странака, приликом извођења процесних радњи, првенствено на главном претресу. Нужна последица изостанка странака, са главног претреса, била би, одлагање или прекид главног претреса. Међутим, дисконтинуитет, у вршењу процесних радњи, на главном претресу, у несагласју је са основним постулатима процесне економије. Стога, многа законодавства свесно одступају од обавезног присуствовања странака, главном претресу, чиме се, објективно посматрано, дезавуише начело контрадикторности. Реч је о различитим формама мандатних поступака, усмереним ка већој ефикасности кривичне процедуре. Логична консеквенца ових поступака, јесте и могућност

¹⁰ Tenekides C.-G, *Dé la defense en matière criminelle, these, Paris, 1897, p. 4, цитирано према: Никола Матовски, Бранилац у кривичном поступку, Врање, 1984, стр. 68.*

одржавања главног претреса, у одсуству обеју странака. Ту могућност пружа и нормативни оквир скраћеног (сумарног) поступка, у нашем праву. Доношење пресуде, без присуства окривљеног, могуће је, под условом да је окривљени, у претходној фази кривичног поступка, саслушан, и да његово присуство није нужно (чл. 445. ЗКП-а). Остваривање начела контрадикторности, ограничава се и убрзаним процесним формама, за флагрантна кривична дела. Реч је о поступцима против флагрантних учинилаца кривичних дела, када изостају фазе истраге и оптужења. Окривљени, који је лишен слободе, одмах се предаје судећем суду, и главни претрес се одржава у веома кратком року (48 сати, од лишења слободе, или нешто дуже). У тако кратким роковима, тешко је очекивати оптималне услове за изношење сучељених теза странака, поготово што поједина законодавства дозвољавају одвијање поступка у одсуству јавног тужиоца. Иначе, ова форма мандатног поступања, егзистира у француском, португалском, мађарском и пољском праву, као и у многим другим правима.

Prof. Saša Knežević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Adversity Principle in Criminal Procedure

Summary

In criminal procedure, the cornerstone of the proceeding governing the establishment of crucial facts is the opportunity of the parties to present their arguments on the criminal matter at issue and to challenge the opponent's arguments, which is the focal point of the adversity principle in criminal procedure. A criminal proceeding, which is legally regulated as a dispute involving parties with an equal procedural standing, is an optimal institutional setting for accomplishing the proclaimed purpose of the criminal procedure. It gives rise to the importance of the principle of adversity, which is not explicitly stipulated in the Criminal Procedure Code but which is indisputably derived from the position of the adversaries in criminal procedure. Although the adversity principle is primarily put into effect in the course of the main hearing (trial proceedings), the elements of this principle may also be present in other stages of criminal procedure.

The basic condition for implementing the adversity principle is the normative framework where the criminal procedure is regulated as an adversarial procedure. In the contemporary criminal procedure, the monofunctionality principle is one of the basic features of both adversarial and continental criminal procedure which provides for exercising the adversity principle.

Key words: *adversary principle, adversaries, functions of criminal procedure, main hearing, examination, appeal.*

ПРЕКОГРАНИЧНО ОДВОЂЕЊЕ ДЕЦЕ У СЛУЧАЈУ ПОРОДИЧНОГ НАСИЉА

***Апстракт:** У раду се анализира проблем прекограничног незаконитог одвођења или задржавања детета у контексту насиља у породици. Бројна истраживања потврђују да се прекогранично одвођење управо највише дешава када постоји насиље у породици. Према Хашкој конвенцији (Конвенција о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце) захтев за повратак детета у државу где дете има уобичајено место боравка биће изузетно одбијен ако се утврди, поред осталог, да “постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или на други начин довео дете у неповољан положај”. Питање је, међутим, да ли је и судским путем утврђено насиље довољно да се одбије захтев за повратком, будући да није иста садржина овог појма и наведеног изузетка. Поред овога, постоји дилема да ли и насиље учињено према родитељу који је дете одвео даје основа за примену наведеног изузетка.*

У другом делу рада разматрају се и неке дилеме у погледу доказивања околности које указују на постојање насиља у породици на основу којих би се могао одбити захтев за повратак детета, нарочито у контексту заштите његовог најбољег интереса.

***Кључне речи:** прекогранично одвођење, Хашка конвенција, насиље у породици, доказивање.*

Увод

Раздвојени или разведени родитељи, у неким изузетно тешким ситуацијама, успевају да дословно говорећи отму своје дете и одведу га преко границе, најчешће у државу свога порекла. Овим се крше права детета, а нарочито да одржава редовне контакте са сваким од родитеља. Готово ни једна земља нити нација није успела да избегне овај проблем. Одузимање деце може имати различите облике. Најчешће се ради о једностраној промени односа једног

детета и родитеља који врши родитељско право у односу на њега, његовим незаконитим одвођењем или задржавањем у иностранству.

Према неким истраживањима утврђено је да се већина ових случајева дешава у контексту породичног насиља.¹ Прекогранично одвођење детета може бити истовремено и одговор на партнерско насиље, али такође и врста партнерског насиља. Јасно је да породично насиље коме присуствује дете као сведок или као директна жртва неповратно погађа његов емоционални, психички, физички развој. У вези овога поставља се питање да ли ове чињенице треба узети у обзир приликом одлучивања о повратку детета чак и ако се насиље директно не тиче детета.

У раду је анализирано право Републике Србије, посебно одредбе Породичног закона којима се регулише појам насиља у породици и одредба чл.13. ст.1 б Хашке конвенције. Овом одредбом регулисан је изузетак од правила да дете које је противзаконито одведено или задржано у другој земљи буде што хитније враћено у уобичајено место боравишта. Наиме, дете неће бити враћено ако би га то довело у “неповољну ситуацију”. Од начина интерпретације овог правног стандарда од стране надлежног суда или управног органа који одлучује о повратку детета зависиће и његова судбина.² При томе, потребно је изнаћи праву равнотежу између потребе да се оствари основни циљ Хашке конвенције, односно хитан повратак и избегне одлучивање о меритуму спора који се тиче вршења родитељског права, а да се истовремено омогући темељно разматрање изузетка из чл.13. 1.б Хашке конвенције. Известан број страних судских одлука донесених у последње време, али и једна скорашња, домаћа,

1 Према статистичким извештајима у 72% случајева одвођења деце ради се о родитељу коме је дете поверено по разводу брака, као и да се најчешће случајеви одвођења дешавају у контексту породичног насиља; Видети: Lowe, Everall et Nicholls, *International Movement of Children*, стр.335, Наведено према: John Gillen, *Le retour sans danger de l'enfant: La Convention de la Haye et les violences familiales – amies ou ennemies ? – un point de vue de common law sur les interpretation de l'article 13(1) b de la Conventio de la Haye dans le contexte de violence familiales*; www.hcch.net (La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant).

2 Овој теми, односа насиља у породици и изузетка у примени Хашке конвенције из чл. 13. ст.1б, посвећен је и извештај (бр. 9) Сталног бироа Хашке Конференције од 9. маја 2011. године. Извештај је објављен на сајту: <http://www.hcch.net>

из 2011. године³ пружају основа за закључак да се наведени изузетак крајње рестриктивно тумачи.⁴

Први део излагања тиче се дефиниције насиља у породици у оквирима чл.13. 1.б. Други део се односи проблем доказивања околности које упућују на примену изузетка из овог члана Хашке конвенције.

1. Хашка конвенција и изузеци из чл. 13

У правним системима постоје различита средства која се традиционално користе у борби против незаконитог прекограничног одвођења или задржавања детета. Она могу бити превентивна или репресивна. Међутим, уколико држава жели да побољша заштиту и сигурност деце изван државних граница мора сасвим природно предузети мере да се побољша међународна сарадња. У овом погледу једино механизам међудржавне сарадње омогућава супротстављање међународним отмицама. Усвојени принцип територијалности треба да охрабри примену ових метода. То је основа коју је прихватила Конференција у Хагу усвајајући 25. октобра 1980. године Конвенцију о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (у даљем тексту “Хашка конвенција”).⁵

Нема никакве сумње данас да профил родитеља који дете одводи није исти као у време усвајања Хашке Конвенције. У време доношења Конвенције то је најчешће био родитељ који је изгубио старање над дететом или сматра да

3 Одлука Вишег суда у Ваљевоу, Гж2 23/11, објављена на; http://www.visisudva.com/index.php?option=com_content&task=view&id=142&Itemid=75. О овом случају писани медији су данима извештавали. Видети:Лист «Прес»од 30 и 27. децембра 2011. године. Наиме, у овом случају одвођења детета из Републике Хрватске у Републику Србију, Виши суд у Ваљевоу је донео решење којим је наложен повратак детета у Хрватску. У Хрватској је мајка била поднела тужбу за развод брака због поремећених односа. Суд у Хрватској је донео одлуку да дете до окончања спора живи са мајком док је отац имао право да га виђа. Мајка је иначе била малтретирана од стране свога мужа па је била смештена у сигурну кућу одакле је побегла у Србију. Виши суд из Ваљева је нашао да нису испуњени услови из чл.13.ст.1.тач.б Конвенције. Наиме, суд је утврдио да отац, предлагач, није био насилан према детету па и не постоји озбиљна опасност да би у случају повратка детета оно било озбиљно изложено психичкој или физичкој трауми или на други начин доведено у неповољни положај. Тврдња мајке да је била жртва породичног насиља због чега је заједно са дететом напустила брачну заједницу и након тога смештена у сигурну кућу није узета у обзир приликом доношења поменутог решења.

4 Ово је, у суштини, био и један од закључака Четврте седница Специјалне комисије Хашке конференције за међународно приватно право о практичној примени конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (март 2001).

5 Објављена у Службеном листу СФРЈ- Међународни уговори, 7/1991, на снази од 01.12.1991. године. У складу са чл.16.ст.2. Устава Републике Србије, потврђени међународни уговори су саставни део унутрашњег правног поретка и примењују се непосредно.

ће га изгубити.⁶ Данас је то у 72% родитељ који се стара о детету, онај од кога дете за све своје основне потребе зависи и онај који је главни извор сигурности за дете.⁷ Статистичке студије показују да је највећи број ових родитеља мајке.⁸ Више од половине између њих су биле жртве насиља од стране свога партнера.

Конвенција се сада примењује у околностима када државе предузимају све енергичније мере у борби против насиља у породици. У суштини, све више земаља усваја прописе у циљу спречавања насиља у породици, а њихови напори су координирани и на међународном нивоу.⁹ Поред овога, у многим земљама формирају се специјални судови за борбу против насиља у породици, захтева специфично образовање судија. Такође, све је јасније да дете које присуствује породичном насиљу, као сведок, који гледа или слуша, или које је директна жртва, трпи у свом емоционалном, психолошком, физичком развоју. Без обзира што је измењен профил родитеља који дете одводи и без обзира што је породично насиље окидач за бежање преко границе, ниједна промена текста Конвенције од њеног усвајања до данас није учињена. Све ово отвара питање да ли треба променити Конвенцију.

Хашка Конвенција има за основни циљ да осигура моментални повратак одведеног или задржаног детета без прејудуцирања коначног решења.¹⁰ Наиме, у Конвенцији се инсистира на успостављању ранијег стања, оног које је постојало до момента одвођења детета, а тек потом на решавању спорних питања, која се тичу, пре свега, вршења родитељског права.¹¹ Приоритет је, дакле, да судови државе у којој дете има уобичајено боравиште донесу одлуку о вршењу родитељског права. У сваком случају ниједан други орган не сме решавати

6 J. Chamberland, Violence conjugale et enlèvement international d'enfants : quelques pistes de réflexion, стр. 70-78. Писма судија, т.Х, јесен 2005. Доступно на: <http://www.hcch.net/upload/autumn2005.pdf>

7 Наведено према: J. Gillen, н.дело, стр.31-36.

8 Према једној студији у 69% случајева мајке су те које одводе децу преко границе. У питању је студија: N. Lowe, S. Armstrong et A. Mathias, « Analyse statistique des demandes déposées en 1999 en application de la Convention de La Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants ». Наведено према: Исто.

9 Савет министара Савета Европе је 11. маја 2011, на 121. заседању у Истанбулу усвојио Конвенција о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици. Наша држава у овом моменту (10. мај 2012) још увек није ратификовала ову Конвенцију.

10 Поред ове Конвенције постоје и друге, регионалне, са готово идентичним циљевима. Као што су Европска конвенција о признању и извршењу одлука у области чувања деце и успостављања чувања деце, од 20 маја 1980. године (Луксембуршка Конвенција). На америчком континенту усвојена је Интер америчка конвенција о повратку деце, 15. јула 1989 (Конвенција из Монтевидеа).

11 Породични закон Републике Србије говори о вршењу родитељског права што се може сматрати еквивалентом за израз *droit de garde* (право на чување) из француске верзије Конвенције

питања вршења родитељског права осим оног који је надлежан у уобичајеном месту боравка детета. Могло би се, онда закључити да је држава из које је дете одведено и једина надлежна да одлучи у чему се састоји “најбољи интерес детета”, који је прихваћен у Конвенцији о правима детета као универзални принцип за све поступке у којима се одлучује о правима детета. Оваквим ставом желе се обесхрабрити сви они који би одводили децу преко границе суочавањем са свим практичним и правним последицама таквог чина.

Специфичност Хашке конвенција у односу на све друге у међународном приватном праву је то да њен циљ није да унифицира правила у случају сукоба закона нити да успостави правила у погледу сукоба надлежности. Напротив, она је инструмент сарадње између држава са циљем моменталног повратка детета у државу где има уобичајено место боравка. Ово је свакако и разлог великог успеха ове Конвенције. Треба, ипак, рећи да њена примена није увек кохерентна ни хармонична због постојања различитих правних система који су произашли из различите традиције.¹² Поред тога, она се може критиковати и стога што се примењује само на децу млађу од 16 година, због постојања изузетака у примени Конвенције, због неодређености појма уобичајеног боравишта детета, итд.¹³

Конвенција се примењује између држава потписница,¹⁴ тј, сваки пут када дете буде незаконито одведено (или задржано) из једне државе потписнице у другу. Овај повратак се мора спровести најпре добровољно (што је предвиђено у чл.10), али ако је то немогуће онда применом силе. Конвенција се примењује и у случају када треба организовати остваривање права на личне односе детета које има боравиште у једној земљи и родитеља који има у другој земљи. Да би се осигурало поштовање Конвенције свака држава је дужна да одреди централни орган који ће бити задужен за практичну примену Конвенције.¹⁵

Од правила Конвенције да се има осигурати моментални повратак детета које је одведено без сагласности родитеља у место где је имало уобичајено боравиште пре одвођења или задржавања постоје изузеци. Има их укупно

12 О тешкоћама примене Конвенције у неким исламским земљама видети: С. Gosselain, *Enlèvement d'enfants et droit de visite transfrontière: convention bilaterales et etats de tradition islamique*, http://www.hcch.net/upload/abd2002_pd7f.pdf

13 О појму редовног боравишта детета видети: П. Ђунтић, *Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима отмице деце од 25. октобра 1980. године*, Зборник радова Правног факултета, Нови Сад, 2/ 2004, стр. 551-570. Према чл.3.ст.1. Нацрта Закона о грађанскоправној заштити од незаконитог прекограничног одвођења и задржавања који је израдило Министарство правде РС «под уобичајеном боравиштем детета, у смислу овог закона, подразумева се место у којем је дете интегрисано у друштвену и породичну средину».

14 До сада је 87 држава приступило овој Конвенцији.

15 Код нас је то Министарство правде.

шест¹⁶ и изричито су набројани у Конвенцији. Како се то често наглашава они морају бити рестриктивно тумачени, да не би били доведени у питање принципи саме Конвенције.^{17/18}

2. Неповољан положај (неподношљива ситуација), као разлог одбијања

У раду ћемо се бавити само са четвртим изузетком, који се иначе у пракси највише користи.¹⁹ Онај родитељ који је одвео дете може одбити његово враћање у уобичајено место боравка “ако постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или на други начин довео дете у неповољан положај” (чл.13. ст.1б).²⁰ У одбрану одвођења родитељ покушава да другог родитеља (који захтева повратак) представи као неподобног по дете. Родитељ који тражи повратак детета говори о “киднаповању” на шта други одговара да живот са њим за дете представља “озбиљан ризик”, да ће то дете довести у “неповољан” положај. Онај родитељ који оспорава повратак жели

16 Први: ако је протекло више од годину дана од дана незаконитог одвођења или задржавања детета и ако се дете интегрисало у нову средину (чл.12.ст.2); други: ако лице, институција или орган који се супротстављају по-вратку детета докажу да се лице, установа или орган који су имали право на бригу о личности детета нису стварно вршили право на чување у време одвођења или задржавања, или су пристали на од-вођење или задржавање, или су се накнадно сагласили са одвођењем или задржавањем (чл. 13. ст. 1а); трећи: пристанак. Ако је родитељ жртва пристао или накнадно се сагласио са одвођењем детета (чл.13.ст.1, под а) ; четврти: ако постоји озбиљна опасност да би повратак изложио дете физичкој опасности или психичкој трауми или на други начин довео дете у неповољан положај (чл.13.ст.1а); пети: ако се дете супротставља повратку и ако је достигло онај узраст или степен зрелости због чега је потребно узети у обзир његово мишљење (чл.чл.13.ст.2) ; шести: ако би се враћањем детета прекршила основна људска права и основне слободе државе којој је захтев за враћање упућен (чл. 20).

17 Видети: В. Шаула, Примјена норми међународног права у пракси судова у Босни и Херцеговини - један позитиван примјер, Годишњак Правног факултета Универзитета у Бањој Луци, 34/2012.

18 Овакав став заузима и Суд у Стразбуру поводом разматрања захтева у вези повреде, најчешће права на поштовање приватног и породичног живота, које су настале поводом одвођења деча у другу државу. Тако: пресуда од 8.01.2009, у случају Neulinger и Shuruk против Швајцарске, представка бр. 41615/07.

19 Који је у пракси најчешћи. Видети: F. Collenne, P. Wautelet, Enlèvement international d'enfants — La pratique des juridictions belges, наведено према: <http://orbi.ulg.ac.be/bitstream/2268/12865/1/Collienne%20Wautelet%20Enlevement%20Enfants.pdf>.

20 Код нас је израз «intolerable» из енглеског и француског текста Хашке Конвенције преведен као «неповољан» што је много шири појам од израза «неподношљив» како је требало превести. Оксфордски енглески речник ову реч објашњава кроз речи «нешто што није могуће издржати, неиздржив, неподношљив»; Oxford Dictionary Thesaurus & Worldpower Guide, Oxford Univeristy Press, 2001, стр. 682.

представити дете као “озбиљну” жртву насиља чији је положај “неподношљив” за шта оптужује другог родитеља. При овоме се поставља питање води ли заиста родитељи рачуна о интересима детета.

Очигледно је да су све околности из чл.13. ст.1б), или бар већина њих, упућује на радње које би се могле сврстати у акте насиља у породици.²¹ Питања која се тичу насиља у породици све су чешћа преокупација судске праксе, тема су тзв. Писма судија²², али и у научној литератури у контексту Хашке Конвенције. И на седницама Специјалне комисија Хашке конференције за међународно приватно право о практичној примени Конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце дискусија се сводила углавном на питања како обезбедити повратак детета без опасности по њега.²³

Број одбијених захтева услед насиља у породици је значајан са тенденцијом повећања.²⁴ Истовремено Стални биро Хашке Конференције указује да насиље у породици представља стварни изазов у функционисању Хашке Конвенције.

21 Међутим, поставља се питање да ли дете у неповољни положај може бити доведено и ако нема аката насиља, физичке или психичке природе. Да ли би то могло бити и душевна болест родитеља који захтева повратак, његово криминално понашање или употреба дроге или алкохолизам.

22 У питању су радови судија који се баве овим проблемом у пракси и који се објављују на сајту Хашке конференције (www.hcch.net) за међународно приватно право. Видети: J. Chamberland, «L'article 13 para. 1 b) et la violence conjugale : la situation canadienne », p. 17 à 21, ; L. Silberman, « Une décision américaine récente : Danaipour c. McLarey », p. 21 à 24, ; C. L'Heureux-Dubé, « Chérir nos enfants : le rôle de la Convention de La Haye sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants », p. 25 à 29 ; J. Chamberland, «Violence conjugale et enlèvement international d'enfants : quelques pistes de réflexion », p. 70 à 78 ; J. Gillen, « Le retour sans danger de l'enfant : la Convention de La Haye et les violences familiales – Amies ou ennemies ? », p. 31 à 36 ; J. Chamberland, « Présentation générale : la Commission spéciale 2006 : un point de vue canadien », au para. 8, p. 28 ; S. Fisher, «La sécurité de l'enfant lors de son retour : dans quelle mesure les Conclusions et Recommandations de la Cinquième réunion de la Commission spéciale ont-elles fait progresser l'interprétation du risque grave prévu à l'article 13 (1) b) ? », p. 54 à 60 ; A. Moylan, « L'expérience d'un juge d'Angleterre et du pays de Galles », p. 17 à 20. Сви ови чланци су објављени на интернет сајту Хашке Конференције www.hcch.net, у рубрици: « Espaces spécialisés », а потом: « Espace Enlèvement d'enfants », и « La Lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant ».

23 Овом питању је посвећен и Документ бр.9, од 9. маја 2011 године који је усвојио Стални биро Хашке Конференције на предлог Специјалне комисија Хашке конференције за међународно приватно право о практичној примени конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце. Доступан на: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf>

24 Видети напомену бр.1. Тако су објављени статистички подаци из којих се види да је у 2008. години у 15% случајева одбијена захтев за повратак. Од овога броја 27% се односи на случајеве «озбиљне опасности» а 17% на основу противљења детета. Како се истиче у извештају Сталног биро и неки други случајеви одбијања повратка детета се такође односе на насиље у породици. Видети: препоруке и закључке Сталног биро објављене на: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2012pd14f.pdf>

Поред овога, и неки други изузеци, а не само овај из чл.13.ст.1б на које се странка позива, такође се могу односити на насиље у породици, тако да је коначан број ових случајева је тешко утврдити. Ипак, прва и основна тешкоћа у вези овога проистиче из чињенице да није јасно када постоји насиље у породици, будући да државе имају врло различиту дефиницију овог појма што онемогућава јединствену примену наведеног изузетка. С тога, за конципирања правила која се тичу насиља у породици, најважније је одредити његов појам, како би се могло раздвојити понашање једног члана породице које је дозвољено од оног које би представљало недозвољено, насилно понашање. Насиље између блиских лица се налази, што је парадоксално, на раскршћу интимности, осећања, љубави и мржње. Када ће једно понашање родитеља, примера ради, бити оцењено као усмеравање детета ка усвајању и поштовању вредности емоционалног, етичког и националног идентитета своје породице и друштва, а када ће бити оцењено као насиље у породици?

Породични закон Републике Србије²⁵ једном врло уопштеном и широком формулацијом одређује појам насиља као “ свако дрско, безобзирно и злонамерно понашање којим један члан породице угрожава телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице” (чл.197. ст.1). Поред овога, у Породичном Закону су набројани и неки типични примери овог насиља у породици, без амбиција да овај списак буде коначан, као што су: наношење или покушај наношења телесне повреде, изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде члану породице или њему блиском лицу, присиљавање на сексуални однос, навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14. година живота или немоћним лицем, ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима, вређање, као и свако друго дрско, безобзирно и злонамерно понашање.²⁶

У нашој правној теорији и пракси је постојала дилема да ли се насиљем у породици према одредбама породичног и кривичног законодавства сматра понашање које је нужно континуирано или може бити релевантан и само један акт насиља? Углавном је прихваћено, бар у породичном праву, да је довољан само један акт, премда у овом смислу не постоје строга правила.²⁷

²⁵ Породични закон Републике Србије (у даљем тексту ПЗ РС), «Службени гласник Републике Србије», 18/2005.

²⁶ У поменутој Конвенцији о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици (напомена под бр. 9) насиље у породици се дефинише као « свако дело физичког, сексуалног, психичког односно економског насиља до којег дође у породици или домаћинству односно између бивших односно садашњих супружника односно партнера, независно од тога да ли учинилац дели или је делио домаћинство са жртвом»

²⁷ Више о овоме: С. Панов, Насиље у породици-аспект детета, Зборник радова:Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 283. Други аутори истичу да је дилема да ли насиље мора бити континуирано или је релевантан један акт насиља вештачка. «У неким ситуацијама у породичном животу насилничким ће бити квалификован и један једини акт,

Када се ради о озбиљној опасности из чл. 13. Хашке Конвенције на првом месту треба истаћи физичку опасност по дете, које неће бити враћено у земљу у којој, нпр, бесни грађански рат. Али, поред тих спољних догађаја од ризика који је “објективан” та неповољна ситуација може бити и субјективна. У овом смислу и родитељ који захтева повратак може бити опасност, уколико је био насилан према детету. У судској пракси се овај изузетак врло уско тумачи како Конвенција не би постала “мртво слово на папиру”, тј. није довољан један, изолован акт насиља, већ континуирано насиље у прошлости и опасност понављања у будућности да би се могао одбити захтев за повраћај детета по овом основу.²⁸

У Конвенцији се не дефинише “неповољна ситуација”, односно “неподношљива ситуација”. Међутим израз “озбиљна опасност” сугерише да је поље примене прилично уско и да највише подсећа на објективни осећај да би за дете повратак био неповољан.²⁹ Због тешкоће око тумачења изрази “неповољна ситуација” Швајцарска је међународној заједници предложила усвајање једног посебног правног акта.³⁰ Она је 21. децембра 2007. године усвојила Закон о

док ће у другим приликама и околностима, можда, и више пута изречена увреда једног члана породице бити недовољна да суд утврди стање угрожености телесног интегритета, душевног здравља или спокојства другог члана породице и да одреди неку од заштитних мера». Видети: М. Драшкић, Насиље у породици: прва пресуда Врховног суда Србије, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2008, стр. 346.

За кривично право се сматра да је за кривично дело «по правилу, потребно више радњи, а само у ретким ситуацијама кривично дело насиља у породици може се извршити једном изолованом радњом». Овако: М. Шкулић, Основни елементи нормативне конструкције кривичног дела насиља у породици - нека спорна питања и дилеме, *Зборник радова «Насиље у породици»*, М. Шкулић, [и др.], Београд : Удружење јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца Србије, 2009, стр.17. Врховни суд Републике Србије у предмету КЗЗ 46/06 од 15. јуна 2006. године је поред осталог закључио да је „За постојање кривичног дела насиље у породици из члана 118-а КЗРС није неопходан елемент трајност или вишекратност радњи извршења.“ Наведено према: Н. Милошевић, *Насиље у породици (са становишта кривичног законодавства и праксе)*, *Зборник радова «Насиље у породици»*, н. дело, стр. 30.

28 Видети: *Violence conjugale et familiale et l' article 13 « risque grave » exception dans le fonctionnement de la Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants: document de réflexion*, стр.18; <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf>

29 М. Н. Weiner, *Intolerable situations and counsel for children: Following Switzerland's example in Hague abduction cases*. *American University Law* [Vol. 58], стр.375. Објављено на: <http://www.wcl.american.edu/journal/lawrev/58/weiner.pdf>.

30 Непосредни повод је био “the Wood case”. У овом случају мајка је своје двоје деце одвела из Аустралије у Швајцарску. Пошто је случај откривен деца су јој одузета и смештена у институцију на годину дана до повратка у Аустралију. Када је дошло време за повратак деца су присилно уведена у авион. По доласку у Аустралију деца су поново смештена у хранитељску породицу будући да се отац није могао старати о њима. Мајка се није вратила у Аустралију да не би била кривично гоњена због отмице деце. У међувремену деца су

међународном одвођењу деце и хашким конвенцијама о заштити деце и одраслих којим су одређени неки појмови из Хашке конвенције. Тако се у чл.5 прецизира критеријум “неповољности” из чл.13.ст.1б, где се каже да она постоји: а) када смештај код родитеља који тражи повратак очигледно није у интересу детета, б) када родитељ који тражи повратак детета с обзиром на околности случаја очигледно није у стању да се стара о детету у држави где оно има уобичајено место боравка (или се из оправданих разлога од њега не може захтевати да тако поступи), или ц) када смештај код трећих лица није у најбољем интересу детета.³¹

Посебно је питање како третирати ситуацију када је родитељ који је одвео дете у опасности, а не директно дете. Како уосталом разликовати физичку опасност или психичку трауму која се причињава детету од оне која се чини родитељу. Зар не постоји психичко насиље над дететом ако свакодневно посматра како један родитељ физички злоставља другог?³²

Што се тиче упоредног права ситуација је врло различита и не постоји увек исти став, чак и у оквирима исте државе. Тако је у једном случају *Parsons c. Styger*, донета одлука о повратку детета из Канаде у Калифорнију (САД) будући да је насиље од стране мужа било уперено према супрузи, а не детету. Истовремено, мајка није пружила довољно уверљиве доказе о насиљу према њој. Међутим, у једном другом врло познатом случају, *Pollastro c. Pollastro*, суд је одбио повратак детета јер је мајка, која је дете одвела, успела да докаже да је била жртва насиља од стране мужа. Према овој одлуци насиље једног родитеља према другом може довести дете у ситуацију физичке или психичке опасности

променила неколико хранитељских породица. Коначно је аустралијски суд одлучио да се мајци повери вршење родитељског права и деца су враћена у Швајцарску. Укратко деца су била код мајке као и пре отпочињања поступка за повратак, али су преживела велики стрес током трајања поступка.

31 Закон је доступан на: <http://www.admin.ch/ch/f/ff/2008/33.pdf>. За време заседања 5. седнице Специјалне Комисије Хашке конвенције швајцарска делегација је предложила овај текст као допуну чл.13.ст.б. Великом већином предлог је одбачен највише због коришћења израза «најбољи интерес детета». То је протумачено као први корак ка широком тумачењу наведеног изузетка из чл.13. САД су сматрале да се управо најбољи интерес детета остварује кроз његов повратак. Видети: М. Н. Weiner, н.дело, стр.339-340.

32 Очигледно да Виши суд у Ваљеу, у наведеној одлуци, није узео у обзир насиље које је учињено према родитељу који је дете одвео, иако значајна истраживања у друштвеним наукама показују да «постоји велика повезаност између партнерског насиља и проблема деце чак и онда када она нису директне жртве». Видети: Hester et Radford, *Domestic Violence and Child Contact in England and Denmark*, Polity Press, 1996 ; A.E. Appel et G.W. Holden, “The Co-Occurrence of Spouse and Physical Child Abuse: A Review and Appraisal”, *Journal of Family Psychology*, 12 (1998), p. 578 à 599 ; Jeffrey L. Edleson, “The Overlap Between Child Maltreatment and Woman Battering”, *Violence Against Women*, Vol. 5. 134-154 (1999). Наведено према: <http://www.hcch.net/upload/wop/abduct2011pd09f.pdf>

чак и у ситуацији када се насиље не користи директно против њега.³³ Почевши од ове одлуке судови у Канади све више прихватају идеју да озбиљан ризик по физичко и психичко стање родитеља представља такође озбиљан ризик за дете што оправдава примену изузетка из чл.13.ст.1б.

Иако Хашка конвенција не помиње изричито обавезу органа да приликом доношења одлуке о повратку детета и о примени наведеног изузетка из чл.13.ст.1б узме у обзир његово мишљење како би утврдио његов најбољи интерес, таква обавеза проистиче из Конвенције о правима детета.³⁴ Односно, околности које указују да би повратак дете довео у неповољну ситуацију морају бити процењиване кроз најбољи интерес детета. У супротном постоји опасност да одлука не прође пред судом у Стразбуру приликом одлучивања о повреди права на поштовање приватног и породичног живота. У овом погледу илустративна је пресуда Великог већа у случају *Neulinger & Shuruk c. Suisse*³⁵ којом је одбачен захтев за повратак детета у Израел у циљу заштите његовог најбољег интереса. Претходно је вођен један дуготрајни поступак пред судом у Швајцарској у оквирима Хашке конвенције, а затим три године пред Судом за људска права у Стразбуру. Околности су биле нарочито тешке будући да је отац који је захтевао повратак детета имао само право да га виђа под надзором. Суд у Стразбуру је нашао, насупрот суда у Лозани, да није у најбољем интересу детета да се врати у Израел, јер би то за њега представљало опасност, односно, довело би га у неповољан положај. Истовремено, то би представљало несразмерно мешање у право мајке на поштовања породичног живота, будући повратак не би био могућ без ње. Суд на крају констатује повреду чл. 8. Конвенције о људским правима, чиме је побијена претходна одлука Првог већа Суда, који је донео другачију одлуку (08.01.2009).

³³ Слична одлука је донета и у случају *Kovacs c. Kovacs*. Суд је одбио захтев за повратак детета од три године у Мађарску. По доласку у Канаду мајка је захтевала да јој се да статус избеглице. Одбијала је да се врати у Мађарску јер јој је муж криминалац који је избегавао кривичну одговорност. Судија је одбио захтев из страха за сигурност детета. Користећи сличне аргументе као у случају *Pollastro*, судија је истакао да у контексту чл.13.ст.1б треба узети у обзир могућност физичке или психичке опасности по родитеља који се у потпуности стара о детету. Ово нарочито у ситуацији када се ради о врло малом детету чији су интереси неодвојиво повезани са физичким и психичким здрављем родитеља. Наведено према: J. Chamberland, *L'article 13 paragraphe 1 b et la violence conjugale: la situation canadienne*, *La lettre des juges sur la protection internationale de l'enfant* : A) tome V, Printemps 2003; Објављено на: http://www.hcch.net/index_fr.php

³⁴ Премда, преамбула ове Конвенције (која код нас није преведена) предвиђа да су «Државе потписнице Конвенције, дубоко уверене да је интерес детета од примарне важности за сва питања која се тичу његовог чувања...», а посебно «на међународном плану заштите од штетних дејстава незаконитог одвођења или задржавања».

³⁵ Пресуда бр. 41615/07, од 06. јула 2010.

Суд подвлачи да његов задатак није да замени надлежне органе у процени питања да ли би се дете суочило са озбиљним ризиком од физичке опасности у смислу чл.13 Хашке конвенције, у случају повратка у Израел. Напротив, он је надлежан да истражи да ли су национални судови поштовали гаранције из чл. 8. Конвенције водећи нарочито рачуна о најбољем интересу детета.³⁶

Сличан став је заузео Дом Лордова у Великој Британији у случају *Re D.*³⁷ У одлуци се каже да се не види како би тренутни повратак детета у Румунију могао бити у његовом најбољем интересу. На основу *Human Rights Act 1998* забрањено је енглеским судовима да поступају неконзистентно у односу на права која су гарантована Конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода. Ово се односи и на спор на основу Хашке конвенције, као и на било који други.³⁸

3. Доказивање

Поред овога, питање је и како се врши доказивање, односно да ли је неопходно да чињенице које указују на “озбиљну опасност” буду утврђиване од стране суда у поступку оцене доказа, или је довољно да постоје полицијски или медицински извештаји које суд узима у подлогу одлуке без оцене.

Експерти су, тако, подељени око степена и природе доказа који су неопходни да би се доказало насиље у породици. Једни указују да постоји обавеза родитеља који је дете одвео да докаже постојање насиља у породици, док други сматрају да је дужност органа надлежног за доношење одлуке о враћању детета да истражи чињенице и осигура заштиту детета. Ипак, према одредби чл.13. ст.16 Конвенције одговор је јасан. Терет доказивања је на лицу, институцији или организацији која се супротставља повратку. У контексту наше теме то је углавном родитељ детета који га је одвео, најчешће у земљу свога порекла.

36 При процени овог најбољег интереса детета Суд је вероватно имао у виду и чињеницу да би у случају повратка у Израел мајка могла бити осуђена на казну затвора од 10 до 20 година колика је иначе казна према Израелском кривичном закону (чл. 369) за одвођење детета. Суд с тога поставља питање (тачка 40) ко би се бринуо о детету у случају затварања мајке.

37 *Abduction : Rights of Custody* [2006] UKHL 51 ; [2007] 1 AC 619 para 51. Наведено према: A. Cornec, *Il faut NOMMER l'intérêt supérieur de l'enfant : La Convention de la Haye du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants : un exemple d'intérêt supérieur de l'enfant*. Објављен на: http://www.dei-france.org/journees-etude/je2010/doc_interet-superieur-de-l-enfant/cornec-alain_interet-sup-de-l-enfant-et-convention-la-haye-1980_13p.pdf

38 Једна чланица Дома Лордова (Hale) је изнела мишљење већине рекавши да би повратак детета против његове воље представљао веома велику повреду његових права, већу него што би то представљао повреду права оца у случају одбијања његовог захтева за повратак. Наведено према: Исто, ф.н. 22.

У погледу стандарда доказивања Конвенција једино предвиђа да се чињенице које указују на постојање неповољних околности морају доказати.³⁹ У нашој пракси, односно како произлази из навођене одлуке Вишег суда у Ваљево, оцена о испуњености услова за одступање од обавезног враћање детета је изузетна и “мора бити заснована на недвосмисленим и чврстим доказима”.

Судови у Великој Британији, Аустралији, Канади, Н. Зеланду, САД оклевају да одбију повратак детета у случају насиља у породици. Традиционално, судови веома уско тумаче одредбу чл.13. ст.1б, на начин да она може бити само у изузетним околностима примењена. Основни циљ је да онај ко је дете одвео не извуче никакву “корист” из свог незаконитог акта и да не може рачунати да ће последица тога одвођења бити стварање озбиљног ризика или неповољне ситуације у случају повратка. Имајући ово у виду и стандард доказивања који се тражи у овим земљама је врло висок. У судској пракси САД тражи се да тврдње из чл. 13. ст. 1б буду доказане на “јасан и убедљив” начин сагласно законским правилима. При томе судови или игноришу израз “неповољна ситуација” из чл. 13. ст. 1б, и своје одлуке базирају углавном на доказивању постојања “озбиљне опасности од физичких и психичких повреда”, или је подводе под израз “озбиљна опасност од физичких или психичких повреда”.⁴⁰ Судови у Великој Британији (Енглеска и Велс) врло рестриктивно интерпретирају изузетак из чл.13. ст. 1б. Они захтевају да докази буду “јасни и необориви”.⁴¹ Судови у другим државама захтевају да се за постојање наведеног изузетка пруже јасне и необориви докази, или захтевају висок степен доказаности.

Очигледно је да поједине земље кроз високе стандарде доказивања насиља у породици теже ка што рестриктивнијој примени изузетка из чл.13. Неке од њих, као што то раде аустралијски судови, такав став правдају тврдњом „да се врши повратак у земљу уобичајеног боравишта, а не једном лицу или посебном региону“.⁴² Истовремено, судови у Н. Зеланду сматрају да наредба за повратак детета у једну земљу није наредба за враћање детета родитељу и да оно остаје под одговорношћу централног органа у тој другој земљи.⁴³

Неке друге земље, као што је Француска, наклоњене су ширем тумачењу наведених изузетака из чл.13. ст. 1.б. Овакав став проистиче највише из чињенице да судови, као што је речено, наведене изузетке из чл.13.ст.1б тумаче из угла

³⁹ У судској пракси САД тражи се да тврдње из чл.13.ст.1б буду доказане на «јасан и убедљив» начин сагласно законским правилима. International Child Abduction Remedies Act (ICARA), 42 U.S.C. S. 11603(e)(2)(A). Доступан на : http://travel.state.gov/pdf/International_Child_Abduction_Remedies_Act.pdf

⁴⁰ Наведено према: М.Н. Weiner, н.дело, стр.345.

⁴¹ Апелациони суд UK, 12/02/1999.

⁴² J. Kay, Australian journal of family law, novembre 2005, volume 19; Наведено према: J. Gillen, н.дело, стр. 34-35.

⁴³ J. Gillen, н.дело, стр. 34-35.

најбољег интереса детета.⁴⁴ С обзиром на нашу националну регулативу и обавезе у односу на заштиту најбољег интереса детета, чини нам се да је овакво, шире схватање изузетака из чл. 13. ст. 1б, и за нас прихватљивије.

Закључак

Хашка конвенција која је донета још 1980. године инсистира на брзом повратку детета у уобичајено место боравка, без прејудуцирања питања вршења родитељског права. Конвенција о правима детета која је донета девет година касније инсистира на принципу заштите најбољег интереса детета у свим поступцима када се одлучује о правима детета, према томе и у овом који се води за његов повратак. У контексту овога у раду је сагледано питање да ли је у интересу детета да буде враћено у државу где има уобичајено место боравка ако је оно или родитељ било жртва насиља у породици и постоји вероватноћа да ће се оно наставити по повратку. Ако већ нема спремности да се Хашка конвенција мења и прилагоди захтевима из Конвенције о правима детета онда је у пракси потребно изнаћи праву равнотежу између циљева Конвенције за брзим повратком детета и интереса детета које ризикује да буде враћено у средину у којој ће оно или његов родитељ, најчешће мајка, бити малтретирани. Линија између ово двоје је често деликатна и понекад контроверзна.

И као што се може захтевати ни од једне земље у којој се налази дете да га врати у окружење које за њега представља озбиљан ризик, тако се не може допустити да овај изузетак функционише као замена за утврђивање најбољег интереса детета што је првенствено у надлежности судова земље где дете има уобичајено место боравишта. Од органа који одлучује о повратку детета захтева се да у процени ризика повратка мора поћи од тога да ли је родитељ који је дете одвео предузео све разумне мере да га заштити и да се одвођење не може сматрати фактором сталног ризика. Овај принцип обавезује одрасле да заштиту захтевају, пре свега, од судова у земљи где дете има уобичајено место боравишта.

⁴⁴ Видети: B. Vassallo, *Présentation des instruments internationaux de coopération concernant l'enfance: conventions de la Haye sur les déplacements illicites d'enfants et sur l'adoption internationale, Bruxelles II bis*. Доступно на: <http://www.ahjucaf.org/Presentation-des-instruments.html>

Prof. Zoran Ponjavić, LL.D.

Full Professor, Faculty of Law, Kragujevac

The international child abduction in cases of domestic violence

Summary

Separated or divorced parents in some extreme situations, resort to the child abduction which violates the rights of the custodial or visitation parent, not to mention the child's right to maintain contacts with both parents. According to some research, it has been concluded that most of the cases of unlawful child taking, that is abduction, occurs in the context of family violence. Thus, the international child abduction can be viewed at the same time as a response to the partner's violence and the partner's violence itself.

In this work the authors analyze the issue of family violence in the context of the Convention on the Civil Aspects of International Child Abduction (The Hague Convention). The adopted principles of territorial jurisdiction, that is the obligation to return the child to the place of residence, should discourage all those who consider taking the child abroad without the consent of the other parent. Special attention is given to the exception stated in Art. 13 (1) b of this Convention: "there is a grave risk that his or her return would expose the child to physical or psychological harm or otherwise place the child in an intolerable situation". The relevant court will refuse to order the child's return if the parent can prove that such circumstances exist. This poses a difficult task before court since it is usually located far away from the place where the act of violence in the family allegedly occurred, as well as to establish whether it actually was the act of family violence, and not just the parent's claim used as an excuse to abduct the child. Also, the court procedure should respect all other rights guaranteed to the child by the Convention of the Rights of the Child, before all the child's right to express his opinion in order to determine the best interest of the child.

Also, special difficulty lies in the fact that this exception should be interpreted in a very narrow context in order not to jeopardize the principles of the Hague Convention, while the concept of family violence is very broadly defined in the Republic of Serbia legislation. This underlines the need that the content of the provision from Art. 13 (1) b should not be identified with the term family violence.

Key words: *international child abduction, the Hague Convention, family violence, proving.*

Проф. др Небојша Ранђеловић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Др Предраг Јеленковић

ЦРТИЦЕ СРПСКЕ ИСТОРИЈЕ ПРАВА У КОНТЕКСТУ КОМУНИКОЛОШКИХ ПРИНЦИПА¹

Апстракт: Нове научне дисциплине везане за тековине и пошасте савремене цивилизације, оправдано намећу питање да ли је могуће стављање традиционалних категорија у њихов контекст. Сами творци и теоретичари комунологије дају одговор на то питање савлађујући и ову науку у оквире историјске вертикале. Инердисциплинарност комунологије даје могућност да се у њеном контексту посматрају и цртице из појединих историјских периода и дисциплина, па и из области српске историје права. Овај рад указује на такву могућност кроз слику сегмената српске историје права (доношење Устава Краљевине Србије од 1869. године, доношење Устава Краљевине Србије од 1888. године и пар примера комуникације са масама у току важних политичких процеса развоја Србије) и њихово стављање у оквире комуниколошких теорија и принципа. Дате анализе не представљају намеру да се о процесима стављеним у комуниколошке оквире да коначан суд. Оне су назнака како се може стављати традиција у контекст нових научних дисциплина.

Кључне речи: Комунологија, комуникација, комуникациона стратегија, устав, традиција, право, историјски.

I

Када се поведе расправа о одликама нове научне дисциплине искључиво везане за тековине и пошасте савремене цивилизације, оправдано се поставља питање да ли је могуће „спајање неспојивог“, односно има ли, уопште, места стављању традиционалних категорија у њене оквире.

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

Комуникологија је, у најопштијем смислу, наука која за предмет има феномен комуникације. Њена интердисциплинарна природа, потврђује се чињеницом да се у оквиру комуникологије истражују најразноврснији облици општења међу живим бићима, па самим тим, она обухвата проучавање садржаја, облика и техника саопштавања, испитивање смисла порука и начина њиховог прихватања.² Комуникологија је предметно почела да се уобличава у првој половини XX века, најпре у емпиријским истраживањима и теоријским радовима појединих научника различитих сазнајних оријентација – од психолога, лингвиста и антрополога до социолога и кибернетичара. Најзначајнији узрок настанка и развоја комуникологије, који је деловао из социјално-историјског контекста као један од израза научно-технолошке револуције, била је све значајнија улога медија масовног комуницирања у друштву.³ Као година настајања ове научне дисциплине обично се узима 1949. када је група америчких научника, предвођена Елвудом Мјурејом, основала „Међународно удружење за комуницирање“, са идејом да се повежу истраживачи комуницирања из различитих научних области.⁴ Од тада се оснивају катедре за проучавање комуницирања, најпре у Сједињеним Америчким Државама и западној Европи, а потом и у осталим деловима света. Реализују се замашна емпиријска истраживања и сливају у ткиво нове научне дисциплине. Теоријски радови научника и истраживача различите вокације (социолози, социјални психолози, антрополози, лингвисти, кибернетичари, али и правници, економисти, истраживачи области масовних медија...) све мање постају сегменти посебних научних дисциплина, тематски и истраживачки повезани, а све више део целине нове науке – комуникологије.⁵

Може се поставити питање има ли места историјском приступу у науци која стасаву у другој половини XX века и која је првенствено везана за појаву масовних медија, хиперпродукцију информација и зависност од савремених средстава комуникације. Сами аутори и етаблирани теоретичари комуникологије инсистирају на историјском контексту. Темеље савремених комуниколошких теорија стављају у читав сплет, најпре филозофских и теолошких постулата, а потом и свих настајућих природних и друштвених наука. Тако се историјско наслеђе нове науке води од античких времена, кроз средњовековну реторику

2 З. Томић, *Комуникологија*, Београд 2003, 11.

3 М. Милетић, *Комуниколошки лексикон*, Београд 2012.

4 Исто

5 Интердисциплинарност нове науке даје могућност истраживањима из других научних области да буду стављена у оквире комуниколошких теорија које су настајале развојем ове науке (нпр. област правних наука – З. Ивошевић, *Право на одговор и право на исправку*, *СМ Časopis за upravljanje komuniciranjem, Protocol Нови Сад, Факултет политичких наука Београд*, 07 (2008), 115-128; С. Хамелинк, Ц. Холфман, *Стање права на комуницирање*, *СМ Časopis за upravljanje komuniciranjem, Protocol Нови Сад, Факултет политичких наука Београд*, 10 (2009), 5-24).

и реторику ренесансе, енглески емпиризам, позитивизам, функционализам, бихејвиоризам, до сасвим савремених аспеката у којима се сублимирају или разлажу знања која су у научном погледу дале историја и традиција. Теоријско интересовање за људску комуникацију сеже дубоко у филозофску традицију, која напоредо са Сократом, проблематизује не више питања природе и космоса, већ суштинска питања о човеку и друштву.⁶ Велики број тема и теоријских концепата који представљају предмет савремене комуникологије развијани су у оквиру традиције поменутих филозофских праваца и настајућих наука.

Историјска вертикала ставља се у ток процеса, који иде од теорија о комуницирању до комуниколошких теорија. Говор и разговор, као есенција комуницирања, били су у средишту пажње античких филозофа, а недоумица да ли је добар говорник онај који говори истину или добро говори, представља и данас, не само реторички, већ и прворазредни комуниколошки проблем.⁷ У теорији се среће и закључак да је логичко-етички правац у античкој реторичкој извршио утицај на европске комуникологе, сличан оном који формално-естетички правац има на главну струју у америчкој теорији комуницирања.⁸ У својој обимној студији М. Милетић у оквиру античког наслеђа ставља Цицерона и Квинтилијана. Оно што је антика разлагала, средњи век је сажимао, па су религија и реторика постале нераздвојне у проповедништву и молитвама. Логика је уступила место догми, али су под плаштом догме развијана и проповедничка правила, која су шире уобличавала непромењивост догме.⁹ За хеленски период – логика, за средњовековни вера, представљале су кључеве спознаје појединих аспеката комуникационе праксе. Хуманизам и ренесанса, а потом просветитељство афирмисали су принципе *Dubio, ergo cogito* и *Cogito, ergo sum*, и створили претпоставке за пионирске научне приступе проблему комуницирања, који су се односили на везу између психологије и реторике.¹⁰ Цивилизацијске тековине, које су са собом носиле развој науке, учиниле су да пракса стварања научне пирамиде, са широким темељима на којима се базира надградња, ка жижи која се налази на врху, постане лепеза чија ширина прати неслућене могућности информатичког друштва савременог доба. Од социјално-психолошког и делимично антрополошког и лингвистичког проблема, дошло се до мноштва теорија о комуницирању.¹¹

6 З. Томић, *Комуникологија*, Београд 2003, 17.

7 М. Милетић, *Основе комуникологије*, Београд 2005, 4.

8 Опшриније: А. Богданић, *Водећи правац у теорији комуницирања САД*, докторска дисертација, ФПН Београд, 1996, А. Богданић, *Комуникологија, водећи правац*, Београд 1996.

9 Св. Августин је нпр. развио читав низ проповедничких правила за разумевање једног од облика комуникационе праксе, интерперсоналног комуницирања са метафизичким бићима.

10 М. Милетић, *Основе комуникологије*, Београд 2005, 5.

11 Историјска вертикала даје мноштво примера. Нпр. шкотски свештеник Кмпбел у својој Филозофији реторике, крајем XVIII века повезује мисли Аристотела, Цицерона

II

Дати одговори на питања односа комуникологије и историјског контекста упућују на могућност анализе различитих историјских ситуација и процеса у оквиру комуниколошких теорија и принципа. Сходно наведеном, занимљиво је сагледати поједине сегменте државног, уставног, законодавног и политичког стасавања српске државе током XIX века, у поменутом контексту. Један од таквих сегмената је поступак доношења Устава Кнежевине Србије 1869. године. Све фазе његовог доношења могу се анализирати и у оквиру савремених теоријских принципа комуникационих стратегија.

Синтагма „комуникациона стратегија“ користи се у теорији, и много више у пракси, са подразумевајућим, али и „волунтаристички учитаним“ различитим значењима.¹² Реч стратегија је етимолошки грчка и означава науку о вештини ратовања.¹³ У ширем смислу, то је наука о вештини ратовања која истражује узајамне везе политичких, економских и ратних елемената за припремање и вођење рата, али и дугорочни план врховне команде за постизање победе.¹⁴ Данас се ова реч користи у скоро свим областима живота у свом изведеном, фигуративном значењу. Тако се данас стратегија може дефинисати као свеобухватна замисао одређеног друштвеног субјекта о могућностима и начинима за постизање претходно постављеног циља, која се операционализује конкретним планом активности и реализује управљањем тим активностима у датим социјалним околностима.¹⁵ Сходно томе, комуникациона стратегија је свеобухватна замисао појединца или друштвене групе, у комуникационој улози пошиљаоца порука, о постизању датог циља убеђивачким (персуазивним) деловањем на појединца или друштвене групе, у комуникационој улози прималаца порука.¹⁶ У сфери интерперсоналног комуницирања, комуникациона стратегија се може свести на: уопштавање најчешћих општих циљева планираног комуницирања, препознавање најзначајнијих елемената комуникационе ситуације за конкретизацију циља комуникационе стратегије и разумевање

и Квинтилијана са идејама Лока, Берклија и Хјума. Претеча савремених истраживања комуницирања Томас де Квинсеј у есеју Конверзација из 1847. год. бави се и проучавањем интерперсоналног комуницирања и комуникационе компетентности. Х. Спенсер у студији Филозофија стила се такође осврће на проблем комуницирања и по неким ауторима представља претечу симболичких интеракциониста (М. Милетић према К. К. Reardon, *Interpersonal Communication – Where Minds Meet*, Belmont, USA, 1998).

12 М. Милетић, Комуникационе стратегије – покушај теоријске концептуализације, Комуникације, медији, култура, Годишњак факултета за културу и медије, 3/2011, Београд, 14.

13 М. Вујаклија, *Лексикон страних речи и израза*, Београд 1972.

14 И. Клајн, М. Шипка, *Велики речник страних речи и израза*, Београд 2008.

15 М. Милетић, Комуникационе стратегије – покушај теоријске концептуализације, Комуникације, медији, култура, Годишњак факултета за културу и медије, 3/2011, Београд, 15.

16 Исто

значаја комуникационе компетентности субјеката комуницирања који реализују одређену комуникациону стратегију за постизање постављеног циља.¹⁷ У поменутиим оквирима најчешћи општи циљеви стратегије у планираном интерперсоналном комуницирању јесу: привлачење пажње, упознавање, зближавање, постизање сагласности, заваравање, смањивање створене нетрпељивости, разрешење насталог сукоба, изазивање привременог сукоба и трајни прекид интерперсоналних односа са комуникационим партнером.¹⁸

Како се у оваквом контексту може сагледати поступак доношења Устава Кнежевине Србије 1869. године? Овај устав, познат и као „Намеснички устав“, донет је после трегичне погибје кнеза Михаила, у ситуацији када је намесничка власт првенствено морала да консолидује уздрману државу. Привремено намесништво које су чинили председник Државног савета, министар правде и председник Касационог суда, заменило је намесништво које је изабрала Велика скупштина. Њега су чинили Миливоје Блазнавац, Јован Ристић и Јован Гавриловић. Овакав састав намесништва био је логична последица чињенице да је Блазнавац имао апсолутну контролу над војском, са којом је и извикао малолетног Милана Обреновића за кнеза. Ново намесништво се сусрело са још неколико проблема, које је требало да реши у корист напретка државе, али и у своју корист. По постојећим прописима намесништво је бирано на три године и иста лица нису могла да буду поново бирана за намеснике. Како је кнез Милан навршавао пунолетство тек за четири године, садашњи намесници би годину дана пре његовог пунолетства остали без положаја. Такође је, по уставним законима кнеза Михаила, скоро сва власт била сконцентрисана у рукама кнеза, што би након кнежевог пунолетства могло да доведе у питање визију развоја Србије, какву су имали намесници. На Скупштини су истакнути и захтеви да се Закон о народној скупштини прошири према потребама времена и жељи народа, да се скупштина сазива сваке године, да се издају закони о слободи штампе, о поротном суђењу и о министарској одговорности. Решење за ова питања било је доношење новог устава.¹⁹

Замисли Намесништва имале су и ширу потпору, али је тако корениту уставну промену требало спровести темељито, са сигурношћу да ће постављени циљеви бити реализовани. Замисао и појединаца (првенствено намесника Ристића и Блазнавца), али и шире друштвене гупе њихових следбеника, дефинисала је доношење новог устава као јединствени постављени циљ, који треба да сублимира спектар циљева одређених и општим и личним интересима. Као елемент комуникационе стратегије остало је дефинисање циљне групе на коју

17 Исто, 17.

18 Исто, 18.

19 Н. Ранђеловић, *Историја права II – Основи српске историје права*, Ниш 2008, 102.

треба персуазивно деловати, да би се задати циљеви остварили сагласношћу Уставотворне скупштине.

Следећи потез Намесништва може се сагледати кроз разумевање значаја комуникационе компетентности субјеката комуницирања, који реализују одређену комуникациону стратегију за постизање постављеног циља. Велика народна скупштина није била репрезент „чиновника и научне класе“, дакле друштвене групе са адекватном комуникационом компетентношћу за реализовање постављених циљева. Зато је намесништво формирало један одбор, назван „Никољски“, по дану сазивања, у коме је окупљен „цвет чиновништва и интелигенције“. Овај одбор је требало да пружи одговор на питање: „Је ли потреба и време да се да земљи Устав сходан данашњем стању народа?“ и њему пратећа питања.²⁰ Рад Никољског одбора показао је, да у остваривању задатих циљева Намесништво може рачунати на успех, уз већинску сагласност, али не и консензуалност. Само Намесништво је морало да одустане од неких циљева, зарад остваривања општег и најважнијег, али и ради заштите својих интереса. Та промена стратегије изазвана је „откривањем карата“ чланова Никољског одбора по питању улоге државног савета, односно по питању увођења дводомног система. У дебати о представничком систему у одбору је изнето мишљење да савет треба да врши контролу над владом, јер дотадашње, „претежно сељачке скупштине“ нису биле дорасле том послу (са чиме су били сагласни и намесници и влада). Чланове савета, по том мишљењу, требало би да бира народ, али да савет не би био доведен у зависност од расположења у народу, народ би саветнике бирао доживотно. Овај предлог није прихваћен, али је допринео да и влада, односно Намесништво, открију своје намере. Према владином мишљењу, боље је да народна скупштина врши контролу над владом, него државни савет. „Сељачка скупштина“, која по претходном мишљењу владе није разумевала државне послове, сада би, по предлогу исте владе, требало да контролише њен рад.²¹ Инсистирање на свим препознатим елементима стратегије, и на свим сегментима утврђених циљева, могло је да угрози крајњи циљ. Влада је очигледно желела да избегне контролу савета. Од скупштинске контроле умела је да се чува и сама. Зато су намесници и влада одустали од било какве идеје о дводомном систему.

На сличан начин, али са нешто другачијим елементима, може се посматрати и поступак доношења једног другог устава: Устава Краљевине Србије од 1888. године. Након низа потреса у држави у кратком временском периоду (проглашење краљевине, тајна конвенција са Аустро-Угарском, пропаст уговора о железници, Тимочка буна, Српско-бугарски рат итд), сходно променама у самом друштву и на политичкој сцени, приступило се промени устава од 1869.

20 С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића I*, Београд 1990, 63.

21 М. Ђорђевић, *Преглед развитка политичких и правних установа Србије од краја XVIII до почетка XX века*, Београд 1973, 78.

године. На политичкој сцени деловале су три политичке странке: Народна радикална, Напредна и Либерална. Иако су у актуелном тренутку радикали имали апсолутну већину (у уставотворној скупштини имали су скоро четири петине посланика), краљ Милан је инсистирао на паритетном односу свих политичких чинилаца у одбору, који ће припремити текст устава и за који ће се од уставотворне скупштине тражити да буде прихваћен „од корице до корице“.

Занимљиво је све ове поступке и односе политичких чинилаца посматрати кроз комуниколошки теоријски концепт тражења општеприхватљивих решења. Ту се првенствено мисли на „теорију равнотеже“, „теорију когнитивне дисонанце“, „теорију конгруенције“ и из њих изведеног „оријентацијског модела“.²² По овом моделу циљ комуницирања је постизање сагласности о предмету комуницирања.²³ Остваривање тог циља не доводи се у питање у случају обострано позитивних ставова комуникатора и консензуса о предмету комуницирања. Проблем настаје одсуством ових чинилаца.

Када се са овог аспекта посматра рад Уставотворног одбора 1888. године, најупечатљиви је процес усаглашавања ставова чланова одбора, који су представљали програмски супротстављене партије и дијаметрално супротне политичке интересе. На једној страни су се налазили радикали, заговорници народног суверенитета и надмоћи скупштине према осталим сегментима државне власти, на другој напредњаци, конзервативно оријентисани, заговорници дводомног система, подржани од либерала. Како је од одбора захтеван консензус око коначног текста устава, нужно је било усаглашавање и одступање од програмски задатих циљева свих актера. Између осталог, радикали су одустали од општег права гласа и пристали на увођење „квалификованих посланика“, док су напредњаци одустали од дводомног система. Промењени ставови о супротстављеним странама и предмету комуницирања донекле су изменили парцијалне циљеве поступка доношења устава, али су омогућили консензус око крајњег, стратешки задатог циља.²⁴

Оваквом приступу посматрања цртица из српске историје права може се додати и осврт на комуницирање са масама у току поменутих политичких процеса, много пре проналаска средстава масовне комуникације. За посматрање односа са масама кроз структурални, мотивациони и ситуационо-делатни аспект стратегије комуницирања занимљиви примери могу да буду шесточасовни го-

²² Реч је теоријама насталим из покушаја да се помири бихевиористички и когнитивистички приступ у комуницирању.

²³ М. Милетић, *Основе комуникологије*, Београд 2005, 7.

²⁴ Занимљиво је посматрати поступак доношења овог Устава кроз Хоровицов „модел кооперације“, који одбацује концепт консензуса, сматрајући да консензус није нужан епилог комуницирања, али сматра да је за процес комуницирања неопходна кооперација која подразумева споразум о облику понашања (општиније М. Милетић, *Основе комуникологије*, Београд 2005).

вор Пере Тодоровића пред огромном масом присталица радикала, или чланак Николе Пашића у „Самоуправи“, пред избијање Тимочке буне.

Познајући структуру окупљене групе, талентовани говорник Пера Тодоровић је шест сати говорио, на различите начине тумачећи радикалски програм, заснован на идејама народног суверенитета. Мотивационо, овај наступ Пере Тодоровића доживео је потпун успех. Идеје, тако презентирани, имале су огроман одјек у народу, иако су многе од њих биле непримењиве и у датом историјском тренутку неприхватљиве.

Примењујући нове законске одредбе о војсци српска влада је на јесен 1883. године почела са разоружањем народне војске. Оружје је одузимао од народа под изговором да ће се заменити савременијим, али је крајњи циљ владе био, уствари, разоружање народа. За радикале, који су, иако најјача политичка снага у народу, били у опозицији, овакав поступак владе био је провокација. Већ узаврелу атмосферу у народу требало је додатно мотивисати. Својим двосмисленим чланком у „Самоуправи“ то је управо урадио Никола Пашић. Он не позива народ да се одупре одлуци владе, али каже: „А ти народе, ако не будеш срећан да ти поштеде твоје ратне успомене, твоје оружје, ти га подај, али кућу немој остављати без њега... Чувај се сам, кад те не чувају они којима је то поверено.“²⁵ Пашићева двосмислица мотивационо је деловала на циљну групу баш како је творац поруке желео. Те јесени је планула Тимочка буна. Иако је буна доживела неуспех, са ситуационо-делатног становишта она је представљала остварен стратешки одређен циљ, јер се у тај контекст, као један од циљева може ставити и само њено избијање, са свим последицама неуспеха.

III

На први поглед, ако се занемари поменути однос самих теоретичара комуникологије према историјском наслеђу, може се закључити да повезивање историјских догађаја и комуниколошких принципа представља низ занимљивих могућности да се позадина историје посматра на неубичајен начин. Али ако се историја не посматра само као наука о скупу догађаја који су се десили у прошлости, већ првенствено као наука о садашњости и будућности, ствари стоје другачије. Поновно и стално читање историје у контексту одлика савременог друштва, изнова даје могућност да се историјски процеси препознају, да се њихова динамика стави у препознатљиве оквире и научно објасни. То је важно за усмеравање друштвених процеса, за стварање могућности да се конфликти предупреду и да се историјски циклуси, који су много коштали човечанство, не понављају.

Анализа датих цртица из српске историје права не представља само пар историјских епизода које ће у датим оквирима бити пример за могућност

25 С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића II*, Београд 1990, 182.

логичко-психолошке акробатике. Она упућује на још једну могућност читања историје права и анализе друштвених односа из којих су произашли процеси стварања и јачања српске државе. Дате анализе, због ограничавајућих могућности обима једног чланка, не представљају намеру да се о процесима стављеним у комуниколошке оквиру да коначан суд. Оне су само назнака како се може и треба стављати традиција у контекст нових научних дисциплина.

Prof. Nebojša Randelović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Phd Predrag Jelenković,

***Brief Sequences from the Serbian Legal History
in light of Communicological Principles***

Summary

New scientific disciplines dealing with the attainments and the pests of the modern civilization pose a practical question whether traditional categories may apply in their context. The founders and theoreticians of communicology addressed this question by placing communicology within the historical framework. The interdisciplinary nature of communicology provides ample opportunity for observing brief sequences from specific historical periods and disciplines, including the Serbian legal history. In this article, the authors provide a sequence of brief segments from the Serbian legal history (including: the 1869 Constitution of the Kingdom of Serbia, the 1888 Constitution of the Kingdom of Serbia and a number of other examples illustrating different forms of mass communication applied in significant political processes underlying the historical development of Serbia), which are considered from the aspect of the communicological theory and principles. The provided analysis is certainly not intended to provide absolute answers or definite conclusions on the processes which have been observed from the communicological standpoint but this analysis maybe used as an indicator how tradition may be placed in context of new scientific disciplines.

Key words: *communicology, communication, communication strategy, constitutions, tradition, law, history*

Проф. др Предраг Н. Цветковић, ванредни професор
 Правни факултет Универзитета у Нишу

**„КЉУЧ“ ЗА ЧИТАЊЕ И ИНТЕРПРЕТАЦИЈУ
 ЗАКОНА О ЈАВНО-ПРИВАТНОМ ПАРТНЕРСТВУ И
 КОНЦЕСИЈАМА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ.¹ * ****

Апстракт: Јавно-приватно партнерство предмет је непосредног и посредног регулисања више различитих закона. Непосредно, институт јавно-приватног партнерства предмет је регулисања: Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (даље и: Закон о ЈПП), и Закона о јавним набавкама. Посредно, јавно-приватно партнерство предмет је регулисања системских закона чијим се нормама уређује економски систем Републике Србије. У том смислу, најзначајнији су: Закон о комуналним делатностима; Закон о јавној својини; Закон о страним улагањима; Закон о енергетици. Закон о ЈПП и концесијама је први закон који системски, као седес материје акт уређује област јавно-правних партнерстава. Њиме се дефинишу актери ЈПП пројеката (јавни и приватни партнер) и њихове улоге; врсте ЈПП пројеката (са и без елемената концесије, уз разлике у поступку избора приватног партнера); карактеристике и елементи јавног уговора као кључног правног инструмента за уређивање односа насталих реализацијом јавно-приватних партнерстава. Јавно-приватно партнерство представља вишедимензионални друштвени феномен, што се одражава и на интерпретирање правног оквира којим је регулисано. Наведени оквир се има, у већој мери него што је то случај у другим околностима, “читати” у ширем политичком, етичком и економском кључу, уз сагледавање јавно-приватног партнерства као новог облика управљања у контексту организације функционисања система пружања јавних услуга. Оправдање описаног холистичког приступа јесте чињеница

¹ * Припремљено у оквиру пројекта „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, (179046), који се реализује на Правном факултету Универзитета у Нишу, уз подршку Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

** Припремљено у оквиру пројекта *Одрживост идентитета Срба и националних мањина у пограничним општинама источне и југоисточне Србије* (179013), који се изводи на Универзитету у Нишу – Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој РС.

да јавно-приватно партнерство уређује заштиту јавног интереса и остваривање јавног добра: тиме се регулаторни правни оквир за функционисање ЈПП-а сагледава кроз призму потребе заштите ових интереса које свака држава сматра интересима првог реда.

Кључне речи: Закон о ЈПП и концесијама Републике Србије; јавни интерес; јавне набавке.

1. Регулаторни оквир јавно-приватног партнерства у праву Републике Србије

Јавно-приватно партнерство (Енг. *Public-Private Partnership*; даље и: ЈПП) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим ентитетима) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре.

Јавно-приватно партнерство предмет је непосредног и посредног регулисања више различитих закона. *Непосредно*, институт јавно-приватног партнерства предмет је регулисања: Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама (даље и: Закон о ЈПП)², и Закона о јавним набавкама.³ *Посредно*, јавно-приватно партнерство предмет је регулисања системских закона чијим се нормама уређује економски систем Републике Србије. У том смислу,

2 Сл. гласник РС”, бр. 88/2011

3 Закон о јавним набавкама не помиње јавно-приватно партнерство као институт; закључак о ЈПП као непосредном предмету регулисања изведен је из чињенице да Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама упућује изричито на примену одредби Закона о јавним набавкама, чиме је овај закон постао индиректна садржина Закона о ЈПП. Предлог новог Закона о јавним набавкама је у тренутку писања овог рада у процедури усвајања

најзначајнији су: Закон о комуналним делатностима⁴; Закон о јавној својини;⁵ Закон о страним улагањима⁶; Закон о енергетици.⁷

Норме којима се непосредно уређује ЈПП представљају правила опште примене за све типове ЈПП-а, без обзира на правни модалитет или предмет партнерства (енергетика, инфраструктура, школе, болнице или слично). Законом о ЈПП право Републике Србије по први пут уводи експлицитни системски оквир за уређивање института јавно-приватног партнерства. Уз горе наведене законе, остају релевантни и прописи системског карактера (нпр. Закон о привредним друштвима, Закон о порезу на добит, радноправно законодавство, еколошко законодавство и тд).

1.1. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама

Закон о ЈПП и концесијама донет ради реализације следећих циљева:

- јачања финансијских капацитета расположивих за изградњу инфраструктуре;

- остваривања вишег квалитета јавних услуга;

- реализације транспарентности процедуре располагања и коришћења јавних ресурса;

- усклађености правног оквира ЈПП са прописима ЕУ и “добром праксом”.

Предмет регулисања Закона о ЈПП широко је дефинисан. Закон уређује услове и начин израде, предлагања и одобравања пројеката јавно-приватног партнерства; субјекте ЈПП, права и обавезе учесника ЈПП, правни основ (јавни уговор), поступак давања концесије, заштиту права учесника у поступку доделе јавних уговора, те сва друга питања која се могу јавити

4 Закон о комуналним делатностима („Службени гласник РС“, бр. 88/11) уређује опште услове и начин обављања комуналне делатности. Значај овог Закона за примену ЈПП концепта лежи у чињеници да се њиме ближе уређују комуналне делатности које, пракса тако показује, јесу важан предмет јавно-приватних партнерстава. У складу са тим, Закон о комуналним делатностима представља „готов пакет“ правила која у обзир узимају не само јавни, већ и приватни партнери.

5 Закон јавној својини Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 72/11) релативно је нов системски закон. Значај Закона о јавној својини је што опредељује области и објекте који спадају у власнички „домен“ јавно-правних тела, као потенцијалних партнера у ЈПП конструкцији.

6 Закон о страним улагањима Србије („Сл. лист СРЈ“ бр. 3/2002 и 5/2003) уређује страна улагања у предузећа и друге облике за обављање делатности ради стицања добити (у даљем тексту: предузећа) у Републици Србији. За ЈПП концепт Закон о страним улагањима од значаја је у контексту јавно-приватних партнерства са страним правним и физичким лицима. Закон о страним улагањима јавља се као кључни извор за тумачење права и обавеза страних правних субјеката који улажу капитал на територији Републике Србије. Једнако важи и у случају страних улагања у форми ЈПП.

7 Закон о енергетици Републике Србије («Сл. гласник РС», бр. 57/2011).

у поступку установљавања и реализације ЈПП. Важно је напоменути: Закон о ЈПП и концесијама основни је правни извор уређивања јавно-приватних партнерстава. Тумачење норми које се односе на ЈПП, а лоциране су у другим прописима и актима, мора без изузетка узети у обзир правила и начела садржана у Закону о ЈПП.

Предмет јавно-приватног партнерства у смислу Закона јесте дугорочна сарадња јавног и приватног сектора ради обезбеђења финансирања, изградње, реконструкције управљања или одржавања инфраструктурних и других објеката од јавног значаја и пружања услуга од јавног значаја, које може бити уговорно или институционално.

На овом месту ваља указати на следећу карактеристику потенцијалног предмета ЈПП: предмет јавно-приватног партнерства не може бити искључиво комерцијално коришћење добра у општој употреби. Елемент остваривања јавног интереса је, дакле, конститутивни за постојање ЈПП: без тог елемента, пројекат није јавно-приватно партнерство у смислу Закона о ЈПП. За реализацију таквог пројекта (комерцијалног, без реализације јавног интереса), јавно тело (влада, локална самоуправа и слично) може користити друге правне механизме (уговор о закупу нпр.). Поменути механизми, међутим, остају изван оквира примене Закона о ЈПП.⁸

8 Пример када нема основа за примену ЈПП јесте када јавно тело располаже (продаје или даје у закуп) земљиште за изградњу објекта или постројења за индустријску производњу. Реч је о располагању које има за циљ стављање у функцију одређеног економског ресурса (земљишта), с циљем његовог оптималног коришћења у економској активности. Јавни интерес се исцрпљује, односно започиње и завршава се обавезом инвеститора (купца или закупца) да земљиште користи за обављање привредне делатности, уз поштовање системских закона (пореско, радноправно, еколошко и друго законодавство). **Уколико се, међутим, земљиштем располаже за ограничени временски период (не дужи од педесет година, према Закону о ЈПП и концесијама), с циљем изградње одређеног објекта који служи задовољавању одређеног општег интереса (на пример, спортска хала, дом за старе, болница и тд), реч је о пројекту на који се примењују одредбе Закона о ЈПП.** Зашто? Јер се кроз његову реализацију и функционисање делом остварује и јавни интерес. При томе се не спори нити искључује постојање приватног интереса оличеног у интересу приватног актера за повраћајем уложених средстава и остваривања одређене маргине профита (јер без таквог интереса не би ни било ЈПП, већ би се радило о пројекту са карактером јавних радова, финансираним из буџета). Једино се полази од претпоставке да такав приватни интерес, када се остварује паралелно са одређеним јавним интересом (као што је то случај у наведеном примеру болнице, спортске хале или друге социјалне инфраструктуре) мора функционисати уз уважавање потребе остваривања таквог јавног интереса који је конститутивни елемент ЈПП, једнако као што је то и приватни интерес. Описани значај јавног интереса још је очигледнији у случају изградње путне и комуналне инфраструктуре-аутопутеви, водопривреда и тд. Уз горе наведено, важно је указати на следеће: одрицање државе од монопола у одређеној области (здравствена заштита, спортска инфраструктура, заштита старих) и омогућавање уплива приватног капитала нису циљеви сами по себи: такво одрицање државе има за циљ подизање квалитета и повећање обима услуга и делатности од општег интереса. Ова

Актери процеса јавно-приватног партнерства јесу на првом месту јавни и приватни партнер.

Јавни партнер (даље и: „јавно тело“) у смислу Закона јесте:

- државни орган;
- јавно предузеће;
- правно лице које испуњава један од алтернативно постављених критеријума:
 - више од половине чланова органа управљања даје јавно тело;
 - више од 50% гласова у управљачким органима имају представници јавног тела;
 - више од 50% финансирања иде на терет јавног тела.

Приватни партнер је физичко или правно лице, домаће или страног, са домаћим или страним учешћем или без њега, или конзорцијум једног или више таквих физичких или правних лица.

Групе привредних субјеката могу подносити понуде или наступати као учесници у поступку доделе ЈПП. Јавна тела не морају тражити од ових група лица да имају одређену правну форму (конзорцијум, пул) како би учествовала у поступку; такав услов је, међутим, могућ и дозвољен и јавна тела га могу поставити учесницима у процедури добијања пројекта ЈПП. **Описана факултативност и дискреција јавног тела у погледу форме, међутим, престаје у моменту када понуда неформално организоване група лица буде оцењена као најповољнија: од тог тренутка таква неформална група мора да иступа у одређеној правној форми.** Наведено решење доприноси правној и економској сигурности.

Један од модалитета спречавања сукоба интереса различитих нивоа јавноправних актера (локалних, покрајинских, републичких) јесте установљавање Комисије за јавно-приватно партнерство као стручног тела Владе Републике Србије. Комисију чини девет чланова, представника релевантних министарстава и тела. Представник министарства надлежног за послове економије и регионалног развоја уједно је и председник Комисије, а представник министарства надлежног за послове финансија је његов заменик. Комисија је профилисана као стручно (не политичко) тело. Након усвајања Закона о ЈПП и концесијама, усвојен је подзаконски акт (“Одлука о образовању Комисије за јавно-приватна партнерства), којом је предвиђено да је “за спровођење сваког пројекта јавно-приватног партнерства неопходно прибавити позитивно мишљење Комисије.” (став 5. Одлуке). Тиме је јасно опредељен „обавезујући“

претпоставка мора бити укључена у темеље правног оквира ЈПП, а приватни партнер има се понашати у складу са њом: критеријум нивоа остваривања описаног циља, меродаван је и за просуђивање о оправданости конкретног ЈПП пројекта.

карактер наведеног мишљења: изостанак позитивног или давање негативног мишљења Комисије значи да пројекат ЈПП без елемената концесије није одобрен.

1.2. Врсте јавно-приватног партнерства према Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама

Закон о ЈПП и концесијама разликује уговорно и институционално ЈПП (у овом другом случају говори се о “корпоратизацији” јавно-приватног партнерства).

1.2.1. Основни облик уговорног ЈПП јесте концесија. Предмет концесије је комерцијално коришћење природног богатства, односно добра у општој употреби или обављања делатности од општег интереса. Концесију даје јавно тело, уз обавезу приватног партнера да плаћа концесиону накнаду.

Предмет концесије Закон о ЈПП дефинише “отвореном листом”; наведена листа даје само примере предмета ЈПП са елементима концесије, не искључујући могућност да концесија има за предмет другу врсту услуга или делатности, које нису присутне на листи дефинисаној у Закону о ЈПП. Да би одређена делатност била предмет ЈПП са елементима концесије, довољно је да се ради о активности комерцијалног коришћења природног богатства, односно добра у општој употреби која су у јавној својини, или обављању делатности од општег интереса.⁹

Основна карактеристика концесије је постојање широко дефинисане обавезе приватног партнера. Наиме, приватни партнер преузима ризик финансирања (најчешће узимањем кредитног капитала), пројектовања, градње, искоришћавања и наплаћивања услуге од крајњих корисника. Ризик јавног партнера ограничен је на избор приватног партнера. Приватни партнер, са друге стране, сноси све друге ризике реализације ЈПП са елементима концесије. Описана расподела ризика на први поглед повољна је за јавног партнера, с обзиром да су готово сви оперативни ризици на страни приватног актера. Међутим, ваља упозорити да остаје сталан и реалан ризик да ће концесионар, у одсуству изричитих ограничења приликом обрачуна трошкова и тарифа за услугу или делатност, бити вођен сопственом пословном и трговачком етиком, што у крајњем може произвести политичке консеквенце за јавно тело (превисоке тарифе, непостојање каскадног система тарифа-диференцираних

⁹ Концесија се може дати за: 1) за истраживање и експлоатацију минералних сировина и других геолошких ресурса; 2) за поједине делатности унутар заштићених подручја природе, као и за коришћење других заштићених природних богатстава; 3) у области енергетике; 4) за луке; 5) за јавне путеве; 6) за јавни превоз; 7) за аеродроме; 8) у области спорта и образовања; 9) на културним добрима; 10) за комуналне делатности; 11) у области железница; 12) за комерцијално коришћење жичара; 13) у области здравства; 14) у области туризма; 15) и другим областима. Видети: чл. 11. Закона о ЈПП и концесијама.

тарифа с обзиром на социјалну стратификацију). Када до реализације ризика дође, политички терет је по правилу неповратно пренет на јавно тело: наине, приватни партнери готово без изузетка нису сензитивни за политичке тешкоће јавног тела као концедента.

Узимајући у обзир горе наведено, од кључног је значаја да се у фази преговора о концесији и утврђивања услова и очекиваних резултата ЈПП, јавно тело као концедент на одговарајући начин заштити од овакве реализације политичког ризика. **На овом месту, пак, ваља указати на постојање две ограничавајуће околности у погледу ефикасног дејства наведеног заштитног механизма јавног тела од описаног ризика “политичке” одговорности (одговорности за превисоку цену услуга) приватног партнера-концесионара.**

Прва ограничавајућа околност огледа се у чињеници да приватни партнер неће увек прихватити могућност да у сопствене пословне пројекције укључи и потребу заштите политичких интереса јавног тела; такву одговорност приватни партнер може сматрати претешком и стога одустати од преговора о концесији. У крајњем, описана околност има за резултат изостанак реализације ЈПП пројекта.

Друга ограничавајућа околност лежи у политичком механизму демократских друштава: наине, јавна тела користе велике пројекте (што ЈПП пројекти већином и јесу) за остваривање краткорочних политичких интереса, без узмања у обзир њихових дугорочних импликација. Суштински, циљ политичких структура које стоје иза јавног тела може бити везан за хоризонт од четири године, колико по правилу траје изборни период. Стога су те структуре спремне на компромисе који за резултат имају мањи ниво заштите интереса јавног тела као концедента, уз изостанак такве спремности за сагледавање дугорочних последица ЈПП у форми концесије (последица које могу да буду штетне за заједницу коју јавно тело представља-општина, град, покрајина, Република). Имајући горе наведено у виду, важно је да јавни партнер буде одговоран у сагледавању услова и резултата ЈПП у форми концесије, уз максимални ниво деполитизације и укључивање струке у читав процес.

Закон о ЈПП препознаје горе наведени ризик и институционализује експертско знање кроз увођење појма “саветника”. Саветник у смислу Закона јесте једно или више правних, односно физичких лица која поседују знања неопходна за припрему, уговарање и реализацију пројеката јавно-приватног партнерства. Поступак ангажовања саветника спроводи се у складу са правилима о спровођењу јавних набавки. Ваља нагласити да успешно „саветовање“ претпоставља већ формирану јасну визију, на страни јавног партнера, у погледу услова и очекивања ЈПП. Стога јавни партнер формира **пројектни тим** са циљем праћења реализације пројекта и са дужностима конкурсне комисије.

Закон о ЈПП разликује два типа јавно-приватног партнерства у форми концесије: концесију за јавне радове и концесију за услуге.

Концесија за јавне радове је по својој природи уговор о јавној набавци радова, с разликом што надокнада за радове (ономе ко радове врши, концесионару) нема монетарну форму (не плаћа се непосредно од стране наручиоца радова): наиме, код концесије за јавне радове надокнада концесионару има форму права на комерцијално коришћење објекта изграђеног јавним радовима. Пример концесије за јавну набавку радова је изградња аутопута или моста, уз надокнаду извођачу-концесионару дефинисану кроз његово право да сакупља путарину или мостарину током одређеног периода.

Концесија за услуге има природу уговора о јавној набавци услуга. Као и код концесије за јавну набавку радова, надокнада се састоји у праву пружаоца услуга-концесионара да наплати услугу од крајњих корисника. Пример ЈПП пројекта у форми концесије за услуге јесте изградња инфраструктуре градског трамвајског превоза, где концесионар наплаћује услуге од крајњих корисника и тиме остварује надокнаду за услуге; исто важи и за случај изградње социјалне или здравствене установе (школе, болнице, геронтолошки центри, чак и затвори).

1.2.2. Институционално ЈПП заснива се на односу јавног и приватног партнера правно установљеном кроз чланство у заједничком привредном друштву. Закон о ЈПП користи назив “друштво за посебне намене” (ен: “Special Purpose Vehicle”; даље и: ДПН).

Друштво за посебне намене као облик институционалног ЈПП (при чему је важно напоменути да ДПН може да се јави и код ЈПП са елементима концесије) формира се према Закону о привредним друштвима Републике Србије. У пракси, ДПН настаје на два начина:

- оснивањем нове компаније;
- стицањем својинског учешћа приватног партнера у постојећем јавном предузећу које је обављало делатност или пружало услуге од јавног интереса; за разлику од настанка ДПН оснивањем нове компаније (када у правном промету настаје ново правно лице), у случају учешћа приватног партнера у постојећем јавном предузећу долази само до промене власничке структуре.

Без обзира на начин настанка ДПН, оснивачка и управљачка права уређују се слободно између чланова ДПН у складу са законом којим се уређује положај привредних друштава. Поступак избора приватног партнера за било који од модалитета спроводи се према правилима поступка за доделу јавног уговора (исто важи и за надзор и регистрацију јавних уговора о институционалном ЈПП).¹⁰

¹⁰ Више о процедури доделе јавног уговора видети у члановима 20-45 Закона о ЈПП и концесијама.

1.3. Јавни уговор као правни инструмент реализације ЈПП

Јавни уговор је осовински појам правног регулисања како уговорног, тако и институционалног ЈПП-а. Закон предвиђа да се овај уговор закључује у писаној форми (без такве форме овај је уговор ништав и не производи правно дејство).

Уговорне стране код јавног уговора јесу јавно тело и приватни партнер. Предмет уговора су права и обавезе уговарача у вези и поводом реализације пројекта јавно-приватног партнерства. Сам уговор садржи 28 обавезних елемената (видети чл. 46 Закона о ЈПП). Између осталог, јавни уговор садржи све одредбе, услове и друге клаузуле које јавни партнер сматра корисним за испуњавање задатка приватног партнера и за однос приватног партнера са другим учесницима који играју значајну улогу у реализацији пројекта јавно-приватног партнерства. Према дикцији Закона о ЈПП и концесијама, јавни уговор мора садржати обавезне елементе, попут:

- карактера и обима радова и/или услуга
- расподеле ризика
- стандарда квалитета и/или услуга
- форме, карактеристике, својинских односа унутар ДПН;
- правног режима надокнаде за услуге и делатности од јавног интереса (начин обрачунавања, динамика етц);
- механизма заштите права јавног партнера (могућност уласка у однос са финансијерима приватног партнера, укључујући и пренос права на јавни уговор на треће лице);
- обезбеђење континуираног вршења радова или услуга
- сагласности владе у случају да јавни уговор ангажује одговорност Републике Србије или њеног буџета.

Јавни уговор закључује се на рок који не може бити краћи од пет, нити дужи од 50 година. Критеријум трајања уговора јесте време потребно за амортизацију улагања приватног партнера, те структура и обим ризика повезаних са комерцијалним коришћењем предмета уговора. Рок трајања уговора започиње даном потписивања, чиме се ризик почетка експлоатације и реализације ЈПП пројекта лоцира у целини на приватног партнера.¹¹

¹¹ Питање адекватне и избалансиране поделе ризика кључно је за успех конкретног ЈПП пројекта. Сам ризик дефинише се као „несигурност у односу на трошкове, губитак или штету“. Несигурност је „одвраћајући“ фактор за ЈПП пројекат (осим уколико се не ради о спекулативном пројекту који није заснован на економским, већ на другим факторима попут постојања тајне/приватне информације која опредељује успех или неуспех пројекта, те друштвено непожељним стањима-корупција, монополи). Алокација ризика подразумева да ризици буду: идентификовани и анализирани; квантификованог утицаја; алоцирани/распоредени и елиминисани/смањени. Видети више у: Jeffrey, Delmon, „Private Sector

Услов правног дејства јавног уговора јесте постојање сагласности јавноправног тела, утврђеног одредбама Закона о ЈПП (чл. 26 и 29). Сагласност има карактер претходне сагласности, која се даје пре доношења одлуке о избору приватног партнера и закључења јавног уговора. Тела од којих се горе наведена сагласност тражи су:

Влада Републике Србије, уколико је јавни партнер, односно давалац концесије Република Србија, или уколико су јавна тела и предмет концесије у надлежности Републике Србије;

Влада аутономне покрајине, уколико је јавни партнер односно давалац концесије аутономна покрајина (када су јавна тела и предмет концесије у надлежности те аутономне покрајине);

скупштина јединице локалне самоуправе, уколико је јавни партнер, односно давалац концесије јединица локалне самоуправе (када су јавна тела и предмет концесије у надлежности те јединице локалне самоуправе).

Наведена сагласност мора да буде дата у року не дужем од 30 дана од дана достављања захтева за добијање сагласности. Важно је нагласити да према изричитој дикцији Закона, давање сагласности Владе на коначни нацрт јавног уговора у коме Република Србија није уговорна страна, не подразумева одговорност Републике Србије за спорове који настану из тог уговора између јавног и приватног партнера. Ако није другачије уговорено у писаном облику, јавно тело које је јавни партнер у јавном уговору увек је одговорно за реализацију пројекта ЈПП и за његове евентуалне последице (видети чл. 47. ст. 5. и 6. Закона о ЈПП). Дакле, могућност да Република Србија одговара за обавезе из ЈПП пројекта који реализује јавно тело које није републички орган или јавно предузеће републичког карактера (нпр, уколико пројекат реализује локална самоуправа) није апсолутно искључена: таква се одговорност може уговорити. Међутим, у одсуству изричитог обавезивања централне власти, локална самоуправа сноси искључиву одговорност према приватном партнеру из односа занованог на јавно-приватном партнерству. Из горе наведеног може се закључити да Закон о ЈПП поштрава одговорност јавних тела, а тиме и локалних самоуправа за обавезе према приватном партнеру, преузете реализацијом ЈПП пројекта: тиме се терет и ризици значајно лоцирају на јавном телу које је страна јавног уговора.¹²

Investment in Infrastructure“, Project Finance, PPP Projects and Risk, Second edition, Wolters Kluwer, 2009, стр. 155

¹² Закон о ЈПП оставља могућност да приватни партнер задржи право и на подуговарање, при чему остаје неограничено солидарно одговоран за извршење обавеза које су пренете подуговарачу. Могућност подуговарања приватног партнера постоји чак и уколико није задржано јавним уговором, под условом добијања сагласности која је по форми и суштини идентична горе описаној претходној сагласности на јавни уговор.

2. „Кључ“ за интерпретацију правног оквира за јавно-приватно партнерство

Јавно-приватно партнерство као друштвени феномен посматра се у различитим дискурсима.¹³ Ова карактеристика ЈПП-а, дефинисана као „вишедимензионалност“ има критичан значај за његово сагледавање кроз визуру регулаторног оквира. Наведени оквир се има, у већој мери него што је то случај у другим околностима, „читати“ у ширем политичком, етичком и економском кључу, уз сагледавање кроз визуру јавно-приватног партнерства као новог облика управљања у контексту организације функционисања система пружања јавних услуга. Оправдање описаног ширег, холистичког приступа јесте чињеница да јавно-приватно партнерство уређује заштиту јавног интереса и остваривање јавног добра: тиме се регулаторни правни оквир за функционисање ЈПП-а сагледава кроз призму потребе заштите ових интереса које свако друштво сматра интересима првог реда. Наведени „прворазредни“ значај захтева и одговарајући регулаторни приступ који ће горе наведену чињеницу уважити. Структурирање и тумачење правног оквира јавно-приватног партнерства узима у обзир одређене карактеристике карактеристике ЈПП-а као друштвеног и економског феномена. О овим карактеристикама биће речи у излагању које следи.

2. Карактеристике ЈПП концепта

2.1. Јавно-приватно партнерство израсло је на тензији и контроверзи базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Други је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика кључна је тешкоћа у конструисању правног и економског оквира јавно-приватног партнерства. Њено превазилажење могуће је кроз поступак постепеног и детаљног усклађивања горе наведених интереса. При томе је основни циљ и јавноправних и приватноправних актера да „морални хазард“ који преузимају буде смањен (ако не и елиминисан) на најмању могућу меру. „Морални хазард“ на страни јавноправних субјеката огледа се у поверењу да ће актер из приватноправног сектора тежити остваривању јавног, а не искључиво приватноправног интереса. Приватноправни субјект, пак, делује у уверењу да ће бити третиран равноправно у партнерству усмереном ка остваривању јавног интереса (при чему ће његов приватни интерес бити уважаван у мери у којој служи остваривању, таквог, јавноправног интереса). Степен испуњења наведеног циља јесте и мера за

¹³ Видети: Aneta, Kartol-Enja, Sokol, Public „Private Partnership and Game Theordž“, чланак доступан на: http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/58911/2/Kargol_Sokol_2007_19ksz_93_101.pdf

квалификавање правног и економског оквира ЈПП-а као одговарајућег или нефункционалног.¹⁴

2.2. Јавно-приватно партнерство директна је последица економске потребе државе да, уместо прибављања кредитног капитала намењеног изградњи и развоју инфраструктуре и развоју одрживог система обављања делатности од јавног интереса, успоставе партнерски однос са приватним капиталом. Правна рефлексија оваквог приступа је да бледе границе између јавноправног и приватноправног сектора. При томе, од кључног је значаја да јавни и приватни интерес, мада партнерски постављени, и даље остају у сталној конкуренцији која се реализује у правним оквирима ЈПП-а. **У граничним ситуацијама, међутим (када није могуће остварити истовремено оба интереса) јавноправни се интерес има сматрати интересом првог реда.** Услове и начин остваривања примата јавног интереса над приватним требало би брижљиво уредити, уз њихово рестриктивно тумачење; такво тумачење оправдано је чињеницом да се ради о изузетку од начелне равноправности јавног и приватног интереса у ППП конструкцији.¹⁵

2.3. Јавно-приватно партнерство оправдало је своје постојање када оба сектора (јавни и приватни) остваре циљ учешћа у ЈПП (енг. „win-win“ конструкција). Ови циљеви нису идентични. Циљ јавноправних субјеката је остваривање социјалног благостања и квалитета живота кроз побољшање нивоа и квалитета услуга од јавног интереса и изградње инфраструктуре. Циљ приватноправних учесника је економска корист од сопствене активности.

За конструкцију ППП значајно је разумети да корист јавноправних актера није мерљива као што је то случај са добитком од економске делатности. На политичком „тржишту“ (што јесте место где се остварује „циљ“

¹⁴ На овом месту вредно је напоменути да се јавно-приватно партнерство користи као појмовни инструмент у анализама хијерархије и модалитета прожимања различитих нивоа регулација међународних односа, укључујући и економске. Видети више у: *Ernst-Ulrich Petersmann, International Economic Law, 'Public Reason' and Multilevel Governance of Interdependent Public Goods, Journal of International Economic Law, Oxford University Press, 2011, doi:10.1093/jiel/jgr005*, стр. 1-54, на страни 48 *passim*; Tanja A. Börzel, Thomas Risse, Public-Private Partnerships: Effective and Legitimate Tools of International Governance, доступно на адреси: http://userpage.fu-berlin.de/~atasp/texte/021015_ppp_risse_boerzel.pdf.

¹⁵ Описана супермација јавног интереса над приватним назива се „хијерархијска константа“. Хијерархијска константа се огледа у следећем: критеријум за јавну, политички профилисану одговорност, јесте обезбеђење нивоа остваривања и заштите јавног интереса базираног на најбољој пракси (е. „best practice“). Одговорни јавноправни ентитети имају обавезу да установе стандарде за вршење јавних служби и заштите јавног интереса, без обзира на то да ли се овај интерес штити од стране приватног или јавног сектора. Дакле, хијерархијска константа увек прожима остваривање јавног интереса, без обзира да ли се он реализује кроз деловање јавног или приватног актера.

јавноправног актера) не делује егзактно дефинисан закон понуде и потражње. **Стога се остваривање циљева јавног сектора базира на активностима и радњама за које постоји претпоставка да ће обезбедити реалан напредак у обиму и квалитету остваривања јавног интереса.** Ове активности усмерене су ка:

- установљавању одговарајућег правног оквира;
- обезбеђењу од „самовоље“ приватног партнера;
- минимализовању ризика обављања делатности од општег интереса;
- остваривању социјалних циљева;
- транспарентности процеса настанка и реализације ППП концепта, уз контролне механизме државе и „трећег“ (невладиног) сектора.

2.4. Примењено као инструмент ефикасног деловања и иновативни модел управљања системима за пружање услуга у јавном сектору, јавно-приватно партнерство обезбеђује виши ниво остваривања тзв. јавног добра: приватни сектор доприноси смањењу трошкова остваривања јавног интереса путем примене знања и умења, те финансијске подршке и тржишне логике. Тиме се јавном сектору омогућава смањење пореског оптерећења (с обзиром да се финансијска конструкција обезбеђује средствима приватног сектора) и коришћење фискалног прихода за друге сврхе. Уплив приватног сектора у остваривање јавног интереса стимулише и стицање нових знања и креирање нових управљачких и експертских структура сачињених од актера који раније нису учествовали у јавним пословима. Јавно-приватно партнерство утиче и на тржиште јавне снаге: део корпуса јавних службеника прелази из јавног у приватни сектор. Тиме се ствара нова „технократска“ класа у најбољем смислу речи, која има искуства из „оба света“ и постаје кадровски потенцијал за спровођење идеје ефикасног управљања процесима који за циљ имају остваривање јавног интереса приватним капиталом.

Разумевање ЈПП концепта, у циљу адекватног регулаторног приступа, захтева сагледавање јавно-приватног партнерства кроз призму теорија управљања. Две од тих теорија имају примат у академским круговима који се баве теоријом ППП модела.¹⁶ Прва је теорија „социјалног конструктивизма“, према којој је „сусрет“ јавног и приватног сектора унутар ЈПП концепта заснован на заједничким идејама које деле (а не на финансијским и материјалним разлозима). Ниво релевантности ове теорије, чини се, виши је када је реч о јавноправном партнеру, код кога постоји свест (неретко базирана

¹⁶ Видети: Marco Schäferhoff, Sabine Campe, and Christopher Kaan, “Transnational Public-Private Partnerships in International Relations: Making Sense of Concepts, Research Frameworks, and Results” *International Studies Review* (2009) 11, <http://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/j.1468-2486.2009.00869.x/pdf>, стр. 451–474.

на анализи политичке коњуктеуре) о потреби заштите одређеног јавног интереса, реализованог кроз обављање делатности којима се тај интерес остварује.

Друга школа мишљења којом се објашњава потреба сарадње у оквиру јавно-приватног партнерства је функционалистичка теорија. Наведена теорија полази од претпоставке да је ЈПП настао као резултат рационалне акције укључених субјеката, који имају за циљ да реше комплексне проблеме обезбеђивања јавног интереса: наиме, држава није у у могућности да ефикасно одговори на изазове које обезбеђење таквог интереса поставља. Стога се ЈПП користи као инструмент рационалних актера, чија се „рационалност” (када је реч о држави) огледа у препознавању ЈПП концепта као начина коришћења ресурса који им, у одсуству таквог инструмента не би били доступни (ресурса знања, капитала и технологија приватног сектора).

2.5. Суштинска карактеристика јавно-приватног партнерства је сарадња, а не конкуренција. Заједнички интерес и подела ризика релевантни су инструменти „дисциплине“ у извршавању узајамних обавеза. Уместо да јавни и приватни сектор раде на (ре)дефинисању граница које их раздвајају, они својом заједничком активношћу у оквиру ЈПП концепта доводе до резултата да та граница „бледи“. Овај процес карактерише међусобно усвајање методологије и начина мишљења јавног и приватног сектора. **Јавноправни субјекти требало би да усвоје предузетнички начин мишљења и понашања, а приватноправни сектор да уважава критеријуме јавне одговорности и обавезу чувања јавног интереса.** У таквој ситуацији изостаје борба за превласт једног или другог сектора. Уместо тога, тежи се стварању флексибилних управљачких структура и оцени успешности ЈПП кроз мерљив (економски, политички или социјални) резултат.

2.6. ЈПП има за резултат стварање новог економског и социјалног квалитета. *Социјални квалитет* одражава се у форми синергетске вредности. Ова вредност резултат је чињенице да су знања, надлежности и искуства јавноправних и приватноправних актера комплементарни. Приватноправне субјекте карактерише ефикасност и брзина одлучивања, финансијска компетентност и тржишна обавештеност. Са друге стране, предности јавно-правних актера ЈПП чине расположивост инструмената јавне администрације, политичка подршка спровођењу правних процедура неопходних за формулисање и усвајање релевантних одлука. Дакле, ЈПП установљава нови капацитет за остваривање јавних циљева на начин и обиму који превазилази оне који би се реализовали да ове циљеве остварује искључиво јавни сектор. Посматрано кроз економске параметре, корист од ЈПП огледа се кроз:

побољшање односа између цене и квалитета. Тако, у случају јавно-приватног партнерства у управљању земљиштем, резултат ЈПП је да

земљиште буде растерећено својинскоправних отворених питања, као и да буде инфраструктурно опремљено. Тиме се истовремено развија тржиште некретнина, уз расположивост квалитетног јавног земљишта приватним инвеститорима (чија делатност има позитивне ефекте и на структуру јавних прихода);

виши ниво транспарентности трошкова обављања делатности од јавног интереса (елиминише се појава да се виши ниво трошкова које генерише јавно предузеће утапа у тешко прегледне буџетске расходе, без одговорности за њихово проузроковање);

повећање **екстерне вредности пројекта**, манифестованој кроз користи од сарадње, те поделу добити и ризика учесника јавно-приватног партнерства. Наиме, јавноправни субјекти кроз реализацију ЈПП пројекта стичу увид у потребе и потенцијале приватног сектора; приватноправни сектор, пак, учествујући у јавноправним процедурама и поступцима, јача разумевање за одговорност и обавезе организација које врше јавне функције, са крајњим циљем ревизије сопствених пословних приступа у будућим пројектима, усмерених ка ефикаснијој сарадњи са јавноправним субјектима. Овоме би требало додати деполитизацију обављања делатности од јавног интереса.

2.7. Политичка сензитивност је одлика јавно-приватног партнерства која у значајној мери детерминише и његове правне карактеристике Наиме, располагање јавним ресурсом у корист приватноправног субјекта под контролом је политичке јавности. Наведена карактеристика посебно је изражена у државама у којима прелаз из државно контролисане у стабилну тржишну привреду није до краја окончан (државе у транзицији). **Стога јавно-приватно партнерство претпоставља стратешку политичку одлуку поузданог легитимитета: иза ове одлуке мора постојати друштвени консензус.** Овај консензус може бити општи (огледа се у усвајању системског законодавства, попут закона о ЈПП и концесијама Републике Србије) и посебни. Посебни консензус односи се на реализацију конкретног ЈПП пројекта и подразумева сагласност политичких фактора и одговарајућих социјалних група са спровођењем одређеног пројекта. Потреба описаног консензуса пластично се може приказати на примеру ЈПП пројекта који спроводи локална самоуправа. Као политички ентитет, локална самоуправа мора да оствари такав политички консензус увођењем већег броја субјеката у ЈПП структуру, укључујући органе и тела на нивоу Републике, локалну пословну заједницу и друге локалне самоуправе. Наиме, „**златно правило**“ ЈПП је да што је шири круг субјеката који имају непосредну користи од реализације пројекта јавно-приватног партнерства, то је политички притисак и ризик тог притиска мањи. На пример, уколико се ради о ЈПП изградње и обнове водоводне мреже, било би од користи да се у

анализу услова (а још и више тешкоћа) у реализацији таквог пројекта укључе грађани на чији положај и интересе пројекат утиче.¹⁷

Такође, уколико пројекат ЈПП ангажује потенцијално интересе локалне пословне заједнице, **било би корисно наћи начина да се (у оквирима могућег, и без угрожавања одрживости пројекта, а свакако уз сарадњу са приватним партнером), припадници наведене заједнице активно укључе у реализацију пројекта у питању.**

У ситуацији када се ЈПП остварује кроз реализацију институционалног јавно-приватног партнерства и креирања „друштва за посебне намене“ као оквира реализације ЈПП пројекта може се потенцијално отворити проблем са лицима запосленим у јавном предузећу које се „функционално приватизује“ и чије деловање се наставља кроз јавно-приватно партнерство.¹⁸ **Комуникација са синдикатима запослених у јавном сектору, њихово сагледавање у фази која претходи реализацији јавно-приватног партнерства – већ у фази преговора о ЈПП- може да елиминира потенцијалне тешкоће у каснијој фази реализације пројекта.**

Због чега је описани консензус неопходан? Одговор на ово питање лежи у чињеници да **јавно-приватно партнерство разара у корену концепт заснован на монопољу државе над обављањем делатности од јавног интереса.** Описани процес стога мора бити препознат као резултат јасне и неповратне одлуке да се јавни сектор отвори приватном капиталу, на начин који не угрожава остваривање и заштиту јавног интереса.

2.8. Јавно-приватно партнерство инструмент је промоције нове етике друштвених односа.¹⁹ Наиме, приватни сектор постепено остварује квалитативни скок и сопствени, по дефиницији профитно оријентисани приватни интерес сагледава кроз призму доприноса јавног добра. Тиме се суштinski мења и медјусобни однос јавног и приватног сектора: однос хијерархијске и командне регулативе (при чему је приватни сектор третиран као субјект другог реда, што је неретко разлог за реакцију приватног сектора манифестовану као неразумевање јавног интереса) мења се односом поверења и кооперације. **Јавно-приватно партнерство је и облик ревитализације управљачке етике државе и јавноправних тела:** држава постаје ближа тржишту, било као регулатор, било

¹⁷ Уз институционални (политички) оквир таквог укључивања, још је значајније да описано укључивање буде реализовано кроз ванинституционалну, неформалну комуникацију, путем директних разговора са грађанима, отварања интернет страница са могућношћу постављања питања и одговора, контакта са медијима те брзим, јасним и недвосмисленим одговорима на њихова питања у погледу одређених пројеката.

¹⁸ Више о друштву за посебне намене (ДПН) видети супра у тач. 1. 2. 2. овог рада.

¹⁹ Видети: Martha Minow, “Public and Private Partnerships: Accounting for the New Religion”, *članak dostupan na:* <http://www.jstor.org/stable/pdfplus/1342726.pdf>.

као предузетник. Службеници јавне власти морају да уђу у „предузетничко одело“ и решавају питања на начин како се она решавају на тржишту, а не у оквиру затвореног система управљања. Описана промена требало би да субјективни и а priori став о „предаторском“ карактеру приватног капитала у односу на јавни сектор замени претпоставком о легитимном интересу приватног сектора да учествује у обављању јавних послова, на корист свих учесника и целог друштва.

2.9. „Читање” и интерпретација оквира јавно-приватног партнерства у Републици Србији мора узети у обзир историјску, географску, економску, политичку и социјалну структуру у којој се ЈПП као модел односа јавног и приватног сектора реализује. У том смислу, правни оквир ЈПП у Републици Србији има карактеристике имаментне државама у транзицији. Детерминанте овог оквира су опште и посебне.

Опште карактеристике наведеног регулаторног оквира (карактеристике релевантне за државе засноване на владавини права и тржишно уређеним економијама) јесу:

-неспорна потреба јавног сектора за приватним капиталом, знањима, умењима и на принципима економске ефикасности заснованим деловањем приватног сектора;

-виши ниво утицаја конкретних околности држава (проста или сложена држава; традиција отворености јавног сектора за уплив приватног капитала²⁰);

20 Суштина наведеног критеријума је различит став који интервенционистичка и регулаторна држава имају према улози приватног капитала у јавном сектору. Наиме, у савременом свету напуштен је концепт интервенционистичке државе (доминантан до седамдесетих година прошлог века) заснован на технократској визији управљања јавним сектором. Уместо тога, прихваћен је концепт регулаторне државе која обезбеђује јавног интереса делом оставља тржишту. Улога државе ограничена је на дефинисање правила игре и структуре подршке приватним актерима да у свом деловању остварују социјално „пожељне“ резултате. Описани „уступак” резултат је приватизације јавног сектора која је условила дерегулацију и измену интервенционистичке парадигме: уместо ње прихваћен је концепт корективног деловања тржишта. Регулаторна држава обезбеђује уплив приватног сектора у управљање јавним пословима путем интеракције са јавним сектором у фази дефинисања политике у одређеној области, те њене имплементације. Тиме се унапред дефинисани циљеви регулисања имплементирају у процес дефинисања саме норме којом се то регулисање остварује (е. „inclusion of norm targets in the norm settings process“). У крајем ово води већем степену поштовања норми којима се штити јавни интерес: приватни партнер ће пре поштовати правило у чијем је креирању учествовао него *више верса*. Ипак, чини се да ЈПП у граничним ситуацијама (када је неопходно одредити се за јавни или приватни интерес) остаје у сенци хијерације: тада се држава враћа на образац хијерархијског поступања, задржавајући константно право (кроз тзв. „хијерархијску константу“; видети напомену supra 14) да примени интервенционистичку парадигму у случају угрожавања јавног интереса због неодговарајућег поступања приватног сектора.

-непостојање у садржинском и формалном смислу дефинитивно структурираног регионалног или мултилатералног правног оквира за јавно-приватна партнерства; правни оквир регионалних интеграција попут ЕУ недостатан је, док правни оквир мултилатералног карактера који би се могао генерисати у оквиру Светске трговинске организације за сада има форму плурилатералног споразума, уз напомену да се ради о споразуму који као *sedes materiae* има јавне набавке.²¹

Посебне карактеристике постојећег и будућег правног оквира јавно-приватних партнерстава држава у транзицији опредељене су њиховим наведеним „прелазним” (“транзиционим”) статусом. Реч је о следећим карактеристикама:

- потреба за приватним капиталом у области обављања делатности од јавног интереса већа је у поређењу са другим, “нетранзиционим” државама, имајући у виду стање инфраструктуре и система за пружање услуга од јавног интереса;

- недостатак одговарајућег институционалног оквира који је истовремено и механизам развијања одговарајуће „етике“ односа јавног и приватног сектора; описана етика требало би, као што је већ речено, да *a priori* став о „предаторском“ карактеру приватног капитала у односу на јавни сектор замени претпоставком о легитимном интересу приватног сектора да учествује у обављању јавних послова, уз резерву поштовања „хијерархијске константе“;²² те начела транспарентности и јавне одговорности;

- а регулаторни оквир јавно-приватног партнерства у ЕУ одликује специфичност у смислу вишег нивоа утицаја конкретних околности држава чланица на садржину овог оквира. Последица описане ситуације јесте да државе у транзицији, пре свега оне које нису окончале поступак приступања Унији, немају до краја садржински и структурално дефинисан регулаторни модел за сопствена законодавства, као што је то случај у другим областима уређеним правом Европске уније.²³

21 Реч је о Општем споразуму о јавним набавкама (е. „General Agreement on Procurement“). Видети више у: Предраг Н. Цветковић, „Увод у право Светске трговинске организације“, Ниш, 434 стране, на страни 48-51.

22 О појму „хијерархијске константе“ видети више супра у напомени 14.

23 Више о правном оквиру јавно-приватног партнерства у ЕУ видети у: Предраг Цветковић, Тамара Миленковић-Керковић, „Правни режим јавно-приватног партнерства у праву ЕУ“ / Предраг Цветковић, Тамара Миленковић У: Правни живот : тематски број. Право и одговорност. - Београд : Удружење правника Србије, 2011. - Бр. 12, том 4 (2011), стр. 365-380.

Prof. Predrag Cvetković, LL.D,
Faculty of Law, University of Niš,

**„KEY” for reading and interpretation on Public Private
Partnership and Concessions Law of Republic of Serbia**

Summary

Public-private partnership is the object of the direct and indirect regulation of several different legal documents. The Law on Public-private partnership and concessions of Republic of Serbia (hereinafter: PPP law) and Law on Public procurement of Republic of Serbia regulate the PPP as the exclusive or one of the main elements of their regulatory scope. Indirectly, for the PPP implementation demands the application of the relevant norms of Republic of Serbia legal system; namely, the implementation of norms contained in the Law on Communal services, Public Property Law, Law on Foreign Investments and Energy Law. PPP law is the first one with sedes materiae relevance for the public-private partnership as the object of regulation. It defines: the actors of PPPs (public and private partners) and their roles; modalities of PPP projects (i.e. PPP with and without elements of concession and consequently the differences in the procedure of private partner selection); key features of public agreement as the key legal tool for implementation of PPP concept. Public-private partnership is manifold phenomenon. This characteristic has to be reflected in the process of interpretation of legal framework regulating PPP projects. The abovementioned framework has to be “read” (in the greater extent in comparison with the interpretation of other legal rules) in wider political, ethical and economic discourse. This “reading” should also comprise the view of PPP as a new form of public governance. The justification of holistic approach toward the interpretation of PPP concept lies in the fact that legal framework of public-private partnership governs the protection of the public interest and process of achieving the public good: the regulatory framework for the operation of PPP should be viewed through the glasses of need to protect those interests (the interests of first order in contemporary state).

Key words: *Republic of Serbia Law on Public-Private Partnership and Concessions; public interest; public procurement.*

МОП-ова ДЕКЛАРАЦИЈА О ОСНОВНИМ ПРИНЦИПИМА И ПРАВИМА НА РАДУ ИЗ 1998. године¹

Апстракт: Међународна организација рада (МОП), суочена са незадовољавајућим нивоом усвајања међународних стандарда рада од стране држава чланица и, нарочито, проблемима у контроли њихове примене, усваја 1998. године Декларацију о основним принципима и правима на раду. Декларација представља покушај обавезивања држава чланица на поштовање основних принципа и права на раду, по основу самог чланства у МОП-у. У раду се излажу разлози за доношење Декларације, догађаји који су јој претходили, као и одређена запажања о мотивима разних чинилаца везаних за Декларацију.

Кључне речи: рад, права на раду, Међународна организација рада.

1. Разлози за усвајање Декларације и припреме

Почев од 1998. године, незаобилазан део скоро сваке стручне расправе о међународним стандардима рада је МОП-ова Декларација о основним принципима и правима на раду. Суочавајући се са новим изазовима на крају XX и почетку XI века, пре свега узрокованих феноменом глобализације, МОП се, како се наводи, одлучила на троструки одговор. Прво, доношење и спровођење Декларације о основним принципима и правима на раду; друго, оживљавање међународних стандарда рада, чинећи их складнијим и интегрисанијим и, треће, борба за „*пристојан посао*“.²

У периоду после 1990. године опао је и број усвојених инструмената. За разлику од претходних година, када је скоро сваке године усвајано у просеку

1 Рад је настао као резултат учешћа у пројекту „*Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*“, бр. ОИ 179046, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Нишу, који финансира Министарство за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

2 В. Непле, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003. стр. 56.

по два инструмента, у последњој деценији XX века тај број је преполовљен. Изузетак чини само 1996. година, када су усвојене три конвенције које се тичу морепловаца.³ Усвајању Декларације МОП је, дакле, приступила из намере да ојача нормативне подлоге права садржаних у конвенцијама које је усвојила.⁴

Проблем је, може се рећи, отворен на 81. заседању Опште конференције, 1994. године, у извештају Генералног директора Међународног бироа рада. У њему се, пре свега, наводе промене које су се крајем века десиле у свету (крах комунизма, крај Хладног рата, тријумф тржишне привреде). У извештају је посебна пажња посвећена процесу глобализације привреде, која се састоји од: 1) експанзије светске трговине у роби и услугама; 2) мобилности међународног капитала, укључујући стране директне инвестиције; 3) међузависности финансијског тржишта; 4) порасту удела мултинационалних компанија у укупној привредној активности. Осим неспорних позитивних учинака глобализације, у извештају се наводе и негативни учинци. Пре свега, либерализација трговине и, уопште, привреде довешће до повећања разлике у степену привредног раста између развијених и земаља у развоју а то ће, даље, довести до повећања социјалних проблема и разлика између тих земаља. Због уклањања царинских и осталих препрека, глобализација ће, прогнозира се, представљати опасност за привредни развој и његово уравнотежење са друштвеним развојем.⁵ Услед финансијске дерегулације, државе су постале зависне од светског финансијског тржишта, а мултинационалне компаније су одлучивање преместиле далеко од радног места. То је довело до тога да су радници постали зависни од међународног привредног и финансијског окружења, над којим имају све мање контроле.⁶

Извештај указује на повећање друштвених и радних проблема, као и на појаву нових облика сиромаштва у индустријским земљама. Гомилање услужних послова, нарочито у западним друштвима, доводи до промена у природи рада. Технолошке промене и тржишна принуда доводе до све веће нестабилности посла.⁷ У извештају се наводи и потреба примене социјалних клаузула кроз новоосновану Светску трговинску организацију (на Самиту у Маракешу, априла исте године). Циљ социјалних клаузула, као саставног дела међународних трговинских споразума, јесте постепена либерализација тржишта, праћена побољшањем услова рада или бар елиминацијом најзначајнијих облика експлоатације. На овај начин би се омогућила примена основних

3 A. Wisskirchen, *The Standard-setting and monitoring activity of the ILO: Legal questions and practical experience*, International Labour Review, Vol. 144 (2005), No. 3, стр. 265

4 П. Јовановић, *Уградња људских и социјално-економских права у међународно, европско и наше радно право*, Радно и социјално право, бр. 1-6/2006, Београд, 2006.

5 ILO, *Defending values, promoting change: Social justice in a global economy*, Report of the Director-general, International Labour Conference, 81st Session, Geneva, 1994.

6 Ibid.

7 Ibid.

стандарда рада и у земљама које нису ратификовале односне конвенције МОП-а и отклонио недостатак у делотворности међународних стандарда рада који потиче од недостатка универзалне ратификације основних конвенција. Ово би, по извештају, био начин да се МОП-ови стандарди употпуне неким другим врстама инструмената и средствима деловања.⁸ Према извештају, питање уређења социјалних клаузула у трговинским споразумима препуштено је слободном преговарању између послодаваца, односно послодаваца и радника, где су радници слабија страна, нарочито у сиромашним земљама. Због тога се од социјалних клаузула не могу очекивати неке значајније погодности. С обзиром на то, као и на чињеницу да је одређена блага интервенција државе у корист радника, овај извештај је у литератури оцењен као извештај који је прихватио неолибералистички приступ социјалним питањима радника.⁹ Он, иначе, садржи више различитих предлога, почев од потребе за новим облицима „меког права“, могућности замене МОП-овог традиционалног „максималистичког“ приступа путем конвенција, кроз ширење надлежности Одбора за слободу удруживања на додатне стандарде, па до могућности установљавања једне сталне добровољне службе за медијацију и арбитражу, све до усвајања нових конвенција под чијим би правилима земље у развоју чиниле више за подржавање радних права, као одговор на напоре других земаља у уздржавању од примене једностраних трговинских ограничења.¹⁰

Дискусија поводом извештаја показала је да, иако постоји широка међународна подршка правима и принципима отелотвореним у основним конвенцијама МОП-а, велики број држава не разматра њихову ратификацију. Осим тога, у погледу примене и спровођења МОП-ових стандарда, велики број земаља јужне полулопте одбија социјалне клаузуле које доводе до наметања трговинских санкција земљама које су изневериле у погледу основних права радника.¹¹ Многи учесници дискусије су, осим тога, снажно одбацили могућност увођења неког облика *означавања радног стандарда* под окриљем МОП-а, што је проистекло из извештаја (али као нешто што треба испитати, а не као конкретан предлог).¹² Без обзира на негативне реакције, консензус је постигнут

8 A. Bronstein, *International and Comparative labour Law*, International Labour Organization, Geneva, 2009, стр. 97.

9 A. Ravnić, *Osnove radnog prava-domaćeg, usporednog, međunarodnog*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zagrebu, 2004, стр. 585.

10 ILO, *op. cit.* На челу МОП-а у то време (и писац овог извештаја) био је Мајк Хенсен, из САД.

11 A. Bronstein, *op. cit.*, стр. 97.

12 Ibid. Иначе, израз *означавање радног стандарда (social labelling)* означава праксу стављања ознака или обележја на производ чиме се доказује да је он произведен у условима правичних радних стандарда. Постоји много сумњи да би обавеза за означавањем радног стандарда представљала први корак ка дискриминаторном третману осетљивих производа

око једне тачке: глобализација и свеопште политичке и технолошке промене имају дубоки утицај на права радника и на радне и животне услове широм света.¹³ Због тога је исте године основана, од стране Управног одбора, *Радна група за социјалне димензије либерализације међународне трговине*. Руководен дубоким неслагањем на Радној групи, Управни одбор је одлучио да се више не бави питањем трговинских санкција и расправа о вези између међународне трговине и социјалних стандарда путем социјалних клаузула заснованих на санкцијама.¹⁴ Међутим, расправа на Радној групи, као и на другим МОР-овим комисијама, водила је ка идеји стварња нове декларације, која ће неколико МОР-ових принципа сврстати у основне и пронаћи начин да се побољша МОР-ов надзор над националном имплементацијом.¹⁵

Наредне, 1995. године, одржан је у Копенхагену УН-ов Светски самит за друштвени развој, што је представљало прилику да се настави са расправом која је отворена у извештају на 81. заседању Опште конференције. Самит није резултирао усвајањем никаквог споразума, али је његов значај у доношењу *Декларације о друштвеном развоју (Копенхагенска декларација)*.¹⁶ Декларацију чине необавезујућа правила и прихваћена је од стране 117 земаља. У уводу се истиче да су „шефови држава и влада, на позив УН, први пут у историји, препознали значај друштвеног развоја и људског благостања за све и дали су тим циљевима највиши приоритет, како сада, тако и у двадесет и првом веку.“

(*sensitive products*) у циљу заштите домаће индустрије. Присталице ове идеје кажу да то није била њихова намера. *Осетљиви производи* су производи који су чешће од осталих предмет разних увозних ограничења. Типични примери за то су: разни пољопривредни производи, текстил, одећа и обућа, путничка моторна возила, хемијски производи и понекад челик. Разлози за ограничења леже у потребама заштите традиционалних занимања националних мањина, као што је случај у јапанским штавионицама коже а, у другим случајевима, технолошке промене и нове инвестиције могу да снизе трошкове код иностраних конкурената, на шта се домаћи произвођачи не могу брзо адаптирати. Нарочито је компликована пољопривреда, што се најбоље види на примеру ЕУ. Видети; В. Гуд, *Речник термина међународне трговинске политике*, Министарство за међународне економске односе Србије и Црне Горе и Центар за европско право Правног факултета у Крагујевцу, 2005, стр. 329 и 319.

13 A. Bronstein, *op. cit.*, стр. 97.

14 International Labour Office, Governing Body, Working Party on the Social Dimensions of the Liberalization of International Trade, *Извештај председавајућег*, para. 13, ILO, Doc. GB, 262/WD/SDL/1/2 (1995). Доступно на: www.ilo.org/public/english/relm/gb/docs/gb277/pdf/gb-16.pdf. Посећено: 17. 01. 2011. године

15 Тадашњи генерални директор позвао је МОР да узме учешће у расправи која се одвијала у оквиру Општег споразума о царинама и трговини (ГАТТ) о вези између трговине и стандарда рада. Када је, априла 1994. године, основана СТО, многи министри трговине су заступали став да обезбеђивање стандарда рада није обавеза СТО-а, већ МОР-а.

16 Самитом је председавао Хуан Сомавиа, стални представник Чилеа у УН, а касније генерални директор Међународног бироа рада.

Наглашава (тач. 5) се подела уверења да су друштвени развој и друштвена правда нужни за постизање и очување мира и сигурности унутар и између нација (слично као и у Уставу МОР-а). У Декларацији се наглашава и „дубоко убеђење да су економски и друштвени развој и заштита околине у међусобној зависности, и да представљају компоненте одрживог развоја које се међусобно појачавају (тач. 6)“, а „људи се налазе у центру бриге за одржив развој, са правом на здрав и продуктиван живот у хармонији са околином“ (тач. 8). Као разлог за организовање Самита наводи се и чињеница да „повећање просперитета за једне земље значи, на жалост, ширење неописиве беде за друге, као и да „незапосленост и разбијање друштва пречесто доводе до изолације, маргинализације и насиља“. Констатује се и да више од милијарду људи у земљама у развоју живи у понижавајућој беде. Шефови држава и влада изразили су спремност да „поставе људе у центар развоја и да усмере економије тако да ефикасније задовољавају људске потребе“, као и да „унапређују демократију, људско достојанство, социјалну правду и солидарност на националном, регионалном и међународном нивоу“, као и да „обезбеде толеранцију, ненасиље, плурализам и недискриминацију“ (тач. 26, а, f). Међународна сарадња је од суштинске важности за остваривање пуне запослености, а на основу заједничког напора на остваривању друштвеног развоја, чији је циљ социјална правда, солидарност, хармонија и једнакост унутар и између држава, са пуним поштовањем према националном суверенитету и територијалном интегритету, шефови држава и влада сагласили су се да организују глобални покрет за социјални прогрес и развој.

Да би се постигли ти циљеви, у Декларацији се прихватају следеће обавезе: 1) стварање економског, политичког, друштвеног, културног и правног окружења које ће омогућити људима да постигну друштвени развој; 2) искоренити апсолутно сиромаштво у року који ће бити одређен од стране сваке земље понаособ; 3) подстицање пуне запослености као основног политичког циља; 4) унапређење друштвене интеграције засноване на увећању и заштити људских права; 5) остваривање једнакости и једнакости између мушкараца и жена; 6) достизање универзалног и правичног приступа обављању и примарној здравственој заштити; 7) убрзати развој у Африци и најнеразвијенијим земљама; 8) обезбедити да структурални пројекти садрже циљеве друштвеног развоја; 9) повећати средства намењена друштвеном развоју и 10) јачати сарадњу путем УН у циљу друштвеног развоја. У Декларацији је, на више места, истакнут значај основних принципа и права на раду. Тако, истиче се поштовање битних конвенција Међународне организације рада, укључујући оне о забрани принудног и дечијег рада, слободе удруживања, права на организовање и колективно преговарање, као и на принцип недискриминације. Потписници Декларације, на међународном нивоу желе, између осталог, да подстичу међународну сарадњу у економској политици, либерализацији трговине и инвестиција, подршци одрживом развоју и стварању запослења. Истиче се и потреба за унапређењем

и заштитом права жена и подстрек ратификацији и примени, што је могуће пре, одредаба Конвенције о укидању свих облика дискриминације жена. На крају, Декларација позива на пуну примену Завршног документа *Уругвајске рунде мултинационалних трговинских преговора*, укључујући и допунске одредбе утврђене у *Споразуму из Маракеша*.

Један од најважнијих догађаја који је претходио усвајању Декларације из 1998. године, је *Министарска конференција Светске трговинске организације* одржана у Сингапуру, 13. децембра 1996. године, нарочито у светлу пропасти покушаја јачег повезивања светске трговине и стандарда рада, највише на инсистирање САД-а, о чему ће више речи бити у другом делу. Залагање Сједињених држава за „мекше стандарде рада“, повезано је и са расправом која се водила у оквиру Одбора за правна питања и међународне стандарде рада Управног одбора МОР-а, новембра исте године. Наиме, показало се да нема јасне сагласности око наредног корака који треба бити предузет. Многе делегације су се опирале идеји концентрисања пажње на групу основних права. Представници радника су, са своје стране, недвосмислено ставили до знања да би радије разговарали о јачању постојећег надзорног поступка, него о једном промотивном приступу. Чак су представници послодаваца указивали на то да дискусија треба да се усредсреди на „унапређење основних конвенција“, као извора основних права изражених у њима и у Уставу МОР-а.¹⁷

2. Усвајање Декларације из 1998. године и њена сврха

С обзиром на развој догађаја, генерални директор Међународног бироа рада је, на 85. заседању Опште конференције 1997. године поднео извештај у коме је изнео предлог да Конференција усвоји званичну декларацију о основним правима. Формално, овај предлог је проистекао из захтева представника послодаваца у Управном одбору, марта 1997. године. Предлог се састојао у томе да се МОР-у дају јаснија овлашћења путем документа који ће имати снагу декларације, која ће бити усвојена од стране Конференције. Тај документ неће представљати измену Устава, али ће појаснити његово значење у односу на основне принципе.¹⁸ Међутим, иако се иницијатива групе послодаваца наводи као формални предлог за усвајање Декларације, заправо је сасвим очекивано да то и суштински проистекне од стране послодаваца. Наиме, дискусије које су вођене претходних година, почев од Самита у Копенхагену, а нарочито на министарским конференцијама Светске трговинске организације, константно

17 P. Alston, *Core labour Standards` and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, у: V. A. Leary, D. Warner (Eds.), *Social Issues, Globalization and International Institutions-Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Brill Academic Publishers, Netherland, 2005, стр. 14.

18 H. Kellerson, *The ILO Declaration of 1998 on fundamental principles and rights: A challenge for the future*, *International Labour Review*, Vol. 137 (1998), No. 2, стр. 224.

су апострофирале потребу за повезивањем међународне трговине и стандарда рада. Та идеја, како ће се у другом делу рада видети, углавном је долазила од стране послодаваца, тј. великих компанија из развијених земаља, а наилазила је на отпор у земљама у развоју. У светлу тога, усвајање једне декларације која ће јасно истаћи која су то основна права радника, са идејом да треба да их поштују све чланице МОП-а, без обзира да ли су ратификовале конвенције којима се та права утврђују, више него јасно иде у прилог идеје о везивању међународне трговине и радних стандарда.

Генерални директор Међународног бироа рада је, са своје стране, како на 81, тако и на 85. заседању Опште конференције, исказао „визију усклађивања либерализације трговине и одржавања стандарда рада“. То, по његовим речима, може бити постигнуто путем универзалног поштовања основних људских права на радном месту и одређивањем неколико „основних“ конвенција.

На основу дискусије на Конференцији те године, Управни одбор је у дневни ред 86. заседања Опште конференције уврстио питање усвајања такве декларације.¹⁹ На том заседању, 1998. године, Општа конференција је усвојила *Декларацију МОП-а о основним принципима и правима на раду*, као и *Анекс о њеној примени и праћењу*. У *Уводној речи* Декларације истиче се да је МОП, њеним усвајањем, преузела изазове глобализације која је у средишту значајне дебате која се води у МОП-у још од 1994. године. Иако глобализација, каже се даље, представља један од фактора економског раста, а економски раст јесте предуслов друштвеног напретка, и даље остаје чињеница да она сама по себи није довољна гаранција тог напретка.²⁰ Истиче се и потреба да она буде праћена одређеним бројем социјалних правила, која ће се заснивати на заједничким вредностима и на тај начин омогућити свима онима који су укључени да траже свој праведни удео у богатству које су они помогли да се

19 Ibid

20 Већ после само неколико година, 2005, МОП износи сасвим другачији став о процесу глобализације. У публикацији *Rules of the game - A brief introduction to International Labour Standards*, International Labour Office, Geneva, 2005, на стр. 6 износи се констатација да: „Упркос почетном оптимизму, глобализација није отворила врата периоду просперитета за све. Процењено је да је 2001. године у свету отприлике половина радно активног становништва преживљавала са два или мање долара дневно, док је неких милијарду и сто милиона становника, тј. 21% светске популације, живео са једним доларом дневно, или мање од тога. Такође, указује се да ниједна нација није имуна на тај тренд. У 20 индустријских земаља, на пример, преко 10% становништва у просеку живи испод границе сиромаштва средином 1990-тих. Неједнакост унутар многих земаља и између светски најбогатијих и најсиромашнијих нација такође је постала изражена током неколико последњих деценија. Током 1960-тих, разлика у приходима између пет најбогатијих и пет најсиромашнијих нација била је 30:1. Од 1999. године она нараста на 74:1. У 1995. години просечни бруто друштвени производ по глави становника у 20 најбогатијих земаља износио је 37 просечних доходака у 20 најсиромашнијих земаља – разлика која се удвостручила у последњин 40 година.“

створи. Као циљ Декларације наводи се „помирење жеља за стимулисањем националних настојања да би се обезбедио друштвени напредак који ће тећи упоредо са економским напретком, са потребом за поштовањем различитих услова, могућности и оријентација који постоје у појединим земљама“. Осврт се прави и на Самит у Копенхагену и његов *Акциони програм* о „основним правима радника“, али и на Министарску конференцију Светске трговинске организације из Сингапура (1996), за коју се каже да је „отворила могућност за предузимање наредног корака“. На Самит у Копенхагену се у *Уводној речи* позива још једном, када се каже да је усвајање Декларације МОР-а трећи корак и да она представља значајан допринос циљу који је постављен у ставу 54(б) *Акционог програма* који је усвојен на Самиту у Копенхагену, тј. на заштиту и унапређење поштовања основних права радника, којим се захтева од држава потписница одговарајућих конвенција МОР-а да их у целости спроводе, а да друге државе воде рачуна о принципима постављеним у тим конвенцијама.

Посебно је значајан део *Уводне речи* тадашњег генералног секретара, који истиче да су државе потврдиле своју обавезу поштовања међународно признатог језгра стандарда рада, као и да су подсетиле да је МОР тело надлежно за постављање и бављење тим стандардима. У државама које су ратификовале одговарајуће конвенције о основним правима, постојећи механизми надзора „већ обезбеђују средства за осигурање примена конвенција“. За државе које то нису учиниле, Декларација, сматра се, пружа врло важан нови помак у том правцу зато што признаје да оне имају обавезу да поштују „у доброј намери и у складу са Уставом, принципе који се односе на основна права и који су предмет ових конвенција“. Тај се циљ, даље, настоји постићи спровођењем јединствене уставне процедуре МОР-а, у складу са којом се тражи од оних држава које нису ратификовале кључне конвенције да сваке године поднесу извештаје о напретку који је постигнут у примењивању принципа из тих конвенција.

Како се из *Уводне речи* види, *Декларација МОР-а о основним принципима и правима на раду* не може се посматрати изоловано од догађаја који су јој претходили. Шта више, може се сматрати логичним делом настојања да се међународно трговина и основни стандарди рада чвршће повежу.

Декларација је, по природи ствари, кратка. Она исказује уверење МОР-а да је „социјална правда од суштинског значаја за универзални и трајни мир...да је економски рад важан, али не и довољан за обезбеђење праведности, друштвеног напретка и искорењивања сиромаштва, потврђујући потребу да МОР унапређује снажне социјалне политике, правду и демократске институције“. Економска и социјална политика, каже се даље, треба да буду компоненте међусобног јачања у циљу стварања широко заснованог одрживог развоја. Указује се на проблем лица са посебним потребама, нарочито оних без запослења и радика миграната, као и на потребу одржавања везе између социјалног напретка и економског раста. У том смислу, гаранција основних принципа и права на раду је од посебног значаја по томе што омогућава лицима која су у питању да слободно

захтевају и на основи једнаке могућности свој праведни угдео у богатству које су помогли да се створи.

Наглашава се усавни мандат МОП-а као међународне организације и компетентног тела да поставља и да се бави међународним стандардима рада и да ужива универзалну подршку и признање у промовисању основних права на раду, као израз својих уставних принципа. Такође, истиче се уверење да је хитно потребно, у ситуацији све веће економске међузависности, поново афирмисати непроменљиву природу основних принципа и права садржаних у Уставу Организације, као и њихову универзалну примену.

С обзиром на изнето, Међународна конференција рада „подсећа“ да: 1, а) слободно се придружујући МОП-у, све чланице подржавају принципе и права који су наведени у Уставу и Декларацији из Филадельфије и обавезују се да ће радити у правцу постизања свеукупних циљева Организације свим својим средствима и у потпуности у оквиру својих сплечифичних околности; б) су сви принципи и права израђени и постављени у облику посебних права и обавеза у Конвенцијама које су признате за основне подједнако унутар и изван Организације. 2. Објављује да све чланице, чак и ако нису ратификовале Конвенције о којима је реч, имају за обавезу, која проистиче из саме чињенице њиховог чланства у овој Организацији, да поштују, унапређују и остварују, у доброј намери и у складу са Уставом, принципе који сетичу основних права која су предмет тих конвенција, то јест: а) слободу удруживања и делотворно признавање права на колективно преговарање; б) укидање свих облика присилног или принудног рада; в) ефикасно укидање дечијег рада и г) укидање дискриминације у односу на запошљавање и занимање. Међународна организација рада признаје обавезу да помаже своје чланице, у одговору на њихове установљене и исказане потребе да би се постигли наведени циљеви у потпуности користећи уставна, оперативна и буџетска средства и помоћ. Као обавеза МОП-а наводи се и подстицање других међународних организација са којима је она успоставила односе у складу са чл. 12 Устава у подршци овим настојањима. Подстицај ће се остварити: а) тако што ће понудити техничку сарадњу и саветодавне услуге у циљу унапређења ратификације и имплементације основних конвенција; б) помагати оним чланицама, које још нису у позицији да ратификују неке или све ове конвенције, у њиховим настојањима да поштују, унапређују и остварују принципе који се односе на основна права која су предмет ових конвенција; и в) помагати чланице у њиховим настојањима да створе климу економског и социјалног развоја.

Међународна конференција рада, даље, одлучује да ће у циљу постизања потпуног ефекта Декларације, примењивати промоционални прилог о примени и праћењу, који је важан и ваљан, у складу са мерама као што су спецификоване у додатку Декларацији. На крају Декларације наглашава се, што је веома важно, да се стандарди рада неће користити у протекционално комерцијалне сврхе и да се на ништа из Декларације или њеног додатка о примени и праћењу не може позивати или користити у такве сврхе, као и да Декларација и њен додаток о

примени и праћењу ни на који начин не доводе у питање компаративну предност било које земље.

У *Анексу* Декларације истиче се, између осталог, да се помоћ Организације кроз активности техничке сарадње може показати од користи за њене чланице и помоћи им у имплементацији основних принципа и права. Такође се наглашава да то не представља замену за успостављене надзорне механизме, нити ће спречавати њихово функционисање. На основу *Анекса*, сврха је да се сваке године омогући преглед настојања у складу са Декларациојом која улажу чланице које још увек нису ратификовале све основне конвенције и које ће путем поједностављених поступака заменити четворогодишњи преглед који је увео Управни одбор 1995. године. Праћење ће сваке године наизменично покривати четири области основних принципа и права које су спецификоване у Декларацији.²¹ Извештај се подноси Конференцији за трипартитну дискусију, као извештај генералног директора. Конференција се може бавити и може дискутовати о овом извештају.

У складу са принципима израженим у Декларацији, а са циљем њеног промовисања, МОП је 2001. године објавила *Смернице о радном законодавству*²² чији је задатак, како се у њима наводи, да промовишу *Декларацију МОП-а о основним принципима и правима на раду*, која обухвата текстове националних закона о раду у пољима која су покривена са осам фундаметаних конвенција МОП-а. *Смернице* су за радно законодавство један од начина да Биро испуни свој мандат. У њима МОП изражава намеру да оне служе као референтни материјал у процесу писања закона о раду у државама чланицама. *Смернице* одражавају јасне ставове МОП-а у вези са реформом радног законодавства, који наглашавају трипартитни приступ и социјални дијалог, потребу примене фундаменталних принципа и права на раду и ратификованих конвенција и потребу узимања у обзир компаративног радног законодавства, као и социјално, привредно и правно окружење сваке земље када се врши ревизија овог законодавства. Радно законодавство, које одговара савременим економским и социјалним изазовима треба да испуни три циља: а) да установи правни оквир који ће омогућавати продуктивне индивидуалне и колективне радне односе и доследне, ефикасне и поуздане исходе који резултирају из тих односа; б) да послужи као важно средство за демократију на радном месту, тако што ће обезбедити

21 Праћење ће се заснивати на извештајима који се захтевају од чланица на основу одредби из чл. 19. ст. 5 (е) Устава. Обрасци извештаја биће направљени тако да се могу добити информације од влада које нису ратификовале једну или више основних Конвенција о било којим променама до којих је можда дошло у њиховом законодавству и пракси, имајући у виду чл. 23. Устава и установљену праксу. Преглед извештаја врши Управни одбор.

22 Ову публикацију припремило је одељење за владу, закон о раду и администрацију у сарадњи са Одељењем за међународне радне стандарде, *У фокус програму за промоцију Декларације*, *У фокус програму о дејем раду* и *У фокус програму о јачању социјалног дијалога МОП-а*. МОП, *Смернице о радном законодавству*, Женева, 2001.

оквир за послодавце, раднике и њихове представнике да остварују међусобну интеракцију на радном месту и в) да представља јасан и трајан подсетник и гаранцију основних принципа и права на раду који су широко друштвено прихваћени путем националних законодавстава и да установи процесе путем којих се ти принципи и права могу остварити.²³ Генерални директор је у извештају нагласио да циљ није само „стварање посла, већ стварање посла прихватљивог квалитета“.²⁴

У складу са ранијим опредељењем да „одговор на изазове буде трострук“, МОП је, 1999. године, усвојила *Агенду о пристојном послу*. У њој се предлаже да МОП треба да као свој примарни циљ постави „унапређење могућности за жене и мушкарце да стекну пристојан и продуктиван посао, у условима слободе, једнакости, безбедности и људског достојанства“.²⁵ Остварење тог циља засновано је на идеји да социјалну правду, у основи, чини сет правила, институција и политика које обезбеђују поштено поступање према свим члановима друштва, као и релативно једнаку расподелу могућности и прихода.²⁶ Најинвентивнија црта у МОП-овој дефиницији пристојног посла јесте што она обухвата све облике стваралачког рада.²⁷ За разлику од класичног радног права, она не претпоставља постојање уговора о раду или радног односа. Она није ограничена „зависним“ или „субординисаним“ радом на којима су међународни радни стандарди и домаће радно законодавство традиционално засновани. Радно право настоји да озакони неједнакости између различитих категорија запослених, између запослених и samozапослених, као и између оних који раде и оних који су незапослени или чији је радни однос престао по основу старости. Нови правац пристојног посла, како је замишљено, најављује основну равноправност за све који раде или траже посао. Он се усмерава на потребе незапослених, исто као и запослених или samozапослених, старијих као и млађих, оних који раде у формалном и оних који раде у неформалном сектору.²⁸ Сматра се да је идеја пристојног посла обновила значај МОП-ових настојања за смањење сиромаштва, као и да поново уздигне своју позицију као примарне међународне агенције за одређивање универзалних социјалних права,

23 Ibid, стр. 9

24 ILO, *Decent Work: Report of the Director General*, International Labour Office, Geneva, 1999. Доступно на: www.ilo.org/public/english/standards/relim/ilc/ilc87/rep-i.htm. Посећено: 02. 11. 2010.

25 Ibid,

26 ILO, *Decent Work Programme*, Geneva, 2002.

27 A. Sen, *Work and Rights*, International Labour Review, Vol. 139, No. 2 (2000), стр. 119-128

28 B. Hepple, *Equality and Empowerment for Decent Work*, International Labour Review, Vol. 140, No.1 (2001), стр. 9

као што је и признато на Самиту у Копенхагену и Министарској конференцији СТО-а у Сингапуру.²⁹

Децембра исте године у Сијетлу, САД, одржана је нова Министарска конвенција СТО-а, за коју се сматрало да ће покренути нову рунду трговинских преговора, али се то није десило. Владе се, једноставно, нису сложиле са дневним редом рунде преговора. Једна од многих области неслагања била је и намера СТО-а да нову рунду трговинских преговора искористи за промовисање основних права радника.³⁰

У циљу доследног навођења МОР-ових активности везаних за Декларацију из 1998. године, неопходно је споменути и *Декларацију о социјалној правди у циљу праведне глобализације*, из 2008. године. Декларација је усвојена на 97. заседању Међународне конференције и сматра се трећим најзначајнијим актом који је усвојила Општа конференција од Устава МОР-а из 1919. године.³¹ Наслања се на Декларацију из Филадельфије и Декларацију о основним принципима и правима на раду и изражава савремену визију мандата МОР-а у ери глобализације. Институционализује концепт пристојног посла, стављајући га у центар делатности Организације, како би се реализовали њени уставни циљеви.³² У Преамбули Декларације, између осталих циљева, сврха и принципа, нарочито се: потврђује да рад није роба и да сиромаштво, ма где да постоји, представља опасност по напредак у читавом свету; признаје да МОР има свечану обавезу да даље ради на развоју међу нацијама светских програма којима ће се остварити циљеви, тј. пуна запосленост и раст животног стандарда, минимална зарада и проширење мера социјалне сигурности...; МОР-у се даје надлежност да испита и размотри све међународне економске и финансијске политике са аспекта главног циља-остварења социјалне правде. У духу Декларације о основним принципима и правима на раду, и овде се посебно издвајају основна права: слобода удруживања и ефикасно признавање права на колективно преговарање, елиминација свих видова принудног или обавезног рада; ефикасно укидање дечијег рада и елиминација дискриминације у погледу запошљавања и занимања. Утицај Самита у Копенхагену видљив је и на Декларацију из 2008. године, с обзиром да се на његове исходе такође позива у Преамбули, али и на Светски самит УН о праведној глобализацији, из 2005. године. Основне вредности, као што су слобода, људско достојанство, социјална правда, безбедност и одсуство дискриминације су неопходни за одрживи економски и социјални

29 В. Непле, *Labour Laws and Global Trade*, стр. 64.

30 The Worldwatch Institute, *Стање света 2006*, Politika Newspapers&Magazines, Београд, 2006, стр. 139. Осим тога, преговоре су обележиле полицијске барикаде и демонстрације великог броја грађана против СТО-а.

31 А. Петровић, *Међународни стандарди рада*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010, стр. 94.

32 Ibid,

развој и ефикасност; социјални дијалог и пракса трипартизма су, истиче се, сада релевантнији за проналажење решења и изградњу социјалне кохезије и владавине права уз помоћ међународних стандарда рада. Радном односу треба да буде признат значај средстава за обезбеђење правне заштите радника, а продуктивна, профитабилна и одржива предузећа, заједно са јаком социјалном економском и одрживим јавним сектором су од критичног значаја за одрживи економски развој и могућности запошљавања. С обзиром значај који имају предузећа, Декларација се позива и на *Трипартитну декларацију о принципима мултинационалних предузећа и социјалној политици*, која је усвојена од стране Управног одбора МОР-а, 1977. године (допуњена је 2000-те године).³³ Обавезе и напори МОР-а и њених чланица треба да, у вршењу Уставном предвиђених мандата, а у циљу остварења пуне и продуктивне запослености и пристојног рада, проистичу из четири подједнако важна стратешка циља, који представљају и елементе *Агенде о пристојном послу*. Ти циљеви су: унапређење запослености стварањем једног одрживог институционалног и економског окружења; развој и побољшање мера социјалне заштите-социјалне сигурности и заштите рада-који су одрживи и прилагођени националним околностима; унапређење социјалног дијалогоа и трипартизма и поштовање, унапређивање и реализација основних принципа и права на раду, који су од посебног значаја, како за права, тако и за погодне услове неопходне за потпуно постизање стратешких циљева.³⁴ Сва

33 О. Boiral, *The certification of corporate conduct: Issues and prospects*, International Labour Review, Vol. 142 (2003), No. 3, стр. 317.

34 Одрживо институционално и економско окружење подразумева да појединци (физичка лица) могу да развијају и осавременују способности и вештине које су им потребне како би могли да се продуктивно баве својим занимањем у циљу свог личног испуњења и опште добробити; да су сва предузећа, јавна или приватна, одржива тако да омогуће раст и стварање веће запослености и могућности за остваривање прихода за све, као и да друштва могу да остваре своје циљеве у погледу економског развоја, доброг животног стандарда и социјалног напретка. Други циљ укључује: проширење социјалне сигурности на све, заједно са мерама за обезбеђивање основних прихода за све којима је потребна таква заштита, и прилагођавање њеног предмета и покривеност њоме како би могле да се задовоље нове потребе и одагнају несигурности које настају услед брзине технолошких, друштвених, демографских и економских промена; здраве и безбедне услове рада; и политике које се тичу зарада и плата, радног времена и других услова рада, које су осмишљене тако да обезбеде праведну поделу плодова напретка на све и минималну зараду за све запослене као и оне којима је таква заштита потребна. Трећи стратешки циљ треба да омогући: прилагођавање примене стратешких циљева потребама и околностима у свакој земљи посебно; претварање економског развоја у друштвени напредак и економски развој; лакше постизање консензуса о релевантним националним и међународним политикама које утичу на стратегије и програме запошљавања и остварења пристојног рада; и делотворност радног законодавства и институција, као и у погледу признавања радног односа, развоја добрих радних (индустријских) односа и изградње успешних система инспекције рада. На крају, уз четврти стратешки циљ истиче се да су: слобода удруживања и ефикасно признавање права на колективно преговарање од посебног значаја за постизање сва четири стратешка циља;

четири наведена стратешка циља МОР сматра нераздвојивим, повезаним и међусобно подупртим, тако да ако се један од њих не промовише то ће штетно деловати на остварење осталих.

3. Значај Декларације

Декларација из 2008. године значајна је и зато што долази у време широко распрострањене неизвесности у свету рада, злоупотребе људских права, растуће забринутости које доноси глобализација и потребе да међународне организације много више раде заједно на овим питањима. Из тог разлога она и позива на развијање нових партнерстава са недржавним субјектима и економским актерима, као што су мултинационалне компаније и синдикати основани на глобалном секторском нивоу.³⁵

Декларација из 1998. године је, без сваке сумње, од значаја за дефинисање основних принципа и права на раду и као покушај да се широм света омогући њихово поштовање. С обзиром да она даје нову димензију постојећим инструментима за остваривање основних стандарда МОР-а у свим сферама које су у директној вези са људским правима, сматра се да није погрешно Декларацију назвати истројском.³⁶ С друге стране, настанак Декларације и њена сврха не могу се посматрати изоловано, већ као део једне шире идеје о повезивању светске трговине и међународних стандарда рада. Њено усвајање било је логичан наставак таквих настојања из претходних година, а и у самој Декларацији се отворено позива на Министарску конференцију из Сингапура, која је „отворила могућност за предузимање наредног корака“. Такође, и активности МОР-а које су уследиле након усвајања Декларације недвосмислено указују да она, у извесној мери, дели ставове СТО-а у погледу примене основних стандарда рада.³⁷

и да се не може позивати на кршење основних принципа и права на раду нити се оно може користити као оправдана компаративна предност као и да стандарди рада не треба да се користе у сврхе стварања протекционистичке трговине. Ово последње опредељење, заправо, представља покушај да се помире ставови земаља које се залажу за тешње повезивање трговине и стандарда рада и земаља које се томе опиру. С једне стране, истиче се да постоје земље које своје компаративне предности у међународној трговини постижу непоштовањем основних права на раду, што је аргумент развијених земаља а, с друге стране, спомиње се и оно што је представља највећу бојазан земаља у развоју и разлог противљењу веће повезаности међународне трговине и стандарда рада-да развијене земље желе да искористе стандарде рада у чисто протекционистичке сврхе.

35 А. Петровић, *op. cit.*, стр. 95.

36 А. Петровић, *Уставни основи уређења права у вези са радним односима: у сусрет Уставу Србије*, у: М. Петровић (уред), *Уставно питање у Србији*, Зборник радова, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2004. године, стр. 317.

37 Везу између МОР-а и међународних финансијских организација можда најбоље илуструје једна изјава Рут Драјфус, тадашњег председника Швајцарске конфедерације, из 1999. године. Наиме, она је МОР назвала „светском друштвеном савешћу“, али и једним од

Од многих критика на рачун Декларације, једна се односи и на употребу термина „принципи“ и „права“, тј. која је разлика између њих и да ли је оправдано да оба ова термина буду употребљена у њој? По једном мишљењу, дискретно објашњење за налази се у Декларацији из Копенхагена, по којој су „стандарди“ оно што је усвојено у земљама које су ратификовале односне конвенције, док „принципи“ представљају оно што је усвојено у државама које нису ратификовале те конвенције. Такво разликовање, међутим, веома је тешко оправдати. Чињеница да једна земља није ратификовала неки правни стандард не може да одлучи да ли он има вредност за људска права. Филозофски посматрано, право је право, без обзира на то што влада одбија да призна ту чињеницу. У прилог томе, наводи се Конвенција о спречавању и кажњавању злочина геноцида (1948). Држава која је није ратификовала не може, на основу тога, да захтева да се забрана геноцида третира пре као „принцип“, него као „право“. У том смислу, упозорава се и на чињеницу да у свакодневном говору „принципи“ имају мањи значај од права.

У настајању Декларације више је него видљива улога Сједињених држава, као највећег промотера повезивања међународне трговине и основних стандарда рада. Константно критикована због малог броја ратификованих конвенција, а нарочито због тога што су у то време ратификовале само једну основну конвенцију (бр. 29), усвајање Декларације и њен мекани надзорни механизам Сједињене државе је био, како се примећује, добродошао. Оне су, на тај начин, могле да избегну недоумице у вези тога што нису ратификовале већину кључних конвенција док, истовремено, примењују санкције путем свог националног законодавства према земљама које крше основне стандарде рада, захтевајући да и СТО учини то исто. Ослобађање тих стандарда из оквира конвенција и успостављање потпуно новог механизма било је идеално решење.³⁸

ЛИТЕРАТУРА И ИЗВОРИ

Alston, P., *‘Core labour Standards’ and the Transformation of the International Labour Rights Regime*, у: V. A. Leary, D. Warner (Eds.), *Social Issues, Globalization and International Institutions-Labour Rights and the EU, ILO, OECD and WTO*, Brill Academic Publishers, Netherland, 2005.

Boiral, O., *The certification of corporate conduct: Issues and prospects*, *International Labour Review*, Vol. 142 (2003), No. 3.

„три стуба међународне економске културе“, заједно са Светском трговинском организацијом и институцијама Бретон Вудс-а (Светска банка и Међународни монетарни фонд). *“President Dreifuss: If You Want Peace, Seek Justice”*, World of Work, July 1999, 8.

38 P. Alston, *op. cit.*, стр. 14

Bronstein, A., *International and Comparative labour Law*, International Labour Organization, Geneva, 2009.

Гуд, В., *Речник термина међународне трговинске политике*, Министарство за међународне економске односе Србије и Црне Горе и Центар за европско право Правног факултета у Крагујевцу, 2005

Hepple, B., *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, Oxford and Portland, 2003.

Hepple, B., *Equality and Empowerment for Decent Work*, International Labour Review, Vol. 140, No.1 (2001).

ILO, *Decent Work: Report of the Director General*, International Labour Office, Geneva, 1999. Доступно на: www.ilo.org/public/english/standards/relim/ilc/ilc87/rep-i.htm

ILO, *Defending values, promoting change: Social justice in a global economy*, Report of the Director-general, International Labour Conference, 81st Session, Geneva, 1994.

ILO, *Rules of the game - A brief introduction to International Labour Standards*, International Labour Office, Geneva, 2005.

International Labour Office, Governing Body, Working Party on the Social Dimensions of the Liberalization of International Trade, *Извештај председавајућег*, para. 13, ILO, Doc. GB, 262/WD/SDL/1/2 (1995). www.ilo.org/public/english/relm/gb/docs/gb277/pdf/gb-16.pdf

Јовановић, П., *Уградња људских и социјално-економских права у међународно, европско и наше радно право*, Радно и социјално право, бр. 1-6/2006.

Kellerson, H., *The ILO Declaration of 1998 on fundamental principles and rights: A challenge for the future*, International Labour Review, Vol. 137 (1998), No. 2

Петровић, А., *Међународни стандарди рада*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010.

Петровић, А., *Уставни основи уређења права у вези са радним односима: у сусрет Уставу Србије*, у: М. Петровић (уред), *Уставно питање у Србији*, Зборник радова, Правни факултет у Нишу, Ниш, 200

Ravnić, A., *Osnove radnog prava-domaćeg, usporednog, međunarodnog*, Pravni fakultet Sveučilišta u Zarebu, 2004.

Sen, A., *Work and Rights*, International labour Review, Vol. 139, No. 2 (2000).

The Worldwach Institute, *Стање света 2006*, Politika Newspapers&Magazines, Београд, 2006.

Wisskirchen, A., *The Standard-setting and monitoring activity of the ILO: Legal questions and practical experience*, International Labour Review, Vol. 144 (2005), No. 3.

РЕЗИМЕ

Међународни стандарди рада, оличени у конвенцијама и препорукама Међународне организације рада, неспорно представљају највећи допринос развоју радног законодавства у свету. Принципи постављени у њима послужили су као основа за уређивање радних односа у многим државама. Ипак, основна слабост МОР-а-непостојање ефикасног механизма за контролу примене конвенција- у великој је мери обесмислила постојање међународних стандарда рада. Њихова примена, чак и оних ратификованих, у основи се своди на добровољност. Због тога је, 1998. године, учињен покушај да се, путем Декларације о основним принципима и правима на раду, примена основних стандарда рада учини обавезним за све државе чланице, по основу самог чланства у МОР-у. Интересантно је да се усвајање Декларације поклопило са неким другим догађајима, пре свега са стварањем Светске трговинске организације и залагањем унутар ње за повезивање светске трговине и основних стандарда рада што, свакако, баца ново светло и на Декларацију и на улогу МОР-а.

Prof. Goran Obradović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The ILO Declaration on the Fundamental Principles and Rights at Work (1998)

Summary

Being faced with the problem of inadequate implementation of international labour standards and particularly the system of monitoring their application by the Member States, the International Labour Organization (ILO) adopted the Declaration on the Fundamental Principles and Rights at Work (1998). This Declaration was made in an attempt to oblige the Member States to observe the fundamental labour principles and rights at work on the basis of their ILO membership. In this article, the author elaborates on the rationale for adopting this ILO Declaration in light of certain developments preceding its adoption as well as the impact of diverse factors on this Declaration.

Key words: *labour, rights at work, International Labour Organization*

ПРОШИРЕЊЕ ДЕЈСТВА АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА¹

***Апстракт:** Дејство арбитражног споразума ограничено је и у објективном и у субјективном смислу. Тако се надлежност арбитражног суда протеже искључиво на спорове обухваћене арбитражним споразумом, који настају између његових уговорних страна. Ипак, под одређеним условима, дејство арбитражног споразума може бити проширено и на питања, односно субјекте који нису обухваћени арбитражним споразумом. У овом раду испитују се основи проширења домена арбитражног споразума, уз наглашавање уговорног карактера арбитраже. Аутор настоји да определи услове под којима арбитражни споразум може имати дејство и на непотписнике, и да идентификује ситуације у којима арбитражни суд може одлучивати о питањима која нису обухваћена овим инструментом. Детаљном анализом различитих правних концепата и института својствених различитим правним традицијама и системима, овај рад претендује да сиснтетише заједничке принципе, применљиве у свим ситуацијама у којима се питање проширења дејства арбитражног споразума може појавити.*

***Кључне речи:** арбитража, арбитражни споразум, дејство, уговорне стране.*

1. ОПШТЕ НАПОМЕНЕ О ДЕЈСТВИМА АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

Питања везана за дејство арбитражног споразума могу се посматрати кроз призму неколико различитих теоријских концепција о правној природи овог института.² Тако, представници уговорне концепције инсистирају на

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

² Будући да се арбитража као метод решавања различитих спорова примењује већ вековима, природно је да су током времена изграђене бројне концепције о њеној правној

материјалноправним, одричући постојање процесноправних последица закључења арбитражног споразума, док је приступ заговорника јурисдикционе, процесуалистичке теорије дијаметрално супротан. Ови други инсистирају на чињеници да овлашћења страна арбитражног споразума немају свој пандан у обавезама саговорача које би се могле принудно извршити, већ се на другој страни, заправо, налазе процесни терети чије неиспуњење доводи само до слабљења процесне позиције стране која поступа противно одредбама арбитражног споразума.³ Еклектичко схватање, пак, у арбитражном споразуму проналази и материјалноправне и процесноправне елементе, тако да су по њему дејства овог инструмента материјалноправног порекла, али се она преваходно остварују на пољу процедуре.

Иако се арбитражним споразумом дерогира надлежност државног суда и пророгира надлежност арбитражног,⁴ овај уговор се разликује од уговора о пророгацији надлежности, и то по томе што у моменту његовог закључења, чак и када се ради о институционалном арбитражном суду, још увек не постоји правосудни орган на који се преноси надлежност за решавање спора. Исто тако, искључење надлежности државних судова није ни апсолутно, будући да они задржавају овлашћења да одлучују о низу питања која се јављају у току и поводом арбитражног поступка. Пророгационо, односно дерогационо дејство, није ни неопозиво, с обзиром да странама, након закључења арбитражног споразума, остаје на располагању могућност да одустану од решавања спора пред арбитражним судом и определе се за државни суд. Арбитражни споразум може се закључити и под условом или са роком, а до успостављања надлежности државног суда може доћи и у случајевима када се арбитражни суд прогласи ненадлежним, када једна од страна подигне тужбу пред државним судом а друга не истакне приговор ненадлежности, или када се стране, у случају да је уговорена алтернативна надлежност државног и арбитражног суда, определе да свој спор реше пред државном судом.⁵

природи, односно карактеру појединих арбитражноправних института. За илустративни пример разноврсности примене арбитраже видети: Ранђеловић, Н. – Историја права II – основи српске историје права, Ниш, 2012. година, стр. 29.

3 Видети Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча, Р. – Петрушић, Н. – Арбитражно процесно право, Ниш, 2002. година, стр. 131.

4 Већина аутора експлицитно говори о позитивном и негативном дејству арбитражног споразума, при чему се пророгационо дејство означава као позитивно, док се дерогационо дејство поистовећује са негативним – видети, на пример, Перовић, Ј. – Уговор о међународној трговинској арбитражи, Београд, 1998. година, стр. 152 – 196.

5 О питањима алтернативне надлежности државних и арбитражних судова видети Трива, С. – Познић, Б. – Воргић, Н. – Варади, Т. – Арбитражно решавање спорова, Нови Сад, 1973. година, стр. 96.

Закључењем арбитражног споразума уговорне стране стичу право да пред државним судом пред којим је покренут поступак за решавање спора обухваћеног њиме истакну приговор ненадлежности и траже одбацивање тужбе. Стога, постојање арбитражног споразума има значај процесне сметње која вођење поступка пред државни судом чини недопуштеним.⁶ Будући да се сматра се да је тужилац подизањем тужбе пред државним судом одустао од арбитражног споразума, приговор ненадлежности може истаћи само тужени. Формулације одредаба релевантних међународних конвенција у погледу приговора ненадлежности разликују се у односу на оне садржане у нашем Закону о арбитражи утолико што се њима изричито предвиђа дужност суда да поводом приговора испита постојање и пуноважност арбитражног споразума, па да тек онда донесе одлуку о надлежности. Међутим, иако је поменута одредба нашег Закона штурта, сматра се да и у нашем праву државни судови имају ову дужност, с тим што у случају заузимања негативног става о приговору они не доносе посебну одлуку, већ такав свој став изражавају настављањем поступка.⁷ Приговор ненадлежности може се, према нашим прописима⁸ и међународним конвенцијама,⁹ изјавити пре него што се тужени упусти у расправљање о главној ствари, иначе се сматра да је и он одустао од арбитражног споразума. Са овим правилом донекле је у супротности могућност да се, паралелно са поступком пред државним судом, покрене и поступак пред арбитражним судом означеним у споразуму, која је изричито предвиђена одредбама Модел закона UNCITRAL-а и правилима Европске конвенције. Ове одредбе, наиме предвиђају да арбитражни суд може одлучивати о захтевима странака и док је поступак пред државним судом у току, односно, да литиспенденција пред државним судом не представља процесну сметњу за вођење арбитражног поступка, већ да такав карактер има само *res iudicata*.¹⁰

6 У највећем броју националних законодавстава и међународних конвенција овакво решење је прихваћено. Тако, на пример, одредба чл. 4. ст. 1. Женевског протокола о арбитражним клаузулама предвиђа да државни суд има обавезу да „на захтев једне од странака странке упуту на арбитражно суђење ако је пред тим судом покренут поступак о спору који је обухваћен пуноважним арбитражним споразумом“. Сличне одредбе садржане су и у чл. II Њујоршке конвенције, чл. VI ст. 1. Европске конвенције и чл. V ст. 1. Модел закона UNCITRAL-а.

7 Видети Голдштајн, А. – Трива, С. – Међународна трговачка арбитража, Загреб, 1987. година, стр. 150.

8 Чл. 29. ст. 1. Закона о арбитражи РС.

9 Чл. VI ст. 1. Европске конвенције и чл. 16 ст. 2. Модел закона UNCITRAL-а, по којима се приговор може истаћи до давања прве изјаве туженог која се односи на суштину спора.

10 Познић сматра да нема места литиспенденцији у случају да тужени у поступку пред државним судом буде тужен и пред арбитражним судом, с обзиром да ће он тада истаћи приговор ненадлежности арбитраже. Са друге стране, Ракић-Водинелић и Палачковић говоре о литиспенденцији и у том случају. Кнежевић је мишљења да упуштање туженог у парницу

С обзиром да се арбитражни споразум може закључити и након покретања арбитражног поступка (накнадна конвалидација или закључење по позиву арбитражне институције), његово постојање није апсолутно неопходно у моменту иницирања арбитраже. Са друге стране, само постојање арбитражног споразума не значи да је арбитражни суд дужан да прихвати вршење судске функције. Ако, пак, арбитражни суд донесе одлуку поводом спора који није обухваћен арбитражним споразумом, ако он није састављен на начин предвиђен арбитражним споразумом или не примењује правила поступка предвиђена њиме, то може представљати разлог поништаја или одбијања признања и извршења арбитражне одлуке.

Закључењем арбитражног споразума стране се опредељују за вид правне заштите, који се, у односу на правну заштиту пред државним судовима, сматра алтернативним. Овим чином оне стичу право да захтевају да се њихов сукоб реши у арбитражи, као и терет исте садржине. Међутим арбитражни споразум не ствара за стране обавезу обраћања арбитражном суду, будући да се његова надлежност не успоставља аутоматски закључењем арбитражног споразума, већ је потребан додатни импулс, који се састоји у вршењу овлашћења предвиђених арбитражним споразумом – у супротном би се радило о примени официјелне максиме, која је неспојива са природом арбитражног поступка.

Како, за разлику од уговора о пророгацији надлежности, закључење арбитражног споразума не претпоставља постојање сталне судске институције којој ће се поверити решавање спора (чак ни када се уговара институционална арбитража), право страна на партиципацију у избору арбитра и конституисању арбитражног суда подразумева се чак и када арбитражним споразумом није нормирано. Тада се посеже за аутономним арбитражним правилима или законским одредбама, које, без изузетка, предвиђају право страна у спору на учешће у формирању арбитражног суда. У случају да титулар права на учешће у избору арбитра и конституисању арбитражног суда своје право не врши, то право може прећи на друге субјекте – на пример, државне судове – ако се ради о конституисању повременог арбитражног суда, односно на тела или органе на које упућују аутономни акти арбитражних институција – код институционалних арбитража.¹¹

без истицања приговора ненадлежности води прећутној пророгацији надлежности државног суда и дерогацији надлежности арбитражног суда јер је ова пророгација јача од изричите пророгације надлежности арбитражног суда – видети Познић, Б. – Поступак избраног суда, Арбитражно решавање спорова, Нови Сад, 1973. година, стр. 96, Ракић-Водинелић, В. – Палачковић, Д. – Литиспенденција пред арбитражом и пред државним судом, Београд, Правни живот, бр. 9-10/1994. година, стр. 1361. и даље и Кнежевић, Г. – Међународна трговачка арбитража, Београд, 1999. година, стр. 105.

¹¹ Чл. 6. и 7. Арбитражних правила UNCITRAL-а.

2. ОБЈЕКТИВНЕ ГРАНИЦЕ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

Принципијелно посматрано, арбитражни споразум, у погледу свог дејства, подлеже основном начелу уговорног права – дејствује у границама које одреде уговорне стране.¹² Дакле, предмет арбитражног поступка може бити само захтев који је обухваћен арбитражним споразумом, док својство странке арбитражног поступка може имати само лице које је закључило арбитражни споразум или се сматра његовом страном.

Строгост начелног правила да предмет арбитражног поступка може бити само захтев који потпада под домен арбитражног споразума донекле се ублажава могућношћу покретања поступка у тренутку када арбитражни споразум још увек није закључен. У том случају потребно је да у самом поступку дође до накнадног закључења арбитражног споразума којим ће захтев садржан у радњи којом је поступак покренут бити обухваћен. Изузетак од поменутог општег правила представља и овлашћење арбитражног суда да одлучује о неком претходном питању, које не мора бити обухваћено арбитражним споразумом. Међутим, у том случају, његова одлука није подобна за стицање својства правноснажности.¹³

Ако се, пак, ради о новом захтеву за пресуду, који се истиче након подизања тужбеног захтева, обухваћеност арбитражним споразумом најчешће није довољан услов за допуштено одлучивања о њему у већ покренутом арбитражном поступку. Везивање конституисања арбитражног суда и прихватања надлежности од стране арбитра (*receptum arbitri*) за захтев за пресуду садржан у иницијалној арбитражној процесној радњи, које је својствено већини арбитражноправних система, доводи у питање могућност да арбитражни суд одлучује о свим другим захтевима који могу бити предмет арбитраже (захтевима садржаним у противтужби, приговору ради пребијања, преиначеној тужби, и сл.), с обзиром да је неизвесно да ли ће арбитра прихватити вршење судске функције у погледу нових захтева. Зато је, у циљу превазилажења оваквих проблема и унапређења функционалности механизма арбитражног решавања спорова на међународном плану, арбитражним оквирима UNCITRAL-а експлицитно предвиђено да се услови под којима је у арбитражном поступку допуштено одлучивати о свим накнадно истакнутим захтевима своде на њихову обухваћеност арбитражним споразумом. С тим у вези, овим изворима такође је нормирано да се арбитражни поступак покреће обавештењем о арбитражи (*notice of arbitration*), у којем не мора бити садржан тужбени захтев, па се конституисање арбитражног суда и прихватање надлежности од стране арбитра не везују за конкретан тужбени захтев, већ за арбитражни споразум у целини.

¹² Видети Познић, Б. – Границе арбитражног споразума, Правни живот, 11-12/93, стр. 1821.

¹³ Ibid, стр. 1824.

Наши аутономни извори регулишу само допуштеност противтужбе,¹⁴ условљавајући је обухваћеношћу захтева садржаног у њој арбитражним споразумом, док услове допуштености осталих радњи које садрже захтев за пресуду наша регулатива не нормира. О допуштености предузимања ових радњи, међутим, може се закључивати на основу одредаба које се односе на противтужбу (у којој могу бити садржани инцидентални захтев за утврђење и компензациони захтев), као и на основу одредаба о међупресуди,¹⁵ која се може донети на иницијативу арбитражног суда, али и по захтеву странака садржаном у инциденталном предлогу за утврђење или инциденталној противтужби.

Проблем одређивања објективних граница арбитражног споразума актуелизује и ситуација која настаје када дође до накнадних модификација главног уговора у којем је садржана арбитражна клаузула. Ту се поставља питање да ли се, у случају да стране нису изричито регулисале ово питање, арбитражна клаузула протеже и на спорове који превазилазе границе уговорног односа успостављене приликом закључења првобитног уговора. Има мишљења да решење овог проблема треба тражити проценом околности сваког конкретног случаја.¹⁶ Има и оних који сматрају да је обухваћеност новонасталог односа „старом“ арбитражном клаузулом противна правилу да правни однос у моменту закључења арбитражног споразума мора бити прецизно одређен. Неки аутори рестриктиван приступ овом проблему оправдавају чињеницом да су и саме стране могле отклонити сваку недоумицу изричитим регулисањем ове ситуације.¹⁷ Аутору овог рада се чини да без обзира на своју правну самосталност, арбитражна клаузула, реално представља саставни део главног уговора,¹⁸ и да се, уколико је овај сегмент модификованог уговора остао непромењен, може сматрати да је она – таква каква је била и остала – постала саставни део целине новог уговора, што представља довољну индикацију постојања воље страна да се овај елемент уговора, непромењене садржине, примени и на спорове из новонасталог правног односа.

14 Чл. 23. Правилника СТА.

15 Чл. 47. ст. 1. Правилника СТА.

16 Видети Познић, Б. – *op. cit.*, стр. 1828.

17 Видети Станковић, Г. – Старовић, Б. – Кеча, Р. – Петрушић, Н. – *op. cit.*, стр. 142.

18 Тако и Голдштајн, који из тог разлога сматра да је боље користити термин одвојивост него самосталност за однос арбитражне клаузуле према главном уговору. Он наводи да је арбитражна клаузула везана за грађанскоправни однос којем служи и да се од њега може само изузетно одвојити, тј. до коначности одлуке суда – видети Голдштајн, А. – Међународна трговачка арбитража, други дио, Загреб, 1976. година, стр. 26.

3. СУБЈЕКТИВНЕ ГРАНИЦЕ АРБИТРАЖНОГ СПОРАЗУМА

Опште је правило да арбитражни споразум дејствује само између лица која су га закључила. Међутим, будући да овај споразум спада у групу преносивих уговора, путем универзалне сукцесије у погледу главног уговора, до које може доћи смрћу физичког лица, односно спајањем, припајањем или поделом правног лица, поред сукцесије у правним односима из главног уговора, долази и до преношења права и обавеза из арбитражног споразума на друга лица.¹⁹

Када је у питању сингуларна сукцесија у погледу главног уговора, споразум о арбитражи остаје на снази и у случају уступања (цесије) уговора и потраживања, као и у случају суброгације и другим случајевима преноса потраживања, осим ако није друкчије уговорено.²⁰

3.1. Субјективне границе арбитражног споразума и уговорни односи који обухватају више од два учесника

Уговорни односи који обухватају више од два учесника све су учесталији у међународном промету. Они генеришу низ специфичних проблема везаних за арбитражно решавање спорова који из њих потичу, за које парнична процедура најчешће има одговарајућа решења, али за које арбитражна регулатива, теорија и пракса још увек нису изнашли задовољавајуће одговоре.

Ако се као пример узме уговор на чије се обе стране појављују уговорни конзорцијуми који немају јединствени правни субјективитет, и који су састављени од правних субјеката из различитих држава, приликом извршења овог уговора, или у вези са тим, спорови могу настати између различитих учесника. Чак и у ситуацији када сви субјекти на једној страни желе да покрену арбитражни поступак против свих учесника на другој могу настати одређене потешкоће. Тако се може догодити, на пример, да субјекти на страни туженог не желе да именују заједничког арбитра. Како се једнакост странака у поступку именовања арбитра сматра фундаменталним принципом арбитражног права и саставним елементом јавног поретка,²¹ настаће проблем у вези са конституисањем арбитражног трибунала. Овај проблем, у оквиру МТК, превазиђен је одредбом чл. 10. Правила Арбитраже ове институције, тако што је предвиђено или сагласно именовање арбитра од стране свих субјеката на једној страни, или, у случају када се оваква сагласност не може постићи, нити постоји споразум страна о неком другом методу именовања, именовањем три арбитра,

¹⁹ Видети Цукавец, М. – Пренос арбитражног споразума, Привреда и право, бр. 58/89.

²⁰ Чл. 13. Закона о арбитражи РС.

²¹ Видети Schwartz, E. – *Multy-Party Arbitration and the ICC: In the Wake of Dutco*, објављено у Craig, L. – Park, W. – Paulsson, J. – *International Chamber of Commerce Arbitration*, 1999. година.

од којих ће један бити одређен за председника већа, од стране Међународног суда арбитраже МТК.²²

Много је компликованија ситуација у којој само један или неки од више учесника трансакције на једној уговорној страни желе да покрену арбитражу против само једног или више, али не свих, субјеката на другој страни. Разлози за то могу бити различити. Може се десити да преостали субјекти на страни тужиоца желе да очувају добре односе са саговорачима, или да тужилац настоји да одржи коректне односе са другим субјектима на страни туженог, или да сматра да је само један од саговорника одговоран за повреду уговора. Овакви сценарији намећу бројна питања на која није лако наћи одговоре, поготову када субјекти на једној уговорној страни заједнички и солидарно одговарају за обавезе према другој, што их чини заинтересованим за исход арбитраже. Као проблематична, у овој ситуацији појављују се питања да ли тужилац може да покрене арбитражу без сагласности осталих субјеката на својој страни, да ли тужилац може покренути арбитражу само против једног субјекта на другој уговорној страни и да ли касније може покренути другу арбитражу против неког другог саговорача, да ли остали субјекти на страни тужиоца, односно туженог, могу интервенисати или се придружити у арбитражи, може ли тужени подићи противтужбу само против тужиоца или то мора учинити и против других субјеката на његовој страни.

Према преовлађујућем ставу теорије и арбитражне праксе, с обзиром на уговорну утемељеност арбитраже, у случају када субјекти заинтересовани за исход поступка нису потписници арбитражног споразума, они не би требало да имају могућност да узму учешће у њему без сагласности потписника. Ипак, барем што се тиче међународне арбитраже, чак и овакав априорни став многи аутори оспоравају, сматрајући да свеобухватна либерализација правног режима арбитраже чини овако рестриктиван приступ тумачењу арбитражних клаузула застарелим.²³ Ако, пак, имамо у виду лица која су потписала арбитражни споразум, препрека за њихову интервенцију или придруживање, наизглед не би требало да буде. Ипак, највећи број арбитражних извора чини и ову могућност проблематичном. Наиме, према традиционалном схватању, приступ

22 Видети Derains, Y. – *The Limits of Arbitration Agreement in Contracts Involving More Than Two Parties*, International Court of Arbitration Bulletin, Complex Arbitrations – Special Supplement, 2003. година, стр. 26, који истиче да је адекватном формулацијом арбитражних правила, упркос ћутању арбитражног споразума, решен један од кључних проблема вишестраначких арбитража. И у *ad hoc* арбитражама, где не постоје институционални оквири за спровођење арбитражне процедуре, странкама стоји на располагању могућност да ово питање регулишу арбитражним споразумом. Може се извести закључак да тешкоће у погледу именовања арбитра у вишестраначком контексту нису последица суштинских својстава арбитраже, већ ствар њене имплементације, у погледу које је могуће учинити адекватне адаптације.

23 Видети Hanotiau, B. – *Problems Raised by Complex Arbitrations Involving Multiple Contracts-Parties-Issues: An Analysis*, J. Int'l Arb., бр. 18, 2001. година, стр. 256.

арбитражи у својству странке могу имати само лица означена у иницијалној процесној радњи као тужилац и тужени, што практично значи да је тужилац тај који одређује ко ће бити странке у арбитражном поступку. Остала лица, без обзира на то што су евентуално стране арбитражног споразума, не могу имати овај процедурални статус. Ово правило омогућава једном од субјеката на једној страни да покрене арбитражу против само једног од саговорника, који само против тужиоца може подићи противтужбу, али онемогућава учешће потписника које тужилац није означио као странке.

Принцип детерминисаности странака арбитражног поступка актом процесне иницијативе преузет је из парничног поступка и ставља тужиоца у знатно повољнији положај, дајући му ексклузивно право да одреди свог противника. Он, такође, правилима процедуре даје примат у односу на сам арбитражни споразум, иако се арбитражни поступак покреће и води на основу овог инструмента и чак, према многим ауторима, представља његово пуко извршење. Зато неки писци истичу да би, у циљу постизања процедуралне једнакости странака, а у складу са начелом владавине уговора, потенцијалне странке у арбитражном поступку требало да буду детерминисане правним дејствима арбитражног споразума, уз могућност сваке од њих да реализује овај потенцијал.²⁴

Када се ради о могућности да тужилац покрене нови арбитражни поступак против осталих субјеката на страни туженог, она је неспорна, али повлачи ризик дуплирања трошкова и времена за решавање повезаних спорова. Ова опасност елиминисала би се спајањем арбитражних поступака, за шта би била неопходна сагласност свих странака покренутих поступака.²⁵

3.2. Арбитражни споразум и трећа лица

Своје овлашћење да спор реше, арбитражи заснивају искључиво на споразуму странака. Зато, начелно, треће лице, које се није писмено сагласило на арбитражу, не може имати својство странке у њој. Ипак, у међународној арбитражној пракси често се догађа да се арбитражни поступак покрене од стране или против субјеката који нису потписници арбитражног споразума. Тада се поставља питање да ли се, и под којим условима, арбитражни споразум

24 Тако и Nanotiau, В. – *Complex – Multicontract – Multiparty Arbitrations*, *Arb. Int'l*, бр. 14, 1998. година, стр. 384, где аутор наводи да „арбитражни поступци, ма која национална или институционална правила да се на њих примењују, просто представљају имплементацију уговора, то јест арбитражног споразума. Једна од странака арбитражног поступка, тужилац или тужени, увек је овлашћена да захтева да друга лица учествују у поступку уколико може да докаже да су она заиста стране, не поступка, већ арбитражног споразума.“

25 Одредба чл. 4. ст. 6. Правила о арбитражи МТК предвиђа да је спајање могућно све до потписивања, односно одобравања „услова поверавања“ (*Terms of Reference*).

може применити и на та лица.²⁶ У трагању за одговором на ово питање полазна тачка могу бити многобројни предмети који су решавани пред арбитражним судовима МТК, чијим се аналитичким и критичким сагледавањем могу извести одређена општа правила и начелни закључци.²⁷

Без обзира на опште правило о субјективним границама уговора, које се примењује и на арбитражни споразум, арбитражна пракса показује да су арбитражне институције склоне да у неким ситуацијама дејство арбитражног споразума прошире и на трећа лица. Један од таквих случајева је онај када је потписник арбитражног споразума лице које иступа у својству агента или заступника уговорне стране – када се треће лице, иако уско посматрано непотписник, заправо може сматрати уговорном страном арбитражног споразума. Исто тако, универзална сукцесија, асигнација и новација (када се споразумом између две иницијалне стране и трећег лица једна од иницијалних страна супституише трећим лицем у уговорном односу) могу бити повод преласка дејства арбитражног споразума на лице које га није закључило.

У случају преноса права и обавеза из главног уговора, чији је саставни елемент и арбитражна клаузула, уговорне стране могу изричито предвидети да арбитражна клаузула, заједно са главним уговором, прелази на стицаоце. Ипак, у пракси, оваква изјава воље најчешће изостаје, па се поставља питање да ли арбитражна клаузула везује и трећа лица на која прелази главни уговор. Иако правило о сепарабилности (одвојивости, самосталности) арбитражне клаузуле упућује на закључак да је одговор на ово питање негативан, тежње за афирмисањем и широм применом арбитражног решавања спорова довеле су тога да је, када је у питању пренос уговора, широко прихваћен став по којем се арбитражна клаузула сматра пратећим елементом главног уговора, тј. сматра се да се преносом главног уговора преноси и овај његов сегмент.²⁸

Када се ради о закључењу главног уговора који садржи арбитражну клаузулу у корист трећег лица, постоје одређена разилажења по питању

26 Према америчкој арбитражној доктрини постоје три групе ситуација у којима се непотписници арбитражног споразума могу принудити на учешће у арбитражи, односно у којима им се оно може допустити: 1) када се лице које није потписник арбитражног споразума може сматрати везаним њиме (*alter ego*, однос заступништва, пренос арбитражног споразума, уговор у корист трећег лица), 2) када непотписници арбитражног споразума закључе са једном од страна повезани уговор, који укључује, путем упућивања, арбитражну клаузулу садржану у првом уговору, 3) када се, с обзиром на своје понашање, лица могу сматрати обавезним на арбитражно решавање спорова и без експлицитног пристанка на одређену арбитражу – видети Lamm, C. – Aqua, J. – *Defining the Party – Who is a Proper Party in an International Arbitration Before the American Arbitration Association and Other International Institutions*, Geo. Wash. Int'l L. Rev., бр. 34, 2002-2003. година, стр. 722 – 733.

27 Ова питања детаљно су размотрена у већем броју радова публикованих у ASA, Special Series, бр. 8, 1994. година.

28 Видети Цукавец, М. – *op. cit.*, стр. 449. и Познић, Б. – *op. cit.*, стр. 1832.

везаности бенефицијара. Према неким ауторима, арбитражни споразум тада дејствује и према трећем лицу, док други ово тврђење оспоравају, истичући да ово лице није уговорна страна нити основног уговора нити арбитражне клаузуле, па његову везаност арбитражним споразумом условљавају изричитим или прећутним пристанком на арбитражу.²⁹ У том случају, према овим ауторима, заправо се и не ради о везаности трећег лица арбитражном клаузулом коју су закључила трећа лица, већ о пристанку самог тог лица на арбитражно решавање спора.

У тесној вези са питањем дејства арбитражног споразума на трећа лица је и тзв. доктрина „групе компанија.“ Група компанија (*group of companies, groupe de societes*) представља скуп друштава од којих свако поседује посебну правну самосвојност и „које, као такво нема свој посебан субјективитет, чак иако постоји јединство доношења одлука, управљања и контроле.“³⁰ Правна одвојеност субјектата по закону, између осталог, значи и немогућност да један од чланова преузима обавезе у име и за рачун осталих, као и искључење одговорности једног за обавезе осталих према трећим лицима.³¹ Ипак, реалност правног промета, нарочито међународног, показује да група компанија у односима према трећим лицима веома често фактички наступа као посебан субјект, представљајући, без обзира на формалноправни плуралитет, економско јединство (*unite economique*). Зато је основна поставка концепта групе компанија, у светлу његове примене у арбитражном праву, да правним субјектима не би требало „омогућити позивање на одвојеност правних идентитета са циљем избегавања арбитраже и одговорности у случајевима када је одвојеност вештачка, и када би се ефекти њеног одржавања састојали у повреди правде и правичности у пословању.“³² Из тог разлога и правна наука и арбитражна пракса,³³ одговарајући на захтеве реалности, под одређеним условима, групу компанија третирају као јединствен правни ентитет.

За проширење дејства арбитражног споразума на трећа лица унутар групе компанија, према досадашњој јудикатури водећих арбитражних центара, посебно МТК, потребно је, начелно, да буде испуњен барем један од праксом установљених услова. Наиме, уколико се тумачењем може закључити да постоји заједничка воља да читава група компанија буде уговорна страна арбитражног

29 Видети Jarvin, S. – *Arbitration and Third Parties*, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд, 1997. година, стр. 72,

30 Видети Jarosson, C. – *Convention d'arbitrage et groupes de societes*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 210.

31 Више о томе Васиљевић, М. – *Привредна друштва – домаће и упоредно право*, Београд, 1999. година.

32 Jarvin, S. – *op. cit*, стр. 77.

33 Више о арбитражној теорији и пракси као посредном извору права видети у Трајковић, М. – *Међународно арбитражно право*, Београд, 2000. година, стр. 225 – 230.

споразума, уколико су чланице групе, иако непотписнице арбитражног споразума и главног уговора, активно учествовале у његовом припремању, преговорима за закључење, извршењу и престанку, или уколико је компанија родитељ поступала за рачун компанија кћери, арбитражни споразум деловаће и према чланицама групе компанија које га нису закључиле.

У арбитражној пракси су прецизиране и конкретне ситуације у којима ће се сматрати да су се, осим потписника арбитражног споразума, на арбитражу обавезала и друга лица из групе. То су следећи случајеви: када је у извршењу уговора учествовала читава група, када је све чланице групе репрезентовало исто лице или је заступник поступао на начин који је саговорача довео у заблуду у погледу идентитета заступаног, када неке од чланица групе стичу директне користи од извршења уговора који садржи арбитражну клаузулу, када су чланице групе активно учествовале у преговорима за закључење уговора и његовом извршењу, када постоји заједничка воља чланица групе да се спорови повере арбитражи иако је споразум потписала само једна и када физичко лице користи више правних лица за остварење својих личних циљева.³⁴ Нарочита ситуација постоји ако страна компанија оснива посебно предузеће у складу са законима одређене државе у којој жели да послује, када се поставља питање да ли се дејство арбитражне клаузуле може проширити и на компанију родитеља.³⁵

Приликом разматрања питања да ли се може сматрати да арбитражна клаузула обавезује и непотписнике нарочито су важни прописи места арбитраже који се односе на форму арбитражног споразума.³⁶ Наиме, ако је законом места арбитраже императивним законским одредбама предвиђена обавезна писмена форма арбитражног споразума, проширењем његовог дејства на непотписнике ове одредбе биће повређене. У другим државама, пак, где захтеви у погледу форме нису тако стриктни, понашање учесника трансакције може надоместити недостатак потписа на уговору.³⁷

Илустративан пример значаја права места арбитраже у решавању питања дејства арбитражног споразума на трећа лица унутар групе компанија представља предмет *Dow Chemical v. Isover-Saint-Gobain*, из француске арбитражне

34 Видети Jarvin, S. – op. cit, стр. 77 – 80.

35 У случају да се у страниој држави оснива марионетско предузеће ради остварења недозвољених циљева, сматра се да долази у обзир примена института пробијања правне личности – видети Sandroock, O. – *Extending the Scope of Arbitration Agreements to Non-Signatories*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 174 – 176.

36 И иначе, избор места арбитраже од огромног је практичног значаја за многе аспекте арбитражног поступка, па се на његовом опредељењу у фази арбитражног планирања (преговарања и састављања арбитражне клаузуле) у литератури нарочито инсистира. Видети De Ly, F. – *The Place of Arbitration in a Conflict of Laws of International Commercial Arbitration: The Exercise in Arbitration Planning*, Northwestern J. Int'l L. & Bus., 1991. година, стр. 51.

37 МТК предмет бр. 3879 (*Western Helicopters*).

праксе.³⁸ У овом предмету, у вези одлучивања о сопственој надлежности, пред арбитрама се појавило питање да ли су чланице групе компанија које нису потписале основни уговор везане арбитражном клаузулом садржаном у њему. Том приликом арбитраи нису применили нити једно конкретно национално право, већ су питање своје надлежности у односу на трећа лица ценили позивањем на концепт транснационалног права, то јест *lex mercatoria*, који обухвата објективне критеријуме обичаја и начела међународне трговине, као и концепт разумних и фер очекивања странака, о којима треба судити на основу заједнички изражене воље. Сагледавајући ситуацију кроз призму овако широко постављених критеријума, арбитраи су установили да је арбитражна клаузула обавезујућа и за чланице групе које нису потписале уговор, с обзиром на њихове активности у закључењу, извршењу и престанку уговора, којима је испољена заједничка воља. Пресудан значај места арбитраже у овом случају огледа се у чињеници да је одлука донесена у земљи у чијем је праву и судској пракси теорија групе компанија већ увелико била разрађена и примењивана.³⁹ Исто тако, уредбама о арбитражи (националној и међународној)⁴⁰ у Француској, захтеви у погледу форме арбитражног споразума практично су укинута, па ни за арбитрае, ни за државни суд који је одлучивао о захтеву за поништење арбитражне одлуке, никакав проблем није представљало то што неке чланице групе компанија нису ставиле свој потпис на уговор који је садржао арбитражну клаузулу.

Већи број аутора покушао је да таксативно енумерише околности о којима арбитражни суд треба да води рачуна приликом процењивања да ли се може успоставити његова надлежност у односу на правна лица која припадају групи компанија, а која нису потписници арбитражног споразума. Тако *Blessing* наводи да су нарочито битне следеће околности: да ли се тумачењем уговора може доћи до закључка да је истинска воља страна да чланице групе компанија буду странке арбитражног поступка, да ли је понашање лица такво да сауговарача наводи на то да сматра да је оно учесник уговорног односа, да ли је чланица групе активно учествовала у закључењу и извршењу главног уговора, да ли је организациона структура групе таква да оправдава проширење арбитражног споразума и да ли меродавно право омогућава ово проширење, при чему нарочито треба имати у виду правила о пробијању правне личности и

³⁸ МТК предмет бр. 4131. Одлука којом је решено питање надлежности арбитражног суда донесена је 23. септембра 1982. године – видети *Chapelle, A. – Comment, Revue de l'arbitrage*, 1984. година, стр. 137.

³⁹ О теорији групе компанија у Француској видети *Bolard, G. – Les groupes de sociétés en droit Français*, Право и привреда, бр. 5-8/98, стр. 17 – 22.

⁴⁰ Уредба о арбитражи, од 14. маја 1980. године и Уредба о међународној арбитражи, од 12. маја 1981. године.

начело правичности у пословању.⁴¹ Са друге стране, *Jarvin* и *Jarosson* сматрају да би суд у оваквим приликама требало нарочито да поведе рачуна о томе да ли се воља уговарача може протумачити тако да се странама могу сматрати све чланице групе, да ли је матично друштво деловало за рачун зависног и колико је друштво које није потписало уговор активно учествовало у његовој припреми, преговорима за закључење и извршењу.⁴²

По питању примене теорије групе компанија у контексту дејства арбитражног споразума, наука арбитражног права није јединствена.⁴³ Са једне стране спектра су „меркатористи“ који сматрају да је питање дејства арбитражног споразума чињенично, а не правно питање, што за консеквенцу има то да се арбитра приликом одлучивања о њему не морају ослањати ни на које меродавно право (осим у случају када чињенична анализа није довољна).⁴⁴ На другој страни су конликуталисти, који заступају став да се применом теорије групе компанија на овај начин вређа принцип одвојених правних личности, као и принцип релативног дејства уговора. Исто тако, арбитражни споразум је, према одредбама већине националних закона и најзначајнијих међународних конвенција,⁴⁵ строго формални уговор, а правила о његовој форми су императивне природе и била би повређена проширењем његовог дејства на лица која га нису потписала. Зато се решење проблема увек треба тражити у меродавном праву. То ипак не значи да ови теоретичари апсолутно искључују могућност проширења субјективних граница арбитражног споразума, будући да се у свим правним системима предвиђају изузеци од поменутих принципа.⁴⁶

Неспорно је, међутим, да терет доказивања постојања претпоставки за проширење домашаја арбитражног споразума на трећа лица у оквиру групе компанија увек лежи на странци која ово проширење тражи.⁴⁷

41 Blessing, M. – *Extension of the Scope of an Arbitration Clause to Non-Signatories*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 160 – 163.

42 Jarvin S. – *Extending the Scope to Non-Signatories: Group of Companies Doctrine*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 199 – 201. и Jarosson, C. – *Convention d'arbitrage et groupes de societes*, ASA Special Series, бр. 8, 1994. година, стр. 220 – 226.

43 Видети Цукавец, М. – Арбитража и трећа лица, Арбитража, СТА, 2003. година, стр. 38.

44 На пример, Jarvin, S. – *Arbitration and Third Parties*, op. cit, стр. 76.

45 Њујоршка конвенција, чл. II и Европска конвенција чл. I ст. 2(a).

46 Sandrock, O. – op. cit, стр. 168. и Петровић, М. – *Lex Mercatoria* и међународна трговачка арбитража, Међународна трговачка арбитража – стање и перспективе, Београд, 1997. година, стр. 222 – 225.

47 Тако и Boissesson, M. – *Effets d'une convention d'arbitrage à l'interieur d'un groupe de societes*, Bulletin Joly, бр. 12, 1990. година, стр. 1005.

Концепту „групе компанија“ близак је појам пробијања правне личности.⁴⁸ Овај институт базиран је на потреби спречавања злоупотребе правног субјективитета једног правног лица од стране другог правног лица, физичког лица или државе, коју, за разлику од циљева које подржава теорија групе компанија, у највећем броју држава препознаје и сам законодавац.⁴⁹ У погледу овог института, у упоредном праву изграђени су одређени теоријски и практични ставови,⁵⁰ којима је заједничко својство то што предвиђају да се, уколико једно лице злоупотреби правни субјективитет правног лица да би из уговора који је то правно лице закључило стекло какву корист, дејство овог уговора може проширити и на лице које врши злоупотребу. Тако је у предмету *National Development Company of Philippines v. Adnan M. Kashoggy*⁵¹ амерички државни суд наложио господину *Kashoggy*-у да учествује у арбитражном поступку на основу чињенице да овај поседује 100% акција у компанији *Triad Holding* која је закључила арбитражни споразум и да стога представља *alter ego* ове компаније. Исто тако, у случају *Orri v. Elf Aquantine*,⁵² из француске арбитражне праксе, арбитражни суд је, током одлучивања о својој надлежности,⁵³ утврдио да је господин *Orri* приликом закључивања уговора злоупотребио предузећа која је контролисао и да се стога сматра везаним арбитражним споразумом. Апелациони суд је одбио да поништи одлуку донесену у овом поступку услед тога што је утврдио постојање економске целине подвргнуте једној вољи, као и злоупотребу у моменту закључења уговора, која се састојала у намери да

48 Овај институт настао је у енглеском праву (предмет *Solomon v. Solomon & Co Ltd*). – наведено према Јовановић, Н. – Побијање правног субјективитета компанија, Правни живот, бр. 10, 1997. година, стр. 866. Пробој правне личности у страниој литератури перифрастично се означава као „игнорисање корпоративног ентитета“ (*ignoring the corporate entity*), „бушење корпоративног вела (*pearcing the corporate veil*) и сл.

49 У нашем праву овај институт регулисан је одредбом чл. 15. Закона о привредним друштвима. Наша судска пракса, као и упоредни преглед решења везаних за пробијање правне личности, изложени су у Марковић, В. – Пробијање правне личности кроз нашу судску праксу са освртом на законску регулативу других земаља, Право и привреда, бр. 5-8/2001, стр. 853 – 863.

50 То су теорија агенције или заступања, теорија економског јединства, теорија *alter ego*, и теорија злоупотребе. Више о овим теоријама видети код Јовановић, Н. – *op. cit*, стр. 874 – 879.

51 U.S. District Court (S.D.N.Y. 1992), 89 Civ. 7457/MP, Yearbook of Commerical Arbitration, бр. XVIII, стр. 506. и бр. XIX, стр. 494.

52 МТК предмет бр. 5730 из 1988. године; одлука Апелационог суда Париза од 11. јануара 1990. године, којом је ова одлука потврђена и одлука Касационог суда од 11. јуна 1991. године, којом је одбијен захтев за укидање одлуке Апелационог суда. За коментар видети Kohen, D. – *Comment*, Revue de l'arbitrage, 1992. година.

53 Видети Ћирић, А. – Компетенција компетенције, Међународна привредна арбитража – стање и перспективе, Београд, 1997. година, стр. 194 – 203.

се уговорном партнеру као саговорач подметне лице које само формално фигурира као посебан субјект.

У америчкој судској пракси, за потребе анализирања проблема дејства арбитражног споразума на лица која га нису закључила, интересантан је предмет *Carte Blanche Pte. Ltd. Singapore v. Carte Blanche International Ltd.* у којем је суд другог степена укинуо првостепену одлуку којом је утврђено да *Diners Club*, као матично предузеће предузећа *Carte Blanche International Ltd.* није дужан да изврши обавезу свог зависног предузећа наложену арбитражном одлуком. Након што је утврдио да зависно предузеће није водило пословне књиге, да оно није имало сопствену управљачку структуру и имовину и да су приходи од закљученог посла ишли директно *Diners Club*-у, виши суд је „скинуо корпоративни вео“ и позвао се на теорију *alter ego*, па је арбитражна одлука извршена директно против матичног предузећа.⁵⁴

ЗАВРШНЕ НАПОМЕНЕ

Како су концепти и институти арбитражне процедуре који омогућавају, односно чине основ, проширења дејства арбитражног споразума на трећа лица претежно изграђени и развијени у међународној и упоредној арбитражној теорији и пракси, њихова евентуална примена у нашој земљи неизоставно ће бити скопчана са многобројним проблемима и препрекама које намећу наше национално законодавство и домаћа јудикатура. Многа правила чија се примена на међународном плану, односно у неким страним системима, заобилази ради отварања врата проширењу дејства арбитражног споразума, у нашој земљи имају карактер императивних прописа, који се не могу дерогирати диспозицијом странака. Тако, на пример, правила о форми арбитражног споразума (чл. 470. и 471. старог ЗПП, односно чл. 12. новог Закона о арбитражи РС), која предвиђају обавезну писмену форму овог инструмента, имају императивну природу, па се евентуалним уговарањем меродавног права према којем захтеви форме нису тако строги, примена ових правила неће искључити. На тај начин практично је елиминисана могућност примене *lex mercatoria* у циљу ефектуирања дејства арбитражног споразума на трећа лица која га нису потписала, без обзира на њихову припадност групи компанија чија је чланица једна од уговорних страна и упркос испуњености осталих услова, које, на пример, арбитражни суд МТК узима као довољне за проширење субјективних граница арбитражног споразума. Нешто другачија била би ситуација када би се радило о злоупотреби правног лица, када би принцип забране злоупотребе права претегао у односу на

⁵⁴ О пракси америчких судова да своју међународну надлежност успостављају на основу пословања одређених субјеката преко њихових зависних предузећа видети Станивуковић, М. – Међународна надлежност судова у праву САД, Европске уније и ЕФТА, Нови Сад, 1995. година, стр. 73 – 74.

принцип строгог формализма арбитражног споразума, што би могло довести до пробијања правне личности.

У пракси наших арбитражних институција до сада није било случајева у којима је успостављена надлежности арбитражног суда у односу на лица која формално нису била уговорне стране арбитражног споразума. Међутим, са даљим отварањем наше привреде према иностранству и њеним озбиљнијим укључивањем у светске економске токове, готово је неизбежно да ће се у догледно време и наши арбитражни и државни судови наћи пред новим изазовима, који се односе на решавање проблема везаних за проширење дејства арбитражног споразума.

Prof. Dejan Janićijević, LL.D,
Faculty of Law, University of Niš,

EXTENDING THE SCOPE OF ARBITRATION AGREEMENT

Summary

The scope of arbitration agreement is limited both in subjective and objective sense. Namely, the jurisdiction of arbitration tribunal refers only to disputes covered by arbitration agreement, arising between the parties thereof. However, under certain circumstances, the effects of the agreement can be extended to issues and subject not encompassed thereby. This paper examines the grounds for expanding the reach of arbitration agreement, emphasizing the consensual nature of arbitration. The author makes an effort to determine the conditions under which arbitration agreement may affect non-signatories, and to identify the situations in which arbitration tribunal may rule on issues not covered thereby. Through the in-depth analysis of different legal concepts and institutes that belong to different legal systems, this paper attempts to synthesize the common principles applicable in all situations in which the questions of expanding the scope of arbitration agreement may arise.

Key words: *arbitration, arbitral agreement, scope, contractual parties.*

ОГРАНИЧЕЊЕ УПОТРЕБЕ ЗАПАЉИВОГ ОРУЖЈА У ОРУЖАНИМ СУКОБИМА^{1*}

***Апстракт:** Код запаљивог оружје ватра и топлота изазвана хемијском реакцијом неких супстанци се користе за наношење губитака непријатељу. Иако су државе успеле да постигну консензус око дефиниције запаљивог оружја, и даље постоје неслагања око њеног домашаја. У међународном хуманитарном праву постоји већи број правила која су релевантна за примену запаљивог оружја. Она се налазе како у обичајном, тако и у уговорном праву. Обавеза разликовања војних и цивилних објеката и забрана наношења сувишних повреда или непотребних патњи су два најважније обичајна правила која се морају узети у обзир приликом употребе запаљивог оружја. Петроградска декларација из 1868. године и Протокол III уз Конвенцију о конвенционалном оружју из 1980. године су једина два уговора која садрже посебне одредбе о запаљивом оружју. Први од њих данас нема неки већи практични значај, док Протокол III садржи значајна ограничења чији је циљ заштита цивила од дејства запаљивог оружја.*

***Кључне речи:** запаљиво оружје, Протокол III, начело разликовања, забрана сувишних повреда или непотребних патњи, цивилно становништво, борци.*

1. УВОД

Запаљиво оружје се од давнина користи у оружаним сукобима, а његов војни значај ни данас није занемарљив. Упркос дуготрајној употреби у рату и постојању посебног међународног уговора којим је регулисано, запаљиво оружје и даље прате значајне правне недоумице и дилеме.

¹ * Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Иако постоји уговорна дефиниција запаљивог оружја, још увек има неслагања око тога шта све спада у ову врсту оружја. Први део рада је управо посвећен разјашњењу тог питања. На његовом почетку изнете су опште карактеристике запаљивог оружја, а потом је дат кратак преглед модерних запаљивих материја коришћених у оружаним сукобима. Након тога се прелази на конкретну анализу дефиниције запаљивог оружја садржане у Протоколу III о забрани или ограничавању употребе запаљивог оружја. При томе се посебна пажња посвећује запаљивим средствима базираним на белом фосфору и могућности њиховог укључивања у поменути дефиницију.

И у погледу статуса запаљивог оружја у међународном хуманитарном праву (у даљем тексту „МХП“) постоје одређена размимоилажења. У другом и трећем делу рада су разматране норме међународног права релевантне за примену запаљивог оружја. Други део је посвећен анализи обичајних правила која приликом употребе запаљивог оружја морају поштовати све државе. Конкретно, испитује се компатибилност употребе запаљивог оружја са начелом разликовања и забраном наношења сувишних повреда или непотребних патњи. У трећем делу рада пажња је усмерена на уговоре који садрже посебне одредбе о запаљивом оружју. Након анализе забране из оперативног дела Петроградске декларација из 1868. године, детаљно се анализирају правила садржана у Протоколу III о забрани или ограничавању употребе запаљивог оружја (у даљем тексту „Протокол III“),² који је усвојен уз Конвенцију о забрани или ограничавању употребе одређених врста конвенционалног оружја за које се може сматрати да проузрокују прекомерне трауматске ефекте или да делују без разликовања у погледу циљева из 1980. године.

2. ПОЈАМ И КАРАКТЕРИСТИКЕ ЗАПАЉИВОГ ОРУЖЈА

Запаљиво оружје је врста борбених средстава код које се ватра и топлота изазвана хемијском реакцијом неких супстанци користе за наношење материјалне штете непријатељу, као и за избацивање противничких бораца из борбе. Уништавање материјалних добара се остварује дејством пламена и високе температуре на објекте у нападнутој области. Запаљиво оружје је нарочито подесно за уништавање оклопних и других возила, паљење муниције и горива у складиштима или транспортима, као и за нападе на простране војне циљеве. Поред иницијалног паљења хемијским оружјем, многи објекти могу страдати услед секундарних пожара изазваних употребом запаљивог оружја.

Елиминисање непријатељских бораца запаљивим оружјем врши се изазивањем тешких повреда које често резултирају смрћу. Оно узрокује озбиљне термалне и хемијске опекотине које су веома болне и споро зарастају, нарочито у

² За текст видети: В. Кнежевић-Пређић, Ж. Лежаја, С. Аврам (ур.), *Извори међународног хуманитарног права*, Београд, 2007, стр. 410-411.

условима неадекватног лечења какви владају током оружаних сукоба. Опекотине достижу четврти и пети степен и манифестују се у екстремним повредама мишића, лигамената, тетива, нерава, крвних судова, па чак и костију.³ Услед високе температуре и дима, запаљиво оружје може изазвати и оштећења дисајних органа. Удисање врелог ваздуха и продуката сагоревања може довести до опекотина респираторних органа и других плућних компликација, укључујући пнеумонију и воду у плућима.⁴ Као дугорочне последице употребе овог оружја јављају се унакажење, непокретност удова или прстију и психичке трауме.⁵

Иако постоји више од 180 модела запаљивог оружја,⁶ сва она се базирају на некој од три врсте хемијских супстанци: напалму, термитним супстанцама и белом фосфору. Свим тим супстанцама је заједничко да сагоревањем стварају веома високе температуре које доводе до паљења објеката и повреде лица на подручју њиховог дејства.

Напалм је вероватно најпознатија врста запаљиве супстанце, чему је свакако допринео Други светски рат и Вијетнамски рат. Напалм је прашкаста супстанца створена мешањем алуминијумског сапуна нафталина (енг. *naphthalene*) и палмитата (енг. *palmitate*), од чега му и потиче назив.⁷ Напалмско оружје је створено 1942. године на Харвардском универзитету и представљало је мешавину напалма и бензина. Додавање напалма значајно је смањило брзину сагоревања бензина и тиме повећало његову употребљивост као запаљивог оружја.⁸ После Корејског рата (1950-1953) дошло је до унапређења ове врсте оружја. Од тада у његов састав напалм више и не улази, већ се уместо њега, бензин комбинује са бензеном и полистиреном, што смањује могућност случајног паљења те нове мешавине. Ова нова формула је позната под називом „напалм Б“, супер-напалм или НП2.⁹ Док је класично напалмско оружје горело 15 до 30 секунди развијајући

3 UN Secretary-General Report, *Napalm and Other Incendiary Weapons and All Aspects of Their Possible Use*, Doc. A/8803/Rev.1, 1973, p. 30.

4 Stockholm International Peace Research Institute, *Incendiary Weapons*, Cambridge, 1975, pp. 142-143.

5 UN Secretary-General Report, p. 35.

6 Human Rights Watch-International Human Rights Clinic of Harvard Law School, *Incendiary Weapons: Government Positions and Practices*, April 2012, p. 19, http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/arms_incendiary_0412.pdf.

7 Global Security, *Napalm*, <http://www.globalsecurity.org/military/systems/munitions/napalm.htm>.

8 У Првом светском рату бензин је коришћен као запаљиво оружје, али му је главна мана било брзо сагоревање.

9 Global Security, op. cit.

температуру од 900-1300°C, ново напалмско оружје може горети и до 10 минута стварајући температуру од 1500-2000°C.¹⁰

Напалм доводи до тешких повреда код жртава. Велики проблем за жртве је готово немогуће одстрањивање горућег напалма са делова тела на које је пао. Непосредна смрт обично наступа због системске хипертермије или гушења услед повреде плућа и дисајних путева, односно због недостатка кисеоника.¹¹ Они који и преживе дејство ватре изложени су озбиљном смртном ризику услед шока, немогућности храњења, инфекција или респираторних компликација.¹²

Термитно оружје (енг. *thermite or thermate weapons*) садржи мешавину прашкастог гвожђе-оксида и алуминијума, или баријум-нитрата, а у новије време и триетил-алуминијума. Бомбе пуњене овим материјама стварају температуру од око 2400°C и првенствено су намењене за уништавање материјалних циљева. Ове бомбе нису погодне за антиперсоналну употребу, а најчешће се користе за уништавање оклопних возила.¹³

Бели фосфор је супстанца подложна samozапалењу при контакту са кисеоником на температури која је виша од 30°C.¹⁴ Приликом његовог сагоревања ствара се светлост, ослобађа бели густ дим и развија температура од преко 800°C.¹⁵ Због својих карактеристика, бели фосфор се у оружаним сукобима користи за задимљавање или осветљавање простора, маркирање циљева и трасирање путање зрна испалених из различитих оружја и оруђа. Међутим, уколико комадићи белог фосфора не сагоре у ваздуху већ падну на предмете или особе, они ту настављају да горе све док у потпуности не сагоре или док не буду изоловани од кисеоника.

Када честице белог фосфора падну на особу, оне прогоревају одећу и даље настављају да горе кожу и ткива изазивајући термалне и хемијске опекотине чиме се стварају дубоке ране које често досежу до костију. Те ране споро зарастају и подложне су инфекцијама. Бели фосфор кроз опекотине доспева у крвни систем и изазива оштећења других органа, због чега и опекотине које погађају 10% тела

10 P. Patnaik, *A Comprehensive Guide to the Hazardous Properties of Chemical Substances*, New Jersey, 2007. p. 893.

11 Сагоревање напалма троши сав кисеоник у околини претварајући га у угљен-диоксид и угљен-моноксид.

12 Human Rights Watch-International Human Rights Clinic of Harvard Law School, *The Human Suffering Caused by Incendiary Munitions*, March 2011, p. 5; http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2011_arms_incendiariespastharmanduse.pdf

13 W.H. Parks, The Protocol on Incendiary Weapons, *International Review of the Red Cross*, Vol. 30, November-December 1990, No. 279, pp. 543-544.

14 Због тог свог хемијског својства он се обично чува у води.

15 Због тих карактеристика, бели фосфор је употребљаван још у Првом светском рату.

имају фаталан исход.¹⁶ Удисање честица фосфора које се налазе у диму може изазвати озбиљна оштећења плућа и других дисајних органа.¹⁷

Иако на први поглед делује да није тешко утврдити која све средства спадају у запаљиво оружје, показало се да то није баш једноставно питање. До усвајања Протокола III у међународном праву уопште није постојала дефиниција запаљивог оружја.¹⁸ Државе су приликом усвајања тог уговора успеле да постигну сагласност око дефиниције запаљивог оружја, али и даље постоје неслагања око њеног домашаја.

Протокол III у првом ставу чл. 1 даје дефиницију ове врсте оружја,¹⁹ пружајући и нека њена додатна појашњења. Запаљиво оружје се дефинише као “свако оружје или муниција првенствено дизајнирана за паљење предмета или наношење опекотина особама деловањем пламена, топлоте или њиховом комбинацијом, произведених хемијском реакцијом супстанце бачене на циљ”.²⁰

У циљу појашњења дефиниције, Протокол наводи неке врсте запаљивог оружја, и то: бацаче пламена, фугасе, гранате, ракете, ручне гранате, мине, бомбе и друге контејнере пуњене запаљивим материјама. Међутим, ова листа је само индикативна (*exempli causae*), а не ексклузивна, тако да се и нека средства изван те листе могу подвести под појам запаљивог оружја. Поред тога, Протокол *expressis verbis* искључује нека средства из дефиниције хемијског оружја, и то: а) муницију која може имати случајне (узгредне) запаљиве ефекте (светлећа

16 Више о природи повреда које изазива бели фосфор видети: Human Rights Watch-International Human Rights Clinic of Harvard Law School, *The Human Suffering Caused by Incendiary Munitions*, March 2011, pp. 9-10; http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2011_arms_incendiariespastharmanduse.pdf.

17 R. Reyhani, The Legality of the Use of White Phosphorus by the United States Military During the 2004 Fallujah Assaults, *Journal of Law and Social Change*, Vol. 10, 2007, p. 8

18 Треба рећи да су, ипак, постојале неке дефиниције, али су оне имале само доктринарни карактер. У Извештају генералног секретара УН из 1971. године запаљиво оружје је дефинисано као оружја које садржи „супстанце које делују на циљ примарно дејством пламена и/или топлоте која потиче од самоотпочуњуће и/или самошируће егзотермне хемијске реакције“; UN Secretary-General Report, p. 30. И Конференција владиних експерата је дала своју дефиницију, подразумевајући под запаљивим оружјем „сваку муницију првенствено дизајнирану за изазивање пожара на објектима или проузроковање опекотина код лица дејством пламена и/или топлоте створних хемијском реакцијом супстанце бачене на циљ“; ICRC, *Conference of Government Experts on the Use of Certain Conventional Weapons* (Lucerne, 24.9-18.10.1974), Report, Geneva, 1975, p. 17, para. 49.

19 Током преговора о усвајању Протокола III било је и предлога да се посебно дефинишу запаљиво оружје (енг. *incendiary weapons*) и ватрено оружје (енг. *flame weapons*), с крајњим циљем да се ова друга врста подвргне строжем режиму. Међутим, та концепција није добила довољну подршку.; W.H. Parks, op. cit., pp. 541-542.

20 Иако се дефиниција запаљивог оружја темељи на „хемијској реакцији“ постоји општа сагласност да се запаљиво оружје не сматра хемијским оружјем и не подлеже правилима Женевског протокола из 1925. године; Ibid., p. 543.

и обележавајућа зрна, димна муниција, сигналне ракете), и б) муницију која поред пробојног, ударног или распрскавајућег дејства има и додатно запаљиво дејство, као што су пробојни пројектили, распрскавајуће гранате, експлозивне бомбе или слична комбинована муниција код које запаљиво дејство није намерно придодато у циљу наношења опекотена лицима, већ ради употребе против оклопних возила, летилица и других војних објеката.

Може се видети да Протокол не дефинише запаљиво оружје у његовом уобичајеном значењу подводећи под њега сва средства која могу довести до паљења објеката и изазивања опекотина код људи, већ уноси један додатни технолошки захтев („првенствено дизајнирано“) који је опредељујући код утврђивања да ли неко средство потпада под појам запаљивог оружја. Тиме је за постојање запаљивог оружја у смислу чл. 1 Протокола установљен један виши праг.

Уношење тог технолошког захтева отвара једно важно питање – ко и како ће ценити да ли је неко средство првенствено дизајнирано да приликом напада штету нанесе својим запаљивим дејством. Коначана оцена о томе никако не сме бити базирана само на декларацији произвођача оружја, већ се у обзир морају узети и све друге релевантне околности.

Из дефиниције се види да ће неко средство бити сматрано запаљивим оружјем само уколико је оно конструисано тако да се баш његово запаљиво и/или топлотно својство примарно користи за наношење штете непријатељу (паљење објеката или изазивање опекотина код људи). Уколико, пак, до пожара или опекотина дође услед запаљивог и/или топлотног дејства као споредног ефекта употребе неког оружја, онда оно не потпада под дефиницију из чл. 1 Протокола III. Дакле, приликом дефинисања запаљивог оружја употребљен је критеријум првенствене конструкционе намене, а не критеријум остварених последица.

Такав приступ довео је до спорења око тога да ли бели фосфор потпада под дефиницију запаљивог оружја из Протокола III.²¹ Извор тих неслагања лежи у самом својству белог фосфора. Природне карактеристике ове супстанце омогућавају његову употребу за задимљавање и осветљење, али се он може користити и за паљење објеката или изазивање опекотина код људи. Ово питање

21 Има мишљења да употреба белог фосфора није дозвољена због неких његових дејстава која се могу изједначити са хемијским оружјем или агенсима за контролу реда; О томе више видети: I.J. MacLeod-A.P.V. Rogers, *The Use of White Phosphorus and the Law of War*, *Yearbook of International Humanitarian Law*, Vol 10, 2007, pp. 86-91, 96; R. Reyhani, *op. cit.*, pp. 11-32; D.P. Fidler, *The Use of White Phosphorus Munitions by U.S. Military Force in Iraq*, *ASIL Insights*, 6 December 2005, <http://www.asil.org/insights051206.cfm>.

је нарочито актуелизовано након учестале примене белог фосфора у сукобима који су вођени последњих неколико година.²²

Доктрина и државе су подељене по том питању. Неки сматрају да у ситуацијама када су запаљива својства белог фосфора примарна сврха његове употребе он мора бити третиран као запаљиво оружје дефинисано Протоколом III, јер се тада фосфор употребљава са „намером искоришћавања његовог запаљивог својства“.²³ Такође се тврди да је тешко бранити став да муниција која садржи бели фосфор не потпада под домашај Протокола III једино због њене категоризације као „средства за задимљавање“, нарочито када су његови запаљиви ефекти директно употребљени у борби.²⁴ И аустралијски Водич за командире прихвата такав став, наводећи да у запаљиво оружје спадају средства као што су „напалм, бацачи пламена, обележавајућа зрна и бели фосфор“.²⁵

Насупрот томе, неки интернационалисти стоје на становишту да бели фосфор не треба сматрати запаљивим оружјем.²⁶ Такав експлицитан став изнеле су и неке државе. У британском Приручнику о праву оружаних сукоба стоји да су запаљиви ефекти муниције која садржи бели и црвени фосфор њено узгредно својство, те стога она не потпада под дефиницију запаљивог оружја из Протокола III.²⁷ И представник америчке војске је изјавио да бели фосфор јесте запаљива материја, али да не потпада под појам запаљивог оружја из Протокола III.²⁸ Италија је на ревизионој конференцији држава уговорница Конвенције о конвенционалном оружју истакла да „бели фосфор, уствари, није запаљиво оружје“.²⁹

22 Бели фосфор су употребиле САД у Ираку (2004), Израел у Либану (2006) и Гази (2009), Етиопија у Сомалији (2007), САД и Талибани и Авганистану (2009); International Humanitarian Law Research Initiative, *White Phosphorus Munitions*, 2009, <http://ihl.ihlresearch.org/index.cfm?fuseaction=page.viewpage&pageid=2105>; Human Rights Watch-International Human Rights Clinic of Harvard Law School, *The Human Suffering Caused by Incendiary Munitions*, March 2011, pp. 10-15; http://www.hrw.org/sites/default/files/related_material/2011_arms_incendiariespastharmanduse.pdf.

23 R. Reyhani, op. cit., p. 43.

24 I.J. MacLeod-A.P.V. Rogers, op. cit., p. 93.

25 *Australian Commanders' Guide* (1994), § 314, see also §§ 933–934, наведено према J.-M. Henckaerts -L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. II, Part I*, Cambridge, 2005, p. 1939, para. 118.

26 W.H. Parks, op. cit., p. 545.

27 *UK Manual on the Law of Armed Conflict*, Joint Service Publication 383, 2004, (Amendment 4, 2011), para. 6.12.6. p. 112.

28 Gen. Peter Pace - Chairman of the Joint Chiefs of Staff, U.S. Defends Use of White Phosphorus Munitions in Iraq, *American Journal of International Law*, Vol. 100, 2006, No. 2, p. 487.

29 Statement of Italy, Fourth Review Conference of States Parties to the CCW, Geneva, November 17, 2011

Према нашем мишљењу, постоје три могућа начина употребе белог фосфора у оружаним сукобима, а да ли ће употребљена средства бити сврстана под појам запаљивог оружја из Протокола III зависи од њихових техничких карактеристика. Уколико је неко средство базирано на белом фосфору направљено тако да се користи за задимљавање или осветљавање и у нападу се употребљава баш у том циљу, онда се оно не може подвести под домашај Протокола III, без обзира на последице његове употребе. На пример, ако обележавајућа зрна конструисана за трасирање путање рафала приликом њиховог пада изазову пожар у шуми, она се неће сматрати запаљивим оружјем. Уколико је неко средство, пак, конструисано тако да се баш запаљивим дејством белог фосфора нанесе штета непријатељу, оно свакако представља запаљиво оружје у смислу чл. 1 Протокола. Трећа ситуација је најпроблематичнија. Може се десити да се приликом употребе неког средства првенствено дизајнираног за задимљавање или осветљавање искористи баш споредно запаљујуће дејство белог фосфора и њиме нанесе штета непријатељу. У тој ситуацији средство није употребљено за намену за коју је направљено, већ ради искоришћавања запаљивог дејства белог фосфора као секундарне последице употребе таквог средства.³⁰ Поставља се питање да ли средство употребљено у тој ситуацији може бити третирано као запаљиво оружје у смислу чл. 1 Протокола III. Полазећи од језичког тумачења тог члана, такво средство, ипак, не може бити сматрано запаљивим оружјем.

3. ОБИЧАЈНО МХП И ЗАПАЉИВО ОРУЖЈЕ

С обзиром да постоје велике празнине у уговорном МХП и да неке од уговора није ратификовао значајан број држава, обичајна правила у тој области и даље играју значајну улогу. Та правила везују све државе, осим оних које су константно оспоравале њихов обичајни карактер.

Као и код других средстава ратовања, и за употребу запаљивог оружја су најзначајнија два начела МХП која неспорно имају обичајни карактер - начело разликовања бораца и војних објеката од цивила и цивилних објеката и начело које забрањује наношење сувишних повреда или непотребних патњи.

Начело разликовања у ширем смислу је садржано у чл. 48 Додатног протокола I о заштити жртава међународних оружаних сукоба из 1977. године (у даљем тексту „ДП I“) који од страна у сукобу захтева да увек праве разлику између цивилног становништва и бораца и да своје операције усмеравају само против војних циљева. Његова конкретизација у односу на средства ратовања извршена је чланом 51(4) истог уговора који забрањује употребу оних средстава ратовања код којих се напад не може усмерити на одређени војни циљ и тиме

³⁰ Током борби у Фалуци америчка војска је испаливала гранате пуњене белим фосфором како би истерала ирачке ратнике из заклона у насељеном делу тог града; О томе више видети: R. Reyhani, *op. cit.*, pp. 3-7.

направити разлика између бораца и цивила и војних и цивилних објекта. Овај принцип је поновљен и у преамбулама Конвенције о конвенционалном оружју, Отавске конвенције о антиперсоналним минама и Конвенције о касетној муницији. На ово начело се позвао и Међународни суд правде, истакавши да „државе никада не смеју цивиле учинити објектом напада и зато никада не смеју користити оружја која нису способна да направе разлику између цивилних и војних циљева“.³¹

Из напред наведених правила произилази да се напади током оружаног сукоба морају усмеравати само на борце и војне објекте,³² док цивили и цивилни објекти не смеју бити предмет напада. Дакле, смеју се користити само оружја чија конструкција омогућава да она буду усмерена на изабрани војни циљ. При томе треба направити разлику између спорадичних и случајних промашаја циљева до којих долази услед непланиране грешке оног ко користи оружје или техничких кварова на самом оружју и оних ситуација где се, и поред поштовања свих процедура при употреби неког оружја и његовог исправног функционисања, оно не може усмерити на жељени циљ. Пример за прву ситуацију је промашај до кога је дошло услед грешке оног ко наводи ракету или квара њене електронике, а за другу, употреба биолошког оружја. Код употребе навођених ракета до штете по цивиле може доћи само услед људске или техничке грешке, док код употребе биолошког оружја заразе увек подједнако погађају и цивиле и борце.

Иако запаљиво оружје нема прецизност и усмереност дејства какаву имају нека друга оружја (навођене ракете, тенковске гранате, пушчана и пиштољска муниција) оно, ипак, у многим ситуацијама може бити употребљено без повреде начела разликовања. Нема сумње да је употреба запаљивих бомби бачених из авиона на војни објекат у густо насељеном месту противна начелу разликовања. Међутим, напад запаљивим оружјем на складиште горива или војни аеродром који су лоцирани изван насељених места ни на који начин не крши ово начело. Дакле, са становишта овог начела, забрањени су само неки начини употребе запаљивог оружја, али не и запаљиво оружја *per se*.

Наравно, приликом употребе запаљивог оружја против војних циљева, као и код саваког другог оружја, морају се предузети мере предострожности како би цивили и цивилни објекти били поштеђени од последица напада. Студија о обичајном МХП, због повећање опасности коју изазива запаљиво оружје,

³¹ *ICJ Report [1996]*, Advisory Opinion on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, p. 257, para. 78.

³² Према чл. 52 ДП I, војни циљ представља „сваки објекат који по својој природи, локацији, намени или употреби ефективно доприноси војној акцији, и чије потпуно или делимично уништење, заузимање или неутралисање, под околностима које постоје у том моменту, пружа јасну војну предност“, док је цивилни објекат „сваки објекат који није војни циљ“. Треба рећи да војни циљ поред материјалних објеката означава и војно особље.

захтева да се приликом његове употребе обрати „посебна“ пажња како би се избегла колатерална штета по цивиле и цивилне објекте.³³

За разлику од начела разликовања које штити цивиле, начело забране наношења сувишних повреда или непотребних патњи штити борце. Ово старо начело МХП се помиње још у Петроградској декларацији из 1868. године, а данас је кодификовано у чл. 35(2) ДП I. Поменути члан забрањује употребу „оружја, пројектила и материјала ... који проузрокују сувишне повреде или непотребне патње“. Треба рећи да је оно поновљено и у преамбулама Конвенције о конвенционалном оружју и Отавске конвенције о антиперсоналним минама.

Ово начело забрањује употребу оружја којима се борцу наносе веће повреде/патње у односу на нека друга доступна оружја, уколико се употребом било ког од тих оружја остварује иста или слична војна корист. Такво правило се уклапа у филозофију да борац не треба бити убијен уколико из борбе може бити избачен рањавањем, односно да треба избећи његово теже рањавање уколико може бити стављен ван строја наношењем лакше повреде.³⁴

Значај овог начела потврдио је и Међународни суд правде, истакавши да је „забрањено наносити сувишне повреде борцима“, истовремено појаснивши да израз сувишне повреде означава „повреде веће од оних које су биле неизбежне за постизање легитимног војног циља“.³⁵ Дакле, неко оружје неће бити забрањено на основу „забране наношења сувишних повреда или непотребних патњи“ једино због тога што оно проузрокује велике, па чак и стравичне повреде и патње. Већа војна предност која се остварује нападом, толерише и виши ниво повреда и патњи.³⁶ Оружје ће бити забрањено само уколико наноси повреде и патње које нису биле потребне за остварење војног циља у датој ситуацији, тј. уколико наноси повреде и патње које су могле бити избегнуте.³⁷ Суштина начела сувишних повреда лежи у упоређивању оружја која се у датој ситуацији могу употребити. Незаконита ће бити употреба оног оружја које проузрокује

33 J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I*, Cambridge, 2005, Rule 84.

34 ICRC, *Weapons that may Cause Unnecessary Suffering or have Indiscriminate Effects*, Report on the Work of Experts, Geneva, 1973, p. 13.

35 *ICJ Report [1996]*, Advisory Opinion on Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, para. 78.

36 *ICJ Report [1996]*, Advisory Opinion Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, p. 180.

37 Чињеница да неко оружје доводи до озбиљних и тешких повреда, великог бола или смрти није, сама по себи, довољна да то оружје учини противним начелу које забрањује сувишене повреде. То начело нема апсолутни карактер јер оно не забрањује употребу неког оружја због тога што се њиме проузрокују екстремне повреде или интензивне патње, већ само забрањује употребу оних оружја која проузрокују повреде и патње које су непотребне; C. Greenwood, *The Law of Weaponary at the Start of New Millennium*, in M.N. Schmitt-L.C. Green (eds.), *The Law of Armed Conflict: Into the Next Millennium*, Newport, 1998, pp. 194-195.

више повреда или патњи³⁸ од другог оружја, а употребом и једног и другог се остварује иста или сличана војна предност.³⁹ Приликом упоређивања оружја у обзир се, пре свега, мора узети: а) да ли је доступно алтернативно оружје које проузрокује мање повреде и патње, и б) да ли је алтернативно оружје довољно ефикасно да неутрализује противничке борце.⁴⁰

Дакле, код овог начела се не примењује апсолутни тест према којем би оружје које проузрокује повреде и патње изнад неког нивоа било забрањено, већ се мора упоредити степен нанетих повреда/патњи и оставрене војне користи у датој ситуацији. Тако се може десити да се у једној ситуацији толеришу повреде и патње које су знатно веће од повреда и патњи које се неће толерисати у некој другој ситуацији. У том смислу, судија Хигинс (*Higgins*) наводи да су „државе биле у стању да постигну посебну забрану дум-дум метака, док нека оружја која проузрокују неизмерно веће повреде нису предмет посебне забране, нити се, у општој пракси држава, применом начела ‘непотребних повреда’ сматрају неспорно забрањеним“.⁴¹

У студији МКЦК о обичајном МХП опште начело забране наношења сувишних повреда или непотребних патњи је конкретизовано у односу на запаљиво оружје. Правило 85 каже: „*Антиперсонална употреба запаљивог оружја забрањена, сем уколико није могућа употреба оружја које лице избацује из борбе наношењем мањих повреда.*“⁴² Овом одредбом начелно се забрањује употреба запаљивог оружја против бораца, али забрана нема апсолутни карактер. Употреба запаљивог оружја се допушта уколико у датој ситуацији војна потреба захтева избацивање противничког борца из борбе (*hors de combat*), а нема мање штетног оружја којим се то може постићи. Тиме је очигледно дата правага војној потреби у односу на захтев човечности, што није једини случај у МХП.

Дакле, да би према обичајном праву употреба запаљивог оружја била законита оно, најпре, мора бити употребљено на начин којим се прави разлика између војних циљева и цивилних циљева. Поред тога, приликом напада се морају

38 За примену овог начела од суштинске важности је одредити квантитет и квалитет повреда и патњи које неко оружје наноси. Код те оцене у обзир се морају узети физичке повреде, психичке трауме, сложеност лечења насталих повреда и стопа смртности; Више о тим критеријумима видети; ICRC, *The SIrUS Project – Towards a determination of which weapons cause “superfluous injury or unnecessary suffering”*, Geneva, 1997, pp. 22-28.

39 Н. Blix, *Methods and Means of Combat*, in UNESCO, *International Dimensions of Humanitarian Law*, Paris, 1988, p. 139.

40 М. Bothe, K.J. Partsch and W.A. Solf, *New Rules for Victims of Armed Conflicts: Commentary on the Two 1977 Protocols Additional to the Geneva Conventions of 1949*, The Hague/Boston/London, 1982, p. 196.

41 *ICJ Report [1996]*, Advisory Opinion Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, Dissenting Opinion of Judge Higgins, para. 16.

42 J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Vol. I*, Cambridge, 2005.

предузети све мере предострожности ради заштите цивилног становништва и утврдити да ли узгредни цивилни губици неће бити несразмерно велики у односу на конкретну и директну војну предност која се очекује од напада на изабрани војни циљ. На крају, запаљиво оружје не сме бити употребљено уколико би се борцима нанеле сувишне повреде или непотребне патње. Код те оцене у обзир се, с једне стране, морају узети физичке повреде, психичке трауме, сложеност лечења насталих опекотина и стопа смртности, а са друге, очекивана војна корист и могућност употребе алтернативног оружја.

Не спорећи значај општих начела МХП, ипак, треба рећи да она нису остварила превелики практичан значај у ограничењу примене оружја у рату. Много је извесније да неко оружје неће бити употребљено уколико постоји његова експлицитна уговорна забрана.⁴³

4. УГОВОРНО МХП И ЗАПАЉИВО ОРУЖЈЕ

До сада су усвојена два међународна уговора који садрже посебне одредбе о запаљивом оружју. Први од њих је Петроградска декларација о забрани употребе одређених пројектила у рату, донета давне 1868. године. Треба рећи да њена правила о запаљивом оружју немају неки већи практичан значај, али, с обзиром на тему рада, заслужују да буду представљена. Други уговор је Протокол III о забрани или ограничавању употребе запаљивог оружја из 1980. године,⁴⁴ који је усвојен као један од протокола уз Конвенцију о конвенционалном оружју.

Према правилима уговорног права, правила поменутих споразума обавезују само државе које су их ратификовале. За државе које су остале изван њих и даље су релевантна правила обичајног МХП, о којима је напред било речи.

4.1. Петроградска декларација из 1868. године

Петроградска декларација представља први међународни уговор који забрањује употребе неког оружја.⁴⁵ Њен оперативни део, који садржи само један параграф, забрањује копненим и поморским снагама употребу „свих пројектила испод 400 грама тежине који су експлозивни или напуњени флуминатима⁴⁶ или запаљивим материјама“.

43 Као пример за то могу послужити антиперсоналне мине. Њихово дејство се тешко може довести у склад са начелом разликовања, али то начело није успело да спречи њихову примену све док није усвајена Отавска конвенција.

44 Овај уговор има 107 страна уговорница, међу којима је и наша држава. За листу држава уговорница видети: <http://www.icrc.org/ihl.nsf/WebSign?ReadForm&id=515&ps=P>.

45 Више о овом уговору видети: H.P. Gasser, A look at the Declaration of St. Petersburg of 1868, *International Review of the Red Cross*, Vol. 33, November-December 1993, No. 297, pp. 511-514.

46 Флуминати су хемијска једињења која садрже флуминатни јон (CNO⁻), услед чега су врло реактивна, па се користе као иницијални експлозив.

Овом забраном се хтела спречити употреба пројектила пуњених флуминатима или запаљивим материјама лакших од 400 грама, тј. пројектила који су претежно намењени за нападе на живе мете.⁴⁷ Употреба такве муниције већег калибра, намењене за нападе на објекте (складишта експлозива, транспорте муниције и сл.), није обухваћена овом забраном. Циљ забране из Петроградске декларације је спречавање коришћења пројектила пуњених запаљивим материјама против бораца, јер се иста сврха може остварити и употребом обичне муниције код које су повреде и патње погођеног борца знатно мање.

Забрана из Декларације не односи се на запаљиве пројектиле испод 400 грама тежине који се користе као обележавајућа муниција или у противавионској борби и нападима на друге војне објекте. Овом забраном нису обухваћене ни за ракете за осветљавање и димне бомбе.⁴⁸

4.2. Протокол III

Према правилима Конвенције о конвенционалном оружју, Протокол III се примењује само у међународним оружаним сукобима. Међутим, државе могу проширити његову примену и на немеђународне оружане сукобе уколико ратификују амандман на чл. 1 поменуте Конвенције.⁴⁹

Протокол III садржи само два члана. Први од њих даје дефиниције неких појмова који се користе у овом уговору, међу којима је свакако најважнија дефиниција запаљивог оружја, о којој је напред било речи. Чл. 2 садржи материјалне одредбе које ограничавају употребу запаљивог оружја у одређеним ситуацијама.

Што се тиче материјално-правног аспекта, током преговора о усвајању Протокола III доминирале су две концепције. Једна група држава се залагала за апсолутну забрану запаљивог оружја, док је друга желела његову потпуну забрану само против цивила и ограничење употребе против војних објеката смештених унутар концентрације цивила, али није била спремна да прихвати забрану употребе против бораца, нарочито оних унутар утврђених објеката.⁵⁰ Превагу је однела друга концепција, тако да Протокол III штити само цивиле, те он, заправо, представља конкретизацију и унапређење начела разликовања у односу на једно конкретно оружје. Поред правила о заштити цивила (ст. 1-3), Протокол садржи и једну одредбу еколошке природе (ст. 4).

⁴⁷ У то време таква муниција је већ постојала у војним арсеналима неких држава.

⁴⁸ I.J. MacLeod-A.P.V. Rogers, op. cit., p. 79.

⁴⁹ Од 107 држава уговорница Протокола III, њих 73 је ратификовало и Амандман на чл. 1 Конвенције; [http://www.icrc.org/IHL.nsf/\(SPF\)/party_main_treaties/\\$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf](http://www.icrc.org/IHL.nsf/(SPF)/party_main_treaties/$File/IHL_and_other_related_Treaties.pdf).

⁵⁰ P. Szasz, The Conference on Excessively Injurious or Indiscriminate Weapons, *American Journal of International Law*, Vol. 74, No. 1, 1980, p. 214.

Први став 1 штити цивиле од директног напада запаљивим оружјем, док их ст. 2 и 3 штите од узгредног дејства тог оружја употребљеног приликом напада на војне циљеве. Ст. 1 неспорно има обичајни карактер, док се за простала два става то не може рећи.

Ст. 1 садржи апсолутну забрану употребе запаљивог оружја против цивилног становништва и цивилних објеката. Међутим, ова одредба не представља нову забрану, него је само реафирмација већ постојеће забране. Правило је обичајног права, а касније и уговорног,⁵¹ да цивили и цивилни објекти не смеју бити предмет напада било којим оружјем, укључујући ту и запаљиво оружје.

Протокол III не садржи посебну одредбу о забрани употребе запаљивог оружја као облика репресалија против цивилног становништва. За разлику од тога, Протокол II о минама из 1980. године (чл. 3, ст. 2) и Измењени протокол II из 1996. године (чл. 3, ст. 7) изричито забрањују употребу мина „као вид репресалија“ против цивилног становништва. На први поглед може се јавити сумња да Протокол III можда имлицитно допушта репресалије против цивила употребом запаљивог оружја. Међутим, пошто чл. 51(б) ДП I садржи општу забрану репресалија против цивилног становништва, то значи да цивили никако не могу бити предмет репресалија било којим оружјем, па ни запаљивим.⁵²

Став 2 забрањује употребу запаљивог оружја из ваздуха против војних циљева⁵³ смештених унутар концентracије цивила.⁵⁴ Забрана има апсолутни карактер јер од ње није допуштено никакво одступање. Поменути војни циљеви не могу бити нападнути запаљивим оружјем из ваздуха чак ни онда када не постоји никакво алтернативно оружје. Дакле, војни циљеви унутар концентracије цивила уживају имунитет од напада запаљивим оружјем из ваздуха, без обзира на израженост војне потребе. Овима је Протокол III желео да забрани бацање запаљивих бомби из авиона у областима и на начин како је то чињено у Другом светском рату.

Неки су изразили бојазан да ће оваква одредба подстаћи изградњу војних објеката у насељеним местима.⁵⁵ Међутим, тај страх није оправдан јер забрана из чл. 2(2) Протокола ни на који начин не утиче на обавезу страна у сукобу да

51 Чл. 48, 51(2) и 52(1) ДП I.

52 О томе видети: F. Kalshoven-L. Zegveld, *Constraints on the Waging of War*, Geneva, 2001, p. 167.

53 Протокол III преузима појам „војног циља“ и „цивилног објекта“ из ДП I (чл. 52).

54 Под изразом „концентracија цивила“ Протокол (чл. 1, ст. 2) подразумева „концентracију цивилних лица, трајну или привремену, каква постоји у насељеним деловима великих градова, градова или селима, или као у камповима или колонама избеглица или евакуисаних лица односно групама номада“.

55 H.S. Levie, *Prohibitions and Restrictions on the Use of Conventional Weapons*, *St. John's Law Review*, Vol 68, 1994, p. 664.

предузму све могуће мере како би избегле лоцирање војних циљева унутар или близу густо насељених подручја (чл. 58 ДП I).⁵⁶

Док став 2 ограничава употребу запаљивог оружја из ваздуха, став 3 садржи ограничење употребе запаљивог оружја када се оно против војних циљева унутар концентрације цивила користи на неки други начин, а не бацањем из ваздуха (енг. „*other than air-delivered incendiary weapons*“). Протокол не појашњава о којим начинима употребе запаљивог оружја се ради. Може се само видети да је употребљено нагативно одређење, са намером да се из домашаја овог става искључе ситуације обухваћене ставом 2. Применом *argumentum a contrario*, под домашај става 3 потпадају напади запаљивим оружјем извршени са копна, мора или било које друге водене површне (језера, реке).

За разлику од апсолутне забране из става 2, код оваквих напада су прописана само нека ограничења. Став 3 полази од претпоставке да војни објекти унутар концентрације цивила не могу бити предмет напада запаљивим оружјем са земље или воде, али допушта и изузетак од те забране. И такви објекти могу бити нападнути запаљивим оружјем уколико су „јасно одвојени од концентрације цивила“ и ако су предузете „све могуће мере предострожности“ ради заштите цивила.⁵⁷ Као што се види, код напада оваквих циљева није довољно предузети само мере предострожности као што је то случај код напада другим оружјима, већ је нужно да тај војни циљ буде и физички одвојен од цивила.

Израз „јасно одвојен“ у пракси значи одвајање војног објекта његовом удаљеношћу од цивила или, пак, постојањем заштитне баријере, као што је брдо или смештање цивила у бункере.⁵⁸ Битно је да та раздаљина или заштитна баријера цивилима пружи сигурну заштиту од дејства запаљивог оружја које је употребљено против неког војног објекта.⁵⁹

Уколико војни циљ који није јасно одвојен од концентрације цивила буде нападнут запаљивим оружјем, то ће представљати повреду чл. 2(3) Протокола,

⁵⁶ Ова обавеза има обичајни карактер, а кодификована је у чл. 51(7) и 58 ДП I; W.H. Parks, *op. cit.*, p. 548.

⁵⁷ По некима, чл. 2(3) садржи прагматичну норму која допушта употребу запаљивог оружја у ситуацијама у којима би употреба класичних бомби против таквих циљева довела до већих цивилних губитака; R. Reyhani, *op. cit.*, p. 34.

⁵⁸ W.J. Fenrick, *The Conventional Weapons Convention: A modest but useful treaty*, *International Review of the Red Cross*, Vol. 30 November-December 1990, No. 279, p. 508.

⁵⁹ Чак и у великим градовима, као што је Лондон, има подручја у којима војни циљ може бити лоциран изван концентрације цивила, као на пример, тенкови у центру Хајд парка; W.J. Fenrick, *New Developments in the Law Concerning the Use of Conventional Weapons in Armed Conflict*, *Canadian Yearbook of International Law*, Vol. 19, 1981, p. 249.

без обзира што том приликом није било било цивилних жртава. Дакле, у овој ситуацији начело пропорционалности не игра никакву улогу.⁶⁰

Поставља се питање који је *ratio* подвајања извршеног у ставовима 2 и 3. Чини се да творци Протокола III оваком систематиком нису остварили циљ који су желели – потпуну заштиту цивилног становништва приликом напада војних објеката у насељеним местима. Апсолутна забрана употребе запаљивог оружја из ваздуха против војних циљева лоцираних у концентрацији цивила је сасвим разумљива. Међутим, оно што чуди је истоветно ублажавање забране за све напада запаљивим оружјем са копна и воде, без обзира како и чиме су они извршени. Сам Протокол у чл. 1(a) каже да се ти напади могу извршити „бацачима пламена, фугасима, гранатама, ракетама, ручним гранатама, минама, бомбама и другим контејнерима који садрже запаљиве супстанце“. Када се напади са копна (или воде) врше запаљивим средствима конструисаним да са мале даљине „погоде“ циљ, као што су бацачи пламена, ручне гранате или бомбе, онда је размљиво што чл. 2(3) допушта њихову употребу против издвојених војних циљева унутар концентрације цивила. Међутим, када се напад на такве војне циљеве врши ракетама или гранатама пуњеним запаљивим супстанцама које се испалују са даљине од неколико стотина метара, па и више километара,⁶¹ поставља се питање по чему су та средства мање опасна од запаљивих бомби бачених из авиона.

Боље је било да су забраном из чл. 2(2) обухваћени сви напади запаљивим оружјем који се врше са удаљености, без обзира да ли се они предузимају из ваздуха, са земље или воде. Како би се отклониле све недоумице, може се прецизирати и дистанца која ће одредити да ли се ради о нападу са удаљености или обичном нападу (који ствара мању опасност по околне цивилне објекте). Такво поступање не би било преседан јер Ревидирани протокол II о забрани или ограничавању употребе мина, мина изненађења и других експлозивних средстава прописује да се даљински постављеним минама неће сматрати „мине избачене из копненог система са удаљености мање од 500m“.⁶²

Желећи да у односу на себе сузе обавезе из чл. 2 (ст. 2 и 3), САД су приликом ратификације Протокола III ставиле резерву којом су задржале „право да употребе запаљиво оружје против војних циљева лоцираних унутар концентрације цивила уколико се процени да ће та употреба проузроковати

⁶⁰ Начело пропорционалности забрањује наношење успутне штете цивилима и цивилним објектима која је несразмерно велика у односу на војну корист остварену нападом на легитимни војни циљ.

⁶¹ Вишенаменски ракетни лансирни систем - тип 63 са 12 цеви користи ракете 107 mm које могу бити пуњене и запаљивим супстанцама са дометом од око 8 km; J.S. Bermudes: Type-63 107 mm MRL, *KPA Journal*, Vol. 2, No. 1, January 2011, p. 12; <http://www.kpajournal.com/storage/KPAJ-2-01.pdf>.

⁶² Чл. 2(2).

мањи број жртава и/или мању колатералну штету у односу на алтернативно оружје ...“.⁶³ На тај начин САД су желеле да избегну апсолутну забрану напада запаљивим оружјем из ваздуха војних циљева у насељеним местима, као и да задрже право да запаљивим оружјем нападну са копна или воде војне циљеве у насељеним областима и када они нису јасно одвојени од цивилних објеката (чл. 2, ст. 3).

Поставља се питање дејстава ове резерве. Конвенција о конвенционалном оружју и сам Протокол III не садрже одредбе о резервама. Бечка конвенција о уговорном праву (чл. 19) предвиђа да резерва, између осталог, није допуштена уколико је „неспојива са предметом и циљем уговора“. Имајући у виду да је циљ става 2 и 3 члана 2 Протокола заштита цивила од случајног дејства запаљивог оружја, америчка резерва је, у најмању руку, спорна. Проблематичност ове резерве потврђује и однос других држава уговорница према њој. Чак 16 држава је ставило приговор на резерву САД,⁶⁴ док је ни једна држава није изричито прихватила. Велика Британија је заузела специфичан став, наводећи да она сматра да је генерално гледано америчка резерва противна предмету и циљу Протокола III, али јој се не противи уколико она буде примењивана на рестриктиван начин у сврхе изнете од стране америчког министарства одбране.⁶⁵

Четврти став чл. 2 садржи одредбу еколошке природе којом се пружа директна заштита животної средини.⁶⁶ Он предвиђа да „шуме и друге зелене

63 http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-2&chapter=26&lang=en#EndDec. Приликом стављања резерве ова држава није навела разлоге за такав поступак, али је америчко министарство одбране касније то учинило. Оно је истакло да „запаљиво оружје има значајну потенцијалну војну вредност, нарочито у односу на неке веома важне војне циљеве. Једино се запаљивим оружјем може ефикасно уништити неки циљ за пролиферацију, као што је постројење за билошко оружје које захтева високу температуру како би се елиминисали био-токсини. Употреба једино класичног експлозива би створила ризик да дође до распрострањеног ширења опасне контаминације са потенцијалним катастрофалним последицама за цивилно становништво. Неки запаљиви војни циљеви се много лакше могу уништити запаљивим оружјем. На пример, уништење складишта горива може изискивати више од осам пута већу количину бомби и исто толико пута већи број напада класичним експлозивом, него што би био случај са запаљивим оружјем. Тако увећање значи и значајно већи хуманитарни ризик за настанак колатералне штете“; US Department of Defense, *CCW: Article by Article Analysis of the Protocol on Use of Incendiary Weapons*, http://www.acq.osd.mil/tc/treaties/ccwapl/artbyart_pro3.htm

64 Аустрија, Белгија, Кипар, Данска, Финска, Француска, Немачка, Грчка, Ирска, Холандија, Норвешка, Пољска, Португалија, Шпанија, Шведска и Швајцарска; http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-2&chapter=26&lang=en#EndDec.

65 http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=XXVI-2&chapter=26&lang=en#EndDec.

66 О заштити животне средине у оружаним сукобима видети: З. Радивојевић-Н. Раичевић: Заштита животне средине у међународном хуманитарном праву, *Годишњак Факултета политичких наука*, Vol. 6, 2012, No. 7, стр. 123-143.

површине” не могу бити објекат напада запаљивим оружјем „осим ако се ти природни елементи не користе за заклон, прикривање или маскирање бораца или других војних циљева или ако они сами нису војни циљеви”. Ова одредба има за циљ да спречи употребу запаљивог оружја у спровођењу тактике „спаљене земље“. Међутим, велики број изузетака придодатих чл. 2(4) значајно умањује практични значај ове забране.⁶⁷

Из претходне анализе одредаба Протокола III се може видети да он не садржи ни једну одредбу посвећену заштити бораца од запаљивог оружја.⁶⁸ Овај уговор не забрањује употребу запаљивог оружја против војних објеката, као што су бункери, магацини, транспорти, без обзира да ли у њима има или нема војног особља. Протокол чак не забрањује ни директну употребу запаљивог оружја против бораца.

Поједине државе нису пропустиле прилику да у својим изјавама и домаћим прописима подсети на ирелевантност Протокола III за заштиту бораца. Кина је приликом потписивања Протокола III о запаљивом оружју изјавила да он „не прописује ограничења за употребу тог оружја против бораца“.⁶⁹ САД су у свом Приручнику за копнени рат предвиделе да „употреба оружја која користе ватру, као што су обележавајућа муниција, бацачи пламена, напалм и друга запаљиве супстанце, против циљева који захтевају њихову употребу не представља кршење међународног права. Међутим, она се не могу употребити на начин који проузрокује сувишне повреде“.⁷⁰ Велика Британија сматра да употреба запаљивог оружја против бораца није забрањена Протоколом III нити било којим другим међународним уговором. У таквим ситуацијама се мора испоштовати начело које забрањује наносење непотребних повреда, услед чега британске снаге неће употребљавати запаљиво оружје у нападима директно усмереним против особа које учествују у непријатељствима. Међутим, ова држава задржава право да то оружје употреби у нападима на војне објекте (оклопна возила, бункере, друге утврђене положаје) чак и када се у њима налазе лица која могу бити спаљена.⁷¹

67 F. Kalshoven-L. Zegveld, op. cit., p. 164.

68 Током преговора о Протоколу III било је више предлога о томе како регулисати употребу запаљивог оружја против бораца. Неке државе су се залагале за потпуну забрану употребе ове врсте оружја против бораца, друге су сматрале да треба забранити директну употребу против бораца, осим када се они налазе у оклопним возилима или другим фортификацијским објектима, док је трећа група била против било каквог ограничења употребе овог оружја против бораца; Видети: J.M. Henckaerts, L. Doswald-Beck, Customary International Humanitarian Law, Vol. I, Cambridge, 2005, pp. 289-290.

69 За текст изјаве видети: http://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtidsg_no=XXVI-2&chapter=26&lang=en#EndDec.

70 U.S. Army's Field Manual 27-10, *The Law of Land Warfare*, para. 36.

71 UK Manual on the Law of Armed Conflict, Joint Service Publication 383, 2004, (Amendment 4, 2011), para. 6.12.6. p. 112.

За разлику од напред изнетих ставова, Уједињене нације су оружаним снагама под својом командом у потпуности забраниле употребу запаљивог оружја.⁷² Дакле, снаге УН не смеју користи запаљиво оружје ни против војног особља, ни против војних објеката.

5. ЗАКЉУЧАК

Због озбиљних хуманитарних последица које запаљиво оружје изазива и практичних слабости обичајних правила примењих на ову врсту оружја, пре тридесетак година је усвојен Протокола III о забрани или ограничавању употребе запаљивог оружја. Неспорећи значај овог уговора, нека његова решења, ипак, заслужују критику.

Дефиниција запаљивог оружја базирана на „првенственом дизајну“ је преуска и не обухвата нека средства која својим секундарним запаљивим дејством могу изазивати и те како озбиљне штетне последице по цивиле и цивилне објекте. Много боље решење је дефиницију базирати на критеријуму остварених последица. У том случају сврставање неког средства под појам запаљивог оружја зависило би од последица остварених његовом употребом, без обзира за шта је оно фабрички првенствено дизајнирано. Таква дефиниција би омогућила да се под појам запаљивог оружја сврста и муниција пуњена белим фосфором која је направљена за задимљавање или осветљавање простора, уколико се употреби тако да се баш њеним споредним запаљивим дејством нанесе штета непријатељу.

И материјалноправне одредбе Протокола III захтевају ревизију јер заштита коју оне пружају борцима, али и цивилима, није довољна. Најбоље би било у потпуности забранити употребу запаљивог оружја и, по угледу на неке друге уговоре, увести и друге обавезе у циљу његове потпуне елиминације (забрана производње, трансфера, стварања залиха, усавршавања и уништавања постојећих залиха). Међутим, имајући у виду ставове држава изнете у преговорима за закључење Протокола III и током његове примене, такво решење је тешко достижно.

Уколико се не постигне сагласност око апсолутне забране запаљивог оружја, онда постојећа ограничења његове употребе треба додатно проширити. У потпуности треба забранити употребу запаљивог оружја против војних циљева у насељеним местима, а ако се ни то не може постићи, онда макар забрану из чл. 2(2) проширити на све нападе који се врше са удаљености, без обзира да ли се то чини из ваздуха, са копна или воде. Због огромних болова и патњи које запаљиво оружје наноси, треба забранити и његову директну употребу против војног особља.

⁷² *UN Secretary-General's Bulletin on the observance by United Nations forces of international humanitarian law*, UN Doc. ST/SGB/1999/13, 6 August 1999, чл. 6(2).

Doc. Nebojša Raičević, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

RESTRICTIONS ON THE USE OF INCENDIARY WEAPONS IN ARMED CONFLICTS

Summary

Incendiary weapons are means of warfare where flame and heat produced by a chemical reaction of some substances are used for causing material damage and burn injuries to the enemy. Modern incendiary weapons are based on one of the three chemicals: napalm, thermite or white phosphorus. Although state parties to the Protocol III have reached a consensus on the definition of incendiary weapons, there is still disagreement on its scope.

The legal status of incendiary weapons is different in customary and treaty law. Customary rules are obligatory for all countries while treaty provisions are binding only for those states which ratified these treaties.

There are two customary principles of international humanitarian law which are most relevant for the use of incendiary weapons: the distinction between combatants (and military objectives) and civilians (and civilian objects), and the prohibition of unnecessary suffering or superfluous injury. The first principle prohibits only some ways of using these weapons but not incendiary weapon per se. The second principle does not allow use of incendiary weapons against military personnel, unless it is not feasible to use a less harmful weapon to render a combatant hors de combat.

There are two international treaties which contain special provisions on incendiary weapons: the Declaration of St. Petersburg of 1868 and Protocol III annexed to the Convention on Certain Conventional Weapons, adopted in 1980. The St. Petersburg Declaration bans projectiles weighing below 400 grammes which are charged with fulminating or inflammable substances, but nowadays this prohibition does not have a significant practical impact.

Protocol III mainly protects civilians from the effects of incendiary weapons. Article 2(1) prohibits the use of incendiary weapons against civilians and civilian objects. Article 2(2) bans attacks by air-delivered incendiary weapons against military objectives located within a concentration of civilians, without allowing for any exceptions. Article 2(3) restricts the use of incendiary weapons other than air-delivered incendiary weapons during attacks on military objectives located in populated areas. Yet, as opposed to the absolute prohibitions contained in Article 2(2), incendiary weapons may be used during land or sea attacks if military objectives are clearly separated from the concentration of civilians and if all feasible precautions have been taken to protect the civilians. Article 2(4) contains a provision of an environmental rather than humanitarian nature. It envisages that forests and other kinds of plant cover may not be an object of attack by incendiary weapons but it also includes a number of exceptions.

Key words: incendiary weapons, Protocol III, principle of distinction, prohibition of unnecessary suffering or superfluous injury, civilian population, combatants

ЗАШТИТА ЉУДСКИХ И МАЊИНСКИХ ПРАВА У ДОБА РИМСКЕ РЕПУБЛИКЕ*¹

Апстракт: Питање заштите људских и мањинских права представља једно од најозбиљнијих и најактуелнијих питања почев од римског права па све до данас. Историјски посматрано, готово у свим земљама, различитих друштвених епоха, постојале су одређене групе људи које су се издвајале од доминантног становништва било у етичком, религиозном, културном или језичком погледу. Те групе су се називале и данас се називају мањинама. Питање њихове заштите у оквиру одређеног правног система, представља јако комплексно питање, будући да се оно увек мора широко тумачити у конекситету основних уставних начела и да њихова заштита, заправо не представља ништа друго до компромис између постојећег правног система и њихових културних, етичких, језичких, расних и националних карактеристика као темељних елемената за дефинисање мањине. У овом раду обрађено је питање заштите људских и мањинских права у оквиру римског права и то са два аспекта: улога римског права из периода Републике у заштити људских и мањинских права и допринос римског права из овог периода у стварању основних правних принципа у домену савременог грађанског али и уставног права, што истовремено сведочи и о универзалности римског права.

Кључне речи: мањина, заштита људских и мањинских права, културне, етичке, језичке, расне и националне карактеристике, римско право.

* Због техничке грешке рад је изостао из зборника радова “Људска и мањинска права у европском правном простору”, свеска I, у издању Центра за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, објављеном децембра 2011. године.

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

УВОД

Питање заштите људских и мањинских права представља једно од најозбиљнијих и најактуелнијих питања почев од римског права па све до данас. Историјски посматрано, готово у свим земљама, различитих друштвених епоха, постојале су одређене групе људи које су се издвајале од доминантног становништва било у етичком, религиозном, културном или језичком погледу. Те групе су се називале и данас се називају мањинама. Питање њихове заштите у оквиру одређеног правног система, представља јако комплексно питање, будући да се оно увек мора широко тумачити у контексту основних уставних начела и да њихова заштита, заправо не представља ништа друго до компромис између постојећег правног система и њихових културних, етичких, језичких, расних и националних карактеристика као темељних елемената за дефинисање мањине. Јер, мањина, није ништа друго до “група грађана једне државе, која нумерички представља мањину и која је у недоминантној позицији у држави, и која има етничке, религиозне или језичке карактеристике, по којим се разликује од преосталог дела становника једне државе, која има осећај солидарности (један за другог), која је мотивисана у смеру јединства, имплицитно, са колективном вољом за преживљавањем и чији циљ је да се оствари једнакост у већини, и то како правна тако и фактичка једнакост”²

У овом раду обрађено је питање заштите људских и мањинских права у оквиру римског права и то са два аспекта: улога римског права из периода Републике у заштити људских и мањинских права и допринос римског права из овог периода у стварању основних правних принципа у домену савременог грађанског али и уставног права, што сведочи и о трајном карактеру римског права и његовој актуелности у свим етапама развоја људског друштва.

1. Закон XII таблица

За разлику од првог периода у развоју римске правне историје³, у коме је Рим био мала заједница, недовољно развијена у свим аспектима друштвеног развоја, коју су чинили само њени хомогени становници, уверени да потичу од избеглица града Троје⁴ и чије је право било само скуп неписаних обичаја, предаваних усмено са колена на колена, и примењиваних једино на становнике

2 Види: Deschenes, J.-"Proposal Concerning a Definition of the Term "Minority", Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, UN ESCOR, 38th session, UN e/CN.4/Sub.2/1985/31 p. 181.

3 Први период носи назив “доба краљева” или “доба војне демократије”и траје од оснивања града Рима 754. године пре нове ере, па све до смрти Јустинијана 565. године нове ере.

4 Види: Машкин, М. А.-Историја старог Рима, Београд, 1977, стр.7.

града Рима (*ius civile*), други период, тј. доба Републике карактерисале су битно измењене друштвене прилике. Иако су још увек биле приметне карактеристике претходног друштвеног уређења, (сточарско-земљорадничко друштво, примитивна обрада земље на малим парцелама, затворена кућна привреда, патријархално ропство), период римске *Res publica*, у историји развоја друштва, обележен је економским напредком.⁵ Он се пре свега, огледао у све чешћем разбијању широких породичних заједница (*consortium*), на мање породичне групе (*familia*), које су могле и самостално да опстану, јер се у то време већ долазило до каквог, таквог, вишка производа. Појава вишка производа, довела је и до рађања приватне својине, која је са своје стране нужно захтевала увођење нове, не обичајне, већ правне регулативе, у циљу заштите новостечених права.

Новонастале промене у привреди и породичној организацији, неминовно су се рефлектовале и на друштво у доба доношења Закона XII таблица.⁶ “Некада је Рим представљао практично монолитно гентилно друштво, ослоњено на заједничку земљу (*ager gentilitius*) и на врло широке породичне заједнице гентила, уз стару гентилну политичку организацију која је подразумевала равноправност већине гентила, патриција. Временом се формирао слој плебејаца, слободних али сиромашних у поређењу са патрицијима, лишених учешћа у коришћењу заједничке земље и у политичкој организацији патриција. Јачање тог слоја, који учествује у ратовима заједно са патрицијима, са једне стране, и раслојавање самог слоја патриција, са друге стране, нарушавају некадашње јединство и изазивају сукобе, пре свега између два друштвена слоја, патриција и плебејаца... Уз захтеве за учешћем у политичком животу, ван ратовања, и за учешћем у подели освојене земље, све су изразитији и захтеви плебејаца за правном сигурношћу у оквиру новонастале државе и тек рођеног примитивног права; јер формуле суђења, као и формуле уговарања, заједно са верским правилима које су прожимала читав ондашњи живот, фактички и правни, биле су у рукама патрицијских свештеника (*pontifices*), недоступне и непознате плебејцима”.⁷ Из наведених разлога, плебејци су све више изражавали сумњу у веродостојност тумачења обичајних норми од стране свештеника (аристократског тела), и због тога су захтевали да се обичајно право запише, како би се, са једне стране избегли спорни случајеви, јер би унапред могли да знају за свој правни положај, а са друге, како би се овлашћења свештеника у тумачењу обичајног права ограничила.

5 Ово је посебно било карактеристично за други период у развоју Римске Републике, који се сматра периодом квалитативних промена и који започиње падом Картагине 201. године пре нове ере.

6 У даљем тексту: *Lex duodecim tabularum*.

7 Опширније: Јовановић, М.-Коментар старог римског *ius civile*, књига друга, Ниш, 2007, стр. 10.

Као резултат свих поднетих захтјева од стране плебејаца 451. године пре нове ере, именована је Комисија од десет грађана (*decemviri*), која је добила задатак да припреми писани текст Закона, по узору на чувене Солонове законе за град Атину (*decemviri legibus scribendis*). Наредне 450. године пре нове ере, сачињене су још две таблице, чиме је заокружен целокупни посао и Закон, чувен по називу *Lex duodecim tabularum*, дат је скупштини на усвајање.⁸ Усвајајући га скупштина му је дала законску снагу која је подједнако обавезивала и патриције и плебејце. Имајући у виду да је до периода Републике римско друштво карактерисала монолитност, а од доба Републике подела друштва на два слоја, у литератури се и наводи да је доношење *Lex duodecim tabularum* између осталог, у историји Рима, означио, по први пут победу за заштиту људских и мањинских права, у овом случају победу плебејаца.

Не спорећи да је само доношење Закона, представљало победу плебејаца за људска права, Станојевић још и додаје: ”Закон је био резултат и компромиса између патриција и плебејаца, између традиције и иновације. Једни су успели да се слово закона објави, да се за све примени исти поступак, да се ублаже камате, а други: да се заштити приватна својна, да се инсолветни дужник казни...”⁹

Дакле, иако су и патрициј и плебејци били припадници истог народа (избеглица из града Троје), у друштву које је постојало у периоду Републике, плебејци су, иако бројнији, представљали мањину у својој сопственој средини. Ова тврдња се може и научно поткрепити применом савремених дефиниција мањине, по којима се однос патриција и плебејаца, без икакве дилеме, дефинише као однос владајуће већине и мањине.¹⁰

Према, квантитативној дефиницији, мањина изражена у бројкама може да буде множина у друштву. То је и био случај са плебејцима, који су најпре били бројнији у односу на патриције, а потом и све “масовнији и економски јачи (пре свега кроз бављење све развијенијим занатством)...политичка снага која се

⁸ Закон XII таблица био је почетак римског права каквог знамо и данас, а његове одредбе обухватале су целокупно подручје права, укључујући и јавно право (*fons omnis publici privatque est iuris*). Изворни текст није остао сачуван, али у каснијим списима постоји толико мноштво цитата да је њихов садржај у битноме реконструисан. Опширније: Stein, P.-Rimsko pravo i Evropa, (prevod sa nemačkog Nikola Peterak), Zagreb, 2007, str.12.

⁹ Станојевић, О.-Римско право, Београд, 2001, стр.45-46.

¹⁰ У савременом праву постоје бројне дефиниције мањине, али је најприхваћенија она која је дао Francesco Capotorti, који је био специјални извештач именован од стране Подкомисије за превенцију од дискриминације и заштите мањине. По њему мањина је “група која је нумерички инфериорна у односу на преостали део становника у држави која је у недоминатној позицији, чији чланови-држављани у тој земљи- поседују етничке, религијске или лингвистичке карактеристике по којима се разликују од осталих становника, и који имају имплицитно осећај солидарности, усмерен на очувању њихове културе, традиције, религије или језика”. О томе: Capotorti, F.- “Study on the Rights of Persons Belonging to ethnic, Religious and Linguistic Minorities”, 1977, p.568.

није смела подценити; и то не само због страха од сукоба, већ и због интереса самих патриција, којима је била потребна сарадња са плебејцима, како ради учешћа у ратовима, тако и ради њихових занатских услуга и низа делатности у функционисању самог града. А слој плебејаца је, по бројним подацима судећи, настао јединствено, иако је био доста шароликог састава”.¹¹

Према другој дефиницији коју даје Andras Bragyova термин мањина се употребљава за “групу која нема једнак приступ “благодетима” у животу заједнице у целини и у одлучивању заједнице, која јој је својствена као делу друштва”,¹² што је управо био случај са плебејцима када се има у виду да нису имали учешћа у расподели земљишних добара (економска моћ), као и да нису учествовали у политичком управљању заједницом, односно, политичка права су им била сведена само на активно бирачко право, тј. право да бирају патриције за високе почести.

Доношењем *Lex duodecim tabularum*, плебејци су се изборили за своја, пре свега, политичка права (увођење плебејског трибуна), али и ограничења земљишних поседа патриција на 500 југера земље. Зато са правом римски хроничари и правници истичу да је доношење овог Закона значајан успех плебејаца у њиховој борби за заштиту људских права.¹³

2. Делатност претора у стварању права

Заштита људских и мањинских права није било питање, актуелно само у периоду Републике у коме је донет *Lex duodecim tabularum*. Ово питање било је актуелно током целог периода Републике све до 212. године када је конституцијом цара Каракале (*constitutio Antoniniana*) свим становницима римске империје признат једнак статус-статус грађанства.

Након доношења *Lex duodecim tabularum*, који је представљао целокупну кодификацију римског обичајног права, наставило се са пружањем правне заштите и то не толико на основама већ донетог Закона, већ у оквиру преторове јурисдикционе делатности, употребом одговарајућих правних средстава.

До тог периода право које се примењивало у Риму било је строго формалистичко и круто и једино је одговарало малој заједници, недовољно развијеној, какав је био Рим на почетку свога постојања, у првом периоду

11 О томе: Јовановић, М. op. cit. str. 10.

12 Види: Bragyova, A. - "Are There Any Minority Rights? Equality and Minorities", Clarendon press, Oxford, 1992, p. 501.

13 Пошто су правна правила, дани у којима су могли бити објављени поједини правни послови и форме које су за њих морале бити употребљене, чувани као тајна од стране свештеничке колегије понтифика, састављене искључиво од патриција, плебејци их нису познавали па су зато често били изложени самовољи и злоупотребама од стране патриција. После дуже борбе патрицији су пристали да кодификују и објаве *ius civile*. О томе: Стојчевић, Д.- Римско приватно право, београд, 1983, стр. 21.

римске историје. Највећи број правних радњи био је везан за изјављивање строго прописаних речи. У случају спора тужитељ који није следио тачно прописани ред речи, могао је да изгуби право на тужбу. *Legis actiones*, биле су тужбе везане за поменуте строге форме, путем којих се правна заштита могла само да оствариви у одређеним данима (*dies fasti*).¹⁴

Са географским ширењем и економским јачањем државе у IV и III веку пре нове ере, а нарочито након пунских ратова и пада Картагине 201. године пре нове ере, јавила се потреба да се створи ново право које ће сада одговарати новонасталим приликама. Рим више није био мала монолитна заједница, која се као до тада простирала на седам брежуљака (*septimontium*), у којој су само живели *cives*-римски грађани, већ је обухватао читаво Апенинско полуострво (на коме је живело хетерогено становништво)¹⁵, а након победе над Картагином и цело Средоземље. У овом периоду настале су и прве провинције (Сицилија и Сардинија).¹⁶

Новонасталим променама, како у привредном, тако и у друштвеном погледу, више није одговарало старо, ускогрудно, строго формалистичко право, које је једино предвиђало правну заштиту Квиритима (*ius civile, ius Quiritum*), и то у првом реду патрицијима. Основни друштвени проблем који се јављао у овом периоду био је однос патриција и плебејаца са покореним народима.

Будући да је Рим у овом периоду био већ моћна и територијално велика држава, услед учесталих ратовања, нагомилавање ратног плена постала је редовна појава. Али са њом као пратећи елемент јављао се и перманентан сукоб плебејаца са патрицијима, јер су плебејци настојали да узму једнако учешће са патрицијима у подели ратног плена. Са друге стране, као питање постављало се и решавање односа са становницима покорених земаља, са којима су Римљани најпре направили савез, а потом су их ставили у потчињен положај, заправо положај мањине. Отуда се, јављала потреба и за заштитом њихових права. Другим речима, јавила се потреба за прилагођавањем права новонасталим

14 И то су опет смо свештеници познавали појединости све док ти облици и њихов календар суђена нису били обелодањени. Одлучни ударац монополистичком положају свештеника у тумачењу права, задат је 300. године пре нове ере, објављивањем формулара, процесуалних легисакција.

15 “Неки од покорених народа у овом периоду били су на далеко вишем културном нивоу од Римљана. То је нарочито био случај са Етрурцима. Они су већ познавали развијене робовласничке односе и високу техничку културу, нарочито у обради метала...Грци, који су настањивали градове на југу Полуострва, били су мајстори прекоморске трговине. У Кампањи су били врло развијени занати...Покоривајући ове народе, Римљани нису уништили њихове културе. Оне су само биле заустављене у њиховом развоју а затим укључене у римску ратну и државну машину. То је огромно подигло производне снаге Римљана и њихов општи културни ниво”. Детаљније: Стојчевић, Д.о.р.с.с.22.

16 Провинцијама се означавало подручје изван италије, које је било подвргнуто римској власти и коме је управљао римски намесник.

приликама, које би омогућило адекватну заштиту људских и мањинских права у новоосвојеним територијама.

Поред два конзула, бирана годишње, који су пре свега вршили основне државне функције, при чему правосудну у мањем обиму, 367. године пре нове ере (*Lex Licinia Sextia*), изабран је био посебни магистрат (*praetor*), који се искључиво бавио правосудним пословима. Његова улога је дошла до пуног изражаја у другој половини периода Републике, када је он странама које су у спору (посебно у случајевима када једна од страна није била пуноправни римски грађанин) дозвољавао да се уместо тачно одређених прописаних речи, односно тужбених облика, за захтев и одбрану користе властитим речима. У ситуацијама када је сазнавао шта је био предмет спора, он је хипотетичким појмовима утврђивао предмет у писаном облику познатом као формула.

Претор је могао да издаје формуле, правна решења, увек када би сматрао да су она била правнополитички оправдана, односно кад год би сматрао да је тужитељ у праву и да може да докаже своје чињеничне наводе. На тај начин је пружао правну заштиту свима, када им је иста била потреба, не водећи при том рачуна да ли је одређено лице доминантан грађанин римске државе (пуноправни римски грађанин) или представник мањине.

У противном, да се је држао старог и строгог римског цивилног права, претор не би никада могао, примера ради, да пружи адекватну заштиту власнику ствари (ако је он становник провинције), јер он није био власник по одредбама старог *ius civile*. Или могао је да одобри наследничку тужбу само ономе лицу које се сматрало наследником на темељу старог цивилног права.

Међутим, излаз из таквих ситуација, претор је налазио у виду формула, тако што је у првом случају могао да понуди “невласнику” алтернативну тужбу, како би му омогућио да стекне физичку власт над ствари, све док протеклом времена не би и стварно постао власник ствари по цивилном праву. Или у другом случају могао је и оном лицу које се није сматрало наследником на темељу цивилног права да понуди алтернативно средство којим је таква особа могла да стекне власт над оставином.

Међу првим “ванредним” средствима (тј. оним изван нормалне процесне процедуре), била је преторова заповест да се нешто учини или неучини (интердикт). Многи интердикти били су скројени тако да су могли да спрече ометање посуда ствари, те да се на тај начин осигура да се сви евентуални спорови реше судским путем. Претор није издавао интердикт само на захтев, него се сматрао овлашћеним да их издаје и онда када је постојала ситуација која је оправдавала доношење интердиката.¹⁷

Још јаче дејство од интердиката, чиме се је остваривала заштита људских и мањинских права, имала је *restitutio in integrum*. Њоме се је укидало дејство неког правног посла који је био ваљан по прописима старог цивилног права *ius*

¹⁷ Детаљније: Stein, P.op.cit. str. 19.

civile, али који је био неправедан према другој страни, нарочито у ситуацијама када је та друга страна била становник провинција. Након такве наредбе о поврату у пређашње стање, претор би оштећеним странама допуштао посебне тужбе, еквивалентне тужбама на које би стране имале право и да се правни посао није ни догодио.

Међутим, применом ванредних правних средстава које би претор одређивао за сваки конкретан случај понаособ, штитила су се права и самих римских грађана. Примера ради, према одредбама старог римског цивилног права пунолетство за дечаке се стицало са навршених 14, а за девојчице са навршених 12 година живота. Овако ниско постављена граница пунолетства одговарала је приликама у Риму док је он био једноставно друштво ране Републике. Међутим, са географским ширењем и свеукупним развојем друштва, лице од 14 година живота било је непримерени учесник једног робно-новчаног промета. Другим речима, врло често се дешавало да такво лице буде предмет различитих злоупотреба лукавих трговаца.¹⁸ Због тога је било неопходно померити границу стицања пословне способности. Али тако нешто је захтевало темељне промене целокупног права, због чега су Римљани такве ситуације радије препуштали претору да решава на свој начин применом норми изведених употребом нових правних средстава, а које су биле садржане у едиктима претора, него да приступају темељној измени постојећег права.

Дакле, преторовом јурисдикцијом (применом формула и објављивањем едикта који су их садржали), претор, иако је тврдио да је само примењивао старо право, он је заправо стварао ново право (*ius honorarium*), и пружао адекватну правну заштиту не само грађанима Рима, већ и становницима новоосвојених територија, који су се полазећи од савремене квантитативне дефиниције сматрали мањином.

3. *Ius gentium*-право народа

Старо римско *ius civile* важило је и обавезивало само римске грађане, који су се, како смо то већ истакли неколико пута, сматрали доминантним народом у оквиру римске државе. “Право римских грађана (*ius civile*) било је поносна баштина Римљана и није се могло тек тако проширити и на странце. У III веку право грађанства била је повластица којом су се Римљани разликовали од других народа”.¹⁹ Изузетно, то право је важило и за Латине, становнике Лацијума²⁰, уколико им је било признато *ius commercii* (право трговања). Сви

¹⁸ Опширније: Игњатовић, М.- Старатељство над малолетницима -некад и сад-, Београд, 2007, стр. 20-21.

¹⁹ Детаљније: Стојчевић, Д.оp.cit. str. 27.

²⁰ Римљани су једино Латине сматрали мањином на темељу свог правног поретка, док су осталим становницима државе признавали статус апатрида-странаца.

остали становници Царства имали су положај неграђана или странаца (*hostes* или касније перегрини).

Из почетка, када је Рим био мала заједница, мали је био број странаца који су га настањивали, па уколико би дошло до спора између римског грађана и евентуалног странца, прибегавало се фикцији да је и странац римски грађанин. Али касније, када се римска држава проширила, нарочито после пунских ратова, и када је број странаца, који су настањивали римску државу, нагло порастао, било је потребно да се нађу решења, посебно у случају када је једна страна у спору или када су обе биле странци. Дакле, поставило се питање њихове правне заштите. Традиционално римско право (*ius civile*) на њих се није могло применити.

Управо из тог разлога 242. године пре нове ере уведена је служба другог претора (*praetor peregrinus*), који је имао задатак да решава спорове у којима су обе стране или само једна биле странци. У тим споровима претор је примењивао правне норме које су произилазиле употребом правних средстава од стране градског претора, које је он уносио у своје едикте. Поред увођења посебног поступка са писменом формулом, он је стварао и материјалноправне норме, по којима су се такви спорови решавали. Те правне норме чиниле су оно што су Римљани називали *ius gentium* или право народа.²¹ Тако се примера ради развио неформални зајам, на супрот формалном зајму, уместо манциповане куповине развила се је неформална куповина и продаја. Са друге стране, овим путем су и неки страни правни обичаји и установе, као нпр. писменост уговора, грчке одредбе о поморском зајму (*foenus nauticum*) улазиле у римско прво и ослобађале га строгог формализма.²² На тај начин је не само ублажавана строгост старог права, већ је у оквиру постојећих правних норми била створена могућност за сагледавање и заштиту права свих становника римске државе, а не само Римљана.²³

Све до 212. године Римљани су живели тако што су разликовале две врсте правних институција, применом којих су могли да остварују заштиту својих права. Једне су биле традиционалне и строге и примењивале су се само на римске грађане, као доминантан народ, док су друге биле ослобођене строгих

21 "Ius gentium, право народа, стајало је на располагању подједнако римским грађанима и онима који то нису имљанима да решавају оне практичне проблеме који су настајали због странаца који су живели под римском влашћу. Када су касније размишљали о томе зашто су таква правила свуда била призната, дошли су до закључка да би разлог морао бити у томе што та правила нису настала из неке традиционе праксе, него из природних разлога, по природном разуму. Због тога се право народа изједначавало са природним правом (ius naturale)". Види: Stein, P. op. cit. str. 21.

22 О томе: Хорват, М-Римско право, Загреб, 2002, стр. 60.

23 Зато је код послова *ius gentium* преовладавао *bona fides*, односно *aequitas*. Овде се радило о праву *ius aequitum*, о "правичном праву", које се показало као примарно у односу на старо цивилно право, јер је више водило рачуна о заштити људских права. Ibidem.

форми и формализма уопште и примењивале су се на све остале становнике римске државе, али и на саме Римљане.

Ius gentium није било ни међународно ни међудржавно право. То је било право које се примењивало у оквиру римске државе, па самим тим је представљало и део њеног правног система. Заправо, било је речи о праву које је пре свега било трговачког карактера, јер се претежно односило на власништво и уговоре, и које се примењивало међу самим римским грађанима и у правним односима са странцима. Будући да је регулисало поменуте односе оно је по својој природи било еластичније, гипкије, па је самим тим могло адекватније да пружи заштиту људским правима.

4. Утицај римског права на савремено право (универзалност римског права)

Питање односа римског и савременог права, често је предмет бројних расправа романиста и цивилиста. Наиме, иако цивилисти нерадо прихватају да је утицај римског права на савремено грађанско право велики, и стално истичу да је он пуки историцизам у развоју савремених института грађанског права, не може се порећи, да се како то истичу Eisner-Horvat, “даљи развој грађанског права не може ни замислити без претходног познавања римског права, с обзиром да је римско право у великој мери и темељ за изградњу великог броја савремених грађанских законика, и то како у погледу њихове правне технике и терминологије, тако и у погледу низа правних појмова преузетих из римског права”.²⁴

Овоме у прилог, сведоче и бројни институти римског права, римска начела, римска казуистика који су опстали до данас (поједини институти римског стварног права примењују се у савременом праву готово у неизмењеном облику), а неки су чак и актуелизирани са афирмацијом приватне својине. Несумњиво је да је овај утицај најизраженији у оквиру савременог стварног права (подела ствари, заштита својине, службености, итд.) и облигационог права (систематизација извора облигација, концепција уговора, елементи уговора, његове форме, одговорност за правне и физичке недостатке ствари код уговора о купопродаји, итд.). Међутим, оно што ће бити предмет анализе овог дела рада је утицај римског права на савремено јавно право, прецизније актуелизација темељних принципа романистичке традиције у оквиру уставног права и заштите људских и мањинских права у оквиру њега.

Прокламујући основна људска права и слободе Устав сваке земље, па и Републике Србије, полази од основног начела а то је једнакост грађана пред

²⁴ Детаљније: Eisner, B., Horvat, M. - Rimsko pravo, Zagreb, 1947, str. 5.

законом (чл. 36. Устава),²⁵ чији се правни темељи налазе још у *Lex duodecim tabularum* (I,5): *Nexi mancipiique forti sanatique idem ius esto* (на презадужене, и оне у мандипијуму, на угледне и клијенте нека се примењује једнако право).²⁶ Пета одредба Закона подсећа на начела настала у доба капитализма, који је прокламовао једнакост грађана пред законом. Ова одредба у суштини има уставни карактер што истиче и Маленица у свом осврту на садржину Закона XII таблица: “неке законске одредбе ипак имају уставни карактер. Тако је у прву таблицу везано за ток парничног поступка убачена и једна начелна норма да право за све грађане треба да буде исто, без обзира да ли су они слободни или су се нашли у зависном положају, и без обзира на то да ли припадају слоју моћних или нејаких”.²⁷

Из овог начела произилази још једно које је било актуелно и у доба доношења *Lex duodecim tabularum*, али које је актуелно и данас у савременом праву, а то је начело по коме се Уставом предвиђа заштита људских и мањинских права (чл. 22. Устава РС-“свако има право на судску заштиту ако му је повређено или ускраћено неко људско или мањинско право зајемчено Уставом, као и право на уклањање последица које су повредом настале”). Наведена заштита свој темељ има у римском праву, јер се дефинисала и одредбама *Lex duodecim tabularum* (I,1). Тако је било одређено “ако је неко позван на суд, нека иде. Ако не иде, нека се позову сведоци, а затим нека га ухвате...”.²⁸ Међутим, једнакост грађана пред законом, изражена је и кроз чувено римско начело *audiatur et altera pars*, регулисано у седмој одредби прве таблице Закона: “ако се не нагоде, нека пре подне заједно оду на комициј или форум ради расправљања спора. За време излагања треба да су присутне обе странке”.²⁹

Поред прокламованог начела, право сваке земље организовано је тако да се следи хијерархија највишег правног акта а то је у свакој земљи њен Устав. Тако и у Уставу РС (чл. 194.) стоји да сви закони и други општи акти Републике Србије, морају бити сагласни са Уставом.³⁰ Наведено начело законитости прокламовано је и у Теодосијевим и Јустинијановим конституцијама (*Neque magistratum issiones valebunt adversus id, quod lege ordinatum est*).³¹ И један и други извор при дефинисању овог начела позивају се на Гаја, који је опет истицао да су далеки

25 Види: Устав Републике Србије, дневни лист “Данас”, октобар 2006, стр. 5. У даљем тексту: Устав РС

26 О томе: Catalano, *Populus Romanus Quirites*, Torino, 1974, p. 140.

27 Опширније: Јовановић, М.ор. cit. str. 46.

28 Види: Николић, Д., Ђорђевић, А.-Законски текстови старог и средњег века, Ниш, 2002, стр. 75.

29 Ibidem.

30 Види: чл.195. Ibidem.

31 Види: Iust.Nov.113,1,1.

корени овог начела управо у *Lex duodecim tabularum*. У табlici XII,5 стоји: “У Закону XII таблица постоји пропис да ће све оно што касније народ изгласа бити законито и признато, ако је у складу са основним одредбама Закона”.³²

Затим, начелна забрана ретроактивности закона, присутна у свим Уставима, па и у Уставу РС (чл.197.),³³ такође своје изворе налази у одредбама Закона XII таблица (*leges et constitutiones futuris certum est dare formam negotiis, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatum etiam de praeterito tempore adhuc pendentibus negotiis cautum sit*).³⁴

Још једно начело прокламовано Уставом, а које своје корене има још у романистичкој традицији из доба Републке, односно у *Lex duodecim tabularum* је начело из домена казног права “*nulla poena sine lege*”. Ово основно казно начело је загарантовано чл.29. Устава РС (“лице лишено слободе без одлуке суда мора без одлагања, а најкасније у року од 48 сати бити предато надлежном суду, у противном се пушта на слободу”). Корен овог казног начела налази се у шестој одредби девете табlice која гласи: “И Закон XII таблица је забрањивао да се убије неко без судске пресуде”.³⁵ Осим тога и уставна гаранција да нико не може бити суђен за дело за које је већ био суђен и за које је донета правоснажна судска пресуда (чл.34. Устава РС), своје темеље налази у чувеном романистичком правилу *ne bis in idem* (XII таблица).

И слобода удруживања, која је поново афирмисана новим уставом Републике Србије из 2006. године, а коју прокламују готово сви савремени Устави, прокламована је била и Законом XII таблица (VIII,26): “*His sodalibus potestatem facit lex, pactionem quam velint sibi ferre, dum ne quid ex publica lege corrumpant*”,³⁶ што је у преводу значило да је ортацима Закон дозволио да склапају какав хоће уговор само да не буде супротан јавном поретку. И у Уставу РС (чл.55.) предвиђа слободу удруживања, при чему се у одредби Устава између осталог истиче: “Уставни суд може забранити само оно удруживање чије је деловање усмерено на насилно рушење уставног поретка, кршење зајемчених људских или мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње “. Интересантно је да поред суштинске подударности у дефинисању ове уставне гаранције, Закон XII таблица иде даље и у двадесетпетој одредби осме табlice прецизира да је било забрањено било какво ноћно окупљање по градовима.

Поред наведених уставних гаранција, које своје далеке корене имају као што смо то напред већ доказали у Закону XII таблица, неке њене одредбе су

32 Види: Николић,Д.,Ђорђевић,А.оp.cit.str.84.

33 “Закони и сви други општи акти немогу имати повратно дејство...” Види: чл.197. Забрана повратног дејства закона и других општих аката

34 О томе: Kaser, Das romische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Munchen, 1975., p.56.

35 Види: Николић,Д.,Ђорђевић,А.оp.cit.str.82.

36 Види: Kaser, Das romische Privatrecht, Zweiter Abschnitt, Munchen, 1971., p.22.

чак и актуелизиране у савременом праву, па самим тим и у Уставу наше земље са афирмацијом приватне својине. То се пре свега односи на право на имовину (чл.58.) и на право наслеђивања (чл.59.), који су досад, имајући у виду друштвено-економске прилике у нашој земљи и социјалистичко уређење биле решене на начин који се битно разликовао од начина на који се то питање данас дефинише, а које је афирмисало и традиционално римско право, а то је право приватног власништва.

Неке од наведених уставних гаранција и њихово довођење у везу са римским правом, у овом делу рада имало је само за циљ, са једне стране, да докаже да се питање заштите људских и мањинских права, постављало и да се о њему водило рачуна још у римском праву и то почев од периода ране Републике, а са друге стране да докаже да су многобројна правна правила и принципи римског права, управо из овог периода, свакако утицали и на развој савремених уставних принципа, што говори у прилог тезе о универзалности римског права.

Уместо закључка

Питање правне заштите људских и мањинских права само је једно у низу питања у чијој основи је римско право, које и данас “информише” савремене правне системе континенталног типа. У процесу стварања савременог приватног али и јавног права, као што смо то већ истакли у самом раду, битну улогу има и познавање римског права. У последње време његова улога у развоју права посебно долази до изражаја када је у питању право Европске Уније као право *ius commune*. О утицају римског права у формирању европског правничког ума, најбоље сведочи дијалог Гетеа са Екерманом, у коме Гете упоређује римско право са гњурцем, који с времена на време зарони у дубине мора, па поново изрони на површину, не губећи се никада за стално, чиме добија трајни карактер.³⁷

Отуда познавање римског права је нужан предуслов за развој једног свеукупног правничког образовања, јер да би се детаљно разумео један правни институт или правна појава у њеној свеукупној суштини, као што је то у конкретном случају било питање заштите људских и мањинских права, неопходно је да се крене од прошлости и то не само тако што би се та појава или институт проучавали парцијално, као прост збир правних норми, већ што би се проучавали у ширем контексту, у оквиру историјских, правних, политичких, културних, економских прилика, односно у оквиру њене сложености и свеобухватности. У том смислу римско право има непроцењиву вредност, јер да би један правник могао да изучава право и да га практикује у будућности неопходно је да познаје његове корене, односно његову прошлост.

³⁷ О томе: Zimmermann, R.-Roman Law, Contemporary Law, European Law, Oxford, 2001, p. 23.

Doc. Marija Ignjatović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

***Protection of Human and Minority Rights
in the Period of the Roman Republic***

Summary

The protection of human and minority rights has been one of the most serious and important issues since the Roman law until today. Historically speaking, minority groups have always been part of the population of different countries throughout human history and they have always had their distinctive ethical, religious, cultural or linguistic features which differentiated them from the majority population in their countries. Within the framework of a specific legal system, their human rights' protection is a complex issue considering that it necessarily has to be interpreted in light of the basic constitutional principles and that the protection of their rights actually implies a compromise between the existing legal system and the diversity of their cultural, ethical, linguistic, racial and national characteristics which are the fundamental elements in defining the concept of minority. In this paper, the author explores the human and minority rights' protection in the Roman law by considering the role of the Roman legislation in the period of the Roman Republic in providing for the protection of human and minority rights as well as the contribution of the Roman legislation from this period to establishing the basic legal principles in the area of contemporary civil and constitutional law. Concurrently, these two significant features illustrate of the universal nature of Roman law.

Key words: *minority; protection of human and minority rights; ethical, linguistic, racial and national traits; Roman law*

ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ПЕРЕГРИНА КАО МАЊИНЕ У РИМСКОМ ПРАВУ¹

Апстракт: Интересовање међународне заједнице за питање заштите националних мањина, учинило је ово питање поново актуелним и ставило га је у средиште интересовања и проучавања од стране шире научне јавности. Питање заштите људских и мањинских права, у суштини, никада није ни губило на својој актуелности, јер су, историјски посматрано, у свим земљама, различитих друштвених епоха, постојале одређене групе људи које су се издвајале од доминантног становништва било у етичком, религиозном, културном или језичком погледу. Те групе су се називале и данас се називају мањинама. И у државама старих народа постојале су такве групе људи, чије се питање заштите права више или мање расправљало у зависности од самог степена развоја те државе. У римској робовласничкој држави ово питање дошло је до изражаја тек са ширењем државе у другом периоду, а посебно након пада Картагине у другом пунском рату 201. године пре нове ере. У овом раду, уз кратак осврт на стање и прилике у другом периоду римске државе, обрађено је питање заштите права мањина, с посебним освртом на правни положај перегрина као мањине у римском праву

Кључне речи: заштита националних мањина, културне, етичке, језичке, расне и националне карактеристике, правни положај перегрина, римско право.

УВОД

У развоју римске робовласничке државе питање заштите права мањина било је актуелно у једном њеном делу (до доношења *constitutio Antoniniana* 212. године)² и било је мотивисано у првом реду разлозима економске природе.

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

² *Constitutio Antoniniana de civitate* – конституција чувена по називу „Каракалин едикт“. Донета је за време владавине цара Каракале, 212. године. Њоме је свим становницима

Наиме, интерес развоја трговине и привреде изван оквира седмобрежја (*septimontium*), нужно је наметао потребу креирања и установљавања нових правних правила која би, у првом реду, служила решавању спорова између трговаца, које су представљали грађани Рима (*cives, Quiriti*) и странаца, становника новоосвојених територија. Са друге стране, и сами странци (перегрини), оснивали су сами своја трговачка удружења, која су између осталог, служила за заштиту њихових мањинских права.³ Како та правила, по којима су живели и радили, нису била усаглашена са постојећим правним прописима које је наметало старо и до тада једино важеће *ius civile*, било је потребно да се установе нова правна правила. Она су имала за циљ да, дефинишу статус ових удружења, а потом, и регулишу односе између перегринина, као припадника мањине у новоствореној држави, као и односе перегринина и Римљана, са друге стране, али и да истовремено реше питање правног положаја и правне заштите самих перегринина, као мањинске групе.⁴

У том настојању да се дефинишу, одреде и утврде правна правила која би установила статус перегринина и регулисала питање заштите њихових права, посебно се истакао својом активношћу најпре перегрински (*praetor peregrinus*), а потом и градски претор (*praetor urbanus*).

1. Странци – становници изван оквира старе римске државе

Генерално посматрано, сво становништво римске државе делило се на римске грађане, доминантно становништво римске империје и странце. Само римски грађанин је имао пуна политичка и грађанска права, како је то предвиђало старо *ius civile*, док су она свим осталим слободним становницима државе (Латинима и перегринима), била ускраћена, односно била су недоступна категорија.

римске империје признат статус грађанства, изузев посебној групи перегринина, тзв. перегрини дедитицији. Види: Berger, A.- Encyclopedic dictionary of Roman Law, volume 43, part 2, 1953, стр. 409. (reprinted, 1980, 1991).

3 Пошто су сви Италици 90/89. године пре нове ере добили римско грађанство, перегрини су углавном били становници подвргнутих провинција, различитих провинцијских државица и општина (*civitates liberae, foederatae*). Детаљније: Хорват, М. – Римско право, Загреб, 2002, стр. 113

4 Према, квантитативној дефиницији, мањина изражена у бројкама може да буде множина у друштву. То је и био случај са перегринима, који су освајањем нових територија и покоривањем Риму, најпре били бројнији у односу на Римљане, а потом и све масовнији и економски интересантнији (пре свега кроз бављење све развијенијом трговином и занатством)... политичка снага која се није смела подценити; и то не само због страха од сукоба, већ и због интереса самих Римљана, којима је била потребна сарадња са странцима, ради њихових трговачких и занатских услуга и низа других делатности.

Још од периода старог, архаичног права, важио је принцип по коме је право строго персонално, што је значило да је везано за личност грађанина, па тако, странац (*hostes*), никако није могао да буде носилац правних овлашћења, јер није свој статус регулисао по одредбама старог *ius civile*.⁵ Старо, архаично римско право, под странцем подразумевало је свако лице које је било затечено на територији римске државе. Такво лице сматрало се непријатељем државе, осим ако као клијент није било под заштитом неког римског грађанства или уколико није користило установу азила са циљем да добије грађанство. Свако овакво лице сматрало се за објекат права, *res nullus*, па је сваки римски грађанин био овлашћен да га претвори у роба.

Овакво стање ствари одговарало је приликама у другом периоду развоја римске државе. То је био период ширења државе на Медитеран и освајања провинција, најпре, Сицилије и Сардиније, а потом и осталих подручја. У овом периоду израз „*peregrinus*“ се користио са циљем да се њиме означи сваки становник Царства, који се није могао уврстити ни у категорију *cives*, ни у категорију *Latinus*.⁶ Са географским ширењем и економским јачањем државе у IV и III веку пре нове ере, а нарочито након пунских ратова и пада Картагине 201. године пре нове ере, јавила се потреба да се створи ново право које би одговарало новонасталим приликама у држави. Рим више није био мала монолитна заједница, која се, као до тада, простирала на седам брежуљака (*septimontium*), у којој су само живели *cives*-римски грађани, већ је обухватао читаво Апенинско полуострво (на коме је живело хетерогено становништво)⁷, а након победе над Картагином и цело Средоземље. У овом периоду настале су и

5 Види: Nicholas, B. – An Introduction to Roman Law, Oxford, 1975, стр. 64.

6 То су биле посебне етничке групе (као нпр. бројни грчки градови на Сицилији), које су се од доминантног становништва разликовале и по језику, обичајима, култури и националним карактеристикама.

7 “Неки од покорених народа у овом периоду били су на далеко вишем културном нивоу од Римљана. То је нарочито био случај са Етрурцима. Они су већ познавали развијене робовласничке односе и високу техничку културу, нарочито у обради метала...Грци, који су настањивали градове на југу Полуострва, били су мајстори прекоморске трговине. У Кампањи су били врло развијени занати...Покоривајући ове народе, Римљани нису уништили њихове културе. Утицај грчко-орјенталне цивилизације је толико био велики у периоду након другог пунског рата, када су различите тековине ових етничких група продрле у Рим (нпр. богови Дионис, Изис), астрологија, магика, епикурејска наука, тако да је и сам Сенат морао да устане у одбрану старих римских цивилизацијских вредности. Са интервенцијом Сената 186.г.п.н.е. утицај грчко-оријенталне цивилизације није био прекинут, он је само био заустављен у даљем развоју, а затим су сва достигнућа ове културе била укључена у римску ратну и државну машину.То је истовремено и подигло ниво производних снага Римљана као и њихов опште културни ниво. Детаљније: Стојчевић,Д.-Римско приватно право, Београд, 1983, стр.22.

прве провинције (Сицилија а касније и Сардинија, Корзика, Шпанија, Африка, Македонија, Ахаја, Галија и др.).⁸

Новонасталим променама, како у привредном, тако и у друштвеном погледу, више није одговарало старо, ускогрудо, строго формалистичко право, које је једино предвиђало правну заштиту Квиритима (*ius civile, ius Quiritum*), и то у првом реду патрицијима. Основни друштвени проблем који се јављао у овом периоду био је однос римских *cives* са покореним народима.

Будући да је Рим у овом периоду био већ моћна и територијално велика држава, услед учесталих ратовања, нагомилавање ратног плена постала је редовна појава. Али са њом као пратећи елемент јављао се и перманентан сукоб плебејаца са патрицијима, јер су плебејци настојали да узму једнако учешће са патрицијима у подели ратног плена. Са друге стране, постављало се и питање решавање односа Римљана са становницима покорених земаља, са којима су Римљани најпре направили савез, искључиво вођени економским интересима, тј. потребом трговања са провинцијама. Ови савези били су закључивани, најпре, на основу одредаба старих обичајно-правних норми (*ius fetiale*), које су регулисале питања односа Римљана и других народа. Те норме су, првенствено, утврђивале правила ратовања, као и понашања у контакту са другим народима. За поштовање ових норми била је задужена посебна група свештеника названих, по овим правилима, *fetiales*. Фецијално право предвиђало је сложу процедуру за закључивање мировних споразума између Римљана и странаца и истовремено је уређивало спољашње односе Римљана и становника новоосвојених територија (провинција).

Тако су се под странцима, припадницима неримских и нелатинских општина и етнички различитим племенима, почели да подразумевати, под дејством фецијалног права, слободни становници савезничких држава (*civitates foederatae*),⁹ које су барем формално задржавале свој суверенитет, тако што им је Рим признао слободу (*status libertatis*). То је, уједно, био и тренутак у римској историји, када за странце престаје да се користи назив *hostes* и када они почињу да се називају перегринима.¹⁰

8 Провинцијама се означавало подручје изван Италије, које је било подвргнуто римској власти и коме је управљао римски намесник. У почетку, овај термин се користио за означавање делатности римског магистрата, коме су била додељена одређена војна задужења, а касније се овај термин користио за означавање самих подручја у којима су магистрати остваривали своју војну надлежност. Неке од провинција су подпадале под римско право, а неке су имале посебне законе, којима су регулисале своје односе (*lex provinciae*), чија се садржина разликовала од територије до територије. Овим актима је био регулисан правни положај области, организација власти и друга питања конститутивног карактера.

9 Најчешће, такви градови и државице су задржавали своју аутономију тако што су са Римом закључивали савезнички уговор или би им Римљани без формалног савеза једнострано оставили слободу уз обавезу плаћања редовног пореза римској држави.

10 Перегринима (од *per ager*-онај који се нађе преко границе, туђинац, странац, досељеник) су се називали и римски грађани који су претрпели *capitis deminutio media*,

2. Правни положај перегрина

У римској историји назив перегрин се користио за различиту категорију становника. Првобитно, перегринима су се називали припадници савезничких народа, међу којима су били и Латини (жители Лацијума, а касније и лица која су живела на Апенинском полуострву). Остали странци са којима Рим није закључио савезничке споразуме називали су се непријатељима Рима (*hostis*). Када су после савезничких ратова Латини добили повољан статус („другоразредно грађанство“), назив *peregrinus*, је почео да се употребљава за странце који нису били Латини, независно од тога да ли су савезници Рима или не. У периоду царства, перегринима су се називали становници римске империје који нису били ни *cives* ни Латини, а који су живели у римским провинцијама. Када је Каракалиним едиктом (*Constitutio Antoniniana*) 212. године, свим становницима римске империје признат статус грађанства, осим перегринима дедитицима, назив перегрин се употребљавао за варварске насеобине. У посткласичном периоду термин перегрин користио се за становнике пограничних насеобина и варварска племена која су била тамо настањена, а која су имала обавезу да чувају државну границу.¹¹

Правни положај перегрина није био једнак и зависио је, у првом реду, од споразума који су закључили са Римом, али и од закона који су се примењивали на територији њихових општина.¹² Уопште посматрано, разликовале су се две категорије перегрина: перегрини, којима је била остављена локална самоуправа (*suis legibus uti*),¹³ и перегрини *dediticii*, тј. они који су морали да се предају на милост и немилост Риму, јер никада нису признали његову власт и доминацију. И једна и друга категорија перегрина није имала политичка права, нити правну способност према правилима *ius civile*, па самим тим ни *ius commercii*, ни *ius conubii*, нити *testamneti factio activa* или *passiva*,¹⁴ тј. нису могли бити тестаментални оставиоци нити наследници. Међутим, ова лица су по праву провинција била правно способна, што значи да су имали и очинску власт и манус, као и државину. По том праву она су могла да буду власници, оставиоци и наследници. Њима није била искључена могућност да успостављају правне

као и неки ослобођени робови. Видно место међу перегринима заузимали су и припадници латинских племена, која су 90. године пре нове ере, по окончању савезничких ратова, добили статус грађанства.

11 Опширније: Анодновски, Ј.- Релације између статуса перегрина и странаца у римском и савременом праву, магистарска теза, Правни Факултет „Јустинијан Први, Скопље, 2010, стр. 19.

12 Другим речима, зависио је од отпора који су пружали римској војсци приликом покорвања, односно приликом закључивања споразума (*foedera*), са Римом.

13 Овакви примери у пракси били су јако ретки.

14 У класичном периоду перегрини нису могли да састављају правно важећи тестамент (*testamenti factio*).

односе са Римљанима, изузев перег ринима дедитицима,¹⁵ само што у тим односима нису могли да се руководе правилима *ius civile*, већ су једино могла да примењују правила *ius gentium*.

Правила *ius gentium*, настала су залагањем перегринског претора¹⁶ и значила су „право народа“, зато што је то било право које је „важило за све људе и зато што је било у сагласности са природом и разумом свих народа који су га поштовали и који су се њиме служили“.¹⁷ Ово право садржано је било у едиктима перегринских претора и служило је заштити интереса и права мањинских становника, тј. заштити интереса недоминантног становништва настањеног у привинцијама царства.

Разлика између *cives* и перегрина изгубила је на свом значењу током времена, као резултат развоја економских и комерцијалних веза између Римљана и перегрина. Све израженија потреба Римљана да тргују са удаљеним провинцијама и да на тај начин долазе до неких производа, до тада непознатих Риму, наводила је и саме Римљане да чине одређене уступке перегринима, у првом реду да им додељују *ius commercii*, како би могли, потом, да са њима закључују одређене трговинске уговоре. Са друге стране, потреба за признавањем одређених права перегринима била је условљена и разлозима фискалне природе. Наиме, порези уведени само римским грађанима, у доба ширења царства били су недовољни за пуњење државне благајне (*aerarium*). Било је потребно да се нађу нови начини на основу којих би се убирали порези и од неримског становништва, како би се задовољило фискалним потребама територијално нарастајуће државе. Решење се само наметнуло само по себи, тако што се дошло до закључка да би требало повећати број пореских обавезника, и то тако што би се опорезовало и неримско становништво. Међутим, за тако нешто било је потребно да се и том становништву призна статус грађанства.

Крајем периода Републике, а посебно за време владавине царева, перегрини, осим перегрина дедитицима, стекли су статус грађанства. За време владавине цара Каракале донет је био јединствени едикт којим је статус грађанства признат свим становницима царства, како оним „мањинским“, тако и Латинима. „Цар, цезар Марко Аврелиј Север Антонин Август каже: ништа није толико ишчекивано и вредно труда као спорови и тужење...зато се захваљујем пресветим боговима што

15 Перегрини *dediticii*, не само што нису имали политичка права, и што су били искључени из цивилног права, него су могли да се служе и својим локалним правом, само онолико колико су им то дозвољавали едикти провинцијских управника. Детаљније: Анодновски, Ј.- Релације између статуса перегрина и странаца у римском и савременом праву, магистарска теза, Правни Факултет „Јустинијан Први, Скопље, 2010, стр. 26.

16 Функција перегринског претора (*praetor peregrinus*), била је магистратура која је уведена 242. године пре нове ере и разликовала се од градског претора (*praetor urbanus*), иако је лице које је било носилац те функције једнако био сам римски грађанин.

17 Gai, Inst. 1,1

ми је дата могућност за овакву милост. Зато сматрам да би његово величанство могло на најузвишенији и најпобожнији начин да удовољи перегринима и да им омогући да се придруже мојим људима (да поштују богове, да уђу у круг верника)...захваљујући боговима да додели свим перегринима, који су на Свету, римско грађанство, с тим што би им оставио на снази све облике власти (јавна организација, са изузетком дедитицима). Другим речима, да се уведе једнакост у целом римском народу...“.¹⁸

Једини перегрини који су остали без статуса грађанства, након доношења Каракалиног едикта, били су странци, депортати и варвари, који су у ствари били дедитицији, али нису тако називани. У Јустинијановом праву учињен је и одлучујући корак, тако што је донет један јединствени акт који је ревидирао све изворе латинства, било предвиђајући *civitas* свим становницима државе, док је категорија перегрина дедитиција била сасвим укинута.

Када је реч о правном положају перегрина, неки савременици, сматрају да овде заправо, није било речи о странцима, посебно не у смислу појма „странца“ са аспекта савременог међународног права, већ да је овде реч о припадницима одређених етничких група, који су се по језику, обичајима, култури разликовали од сувереног народа и државе у чијим су се оквирима налазили. Заправо, они наглашавају, да је овде реч о псеудо-странцима, мањини, која иако бројнија од доминантног народа спада у категорију мањинског становништва и као таква одговара квантитативној дефиницији мањине, по којој је мањина “група грађана једне државе, која нумерички представља мањину и која је у недоминантној позицији у држави, и која има етничке, религиозне или језичке карактеристике, по којим се разликује од преосталог дела становника једне државе, која има осећај солидарности (један за другог), која је мотивисана у смеру јединства, имплицитно, са колективном вољом за преживљавањем и чији циљ је да се оствари једнакост у већини, и то како правна тако и фактичка једнакост “.¹⁹

18 *Constitutio Antoniniana de civitate*- Imperator Ceaser Marcus Aurelius Severus Antoninus Augustus dicit: Nihil optabilius vel magis quaerendum est quam et libellos...Et diis sanctissimis gratias quem agree quod quae talis gratiae occasio nunc mihi contignat. Itaque, existimans sic magnifice et religiose posse maiestati eorum satis facere, si peregrinos, quotiens cumque subingrediantur in meos homines, in...Deorum, inducam, do omnibus peregrinis qui sunt in orbe civitatem Romanam, manente quocumque genere rerum publicarum, exceptis dediticiis. Oportet enim omnia...iam et nunc...rem partier maiestati Romani populi...egra peregrinos evenisse. Super autem...reliquos...cuiuscumque regionis...Види: Ромац, А. – Извори римског права, Загреб, 1973, стр. 68.

19 О томе: Варади, Т. – Међународно приватно право, Нови Сад, 1990, стр. 152.

3. Права и обавезе перегрина у римској држави

Имајући у виду да је римско право у првом реду приватно право, питање права и обавеза перегрина, као мањинске групе, у римској држави може се посматрати са аспекта, пре свега, приватног права.

Како у свим сегментима права, тако и када се третирало питање својине, римско право правило је разлику између својине која је припадала становницима града Рима (квиритска цвојина) и својине, која је припадала становницима провинција (провинцијска својина). Квиритска својина била је регулисана искључиво правилима *ius civile*, и њени носиоци могли су да буду римска држава, римска правна и физичка лица. Провинцијска својина, била је својина над освојеним земљиштем у провинцијама (*ager publicus*) и припадала је римском народу и Сенату (државна својина).²⁰ Међутим, како ни Сенат, а ни сам император нису били у стању да економски експлоатишу ово земљиште, њега су користили појединци, који су за то били дужни да плаћају одређен данак Сенату или императору (*stipendium, tributum*). При том, правила се разлика између земљишта над којим је остављена слободна управа провинцији, и земљишта које је било предмет окупације појединца. У првом случају се плаћао годишњи данак, а у другом случају је појединац плаћао редовни данак. У настојању да јасно повуче разлику између ова два случаја Гај истиче: „ у истом положају је земљиште у провинцијама, за које се у једном случају плаћа стипендариа, а у другом трибутариа. Стипендариа се плаћа за она земљишта која се налазе у провинцијама и за која се сматра да припадају римској држави, док се трибутарија плаћа у оним провинцијама које припадају цару“.²¹

Развој облигационих односа нужно је био повезан и са развојем трговине и уопште економске комуникације са провинцијама. Вођени разлозима економске природе, и економским интересом, Римљани су у једном тренутку признали перегринима *ius commercii*, како би сами себи олакшали закључивање правних послова, односно како би трговали са становницима провинција. Тако, су били донети посебни прописи, којима је био регулисан правни положај перегрина у области облигационог права. *Ius commercii*, био је признат првенствено код уговора о купопродаји, и то на основу прописа *ius civile*. Првобитно, то право је било признавано само пуноправним римским грађанима, а касније је било признато и Латинима (89.г.п.н.е.) а у форми привилегије било је признато и перегринима, и то било појединачно или целој општини. Ова привилегија омогућавала је перегринима да тргују са римским грађанима под једнаким условима и да користе оне уговорне форме које су биле важеће за римске грађане.

²⁰ Тако је цела земља у Италији постала *res Mancipi*, са могућношћу да постане предмет присвајања по правилима квиритске својине.

²¹ Gai, Inst. 2,21

Са развојем приватне својине на подручју наследног права дошло је и до појаве тестаментa, односно тестаменталног наслеђивања. Способност да се буде наследник, било је својствено само римском грађанину. Класично право је било искључиво и истицало је да ово право никако није могло бити привилегија робова, перегринa, *capite deminuti, filii familias*, као ни лица *alieni iuris*. Међутим, насупрот овом правилу сматрало се да су они перегрини, који су имали *ius commercii*, по правилима старог римског права, могли да буду тестаментални наследници. *Testamenti factio passiva*, односно способност да се прими наслеђе нужно је била повезана са способношћу да се закључују правни послови. Ова способност је, дакле, била призната само оним перегринима који су поседовали *ius commercii*.

Када је било речи о питању закључења брака, ово питање је нужно захтевало постојање *ius conubii*. Право на закључење пуноважног брака, у почетку су поседовали само пуноправни римски грађани, а касније је ово право било признато Латинима, а потом и свим осталим перегринима. Ulp. Reg. 5, 3-4 *conubium habent cives Romanis, cum Latinas autem et peregrinis ita, si concessum sit*.²² Римски грађанин је могао да закључи брак са перегрином само ако је перегринима био додељен *ius conubii*. Понекад се је ово право додељивало и читавој провинцији. По правилу, ово право се додељивало појединцу, и то је посебно било изражено у посткласичном периоду. Посебно су цареви првог и другог века практиковали да, ветеранима, којима су претходно доделили статус грађанства, да им доделе и право на закључење брака са пергринским женама. Брак перегринa који нису поседовали *ius conubii* није се сматрао пуноважним и сматрао се непостојећим према одредбама римског права. Такав брак је производио дејства само са аспекта перегринског права. Када је реч о браковима римских грађана са перегринима, према закону *Lex Minicia*, деца из овако закљученог брака добијала су правни положај оне стране која није имала римско грађанство. Са проширивањем грађанских права, а посебно са доношењем Каракалиног едикта ово правило је обезвређено и установа *conubium* је изгубила своју важност, те је свим становницима царства признато једнако право и приликом закључења брака.

УМЕСТО ЗАКЉУЧКА

Пегрини су били становници новоосвојених територија (провинција), до којих је дошло након освајачких ратова Римљана, нарочито у другом периоду развоја римске државе. То су били становници територија до којих је Рим долазио било освајањем или добровољним присједињавањем. Питање регулисања правног положаја провинција и перегринa било је питање које је најчешће регулисано било законом. Те законе није доносила народна скупштина,

22 Види: Ромац, А.оp.cit. 89.

нити римски Сенат, већ освајачки војсковођа у сарадњи са Сенатом. Положај свих перегрина, становника провинција није био исти. Најгори правни положај, свакако, су имали перегрини дедитици, који су падали у немилост Риму, јер никада нису признали римску доминацију. Остали становници провинција имали су онакав положај, какав би уговор закључили са Римом. Некима од њих остављана је била локална самоуправа уз сталну обавезу плаћања једногодишњег пореза Риму, док су друге провинције биле најчешће предмет окупације од стране богатих римских грађана. Провинцијама су управљали намесници, управници провинција, чија служба је трајала годину дана и обухватала је врховна, војна, казнена и цивилна овлашћења. Основно право које су перегрини, као припадници мањинског народа добили на основу *status libertatis*, било је право да се служе својим правним правилима, посебно у регулисању унутрашњих односа. Са друге стране, перегрини, као недоминантно становништво, нису имали нити једно од овлашћења које је произилазило из *ius civile* или из *ius proprium civium romanorum*. Додељивање статуса грађанства, појединим перегринима био је ређи случај, него што је то било са Латинима. Основни начин на који су перегрини добијали статус грађанства била је милост римских државних органа (*beneficium*), који су овај статус додељивали заслужним перегринима или пак целој перегринској општини. Крајем периода Републике, а посебно за време владавине царева, перегрини осим дедитиција, стекли су статус грађанства и то *Constitutio Antoniniana*, за време владавине цара Каракале, 212. године. Једини перегрини који су остали без статуса грађанства, након доношења Каракалиног едикта, били су странци, депортати и варвари, који су у ствари били дедитицији, али нису тако називани. У Јустинијановом праву учињен је и одлучујући корак, тако што је био укинут *status libertatis*, односно положај Латина Јуниана и перегрина дедитиција. Према Јустинијановом праву, перегрини су били само она лица која нису припадала римској држави, значи странци у правом смислу те речи.

Doc. Marija Ignjatović, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Legal Status of Peregrines as a Mionority Group in Roman Law

Summary

Given the considerable interest of the international community in the protection of national minorities, this issue has been re-addressed and made the focal point of extensive scientific study. In fact, the protection of human and minority rights has always been an issue of concern and interest. Historically speaking, minority groups have always been part of the population of different countries throughout human history and they have always had their distinctive ethical, religious, cultural or linguistic features which differentiated them from the majority population in their countries. In the states of the ancient world, the human rights protection of this category of population was subject to a more or less extensive debate, primarily depending on the level of social development of each state. In the Roman slavery system of government, this issue became prominent only after the expansion of the state in the second period of the Roman Empire, particularly after the fall of the Carthaginian Empire in the Second Punic War of 201 BC. In this paper, the author provides a brief overview of the social circumstances in the second period of the Roman Empire particularly and elaborates on the protection of minority rights, with specific reference to the legal position of peregrines as a minority group in the Roman law.

Key words: *protection of minority rights; cultural, ethical, racial and national features; legal position of peregrines, Roman law*

ИНСТИТУТ РАЗВОДА БРАКА У ПРАВУ НЕМАЧКЕ*

Апстракт: Чланак је посвећен актуелном бракоразводном режиму у праву Немачке. Немачки бракоразводни систем представља специфичну комбинацију неуспеха (пропасти) брака као општег бракоразводног узрока и споразумног развода. Аутор указује на изузетан значај презумпција о пропасти брака, које егзистирају у немачком праву у циљу лакшег доказивања неуспеха брака, а базирају се на чињеници одвојеног живота супружника, као и на њиховој сагласности да се разведу. У фокусу пажње аутора су и клаузуле о забрани развода, уколико оправдани интереси заједничке малолетне деце или супружника захтевају очување брака, што је у складу са начелом правичности. Посебна пажња удељена је и институцији која омогућава спајање бракоразводне парнице са парницом за уређење последица развода, чиме се афирмише идеја о чистом раскиду између супружника након развода брака.

Кључне речи: развод брака, немачко право, неуспех брака, претпоставке о пропасти брака, споразумни развод, одвојен живот, клаузуле о забрани развода, последице развода, поступак развода.

1. Увод

Институт развода брака у праву Немачке је прошао пут од апсолутне забране развода, преко његове допуштености у таксативно побројаним случајевима заснованим на скривљеном понашању једног супружника, до напуштања кривике као бракоразводног узрока и пружања све већих слобода брачним партнерима у сфери раскида брачне заједнице. Сагласно модерним тенденцијама у домену правног регулисања установе развода, актуелни бракоразводни режим одликује се високим степеном либерализације.¹ У том контексту, немачко позитивно право прихвата објективни бракоразводни

* Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

систем, тако да следи идеју о разводу због неуспеха (пропасти) брака. Међутим, принцип кривице није у потпуности изгубио на значају, будући да је изузетно допуштен и развод заснован на повреди брачних дужности од стране једног брачног партнера. Стога је у немачкој доктрини још увек, у извесној мери, спорно на којим принципима треба обликовати бракоразводно законодавство.² Поред тога, у немачкој теорији, као и судској пракси, заступљено је гледиште да супружницима који су споразумно ступили у брак треба омогућити излазак из брака на исти начин. Наиме, брак се третира као приватноправни однос који се може раскинути сагласном вољом супружника, тако да споразумни развод заузима специјално место у немачком бракоразводном систему.³

Промењене друштвене прилике, ширење корпуса људских права и либерализација бракоразводног законодавства неки су од фактора који доводе до пораста броја развода у савременом свету. У том погледу ни модерно немачко друштво не представља изузетак. Наиме, Немачка се последњих година суочава са забрињавајуће високим бројем развода. Разводи су у пракси све учесталији, а изузетну фреквентност овог феномена најбоље илуструје податак да је током последњих педесет година број склопљених бракова у Немачкој преполовљен, док је број развода у истом периоду удвостручен.⁴ У контексту драматичног смањења

1 У Немачкој је развод брака регулисан Првим законом о реформи брачног и породичног права (EheRG) из 1976. године (ступио на снагу 1. јануара 1977. године), који је инкорпорисан у Немачки грађански законик (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB; пар. 1564-1568). Интегрални текст BGB-а доступан је на интернет адреси: <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb>. Осим тога, одредбе процедуралног карактера садржане су у Закону о грађанском поступку (Zivilprozessordnung – ZPO; пар. 606-630). ZPO је доступан на адреси: <http://www.bundesrecht.juris.de/bundesrecht/zpo/gesamt.pdf>.

2 D. Schwab, *Familienrecht*, Verlag C.H.Beck, München, 2008, стр. 145.

3 Ibid.

4 Последњих година су у Немачкој забележене веома високе, мада прилично уједначене, вредности диворцијалитета, уз истовремено смањење стопе нупцијалитета. Према статистичким подацима, 2000. године је забележено 194408 развода (2.4 на 1000 становника), 2001. године 197498 (2.4 на 1000 становника), 2002. 204214 (2.5 на 1000 становника), 2003. 213975 (2.6 на 1000 становника), 2004. 213691 (2.6 на 1000 становника), 2005. 201693 (2.4 на 1000 становника), 2006. 190928 (2.3 на 1000 становника), а 2007. 187072 развода (2.3 на 1000 становника). У поређењу са вредностима диворцијалитета у претходним деценијама, приметна је тенденција константног пораста броја развода. Примера ради, 1960. године забележено је 73418 развода (1.0 на 1000 становника), 1970. 103927 (1.3 на 1000 становника), 1980. 141016 (1.8 на 1000 становника), а 1990. 154786 (1.9 на 1000 становника). Посебно забрињава пад броја склопљених бракова. Тако је, примера ради, 1960. године закључено 689028 бракова (9.4 на 1000 становника), 1970. 575233 (7.4 на 1000 становника), 1980. 496603 (6.3 на 1000 становника), 1990. 516388 (6.5 на 1000 становника), 2000. 418550 (5.1 на 1000 становника), а 2007. 368922 (4.5 на 1000 становника). Статистички подаци о броју склопљених и разведених бракова доступни су на порталу Савезног завода за статистику Немачке: <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/EN/Content/Statistics>.

стоје нупцијалитета, пораст стопе диворцијалитета постаје алармантан. Додуше, немачки бракоразводни режим не пропагира потпуну слободу развода, већ је право на развод омеђано извесним ограничењима (заштитним клаузулама), уколико је очување брака неопходно из нарочито оправданих разлога, који су у интересу заједничке малолетне деце или супружника који се противи разводу. Ипак, дискутабилно је да ли је на данашњем ступњу друштвеног развитка оправдано ограничавати могућност развода, којим механизмима је изводљиво то учинити, као и колика је делотворност ових механизма на плану васпитног деловања на супружнике и смањења стопе диворцијалитета у једном друштву.

2. Осврт на историјат немачког бракоразводног права

Бракоразводно право Немачке је имало буран историјски развитак.⁵ У средњем веку, под утицајем хришћанства и догме о нераскидивости брака, брак католика је могао престати једино природним путем (смрћу), док је у случају поремећених односа била могућа растава од стола и постеље (*separatio quod toro et mensa*), односно одвојен живот супружника без раскида брачне везе у сфери права. Насупрот томе, у крајевима који су прихватили протестантско верско учење уведен је развод брака на основу кривице, а брачном другу који је проглашен невиним омогућено је склапање новог брака.

Крајем XVIII века афирмисана је идеја о уређењу материје брака и развода независно од схватања хришћанске цркве. С тим у вези, у протестантским областима Немачке узроци за развод брака су све слободније формулисани и бројчано су увећани. Тако је Пруски закон из 1794. године предвиђао споразумни развод, мада је домашај његове примене био прилично сужен, с обзиром да је ова форма развода резервисана искључиво за супружнике без потомства који су постигли сагласност да се разведу. Поред тога, судији је дато овлашћење да раскине брак и у другим случајевима у којима је утврђено постојање несавладиве нетрпељивости између супружника.

Закон о породичном стању из 1875. године је дотадашње разлоге за раставу од стола и постеље нормирао као узроке за развод брака. Овим Законом је легализован развод брака и у оним областима Немачке у којима је већинско становништво припадало католичкој вероисповести. Доношењем BGB-а ступило је на снагу јединствено немачко бракоразводно законодавство, које је, међутим, било под утицајем конзервативних струја XIX века, тако да је разлоге за развод брака ограничило на тешке повреде брачних дужности и на душевне болести. Бракоразводно право је 1938. године, доношењем Закона о браку (*EheG*), издвојено из BGB-а. Наведеним Законом је повећан број узрока

⁵ О историјској генези немачког бракоразводног права видети детаљније: D. Schwab, *Grundlagen und Gestalt der staatlichen Ehegesetzgebung in der Neuzeit bis zum Beginn des 19. Jh.*, 1967.

за развод, а уведена је и претпоставка о пропасти брака при одвојеном животу супружника који је трајао најмање три године. Доношењем Првог закона о реформи брачног и породичног права (EheRG) 1976. године бракоразводно право Немачке је реформисано, постављено на новим темељима и реинтегрисано у BGB (пар. 1564-1568).

3. Неуспех брака (*Scheitern*) као општи бракоразводни узрок, проблем доказивања неуспеха брака и улога презумпција о пропасти брака

Немачко позитивно право прихвата један објективни бракоразводни узрок, који је формулисан као неуспех или пропаст брака (*Scheitern*). Брак је пропао када заједница живота између супружника не постоји и када се не може очекивати да ће бити поново успостављена (пар. 1565 I BGB). У погледу иницирања бракоразводне процедуре питање кривице је без значаја, тако да и супружник који је крив за неуспех брака може тражити развод. Развод брака је могућ ако су код једног или оба супружника неповратно уништени интелектуални (духовни) темељи брачне заједнице. Поред тога, претпоставља се да је брак пропао ако су супружници живели одвојено годину дана и ако обоје подносе захтев за развод, као и ако један супружник подноси захтев за развод, а други се у току бракоразводне процедуре сагласи са разводом (пар. 1566 I BGB). Презумпција о пропасти брака у случају постојања сагласности супружника је необорива. Најзад, необориво се претпоставља да је брак пропао ако су супружници живели одвојено три године (пар. 1566 II BGB). Уколико, пак, супружници нису живели одвојено годину дана, развод је могућ ако би настављање брачне заједнице за тужиоца било неподношљиво из разлога који се налази у личности туженог супружника (пар. 1565 II BGB).

Брак је, дакле, пропао када је дошло до прекида заједнице живота између супружника и када се не може очекивати да ће она бити поново успостављена. Заједница живота обухвата разноврсне односе којима су повезани брачни партнери, при чему су од посебног значаја психолошке везе које постоје међу њима. Заједница живота може бити прекинута и без одвојеног живота супружника у просторном погледу, када непомирљиво завађени брачни пар живи у једном домаћинству, тј. под истим кровом, али без било каквих контаката. Међутим, на основу просторне дистанце не може се извести закључак о укидању заједнице живота, тако да суд мора детаљно испитати степен поремећености брачних односа и на основу тога извести закључак о (не)могућности помирења супружника. Суд, дакле, задире у интиму супружника и разлоге за развод подвргава материјалној оцени. Брак је доживео неуспех када је, по субјективној оцени једног или оба партнера, заједница живота потпуно и неповратно пропала.

4. Значај одвојеног живота (сепарације) супружника

Како би се спречило подношење брзоплетих захтева за развод, који могу бити манифестација пролазног нерасположења супружника, жеља за разводом мора бити дубоко укорењена у свести супружника и мора постојати у дужем временском периоду. Због тога се и захтева да жеља за разводом буде потврђена одвојеним животом супружника у одређеном трајању. Овим се спречава злоупотреба права приликом подношења захтева за развод од стране једног супружника, обезбеђује се заштита од лакомислених развода и олакшава утврђивање пропасти брака.⁶

Изузетно, у немачком праву се брак може развести и без претходне сепарације, ако је настављање брачне заједнице за једног супружника неприхватљиво из разлога који се тиче личности другог супружника. Међутим, у овој ситуацији, с обзиром да се не примењује претпоставка о пропасти брака, на значају добија кривица супружника. Наиме, како брачни партнери нису живели одвојено годину дана, неопходно је непосредно утврдити да ли је дошло до пропасти брака, што последично доводи до неопходности утврђивања кривице једног супружника за поремећај брачних односа.

Будући да се суд налази у деликатној ситуацији јер мора да утврди да ли су и у којој мери односи супружника поремећени, како би се избегло задирање у интиму супружника и олакшао положај суда прописане су необориве претпоставке о пропасти брака, тако да судија на основу одређених, лако уочљивих, индиција може закључити да је брак дефинитивно пропао. Тако је брак пропао уколико супружници живе одвојено најмање годину дана и обоје подносе захтев за развод, као и ако један супружник подноси захтев за развод, а други се са њим сагласи. Исто тако, претпоставља се да је брак пропао ако супружници живе одвојено најмање три године.

Одвојен живот супружника, као прелазни стадијум између брачне заједнице и развода, отвара многе правне проблеме и има, с обзиром на презумпције о пропасти брака, те на допуштеност развода само у изузетним ситуацијама ако су супружници живели одвојено краће од годину дана, огроман значај у немачком бракоразводном систему. Брачни партнери живе одвојено ако међу њима фактички не постоји заједница под истим кровом, односно у истом стану или кући, као и уколико један од брачних другова не жели да заснује заједницу живота у истом домаћинству, јер одбија брачну заједницу као такву (пар. 1567 BGB). Просторна одвојеност која није жељена (нпр. супружник је на издржавању казне затвора) не сматра се одвојеним животом. Исто тако, раздвајање супружника које је изазвано послом (нпр. један супружник је на привременом раду у иностранству) није довољно. Одвајање, дакле, мора бити последица поремећености брачних односа.

⁶ D. Schwab, *Familienrecht*, op.cit., стр. 151.

Сепарација се може остварити и у оквиру једног породичног стана или куће, што је у бракоразводној пракси од изузетног значаја, будући да завађени брачни партнери често не могу себи приуштити други стан. Међутим, утврђивање одвојеног живота у истом стану је веома проблематично. Сматра се да постоји одвојен живот ако супружници не воде заједничко домаћинство, при чему се неминовни сусрети супружника третирају као живот у истом простору, али без личних контаката и односа. По једном ширем схватању, одвојен живот у истом стану не искључује пружање помоћи другом брачном другу из алтруизма, хуманости и спремности да се помогне, уколико се не може говорити о вођењу заједничког домаћинства. Исто важи и за пружање помоћи оболелом партнеру, ако се ограничава на оно што је крајње неопходно.⁷ При том, поновни заједнички живот супружника у краћем временском интервалу, који је успостављен како би (евентуално) дошло до помирења, не утиче на ток сепарационог рока. Дакле, ако се партнери нису измирили, краћи заједнички живот ће се третирати као одвојен живот.

5. Специфична позиција споразумног развода у немачком бракоразводном систему

Немачко право се темељи на неуспеху брака као бракоразводном узроку, док споразумни развод није експлицитно нормиран као посебан бракоразводни узрок. Међутим, у немачкој теорији, као и судској пракси, заступљено је мишљење да супружницима који су споразумно ступили у брак треба омогућити излазак из брака на исти начин. Брак се, наиме, третира као приватноправни однос који се може раскинути сагласном вољом супружника. Стога, споразумни развод заузима специјално место у бракоразводном систему Немачке.⁸ Актуелни немачки бракоразводни режим представља, заправо, специфичну комбинацију неповратне пропасти брака и споразумног развода, при чему споразумни развод не егзистира самостално, већ у оквиру пропасти брака као узрока за развод.⁹ Споразум супружника о разводу брака је правно релевантан само ако је праћен њиховим одвојеним животом у једногодишњем трајању. Суштински, споразумни развод има две варијанте или форме свог испољавања. Са једне стране, он је могућ уколико су супружници живели одвојено најмање годину дана и обоје желе развод. Са друге стране, ова форма развода је допуштена и ако један

⁷ D. Schwab, *Familienrecht*, op.cit., стр. 159. У том смислу и: W. Schlüter, *BGB – Familienrecht*, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, стр. 125.

⁸ D. Schwab, *Familienrecht*, op.cit., стр. 145

⁹ D. Martiny, D. Schwab, *Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, National Report, Germany*, стр. 5. Извештај је припремљен за потребе Комисије за Европско породично право (*Commission on European Family Law – CEFL*), а доступан је на адреси: <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

супружник тражи развод, а други се сагласи са његовим захтевом. Међутим, и у првом и у другом случају је неопходно да захтеву за развод претходи једногодишња сепарација.

Поред тога, споразумни развод је отежан обавезом брачних партнера да поднесу споразум о последицама развода, без кога се захтев за развод неће ни узети у разматрање. Наиме, супружници морају постићи и презентовати суду споразум којим се регулишу правне последице развода брака, као што су: форма родитељског старања након развода, издржавање детета, одржавање личних контаката између детета и родитеља који се физички неће старати о њему, издржавање необезбеђеног супружника, деоба заједничке имовине, деоба пензије, правни режим породичног дома и предмета домаћинства (пар. 630 ZPO). Дакле, супружници морају постићи свеобухватни споразум о правним дејствима развода.

Услед компликација које проузрокују захтеви из пар. 630 ZPO, с обзиром да није једноставно постићи споразум о последицама развода, у пракси је чест прикривен конвенционални развод. Наиме, иако међу супружницима постоји обострана жеља да се разведу, један супружник подноси захтев за развод, док се други формално противи разводу. Међутим, обе стране се током процеса понашају на начин који манифестује њихову латентну жељу да се што брже разведу.

У немачкој доктрини је присутно схватање по коме у случају испуњености претпоставки за развод по пар. 1566 I BGB није дозвољено извршити материјалну проверу поремећености брачних односа у складу са пар. 1565 I 2 BGB.¹⁰ Имајући у виду социјалну функцију брака, супружници не могу сами одлучивати о његовој правној егзистенцији, али се обострана жеља за разводом узима као доказ неповратне пропасти брака, при чему је захтев за развод у складу са пар. 1566 I основан ако су супружници живели одвојено најмање годину дана и ако обоје желе развод.

Међутим, уколико брачни партнери нису живели одвојено годину дана, захтев за развод се не може засновати на пар. 1566 I, иако постоји обострана жеља за разводом. Суд би у овој ситуацији, применом пар. 1565 II, морао утврдити да је брак пропао и да је настављање брачне заједнице неприхватљиво за једног супружника. Али, у немачкој доктрини, као и у судској пракси, нема јединственог става о томе да ли се пар. 1565 II може применити у случају споразумног развода брака. Спорна је, наиме, ситуација када оба супружника уложе захтев за развод пре истека једногодишње сепарације. Поставља се питање да ли у овом случају сваки супружник мора навести, као разлоге за развод, чињенице које иду у прилог томе да је настављање брака неприхватљиво, јер је за њега заједнички живот неподношљив из разлога који се тиче личности другог супружника. С тим у вези, дискутабилно је да ли се може усвојити захтев једне стране којој се

¹⁰ D. Schwab, *Familienrecht*, op.cit., стр. 150.

признаје, услед неподношљивости заједничког живота, немогућност настављања брака, док се захтев за развод друге стране одбија због недостатка ове околности на њеној страни. Компликације се могу избећи једино ако један супружник подноси захтев за развод, наводећи околности које за њега чине неприхватљивим настављање брачне заједнице, док се други супружник саглашава са захтевом и са тврдњама супротне стране.¹¹

6. Клаузуле о забрани развода (*Härteklause*)

Немачко право познаје заштитне клаузуле (тзв. клаузуле суровости; *Härteklause*) које онемогућавају развод брака, иако је он суштински пропао, ако интереси једног супружника или заједничке малолетне деце захтевају његово очување (пар. 1568 BGB). Првобитно је постојало временско ограничење, тако да забрана развода након пет година одвојеног живота супружника није производила правно дејство. Међутим, због апсолутне слободе развода након истека петогодишњег рока интервенисао је Савезни уставни суд (*Bundesverfassungsgericht*). С обзиром да брак и породица уживају посебну уставну заштиту, спорна одредба је проглашена неуставном, тако да је избрисана из BGB-а 1986. године, од када је могуће одбијање захтева за развод и када су супружници живели одвојено дуже од пет година, под условом да интереси једног супружника или деце налажу очување брака. Са друге стране, у судској пракси је заузет став да примена клаузуле о забрани развода не представља повреду права на слободно склапање брака, које је гарантовано највишим правним документом Немачке.¹²

У контексту последица развода које тангирају децу, од круцијалног је значаја домашја примена клаузуле о забрани развода, ако интереси заједничке малолетне деце супружника налажу опстанак њиховог брака. По слову закона, брак се не може развести уколико је његово очување неопходно из посебних разлога који се тичу малолетне деце супружника. Интереси деце се по службеној дужности морају узети у обзир, и могу бити препрека и споразумном разводу брака.¹³ Мередавни су евентуални утицаји и последице развода на психофизичко стање детета. У том смислу, није пожељно развести брак ако би се тиме погоршали породични, васпитни, психички или економски услови за живот и развој детета, и то у тој мери да би, у целини посматрано, била угрожена добробит детета.¹⁴

Међутим, у пракси је клаузула о заштити деце готово у потпуности обезвређена, тако да се примењује само у екстремно тешким случајевима (нпр. када постоји опасност да дете изврши самоубиство). Најчешће изостаје

11 Ibid, стр. 152-153.

12 Став Савезног уставног суда Немачке, *BVerfG, FamRZ*, 2001, 986.

13 D. Schwab, *Familienrecht*, op.cit., стр. 153.

14 Ibid, стр. 153-154.

озбиљнија истрага о томе како ће се у конкретном случају развод брака одразити на добробит детета. Такође, заступљено је мишљење да је за децу бољи развод родитеља него живот у породичној заједници са нарушеним односима. Поред тога, конструкција заједничког вршења родитељског права након развода поткрепљује, делимично илузорну, представу о томе да је развод родитеља за дете тако подношљивији, јер су оба родитеља, као блиске особе које служе за узор, у контакту са дететом.¹⁵ Такво коришћење клаузуле о заштити деце, међутим, није у складу са законом и реалношћу, с обзиром да након развода дете лако може изгубити контакт са једним родитељем за кога је емотивно везано, иако је током трајања брака имало здрав однос са њим.¹⁶ По правилу, деца највише губе разводом својих родитеља.¹⁷

7. Особености бракоразводне процедуре

Поступак за развод брака представља посебан парнични поступак који се покреће захтевом странака, без обзира на то да ли супружници заједнички иницирају поступак или то чини само један од њих. У свим бракоразводним парницама важи начело обавезног заступања од стране адвоката. У немачком правном систему егзистирају специјализовани породични судови, уведени 1971. године, у чијој је надлежности поступање у бракоразводним парницама.

У домену регулација последица развода које погађају брачне партнере и њихову малолетну децу, немачко право познаје процесни механизам којим се обезбеђује решавање свих спорних питања у оквиру једног поступка, чиме се

¹⁵ Када је реч о вршењу родитељског права, по немачком позитивном праву развод родитеља се не рефлектује на форму родитељског старања, тако да родитељи настављају да заједнички врше родитељско право и након развода, при чему суд одлучује о овом питању само ако један од родитеља то захтева. Статистички подаци показују да је у пракси заједничко родитељско право разведених родитеља доминантан облик вршења овог права. Тако је, примера ради, током 2000. године заједничко вршење родитељског права одређено у 75,54% бракоразводних предмета са малолетном децом. При том, родитељи су постигли споразум о овој форми родитељског права у 69,35% предмета, док је у 6,19% случајева заједничко вршење родитељског права одређено од стране суда. Исте године је самостално вршење родитељског права одређено у 23,14% случајева, при чему је поверено мајци у 21,62% предмета, а оцу у свега 1,52% предмета развода брака. Видети: N. Dethloff, D. Martiny, *Parental Responsibilities, National Report, Germany*, стр. 22-23. Извештај је припремљен за потребе Комисије за Европско породично право (*Commission on European Family Law – CEFL*), а доступан је на адреси: <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>.

¹⁶ D. Schwab, *Familienrecht*, op.cit., стр. 155.

¹⁷ У Немачкој је сваке године знатан број малолетне деце погођен разводом родитеља. Примера ради, 2007. године је разводом родитеља погођено 144981 дете, 2006. 148624, 2005. 156389, 2004. 168859, 2003. 170256, 2002. 160095, 2001. 153517, а 2000. 148198 деце. Статистички подаци преузети са интернет странице немачког Савезног завода за статистику, <http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/Internet/EN/Content/Statistics>.

афирмише идеја о чистом раскиду између супружника након развода. Наиме, уколико супружници заједно подносе захтев за развод, морају постићи и презентовати суду свеобухватни споразум о правним последицама развода. Прецизније речено, супружници морају регулисати бројна питања која добијају на актуелности у тренутку престанка потпуне породичне заједнице попут: вршења родитељског права над заједничком малолетном децом, издржавања необезбеђеног супружника, деобе заједничке имовине, режима употребе породичног дома и предмета домаћинства итд. У овом случају суд треба да испита приложени споразум, посебно имајући у виду заштиту најбољег интереса детета, те да га потврди и да прогласи развод.

Ситуација је, међутим, далеко сложенија уколико један супружник подноси захтев за развод, а други се противи разводу, тако да изостаје сагласност супружника о начину уређења последица развода. Будући да се ове последице неизоставно морају уредити, када је реч о разводу на захтев једног супружника немачко процесно право допушта спајање бракоразводног поступка са поступком у коме се регулишу последице развода брака. Ипак, до спајања парница, по правилу, не долази аутоматски, већ то зависи од воље странака, односно од тога да ли је заинтересовани супружник благовремено, тј. до закључења главне расправе у парници за развод брака, поднео захтев у том смислу. Уколико супружник не истакне захтев за спајање парница, спорне последице развода се уређују у засебном судском поступку. Са друге стране, ако је заинтересовани супружник захтевао спајање парница, суд ће одлуком коју доноси у бракоразводној парници, са којом је спојена парница за уређење последица развода, истовремено развести брак и уредити правне последице развода. На овај начин се превенирају сукоби између супружника који могу искрснути у будућности око неких последица развода, елиминише се потреба за вођењем самосталних парница за уређење спорних последица развода и уноси се сигурност у међусобне односе супружника.

8. Закључак

Немачки бракоразводни режим се заснива на једном објективном бракоразводном узроку формулисаним као неуспех или пропаст брака. Будући да се суд налази у крајње деликатној позицији, јер у поступку мора да утврди степен поремећености брачних односа, како би се избегло задирање у интиму супружника и олакшао положај суда нормиране су претпоставке о пропасти брака. Тако се необориво претпоставља да је брак претрпео неуспех уколико супружници живе одвојено годину дана и обоје подносе захтев за развод, као и ако један супружник подноси захтев за развод а други се са њим сагласи. У том контексту, може се говорити о егзистенцији и специјалном положају споразумног развода у немачком бракоразводном систему. Такође, претпоставља

се да је брак пропао ако супружници живе одвојено дуже од три године. Мада немачко бракоразводно законодавство напушта концепт кривице, тако да следи идеју о разводу због пропасти брака, изузетно је допуштен и развод базиран на повреди брачних дужности од стране једног супружника, уколико је ова повреда такве природе и интензитета да, по оцени другог супружника, доводи до немогућности настављање брака.

Немачко право познаје заштитне клаузуле које онемогућавају развод брака, иако је он суштински пропао, ако интереси једног супружника или заједничке малолетне деце налажу његово очување. Међутим, у судској пракси су ове клаузуле готово у потпуности обезвређене, тако да се примењују веома ретко, посебно у корист супружника. Мада клаузула о заштити деце теоретски може осујетити развод, у конкретном случају најчешће изостаје озбиљнија провера како ће се развод одразити на добробит детета. Исто тако, распрострањено је гледиште да је за децу бољи развод родитеља него живот у породичној заједници са поремећеним односима. Поред тога, концепт заједничког вршења родитељског права након развода иде у прилог тези да је развод родитеља за дете тако подношљивији, јер су оба родитеља, као блиске особе које служе за узор, у контакту са дететом. Ипак, такво коришћење клаузуле о заштити деце није у складу са законом и реалношћу, с обзиром на присутну опасност да дете по разводу брака значајно редукује или потпуно изгуби контакт са једним родитељем.

Уколико супружници заједнички подносе захтев за развод дужни су постићи и презентовати суду свеобухватни споразум о последицама развода. Када је реч о разводу на захтев једног супружника, немачко право познаје специфичну процесну институцију која обезбеђује спајање бракоразводне парнице са парницом за уређење последица развода, чиме се стварају услови да се у оквиру истог поступка одлучи како о разводу, тако и о његовим последицама. Овим процедуралним механизмом елиминише се потреба за вођењем самосталних парница за уређење спорних последица развода, уноси се доза сигурности у међусобне односе супружника и афирмише се идеја о чистом раскиду између супружника након развода брака.

Tanja Kitanović, LL.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Niš

THE INSTITUTION OF DIVORCE IN THE GERMAN LAW

Summary

In this paper, the author analyses the legal solutions contained in the German Divorce Law. The German divorce system is based on a specific combination of irretrievable breakdown of marriage (as a reason for divorce) and consensual divorce. The author draws attention to the basic presumptions governing the breakdown of marriage in the German divorce legislation. Resting upon the spouses' decision to separate and their mutual consent to divorce, these presumptions serve as an efficient instrument in proving that the marriage has been irretrievably broken down. In addition, the author focuses on the "hardship clauses" envisaging the prohibition of divorce in cases when the best interests of the children of the broken marriage or a spouse impose the need to preserve the marriage, which is in compliance with the principle of fairness and justice. The author also explores the institution which enables the parties to bring together the divorce proceeding and the subsequent proceeding on various divorce-related issues into a joint lawsuit aimed at regulating the consequences of divorce; this institute reinforces the concept of "a clean break" between the spouses upon divorce.

Key words: *divorce, German law, irretrievable breakdown of marriage, presumptions governing the breakdown of marriage, consensual divorce, separation, hardship clauses on prohibition of divorce, consequences of divorce, divorce proceeding.*

Др Дејан Вучетић, доцент
Правни факултет Универзитета у Нишу
Иван Барун, студент докторских студија права
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 352.087:342.726/.729
UDK: 331.109.32:352.087

ПРАВО НА ШТРАЈК ЗАПОСЛЕНИХ У ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ¹

***Апстракт:** У раду је извршена анализа правног положаја запослених у јединицама локалне самоуправе у Републици Србији, уз посебно стављање нагласка на право на штрајк тих лица. Као полазна основа у обзир су узети Закон о штрајку из 1996. године и други правни извори који се односе на уређивање положаја јединица локалне самоуправе и лица која су у њиховим органима и организацијама запослена. Обзиром да се о радној верзији новог Закона о штрајку већ дуже време води јавна расправа, посебна пажња је посвећена обиму права на штрајк службеника и других лица запослених у органима локалне самоуправе.*

***Кључне речи:** запослени; локална самоуправа; штрајк; јавни службеници.*

1. УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Јединице локалне самоуправе представљају значајну институцију савремене демократске правне државе, а грађани у односе са јавном влашћу најчешће долазе управо кроз контакт са локалним службеницима, запосленим у локалној управи. Термин локална управа означава управне органе у ужим територијалним јединицама одређене државе. То су заправо органи локалне самоуправе који обављају послове управе, тзв. извршавања одлука (прописа) локалне самоуправе, те послове поверене и пренете им у надлежност од виших државних или других (регионалних, аутономних) инстанци.² Укупан број

¹ Рад је настао као резултат учешћа у пројекту „*Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*“, бр. ОИ 179046, чији је носилац Правни факултет Универзитета у Нишу, који финансира Министарство за просвету, науку и технолошки развој Републике Србије.

² Д. Вучетић, Д. Јанићијевић, *Децентрализација као полазиште даљег развоја Србије: приручник*, Ниш, 2006, стр 30.

запослених у управама српских јединица локалне самоуправе износи око 24.000,³ а ако се том броју додају и запослени у локалним јавним службама он постаје далеко већи. Усавршавање правних правила и норми којима је регулисано право на штрајк ове категорије лица представља допринос развоју социјалних вредности српске државе и права.

Слободе удруживања и синдикалног удруживања штите бројни међународни и национални правни акти. Њихов значај нарочито наглашавају одговарајући међународни правни акти јер тамо где слобода удруживања није адекватно гарантована, синдикалне организације не могу да се оснивају и обављају своју делатност.⁴ Синдикалне организације се оснивају са циљем да запослени заштите своја права и унапреде свој професионални и економски положај.

С тим у вези, штрајк се јавља као један од најефикаснијих облика синдикалног деловања и представља значајно средство у рукама синдикалних организација, коме оне прибегавају не би ли од послодавца или од државе изнудили решења проблема односно остварили захтеве због којих су и ушле у штрајк. Право на штрајк, дакле, представља легитимно средство унапређења и заштите друштвених и економских интереса радника.⁵

Међутим, с обзиром да штрајк представља обуставу рада запослених, он са собом повлачи опадање обима производње или њен потпуни престанак, односно обуставу, тј. престанак пружања услуга у непроизводним гранама. Штрајк понекад има и друге мотиве јер може бити усмерен ка промени руководства, уколико се ради о штрајку код послодавца, односно промени владајућих политичких елита, у случају да се ради о гранском или генералном штрајку. Но, без обзира на негативне конотације штрајка, право на штрајк је признато као основно право радника које не може бити ограничавано зато што као последицу има економске губитке.⁶ Управо због могућих негативних економских последица општи правни акти којима се штрајк регулише обично јасно дефинишу правила везана за објаву штрајка, његово вођење, као и законите и незаконите активности током штрајка. Закон може ограничити право на штрајк

3 Децембра 2009. године донет је Закон о одређивању максималног броја запослених у локалној администрацији, према коме се укупан број запослених максимира на бази критеријума 4 запослена на 1.000 становника (уз могућност да се тај број нешто увећа применом корективних критеријума).

4 А. Петровић, *Међународни стандарди рада*, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2009, стр. 96.

5 Г. Обрадовић, „*Запослени којима штрајк може бити забрањен*“, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору- тематски зборник, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011, стр. 324.

6 L. Betten, *International Labour Law- selected issues*, Kluwer, Deventer- Boston, 1993, стр. 105.

само у извесним околностима као и за извесне категорије радника, само уколико је то у складу са међународним стандардима, садржаним у ратификованим инструментима међународног права.

Први међународни акт универзалног карактера који је одредбом члана 8. признао право на штрајк је Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима Организације Уједињених нација из 1966. Право на штрајк је имплицитно признато у више конвенција Међународне организације рада (МОП), које се заједнички називају Конвенције о слободи удруживања (бр. 87, 98, 151, 154).⁷ На регионалном нивоу, право на штрајк је признато одредбом члана 6 Европске социјалне повеље из 1961. године, као и Ревидираном европском социјалном повељом из 1996. године. Слично решење, у погледу овог права, нашло се у Међуамеричкој повељи о социјалним гаранцијама из 1948. и Додатним протоколом уз Америчку конвенцију о људским правима на плану економских, социјалних и културних права из 1988. године.

2. ПРАВО НА ШТРАЈК ЗАПОСЛЕНИХ У ЈАВНОМ СЕКТОРУ

Иако је право на штрајк признато у најширем обиму као основно право свих запослених лица, међународне норме јасно назначавале да то не значи да то право има апсолутни карактер и да не може бити ограничено у случају да постоји опасност да друге основне вредности демократског друштва могу бити угрожене.⁸

Због тога норме универзалног и регионалног међународног права различито уређују питање слободе синдикалног удруживања и права на штрајк за различите категорије запослених. Основно разликовање се јавља у третману запослених у приватном сектору у односу на обим права и заштите који се признаје лицима запосленим у државним службама.

С обзиром да Конвенције МОП-а (бр. 87 и 98), као основни документи универзалног карактера у овој области, садрже одредбе којима из своје примене изузимају професионалне припаднике војске и полиције и одређују да ће свака држава својим прописима уредити колики ће се обим ових инструмената примењивати на државне службенике, јавила се потреба доношења посебних инструмената којима ће бити регулисано право на штрајк ових категорија запослених.

Због тога је донета Конвенција (бр. 151) о радним односима у државној служби из 1978. године. Овај инструмент се, начелно, односи на све запослене у државној служби односно управи. Међутим, како је ово посебно осетљива област радних односа за све државе чланице МОП-а, није било могуће постићи потпуни консензус о овом питању и оставити Конвенцију (бр. 151) да у потпуности

⁷ А. Петровић, *op. cit.* стр. 111.

⁸ L. Betten, *op. cit.* стр. 110.

регулише питање запослених у државној управи. Поново се прибегло решењу које одређује да је на националним законима и прописима да одреде степен до којег ће се гаранције обезбеђене у Конвенцији примењивати на: високе чиновнике чије се функције нормално сматрају политичким или управним; запослене чији је посао изразито поверљиве природе; војску и полицију.⁹

Слично решење садржи и члан 31 Европске социјалне повеље, који допушта да, између осталог, право на штрајк може бити ограничено уколико је у демократском друштву то нужно ради заштите права и слобода других или ради заштите јавног интереса, националне безбедности, јавног здравља и морала.¹⁰

Као што смо видели, у инструментима МОП-а постоји још једно битно одређење када су у питању запослени у јавном сектору, односно у државним органима и установама и предузећима чији је оснивач држава. Наиме, прави се разика између запослених који врше државна овлашћења, који се сматрају јавним службеницима, и запослених (намештеници) који нису овлашћена лица, већ обављају послове техничког и помоћног карактера. Док се за прве предвиђа решење којим се наводи да ће њихов положај и обим права на слободу удруживања и права на штрајк бити одређен националним прописима, за категорију техничког особља је предвиђен пун обим права, који је гарантован запосленим у недржавном сектору.

2.1. ПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ЗАПОСЛЕНИХ У ЈЕДИНИЦАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Правни положај запослених у локалним самоуправа, од којих се један део може назвати локалним службеницима, првенствено је сходно регулисан двадесет година старим одредбама Закона о радним односима у државним органима.¹¹ Закон о државним службеницима¹² је одредбом члана 189. изричито

⁹ А. Петровић, *op. cit.* стр. 107-108, наведено према: И. Барун, „МОП и слобода синдикалног удруживања“, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору- тематски зборник, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2011, стр. 324.

¹⁰ L. Betten, *op. cit.* стр. 110.

¹¹ Закон о радним односима у државним органима („Сл. гласник РС“, бр. 48/91, 66/91, 44/98 - др. закон, 49/99 - др. закон, 34/2001 - др. закон, 39/2002, 49/2005 - одлука УСРС, 79/2005 - др. закон, 81/2005 - испр. др. закона и 83/2005 - испр. др. закона).

Ступањем на снагу Закона о посебним правима и обавезама изабраних лица («Сл. гласник РС», бр. 44/98) престале су да важе одредбе овог закона у делу који се односи на права и обавезе председника Републике, народних посланика и лица која бира Народна скупштина. Ступањем на снагу Закона о посебним правима и дужностима председника Републике («Сл. гласник РС», бр. 49/99) престале су да важе одредбе овог закона у делу који се односи на права и обавезе председника Републике. Ступањем на снагу Закона о државним службеницима («Сл. гласник РС», бр. 79/2005), односно 1. јула 2006. године престаје да се на радне односе у државним органима примењује Закон о радним односима у државним органима («Службени гласник РС», бр. 48/91, 66/91, 44/98, 49/99, 34/01 и 39/02).

¹² „Сл. гласник РС“, бр. 79/2005, 81/2005 - испр., 83/2005 - испр., 64/2007, 67/2007 - испр. и 116/2008.

и недвосмислено прописао да ће се све до доношења посебног закона, што се још увек није догодило, одредбе Закона о радним односима у државним органима сходно примењивати на радне односе у органима аутономне покрајине и локалне самоуправе. Међутим, у пракси се испоставило да је изузетно мали број одредби тог закона остао на снази, пошто су на пример, даном ступања на снагу Закона о платама у државним органима и јавним службама¹³ престале да важе одредбе чланова 38-41, чл. 44-49, члан 50. став 2. у делу који се односи на накнаду за регресирање годишњег одмора и отпремнину поводом пензионисања, члан 51. став 1. у делу који се односи на накнаду за исхрану у току рада, члан 74. став 2. у делу који се односи на разврставање у платне групе и у делу који утврђује основицу за обрачун плата и највишу плату у органима аутономних покрајина, градова и општина и члан 75. Закона о радним односима у државним органима.

Одредба члана 1. Анекса посебног колективног уговора за државне органе¹⁴ којом је предвиђено да се на „права и обавезе из радног односа запослених у органима територијалне аутономије и органима локалне самоуправе (у даљем тексту: органи), начин остваривања тих права, поступак праћења примене овог анекса, међусобне односе, као и на сва остала питања од значаја за учеснике овог уговора, примењују одредбе овог анекса, ако законом није друкчије одређено“ је прилично нејасна и може изазвати недоумице у погледу правних извора којима се регулише статус локалних службеника. Под законом на који се позива члан 1. Анекса посебног колективног уговора за државне органе, примарно се мисли на Закон о радним односима у државним органима, који је само делимично применљив, јер се на део материје коју је тај закон уређивао, од 2001. године примењује Закон о платама у државним органима и јавним службама. У случају да нека од претходно наведених области није уређена Законом о радним односима у државним органима и Законом о платама у државним органима и јавним службама, примениће се одговарајуће одредбе Закона о раду¹⁵ као општег прописа који уређује рад у Републици Србији.

Дисперзија правних норми којима је регулисан правни положај службеника и запослених у јединицама децентрализације довела је до различитог, неједнаког материјалног положаја службеника на истим положајима у различитим јединицама децентрализације.¹⁶

Марта 2012. године Влада Републике Србије је, на основу нацрта који је сачинило тадашње Министарство за државну управу и локалну самоуправу,

¹³ „Сл. гласник РС“, бр. 34/2001, 62/2006 - др. закон, 63/2006 - испр. др. закона и 116/2008 - др. закони.

¹⁴ „Сл. гласник РС“, бр. 11/2009.

¹⁵ „Сл. гласник РС“, бр. 24/2005 и 61/2005.

¹⁶ „Београдски чиновници вреде више од оних у унутрашњости!“, *Политика*, 19. Фебруар 2012. године (наведено према: <http://eizbori.com/beogradski-cinovnici-vrede-vise-od-onih-u-unutrasnjosti>).

упутило Народној скупштини на усвајање Предлог Закона о службеницима у јединицама локалне самоуправе. Основни појмови, норме и структура овог Предлога у највећој мери се поклапају са решењима из Закона о државним службеницима.

Предлог закона не садржи одредбе које се односе на право на штрајк.

2.2. ПРАВО НА ШТРАЈК У ЈАВНИМ СЛУЖБАМА

Од свих ограничења предвиђених Конвенцијом (бр. 151), оно ограничење које се односи на припаднике јавних служби представља најкомплекснији проблем. Наиме, јасно је наведено да се професионалним припадницима војске и полиције, као и припадницима обавештајних служби, право на штрајк може недвосмислено ускратити, док је за рестрикцију тог права за јавне службенике у државним органима предвиђено нешто другачије решење.

У првим годинама након Другог светског рата, нарочито у оквиру делатности МОП-а, постојао је јасан став да признавање права на синдикално организовање припадницима јавних служби не прејудицира њихово право на штрајк.¹⁷ Становиште је било да право штрајк у јавним службама може бити ограничено или чак и забрањено.¹⁸

Ваља напоменути да изнети став не значи да право на штрајк може бити ограничено и ускраћено свим јавним службеницима, нарочито ако се узме у обзир да је дефиниција појма „јавни службеник“ прилично проширена, са растом и развојем овлашћења државног апарата, тако да би апсолутна забрана штрајка за све јавне службенике довела до повреде чл. 8, ст. 2 Конвенције (бр. 87).¹⁹

Постоји широки консензус да право на штрајк може бити искључено само јавним службеницима који врше овлашћења у име државе,²⁰ дакле овлашћеним службеним лицима, њиховим заменицима и помоћницима. Нови проблем настаје ако узмемо у обзир да лица која врше овлашћења у име државе нису на идентичан начин третирана у свим националним законодавствима, и да у овој области постоје значајна одступања од државе до државе. Зато се истиче да је најважнија смерница, при одређивању статуса ових лица, питање природе њихове јавнослужбеничке функције и природе њихових овлашћења, и да њихова законска карактеризација није више најважнији критеријум за сврставање тих лица у категорију овлашћених лица.²¹

17 B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, "ILO principles concerning the right to strike", International Labour Review, Vol. 137, No.4, 1998, стр. 448-449.

18 International Labour Office, "Freedom of Association, Digest of decision and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO", Geneva, 2006, стр. 118, наведено према: Г. Обрадовић, *op. cit.* стр. 328.

19 L. Swepston, "Human rights law and freedom of association: Development through ILO supervision", International Labour Review, Vol. 137, No.2, 1998, стр. 187.

20 *Ibid.*

21 B. Gernigon, A. Odero, H. Guido, *op. cit.* стр. 448.

Дакле, право на штрајк може бити ограничено и укинато званичницима запосленим у министарствима и осталим извршним органима, као и њиховим заменицима и стручним сарадницима, те лицима запосленим у правосуђу.²² Осталим јавним службеницима, у начелу, право на штрајк не може бити укинато, а као примери се наводе запослени у државним трговинским и индустријским предузећима, запослени у банкарству, јавном превозу, образовању, уопште узев у државним компанијама, предузећима и установама.²³

2.3. ПРАВО НА ШТРАЈК У СЛУЖБАМА ОД ОПШТЕГ ЗНАЧАЈА

Према Белој књизи Европске Уније о службама од општег интереса из 2004. године израз „службе од општег интереса“ не постоји у самом Уговору. У пракси Европске заједнице изведен је из израза „службе од општег економског интереса“ који се користи у Уговору. Израз „службе од општег интереса“ шири је од израза „службе од општег економског интереса“ и обухвата и тржишне и нетржишне службе које су државне власти одредиле као службе од општег интереса подложне посебним обавезама какве имају јавне службе.²⁴

Службама од општег значаја (основним службама), називамо оне делатности у којима би прекид рада, макар и краткотрајни, могао да доведе до несавладивих последица по живот и здравље целог становништва или његовог већег или мањег дела. С обзиром да је највиши друштвени интерес очување живота и здравља свих грађана, није погрешно тврдити да остваривање овог интереса представља приоритет у односу на заштиту интереса запослених који желе да ступе у штрајк.

Одређивање тачног значења појма „служби од општег значаја“ није тако једноставно, имајући у виду да различита законодавства у ову категорију убрајају бројне делатности којима се задовољавају потребе грађана на колективни начин. Ако је обим заштите утврђен тако да дозвољава штрајк и у оним областима, где би прекид рада могао да паралише функционисање читавих градова, постоји опасност од настајања прилично тешког и озбиљног угрожавања живота и здравља великог броја грађана. Са друге стране, ако основним службама третирамо и оне делатности које то, по својим карактеристикама и важности нису, такво решење може послужити као средство путем кога ће се право на штрајк ограничити или забранити и тамо где не постоји суштински разлог за то.²⁵

²² *Ibid.*

²³ ILO, *Reports of the Committee on Freedom of Association*, 1984, наведено према: В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.* стр. 448

²⁴ European Commission, *White paper on services of general interest*, Luxembourg, ООРЕС, 2004, (http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/en/com/2004/com2004_0374en01.pdf).

²⁵ Г. Обрадовић, *op. cit.* стр. 329.

Смернице које могу бити искоришћене приликом решавања овог питања, могу бити нађене у оквиру деловања МОП-а, тачније ставовима Одбора стручњака и Одбора за слободу удруживања ове међународне организације. Став ових тела је да су „...основне службе, оне чији би прекид могао да угрози живот, личну безбедност или здравље целог или дела становништва“.²⁶ Конкретно одређивање ових служби мора бити учињено законодавством сваке државе понаособ, мада постоји извесно подударње тих решења, у смислу да се здравствени сектор, снабдевање електричном енергијом и водом, телефонске услуге, полиција и оружане снаге, ватрогасне и затворске службе, контрола лета и одржавање школских установа, углавном потпадају под категорију служби од општег значаја. Такав став је потврђен и у одлукама стручних тела МОП-а.²⁷

Консеквентно, у основне службе, у строгом значењу термина не спадају: радио и телевизија, нафтни сектор, продавнице и забавни паркови, металски и рударски сектор, транспорт уопште, пилоти ваздухопловства, поштанске услуге, производња аутомобила, државне штампарије и државни монополи алкохола, соли и дувана, образовни сектор, итд.²⁸

Такође се наводи став да, овако постављен концепт није апсолутан, у смислу да и службе које на овај начин нису означене као виталне, могу то постати уколико штрајк траје одређено време или ако пређе одређене димензије када такође може доћи до угрожавања живота, личне безбедности или здравља целог или дела становништва.²⁹

Као што се може на основу изнетог закључити, право на штрајк у јавном сектору није искључиво и у апсолутном смислу ограничено или укинато у потпуности, али са друге стране не постоји ни изричито признање права на штрајк запосленима у овој области. Ограничења која се јављају могу бити троструке природе.³⁰

Пре свега постоје извесне категорије запослених којима се право на штрајк може укинути у потпуности и ту спадају припадници полиције, војске и ватрогасне службе, запослени у затворима и обавештајним службама, као и

26 International Labour Organization- Committee of Experts, *Digest of Decisions*, p. 214, Geneva, 1983.

27 International Labour Office, *Freedom of Association, Digest of decision and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO*, Geneva, 2006, стр. 120.

28 *Ibid*, стр. 121, Што се образовног сектора тиче, изузетак се прави у питању руководства образовних установа, дакле директора и њихових заменика, којима право на штрајк може бити ограничено.

29 International Labour Organization- Committee of Experts, *Digest of Decisions*, p. 541, Geneva, 1996.

30 A. J. M. Jacobs, “*The Law of Strikes and Lock-outs*”, у: R. Blanpain, C. Engels (eds.), *Corporate Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, The Hague-London-Boston, 1998, стр. 482.

запослени у предузећима за снабдевање електричном енергијом, топлотном енергијом и водом, итд.

Други вид ограничења постоји у извесним државама које прописују стриктне и специфичне услове за начин спровођења штрајка у овим областима. Као услови могу се јавити захтев да се унапред одреди број дана колико ће штрајк трајати (Јапан) или да штрајк буде дозвољен од стране суда надлежног за спорове из радних односа (Израел, Холаднија).³¹

Ограничење се може односити и на обезбеђивање минимума процеса рада у оним установама и предузећима која су одређена као јавне службе или службе од општег значаја. Овакво решење је предвиђено у законодавствима држава западне Европе.

Без обзира о ком облику ограничења права на штрајк запосленима у јавном сектору се ради, такво ограничење мора бити праћено тзв. „компензационим гаранцијама“, као што су поступци помирења или посредовања,³² а у случају немогућности проналажења решења, неопходно је обезбедити спровођење механизма арбитраже пред органом или институцијом коју стране у спору сматрају поузданом.³³

3. ПРАВО НА ШТРАЈК ЗАПОСЛЕНИХ У ОРГАНИМА И СЛУЖБАМА ЛОКАЛНЕ САМОУПРАВЕ ПРЕМА ВАЖЕЋИМ ЗАКОНИМА

Законом о локалној самоуправи³⁴ прописано је: да општина, преко својих органа, у складу са Уставом и законом, уређује и обезбеђује обављање и развој комуналних делатности (пречишћавање и дистрибуцију воде, пречишћавање и одвођење атмосферских и отпадних вода, производњу и снабдевање паром и топлим водом, линијски градски и приградски превоз путника у друмском саобраћају, одржавање и коришћење пијаца, паркова, зелених, рекреационих и других јавних површина, јавних паркиралишта, јавну расвету, уређивање и одржавање гробаља и сахрањивање и др.), као и организационе, материјалне и друге услове за њихово обављање (одредба члана 20. тачка 5); да скупштина општине, у складу са законом оснива службе, јавна предузећа, установе и организације, утврђене статутом општине и врши надзор над њиховим радом (одредба члана 32. тачка 8).

31 Више о томе: Т. Hanami, *IELL*, 1985, стр. 80-81; К. Sugeno, „*Strikes and Lock-outs in Industrialized Market Economies*”, у: R. Blanpain/R. Ben- Israel (eds.), *Bulltein of Corporate Labour Relations*, Deventer, 1994, стр. 115.

32 Видети више у: А. Мојашевић, *Економска анализа алтернативног решавања грађанскоправних спорова (необјављена докторска дисертација)*, Београд, 2012, стр. 403-409.

33 Више о томе: В. Gernigon, А. Odero, Н. Guido, *op. cit.* стр. 453.

34 „Службени гласник РС“, бр. 129/07.

Законом о јавним предузећима и обављању делатности од општег интереса³⁵ у члану 29. прописано је да у јавним предузећима и другим облицима предузећа која обављају делатност од општег интереса право на штрајк запослени остварују у складу са законом којим се уређују услови за организовање штрајка, колективним уговором и актом оснивача, односно послодавца о минимуму процеса рада.

Законом о комуналним делатностима³⁶ прописано је да су комуналне делатности: пружања комуналних услуга од значаја за остварење животних потреба физичких и правних лица код којих је јединица локалне самоуправе дужна да створи услове за обезбеђење одговарајућег квалитета, обима, доступности и континуитета, као и надзор над њиховим вршењем.

У Закону се наводи да су комуналне делатности делатности од општег интереса.

У одредби члана 2. став 3, алинеја 1-14 као комуналне делатности се изричито набрајају: 1) снабдевање водом за пиће; 2) пречишћавање и одвођење атмосферских и отпадних вода; 3) производња и дистрибуција топлотне енергије; 4) управљање комуналним отпадом; 5) градски и приградски превоз путника; 6) управљање гробљима и погребне услуге; 7) управљање јавним паркиралиштима; 8) обезбеђивање јавног осветљења; 9) управљање пијацама; 10) одржавање улица и путева; 11) одржавање чистоће на површинама јавне намене; 12) одржавање јавних зелених површина; 13) димничарске услуге; и 14) делатност зоохигијене.

Скупштина јединице локалне самоуправе може као комуналне одредити и друге делатности од локалног интереса и прописати услове њиховог обављања.

Закон о штрајку који је тренутно на снази,³⁷ штрајк дефинише као „прекид рада који запослени организују ради заштите својих професионалних и економских интереса по основу рада“ (члан 1). Право на штрајк се третира као легитимно право запослених, које, у случају да се упражњава у складу са законом, не може бити основ покретања поступка за утврђивање дисциплинске и материјалне одговорности запосленог и не може за последицу имати престанак радног односа запосленог.³⁸

Штрајк може бити организован као штрајк код послодавца, штрајк у грани или делатности, односно као генерални штрајк. Основне разлике се, код овако формулисаних штрајкова, односе на број запослених који у њима учествује, односно колики је део привредне и друге друштвене активности захваћен штрајком.

35 „Службени гласник РС“, бр. 25/2000, 25/02, 107/05, 108/05 и 123/07.

36 „Сл. гласник РС“, бр. 88/2011.

37 Закон о штрајку, „Службени гласник СРЈ“, бр. 26/96 и „Сл. гласник РС“, бр. 101/2005.

38 *Ibid.* члан 14.

Право на штрајк се може законито упражњавати уколико је одлука о ступању у штрајк донета од стране органа синдиката одређеног општим актом синдиката или од стране већине запослених код послодавца односно у грани или делатности или на целокупној територији Републике Србије.³⁹ Као општи услови за законитост штрајка, такође се предвиђају захтеви: да је штрајк уредно најављен послодавцу (пет дана пре момента ступања у штрајк, односно један дан пре ступања у штрајк упозорења који не може трајати дуже од једног сата)⁴⁰; да је штрајк организован тако да не угрожава безбедност лица и имовине или здравље људи⁴¹; да, у случају да се штрајк испољава окупљањем запослених, место окупљања не буде ван пословних - радних просторија односно ван круга пословног простора запослених који ступају у штрајк⁴².

Када је реч о праву на штрајк запослених у делатностима од јавног интереса, односно делатностима чији би прекид рада због природе посла могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера, Закон предвиђа следећа решења.

Запослени у јавним службама, односно делатностима од јавног интереса, како их Закон дефинише, право на штрајк се могу остварити само ако су испуњени посебни услови, предвиђени тим Законом.

Један од најважнијих, посебних, услова за спровођење штрајка запослених у јавним службама, предвиђа обавезу да се обезбеди минимум процеса рада који обезбеђује сигурност људи и имовине или је незаменљив услов живота и рада грађана или рада другог предузећа, односно правног или физичког лица које обавља привредну или другу делатност или услугу.

Минимум процеса рада за јавне службе и јавна предузећа утврђује оснивач, а у случају да је овлашћење за обављање делатности од општег интереса поверено неком другом правном лицу, минимум процеса рада утврђује директор предузећа. При утврђивању се полази од природе делатности, степена угрожености живота и здравља људи и других околности значајних за остваривање потреба грађана, предузећа и других субјеката (годишње доба, туристичка сезона, школска година и др.). Начин на који ће се минимум процеса рада обезбедити, прописан је општим актом органа или предузећа, а након консултације са представницима репрезентативног синдиката запослених.⁴³

Скупштина јединице локалне самоуправе је законом овлашћена да донесе одлуку о утврђивању минимума процеса рада за време штрајка у предузећима и установама чији је она оснивач. Такође, скупштина општине је овлашћена да,

³⁹ *Ibid.* члан 3.

⁴⁰ *Ibid.* члан 5, став 1.

⁴¹ *Ibid.* члан 7, став 1.

⁴² *Ibid.* члан 5, став 3.

⁴³ *Ibid.* члан 10.

у границама утврђеним законом, прописује мере и активности које запослени морају да обезбеде у предузећу за време штрајка, а које по оцени доносиоца акта представљају незаменљив услов живота и рада грађана којим се обезбеђује нормално функционисање комуналног система и задовољавање корисника комуналних производа и комуналних услуга на одређеном подручју.

С тим у вези у пракси се јавио проблем које све делатности, мере и активности спадају у круг незаменљивих са аспекта услова живота и рада грађана?

Тако је, на пример, пред Уставним судом Републике Србије оспорена законитост Одлуке о утврђивању минимума процеса рада за време штрајка у предузећима и установама чији је оснивач Скупштина општине Љубовија, број 06-102/98-01 од 23. октобра 1998. године.⁴⁴

Предлагач је тврдио да је одредба члана 3. Одлуке којом је утврђен минимум процеса рада који запослени морају да обезбеде да би могли почети са штрајком и за време штрајка у јавним предузећима неприхватљива, из разлога што се минимум процеса рада не може дефинисати тако да “све нормално ради”. Истиче и да „одржавање заједничких делова зграда“ не спада у комуналну делатност, већ је уређено посебним законом.

Одлучујући по предлогу, Уставни суд је оценио да је оспореном Одлуком о утврђивању минимума процеса рада за време штрајка јавном комуналном предузећу наложено да за време штрајка, поред осталог, организује рад на пијацама и вашарима, што према Одлуци Скупштине општине Љубовија о организовању комуналне организације “Стандард” не спада у редовну делатност овог јавног предузећа, нити је одређено као комунална делатност у смислу Закона о комуналним делатностима. Осим тога, јавном комуналном предузећу стављено је у надлежност и предузимање мера и активности на одржавању заједничких делова зграда, које јавно комунално предузеће, према одредби члана 11. Одлуке о одржавању чистоће на подручју општине Љубовија, може да обавља само на основу посебног уговора закљученог са власницима, односно корисницима стамбених и пословних зграда, којим ће се регулисати њихова међусобна права и обавезе.

Уставни суд је стога оценио да је оспорена одредба члана 3. став 1. Одлуке, у делу који се односи на одржавање заједничких делова зграда, организација рада на пијацама и вашарима, несагласна са одредбама члана 10. Закона о штрајку, за разлику од других послова наведених у оспореној одредби који с обзиром на своју природу представљају незаменљив услов живота и рада грађана, па би прекид њиховог обављања у случају штрајка могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера.

Дакле, Уставни суд је својом одлуком прецизирао да се Одлуком о утврђивању минимума процеса рада за време штрајка јавном комуналном

44 «Општински службени гласник Општине Љубовија», број 14/98.

предузећу не могу налагати оне мере и активности које не спадају у његову редовну делатност, односно не може му се налагати да за време штрајка, поред осталог, организује и оне задатке и послове који не спадају у његову редовну делатност, нити су одређени као комунална делатност у смислу Закона о комуналним делатностима.⁴⁵

Директор, односно руководилац, одређује запослене који су дужни да, за време спровођења штрајка, обезбеђују минимум процеса рада у предузећу или органу. То чини најкасније пет дана пре почетка штрајкачких активности, након прибављеног мишљења штрајкачког одбора. Ако се, од стране директора или руководиоца, у року од пет дана пре почетка штрајка не обезбеде услови за несметано одвијање минимума процеса рада, надлежни државни орган, односно надлежни орган локалне самоуправе, до дана одређеног за почетак штрајка, утврђује мере и начин за испуњење тих услова.⁴⁶

Дакле, постоји обавеза органа локалне самоуправе и држаних органа да обезбеде минимум процеса рада у јавним службама и делатностима од општег интереса, када се те делатности обављају од стране служби и запослених у њиховом саставу, али та обавеза постоји чак и у случају да се те делатности обављају од стране правних и физичких лица која нису у саставу тих органа, већ су им овлашћења за обављање тих делатности пренета од стране надлежног органа.

Као делатности од јавног интереса, у смислу Закона о штрајку, наводе се делатности у области: електропривреде, водопривреде, саобраћаја, информисања (радио и телевизија), ПТТ услуга, комуналних делатности, производње основних прехранбених производа, здравствене и ветеринарске заштите, просвете, друштвене бриге о деци и социјалне заштите. Делатностима од општег интереса, такође се третирају и делатности од значаја за одбрану и безбедност Републике Србије, које су као такве утврђене од стране надлежног органа, као и делатности на пословима неопходним за извршавање међународних обавеза које је Република Србија преузела ратификацијом међународних докумената.⁴⁷

Када је реч о делатностима чији би прекид рада по природи посла могао да угрози живот и здравље људи или да нанесе штету великих размера, као такве се наводе делатности у хемијској индустрији, индустрији челика и црној и обојеној металургији.

Као још један од специфичних услова за упражњавање штрајка од стране запослених у делатностима од општег значаја, наводи се обавеза да се штрајк најави послодавцу, оснивачу, надлежном државном органу и надлежном органу

⁴⁵ Одлука Уставног суда, ИУ број 212/2006 од 18. новембра 2010. године, објављена у „Сл. гласнику РС“, бр. 2/2011 од 18. јануара 2011. године.

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ Делатности које ће се, у смислу Закона о штрајку (1996), сматрати онима од јавног интереса, предвиђене су применом принципа *numerus clausus*, у члану 9.

локалне самоуправе најкасније десет дана пре почетка штрајка, достављањем одлуке о ступању у штрајк и изјаве о начину обезбеђивања минимума процеса рада (члан 11). Такође, штрајкачки одбор, послодавац и представници надлежног државног органа, односно органа локалне самоуправе, имају обавезу да у периоду од најаве штрајка до дана одређеног за почетак штрајка понуде предлог за решавање спора и да с тим предлогом упознају запослене који су најавили штрајк као и да о томе обавесе јавност (члан 12).

Такође, сматраће се да запослени, у делатностима од општег значаја, који одбије да изврши налог послодавца издат ради обезбеђивања минимума процеса рада чини повреду радне дужности која може бити основ за изрицање мере престанка радног односа.

На основу изнетог се може закључити да за запослене у локалној самоуправи, а пре свега у њеним јавним службама, важи посебан режим права на штрајк, у односу на општи режим признат свим радницима на територији Републике Србије, али и да постоје извесне специфичности у зависности од тога о којим се органима и службама локалне самоуправе ради.

Најпре треба направити разлику између запослених у локалној самоуправи и тзв. функционера, односно изабраних и постављених лица. Локалним функционерима, дакле одборницима скупштине општине, председнику општине и члановима општинског већа, као и члановима општинске управе, радни однос може престати аналогном применом одредбе члана 18 Закона о штрајку (1996) уколико се утврди да су организовали штрајк односно учествовали у њему.

Са друге стране, запосленима у органима локалне самоуправе, односно у комуналним предузећима која обављају делатности, које се у смислу Закона сматрају делатностима од општег значаја, ипризнаје се право на штрајк, под посебним условима који су у предходном делу текста изложени.

Што се тиче ситуације кад су овлашћења за обављање делатности од општег интереса приватно-правном субјекту уступљена од стране надлежног органа локалне самоуправе, у случају штрајка, који се одвија под једнаким условима предвиђеним за спровођење штрајка у комуналном предузећу, орган локалне самоуправе има обавезу да обезбеди минимум процеса рада, за случај да је то пропустио да учини послодавац.

4. ПРИКАЗ НАЦРТА ЗАКОНА О ШТРАЈКУ

Према одлуци Министарства рада, запошљавања и социјалне политике Републике Србије, организована је јавна расправа поводом радне верзије новог Закон о штрајку⁴⁸, и то у периоду од 11. априла до 11. маја 2011. године. С обзиром

⁴⁸ Саопштење о спровођењу јавне расправе и текст Нацрта Закона о штрајку се налази на интернет презентацији Министарства рада, запошљавања и социјалне политике,

<http://www.minrzs.gov.rs/cms/sr/arhiva/saopstenja/284-radna-verzija-zakona-o-strajku>

да је крај претходне и почетак ове године протекао у знаку парламентарног изборног циклуса, није било реално за очекивати да се један овакав документ усвоји. У времену које је пред нама, Нацрт би требало да прође процедуру у стручним телима Народне скупштине и нађе се пред посланицима.

Нови Закон о штрајку, уколико буде усвојен према Нацрту, предвиђа извесне измене, које се у једном делу односе на све запослене у Републици Србији, а предвиђене су и промене положаја запослених у делатностима од општег интереса, државним органима и органима локалне самоуправе, у односу на решења у Закону из 1996. године.

Праву на штрајк запослених у делатностима од општег интереса је посвећена посебна глава у законском тексту (глава IV). Постоји генерична дефиниција ових делатности која прописује да су то делатности у којима прекид рада или обим и трајање прекида рада може да угрози живот, личну безбедност и здравље становништва или дела становништва.

Делатности од општег интереса се даље разврставају на оне у којима остваривање права на штрајк није дозвољено и оне у којима се као посебан услов остваривања овог права истиче захтев за обезбеђивањем минимума процеса рада.

Штрајк није дозвољен професионалним припадници Војске Србије, припадницима Безбедносно-информативне агенције, у ватрогасним службама, државним службеницима на положају, судијама и тужиоцима, у здравственим службама које пружају хитну медицинску помоћ, у контроли летења и када је то утврђено посебним законом у случајевима постојања непосредне претње по живот, здравље и безбедност становништва или дела становништва. Као што се може приметити, припадници полиције су изузети из ове забране, из разлога што Закон о полицији, као специјални закон, донет након Закона из 1996. године, предвиђа могућност за организовање штрајка запослених у полицији.⁴⁹

Као делатности у којима се обезбеђује минимум процеса рада, као услов за спровођење штрајка, наводе се делатност у области: производње, преноса и дистрибуције електричне енергије; дистрибуције нафте, угља и гаса; снабдевања водом; железничког и поштанског саобраћаја; телекомуникација; информативног програма јавног радиодифузног сервиса; здравствене и ветеринарске заштите; основног образовања; социјалне и дечје заштите.

Као значајна новина наводи се да се делатностима од општег интереса, у којима је штрајк допуштен уз обезбеђивање минимума процеса рада, сматрају и делатност државних органа (у које се убраја и полиција), органа територијалне аутономије и локалне самоуправе и делатност од посебног значаја за одбрану и безбедност Републике Србије које утврди Влада и послови неопходни за извршавање међународних обавеза Републике Србије.

⁴⁹ Закон о полицији, „Службени гласник РС“ бр. 101/2005, бр. 63/2009, одлука Уставног суда РС бр. 92/2011, члан 135.

Таквим се делатностима сматрају и производња основних прехранбених производа, комунална делатност, истраживање, експлоатација, производња, прерада, транспорт и промет нафте, угља, руда и гаса и средње и високо образовање, када штрајк због трајања и обима угрожава живот, личну безбедност или здравље становништва или дела становништва.

Уводи се и категорија делатности у којима се обезбеђује технички минимум процеса рада, јер се ради о делатностима са посебним технолошким захтевима као што су хемијска индустрија, индустрија челика, црна и обојена металургија и друга делатност у којој би прекид технолошког процеса рада изазвао ненадокнадиву штету.

Као посебан захтев приликом утврђивања обима који ће се сматрати потребним за остваривање минимума процеса рада, поред затева садржаних у Закону из 1996. године, наводи се обавеза консултовања социјално-економског савета основаног за територију Републике Србије или основаног колективним уговором у грани или делатности. За случај да минимум процеса рада није утврђен у складу са прописима, биће утврђен одлуком трочлане арбитраже, у чији састав улази по један представик социјалних партнера и арбитар из именика који води Агенција за мирно решавање спорова.

Новина се такође односи и на период у коме је штрајкачи одбор у обавези да обавести надлежне органе о спровођењу штрајкачких активности. Тај период је повећан са 10 на 15 дана пре отпочињања штрајка. Такође је уведена обавеза мирног решавања спора у периоду који коинцидира са периодом за најаву штрајка.

Може се закључити да се најважније измене досадашњег решења односе на чињеницу да је сада свим запосленима у локалној самоуправи, дакле и локалним функционерима право на штрајк признато уз обезбеђивање минимума процеса рада.

Dejan Vučetić LL.D.

Associate Professor Faculty of Law Niš

Ivan Barun, LL.D. Student

Faculty of Law Niš

Local Government Employees Right to Strike

Summary

This article presents an analysis of legal position of the employees in local governments in Republic of Serbia, with a particular emphasis on their right to strike. Strike Act (1996) was taken into account as a starting point, as well as other regulations related to the position of employees in local government bodies and organizations. Given the fact that the draft version of the new Strike Act goes through a public hearing for a quite long time now, special attention was paid to the scope of the right to strike granted to local public servants and employees.

Key words: *employees, local government, strike, public servants.*

Мр Ивана Симоновић, асистент
Правни факултет Универзитета у Нишу
Др Маја Настић, доцент
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 342.565.2:347.4

УСТАВНО И ГРАЂАНСКОПРАВНЕ ПОСЛЕДИЦЕ ОДЛУКЕ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ О НЕСАГЛАСНОСТИ СА УСТАВОМ ОБРАЧУНА ЗАТЕЗНЕ КАМАТЕ КОНФОРМНИМ МЕТОДОМ¹

Апстракт: Рад је посвећен анализи уставно и грађанскоправних последица одлуке Уставног суда о несагласности са Уставом обрачуна затезне камате конформним методом, и подељен је у две целине. У првој целини разматра се временско дејство ове одлуке са аспекта правила уставног права и испитује могућност да оно, поред укидајућег, под одређеним условима буде и поништавајуће, обухватањем и неких правноснажно или коначно решених правних односа. У другој целини и полазећи од става да дејство ове одлуке може бити поништавајуће и ретроактивно, ауторке испитују правни положај дужника чија је доцња наступила пре објављивања одлуке у „Службеном гласнику РС“, па им је и камата на доспеле обавезе била обрачуната конформним методом. На примеру потраживања накнаде за испоручену електричну и топлотну енергију, гас, воду и сличне услуге јавних и јавних комуналних предузећа, оне указују на један од грађанскоправних института помоћу кога се могу отклонити имовинскоправне последице примене неуставне одредбе Закона о висини стопе затезне камате.

Кључне речи: Уставни суд, нормативна контрола, *ex tunc* и *ex nunc* дејство, затезна камата, испуњење недугованог, реституција.

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046.

Увод

Одлуком Уставног суда Србије IУз 82/2009 од 27. јула 2012. године утврђено је да одредба чл. 3 ст 1 Закона о висини стопе затезне камате, у делу који гласи „применом конформне методе“, није у сагласности са Уставом. Тиме је санкционисана као неуставна дугогодишња пракса обрачуна затезне камате конформним методом и на потраживања са чијим су испуњењем дужници у доцњи дужој од периода за који је каматна стопа одређена, захваљујући чему су повериоци вишеструко увећали своја потраживања, и, наплативши их, стекли корист на коју нису имали право.

Обрачун затезне камате конформним методом изричито је предвиђен само за период за који је одређена каматна стопа, а он је најчешће – месец дана. У Закону о висини стопе затезне камате нема одредбе да се на исти начин има поступити и ако је дужник у доцњи дужој од обрачунског периода; са друге стране, није прописан ни неки други метод. Ова законска недореченост искоришћена је на штету дужника у доцњи, приписивањем њихових неиспуњених дуговања из ранијих периода (у којима је садржана и затезна камата) обавези у наредном периоду, чији збир постаје нова основица за обрачун затезне камате. Суштински, рачунањем камате на камату, повериоци су вишеструко увећали своја потраживања, и у њима је доспела а неисплаћена затезна камата изразито доминантна у односу на главницу. Након утврђења Уставног суда да одредба Закона о висини стопе затезне камате о примени конформног метода није у сагласности са Уставом, произлази да једном делу потраживања недостаје ваљан правни основ и да га повериоци неосновано потражују, као и да су већ наплаћеним стекли корист на коју немају право и дужни су је вратити.

У овом раду осветлићемо дејство наведене одлуке Уставног суда на потраживања накнаде јавних и јавних комуналних предузећа за, грађанима и привредним субјектима, испоручену електричну и топлотну енергију, гас, воду и сличне услуге, неопходне за нормалан живот савременог човека.

Рад је подељен у две целине. У првој целини анализирали смо дејства одлуке Уставног суда Србије којом се утврђује несагласност закона и других општих аката са уставом, уопште и у контексту конкретне одлуке која је предмет овог рада. Објашњено је правно дејство одлука Уставног суда Србије, уз концизно и поређења ради, указивање на дејство које у Немачкој и Аустрији имају одлуке највишег суда – чувара уставности и законитости.

У другој целини осветлили смо проблем неуставности примене конформне методе за обрачун затезне камате са аспекта грађанског права, анализом грађанскоправних последица које одлука Уставног суда, којом је ова несагласност утврђена, има на појединачне правне акте – обрачуне накнаде за испоручену електричну и топлотну енергију, гас и воду, у којима је затезна камата обрачуната конформним методом. На основу закључака из првог дела

рада да одлуке Уставног суда, осим укидајућег, могу под одређеним условима имати и поништавајуће, стога и ретроактивно дејство, указали смо на један од начина на који се последице произведене овом неуставном одредбом могу отклонити у пољу грађанског права и применом његових правних правила.

Нормативна контрола Уставног суда и дејство његових одлука

Уставноправне последице анализирани одлуке Уставног суда произлазе из улоге која је овој институцији поверена Уставом. Наиме, Уставни суд Србије, установљен Уставом (2006), добио је низ нових надлежности и постао један од стубова уставног система, на коме је велика одговорност и у погледу очувања принципа уставности и законитости и у погледу заштите људских права. Основна и свакако најважнија надлежност Уставног суда односи се на заштиту уставности и нормативну контролу коју Уставни суд том приликом спроводи.

Нормативном контролом Уставног суда обухваћено је: 1) одлучивање о сагласности закона и других општих аката са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима; 2) одлучивање о сагласности потврђених међународних уговора са Уставом; 3) одлучивање о сагласности других општих аката са законом; 4) одлучивање о сагласности статута и других општих аката аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе са Уставом и законом; 5) одлучивање о сагласности општих аката организација којима су поверена јавна овлашћења, политичких странака, синдиката, удружења грађана и колективних уговора са Уставом и законом.²

Дакле, нормативној контроли подлежу сви општи правни акти, а она представља *differentia specifica* Уставног суда у односу на друге судове. Уочавамо дакле да Уставни суд „није суд који суди правним и физичким лицима, него општим правним актима којима се повређује Устав (и закон)“.³

Поступак за оцену уставности и законитости могу да покрену државни органи, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, као и најмање 25 народних посланика. Поступак може покренути и сам Уставни суд, док је право иницијативе за његово покретање признато сваком правном или физичком лицу.⁴ Правило је да се оцена уставности закона остварује у облику накнадне контроле, дакле, након ступања на снагу закона или другог општег акта.

Поводом анализираниог случаја, Уставни суд је оцењивао сагласност одредбе чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе затезне каматне са Уставом Србије, по иницијативи физичког лица.

² Члан 167 Устава Србије („Сл. гласник Републике Србије”, бр. 98/06).

³ Закон о Уставном суду: са регистром појмова и Пословник о раду Уставног суда: са регистром појмова, предговор Б. Ненадић, Београд, 2008, стр. 12.

⁴ Члан 168 Устава Србије.

Када говоримо о дејству одлука Уставног суда, Уставом Србије је утврђено да су оне коначне, извршне и општеобавезујуће.⁵ Свако је дужан да поштује и извршава одлуку Уставног суда.⁶ Против одлуке Уставног суда не може се изјавити жалба или други правни лек, нити она може бити предмет преиспитивања пред другим државним органом. Уставни суд мериторно одлучује о ствари за коју је надлежан у првом и последњем степену. Одлука Уставног суда је коначна и, сагласно правилу *ne bis in idem*, о једној пресуђеној ствари не може се поново водити спор. Извршност одлука произлази из њихове обавезности и, уколико не буду извршене добровољно, извршиће се принудним путем.⁷

Одлука уставног суда донета у поступку накнадне нормативне контроле, има касаторно дејство, са последицом престанка важења неуставног акта. Такав акт се укида или поништава, а то нас доводи до питања темпоралног, тј. временског дејства одлука уставног суда.

Временско дејство одлука уставног суда донетих у поступку нормативне контроле

Одговарајући на питање временског дејства одлука о неуставности општих аката, правна теорија и пракса уставних судова понудиле су нам две могућности: поништење (*Nichtigkeitslehre*) или њихово укидање (*Vernichtbarkeitslehre*). Одлука уставног суда којом се закон поништава делује *ex tunc* (од онда, од тада): њоме се констатује ништавост која постоји од самог почетка, па јој је и дејство ретроактивно. Укидајућом одлуком, са друге стране, производи се дејство за убудуће - *ex nunc* (од сада, надаље, убудуће).

Прихватање *ex nunc* дејства значи прибегавање правној сигурности, јер се одлуком уставног суда не дотичу правноснажно решени правни односи. Њихова стабилност се додатно оснажује, и то је значајна предност овог решења. Ипак, *pro futuro* дејство може довести и до неправичних резултата, јер се сматра да су сви акти донети у периоду између ступања на снагу закона и утврђивања неуставности у складу са Уставом, што не важи у погледу правних односа насталих касније.

Ретроактивно дејство пресуде уставног суда је прихватљиво из разлога правичности, схваћеног у смислу да је праведно примењивати опште правило на све случајеве њиме обухваћене. Неправедно је применити га у једном случају, а у другом не, а, опет, такво дејство одлука је у сукобу са начелом правне сигурности, такође саставног елемента законитости.

5 Чл. 166 ст.2 Устава Србије.

6 Чл. 171 ст. 1 Устава Србије.

7 Више о томе: О. Вучић, В. Петров, Д. Симоновић, *Уставни судови бивших југословенских република: теорија, норма, пракса*, Београд, 2010, стр. 170.

Ипак, апсолутна правна сигурност, у значењу стриктне примене права, представља илузију, боље речено - идеал. Реално посматрано, правна сигурност може бити јаче или слабије изражена у зависности од области у којој се примењује. Тако је ретроактивно дејство пресуда прихватљиво када се ради о кривичним пресудама против лица оптужених за повреду закона у погледу кога је уставни суд утврдио неуставност. Међутим, овакво дејство, примењено на пореске и сличне законе, може довести и до значајних финансијских проблема. Стога, иако се државе опредељују за *ex tunc* или *ex nunc* дејство, оно није строго прихваћено, већ се уставном суду оставља одређени простор за „маневар“⁸, како би се модификовале последице укидања или поништења неуставног општег акта.

Када говоримо о темпоралном дејству одлука Уставног суда Србије, Устав Србије се не изјашњава о томе, већ то препушта законодавној разради. У том смислу, релевантна је одредба чл. 58 Закона о Уставном суду. Сходно овом члану, када Уставни суд утврди да закон, статут аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, други општи акт или колективни уговор није у складу са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговором, тај закон, статут аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе, други општи акт или колективни уговор престаје да важи даном објављивања одлуке Уставног суда у „Службеном гласнику Републике Србије“.

Закон о Уставном суду, дакле, не прописује експлиците ни да ли се неуставан општи акт укида, ни да ли се поништава, већ користи формулацију „престаје да важи“. Тиме је јасно наглашено да неуставан општи акт неће моћи да се примењује од дана објављивања одлуке Уставног суда и убудуће. Чини се ипак да је општеприхваћен став да одлуке Уставног суда имају *ex nunc* или проспективно дејство.⁹

Овакво опредељење законодавца, ипак, није тако строго, јер постоје одступања од општег правила. Тако, закони и други општи акти за које је одлуком Уставног суда утврђено да нису у сагласности с уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, не могу се примењивати на односе који су настали пре дана објављивања одлука Уставног суда, ако до тог дана нису правноснажно решени.¹⁰ Овде је реч о ширењу *ex nunc* дејства одлуке на прописе донете у циљу извршења нормативног акта који је био непосредни предмет контроле.¹¹

8 Study on individual access to constitutional justice, adopted by the Venice Commission at its 85 th Plenary Session, Venice, 17-18 December 2010, [http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD\(2010\)039rev-e.pdf](http://www.venice.coe.int/docs/2010/CDL-AD(2010)039rev-e.pdf).

9 Упор.: Д. М. Стојановић, *Уставно право* (друга књига), Ниш, 2009, стр. 396 и О. Вучић, В. Петров, Д. Симовић, *op.cit.*, стр. 172.

10 Чл. 60 ст. 1 Закона о Уставном суду.

11 Видети Д. М. Стојановић, *op.cit.*, стр. 396.

Законом је прописано да се од дана објављивања одлуке Уставног суда неће примењивати ни општи акти донети за извршење закона и других општих аката за које се одлуком Уставног суда утврди да нису у сагласности са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, ако из одлуке произлази да су ти општи акти несагласни са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом.¹²

У погледу појединачних аката који су донети на основу општих аката који се више не могу примењивати, Законом о Уставном суду (чл. 60 ст. 3) изричито је утврђено да се извршење тих аката не може дозволити ни спровести. Уколико је извршење започето - обуставиће се.

Коначни или правноснажни појединачни акти донети на основу закона или другог општег акта, за који је одлуком Уставног суда утврђено да није у сагласности са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговорима или законом, могу бити измењени. Измену ових аката може тражити свако коме је повређено право тим коначним или правноснажним појединачним актом.

Уочавамо да одлуком Уставног суда о неважности закона и других општих аката могу бити обухваћени и општи акти донети за њихово извршење, али не и коначни и правноснажни појединачни акти донети на основу ових њих. Међутим, измену појединачних аката могуће је захтевати у поступку пред надлежним органом, позивањем на одлуку Уставног суда о неуставности закона или другог општег акта. Право појединца на обраћање надлежном органу за измену појединачних аката представља изузетак од правила да одлуке Уставног суда делују *ex nunc*.

Предлог за измену коначног или правноснажног појединачног акта може се поднети у року од шест месеци од дана објављивања одлуке у „Службеном гласнику Републике Србије“, ако од достављања појединачног акта или иницијативе за покретање поступка није протекло више од две године.¹³ Наведени рокови су објективне природе и установљени су из разлога правне сигурности.

Ако се утврди да се изменом појединачног акта не могу отклонити последице настале услед примене општег акта за који је одлуком Уставног суда утврђено да није у сагласности са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународни уговорима или законом, Уставни суд може одредити да се ове последице отклоне повраћајем у пређашње стање, накнадом штете или на други начин.¹⁴ Тек тада има основа за обраћање Уставном

12 Чл. 61 ст. 2 Закона о Уставном суду („Сл. гласник РС“, бр. 109/2007).

13 Чл. 61 ст. 2 Закона о Уставном суду.

14 Члан 62 Закона о Уставном суду.

суду. Напомињемо да ће Уставни суд само одредити начин отклањања последице, не упуштајући се, притом, у конкретизацију тог начина.¹⁵

Имајући у виду сва наведена правила, можемо рећи да одлука Уставног суда, донета у поступку нормативне контроле, посматрано у општем смислу, има дејство *ex tunc* и *pro futuro*. Са аспекта појединца, међутим, предвиђене су значајни изузеци од овог правила, због чега можемо рећи да одлука Уставног суда, под одређеним условима, може имати ретроактивно дејство.

Дејство одлуке Уставног суда Србије о несагласности са Уставом обрачуна затезне камате конформним методом – аспект уставног права

Наведена општа правила о дејству одлука Уставног суда применићемо на пример који је предмет наше анализе.

Одлука Уставног суда ГУз 82/2009, којом се утврђује да одредба чл. 3 став 1 Закона о висини стопе затезне камате („Сл. лист СРЈ“, бр. 9/2001), у делу који гласи „применом конформне методе“, није у складу са Уставом, објављена је у „Службеном гласнику Републике Србије“, бр. 73/2012 од 27. јула 2012. године. Даном објављивања одлуке, наведена одредба Закона престала је да важи и више не може бити примењена на регулисање правних односа.

Да бисмо проценили стварни учинак ове одлуке Уставног суда, веома је важно да њено дејство посматрамо из позиције појединца, тј. како се неуставност Закона о висини стопе затезне камате одражава на појединачне правне акте који су на њему засновани. Јасно је да се неуставна законска одредба неће примењивати на правне односе настале након што је донета одлука Уставног суда, као ни на оне који су настали пре дана њеног објављивања уколико до тог дана нису правноснажно решени.¹⁶ Конформни метод рачунања затезне камате не може се, дакле, применити на оне правне односе који су настали пре 27. јула 2012. године, а који до тог тренутка нису правноснажно решени.

Међутим, шта је са последицама које је закон у време свог важења произвео и како се то одражава на појединце који су претрпели неке штетне последице? Одговор можемо наћи у раније наведеном чл. 61 Закона о Уставном суду. То значи да свако коме је повређено право коначним или правноснажним појединачним актима донетим на основу чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе

¹⁵ а Видети одлуку Уставног суда ГУ 358/03 од 05. фебруара 2004. године („Сл. гласник РС“, бр. 16/2004) донете поводом оцене уставности одредбе чл. 88 ст. 1 т. 1 и чл. 9 Закона о избору народних посланика. Пошто је утврдио да се последице примене ових неуставних одредаба не могу отклонити изменом појединачних правних аката на основу којих је престао мандат народних посланика-подносилаца захтева, Уставни суд је одредио да се последице отклоне накнадом штете коју су подносиоци претрпели лишавањем посланичког мандата. Тиме је ова одлука постала основ за покретање поступака за надокнаду штете пред надлежним органом Републике Србије, тј. пред надлежним судом.

¹⁶ Чл. 61 ст. 1 Закона о Уставном суду.

затезне камате може од надлежног органа тражити измену тог појединачног акта, у складу са правилима поступка у коме је акт донет.

Како је поменута одлука Уставног суда објављена 27. јула 2012., предлог за измену појединачног акта може се поднети у року од шест месеци, дакле, најкасније до 27. јануара 2013. године. Предлогом за измену могу бити обухваћени сви акти који су достављени лицу на које се односе након 22. априла 2007. године, тј. две године раније у односу на акт којим је покренут поступак пред Уставним судом.

Већ је указано да се поступак пред Уставним судом може покренути предлогом, који подноси надлежни државни орган, или иницијативом, која долази од стране физичког или правног лица. У конкретном случају, поступак је покренут поводом иницијативе заинтересованих грађана, али погодности овог решења могу користити сви, а не само иницијатори поступка.

Уставном суду Србије су поднете две иницијативе за покретање поступка за утврђивање неуставности одредбе чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе затезне камате, у делу којим се предвиђа обрачун затезне камате конформном методом. Прва иницијатива поднета је Уставном суду 22. априла 2009. године, а друга - 15. августа 2011. године. Ми се везујемо за датум прве иницијативе, јер је управо по њој Суд поступао и њу је доставио Народној скупштини на мишљење. Сматрајући да се поводом поднете иницијативе основано поставља питање уставности оспореног дела одредбе чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе затезне камате, Уставни суд је 23. фебруара 2012. године донео и решење о покретању поступка за утврђивање уставности оспорене одредбе Закона.

Обраћање надлежном органу са предлогом за измену појединачног акта је прва мера коју заинтересовано лице треба да предузме у своју корист након објављивања одлуке Уставног суда. Треба нагласити да ће надлежни орган, који је донео појединачни акт применом неуставне одредбе закона, бити дужан да реагује само поводом конкретних, индивидуалних предлога заинтересованих лица. Његова обавеза измене појединачних аката не настаје аутоматски, већ искључиво ако овлашћени субјекат затражи такво поступање. Након 27. јула 2012., када је објављена одлука Уставног суда, ни овај орган нити било који други правни субјекат који је примењивао конформни метод за обрачун затезне камате на основу наведеног закона, то више не може да чини. Таква обавеза (можемо је назвати и забраном) надлежних органа конституише се аутоматски и произлази из општеобавезног дејства одлука Уставног суда.

Дејство одлука Уставног суда - упоредна решења

У циљу расветљавања уставноправних последица које произлазе из одлука уставног суда о неуставности закона и других општих аката, указаћемо и на релевантна компаративна искуства. Имаћемо у виду искуство Аустрије, као

државе са најдужом традицијом уставног судства, и Немачке, чији је Савезни уставни суд данас највећи ауторитет у области уставног судства.

У Аустрији се веома доследно примењује *ex tunc* дејство. Одлуке Уставног суда делују *pro futuro* и немају ретроактивно дејство. Закон се сматра укинутим од дана објављивања одлуке Уставног суда. Тиме се не задире у правне односе који су правноснажно решени применом укинутог закона. Укинути закон се неће применити ни на оне правне односе који су настали пре доношења одлуке Уставног суда, осим ако је Суд другачије одредио у својој укидајућој одлуци.¹⁷ Од овог правила постоје два изузетка. Први се односи на конкретан случај поводом кога је покренут поступак оцене уставности и у односу на који укидање закона делује *ex tunc*. Другим изузетком установљено је право Уставног суда да продужи важење противуставног закона на још једну годину. Усвајање оваквог решења оцењује се као „давање предности очувању ауторитета закона над заштитом правних интереса грађана“.¹⁸ У контексту темпоралног дејства одлука Уставног суда, треба напоменути и да Уставни суд, у поступку испитивања уставности, доноси одлуку у року од месец дана од дана подношења предлога¹⁹, чиме се скраћује период правне неизвесности о судбини оспореног акта. У одлуци Уставног суда мора бити означено да ли се закон укида у целисти или у делу.²⁰

У Немачкој, одлука Савезног уставног суда има *ex tunc* дејство. Закон је неуставан од самог почетка, *ab initio*, и поништава се. Логична последица оваквог приступа је да су сви правни акти донети на основу оваквог закона ништави и неважећи, тј. усвојени без правног основа.²¹ Ипак, Законом о Савезном уставном суду *ex tunc* дејство одлука прилично је ограничено. Проглашавање неуставним закона који је био основ за доношење појединачних аката, не значи и аутоматски престанак важности свих тих аката. Судбина појединачних аката донетих на основу закона који је поништен није јединствено уређена, већ зависи од врсте акта.

Сходно чл. 79 Закона, ново суђење је допуштено само у кривичним случајевима када је коначна одлука заснована на норми која је накнадно поништена. Законом су обухваћени случајеви засновани на норми која је проглашена несагласном са Основним законом и случајеви где је кривична санкција заснована на тумачењу норми које је касније проглашено несагласно

¹⁷ Члан 140 т. 7 Устава Аустрије (http://www.servat.unibe.ch/icl/au00000_.html).

¹⁸ О. Вучић, *Аустријско уставно судство-чувар федерације и устава*, (др дисертација), Београд, 1995, стр. 252.

¹⁹ Члан 63 Закона о Уставном суду <http://www.vfgh.gv.at/cms/vfgh-site/english/downloads/englishvfgg.pdf>.

²⁰ Члан 64 Закона о Уставном суду Аустрије.

²¹ Н. Guhling, “Problems of enforcing constitutional court decisions”, http://www.tribunalconstitucional.ad/docs/coloqui_justicia/05-HARTMUT%20GUHLING.pdf.

са Основним законом од стране Савезног уставног суда.²² Најједноставнија је ситуација код аката које њихов доносилац може мењати у свако доба. Опште је правило да судске одлуке које су постале правноснажне остају непромењене. Извршење извршних пресуда, донетих у грађанским судским поступцима, постаје неуставно, а искључена су потраживања на основу неоснованог обогаћења.²³ Извршени акти остају на снази и у њих се више не може дирати, нити се може тражити накнада штете или повраћај неосновано стеченог.²⁴

Да би се ублажили ефекти неуставности закона и спречиле значајне потешкоће које настају, Савезни уставни суд Немачке је установио праксу проглашавања правних норми неуставним, али без њиховог поништавања.²⁵ То значи да Савезни Уставни суд може да поништи закон (*unvereinbar und nichtig*), у ком случају он одмах остаје без правне снаге, или да га само прогласи несагласним са Основним законом (*mit dem Grundgesetz unvereinbar*), са последицом његове законодавне ревизије, не и престанка важења. У таквим случајевима, Суд експлицитно наводи рокове у којима законодавна реформа треба да се спроведе.²⁶

Дејство одлуке Уставног суда Србије о несагласности са Уставом обрачуна затезне камате конформним методом – аспект грађанског права

Анализом дејства одлуке Уставног суда донете у поступку нормативне контроле Закона о висини стопе затезне камате у првом делу рада, закључили смо да ова одлука укида важење одредбе чл. 3 ст. 1 наведеног закона, којом је прописан конформни метод за обрачун висине затезне камате, и да се, након њеног објављивања у „Сл. гласнику РС“ 27. јула 2012. г., оспорена одредба не може примењивати на новонастале односе нити на оне који су настали пре објављивања одлуке уколико до тог дана нису били правноснажно решени.

Закључили смо такође да је, ради отклањања свих неповољних последица које су појединци претрпели применом неуставних одредаба Закона о висини стопе затезне камате, неопходно да ова одлука, под одређеним условима, има

22 W. Zeidler, „The Federal Constitutional Court of the Federal Republic of Germany: Decisions on the Constitutionality of Legal Norms“, 62 *Notre Dam L. Rev.* 1986-1987, стр. 504-525.

23 A. W. Heringa, „Retrospective and prospective rulings“, *Judicial control-comparative essays on judicial review*, (eds. R. Baker, A.W.Heringa, F. Stroink.), Tillburg, 1995, стр. 70-71.

24 Члан 79 Закона о Савезном уставном суду (Bundesverfassungsgerichts-Gesetz, BVerfGG) <http://www.iuscomp.org/gla/statutes/BVerfGG.htm>.

25 D. Kommers, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Rpeublic of Germany*, Duke University Press, 1997, стр. 57.

26 G. Vanberg, *The politics of constitutional review in Germany*, Cambridge University Press, 1995, стр. 92.

и ретроактивно дејство. Овим изузетком од *pro futuro* дејства одлука Уставног суда, проширен је круг заштићених субјеката, па се на њу могу позвати и они појединци на које је неуставна одредба већ била примењена и произвела неуставне последице. У интересу правне сигурности, ретроактивно дејство одлуке Уставног суда двоструко је временски ограничено: најпре, роком у коме се може захтевати поновно одлучивање о повређеном субјективном праву, а потом - опредељењем у времену само одређених правних односа који могу бити предмет преиспитивања.

Значај анализиране одлуке Уставног суда далекосежан је, зато што је годинама уназад затезна камата на потраживања накнаде комуналних и других јавних предузећа за испоручену електричну и топлотну енергију, гас, воду и сличне услуге, неопходне за нормалан живот, била обрачунавана управо применом конформног метода.

Високи износи ове врсте дуговања грађана и привредних субјеката опште су позната ствар, али и чињеница да њихови повериоци, због све теже наплате потраживања, немају довољно средстава за инвестирање и подизање квалитета својих услуга. Тако је створен прави зачарани круг из кога се излаз једва назирао, макар до одлуке Уставног суда о несагласности са Уставом Закона о висини стопе затезне камате.

Након установљења Уставног суда да примена конформног метода није у сагласности са Уставом и да повређује забрану анатоцизма из чл. 279 ст. 1 Закона о облигационим односима, произлази да повериоци немају право на пун износ који потражују од дужника у доцњи (или су га већ наплатили), јер је затезна камата обрачуната применом неважеће законске одредбе. Неважношћу су обухваћени и сви појединачни правни акти донети на основу одредбе чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе затезне камате, што су заправо месечни обрачуни накнаде за пружене услуге, достављени дужницима чија доцња траје дуже од периода за који је одређена стопа затезне камате, а он је најчешће месец дана.

Подсетимо: Законом о висини стопе затезне камате прописани су висина каматне стопе и конформни као метод обрачуна затезне камате, без прецизирања да ли се исти метод примењује и када затезну камату треба обрачунати за периоде дуже од оног за који је каматна стопа одређена.²⁷ Законска недореченост, на коју се указује и у одлуци Уставног суда, искоришћена је на штету дужника у доцњи, јер је неизмирена обавеза из претходног обрачунског периода (у којој је садржан и износ доспеле затезне камате за тај период) приписивана потраживању (главници) у наредном периоду, које онда постаје основица за обрачун камате за наредни период и по важећој каматној стопи за тај период.²⁸ Приписивањем камате главници, омогућено је рачунање камате на камату – анатоцизам, који

²⁷ Видети чл. 2 т. 1 и чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе затезне камате („Сл. лист СРЈ“, бр. 9/01 и „Сл. гласник РС“, бр. 31/11).

²⁸ Видети: Одлука Уставног суда IУз 82/2009 („Сл. гласник РС“, бр. 73/2012).

је изричито забрањен Законом о облигационим односима, од чега се није смело одступити ни применом Закона о висини стопе затезне камате.

Законом о облигационим односима, који у овој области грађанског права има најјачу правну снагу (грађански законик у малом), прописано је да затезна камата не тече на доспелу а неисплаћену уговорну или затезну камату нити на друга повремена новчана давања, осим ако је изузетак учињен посебном законском одредбом.²⁹ Тако је учињено у вези са потраживањима из кредитног пословања банака и других финансијских институција (чл. 400 ст. 3 ЗОО), допуштеношћу уговарања унапред клаузула о повећању стопе уговорене камате ако дужник не исплати доспеле камате на време (чл. 400 ст. 2 ЗОО) и правом повериоца да тужбеним захтевом за исплату доспеле али неисплаћене камате захтева и затезну камату на овај износ, од дана подношења тужбе суду (чл. 279 ст. 2 ЗОО)³⁰. Изузетка, међутим, нема у односу на потраживања накнаде за испоручену електричну и топлотну енергију, гас, воду и сличне услуге, нити се он могао учинити применом оспорене одредбе чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе затезне камате. Законодавац је смео одредити само висину стопе затезне камате, па је, прописивањем конформног метода за њен обрачун, прекорачио границе и садржину датих му овлашћења (из чл. 277 ст. 1 ЗОО).³¹ Таквим поступањем оспореној одредби је одузета ваљаност (уставна и законска) да буде основ увођења и примене конформног метода за обрачун затезне камате у времену дужем од оног за који је каматна стопа одређена. За дуже периоде ваљало је висину дужникове обавезе утврдити обрачуном на главницу прописане каматне стопе применом пропорционалног метода.³² Несумњиво је да овако треба

29 Члан 279 ст. 1 Закона о облигационим односима („Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93). У даљем тексту: ЗОО.

30 Остваривање права на процесну затезну камату условљено је покретањем парничног поступка за наплату доспелих и неисплаћених износа камате, обрачунатих и потраживаних у апсолутном износу. Потраживање овог износа главни је тужбени захтев, а процесна затезна камата, уколико је затражена у истом поступку, обрачунава се на овај износ. Поверилац нема право на самостално остваривање процесне камате у посебном поступку, па, уколико је не затражи до закључења главне расправе у поступку за исплату доспеле и неисплаћене камате, бива преклудираним да ово учини касније. Осим тога, ова камата се не може захтевати ни пре него што престане главно новчано потраживање на које су биле обрачунаване доспеле и неисплаћене камате, већ тек по његовом намерењу. Више и са примерима из судске праксе у: I. Crnić, „Zatezna i ugovorna kamata“, *Naša zakonitost*, Zagreb, br. 9-10/1988, стр. 1084-1086.

31 Одлука Уставног суда, стр. 7.

32 Пропорционални метод или прост каматни рачун је обрачун у коме се камата рачуна на исту основицу у свим обрачунским периодима, за разлику од конформног метода (сложени каматни рачун), у коме је у сваком наредном периоду основица увећана доспелим износима камата из претходних обрачунских периода. Више у: Д. Слијепчевић, „Допуштеност анатоцизма у обрачуну законске затезне камате“, *Билтен ВСС*, Београд, бр. 3/2003, стр. 146-148.

поступати надаље, од дана објављивања одлуке Уставног суда о неуставности примене конформног метода,³³ чиме одлучивање ове највише судске инстанце показује (и доказује) своју праву снагу у грађанскоправним односима.

Какав је, међутим, правни положај дужника чија је доцња у испуњењу обавеза настала пре објављивања одлуке Уставног суда и на које је примењена одредба о конформној методи коју је овај суд прогласио неуставном? Можемо да уочимо две групе дужника и да њихов правни положај размотримо засебно. У првој су групи дужници који још увек нису испунили утврђену обавезу, а у другој – они који јесу, али пре дана објављивања одлуке Уставног суда (27. јул 2012).

Несумњиво је да ће дужници из прве групе претрпети губитак уколико испуне обавезу у већ утврђеном износу. У делу у коме садржи камату обрачунату конформним методом, обавеза нема правни основ и није дугована, па би, испуњена, учинила повериоца неосновано обогатеним, а дужника – неосновано осиромашеним.

Губитак друге групе дужника је очигледан и постојећи, јер су они обавезу испунили, али они, након објављивања одлуке Уставног суда и позивом на њу, могу повериоцу истаћи да је престао правни основ њихове обавезе у делу у коме садржи затезну камату обрачунату конформним методом. Тај део њихове обавезе није дугован (то је непостојећи дуг, јер се не тиче ни повериоца ни дужника - *indu objectif, indu absolu*), па морамо испитати да ли они имају право на повраћај више плаћеног и за који период, који је правни основ њиховог захтева и по којим ћемо правним правилима испитати да ли је основан. Мишљења смо да је решење првих двеју дилема у закључку да одлуке Уставног суда могу под одређеним условима деловати и ретроактивно, стога и поништавајуће, а да одговоре о правном основу захтева и одговарајућим правним правилима за оцену његове основаности треба потражити у одредбама Закона о облигационим односима о стицању без основа.

Правни институти грађанског права за остваривање ретроактивног дејства одлуке Уставног суда

У првом делу рада утврдили смо да се *ex tunc* дејство одлука Уставног суда омогућава подношењем предлога за измену појединачног правног акта донетог применом одредбе чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе затезне камате у делу у коме је она оглашена неуставном. Видимо да је ретроактивно дејство одлуке условљено иницијативом погођеног правног субјекта, јер њено дејство на појединачне правне акте донете на основу неуставних општих аката није непосредно и аутоматско. Отуда је покретање посебних поступака за

³³ Последица укидајућег дејства одлуке Уставног суда из чл. 58 Закона о Уставном суду, објављена у првом делу рада.

њихову измену неопходан корак у отклањању насталих штетних последица, а иницијативу има појединац који их трпи, јер је његово субјективно право повређено. Право на официјелно поступање Уставни суд би имао тек ако би се утврдило да измена појединачног правног акта није довољна, већ је потребно наредити повраћај у пређашње стање, надокнаду штете или другу врсту мере (чл. 62 Закона о Уставном суду).

Ретроактивно дејство одлуке Уставног суда уједно је и поништавајуће, па је измена појединачног правног акта усмерена на отклањање правних последица које је он произвео. Да не бисмо поништавајућим правним дејством одлуке Уставног суда ставили правну сигурност на озбиљну пробу, њено ретроактивно важење двоструко временски ограничавамо. Најпре, дефинисањем објективног рока од шест месеци за подношење предлога за измену појединачног правног акта. Утврдили смо да је рок почео да тече од дана објављивања одлуке Уставног суда у „Службеном гласнику“ (27. јула 2012. г.) и да истиче 27. јануара 2013. г., у поноћ. Рок је преклузиван, па се његовим пропуштањем постојеће правно стање (иако неусаглашено са Уставом) потврђује као коначно и непроменљиво.

Другим ограничењем временски се опредељују правни односи и правни акти које је допуштено преиспитати, и обухвата оне појединачне правне акте који су подносиоцу предлога достављени две године раније у односу на датум иницирања поступка нормативне контроле пред Уставним судом. Утврдили смо да је иницијатива поднета 22. априла 2009. г. и да се поништавајућим дејством одлуке Уставног суда о неусаглашености са Уставом обрачуна затезне камате конформним методом могу обухватити сви појединачни правни акти - обрачуни накнаде (тј. захтеви за испуњење обавезе) који су појединцу достављени почев од 22. априла 2007. године.

Дужници којима је због доцње камата обрачуната применом конформног метода имају право на нов обрачун дуга, утврђен сагласно одредбама Закона о облигационим односима и важећим одредбама Закона о висини стопе затезне камате. Предлог подносе доносиоцу појединачног правног акта - јавном предузећу, као свом повериоцу, које је испоручило електричну и топлотну енергију, воду или гас, захтевајући ново – правилно утврђивање висине обавеза почев од 22. априла 2007. г. на даље. Новим обрачуном треба утврдити стварни износ потраживања на који поверилац има право, јер је утврђен по законским нормама усаглашеним са Уставом и Законом о облигационим односима. Поређењем овог износа са ранијим (утврђеним применом конформног метода), добијамо разлику коју поверилац од прве групе дужника неосновано потражује и коју они нису дужни платити, док је у односу на дужнике из друге групе (који су обавезу испунили пре датума објављивања одлуке Уставног суда), он њоме неосновано обогаћен, јер је стекао без пуноважног правног основа, и дужан је вратити.

Дужници из друге групе имају право на повраћај више плаћеног, а правни основ њиховог захтева је чл. 210 ст. 1 ЗОО, којим је прописано опште правило о дужности враћања стеченог без правног основа, или надокнаде вредности остварене користи, ономе коме она правно припада или му је намењена. Однос између дужника и јавних предузећа - њихових поверилаца, из уговорног претвара се у однос из неоснованог обogaћења, у коме су улоге промењене: дужник постаје реститутивни поверилац, који од свог повериоца, а сада реститутивног дужника, захтева повраћај новчаног износа који је платио а није дуговао, чиме је без правног основа увећао његову имовину на рачун сопствене.

Однос између јавних и јавних комуналних предузећа и корисника њихових услуга (грађана и привредних субјеката) уговорне је природе, без обзира што се као пружаоци услуга јављају тела којима је (од државе) поверено вршење послова од ширег друштвеног значаја. Овај правни однос не мења своју природу само зато што је једна његова страна субјекат јавног права. Остаје уговорни однос на који се примењују сва правила Закона о облигационим односима, па и она о правним последицама неважности појединих уговорних клаузула. Мислимо на клаузуле стипулисане на основу неважећих одредаба Закона о висини стопе затезне камате, које се, након објављивања одлуке Уставног суда о неуставности примене конформног метода, не сматрају пуноважним и морају бити замењене другим, усаглашеним са Уставом и Законом о облигационим односима. Њихова ништавост је санкција грађанског права којом се покреће сложен механизам уређивања правних односа сауговорача не би ли се они довели у имовински положај какав би био да су биле примењене норме усаглашене са Уставом.

Подсетимо да је прва последица ништавости уговора реституција, тј. дужност сауговорача да један другоме врате без основа примљено и успоставе онакво стање какво би било да уговор није ни био закључен.³⁴ Стечено се враћа по правилима стицања без основа, допуњеним правилима о делимичној ништавости, јер су правно неважеће само неке уговорне одредбе.

Неважећим у уговору треба сматрати клаузуле о висини обавезе и последицама неиспуњења или доцње, јер је дејство неважеће одредбе Закона о висини стопе затезне камате произведено управо преко њих, без обзира да ли су се уговорачи изричито позвали на примену овог закона или не. Сходно правилима о делимичној ништавости, њихова неважност не чини цео уговор таквим (ништавим): заменом ништавих одредаба оним које су пуноважне, уговору омогућавамо опстанак и стварање предвиђених правних дејстава.³⁵

Реституција је по висини ограничена на разлику између камате утврђене конформним методом и оне утврђене пропорционалним, али је и временски дефинисана, свођењем само на обавезе чији је обрачун достављен дужнику почев

³⁴ Видети чл. 104 ст. 1 ЗОО о последицама ништавости.

³⁵ Видети чл. 105 ЗОО о делимичној ништавости.

од 22. априла 2007. године. Вредносно ограничавање реститутивне обавезе, као последице ништавости, одговара основној идеји забране неоснованог обогаћења – да обогаћени врати само оно што држи без правног основа а стекао га је на рачун осиромашеног, док се временским ограничавањем ретроактивно дејство одлуке Уставног суда своди на прихватљиве временске оквире – и са аспекта правне сигурности и са аспекта појединаца погођених неуставним правним актима.

Примењено на уговор о пружању комуналних и сличних услуга јавних предузећа, правило о делимичној ништавости значи да ће дужник који је у доцњи дужој од обрачунског периода за који је утврђена каматна стопа морати да плати затезну камату од дана када је запао у доцњу до исплате, али обрачунату применом пропорционалног метода уместо конформног као неуставног.

Дужници који су обавезу испунили (са закашњењем, па им је каматна стопа утврђена конформним методом) имају право на повраћај више плаћеног по правилима о стицању без основа (чл. 210-215 ЗОО). У овом случају, право на реституцију признаје се задоцнелом дужнику, што нипошто не сматрамо релативизовањем законских правила о последицама доцње. Општа правила о поштреној одговорности неуредног дужника свакако важе, посебно она о дужности плаћања затезне камате за време доцње, без обзира на дужникову кривицу и могућу штету повериоца због доцње.³⁶ Дужник не бива ослобођен дужности плаћања камате, јер се одлуком Уставног суда не утиче на чињеницу да он касни са испуњењем обавезе. Исплаћена камата није у целости испуњење недугованог, већ у делу једнаком разлици између плаћеног и износа који је требало платити да је затезна камата била правилно обрачуната. Отуда је предмет реститутивног захтева квантитативно одређен овом разликом (у плаћеној и стварно дуговој камати), која се има вратити по правилима стицања без основа. Будући да се пређашње стање успоставља у новцу, реститутивни дужник треба да плати и затезну камату на износ који је неосновано стекао, и то - или од дана стицања ако је несавестан, или од дана подношења реститутивног захтева ако је савестан. То су општа правила о предмету и обиму враћања неосновано стеченог и треба их применити и на реституцију више плаћених затезних камата.³⁷ Њихово стицање, засновано на неважећим одредбама Закона о висини стопе затезне камате, видимо као један облик неоснованог обогаћења, и то у његовом класичном виду – испуњење недугованог (*indebiti solutio*).

О испуњењу недугованог као парадигми неоснованог обогаћења

³⁶ Одговорност за доцњу независно од кривице дужника и повериоцеве штете одражава функцију затезне камате као накнаде претпостављене штете. Допуњена је правом повериоца на потпуну накнаду стварно проузроковане штете, како би се створило очекивано (да није било доцње) правно стање. Видети чл. 278 ЗОО.

³⁷ Видети чл. 214 ЗОО.

Испуњење недугованог је типичан, можемо рећи и најчешћи, вид неоснованог обогаћења, чија правила о успостављању пређашњег стања реституцијом неосновано стечене користи могу послужити као парадигма другим облицима овог извора облигационих односа.

Заступљеност испуњења недугованог у маси случајева стицања без основа несумњиво је доминантна, па не треба да нас чуди што је, захваљујући свом значају, оно уређено и у оним законима у којима се неосновано обогаћење иначе не сматра посебним извором облигационих односа.³⁸ У правима земаља које су неоснованом обогаћењу самосталност према другим областима облигационог права потврдиле законом, попут Немачке, испуњење недугованог се издваја као онај вид правно неутемељеног стицања на коме се могу најбоље објаснити све реститутивне последице.³⁹

У нашем праву, неосновано обогаћење уређено је општом одредбом, подесном да обухвати све облике правно неоснованог побољшања властите имовинске позиције на рачун туђе, санкционисане реститутивном последицом.⁴⁰ Издвајање испуњења недугованог учињено је посредним путем, ускраћивањем права на повраћај исплатиоцу који је испунио обавезу а знао је да није дужан платити, осим ако је задржао ово право или је платио да би избегао принуду (чл. 211 ЗОО). Овом и одредбом о судбини двоструке исплате дуга (чл. 212 ЗОО), домаћи законодавац је у линији са осталим значајнијим европским грађанским законима у којима је испуњење недугованог истакнуто као нарочити представник неоснованог обогаћења. Поменућемо још и енглеско право о реституцији, које се последњих деценија снажно развило, понајвише захваљујући осавремењивању правила о исплати у заблуди (*mistaken payments*),

38 Најбољи пример су одредбе чл. 1376 и 1377 Француског грађанског законика о праву лица које, погрешно верујући да је дужник, плати дуг или преда неку ствар, на повраћај од лица коме је обавеза испуњена, без обзира на заблуду примаоца (*répétition de l'indu*). Овим и одредбама које следе (чл. 1376-1381) уређен је управо овај, типичан облик неоснованог обогаћења. Правила о другим његовим појавним облицима исписана су судијским пером. В., Р. Schlechtriem, *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa: Eine rechtsvergleichende Darstellung*, Bd. I, Mohr Siebeck, Tübingen, 2000, стр. 114-119; С. von Bar, S. Swann, *Principles of European Law, Unjustified Enrichment*, Study Group on a European Civil Code, Sellier, Munich, 2010, стр. 119-121.

39 Видети, нпр., К. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd. II, *Besonderer Teil*, 11. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 1977, стр. 490-495 или W. Fikentscher, A. Heinemann, *Schuldrecht*, zehnte Auflage, De Gruyter Recht, Berlin, 2006, стр. 705-707.

40 Када је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да накнади вредност постигнутих користи, чл. 210 ст. 1 ЗОО.

која су и овде узета за модел-правила о реституцији користи произашлих не само из овог, већ и из других реститутивних разлога.⁴¹

Успостављање пређашњег стања по правилима о неоснованом обогаћењу условљено је одсуством пуноважног правног основа стицања. Често је тај основ уговор, али његова пуноважност у време настанка и испуњења обавезе, ипак, није довољна да стицалац примљено задржи уколико овај основ касније престане (поништењем, раскидом, укидањем), са дејством које треба да обухвати и наступеле правне последице. Са таквим испуњењем поступа се као и са испуњеним без икаквог правног основа – испуњено се потражује реститутивним захтевом *condictio indebiti*, а враћа по правилима стицања без основа.

Правила о успостављању пређашњег стања се не мењају без обзира што је у анализираном случају непосредни разлог реституције одлука Уставног суда о неуставности примене конформног метода за обрачун затезне камате, дакле, изван је приватног права. Поништавајуће и ретроактивно дејство ове одлуке⁴² непосредно се одражава на онај део испуњеног који потиче од неправилног обрачуна затезне камате, чинећи га неосновано испуњеним, а повериоца – стицаоцем без основа.

Облигационоправна правила о реституцији нужна су допуна уставно-правним правилима о дејству одлука Уставног суда уколико оно, осим укидајућег, може да буде и поништавајуће, стога и ретроактивно. У грађанскоправним односима, дејство одредбе Закона о Уставном суду о праву појединца на измену појединачног правног акта заснованог на неуставном пропису наступа тек ако се, поред ове измене, отклоне и већ настале последице имовинске природе, јер су неуставне, а то се постиже реституцијом више плаћеног. Без повраћаја у пређашње стање, по правилима грађанског права о стицању без основа (испуњењу недугованог), одлука Уставног суда неће показати своју праву моћ над неуставним актима и њиховим последицама.

Потврду нашег става да је основ реститутивног захтева неосновано обогаћење – испуњење недугованог, илустроваћемо са неколико примера из стране судске праксе.

У судској пракси Енглеске један случај се издваја као преседан којим је установљен принцип да се сваки, противно закону или утврђеној надлежности наплаћен износ, мора вратити исплатиоцу, јер је то његово основно право,

41 Уместо обједињавања свих чињеница са могућом реститутивном последицом јединственим узроком – одсуство или неважност правног основа стицања (попут права европскоконтиненталног правног система), у енглеском праву најпре треба идентификовати постојање појединачних реститутивних разлога (*unjust grounds, unjust factors*), па тек онда испитати њихов утицај на пуноважност стицања. Више: А. Burrows, „Restitution of Mistaken Enrichments“, *Boston University Law Review*, Vol. 92, 2012, стр. 767-768.

42 Још једном напомињемо да ће Одлука Уставног суда произвести овакво дејство само ако дужник затражи измену обрачуна накнаде за пружену комуналну услугу.

непосредно утемељено у својеврсном уставном акту Енглеске – *Bill of Rights*. Принцип је познат као *Woolwich principle*, по имену предузећа које је тужило пореску управу за повраћај пореза наплаћеног на основу прописа донетог без овлашћења Парламента и касније оглашеног неважећим.⁴³ Одлучујући о реститутивном захтеву тужиоца, *House of Lords* је утврдио да сваки исплатилац (осиромашени) има право на повраћај по самом закону (*as of right*), јер је испунио недуговану обавезу, са правом на камату од дана исплате. У конкретном случају, пореска обавеза је утврђена применом неважећег правног акта, који је порески орган донео изван својих овлашћења, што га чини ништавим. Незаконито потраживање пореза је *prima facie* неосновано и разлог за реституцију плаћеног. Оно је и у супротности са основним правилом енглеског права да је само парламент овлашћен на прописивање пореза (*no taxes without Parliament*).

Ова одлука је добила прецедентни значај најмање из два разлога.

Установила је нови разлог за реституцију – стицање радњом која излази из утврђене надлежности стицаоца (*ultra vires demand*), под условом да је то држава, државни орган или организација на коју је пренето јавно овлашћење (*public authorities*).⁴⁴ Пре тога, захтев за повраћај могао се засновати или на заблуди (о чињеници, пре свега) или на принуди, иначе тешко доказивих у поступку за повраћај неосновано или више плаћених јавних намета. Уколико се подсетимо да се у енглеском праву захтев за реституцију мора засновати на тачно одређеном и у судској пракси признатом реститутивном разлогу, онда лако закључујемо да је управо такав – нов и посебан разлог, установљен пресудом у случају *Woolwich*. Са становишта развоја грађанскоправне науке *common law* правног система, то је од непроцењивог значаја.

Реституција као мера грађанског права у овом случају стављена је и у функцију заштите уставног принципа да извршна власт не доноси законе, већ их спроводи, те нема ни овлашћење наплате пореза који пре тога није утврђен у парламенту. Њоме се штити чл. 4 *Bill of Rights* (1689), по коме је самовољно увођење пореских дужности, без претходне одлуке Парламента,

43 *Woolwich Building Society v. Inland Revenue Commission (IRC)*, 1993. Опис и анализу чињеничног стања, видети у: G. Virgo, *The Principles of the Law of Restitution* (Ch. 14: Restitution from Public Authorities), Second Ed., Oxford University Press, New York, 2006, стр. 409-411 и A. Burrows, *The Law of Restitution*, Butterworths, London-Dublin-Edinburgh, 1993, стр. 348-361, који пресуду донету у овом случају сматра једном од најзначајнијих енглеских судских одлука двадесетог века.

44 Дозвољено је одступити од реституције уколико то захтевају важни општи интереси, неретко, финансијски. Мисли се на повраћај великих износа којим се умањују буџетска средства намењена читавој заједници. У сукобу два легитимна интереса (од којих је интерес појединца уставом прокламован, док је интерес државе прагматичнији, усмерен на очување буџетске стабилности), сматра се да реституција, као правило, уступа пред јавним интересом само ако држава докаже да то захтевају нарочито важни разлози. Видети препоруке Правне комисије за кодификацију енглеског права у: G. Virgo, *op. cit.*, стр. 420-422.

незаконито. Санкција за такво поступање Круне може бити и обавеза да врати – реституише наплаћено, јер јој оно правно не припада. Реститутивна мера поправља имовински положај исплатиоца (довођењем у стање које је претходило плаћању), што је несумњиво важна грађанскоправна заштита погођеног субјекта. Истовремено, она има и шири друштвени значај. Штитећи уставно начело о подели власти и санкционишући поступање извршне власти изван датих јој овлашћења, реституција – мера која произлази из философије грађанског права, промовише идеју о владавини права.⁴⁵

О праву на повраћај недугованог имао је прилике да се изјасни и Европски суд правде, и то у неколико поступака против Велике Британије, тужене због наплате пореза противно правилима комунитарног права. Најпознатији је случај *Hoechst* из 2001. г., у коме је Суд утврдио да поједине одредбе пореских закона ове државе имају дискриминаторни карактер, јер стављају привредне субјекте – нерезиденте у неповољнији правни положај у односу на оне који имају овај статус.⁴⁶ Те одредбе су у супротности са, чланом 43 Уговора за Европу, гарантоване слободе удруживања и правном једнакошћу свих субјеката на простору Европске уније. Суд је наложио отклањање губитака нерезидентних пореских обвезника, надокнадом штете или реституцијом, по правилима националног права тужене државе.⁴⁷

45 О реститутивном захтеву против државе одлучује се на основу правила грађанског права, у коме су норме о условима успостављања пређашњег стања. Њиховом применом остварује се и важна заштита уставом гарантованих права појединаца. Оне ће се, ипак, прилагодити јавном праву ако државу, због јавних интереса значајнијих од интереса погођеног субјекта, треба привилеговати ослобађањем од дужности враћања. В., С. Mitchell, Р. Oliver, „Unjust Enrichment and the Idea of Public Law“, *Philosophical Foundations of the Law of Unjust Enrichment* (eds. R. Chambers, C. Mitchell, J. Penner), Oxford University Press, New York, 2009, стр. 395-416.

46 Предмет испитивања био је чл. 14 ст. 1 *Income and Corporation Taxes Act* из 1988 (изворно, чл. 84 ст. 1 *Finance Act* из 1972), којим је било прописано да порески обвезници који у Енглеској послују преко филијала без резидентног статуса морају платити корпоративни порез унапред (авансно), пре него што им је утврђен тачан износ обавезе. Плативши, испунили су непостојећу обавезу, па имају право на повраћај по правилима о неоснованом обогаћењу. Неоснованост стицања произлази из ретроактивног дејства одлуке Европског суда правде, захваљујући чему се закон није сматрао важећим ни у време наплате пореза. Одлука је донета у спојеним парницама по тужбама, *Metallgesellschaft Ltd v. IRC* и *Hoechst v. IRC, Joined Cases C-397/98 & C-410/98, 2001*.

47 Видети и одлуку *House of Lords* из 2006. г. којом је усвојен тужбени захтев *Deutsche Morgan Grenfell* групе против пореске управе Енглеске за повраћај неосновано плаћеног пореза, указивањем, између осталог, и на ставове Европског суда правде о реституцији од јавних тела (*House of Lords, Session 2005-06 (2006) UKHL 49, on Appeal from (2005) EWCA Civ 78: Opinions of the Lords of Appeal for Judgment in the case Deutsche Morgan Grenfell Group Plc. v. Her Majesty's Commissioners of Inland Revenue and Others*, доступна на: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd061025/morgan.pdf>).

Закључак

У поступку нормативне контроле, Уставни суд Србије оцењује сагласност општих аката са Уставом Републике Србије, општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима, а, ако је предмет оцене општи акт нижег ранга од закона, онда и његову усаглашеност са законом. Тиме Уставни суд остварује своју функцију чувара уставности и законитости, суда који суди општим актима, а не правним субјектима.

Функцију чувара уставности Суд је извршио и одлуком да чл. 3 ст. 1 Закона о висини стопе затезне камате, којим је прописан конформни метод за њен обрачун, није у сагласности са Уставом. Од дана објављивања одлуке у „Службеном гласнику РС“, 27. јула 2012., ова неуставна одредба се не сматра делом нашег важећег права и не може се примењивати на правне односе које је уређивала (настале после наведеног датума и оне пре тога засноване али неправноснажно решене).

Укидајуће дејство одлуке о неуставности примене конформног метода за обрачун затезне камате има несумњив грађанскоправни значај. Посебно је важно њено дејство на уговорне односе између јавних и јавних комуналних предузећа, са једне стране, и корисника њихових услуга, са друге, чији је предмет снабдевање електричном и топлотном енергијом, гасом, водом и сличним, за нормалан живот неопходним услугама. Опште је познато да су ова предузећа рачунала затезну камату применом конформног метода, без обзира да ли је период дужникове доцње био једнак обрачунском периоду за који је каматна стопа одређена (најчешће, он је месец дана) или је био дужи. Убудуће се затезна камата на новчане обавезе са чијим испуњењем дужници касне дуже од обрачунског периода има обрачунавати применом пропорционалног метода, па ће основица за обрачун камате бити иста, без обзира колико траје доцња. Поступањем на овај начин, биће онемогућено рачунање камате на камату (анатоцизам) и, према главници дуга, несразмерно увећање камате.

Мишљења смо да би, под одређеним условима, овој одлуци Уставног суда требало дати и ретроактивно дејство тако да обухвати и дужнике који су доспели у доцњу пре него што је објављена, и на чија је дуговања затезна камата обрачуната конформним методом. Потврду за то налазимо у чл. 61 Закона о Уставном суду, којим је дефинисано право на измену правноснажног или коначног појединачног правног акта, донетог на основу неуставног прописа. Предлогом за измену појединачног акта (иначе, неопходног, јер поништавајуће дејство ове одлуке Уставног суда неће непосредно и аутоматски наступити), у основи, захтева се поновно утврђивање висине потраживања накнаде, обрачуном затезне камате у складу са Законом о облигационим односима и важећим одредбама Закона о висини стопе затезне камате. Поређењем овог износа са раније утврђеним, у коме је затезна камата била обрачуната конформним

методом, утврђује се износ који дужник не дугује, јер је правни основ на коме је ранија обавеза заснована, престао да важи. Дужници који још увек нису испунили доспелу обавезу имају право на њено умањење износом утврђене разлике, а они који су обавезу испунили (са закашњењем, па су платили и затезну камату), имају право на повраћај више плаћеног, по правилима стицања без основа (испуњења недугованог, *indebiti solutio*, чл. 210 ст. 1 ЗОО).

Реститутивна последица је сасвим логичан имовинскоправни исход поништавајућег дејства одлуке Уставног суда, без које одредба чл. 61 Закона о Уставном суду губи смисао: уместо да отклони последице примене неуставног прописа, она остаје само лепа замисао законодавца, али без неопходних реалних ефеката.

По нама, одлука о неуставности обрачуна затезне камате конформним методом представља основ и за примену правила ЗОО о делимичној ништавости уговора о пружању услуга јавних и јавних комуналних предузећа: неважећим треба сматрати клаузуле о висини обавезе и последицама неиспуњења или доцње, јер је дејство неважеће одредбе Закона о висини стопе затезне камате произведено управо преко њих, без обзира да ли су се уговарачи изричито позвали на примену овог закона или не. У овом случају, делу уговора одузеће се ваљаност (без обзира што није поништен у целости нити је раскинут због повреде уговорних обавеза, што су најчешћи реститутивни разлози у пољу уговорног права) уколико је посебним прописом предвиђено или из његовог смисла произлази да се нека или сва уговорна дејства могу под одређеним условима отклонити. Верујемо да је такво дејство одредаба Закона о Уставном суду о правном положају појединца који трпи последице примене неуставног закона или другог општег правног акта и поступку који има право да покрене не би ли их отклонио. Неважеће одредбе уговора не могу да произведу ваљано правно дејство, а оно произведено може се отклонити, враћањем исплатиоцу више плаћеног.

У интересу правне сигурности, ретроактивност одлуке Уставног суда (која произлази из њеног поништавајућег дејства) двоструко је временски ограничена. Најпре, појединачним захтевом могу да се обухвате само потраживања накнаде чији је обрачун достављен дужнику од 22. априла 2007., па надаље. Испуњење тих обавеза имало би се сматрати исплатом недугованог у висини разлике између правилно обрачунате камате и оне раније утврђене, коју је поверилац стекао без правног основа и дужан је вратити. За наступање реститутивне последице неопходно је и да се предлог за нов обрачун поднесе у року од шест месеци од дана објављивања одлуке у „Службеном гласнику РС“, тј. најкасније до 27. јануара 2013., у поноћ.

Резиме

Одлуком Уставног суда Србије ГУз 82/2009 од 27. јула 2012. године утврђено је да одредба чл. 3 ст 1 Закона о висини стопе затезне камате, у делу који гласи „применом конформне методе“, није у сагласности са Уставом. Грађанскоправни значај ове одлуке је велики, посебно за правни положај корисника услуга јавних и јавних комуналних предузећа, која су годинама уназад обрачунавала затезну камату управо овим методом, без обзира на то да ли се период дужникове доцње поклапа са обрачунским периодом за који је каматна стопа одређена (редовно, он је месец дана) или је дужи. Оспорена одредба Закона о висини стопе затезне камате престала је да важи даном објављивања одлуке у „Службеном гласнику РС“, 27. јула 2012., и убудуће се не може примењивати на правне односе који су њоме били уређени. Ово је укидајуће дејство одлуке Уставног суда, усмерено на будуће правне односе.

Под условима из чл. 61 Закона о Уставном суду, дејство наведене одлуке може бити и поништавајуће и да обухвати правне односе који су постали правноснажни или коначни пре њеног објављивања. Примењено на уговорни однос између јавних предузећа и корисника њихових услуга, дужници којима је камата на доспела потраживања накнаде за испоручену електричну или топлотну енергију, гас, воду и сличне услуге, била обрачуната конформним методом, имају право на измену обрачуна. Циљ новог обрачуна је утврђивање разлике између већ обрачунате затезне камате и стварно дуговане (утврђене по правилима Закона о облигационим односима и важећим одредбама Закона о висини стопе затезне камате), која се од дужника у доцњи неосновано потражује и што они нису дужни платити. Дужници који су са задоцњењем испунили обавезу, али пре 27. јула 2012., имају право на повраћај више плаћеног, по правилима стицања без основа (испуњење недугованог, *indebiti solutio*). Предлогом (који подносе јавном предузећу – свом повериоцу, најкасније до 27. јануара 2013), могу тражити измену само оних обрачуна накнаде који су им достављени почев од 22. априла 2007., па надаље.

Ivana Simonović, LL.M.

Teaching Assistant,

Maja Nastić, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Constitutional and civil law implications of the Serbian Constitutional Court decision declaring the provision on the compound interest method unconstitutional

Summary

In this article, the authors analyze the constitutional and civil law implications stemming from the decision of the Serbian Constitutional Court which ruled that the calculation of the default interest rate by applying the compound interest method was unconstitutional. The article is divided into two parts. In the first part, the authors consider the time effect of this decision from the perspective of the rules of constitutional law and explore whether the Court may set aside the unconstitutional provision or make it null and void under specific circumstance. In the latter case, the Court decision would have a retroactive effect and it would include prior final/effective decisions based on this unconstitutional provision. In the second part, starting from the standpoint that the effect of this decision may be retroactive, the authors examine the legal position of debtors who defaulted before the publication of the decision in the Official Gazette of the Republic of Serbia, for which reason the interest rate for their debt due was calculated by applying the compound interest method. After providing examples of claims for the supplied electric and thermal energy, gas, water and similar services of public utilities companies, the authors point out that the material consequences of using the compound interest method may be eliminated by applying the unjustified enrichment rules.

Key words: Constitutional Court, judicial review, *ex tunc* and *ex nunc* effect, default interest rate, undue payment (*condictio indebiti*), restitution

**ОДМЕРАВАЊЕ КАЗНЕ ПРАВНИМ ЛИЦИМА
КАО УЧИНИОЦИМА КРИВИЧНИХ ДЕЛА
– анализа нормативног оквира у Републици Србији –¹**

Апстракт: Доношењем посебног закона 2008. године кривична одговорност правних лица је постала интегрални део нашег кривичноправног система, који је до тада био заснован на субјективној одговорности физичких лица. Дубина учињеног реформског захвата је, вероватно, утицала на то да Закон још увек није у примени. У том смислу, рад представља покушај објашњења једног од могућих спорних момената, правног оквира за редовно одмеравање казне правним лицима. Посебна пажња је посвећена свим законским смерницама – казним оквирима, олакшавајућим и отежавајућим околностима, са посебни освртом на степен одговорности правног лица, величину правног лица, положај и број одговорних лица у правном лицу која су учинила кривично дело, мере које је правно лице предузело у циљу спречавања и откривања кривичног дела, и мере које је након учињеног дела предузело према одговорном лицу Свака од наведених тема је обрађена са циљем да се помогне судовима, али и да се законодавцу укаже на нелогичности и пропусте у регулисању и предложи одређена решења ради њиховог превазилажења.

Кључне речи: одговорност правних лица за кривична дела, сврха кажњавања, олакшавајуће и отежавајуће околности.

¹ Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Људска и мањинска права у европском правном простору“, под редним бројем 14043Д, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

I

Кривична одговорност правних лица је инкорпорирана у кривичноправни систем Републике Србије 2008. године, доношењем Закона о одговорности правних лица за кривична дела.² Посматрано са историјског аспекта, не би се могло тврдити да се ради о потпуној непознаници, како је она у неким краћим интервалима и раније постојала у нашем правном поретку, али је сада по први пут на детаљан и систематичан начин уређена.³ Тако се Србија прикључила

2 *Службени гласник Републике Србије, бр. 97/2008.* Закон уређује услове одговорности правних лица за кривична дела, кривичне санкције које им се могу изрећи и поступак за изрицање и извршење кривичних санкција. Одредбе Закона се могу применити на домаће и стране правне субјекте, који по позитивном праву имају статус правног лица. Изричито су од одговорности изузете Република Србија, аутономна покрајина, јединице локалне самоуправе и њихови органи (чл. 3. ст. 1.). Када су у питању правна лица којима је поверено вршење јавних овлашћења кривична одговорност је искључена само у односу на дело учињено у вршењу јавног овлашћења (чл. 3. ст. 2.). Дела за која могу одговорати правна лица одређена су методом генералне клаузуле, те то могу бити све инкриминације из посебног дела Законика и из споредног законодавства, ако су испуњени услови за одговорност правних лица (чл. 2.).

3 Један број закона, донетих после другог светског рата, садржао је и одговорност правних лица: Закон о кривичним делима против народа и државе (*Службени лист ДФЈ, бр. 66/45, Службени лист ФНРЈ, бр. 59/46, 106/47 и 110/47*), Закон о сузбијању недопуштене трговине, недопуштене спекулације и привредне саботаже (*Службени лист ФНРЈ, бр. 56/46*) и Кривични законик – Општи део из 1947. године (*Службени лист ФНРЈ, бр. 106/47*), по којем и правно лице изузетно може бити активни субјект кривичног дела, за које је у закону изричито одређена његова одговорност (чл. 19.), при чему су од санкција биле предвиђене само потпуна и делимична конфискација имовине (чл. 36.). Ово решење је било у примени све до доношења Кривичног законика 1951. године. Поред очигледне политичке злоупотребе института, осмишљене у циљу одузимања имовине капиталистичких предузећа, било је других покушаја нормирања, као у нацрту КЗ-а из 1951. године, мада се од тога на крају одустало, о чему сведочи О. Перих: *Функција привредних престапа у нашем правном систему и елементи за разграничење од осталих категорија казених деликата*, Право, теорија и пракса, бр. 10-11, 1986. године, стр. 32. Даљи развој је обележио Закон о привредним преступима из 1960. године (*Службени лист ФНРЈ, бр. 16/60*), којим су уведени привредни преступи као посебна врста деликата правних лица, да би Законом о привредним преступима из 1977. године (*Службени лист СФРЈ, бр. 4/77, 36/77, 14/85, 74/87, 57/89 и 3/90*) били постављени темељи система, који егзистира све до данашњих дана. То је и резултирало фокусирањем домаће теорије на питање одговорности за привредне преступе, иако су се и надаље поједини аутори залагали за увођење одговорности правних лица за кривична дела, као Б. Златарић: *Кривична одговорност правних лица по југословенском праву*, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 1-2, 1959. године, стр. 120-131. Дакле, сада правно лице може бити одговорно и за прекршај и за привредни преступ и за кривично дело. Ово је необично решење, јер су друге земље, пре свега бивше југословенске републике, део привредних престапа укинуле или су их пренормирале у прекршаје. То значи да је само питање времена када ће и код нас доћи на ред преиспитивање оправданости даљег задржавања привредних престапа.

широком кругу земаља, чија национална законодавства прихватају концепт активног субјекта кривичног дела, који обухвата како физичка тако и правна лица.⁴ Може се констатовати да је овим законом одговорено и на обавезе преузете из међународног права, јер изванредно број међународних докумената, које је наша земља потписала и ратификовала, упућује на нормирање одговорности правних лица. Листа међународних извора је прилично дуга, а посебан значај имају: Кривична конвенција о корупцији,⁵ Међународна конвенција о сузбијању финансирања тероризма,⁶ Конвенција УН против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима,⁷ Конвенција о високотехнолошком криминалу,⁸ Конвенција УН против корупције,⁹ Конвенција Савета Европе о борби против трговине људима,¹⁰ Конвенција Савета Европе о спречавању тероризма,¹¹ Конвенција Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и финансирању тероризма¹² и други. Србија је потписивањем споразума о стабилизацији и придруживању преузела обавезу имплементирања *acquis communautaire*, укључујући и Други протокол уз Конвенцију за заштиту финансијских интереса Европских заједница,¹³ који

4 У англосаксонском праву је то већ традиција. Када су у питању земље европско-континенталног правног круга, процес је прва започела Холандија, када је средином прошлог века, увела кривичну одговорност правних лица, најпре за дела против привреде, а двадесетак година касније и за остала. Данас већина земаља познаје одговорност правних лица за кривична дела. М. Цетинић: *Закон о одговорности правних лица за кривична дела – још један корак Србије ка Европској унији*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3-4, 2005. године, стр. 300-303.

5 Закон о потврђивању Кривичне конвенције о корупцији, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 2/2002 и *Службени лист СЦГ*, бр. 18/2005.

6 Закон о потврђивању Међународне конвенције о сузбијању финансирања тероризма, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 7/2002.

7 Закон о потврђивању Конвенције УН против транснационалног организованог криминала са допунским протоколима, *Службени лист СРЈ – Међународни уговори*, бр. 6/2001.

8 Закон о потврђивању Конвенције о високотехнолошком криминалу, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/2009.

9 Закон о ратификацији Конвенције УН против корупције, *Службени лист СЦГ*, бр. 12/2005.

10 Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о борби против трговине људима, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/2009.

11 Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о спречавању тероризма, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/2009.

12 Закон о потврђивању Конвенције Савета Европе о прању, тражењу, заплени и одузимању прихода стечених криминалом и финансирања тероризма, *Службени гласник Републике Србије*, бр. 19/2009.

13 *Convention on the Protection of the European Communities' Financial Interests (OJ C 316)*, од 27. новембра 1995. године.

се односи на прање новца и одговорност правних лица, иако се у њему не инсистира искључиво на кривичној одговорности, за разлику од Препоруке R (88)18 о одговорности правних лица за кривична дела,¹⁴ која је и допринела ширењу овог вида одговорности међу државама чланицама.

II

Основне смернице у процесу редовног одмеравања казне правним лицима су границе казне, законом прописане за одређено кривично дело, сврха кажњавања, као и све околности, које утичу да казна буде већа или мања, а нарочито: степен одговорности правног лица, величина правног лица, положај и број одговорних лица у правном лицу која су учинила кривично дело, мере које је правно лице предузело у циљу спречавања и откривања кривичног дела, и мере које је након учињеног дела предузело према одговорном лицу (чл. 15.). Сврха кажњавања није дефинисана Законом о одговорности правних лица, те је очито да законодавац сматра да специфичности ове категорије активних субјеката нису толико упечатљиве, да би резултирале прописивањем некаквих посебних циљева. Супротно томе, из Препоруке Комитета министара о конзистентности у одмеравању казне,¹⁵ проистиче да хетерогеност лица, која се могу наћи у улози учиниоца кривичног дела (при чему се не мисли само на физичка и правна, него и на малолетна и пунолетна лица) диктира да се, полазећи од општих, поставе и посебни циљеви, прилагођени особеностима сваке од група. Како то код нас није случај, процес одмеравања казне правним лицима се усмерава сврхом из члана 42. Кривичног законика, на основу одредбе о његовој сходној примени (чл. 34. ЗОПЛКД). Чак и да не постоји овакво упућивање, било би логично да буде узета за смерницу, јер то једноставно проистиче из кохерентности кривичноправног система. То значи да суд и у овом случају казну одмерава како би спречио правно лице да чини кривична дела и утицао на њега да убудуће не чини кривична дела, како би спречио друге да не чине кривична дела и истовремено изразио друштвену осуду за кривично дело и утицао на јачање морала и учвршћивање обавезе поштовања закона. Подразумева се да описано дејство не може бити остварено директно, јер правно лице нема психичке функције на које је утицај управљен, већ само посредно, преко физичких лица из његовог састава. У теорији је изражено мишљење да постоје и неке друге разлике у начину деловања сврхе кажњавања, у зависности од тога да ли је адресат физичко или правно лице. Тако се истиче да је деловање генералне превенције много слабије него код физичких лица и да се она некако разводњава; специјална превенција је изводљива, мада се сматра мање извесном код казни

¹⁴ *Recommendation R (88)18 concerning liability of enterprises having legal personality for offences committed in the exercise of their activities.*

¹⁵ *Recommendation R (92)17 of the Committee of Ministers to Member States Concerning Consistency in Sentencing*, од 19. октобра 1992. године.

него код мера безбедности; ретрибуција се не доводи у питање; док је концепт заслужене казне најдискутабилнији, јер казна погађа и оне који ни на који начин нису учествовали у делу или су се чак противили његовом извршењу.¹⁶ Други сматрају да функција казне треба да буде искључиво превентивна, а у извесној мери репаративна и реститутивна.¹⁷ Репарација и реституција у појединим правима чак заузимају централно место. Такав је случај у САД, пошто Упутство за одмеравање казне као општи принцип реаговања према правним лицима поставља принцип надокнаде штете.¹⁸ У том смислу, суд треба најпре да захтева од правног лица да предузме одговарајуће кораке у циљу компензације жртве, поправљања штетних последица и повраћаја противправно стечене добити (§8В1.1. Упутства). На закључак о значају репарације утиче и правило које се примењује ако су финансијски ресурси правног лица тако ограничени, да оно неће бити у стању и да плати новчану казну и да надокнади штету, када се предност даје управо надокнади (§8С3.3. Упутства). Ови аспекти нису „покривени“ нашом општом сврхом кажњавања из КЗ-а, нити сам Закон о одговорности правних лица садржи начело о примату надокнаде штете, али то не значи да се о заштити права жртава не води рачуна. Наиме, правило о распореду наплате одређује да се, ако се услед наплате новчане казне имовина осуђеног лица смањи у тој мери да се не може намирити имовинскоправни захтев оштећеног, имовинскоправни захтев намирује из наплаћене новчане казне, али највише до њене висине (чл. 61. ст. 2.).

16 З. Стојановић, R. Shine: *Коментар Закона о одговорности правних лица за кривична дјела*, Подгорица, 2007. године, стр. 83.

17 Г. Илић: *Маргиналије уз Закон о одговорности правних лица за кривична дела*, зборник Стање криминалитета у Србији и правна средства реаговања, IV део (уредник Ђ. Игњатовић), Београд, 2010. године, стр. 203. Превентивну функцију подвлаче и неки страни аутори, видети М. Е. Cartier: *Казненоправна одговорност правних особа у француском праву*, ХЛКПП, вол. 12, бр. 2, 2005. године, стр. 293.

18 Sentencing Guidelines Manual (Упутство за одмеравање казне) представља веома обиман акт, јединствен по усвајању тзв. нумеричких смерница. Природа овог излагања не допушта детаљније објашњавање, довољно је само дати напомену да су све релевантне околности таксативно набројане и да је свакој од њих приписана одређена нумеричка вредност. Њиховим збрајањем се добијају две величине, скор тежине кривичног дела и скор криминалне прошлости учиниоца, чијим се укрштањем у посебној табели добија распон казне. Упутство се обавезно примењује при одмеравању казне за дела из савезног законодавства од новембра 1987. године. Његово осмо поглавље је посвећено одмеравању казне правним лицима, а поменути принцип је дат у уводном коментару. Текст Упутства је доступан на сајту владине комисије која се бави питањима везаним за одмеравање казне (United States Sentencing Commission), www.ussc.gov, приступ 12.08.2012. године.

III

Распон казне, са друге стране, не представља универзалну смерницу за одмеравање казне правном лицу. Наш систем садржи само две казне – новчану и казну престанка правног лица (чл. 13.).¹⁹ Само прва подлеже ограничењима минимума и максимума, док је за другу правило о поштовању распона потпуно ирелевантно, како је она, по природи ствари, апсолутно одређена.²⁰ Општи оквир новчане казне од сто хиљада до петсто милиона динара је, по логици примењеној раније у Кривичном законнику, подељен на уже подоквире, у зависности од висине прописане казне у посебном делу, и он се креће: од сто хиљада до милион динара, ако је за кривично дело прописана казна затвора до једне године или новчана казна; од милион до два милиона динара, ако је прописана казна затвора до три године; од два до пет милиона, ако је прописана казна затвора до пет година; од пет до десет милиона, ако је прописана казна затвора до осам година;

19 Исте казне постоје у хрватском (чл. 8. ст. 2. Закона о одговорности правних лица за кривична дјела, *Народне новине*, бр. 151/03) и црногорском законодавству (чл. 13. Закона о одговорности правних лица за кривична дјела, *Службени лист ЦГ*, бр. 02/07). Незнатно су обимнији казни системи у Босни и Херцеговини, јер поред новчане казне и престанка правне особе предвиђају и одузимање имовине (чл. 131. КЗФБиХ, *Службене новине ФБиХ*, бр. 36/03, 37/03, 21/04, 69/04, 18/05 и 42/10, чл. 131. КЗБиХ, *Службени гласник БиХ*, бр. 3/03, 37/03, 54/04, 61/04, 30/05, 56/06, 55/06, 32/07 и 8/10, чл. 134. КЗРС, *Службени гласник Републике Српске*, бр. 49/200, 18/04), у Словенији са новчаном казном, забраном обављања делатности и престанком правног лица (чл. 12-15, Закона о одговорности правних лица за кажњива дела, *Uradni list RS*, бр. 98/04), као и у Македонији, која се определила за новчану казну, привремену забрану вршења одређене делатности, трајну забрану вршења одређене делатности и престанак правног лица (чл. 96. КЗ-а, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 19/04). Прилично је обиман француски систем, са чак девет казни: новчаном казном (чл. 131-37 КЗ-а); престанком правног лица; трајном или привременом забраном обављања одређене делатности; стављањем под судски надзор; трајном или привременом забраном управљања која се изриче естаблишменту правног лица; забраном учествовања на јавним тендерима; привременом или трајном забраном аплицирања за средства код јавних фондова; забраном издавања чекова; конфисковањем предмета који су коришћени за извршење кривичног дела, који су намењени вршењу кривичних дела или су настали извршењем кривичног дела; и јавним објављивањем пресуде (чл. 131-39 КЗ-а). Коришћен текст Законика са www.legislationonline.org, приступ 12.08.2012. године.

20 Наш законодавац је усвојио престанак правног лица као самосталну казну. Она долази у обзир само ако је делатност правног лица у целини или у знатној мери била у функцији вршења кривичних дела (чл. 18.). Након правноснажности пресуде којом је изречена покреће се поступак ликвидације, стечаја или престанка на други начин, а правно лице дефинитивно престаје брисањем из регистра. У компаративном праву постоје законодавства, која немају овакву казну, али зато дозвољавају да се износ новчане казне, када је правно лице „деловало првенствено ради остваривања криминалних циљева или је примењивало првенствено криминална средства“, тако мултипликује да економски потпуно девастира субјекат према коме је управљена, те се слични ефекти постижу кроз висину новчане казне (видети *Sentencing guidelines*, §8C1.1.).

од десет до двадесет милиона, ако је прописана казна затвора до десет година и најмање двадесет милиона динара, ако је прописана казна затвора преко десет година (чл. 14.). С обзиром на чињеницу да у посебном делу Кривичног законика нигде нису прописане казне за правна лица, јасно је да се оваквом специфичном правном техником заправо одређују посебни минимуми и максимуми. Они зависе од тежине кривичних дела, која је у овом контексту изражена у шест различитих категорија. Што се ширине оквира тиче, може се констатовати да није подједнака у свим категоријама, пошто се креће од деветсто хиљада до десет милиона, или чак четрестоосамдесет милиона динара, код дела за која је прописана казна затвора преко десет година, што оставља прилично обиман простор суду.

Генерално посматрано, у ред општеприхваћених смерница редовног одмеравања спада и тзв. забрана двоструког вредновања. Али, Закон о одговорности правних лица је не садржи, нити на њу упућује у правилима о сходној примени Кривичног законика. Како се она код нас дуго фактички примењивала у судској пракси без икакве законске потпоре, нема резона да се сада, пошто је напокон унета у Законик, не поштује и код избора казне правним лицима. У том смислу, требало би *de lege ferenda* одредбе о примени општег дела КЗ-а допунити усмеравањем на члан 54. став 3. На тај начин био би дат јасан сигнал суду да се околност која преставља обележје кривичног дела не може узети у обзир и као отежавајућа односно олакшавајућа околност, изузев ако превазилази меру потребну за постојање кривичног дела или одређеног облика кривичног дела или ако постоје две или више оваквих околности, а само једна је довољна за постојање тежег односно лакшег облика дела.²¹

IV

Законодавац је, полазећи од идеје да суду треба оставити широк простор за прилагођавање казне и овде, као и у Кривичном законик, примени исти шаблон у нормирању олакшавајућих и отежавајућих околности. Наиме, ради се о отвореној листи унапред невреднованих фактора, од којих је први степен одговорности правног лица. Наш закон се приклонио моделу изведене, субјективне и кумулативне одговорности правног лица.²² Закључак о облику

²¹ Идентичну формулацију садржи црногорски закон (чл. 16. ст. 2.) и она је позитивно оцењена у тамошњој литератури. Љ. Лазаревић, Б. Вучковић, В. Вучковић: *Коментар Закона о одговорности правних лица за кривична дјела*, Цетиње, 2007. године, стр. 47.

²² То је уједно и најзаступљенији концепт, иако у доктрини кривичног права и у законодавствима поједних земаља постоје и другачији модели – аутономне, објективне и алтернативне одговорности. Најстарији је модел објективне одговорности, развијен у англосаксонском праву (тзв. *strict liability*). Он се данас примењује за тзв. *regulatory offences* (кривична дела против трговине и јавних интереса), док се за друга дела тражи кривица.

одговорности недвосмислено проистиче из правила да правно лице одговара за кривично дело, које је у оквиру својих послова или овлашћења учинило одговорно лице, у намери да за правно лице оствари корист, као и када је, због непостојања надзора или контроле од стране одговорног лица, омогућено извршење дела у корист правног лица од стране физичког лица, које делује под надзором или контролом одговорног лица (чл. 6.). Субјективни и кумулативни карактер је последица поставке да се одговорност правног лица темељи на кривици одговорног, као и правила да оба субјекта одговарају (чл. 7. ст. 1.). Другим речима, одговорност правног лица претпоставља да је претходно утврђено да је одговорно лице учинило кривично дело и да је криво, након чега се његова кривица урачунава правном лицу, те долази до кумулативне одговорности и одговорног и правног лица. Обрнуто, ако суд установи да код одговорног лица постоји неки од основа за искључење кривице или пак основа за искључење противправности, неће постојати ни одговорност правног лица. Може се рећи да је у питању је луцидно решење, јер не захтева конституисање неке посебне одговорности правних лица, пошто се гради на постојећој (и добро познатој) категорији кривице, што је веома практично и изазива најмање „турбуленције“ у нашој догматици, а посебно у судској пракси, којој је до скоро била потпуно страна идеја о кривичној одговорности правних лица. То значи да степен одговорности правног лица моделује начин на који су код одговорног лица у време извршења дела биле испољене све три компоненте кривице – урачуњљивост, умишљај и нехат, као и свест о противправности.²³ Подразумева се да у обзир долазе и друге чињенице чисто субјективне природе, попут мотива или циљева са којим је поступало одговорно лице.

Међутим, Закон допушта да правно лице одговара, иако је кривични поступак против одговорног лица обустављен или је оптужба одбијена (чл. 7. ст.

У немачкој доктрини је створена аутономна одговорност, која подразумева да правно лице одговара за властито понашање, а заснива се на неколико поставки – прво, да су правне норме упућене правном лицу, што га чини обавезним да им се повинује, и друго, ако је правно лице способно да их прекрши, мора бити способно и да прихвати одговарајући прекор, те је кривица правног лица констатација да оно није испоштовало захтеве, које је пред њега поставио правни поредак. Према теоријском моделу супсидијарне одговорности није потребно казнити правно лице, ако се може утврдити одговорност физичког лица. Али, међународни документи искључују ову могућност, те се државе, приклањајући се међународним стандардима, опредељују за кумулативну одговорност. О различитим концептима више у М. Цетинић: *op. cit.*, стр. 307-311. и З. Ђурђевић: *Казнена одговорност и казни поступак према правним особама у Републици Хрватској*, ХЛЖПП, вол. 10, бр. 2, 2003. године, стр. 735. и надаље.

²³ Више о степеновању кривице код Ј. Лазаревић: *Коментар Кривичног законика Републике Србије*, Београд, 2006. године, стр. 190, З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика*, Београд, 2007. године, стр. 204, Д. Јовашевић: *Кривично право, Општи део*, Београд, 2010. године, стр. 232. и др.

2.). Прецизније, обустава поступка због застарелости, амнестије или помиловања или других разлога који трајно искључују кривично гоњење (чл. 274. ст. 1. тач. 3. ЗКП-а), рачунајући ту и смрт одговорног лица у току поступка (чл. 217. ЗКП-а) или одбијање оптужбе против сведока сарадника (чл. 504з ст. 2. ЗКП-а) не спречавају вођење поступка против правног лица. Поставља се питање да ли је тиме „на мала врата“ уведена тзв. аутономна одговорност. Постоје мишљења да се, ипак, ради о претпостављеној кривици одговорног лица, која ће бити урачуната правном лицу.²⁴ Ово је прилично спорно, и сигурно је да ће стварати проблеме у пракси. С једне стране, разумљиво је настојање законодавца да спречи избегавање одговорности правног лица, које се да оправдати јаким аргументима криминално-политичке природе, као и потребом поштовања међународних стандарда (Препорука Савета Европе о одговорности предузећа за кривична дела истиче потребу за кажњавањем правних лица и када је одговорно лице остало непознато суду), док се, са друге стране, ова могућност противи начелу кривице. Није јасно како ће судови утврђивати овакву одговорност, без идентификације и урачунавања психичког сусптрата који обезбеђује одговорно лице.

Међу релевантним околностима се налази и величина правног лица. Основно је питање како проценити величину, на основу којих параметара. У неким правима величина зависи од броја запослених. На том критеријуму је, на пример, у америчком Упутству изграђена петостепена скала правних лица.²⁵ Постоје и законодавства која не баратају појмом величине, већ се приклањају економској снази правног лица, постављајући суду у задатак да проценује пословне резултате (приходе, расходе, губитак и профит) као и вредност имовине правног лица.²⁶ Ово отвара дилему да ли се величина, поред обима радне снаге коју правно лице ангажује, може довести и у везу са оствареним профитом. Наш законодавац није поставио никакве смернице, није одредио значење појма величине правног лица, како је узео за сходно да да једино аутентично тумачење појмова правног и одговорног лица (чл. 5.). Ни домаћа теорија није допринела разјашњавању, јер се у малобројним радовима објављеним до тренутка настајања овог чланка, питање одмеравања казне правним лицима или уопште не обрађује или му се приступа на крајње огољен, фактографски начин, само кроз набрајање олакшавајућих и отежавајућих околности, без икаквих додатних напомена

²⁴ З. Ђурђевић: *op. cit.*, стр. 753.

²⁵ Тако се, у овом систему нумеричких смерница, пет поена приписује уколико организација или њен део у којем се десило кривично дело има више од пет хиљада запослених, четири поена ако има више од хиљаду, три поена ако има двеста и више, два поена ако има педесет и више, односно само један ако има десет или више запослених (§8С2.5.).

²⁶ Видети чл. 16. ст. 1. црногорског Закона о одговорности правних лица, чл. 135. ст. 1. КЗФБиХ, чл. 135. ст. 1. КЗБиХ, и чл. 138. ст. 1. КЗРС.

и запажања. Дакле, све остаје на судској пракси, која тек треба да изгради прецизније критеријуме.

На крају, чини се да би судови морали водити рачуна о неколико ставки. Прво, што је правно лице веће постоји и веће очекивање да ће бити боље организовано, са педантно разграниченим делокругом послова, са софистициранијим механизмима интерне контроле, да ће имати професионалнији менаџмент и слично. Тако посматрано, велики субјекти вршењем кривичних дела у већој мери крше тзв. јавно и приватно поверење, а то мора добити адекватни израз кроз казну.²⁷ Други сегмент се односи на претпостављене обилније финансијске ресурсе. Ако се о економској снази води рачуна код одмеравања новчане казне физичким лицима, нема логике да то буде занемарено код правних лица. Пошто наш систем садржи новчану казну по систему дневних износа, да би обезбедио да казна подједнако погађа физичка лица различитог имовног стања, онда се суд и код правних лица мора држати истог принципа. Без таквог прилагођавања казна уопште не би могла остварити функцију одвраћања, док би се у граничном случају, када је од стране правног лица доживљена као минорни трошак, могла претворити у сопствену супротност, потпирујући истрајавање или чак „напредовање“ у недозвољеном понашању. Незнатни износи, посматрано из визуре конкретног правног лица, довели би до формирања става да се кривично дело „исплати“, а то никако не може резултирати позитивним променама у његовом будућем поступању, као што не може ни послужити као позитиван пример другима.

Положај и број одговорних лица у правном лицу која су учинила кривично дело представљају разумљиве критеријуме редовног одмеравања казне правним лицима. То значи да је суд обавезан да се бави структуром, начином организовања, а посебно начином управљања. Виши положај учиниоца у унутрашњој хијерархији и умешаност већег броја лица мултипликују штетност дела и представљају неспорне отежавајуће околности, које не траже неку посебну експликацију. Такође, може се рећи да је учешће већег броја лица готово неминовно код вршења кривичних дела од стране правних лица. Како примећују поједини аутори, оправдано је претпоставити да „обичан“ продавац неће спонтано и самоиницијативно понудити мито државном службенику који је дошао у инспекцију, већ ће то учинити по налогу некога надређеног, рецимо, менаџера продаје, коме је опет потребна „асистенција“ рачуновође како би обезбедио покриће у виду фиктивних фактура.²⁸

Своје место у процесу редовног одмеравања имају и мере које је правно лице предузело у циљу спречавања и откривања кривичног дела. Очигледно је да се овде у првој равни испитује да ли су интерном регулативом предвиђени

²⁷ З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 96.

²⁸ *Op. cit.*, стр. 94.

механизми управљени на превенцију, надзор, контролу и откривање недозвољених понашања. Ако постоје неопходне и разумне мере са горе описаном функцијом, то би требало да утиче на смањење казне, и тако представља подстицај осталим правним лицима да развијају и усавршавају сличне механизме. Ово је, међутим, само почетна тачка испитивања, како је од пуког постојања „на папиру“ много значајније то да ли предвиђени механизми заиста и функционишу. Могуће је да упркос перфектним правилима, у правном лицу постоји толерисање недозвољеног понашања, тако да виши службеници, иако би требало да врше надзор, прећутно или изричито одобравају недозвољено понашање, непријављују га или на неки други начин у њему учествују. Неделотворност мера сигурно није основа за побољшање кривичноправног положаја, ово је отежавајућа околност чији квантум утицаја на казну зависи управо од израженог степена толерисања кривичног дела. Супротно од тога, откривање и пријављивање дела представљају олакшавајуће околности. Колики је њихов значај говори и чињеница да се ради о факултативном основу за ослобођење од казне, под условом да се то догодило пре него што је правно лице сазнало за покретање кривичног поступка (чл. 19.). Подразумева се да откривање и пријављивање имају улогу олакшавајуће околности, само уколико суд процени да се ослобођењем не може постићи сврха кажњавања. Највећи утицај на казну пријављивање учиниоца остварује онда када је учињено одмах по сазнању и пре него што су и сами надлежни органи открили дело, јер се ради о сведочанству добро организоване самоконтроле и највећем доприносу у откривању и расветљавању кривичне ствари. У теорији је дата напомена да правно лице може одложити пријаву за неки разуман рок, без штетних последице по сопствени положај, ако је то потребно ради спровођења сопствене истраге.²⁹

Мере које је након учињеног дела предузело према одговорном лицу односе се на вођење дисциплинског поступка и изрицање дисциплинских мера. У том смислу, олакшавајућа околност постоји ако је правно лице спровело дисциплински поступак, сменило лица која су пропустила дужан надзор, и изрекло престанак радног односа одговорном лицу, које је учинило кривично дело. Супротна поступања спадају у отежавајуће околности.

V

Несумњиво је да је законски регистар релевантних околности могао бити и богатији, при чему је као узор могао да послужи чл. 54. Кривичног законика, уз извесне модификације, следствено специфичностима правних лица. Прво, евидентно је да се међу законским критеријумима нигде не помиње тежина кривичног дела, иако се ради о чињеници која би требало да

²⁹ З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 100.

представља базу редовног одмеравања.³⁰ Тежину ће обично одредити висина противправно прибављене користи или висина проузроковане штете. Међутим, природа кривичних дела правних лица говори и о томе да нису искључене ни оне нематеријане природе, попут последица по животну средину, по здравље или живот људи, националну безбедност и слично. Очигледно је да су дела која подразумевају нематеријалне губитке тежа и да захтевају вишу казну од оних која се очитују у материјалној штети.³¹ Из масе примера, датих у неким радовима о тзв. корпорацијском криминалитету, довољно је издвојити само неке илустрације могућих катастрофичних размера кривичних дела правних лица. Грешка радника на паковању у корпорацији Sandoz у постројењу у Базелу изазвала је еколошку катастрофу, услед изливања чак тридесет тона отровних хемикалија у реку Рајну, због чега је наступио помор речног живог света у дужини од 300 км, као што је и снабдевање водом у градовима дуж ове реке било доведено у питање.³² Много је драматичнији случај америчке компаније Union Carbide, из чијих је постројења, смештених у предграђу индијског града Бопала, исцурило четрдесет тона метил-изоцијаната, што је непосредно довело до смрти четири хиљаде људи, да би у наредним годинама од последица тровања умрло чак шеснаест хиљада.³³ Евидентно је да се тежина дела морала експлицитно наћи у кругу законских околности. Она се, додуше, провлачи кроз одредбе о новчаној казни, јер њени подоквири зависе од висине прописане казне, која репрезентује (или би требало да репрезентује) управо тежину кривичног дела. Супротно томе, изрицање престанка правног лица није доведено у конекцију са тежином, јер се тражи само да је делатност правног лица у целини или у знатној мери била у функцији вршења кривичних дела. У крајњем, тежина ће сигурно бити уважена позивањем суда на опште овлашћење да узме у обзир све околности које утичу да казна буде већа или мања, те пракса сигурно неће трпети. Али, овде није о томе реч, него о чињеници да је законска листа могла бити логичније устројена.

Друго, изричито се не помиње ни ранија осуђиваност. Она је веома специфична, како обухвата два сегмента – ранију осуђиваност одговорног лица и ранију осуђиваност самог правног лица. Ранија осуђиваност одговорног лица се има тумачити на уобичајан начин.³⁴ Међутим, требало би нагласити да постојање криминалне прошлости одговорног лица има и неке нове димензије, посебно

30 Тако законски каталог олакшавајућих и отежавајућих околности у црногорском закону почиње управо овом околношћу (чл. 16. ст. 1.), а исто је и у америчким смерницама, које разликују чак тридесеттри степена тежине дела (§C2.3.)

31 З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 93.

32 З. Ђурђевић: *op. cit.*, стр. 721.

33 Ђ. Игњатовић: *Криминологија*, Београд, 2008. стр. 152.

34 Љ. Лазаревић: *op. cit.*, стр. 194, З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 206. и надаље, Д. Јовашевић: *op. cit.*, стр. 233. и др.

ако се ради о лицима на високим, руководећим положајима. Она би требало да поседују одређене квалитете, са којима је претходна осуда неспојива. Пошто им је поверено да доносе кључне одлуке, да воде пословну политику правног лица, да врше надзор и контролу над радом других и слично, једна од гаранција да ће ове послове законито и ваљано обављати јесте и беспрекорна прошлост. Отуда правном лицу, које поставило раније осуђивано лице на место одговорног, треба послати одлучну поруку одмеравањем већег износа казне. Када су у питању параметри за оцену раније осуђиваности правног лица, и овде би требало водити рачуна о сродности и повезаности између новог и претходног дела, као и о временском размаку између њих, како би се евентуално установило да ли постоји нека шема у криминалном поступању. Специфичности нашег система, у којем поред одговорности за кривична дела постоји и одговорност за прекршаје и привредне преступе, налажу да се ранија осуђиваност схвати у ширем смислу, те би требало утврдити да ли је раније било осуда и за друге јавноправне деликте, а не само за кривична дела. Такође, треба приметити да различите метаморфозе кроз које пролази правно лице могу да искомпликују и створе забуну приликом процене да ли постоји претходна осуда. Уколико је промена таква да је дошло до спајања субјеката, при чему је сваки задржао извесну аутономност, што подразумева посебно управљање у оквиру новоформираног ентитета насталог спојањем, има логике да сваки од њих задржи пословну прошлост из доба када је био потпуно самосталан субјект.³⁵ Исти је случај и када се субјект реорганизовао и постао ново правно лице. Да су ове констатације исправне, може се закључити и из одредбе о престанку или статусној промени правног лица (чл. 8.). Закон допушта да се, када правно лице престане да постоји пре окончања кривичног поступка, новчана казна (али и мера безбедности и одузимање имовинске користи) изрекне правном лицу-следбенику, ако је претходно утврђена одговорност правног лица. Исто тако дозвољено је и да се, ако правно лице престане да постоји након правноснажно окончаног поступка, у којем је утврђена кривична одговорност и изречена санкција за кривично дело, санкција изврши према правном следбенику. Зашто се онда у суштини иста логика не би примењивала и на „наслеђивање“ података о претходним осудама. Једино када се ради о пуком чину куповине неког правног лица, без преузимања његове делатности, не би било оправдано преузимање терета евентуалне криминалне историје субјекта чија је имовина купљена.³⁶

Треће, чини се да би законским околностима требало боље „покрити“ поступање правног лица након учињеног кривичног дела. То је делимично учињено поменутих мерама које је након учињеног дела правно лице предузело према одговорном лицу. Али, оне су више интерног карактера и показују

³⁵ З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 98.

³⁶ *Op. cit.*, стр. 98.

решеност правног лица да, слободно речено, изолује или уклони сопствено болесно ткиво. Остали „екстерни“ сегменти, тј. однос према жртвама кривичног дела и поступање у вези са кривичним поступком, нису изричито наведени. Они се у процес одмеравања увек могу увести преко општег овлашћења да се казна моделује на основу свих релевантних околности, а поступање према жртвама, по логичком принципу „ко може више може и мање“, и преко факултативног овлашћења да се правно лице ослободи од казне, ако је добровољно и без одлагања отклонило настале штетне последице и извршило повраћај противправно стечене имовинске користи (чл. 19. ст. 2.). Услов је, наравно, да ослобођење од казне није адекватна реакција и да остваривање сврхе кажњавања налаже изрицање казне. Инсистирање на увођењу односа према жртвама чини се посебно битним, јер су жртве много „слабије“ у оваквим делима, због изразите неравнотеже моћи. Ако се пође од тога да су многе мултинационалне компаније богатије (и моћније) од појединих држава, није тешко закључити да појединац или група у конфликтном односу са њима делују потпуно беспомоћно и инфериорно. У том смислу, свако додатно осигурање права и интереса жртвава делује оправдано. Параметри за процену односа према жртви били би исти као и у случају када је учинилац физичко лице – да ли је надокнађен пун износ штете, да ли је надокнађена само делимично и зашто, да ли је исплаћена пре или након сазнања да су надлежни органи открили дело, да ли су уклоњене друге штетне последице итд. Идентични критеријуми се примењују и код повраћаја противправно стечене имовинске користи. Међутим, како нека дела немају жртву (тзв. *victimless crimes*) отклањање штетних последица има и другачије значење и може се састојати у поступцима типа чишћења загађене животне средине, повлачења штетних производа са тржишта или неком сличном акцијом, при чему би вредност зависила од тога да ли је предузета добровољно или по судском налогу, односно пре или после сазнања о покретању поступка. Због свега наведеног, погоднијом се чини општа формулација у виду познате „држање учиниоца после учињеног дела, а посебно однос према жртви“. Њоме се успешно обухвата и други колосек „спољашњег“ поступања, који говори о томе да ли је правно лице сарађивало са органима откривања, гоњења и суђења или је пак ометало вођење поступка. Неки страни закони опструкцију поступка посебно издвајају.³⁷ Нема сумње да она делује у знатној мери отежавајуће; сваки утицај на суд, тужиоце, сведоке, саопштене, вештаке и остале учеснике у поступку употребом, силе, претње, давањем мита, нуђењем мита и другим недозвољеним средствима, мора бити санкционисан вишим износом казне. У теорији је упозорено да се нека понашања, иако делују негативно, не могу сматрати опструкцијом и приписати правном лицу као отежавајућа околност. Такав случај постоји када физичко лице из састава правног лица покушава

³⁷ Рецимо, црногорски (чл. 16. ст. 1. тач. 13.), док је у *Sentencing guidelines* опструкција постављена као један од показатеља степена кривице (§8C2.5).

да прикрије дело од самог правног лица.³⁸ Логика налаже да се опструкција од стране физичког лица мора вршити у име правног лица, без тог услова је неоправдано укалкулисати је у казну правном лицу. Обрнуто, казна се смањује ако правно лице сарађује од тренутка када је званично обавештено о покретању поступка, пружајући све релевантне информације које су му познате.

Поред наведених, може се претпоставити да ће се у пракси често појављивати и неке друге (по правилу, отежавајуће) околности, попут дужег временског трајања криминалне активности и учешћа већег броја субјеката и њиховог удруживања. Закључак је изведен на запажању да су ово типичне карактеристике феноменологије криминалитета правних лица.³⁹ Друге земље, које имају више искуства са овим типом одговорности, сведоче о распрострањеној појави повезивања, тако да правна лица (из исте или различитих земаља), која иначе легално послују, када им се укаже „згодна“ прилика, заједнички планирају, организују и извршавају одређене криминалне активности (тзв. пригодно организовани криминалитет). Тако је у Европској унији забележено више случајева утаје царина и субвенцијских превара на штету финансијских интереса Уније.⁴⁰ Такође, није неосновано очекивати да ће се као отежавајућа околност користити и чињеница да је дело извршено упркос налозима и упозорењима донетим од стране државних органа или одређених регулаторних тела.

VI

Закон о одговорности правних лица за кривична дела дефинитивно уноси значајне новине у наше кривично право, традиционално засновано на индивидуалној, субјективној одговорности физичког лица као учиниоца кривичног дела. Радикалност реформског захвата вероватно представља један од разлога што неко време од његовог ступања снагу није био примењиван. У том смислу, тумачење појединих појмова материјалног кривичног права, као и предлоге да се у одређеним сегментима унапреде законска решења, треба схватити као покушај да се Закон подржи и да се олакша његова примена у судској пракси.

³⁸ З. Стојановић, R. Shine: *op. cit.*, стр. 98.

³⁹ С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *Криминологија*, Ниш, 2009. године, стр. 177.

⁴⁰ З. Ђурђевић: *op. cit.*, стр. 722. и 723.

Dušica Miladinović - Stefanović, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

***Sentencing Legal Entities as Perpetrators of Criminal Offences:
Analysis of Serbian normative framework***

Summary

In 2008, the Republic of Serbia adopted a special legislative Act on the Criminal Liability of Legal Entities. Thus, the criminal liability of legal entities has become an integral part of the Serbian criminal legislation which formerly recognized only the individual liability of natural persons. However, given the extensive scope and depth of reformatory intervention, this Act is still not applied. In that context, the author of this paper attempts to provide explanation on one of the possible disputed issue: the legal framework governing sentences for legal entities as perpetrators of criminal offences. There is a special focus on the legislative guidelines: the penal framework; aggravating and mitigating circumstances, with specific reference to the liability of legal persons; the size of the legal entity; the position and number of authorized persons employed by the legal entity who have committed the criminal offence; the precaution measures taken by the legal entity to prevent or reveal the criminal offence; and the measures taken against the authorized person after the commission of the criminal offence. This analysis is primarily aimed at helping the competent courts deal with cases involving these issues but it is also intended to draw the legislator's attention to some flaws and inconsistencies in regulating this issue. Ultimately, the author suggests some legal solutions on this matter.

Key words: *criminal liability of legal entities, purpose of punishment, mitigating and aggravating circumstances*

СВЕДОЦИ У СРЕДЊОВЕКОВНОМ СЛОВЕНСКОМ ПРАВУ*

Апстракт: У раду аутор анализира установу сведока у средњовековним словенским правним системима. У руском, пољском, српском и бугарском праву сведоци су представљали значајно доказно средство пред судовима. Означавани су различитим терминима у словенским правним зборницима као што су Закон судњи људем, Руска правда, Елблоника књига, Душанов законик и многи други. Анализом норми релевантних правноисторијских извора код Словена, могу се издвојити две основне врсте сведока – сведоци-очевници и судски сведоци, тј. сведоци-вештаци. Трећа група сведока, тајних сведока, означавана је посебним термином “сок” и карактеристична је за јужнословенске правне системе. Сведоке у ужем смислу треба разликовати од саклетвеника (coniuratores). Саклетвеници су својом заклетвом пред судом само потврђивали изјаву туженог на основу субјективног уверења о моралној исправности странке. Сведоци су у судском потупку код Словена или потврђивали чињенице којима су лично присуствовали, или по налогу суда утврђивали чињенично стање.

Кључне речи: сведоци, словенско право, средњи век, судски поступак, доказно средство.

Сведоци су, за разлику од саклетвеника и помагача у полагању заклетве,¹ рационално доказно средство које широку примену има од најдревнијег доба до

* Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

1 Саклетвеници, саприсежници или клетвеници, како се све називају, доказно су средство које се користило код свих индоевропских народа. Води порекло из родовско-племенске заједнице. Разлика између саклетвеника и помагача у заклетви била је у томе што су саклетвеници лица која су полагала заклетву да би се потврђивале чињенице битне за суд, а посредно и чињенице о моралним и људским вредностима странке, док помагачи у заклетви саму суштину доказивања и сврху постојања испуњују понављањем текста и ритуала заклетве. Тачније, саклетвеници потврђују изјаву туженог (или ређе тужиоца) и дају

данас. Они сведоче о чињеницама које су битне за одређени судски поступак, углавном изјављују да су нешто непосредно видели, а све у циљу утврђивања истине и доношења пресуде.

Сведоци су у словенском праву означавани различитим терминима – “послух”, “видок”, “свидетель”, “свQдок”. Проблем разликовања саклетвеника и сведока произилази и из природе оптужног судског поступка који је у свим раним и феудалним државама био доминантан до XV века. Иницијативу у таквом поступку имале су странке, док је суд углавном био пасивни посматрач извођења доказа. Суд није имао могућности да провери и утврди веродостојност сведока и њихових исказа. Судије су и због тога много више вере поклањале саклетвеницима, будући да су они и материјално одговарали за дела туженог. Суду је вероватно било поузданије и целисходније да верује већем броју честитих и угледних саклетвеника из друштвене средине којој припада и странка, него да веру поклања сведоку који је често могао бити и случајни пролазник.²

Сведоци су такође полагали заклетву пре давања свог исказа. Ипак, за разлику од саклетвеника које је заклетва обавезивала и у формалном и у материјалном смислу, сведок је полагао заклетву која није била сама себи циљ. Његова заклетва требало је да га одврати од лажног сведочења о конкретној чињеници која је од посебног интереса за спорни случај.

Сведоци се у правним текстовима словенских држава појављују још и као додатни доказ уз писмене исправе. Својим потписом на правном акту, они су потврђивали тачност докумената, па је само утврђивање њиховог идентитета пред судом било довољно да се доказ исправом правилно изведе. У том случају, они представљају помоћно доказно средство које служи доказивању писмене исправе.

Још једна специфична врста сведока била су они чији су искази у словенском правосуђу били несумњив доказ, доказ од пресудног значаја. Сведочанства таквих лица представљала су израз тзв. “јавне вере”. То су људи којима се готово безусловно веровало, а у изворима права срећемо их под различитим називима – “добри људи”, “лучшие люди”, “стариници”, “межники”. Њихова улога у судском поступку могла је бити огромна, а посебну функцију су имали у споровима за утврђивање међа. Уз њих, у посебну врсту сведока који су имали карактер “сведока по службеној дужности”, треба свакако убројати и “приставе”.³

самостални исказ о спорном питању. Помагачи у заклетви, пак, понављају свечани поступак полагања заклетве што је прво учинила сама странка. Код помагача, битан је искључиво број извршених заклетви, а код саклетвеника битна је гаранција шире заједнице, јемство већег броја сродника или суседа да је страна у спору без кривице.

2 Т. Тарановски, *Историја српског права у Немањинској држави*, Београд 1996, стр. 767.

3 Ова специфична прасловенска и општесловенска установа имала је вишеструку функцију. “Пристав” је имао веома запажену улогу у свим фазама судског поступка – у

Сведоци као институт процесног права начелно припадају развијенијим правним системима, што се не би могло рећи за словенско право на првом стадијуму развоја. Због тога се ова установа најчешће проналази или у законима који су донети под утицајем напреднијих правних схватања или у правним текстовима развијенијих словенских средина.

Најстарији словенски правни извор, Закон судњи људем, помиње сведоке у члановима 2. и 7а. Судијама се налаже да не пресуђују без довољног броја сведока, а странама које немају сведоке прети она казна која би погодила оптуженог да је (у конкретном случају) његова кривица била доказана.⁴ У члану 7а говори се о броју потребних сведока и то честитих, угледних и богобојажљивих људи: *“...А број сведока да буде једанаест, и не више од тог броја, а код мањих спорова – од седам до три сведока и не мање од тог броја.”*⁵ Закон судњи људем, како се види из ових чланова, комбинује византијска и словенска правна начела. Сведок као доказно средство несумњиво је преузет из развијенијег византијског правног система.⁶ Остаје, међутим, недоумица да ли је законодавац имао у виду сведоке или саклетвенике као доказно средство, с обзиром на висок број потребних – једанаест. Делује чак вероватније да се та одредба односи на доказивање саклетвеницима, јер је било уобичајено да се у поступку поводом тешких кривичних дела тужени закљичао са још једанаест саклетвеника. Таква и слична решења предвиђена су у многим словенским изворима права.

Руска правда разликује сведоке и саклетвенике. Термин “видок” обично се користи за означавање сведока, мада има и примера када се израз “послух” користи у истоветном значењу. На питање ко је могао бити сведок, Шири правда нуди недвосмислен одговор – само слободан човек. У члану 85. Шири правде користи се израз “послух”, али у значењу сведока: *“Сви спорови да се пресуђују са слободним послушима; ако ли послух буде холоп, да се не појављује на суду; ако тужилац жели и узме га, нека каже: ‘по његовој изјави те узимам’ (на одговорност), ‘али те оптужујем ја, а не холоп’...”*⁷ Само је тужилац могао својом вољом да прихвати “холопа” за сведока, али је то чинио искључиво на личну одговорност.

У чл. 29. Шири правде, у значењу “сведок” употребљен је термин “видок”: *“Ако окрвављен муж или син дође на (кнежев) двор, нису му потребни видоци, већ да се плати за њега (њему?) 3 гривне продаже (казне); ако на њему нема трагова (повреда), тада да доведе видоке реч по реч (да потврде оптуж-*

4 Д. Николић, А. Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, Ниш 2002, стр. 166.

5 Исто, стр. 167-168.

6 Познато је да је Закон судњи људем настао као превод и прерада Еклоге, византијског правног зборника из 726. године. О томе видети нпр: В. Ганев, *Закон судњи људем*, Софија 1959.

7 Д. Николић, А. Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, стр. 157.

бу)...⁸ Дакле, “видок” није био потребан у случају очигледног доказа, а то је онај на коме је очигледно да му је нанета тешка телесна повреда. Међутим, у недостатку директних, несумњивих доказа, сведок је потврђивао тужбу “реч по реч”. Јасно је да се не ради о саклетвеницима, јер би број био унапред одређен. Термин “видок” употребљава се искључиво да означи сведока на суду.⁹ Томе треба додати и околност да се сведок у овом процесу јавља на страни тужиоца, што није уобичајен случај када су у питању саклетвеници. По мишљењу М. Н. Тихомирова, сведок је морао да потврди већ дати исказ тужиоца,¹⁰ на основу онога што је видео, што још једном потврђује да је под именом “видоци” Руска правда подразумевала сведоке у ужем смислу речи.

Псковска судна грамота, иако ни на једном месту не помиње термин “видок”, под називом “послух” углавном има у виду сведоке очевице догађаја битног за суд. И по томе је Грамота најбољи показатељ еволуције древнорусског права. Овакво решење у руско право доспело је вероватно из византијског права, али и услед општег развоја руских градова као трговачко-занатских центара и као носилаца зачетака антифеудалних тенденција.

Псковска судна грамота, задржава термин “послух” у члану 20, али овој древној установи даје сасвим другачији смисао. У поступку поводом тешког кривичног дела разбојништва, суд је приступао испитивању и тужиоца и његовог “послуха”. Пре свега, суд је морао да се увери да су тужилац и његов сведок били заједно у тренутку извршења кривичног дела од стране туженог, као и о евентуалном постојању других очевидаца. За суд је најбитније било да се исказ сведока подудара са исказом тужиоца: “...а послух на суду треба да послухује (посведочи) **баи тим истим речима**”¹¹ За псковски суд током времена постало је битно да ли је “послух” могао да потврди да је био на месту извршења кривичног дела и да ли је могао да потврди тужiocеве наводе. “Послух” на тај начин добија улогу сведока у правом смислу речи, а не некадашњег саклетвеника. У прилог тој тврдњи иде и чињеница да се као доказно средство појављивао на страни тужиоца, а не туженог. Саклетвеници су се чешће (а посебно у поступку поводом тешких кривичних дела) појављивали на страни туженог у циљу његовог оправдавања. Друга је ствар што је тужени могао да чак и сведока изазове на судски двобој, уколико би и даље тврдио да је невин: “уколико жели нека изађе на двобој са послухом”.

Сведоци се по Псковској грамоти суштински разликују од саклетвеника. Њихов број се креће од четири до пет, а њихово сведочење се тиче неке спорне

8 Исто, стр. 149.

9 М. А. Исаев, *Толковий словарь древнерусских юридических терминов*, Москва 2001, под “видокъ”, стр.25.

10 М. Н. Тихомиров, *Пособие для изучения Русской правды*, Москва 1953, стр. 92.

11 *Российско законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси*, Москва 1984, стр. 332.

чињенице. Срећу се и под термином “добри люди”, а у споровима о земљи то су суседи. У чл. 56. названи су и “свидетели” (сведоци). Користе се у сврху доказивања углавном у грађанско-правним споровима: о својини на земљи, наслеђу, власништву на покретним стварима. У кривичним споровима могло се доказивати сведоцима једино у случају разбојништва.¹²

Елблоншка књига такође прави разлику између сведока и саклетвеника. Без обзира што оригиналан запис пољског обичајног права на немачком језику не прави термилошку разлику међу њима, јер их назива истим именом (“*geszug*”), правноисторијска наука прави разлику између ове две врсте доказних средстава. У неколико случајева присуство сведока је унапред прописано као неопходно за доказивање правоваљаности неких радњи – изразима “уз помоћ суседа” (у глави XXVII) или “уз сведоке” (у глави XIII)¹³ Сведоци су као доказ захтевани од тужиоца, слично као у одредбама руског права.

У српском средњовековном праву, термин “сведок” се углавном употребљава за означавање саклетвеника или нарочитог мешовитог суда, али и као гарант валидности издатог документа. У повељама српских владара манастирима и црквама, као и уговорима са Дубровником среће се често израз “сведок” управо у поменутиим значењима. Али то не треба протумачити као да српско право није познавало установу сведока.¹⁴ У Душановом законнику не налазимо сведоке у ужем смислу речи, тј. као рационално доказно средство, али се они помињу у Скраћеној Синтагми, која у скоро свим рукописним преписима прати Душанов законик. Скраћена Синтагма има посебну главу посвећену сведоцима као доказном средству.¹⁵ Као доказно средство, установа сведока продира у српско право преко парцијалне рецепције римско-византијског права.¹⁶

У старом српском праву постоји једна специфична врста сведока која није непозната ни другим словенским правним системима. Израз “сведок” има још једно значење, а прописан је у повељи Стефана Дечанског манастиру Дечани: “*kako posla kraEvstvo mi soudIU bogdana I porabka outesati megE SrednEmu selou*

12 В. И. Сергеевич, *Лекции и исследования по древней истории русского права*, Москва 2004, стр. 439.

13 М. Винавер, *Исследование памятника польского обычного права*, Варшава 1888, стр. 127-128.

14 Бож. Марковић износи мишљење да је сведока као судских доказа било у средњовековној Србији, видети: Бож. Марковић, *О доказима у кривичном поступку*, Београд 1908, стр. 74-75.

15 А. Соловјев, *Историја словенских права*, Београд 1998, стр. 517-518. О Синтагми Матије Властара као извору права видети: С. Новаковић, *Матије Властара Синтагмат*, Београд 1907.

16 О парцијалној рецепцији византијског права у Србији може се говорити већ од времена доношења Савиног Законоправила. О томе Н. Ранђеловић, *Историја права II - Основи српске историје права*, Ниш 2012, стр. 25-28.

I koumanovu a sq nimi kd (24) svQedoke...¹⁷ Веома сличан пропис понавља се и у Душановом законнику, у чл. 80: “*За међе селске да даду обоји који ишту сведоке, он половину а он половину по закону; да куде реку сведоци, тоговози да јест*”.¹⁸ Сведоци у овим нормама имају карактер доказа од пресудног значаја и суд их као такве прихвата. Они не сведоче о конкретној ситуацији везаној за спор пред судом, већ за нешто што је њима одавно познато. У том смислу, они се по правној природи приближавају саклетвеницима. Међутим, као што је раније већ истакнуто, саклетвеници потврђују “добру славу”, углед једне од странака. А ови, нарочити сведоци из Дечанске повеље и члана 80. Д.З. у извесном смислу замењују писане документе, исправе о власништву над спорном земљом. Они су као нека врста “службених сведока”. Извођење ових доказа могао је директно наложити суд, а могле су их предлагати и странке. Њихова честа употреба као посебног доказног средства може се претпоставити, ако се има у виду укорененост обичајног права, као и просечно низак ниво писмености становништва. У српском праву ови сведоци се појављују још и под називом “стариници”, “стариници жупљани”, “мужи” и “добри људи”.¹⁹

Сличан институт процесног права садржи и древноруско законодавство. Нагазимо га под називом “межники” у члану 10. Псковске судне грамоте: “(Ако) о земљи под шумом буде суд ... обе стране нека узму *межнике*...”²⁰ “Межници”²¹ су по својој правној природи веома сродни институту “стариника” из српског средњовековног права. Обе стране су, слично као у одредби Душановог законика, биле овлашћене да у спору доказују одговарајућим бројем ових “межника”, којима је суд поклањао безусловну веру. За разумевање овог члана неопходно је анализирати једну другу норму древноруског права која садржи једно конкретно решење спора на основу одредби Псковске судне грамоте. Реч је о “правој грамоти”,²² пресуди у спору око међа Снетогорског манастира са другим манастиром.²³ Обе стране су псковском суду изнеле писане доказе о свом власништву, након чега је суд наложио својерсно вештачење својих специјалних изасланика

17 С. Новаковић, *Законски споменици српских држава средњег века*, стр. 647, Београд 1912, чл. III

18 Д. Николић, А. Ђорђевић, *Законски текстови старог и средњег века*, стр. 227.

19 *Лексикон српског средњег века*, Београд 1999, под “стариници”, стр. 701-702.

20 *Российско законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси*, стр. 332. “Лешая земля” значи земљу под шумом, ону која није обрадива. “Оба исца” – обе стране у поступку, будући да руски извори често на тај начин означавају лица која захтевају правду од суда.

21 “Межники” – од древноруске и прасловенске речи “межа” (међа), која потиче од санскритског термина “madhyas” – средина. М. А. Исаев, *Толковый словарь древнерусских юридических терминов*, под “межники”, стр. 60.

22 “Правая грамота” – судска пресуда у писменој форми издата једној од страна у спору.

23 *Псковская судная грамота, Исторический архив № 6*, Москва 1940, стр. 267-268.

– “межника”. После изласка на лице места и утврђивања спорне међе, судије су упитале представнике обеју страна да ли прихватају извештај “межника” и да ли он одговара ономе што је записано у грамотама, тј. писменим исправама. Утврђено је да је грамота једне од страна одговарала стању утврђеном на лицу места и та страна је добила спор. Да је стање било другачије, тј. да “межници” нису могли да утврде чија исправа више одговара фактичном стању, суд би морао да наложи извођење неког алтернативног доказног средства.

И Новгородска судна грамота предвиђа доказивање помоћу “межника”. Говорећи о начину решавања спора о земљишту, она ограничава рок за доношење пресуде на два месеца и одобрава високим новгородским функционерима, посаднику или тисјацком да као судије надлежне за извођење “межника” могу добити одговарајућу новчану накнаду.²⁴ Судија је, дакле, био овлашћен да наложи извођење овог доказног средства, што није карактеристично у контрадикторном, оптужном (акузаторном) процесу у коме главну улогу имају странке. То само потврђује специфичну правну природу овог доказа, дајући му обележја судских сведока, то јест оних који своју дужност извршавају *ex officio*.

Судећи по још неким правноисторијским текстовима, словенско процесно право знало је и за још једну посебну врсту сведока, који се звао “сок”.²⁵ Овај особени институт старог процесног права наслеђен из словенске прадавнине, био је познат у судској пракси Дубровника у кривичним стварима и представљао је неку врсту тајног сведока.²⁶ Из уговора и судских пресуда Дубровника из XIV и XV века, закључује се да је “сок” било лице које је избегавало јавно појављивање, те да га је суд третирао као сведока (без обзира на тајност и скривеност деловања). “Соцбина” га је чинила другачијим од обичних сведока, будући да се тим изразом означавала награда или уговор о накнади који је сок закључивао са оштећеном страном. Његова главна обавеза била је да именује праве извршиоце дела, који би били осуђени ако би доспели пред суд. “Сок” је морао да врати награду уколико се то не би десило, а ризиковао је накнаду штете оштећеном ако не би “просочио” (открио, показао) праве крадљивце.²⁷

²⁴ *Российско законодательство X-XX века, Законодательство Древней Руси*, стр. 306.

²⁵ Старословенски термин “сокъ” познат је чешком и пољском праву, као и јужнословенским правним системима. Имао је различита значења – истражитељ, тужилац, тајни сведок, чак и тајни детектив. Помиње се у чл. 17. Судебника Казимира из 1648, споменику литванског права, где је имао битну улогу у окончавању спорова поводом крађе. М. А. Исаев, *Толковый словарь древнерусских юридических терминов*, под “сок”, стр. 101. Изрази “сочити” и “сочба” такође нису непознати древноруском праву, а посебно су заступљени у Псковској и Новгородској судној грамоти.

²⁶ Б. Недељковић, *Сок и соцбина у старом српском праву*, Београд 1957, (Отисак из Историјског часописа VII), стр. 53-81.

²⁷ Исто, стр. 67-68.

Овом особеном словенском установом посебно се бавио В. Богишић. По његовим сазнањима, "сок" и "соџбина" одржали су се у Црној Гори и Херцеговини све до XIX века. Као начин потенцијалног налажења сопствене украдене ствари, оштећени је истицао "соџбину", награду која је вредела више од украдене ствари ("вазда у једно и по више него украдена ствар вриједи"). Затим је оштећени разглашавао да ће ту награду исплатити ономе који пронађе крадљивца. Ко би онда изјавио да ће открити лопова, добијао је назив и статус "сока", сличан тајном (заштићеном) сведоку. Чак је и "сок" могао да, услед страха од лопова или његовог братства именује још једног посредника, такозваног "сокодружицу". То је био механизам заштите идентитета тајног сведока, јер чак ни суд није био овлашћен да зна ко је "сок". Када би посредник саопштио име крадљивца, читаво село је добијало положај "судског извршитеља" *ad hoc* – приступало је наплати шестоструке вредности ("да плати самоседмо") и враћању спорне украдене ствари од крадљивца. Често се, вели В. Богишић, читав поступак спроводио у потпуности мимо суда.²⁸ Израз "сок", иначе, забележен је средином XIX века и у Србији.²⁹

Установа сведока била је заступљена у словенском праву. Анализом норми словенског законодавства, могуће је издвојити три посебне врсте. Сведочевидац, тј. онај који је нешто релевантно за суд видео и доживео и може то описати пред одговарајућим судом, прва је врста овог доказног средства. Код Словена, као и код других народа, та врста сведока постоји још од давнина, али се употреба овог доказа устаљује тек у познијој фази и делимично под утицајем страних правних система. Разликује се од саклетвеника који су сведоци добре репутације и по томе што су сведоци чешће на страни тужиоца, а саклетвеници на страни туженог. Друга врста сведока, "стариници" или "межници", такође потичу још из најдревнијег доба и користили су се у сврху доказивања на предлог странака или на изричит налог суда. Могу се делимично сврстати у судске сведоке, чији се извештај прихватао као неприкосновени доказ. У извесном смислу, они су вршили службу сличну вештачењу; подсећају на саклетвенике, јер су полагали заклетву, али се од њих и разликују, јер су сведочили о чињеницама. Били су донекле и својеврсна замена за писане исправе. Трећа врста сведока, тзв. тајни сведок ("сок") потпуно је специфичан доказ у словенском свету. Упркос вековима, овај назив се код Јужних Словена одржао. У појединим словенским крајевима, који су дуго очували прастаро уређење засновано на крвној вези, одржао се до XIX века као готово непромењена обичајно-правна установа. У том смислу, "сок" такође представља једно сведочанство о изванредној жилавости правних старина и снази обичајног права.

28 В. Богишић, *Грађа у одговорима из различних крајева словенског југа*, (Изабрана дјела, том II), Подгорица 2004, стр. 516-517.

29 "Сок" у западној Србији значи сведок. В. Карацић, *Рјечник*, Београд 1898, под "сок", "сочење", "просочити". Термин је опстао и делимично задржао и значење.

Aleksandar Đorđević, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Witnesses in the Mediaeval Serbian Law

Summary

In this article, the author analyses the institute of witnesses in the medieval Slavic legal systems. In the Russian, Polish, Serbian and Bulgarian legislations, witnesses were used in court proceeding as a significant instrument for providing testimonial evidence. In a number of Slavic codes (such as: Zakon sudnyi lyudem, Ruskaya pravda, the Elblong Collection of customary law, Tsar Dusan's Code, etc), witnesses were described in different legal terms. After analysing the norms contained in relevant Slavic legal history sources, we may identify two basic types of witnesses: eye-witnesses and court (expert) witnesses. The South-Slavic legal systems comprised a third group of witnesses called the clandestine (protected) witnesses; which were designated by a special legal term "sok (sodzbina)". Strictly speaking, witnesses shall be distinguished from "coniuratores". Coniuratores were sworn witnesses who appeared in court only to confirm the defendant's statement on the ground of their subjective belief and to prove the defendant's moral credibility. In the Slavic legal systems, witnesses were involved in court proceedings either to verify the facts which they eye-witnessed or (subject to a court subpoena) to help establish the facts.

Key words: *witnesses, Slavic law, the Middle Ages, court proceedings, evidentiary instrument*

О ПРИРАЧУНАВАЊУ ПОКЛОНА У ОБРАЧУНСКУ ВРЕДНОСТ ЗАОСТАВШТИНЕ¹

Апстракт: *Обрачунска вредност заоставштине је посебна математичка категорија која представља основицу за израчунавање вредности појединачног нужног дела, и на основу које се утврђује да ли је дошло до повреде нужног дела добротним располагањима оставиоца. Предмет пажње аутора у раду јесу питања: који све поклони улазе у обрачунску вредност заоставштине, а која доброчина давања су изузета из ове рачунске категорије, да ли је оправдана дистинкција међу поклонима учињеним законским наследницима и трећим лицима у погледу њиховог прирачунавања у обрачунску вредност заоставштине и могућности намирења нужног дела из њихове вредности, ко се све сматра законским наследницима, а ко трећим лицима, те да ли се законским решењима нарушава правна сигурност поклонопримаца.*

Кључне речи: *обрачунска вредност заоставштине, поклони, нужни део.*

Увод

Правни значај поклона у сфери нужног наслеђивања веома је велики, те овом институту регуле наследнога права, које уређују установу нужног дела, посвећују значајну пажњу. Наиме, добротним располагањима правним пословима *inter vivos* оставилац може у потпуности исцрпети или значајно умањити своју заоставштину, и на тај начин изиграти интересе својих нужних наследника. Да би се то спречило, као основ израчунавања вредности нужног дела не узима се чиста вредност заоставштине, која преостане након смрти оставиоца, већ тзв. обрачунска вредност заоставштине, која у себе инкорпорира и вредност законом дефинисаног круга учињених поклона.²

¹ Овај рад је резултат истраживања на пројекту *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (бр. пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу.

² „Kad to ne bi bilo tako, ostavilac bi sve ono što mu ne bi bilo dozvoljeno učiniti testamentom učinio (odnosno mogao učiniti) besplatnim правним пословима за живота, чинећи тако заштиту нуђних

Нужни део, као законом одређени део заоставштине који мора припасти утврђеном кругу нарочито привилегованих законских наследника – нужним наследницима, независно од воље оставиоца, може бити повређен прекомерним завештајним располагањима и/или поклонима. Одређивањем поклона који се прирачунавају у обрачунску вредност, законодавац дефинише којим поклонима нужни део може бити повређен. Ако се учињеним поклонима оставилац кретао ван граница тзв. расположивог дела заоставштине и тиме повредио нужни део нужних наследника, поклонопримци ће, у мери у којој се поклоном вређа нужни део, бити дужни да га намире.

Наследноправним прописима одређено је шта се све у наследном праву сматра поклоном, који поклони се урачунавају у основицу за исказивање вредности нужног дела, а који су из ње изузети, те како се утврђује вредност поклона. У овом раду указаћемо на актуелна законска решења за која се определио наш законодавац, али и отворити нека веома спорна питања на која ћемо покушати да дамо одговор. У фокусу пажње биће нарочито разматрање критеријумима на основу кога се утврђује ко се од поклонопримаца сматра законским наследницима поклонодавца, а ко трећим лицима, да ли је изразито привилегован положај трећих лица као поклонопримаца, у погледу обавезе измирења нужног дела, оправдан, те да ли законом одређен временски оквир у који су смештени поклони који се урачунавају у обрачунску вредност заоставштине, обезбеђује ефикасну заштиту нужним наследницима, а са друге стране правну сигурност поклонопримцима.

1. ПОЈМОВНО ОДРЕЂЕЊЕ ПОКЛОНА У ЗАКОНУ О НАСЛЕЂИВАЊУ

Уговор о поклону је такав уговор којим једна уговорна страна (поклонодавац) преноси или се обавезује да пренесе на другу уговорну страну (поклонопримца) право својине на ствари или какво друго право, или да му на рачун своје имовине, учини неку имовинску корист, без одговарајуће накнаде.³

По угледу на велике грађанскоправне кодификације 19. века које су подробно регулисале овај уговор,⁴ и Српски грађански законик⁵ је главу XVI-

nasljednika i cijeli taj pravni institut potpuno sterilnim, upravo idealnim za „zaobilaženje“. Logično je, dakle, da država koja priznaje institut nužnog dijela izgradi i odgovarajući pravni instrumentarij koji će omogućiti njegovo puno poštivanje i postizanje ciljeva zbog kojih je i usvojen u jednom pravnom sistemu kao njegov sastavni dio“. Н. Каџер, Који се дарови узимају у рачун у свежи утврђивања вриједности оставине, *Законитост*, бр. 7-8, Загреб, 1991, стр. 870.

3 Видети уместо свих: С. Перовић, *Облигационо право*, Београд, 1981, стр. 602.

4 Видети: чл. 893-966 Француског грађанског законика (CC), § 938-956 Аустријског грађанског законика (ABGB), § 516-534 Немачког грађанског законика (BGB), чл. 480-493 и 896-899 Општег имовинског законика за Црну Гору.

5 Законик Грађански за Књажевство Србско обнародован на Благовести 25. Марта 1844. године. С обзиром да је уобичајени скраћени назив ове кодификације *Српски грађански*

II посветио уређењу уговора о поклону. Закон о облигационим односима,⁶ иако настао на темељима Скице за Законик о облигацијама и уговорима,⁷ није регулисао овај правни посао.⁸ Из тог разлога на уговор о поклону деценијама уназад примењују се норме садржане у СГЗ-у (§561-568),⁹ као и норме садржане у општем делу ЗОО, које се односе на све уговоре, именоване и неименоване.¹⁰ Нови Грађански законик Републике Србије регулисаће уговор о поклону, а као основа за коначну редакцију текста послужиће норме садржане у Преднацрту Грађанског законика.¹¹

Закон о наслеђивању Републике Србије¹² једини је позитивно-правни пропис којим се појам поклона дефинише. Интерпретативно правило шта се сматра поклоном садржано је у оквиру одсека *Израчунавање нужног дела*. Користећи се специфичним методом егземпларног набрајања, законодавац у

законик, у даљем тексту биће коришћена скраћеница СГЗ.

6 Закон о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989, „Службени лист СРЈ“, бр. 31/1993, „Службени лист СЦГ“, бр. 1/2003 – Уставна повеља). Даље: ЗОО.

7 Видети: чл. 509-522 Скице за Законик о облигацијама и уговорима, у: М. Константиновић, Облигације и уговори: Скица за Законик о облигацијама и уговорима, Београд, 1996. Даље: Скица.

8 Приликом доношења ЗОО, заузет је став да уговор о поклону није типичан инструмент промета роба и услуга, те да не треба бити предмет регулисања овог закона, као савезног прописа, с обзиром да је у надлежности федерације било уређење основа уговорних односа у области промета роба и услуга, док су сви други уговорни односи били препуштени у надлежност република и покрајина. Више о томе: С. Перовић, Десет година примене и непримене Закона о облигационим односима, у: Закон о облигационим односима 1978-1988, Књига о десетогодишњици, Том I, Београд, 1988, стр. IX-LVII. Република Србија до данашњих дана није посебним прописом регулисала овај уговор.

9 Правни практичари указују да су се домаћи судови, у парницама које су за предмет имале уговор о поклону, дуго времена позивали на правна правила СГЗ-а, али да је временом то позивање све више изостајало. Ј. Боровац, Ограничења аутономије воље поклонодавца код уговора о поклону, Правни живот, бр. 5-6/2008, стр. 182.

10 Свакако да је велика штета што се судска пракса, када је реч о уговору о поклону, градила на примени старих правних правила, а не позитивноправних прописа, делујући снагом аргумената, али неизоставно и аргументом снаге виших судова у односу на ниже. В. Иванчић-Каџег, *Ugovori o darovanju, uzdržavanju i ortaštvu – gde im je mjesto?*, Зборник радова „Тридесет година Закона о облигационим односима – de lege lata и de lege ferenda“ (Крагујевац, 24-27. септембар 2008.), Београд, 2009, стр. 352.

11 Видети: чл. 660-680 Преднацрта Грађанског законика Републике Србије (даље: Преднацрт ГЗ). Текст је доступан на интернет страници: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>. Посета сајту: 10. 11. 2012.

12 „Сл. гласник РС“, бр. 46/1995 и 101/2003. У даљем тексту: ЗОН.

чл. 50¹³,¹⁴ наводи најпре да се поклону уподобљава свако одрицање од права које је оставилац имао према неком лицу, у случају када код титулара права постоји свест и воља да за вредност права кога се одриче буде увећана имовина дужника. Одрицање од наслеђа у корист санаследника такође се сматра поклоном. Наиме, изјава којом се наследник одриче наслеђа у корист лица које је са њим позвано на наслеђе, по својој природи јесте изјава о пријему наслеђа и уступању наследног дела санаследнику,¹⁵ тачније понуда која се санаследнику чини да наследни део прихвати. Уколико санаследник прихвати уступљени део, на односе њега и уступиоца примењиваће се правила о поклону (чл. 216 ст. 2), осим када се пријемник није обавезао на противнакнаду за уступљени део, у ком случају ће се радити о теретном правном послу, евентуално мешовитом поклону.¹⁶ Одрицање од наслеђа, пак, као негативна наследничка изјава којом наследник губи наследничко својство *ex tunc*, не може се сматрати поклоном,¹⁷ јер ће наследни део наследника бити распоређен према одребама ЗОН-а, без сагласности осталих универзалних сукцесора.

Поклоном се сматра и отпуст дуга, јер се ради о вољном доброчином акту повериоца којим вредност која је представљала дуг остаје у имовини дужника.¹⁸ Све оно што је оставилац за живота дао наследнику на име наследног дела, независно од тога да ли су се они споразумели да је тиме наследнику у потпуности намирен наследни део, и да се након смрти оставиоца неће

13 Садржина чл. 50 ЗОН готово у потпуности је преузета из чл. 34 савезног Закона о наслеђивању из 1955. године („Сл. гласник РС“, бр. 46/1995 и 101/2003 – у даљем тексту: ЗОН) и чл. 29 републичког Закона о наслеђивању из 1974. године („Сл. гласник СРС“, бр. 52/1974, 1/1980, 25/1982 и 48/1988 – у даљем тексту: ЗОН из 1974.). Скоро идентичну одредбу садрже и важећи закони бивших република СФРЈ, а данас самосталних држава. Видети: чл. 29 Закона о *dedovanju Slovenije* („Uradni list SRS“, бр. 15/76, 23/78, „Uradni list RS“, бр. 17/91-I-ZUDE, 13/94-ZN, 40/94 Odl. US, 82/94-ZN-B, 117/00 Odl. US, 67/01, 83/01-OZ), чл. 72 Закона о *nasljeđivanju Hrvatske* („Narodne novine“, бр. 48/03 – даље ЗОНРХ), чл. 31 Закона о *nasljeđivanju Crne Gore* („Službeni list CG“, бр. 74/2008), чл. 34 Законот за наследувањето Македоније („Сл. весник на РМ“, бр. 47/96-даље ЗОНРМ).

14 Иако је ова одредба била изложена критикама, са аргументацијом да „не доноси ништа ново“ и не проширује појам поклона, те да јој и није место у прописима о наслеђивању (О. Антић, Слобода завештања и нужни део, докторска дисертација, Београд, 1983, стр. 320), она је ипак нашла своје место и у актуелном ЗОН-у.

15 Видети: чл. 216 ст. 1 ЗОН.

16 Поклоном се сматра и бесплатно потпуно или делимично уступање наследног дела санаследнику уговором о преносу наследног дела, као и бесплатно уступање наследног дела трећем лицу, с тим што у том случају до преноса уступљеног дела долази након деобе наслеђа. (чл. 231 ЗОН).

17 То се нпр. изричито наводи у чл. 479 ст. 3 Закона о *obveznim odnosima Republike Hrvatske* („Narodne novine“, бр. 35/2005, 41/2008).

18 С. Сворцан, Коментар Закона о наслеђивању, са судском праксом, Крагујевац, 2004, стр. 144.

прихватити дела који му по закону припада,¹⁹ третира се као поклон. Поклон обухвата и сваку имовинску корист учињену наследнику за оснивање или проширење домаћинства, односно обављање каквог занимања.

Осим побројаног, у чл. 50 *in fine* наводи се да ће се поклоном сматрати „и свако друго бестеретно располагање“. Израз *поклон* у смислу одредаба које штите нужне наследнике има, дакле, такво значење да обухвата сва заживотна добročина располагања оставиоца, чињена како у корист лица која улазе у круг законских наследника, тако и лица која се налазе ван тога круга. У старијој литератури наводи се да „израз поклон има шире значење и односи се не само на уговоре о поклону (поклоне *inter vivos*) већ и на акт последње воље (поклоне *mortis causa*)“;²⁰ подразумевајући под тиме и завештање и уговор о наслеђивању. Овако широко схватање израза *поклон* свакако је неприхватљиво. У нашем праву уговор о наслеђивању ништав је правни посао, док је завештање, као бестеретно располагање *mortis causa* посебан основ стицања наслеђа, регулисан ЗОН-ом.

2. ИЗРАЧУНАВАЊЕ ОБРАЧУНСКЕ ВРЕДНОСТИ ЗАОСТАВШТИНЕ

Обрачунска вредност заоставштине (ОВЗ) је посебна рачунска категорија, која представља основицу за исказивање вредности појединачног нужног дела сваког нужног наследника у новцу. Смисао њеног израчунавања јесте утврђивање да ли је, и у којој мери, оставилац добročиним располагањима повредио нужни део нужних наследника. Наиме, величина нужног дела одређује се од законског дела сваког нужног наследника, у облику разломка,²¹ а његова вредност изражава се у утврђеном проценту од обрачунске вредности заоставштине, те се прирачунавањем поклона у ОВЗ увећава вредност појединачног нужног дела. Уколико је вредност коју је нужни наследник добио добročиним правним пословима оставиоца, осим оних која му се не урачунавају у наследни део, односно вредност дела заоставштине која му припада као законском наследнику мања од вредности нужног дела, сматра се да је нужни део повређен.

Прирачунавање поклона у ОВЗ мотивисано је тежњом законодавца да ефикасније заштити интересе нужних наследника, будући да чињењем поклона

¹⁹ Оваква уговорна одредба, којом се наследник одриче наслеђа које није отворено, иначе не тако ретка у пракси, ништава је у праву Републике Србије (чл. 218 ЗОН).

²⁰ Ж. Перић, Карактерне особине уговора о поклону, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3/1924, стр. 163-164.

²¹ У нашем праву, дакле, прихваћен је концепт појединачног нужног дела. Нужни део потомака, усвојеника и њихових потомака, као и супружника оставиоца увек је половина, а нужни део родитеља и осталих предака, усвојиоца и браће и сестара оставиоца трећина од законског наследног дела.

оставилац може значајно умањити своју заоставштину и тако изиграти интересе својих нужних наследника.²²

Најједноставније речено, обрачунска вредност заоставштине представља збир нето вредности заоставштине и вредности бесплатних располагања правним пословима *inter vivos*, које је оставилац учинио иако није био на то законом обавезан, осим оних који су посебним нормама из тог обрачуна изузете.

Поступак извођења рачунске операције за израчунавање обрачунске вредности заоставштине регулисан је чл. 48 ЗОН-а. Најпре се утврђује тзв. актива заоставштине, тако што се пописују и процењују сва права која је оставилац имао у тренутку смрти, рачунајући ту и све оно чиме је завештањем располагао, као и сва потраживања, осим очигледно ненаплативих. Процена вредности ствари и права врши се према стању у време отварања наслеђа, а вредности у време израчунавања ОВЗ. Од добијене вредности одузимају се дугови које је оставилац имао, заједно са споредним потраживањима поверилаца, уобичајени трошкови сахране и трошкови пописа и процене вредности заоставштине,²³ који чине тзв. пасиву заоставштине.

На тако добијену чисту вредност заоставштине додаје се вредност законом дефинисаног круга оставиочевих добротних располагања правним пословима *inter vivos*. Основни проблем који стоји пред законодавцем при утврђивању правила о израчунавању ОВЗ јесте вредност којих поклона у њу треба прирачунати? Да ли сва добротина давања требају ући у ОВЗ или из одређених разлога нека треба изузети?

У нашем праву сва добротина располагања нису саставни део ОВЗ. У основицу за исказивање нужног дела улазе поклони које је оставилац чинио законским наследницима било када, и на који год начин током живота, па и они за које је наредио да им се не урачунају у наследни део, као и поклони које је трећим лицима учинио у последњој години живота.^{24, 25} Овакво решење израз

22 У домаћој правној доктрини има и мишљења према којима је веома тешко изнаћи убедљиве, необориве аргументе, којима би се могло оправдати урачунавање поклона у ОВЗ, те се ауторка залаже за решење по коме би нужни део могао бити повређен само завештајним располагањима, не и поклонима. Ј. Боровац, *op. cit.* стр. 188-189.

23 У трошкове пописа и процене вредности заоставштине улазе трошкови чувања ствари и привремених мера за обезбеђењем заоставштине, али не и трошкови за рад стараоца заоставштине, извршиоца завештања и управитеља наследства. О Антић, З. Балиновац, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 253.

24 Овакво решење предвидео је још савезни ЗОН из 1955. године (чл. 33 ст. 4 и 5), и оно је опстало и данас, а некритички је преузето и од већине република бивше СФРЈ, у чијим правима и данас егзистира.

25 Сврха урачунавања поклона у ОВЗ јесте да се утврди која су се оставиочева бесплатна располагања кретала у границама расположивог дела, а која су задрала у нужни део, и да се добије основица за израчунавање појединачног нужног дела. М. Крећ, Ђ. Павић, Коментар Закона о наслеђивању, Загреб, 1964, стр. 88.

је тежње законодавца да успостави адекватан баланс између заштите нужних наследника од изигравања њиховог права на нужни део, са једне, и заштите интереса поклонопримаца, шире посматрано и правне сигурности, са друге стране.²⁶

2.1. Проблем дефинисања законских наследника и трећих лица као оставиоцевих поклонопримаца

Три основна питања која се постављају при разматрању који поклони улазе у ОВЗ јесу: 1. ко се од поклонопримаца, према одредбама Закона о наслеђивању, сматра законским наследницима а ко трећим лицима, 2. да ли су оправдана решења која у неповољнији положај стављају законске наследнике оставиоца у односу на трећа лица, и 3. да ли је временски оквир у који су смештени поклони овим категоријама поклонопримаца у вези са израчунавањем ОВЗ адекватан, односно да ли се њиме у довољној мери штите интереси нужних наследника, са једне, и да ли је обезбеђена правна сигурност поклонопримаца, са друге стране?

Савезни Закон о наслеђивању из 1955. године регулисао је да у ОВЗ улази вредност свих поклона које је оставилац учинио на ма који начин неком законском наследнику, па и поклона учињених наследницима који се одричу наследства, као и вредност поклона учињених у последњој години живота лицима која нису законски наследници.²⁷ Већ на први поглед јасно је да је законодавац направио битну разлику између поклона учињених законским наследницима и трећим лицима, а да је употребљена формулација толико непрецизна да се веома тешко може одредити која лица спадају у круг законских наследника, а која остају ван тога круга. Прецизније, било је спорно да ли је законодавац, када говори о законским наследницима, имао у виду оне који наслеђују *in concreto*, или *in abstracto*?

Разумљиво је да је овакво одређење довело до различитих тумачења наведене одредбе у јудикатури, а дуги низ година се и у теорији водила полемика да ли се као законски наследници, у смислу одредбе о израчунавању ОВЗ, сматрају само она лица која су заиста постала наследници на основу закона, или сва лица која улазе у круг законских наследника оставиоца. Према одређеним

²⁶ Упоредно право познаје различита решења. Тако, у македонском праву, при одређивању ОВЗ узимају се само поклони које је оставилац учинио у последња три месеца живота (чл. 33 ст 4 ЗОНРМ). При томе, законодавац не прави дистинкцију између поклонопримаца на законске наследнике оставиоца/поклонодавца и трећа лица. Овакво решење у значајно мањој мери штити нужне наследнике него у другим правима. У Француској, и поклони даровани трећим лицима било када улазе у ОВЗ (чл. 922 СС), док у немачком праву у основицу за израчунавање нужног дела улазе и поклони трећим лицима учињени у десет последњих година живота поклонодавца (§2325 ст. 3 BGB).

²⁷ Видети: чл. 33 ст. 4 и 5 савезног ЗОН-а из 1955. године. Идентичну формулацију преузео је и републички ЗОН из 1974. године (чл. 28 ст. 4 и 5).

ауторима, који су се позивали на „Објашњења уз Закон о наслеђивању“, то би били само законски наследници који *in concreto* наслеђују.²⁸ Чини се да је и у судској пракси овакво схватање преовлађивало.²⁹ Полазећи од телеолошког тумачења, а имајући у виду да норме које уређују нужно наслеђивање имају за примарни циљ што ефикаснију заштиту нужних наследника, већина теоретичара ипак се залагала за екстензивно тумачење наведених одредби.³⁰

У важећем ЗОН-у, настојећи да разреши ову дилему, законодавац је нешто прецизнијом, али опет различитим тумачењима подложном формулацијом, одредио да у ОВЗ улазе поклони учињени на било који начин неком од законских наследника, независно од тога ком наследном реду припадају, да ли хоће или могу да наследе.³¹ Чини нам се да ова норма имплицира најшири круг лица која могу бити законски наследници, те да поклони учињени било када свим потенцијалним законским наследницима улазе у ОВЗ, чак и онда када су се наследници одрекли наслеђа, оглашени недостојним за наслеђивање и сл. Тиме су се очигледно желели заштитити интереси нужних наследника, науштрб интереса поклонопримаца-законских наследника, с обзиром да се одређењем који поклони улазе у ОВЗ истовремено дефинише и круг поклона из којих се нужни део може намирити. Поклони нужним наследницима, као посебној категорији законских наследника, биће урачунати у ОВЗ када год да су учињени, док се вредност поклона учињених завештајним наследницима који нису истовремено и законски наследници узима у обзир само ако су учињени у последњој години живота оставиоца. Исто важи и за поклоне испорукопримцима и корисницима налога.

Спорно, међутим, може бити питање да ли се одређена лица као поклонопримци, у смислу чл. 48 ст. 3 ЗОН-а, сматрају законским наследницима или трећим лицима. Тако, дилема може бити како поступити са поклонима учињеним супружнику пре брака. Чини нам се да би такви поклони били урачунати у ОВЗ када год да су учињени, уколико је доцније закључени брак престао смрћу оставиоца. Компликованије је, међутим, питање како третирати неопозване поклоне учињене током брака супружнику са којим је брак престао разводом или поништењем,³² с обзиром да бивши супружник не улази у круг

28 М. Крећ, Ђ. Павић, *op. cit.* стр. 88.

29 Видети: Пресуда Врховног суда СР Словеније, Пж. 130/66, од 25. 3 1966 (Збирка судских одлука XI-1, одлука бр. 15, Београд, 1966); Пресуда Врховног суда Хрватске, Рев. 1203/79, од 18. 3. 1980 (Збирка судских одлука V-1, одлука бр. 37, Београд, 1980).

30 С. Марковић, *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 198; О. Антић, *Слобода завештања и нужни део*, стр. 319; Н. Каџер, *op. cit.* стр. 873, N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, стр. 235.

31 Видети: чл. 48 ст. 3 ЗОН.

32 У чл. 190 *Породичног закона* („Сл. гласник РС“, бр. 18/2005 и 72/2011-др. закон) предвиђена је могућност да у случају престанка брака поништењем или разводом, супружник

законских наследника. У домаћој доктрини изнет је став да би овакви поклони требали бити урачунати у ОВЗ, када год да су учињени, јер је брак постојао када је поклон учињен.³³ Нама се овакво тумачење наведене законске одредбе чини прешироким и неприхватљивим. Нарочито би парадоксална ситуација наступила када би оставилац након окончања претходног брака засновао нови, чинећи поклоне супружницима у оба брака. Да ли би тада све поклоне учињене супружницима требало урачунавати у ОВЗ, ма када они били учињени? Могу ли се и бивши и садашњи супружник сматрати законским наследницима у смислу наведене одредбе? Мислимо да не. Бивши супружник никако не улази у круг потенцијалних законских наследника, те би поклони учињени њему требали бити третирани као поклони трећем лицу, и урачунавали би се у ОВЗ само ако су учињени у последњој години живота.

Другачија је, међутим, ситуација када је брак престао смрћу једног супружника, а надживели супружник, сходно чл. 22 ЗОН, изгуби право наслеђа.³⁴ Како је супружник био потенцијални наследник у тренутку делације, али *не може* да наследи јер је спречен одлуком суда, поклони учињени њему било када увек би ушли у ОВЗ.

Може се поставити још једно веома интересантно питање: какав је третма дарова учињених привредном друштву чији је власник (или сувласник) законски наследник оставиоца, с обзиром да привредна друштва ни на који начин не могу бити законски наследници и да представљају самосталне правне субјекте, независне од свога власника. Остављајући у овом тренутку наведено питање отвореним, истичемо само да би законодавац и овакву ситуацију требао узети у обзир приликом дефинисања круга поклона који се прирачунавају у ОВЗ, јер је могућност изигравања интереса нужних наследника оваквим располагањима реална и велика.

2.2. (Не)оправданост разликовања правног положаја законских наследника и трећих лица, као оставиоцевих поклонопримаца

Неповољнији положај лица која улазе у круг законских наследника оставиоца може се објаснити тиме што због сродничких и брачних веза

може тражити враћање поклона учињених у току трајања заједничког живота у браку, када је њихова вредност несразмерно велика у односу на вредност заједничке имовине супружника, осим уколико би то представљало очигледну неправду за другог супружника, и када се ради о уобичајеним поклонима који се никад не враћају.

33 Д. Ђурђевић, Институције наследног права, Београд, 2010, стр. 217.

34 Таква могућност постоји када је: а) оставилац био поднео тужбу за развод брака, а након његове смрти се утврди да је тужба била основана, б) брак поништен након смрти оставиоца, из разлога познатих надживелом супружнику у моменту закључења брака и в) заједница живота између супружника била трајно престала, споразумно или кривицом надживелог супружника.

с оставиоцем имају бољи увид у његове имовинске прилике, те могу барем наслутити да се чињењем поклона угрожава или вређа право нужних наследника на нужни део.³⁵ Они своју савесност, у том смислу, не могу доказивати.³⁶

Нама се, ипак, чини да овако уопштenu теоријску конструкцију, којом се законско решење оправдава, животна свакодневица може непрестано демантовати. То је нарочито случај када су поклони учињени дуги низ година пре смрти (чије наступање је, само по себи, најчешће неизвесно), с обзиром да су имовинске прилике сваког лица променљиве. Не може се, наиме, очекивати да приликом пријема поклона, па чак ни када се ради о поклонима велике вредности, поклонопримац има свест о величини нужних делова, вредности имовине и онога што је преостало да би се нужни наследници намирили, а понајмање да претпостави да ли ће у случају повреде нужног дела неко од нужних наследника захтевати намирење нужног дела, или то право неће искористити.

Са друге стране, и временска одредница од годину дана за поклоне учињене трећим лицима сасвим је произвољна, и у функцији је превасходне заштите ове категорије поклонопримаца. Појединим „трећим лицима“ околности под којима се поклонодавац определио за чињење дарова могу бити далеко познатије него неким потенцијалним законским наследницима, јер са њима може бити у много ближним односима него са сродницима из друге или треће парентеле (то је нарочито случај са ванбрачним партнерима, потомцима ванбрачних партнера, истополним партнерима, али и блиским пријатељима и комшијама).

Ако законско решење посматрамо из угла законских наследника, видећемо да је правна извесност и њихово поуздање у сигурност правног промета итекако угрожено, док се, када су у питању трећа лица, правној сигурности даје превага у односу на интересе нужних наследника. Сматрамо да законодавац није учинио одговарајући баланс између ова два супротстављена интереса. Како би се та равнотежа пронашла, мишљења смо да треба изнаћи адекватне временске оквире у које би требало „сместити“ поклоне учињене законским наследницима и трећим лицима, а из којих нужни део може бити намирен. Када су у питању законски наследници, сматрамо да би у обрачунску вредност заоставштине требали ући они поклони који су даровани у периоду од десет последњих година живота оставиоца. Чини нам се да је овај временски период довољно дуг како би се спречило изигравање нужних наследника, а заштитило поуздање у сигурност правног промета поклонопримаца и ограничење воље поклонодавца свело у разумне оквире.³⁷ Када се ради о поклонима учињеним

³⁵ Д. Ђурђевић, *op. cit.* стр. 216.

³⁶ Видети: Одлука ВСС, Рев. 180/2003, од 28. 10. 2004. Наведено према: О. Антић, Д. Ђурђевић, *Приручник за наследно право*, Београд, 2009, стр. 126.

³⁷ „...Стога се у пракси догађа да поклонопримац користи као власник некретнину годинама пре смрти поклонодавца у коју улаже и повећава њену вредност, потом буде

трећим лицима, тај период би требало продужити на три године. Тиме би се омогућила већа заштита нужним наследницима, спречило изигравање њихових права,³⁸ а правна сигурност поклонопримаца који нису законски наследници не би била претерано нарушена.

Веома је спорна и оправданост решења по коме се под законским наследницима подразумевају сва лица која би према слову закона могла бити позвана на наслеђе. Ако се у обзир узме сврха установе нужног дела и читав систем норми који нужно наслеђивање уређују, овакво решење делује ваљано. Оно се може бранити и када су поклонопримци лица која припадају наследном реду из кога се наследници позивају на наслеђе, јер код њих постоји реална правна нада да ће постати наследници, због могућности злоупотреба оставиоца/поклонодавца.³⁹

Међутим, сродници оставиоца, крвни, изузетно и адоптивни, који уопште не припадају наследном реду из кога се наследници позивају на наслеђе, и који не могу имати очекивања да ће наследити поклонодавца, имају у сваком смислу те речи положај трећих лица. Осим тога, поклони њима учињени, а који не спадају у ред мањих уобичајених поклона, веома су ретки.

Узимајући у обзир идеју да у ОВЗ уђу поклони учињени трећим лицима у три последње године живота, чини нам се да би имало смисла „трећим лицима“ сматрати и оне потенцијалне наследнике оставиоца који се не налазе у наследном реду који се позива на наслеђе. Истовремено, поклони учињени у последњих десет година живота оставиоца лицима која припадају наследном реду из кога су наследници позвани да га наследе, без обзира да ли су и постали наследници, могли би доћи под удар закона за намирење повређеног нужног дела.

тужен при истеку рока од три године ради повреде нужног дела и након дуготрајне парнице (оптерећене бројним доказима те вештачењем вредности поклона), дође у ситуацију да након дугог периода власништва, враћа део поклона. Његова правна сигурност по протеклу веома дугог периода бива нарушена“. Ј. Боровац, *op. cit.* стр. 189-190.

38 Трећа лица којима је учињен поклон који не спада у ред мањих, уобичајених поклона, најчешће су лица са којима је оставилац био у веома блиским односима, често знатно ближим него са лицима из круга законских наследника. Стога, рок од годину дана сматрамо прекратким. Може се нпр. догодити да оставилац ванбрачној партнерки учини поклон велике вредности 13 месеци пред смрт, којим је располагао највећим делом своје имовине, запостављајући своје дете из претходног брака. Због кратког законског рока, овај поклон не би ушао у обрачунску вредност заоставштине, нити би се сматрало да је њиме повређен нужни део детета, с обзиром на узајамну ненаследивост ванбрачних партнера.

39 Нпр. поклонодавац има сина, кћер и унука од сина. Чињењем поклона унуку у периоду дужем од годину дана пре смрти, могао би избећи да ишта од своје имовине остави кћери, ако би се унук сматрао „трећим лицем“.

3. ОДРЕЂИВАЊЕ ВРЕДНОСТИ ПОКЛОНА

Параметри за утврђивање вредности поклоњеног добра одређени су законом, с обзиром да од момента чињења поклона, до израчунавања ОВЗ може проћи дуг временски период, услед чега могу наступити значајне промене у погледу стања и вредности поклоњеног добра. Приликом утврђивања вредности поклона полази се од стања поклоњеног добра у тренутку чињења поклона, а вредност поклона цени се према тренутку израчунавања ОВЗ.⁴⁰ Овакво решење, у условима нестабилних финансијских кретања који су мање-више константни на нашем простору, у већој мери штити интересе нужних наследника. Фиксирање стања поклона према времену чињења свакако је најправичније решење, којим се све касније измене на поклоњеном добру чине ирелевантним. Ваља нагласити да вредност поклона приликом његовог прирачунавања заоставштини, у зависности од тржишних прилика, врсте и природе саме ствари и разних других околности, може бити значајно мања или већа него што је била у тренутку чињења.⁴¹

За оцену момента када је поклон учињен није релевантан моменат закључења уговора, већ моменат када је поклонопримац поклоњено добро примио, односно стекао право својине на поклоњеној ствари.⁴² Следствено томе, поклон за случај смрти, када год да је закључен, увек улази у ОВЗ, с обзиром да поклонопримац поклоњено добро стиче тренутком смрти поклонодавца, те се и стање узима према моменту делације. Код одрицања од наслеђа у корист санаследника, уступљени наследни део стиче се давањем изјаве о његовом прихватању, а када се наследни део уговором бесплатно уступа трећем лицу, сматраће се да је поклон учињен тек његовом предајом након извршене деобе наследства.⁴³ Када се поклон састоји у отпуштању дуга, стање поклона биће утврђено према тренутку када се дужник сагласи са изјавом повериоца да од њега неће тражити испуњење обавезе,⁴⁴ као збир главнице дуга са припадајућом каматом,⁴⁵ а његова вредност, у зависности од новчаних кретања,

40 Видети: чл. 51 ЗОН.

41 Посебан проблем одређивања вредности поклона постоји код мешовитих, узајамних, па и ремунационих (наградних) и поклона са налогом или теретом. Разматрање овог проблема превазилази амбиције овог рада, те се нећемо детаљније упуштати у ову проблематику. Више: С. Перовић, Облигационо право, стр. 604-605; А. Perkušić, В. Ivančić, Ugovor o darovanju nekretnine de lege lata i de lege ferenda – pobijanje Paulijanskim tužbama, nasljednopravni i poreznopravni aspekt, Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Rijeci, br. 2/2005, стр. 917-919.

42 Тако: М. Крећ, Ђ. Павић, *op. cit.* стр. 119; О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 257; Д. Ђурђевић, *op. cit.* стр. 216. Постоје и схватања да је овај тренутак меродаван ако уговор није сачињен у писаној форми, у ком случају би се поклон сматрао учињеним моментом закључења уговора. Б. Благојевић, Наследно право у Југославији, Београд, 1976, стр. 394.

43 Видети: чл. 231 ст. 3 ЗОН.

44 Видети: чл. 344 ЗОО.

45 С. Сворцан, *op. cit.* стр. 145.

биће ревалоризована према тренутку израчунавања обрачунске вредности заоставштине.

Новчана противвредност ствари, ако о томе не постоји сагласност наследника, утврђује се вештачењем у оставинском или парничном поступку.⁴⁶ Ако се поклон састоји у новцу, у обзир се не узима његова номинална, већ унутрашња вредност према тренутку поклањања.⁴⁷

Вредност поклона који се састоји у осигурању у корист поклонопримца, одређује се на основу два критеријума. Поклон ће бити једнак збиру уплаћених премија, када је он мањи од износа осигуране суме. Ако је, пак, збир уплаћених премија већи од осигуране суме, осигурана сума узмеће се као поклон,⁴⁸ с обзиром да разлика између уплаћених премија и осигуране суме припада осигуравачу, а не поклонопримцу.

Ваља, свакако, нагласити да се у пракси судови сусрећу са великим проблемима када је у питању доказивање постојања и утврђивање вредности учињених поклона. Обрачунска вредност заоставштине, вредност нужног дела, обим повреде и начин намирења у директној су зависности од истинитог утврђивања вредности свих поклона који долазе под удар закона. Фактички, нужни део се остварује углавном на поклоњеним некретнинама, због писмене форме у којој се сачињавају уговори о промету непокретности. Када писаног трага нема, а то је најчешће случај са поклањањем новца, драгоцености, али и неких других вредних покретних ствари, могућност њиховог доказивања, а нарочито доказивања вредности поклона, значајно је умањена. Ова околност свакако ставља различите поклонопримце у неравноправан положај, јер се може доћи у ситуацију да неки поклонопримци уопште не учествују у намирењу нужног дела, иако би на то били дужни.

4. ДОБРОЧИНА ДАВАЊА КОЈА НЕ УЛАЗЕ У ОБРАЧУНСКУ ВРЕДНОСТ ЗАОСТАВШТИНЕ

Осим поклона трећим лицима који нису учињени у задњој години живота оставиоца, из одређених правно-политичких разлога у члану 49 ЗОН-а предвиђено је да се приликом израчунавања обрачунске вредности заоставштине не узимају у обзир још нека оставиочева добродина давања. Интерес нужних наследника свакако јесте да се у основицу за израчунавање нужног дела прирачунају сва оставиочева добродина располагања. Шири друштвени интерес

⁴⁶ И. Бабић, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 2005, стр. 116.

⁴⁷ Н. Стојановић, Остваривање и заштита права на нужни део урачунавањем поклона и испорука у законски наследни део и нужни део, у: „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, тематски зборник радова, Ниш, 2008, стр. 241.

⁴⁸ Видети: чл. 52 ЗОН.

да одређена бесплатна давања остану неокрњена ипак је превладао у односу на тешњу за свеобухватном заштитом нужних наследника.

Тако, нужни наследници не могу бити намирени из добара отуђених уговором о уступању и расподели имовине за живота. Услов пуноважности овог, по правилу доброчиног уговора,⁴⁹ јесте сагласност воља уступиоца/претка и свих потомака који би према правилима редовног законског наслеђивања били позвани да га наследе, у погледу уступања и расподеле дела или целокупне имовине потомцима.⁵⁰ Будући да су саговорачи уступиоца лица која су његови нужни наследници, својом сагласношћу да на основу овог уговора добију вредност која је мања од нужног дела који би им по закону припао, или да не добију ништа, себе лишавају могућности да захтевају нужни део. Само у случају када се са уступањем и расподелом имовине није сагласио неки потомак који је постао наследник, дошло би до конверзије овог уговора у поклон.⁵¹ До делимичне конверзије уговора о уступању и расподели имовине за живота у уговор о поклону могло би доћи када супружник уступиоца није обухваћен уговором. У том случају делови имовине уступљене потомцима сматрали би се поклоном само у односу на супружника, те би супружник своје право на нужни део могао да оствари из уступљене имовине.⁵²

У основицу за израчунавање нужног дела не улазе ни трошкови издржавања и школовања законских наследника. У литератури се истиче да трошкови издржавања неће бити урачунати у ОВЗ само у оној мери у којој су били одраз стварних потреба законског наследника.⁵³ У мери у којој би трошкови издржавања превазишли потребе издржаваног лица, били би урачунати у ОВЗ. У погледу трошкова учињених за школовање законских наследника, у литератури постоје значајна размимоилажења. Према једном становишту, које за полазну основу има ширу заштиту нужних наследника, изузети би били само трошкови основног школовања.⁵⁴ Према другом схватању у ОВЗ не би се урачунавали сви трошкови школовања до навршене 26. године законског наследника,⁵⁵ а

49 Када овај уговор садржи елементе теретног правног посла, дакле када и на страни потомака као пријемника постоји одређена обавеза, која не превладава добротину компоненту, такав уговор сматрао би се врстом мешовитог поклона. О. Антић, Именовани и неименовани уговори у савременом облигационом праву, Анали Правног факултета у Београду, бр. 1-2/2004, стр. 102.

50 Видети: чл. 183 ЗОН.

51 Видети: чл. 187 ЗОН.

52 Арг. из чл. 189 ст. 2 ЗОН.

53 Видети: О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 255; Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш, 2011, стр. 161, фуснота 81.

54 Видети: О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 254-255.

55 С. Сворцан, *op. cit.* стр. 142. Критикујући став да се под изразом „школовање“ сматра само обавезно школовање, аутор истиче да тако што не произилази ни из језичког значења,

има и мишљења да се у ОВЗ не би требало урачунати све оно што је утрошено за издржавање или школовање законског наследника, без обзира на њихову вредност.⁵⁶

Нужни део не може бити намирен ни из поклона учињених у добротворне и друге општекорисне сврхе. Овде се најчешће мисли да издатке учињене ради изградње, обнове или реконструкције школа, вртића, болница, верских објеката, домова за децу и стара лица, донације Црвеном крсту, библиотекама и сл. Сматрамо да у ову категорију треба да уђу и давања учињена за лечење или друге специјалне потребе било ком лицу према коме оставилац није имао законску обавезу издржавања, с обзиром да се таква давања чине из алтруистичких побуда и имају добротворни карактер. Међутим, ако се докаже да су давања у општекорисне сврхе чињена са намером да се оштете нужни наследници, такви поклони могли би бити поништени, и самим тим постали би део ОВЗ.⁵⁷

Мањи уобичајени поклони, који се чине у пригодним приликама (рођендани, свадбе, славе итд.), такође не улазе у ОВЗ. Ради се само о поклонима мале вредности, док ће поклони веће вредности ући у основицу за утврђивање вредности нужног дела. Оцена вредносног момента поклона зависи и од прилика у одређеној средини, а свакако и од вредности заоставштине и породичних имовинских прилика.

Може се поставити питање да ли се наградни поклони, као специфичан модалитет уговора о поклону, којим се једно лице награђује за радњу или услугу која је користила поклонопримцу, урачунавају у ОВЗ. Чини нам се прихватљив став изнет у савременој доктрини, утемељен на чл. 282 ЗОО, да се ови поклони не би могли побијати због повреде нужног дела, ако су сразмерни имовинским приликама поклонодавца.⁵⁸ Али, ако је наградни поклон несразмерне вредности у односу на вредност заоставштине, могао би се побијати ради намирења нужног дела.

Коначно, поклоном се никада не може сматрати оно што је давалац издржавања стекао на темељу пуноважног уговора о доживотном издржавању, без обзира на дужину трајања уговора и узајамну вредност престација. Вредност отуђеног никада не улази у ОВЗ примаоца издржавања, с обзиром да је реч о теретном и алеаторном правном послу, код кога постоји неизвесност како

нити из циља норме. Свој став аутор образлаже чињеницом да је школовање процес који траје годинама, а да се издаци за школовање, без обзира на ниво образовања, никада не чине са намером да се изиграју нужни наследници. Стога, трошкови целокупног школовања требали би остати изван ОВЗ.

⁵⁶ Ј. Боровац, *op. cit.* стр. 185.

⁵⁷ Тако и: О. Антић, Слобода завештања и нужни део, стр. 321.

⁵⁸ М. Ђурђевић, Наградни поклон, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1/2011, стр. 174 и даље.

у погледу трајања уговорног односа, тако и у погледу вредности узајамних чинидби.⁵⁹

Закључак

Законске одредбе којима се уређује установа нужног дела конструисане су тако да остваре два основна захтева: 1. да се ограничи слобода бесплатних располагања оставиоца, којима би он могао угрозити материјални положај њему најближих лица – нужних наследника, што је примарни циљ, али и 2. да слобода располагања ипак не буде превише сужена, како правна сигурност стицалаца из добротинних правних послова не би била угрожена. Приликом одређивања да ли, и у којој мери нужни део може бити намирен и из учињених поклона, сваки законодавац налази се у дилеми у којој мери ограничити слободу добротиног располагања оставиоца пословима *inter vivos*, и како успоставити адекватан баланс између заштите интереса нужних наследника, са једне, и заштите интереса поклонопримаца, са друге стране. Наведени разлози проблем регулисања улоге поклона у намиривању повређеног нужног дела, обим захвата у поклоњена добра, начин и редослед намирења из поклоњених добара, чине веома комплексним.

Нужни део бива повређен само поклонима који улазе у обрачунску вредност заоставштине, у мери у којој њихова вредност премаша расположиви део заоставштине. Анализирајући поједина решења којима је законодавац прибеглао, мишљења смо да има места корекцијама у правцу редефинисања постављених временских оквира, када се ради о поклонима учињеним законским наследницима оставиоца и лицима која то нису, а која улазе у основицу за исказивање вредности нужног дела. Дајући примат заштити нужних наследника и спречавању изигравања нужног дела,⁶⁰ наш законодавац определио се за компромисно решење према коме се нужни део обезбеђује из свих поклона учињених законским наследницима, као и из поклона учињених трећим лицима у последњој години живота. Постојеће решење у веома неравноправан положај ставља поклонопримце из круга законских наследника, а у односу на нужне наследнике њихову правну позицију чини крајње неизвесном. Узимајући у обзир поштовање принципа правне сигурности и извесности у правном промету, а водећи рачуна и о адекватној заштити нужних наследника, чини нам се прихватљивим решење према којем би нужни део могао бити повређен

⁵⁹ Аргумент за ову тврдњу изводимо из чл. 195 ЗОН. Тако и: Одлука VCC, Рев. 3158/2005, од 20. 04. 2006. Извор. О. Антић, Д. Ђурђевић, *op. cit.* стр. 122.

⁶⁰ Треба истаћи да су у нашем праву границе заштите нужних наследника широко постављене. То се може уочити не само кроз правила о обиму добротинних располагања која улазе у ОВЗ, и из којих се нужни део може намирити, већ и из правила којима се одређује веома широк круг нужних наследника, а међу њима и веома широк круг апсолутних нужних наследника, што све утиче на обим ограничења оставиоцевих бесплатних располагања.

поклонима учињеним законским наследницима у десет последњих година живота оставиоца, као и поклонима учињеним трећим лицима у три последње године живота.

Посебно питање које се поставља јесте ко се све сматра законским наследницима, а ко трећим лицима, у контексту норми којима се израчунава обрачунска вредност заоставштине. Иако законска формулација имплицира, како би се ефикасније заштитили нужни наследници, да се под законским наследницима сматрају сва она лица која улазе у круг оних који могу бити позвани на наслеђе на основу закона, мишљења смо да би овакво решење требало кориговати у правцу да се под законским наследницима сматрају само она лица која припадају наследном реду који из кога су наследници позвани да наследе. Наиме, ова лица, без обзира да ли су и постали наследници, имају реалну прану наду да ће и постати наследници, а осим тога оваквим опредељењем могле би се предупредити евентуалне злоупотребе од стране поклонодавца. Трећим лицима, осим оних који се налазе ван круга законских наследницима, сматрали би се и поклонопримци који јесу потенцијални законски наследници оставиоца, али не припадају наследном реду који *in concreto* наслеђује.

Резиме

Да би се утврдило постојање повреде нужног дела мора се најпре приступити израчунавању обрачунске вредности заоставштине, рачунске категорије која осим чисте вредности заоставштине у себе инкорпорира и законом дефинисани круг оставиоачних бесплатних располагања *inter vivos*. Полазећи од тежње да што потпуније заштити интересе нужних наследника, али и да ипак у разумне оквире сведе ограничење слободе бестеретног располагања и не угрози превише правну сигурност поклонопримаца, законодавац утврђује који поклони улазе у основицу за израчунавање нужног дела. Разматрајући актуелно решење према коме у обрачунску вредност улазе поклони учињени законским наследницима било када, а трећим лицима у последњој години живота оставиоца, и разлоге који су руководили законодавца да значајно привилегује трећа лица као поклонопримце, изнели смо став да је овакво решење неправично и да угрожава правну сигурност лица из круга законских наследника. Мишљења смо да би временски оквир у који су поклони смештени требало преобликовати тако да се нужни део може намирити из поклона учињених законским наследницима учињеним у десет последњих година, а трећим лицима у три последње године живота оставиоца. Поред тога, налазећи да је законска формулација о томе ко се све сматра нужним наследница преширока, изнели смо становиште да би у круг законских наследника *de lege ferenda* требала ући само она лица која се налазе у наследном реду који се у конкретном случају позива на наслеђе, а не сви потенцијални законски наследници, као што је то сада случај.

Novak Krstić, LL.M.
*Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš*

Including Gifts in the Assessed Value of the Succession Estate

Summary

The assessed value of the succession estate is a special mathematical category which is used as the basis for calculating the value of a single compulsory (forced) portion of the succession state; it is also applied in the process of establishing whether the decedent (donor) has violated the forced portion of the succession estate by gratuitous disposition of the succession estate. In this paper, the author focuses on the following issues: which gifts shall be included in the assessed value of the succession estate and which gifts shall be excluded from this calculation; whether it is justifiable to make a distinction between donations which are given to legal heirs and those given to third parties in terms of their inclusion in the assessed value of the succession estate and whether it is possible to settle the forced portion from the value of these gifts; who is considered to be a legal heir and a third party; and whether these legal solutions undermine the legal certainty of the donees.

Key words: *assessed value of the succession estate, gifts (donatio), forced portion*

ОГРАНИЧАВАЊЕ ПРИВАТНОСТИ ДРЖАВНОМ ИНТЕРВЕНЦИЈОМ ЗАСНОВАНОЈ НА ПРИМЕНИ ИНФОРМАЦИОНИХ ТЕХНОЛОГИЈА¹

„Свако друштво које би се одрекло мало слободе, да би добило
мало сигурности, неће заслужити ниједно, а изгубиће обоје.
Бенџамин Фреклин

Апстракт: Рад је посвећен само једном аспекту приватности – личним подацима, који у данашњим правним поретцима бивају подвргнути различитим видовима државне интервенције. Интервенционичка нарав савремене правне државе бива наглашена применом информационих технологија, намећући мноштво видова задирања у приватност појединца. Будући правно везано, то задирање путем прикупљања, обраде и коришћења личних података, од стране државе и њој сличних носилаца империјума, израз је правоваљаног остваривања различитих облика јавног интереса. Притом, ограничавање приватности обрадом личних података у правима савремених држава – премда правоваљано, може бити оправдано (легитимно) и неоправдано (нелигитимно). Оправдано ограничавање намеће „збиљски јавни интерес“, док срж неоправданог чини „симуловани (привидни) јавни интерес“, који прикрива властодржачку потребу запоседања слободе појединца. Особиту пажњу аутор посвећује неоправданом ограничавању приватности појединца, највећма због чињенице да примена нових информационих технологија у савременом информационом друштву доводи до промене природе и сврхе конвенционалних (традиционалних) захвата државе у приватну сферу појединца. Аутор настоји да на постављена питања одговори анализирањем типичних случајева у праву Србије и у упоредном праву.

Кључне речи: приватност, лични подаци, државна интервенција, јавни интерес.

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, пројекат националног карактера (бр. 179046) који финансира Министарство за науку и технолошки развој Владе Републике Србије.

І. Увод

Лични подаци су део права на приватност, једног права-слободе, о којем влада несагласје у правној књижевности.² Лични податак је свака информација која се односи на физичко лице, без обзира на облик у коме је изражена (папир, трака, филм, електронски медиј). Постоје две категорије личних података. Прва категорија обухвата податке који чине физички део саме личности. Реч је о биометријским подацима (својеручни потпис, отисак прстију, дигитализована слика лица, скен очне рожњаче и др.), који, као непроменљиви и неодвојиви од личности, представљају личне податке у ужем смислу. Другој категорији личних података припадају типови података који говоре о личности, али нису њен физички део (име, национална припадност, пол, језик, вероисповест и сл.). Будући одвојиви од личности, те и потенцијално заменљиви, ови типови података представљају личне податке у ширем смислу, за које ћемо из разлога јасног предочавања и разликовања употребити израз „подаци о лицу“.³

Право на приватност представља једно од основних субјективних права. У сржи овога права стоји интерес титулара да његов приватни живот⁴ трећим лицима буде доступан у мери у којој је то опредељено његовом вољом.

2 Заправо, посленици науке су несагласни у погледу добара која су угрожена обрадом података о личности. О томе: Владимир В. Водинелић, *Обрада података и заштита личности*, Анали Правног факултета у Београду, 2-3/1989, стр. 172-196; Ловро Штурм, *Правни аспекти заштите података у савременим информационим системима*, Анали Правног факултета у Београду, 6/1986, стр. 652-665; Драгица Попеску, *Право приватности*, Билтен Округног суда у Београду, 2008, стр. 55-69.

3 в. Оливер Суботић, *Биометријски системи идентификације*, Београд, 2007, стр. 20-21.

4 У погледу значења појма „приватан живот“ знаковита су правна схватања Европског суда за људска права у Стразбуру (у наставку Суд), настала у примени чл. 8. Европске конвенције о људским правима, који гласи: „Свако има право на поштовање свог приватног и породичног живота, дома и преписке“. Полазећи од тога да Суд није утврдио експлицитну дефиницију приватног живота, у прилици смо само да предочимо одређујуће идеје водиле Суда у примени чл. 8. Конвенције.

Прво, Суд је заузео гледиште да заштита приватног живота, поред негативне обавезе, садржане у заштити појединца од самовољног мешања јавних власти, може бити изражена и кроз конкретне обавезе садржане у стварном поштовању приватног живота (рецимо у случају *Airey v. Irska*, Суд је сматрао да је предлагач био жртва кршења чл. 8. по основу тога што по домаћем праву не постоји систем правне помоћи у поступку раставе, те се одбијањем приступа суду директно утицало на приватан и породичан живот). в. Жил Диретр, *Изводи из најзначајнијих одлука Европског суда за људска права*, Београд, 2006, стр. 233.

Друго, Суд је мишљења да се приватни живот не може ограничити на „унутрашњи круг“ у којем би појединац могао да се креће у приватном животу који одабере, чиме би из њега био искључен спољни свет који није тим кругом обухваћен. У том смислу правно схватање појма приватног живота, по мишљењу Суда, не искључује професионалну или пословну делатност појединца (в. *Niemietz v. Nemačka*; *Huvig v. Francuska*; *Chappeli v. Ujedinjeno Kraljevstvo*). *Ibid*, стр. 229-230.

Суштину (биће) права на приватност обликује потреба појединца да ужива пуну аутономију спрам три врсте својих интереса: аутономије одлучивања у интимним и личним стварима, заштите од откривања личних околности и интерес заштите од неосноване присмотре од стране власти.⁵

Правна књижевност познаје две концепције (типа) приватности – класичну и савремену, у чијој основи лежи разлика између двеју државних форми: либералне правне државе, која је изнедрила класичну концепцију приватности и савремене правне државе, у чијем се поретку развио тзв. савремени тип приватности. Либерална правна држава (настаје крајем 18. и у свом изворном облику битише до почетка 20. века) била је крајње неинтервенционистичка држава; њени задаци састојали су се у остваривању циља моћи, циља безбедности и правнога циља (заштита државе, јавнога поретка и субјективних права појединаца). Придев „либерална“ у свом називу получила је захваљујући идеологији либерализма која је пропагирала аутономију појединца и грађанског друштва. Следствено томе, приватност као еманација слободе појединца (негативне слободе) стајала је у поретку либералне правне државе потпуно ван државне интервенције, на темељу чега су посленици правне књижевности либералну приватност дефинисали као „право појединца да буде остављен на миру“.⁶

Време либералне правне државе ишчезло је почетком 20. века, када долази до проширивања задатака државе. Осим задатака који чине нужно биће државне власти (одбрана, унутрашња безбедност, финансије, дипломатија и правосуђе), интервенција државе захвата све области унутардруштвеног живота. Такво стање, са извесним противдејствовањем (нео)либерализма (период након 2. светског рата и последња деценија 20. века), своју коначну потврду добива на концу 20. и у првој деценији 21. века, где стварност постојећих држава белодано показује да је интервенционистички концепт државе нужност. Саобразно томе, у поретцима савремених држава јавни интерес, као „суштинска потреба једне целине, својом важношћу надређена појединачним интересима грађана и организација“,⁷ представља „вишу норму“ у односу на субјективна права

Треће, Суд налази да појам „приватан живот“ обухвата физички и морални интегритет личности, укључујући следећа лична добра: име, пол, сексуални живот, тајност преписке и телефонске и електронске комуникације, личне податке и др. Ibid, стр. 234-250. На крају, становиште Суда можемо апстраховати констатацијом да појам „приватан живот“ обухвата физички и духовни интегритет личности, а да је циљ јемства, које се пружа чл. 8 Конвенције да обезбеди развој личности сваког лица без спољног мешања у његове односе са другим људима.

5 Предраг Димитријевић, *Право информационе технологије*, Ниш, 2011, стр. 245.

6 Класичну концепцију приватности определиле су судије Samuel Warren и Louis Brandeis, који су крајем 19. века у раду „Право на приватност (The Right to Privacy)“ в. Предраг Димитријевић, *op. cit.*, стр. 244.

7 Зоран Томић, *Управно право*, Београд, 2011, стр. 198.

грађана, што узрокује неопходност ограничења субјективних права. Таквој нарави (форми) државе не пристаје класична концепција приватности, јер приватни живот појединца у поретку такве државе не може остати сасвим ван захвата државне власти. Напослетку не и због тога што и сами интереси грађана то налажу. Уместо „права да буде остављен на миру“, супстрат савремене концепције приватности сачињава право да прикупљање, обрада и коришћење личних података остану под контролом лица о чијим се подацима ради. Та се контрола очитује се у правно гарантованом „кругу оправданих интереса“⁸

8 „Круг оправданих интереса“, према становишту Владимира В. Водинелића, обухвата следећа права лица: 1) да може да употреби податак о себи, да се послужи њиме, да му се пружи прилика да га сам да, да се податак прибави од њега самог; 2) да се одређене врсте података о њему уопште не прикупљају, обрађују, преносе и користе; 3) да може да одлучи хоће ли и које податке о себи дати, коме, када и за коју сврху, смеју ли се обрађивати, преносити трећима и користити; 4) да податке о њему прикупљају, обрађују, преносе и користе само субјекти који су на то овлашћени; 5) да (овлашћени субјекти) о њему прикупљају, обрађују, преносе и користе само оне податке, који су (им) неопходни за допуштenu делатност и сврху; 6) да се о њему прикупљају, обрађују, преносе и користе само истинити, потпуни, незастарели, јасни, једнозначни подаци, да се подаци не промене или да им се не измени смисао издвајањем из изворног контекста, из контекста примарне намене или повезивањем са другим подацима; 7) да може да (са)зна који су то субјекти који би могли располагати и можда располажу подацима о њему, и којом врстом тих података (који субјекти могу да прикупљају, обрађују, преносе и користе које личне податке); 8) да може да сазна да ли и које податке о њему поседују конкретан, одређени субјект, којих их је прикупио, од кога их је прибавио и коме их преноси; 9) да може да провери да ли међу подацима о њему, које прикупља, обрађује, преноси и користи дотични субјект, има и таквих за чије прикупљање, обраду, преношење и коришћење тај субјект није овлашћен; 10) да може да провери да ли међу подацима о њему, које прикупља, обрађује, преноси и користи дотични субјект, има и таквих који том субјекту нису неопходни за допуштenu сврху и делатност; 11) да може да провери да ли су подаци о њему, које дотични субјект прикупља, обрађује, преноси и користи, истинити, потпуни, незастарели, јасни, једнозначни, непромењени, да ли им се изменило значење издвајањем из изворног контекста, из контекста примарне намене или повезивањем с другим подацима; 12) да може да спречи да субјект започне прикупљање, обраду, преношење или коришћење података о њему ако за то није овлашћен, или ако подаци о њему нису неопходни за допуштenu сврху и делатност, или ако су подаци о њему неистинити, непотпуни, застарели, нејасни, вишезначни, промењени или би се променили, измењеног смисла или би им се изменио смисао издвајањем из изворног контекста, из контекста примарне намене или повезивањем са другим подацима; 13) да може да исходи, постигне да се (привремено) прекине (већ започето) прикупљање, обрађивање, преношење или коришћење података о њему, док се не разјасни је ли субјект за то овлашћен (постоји ли правни основ, овлашћење за прикупљање, обраду, пренос или коришћење тих података), или јесу ли ти подаци неопходни за допуштenu сврху и делатност, или јесу ли ти подаци неистинити, непотпуни, застарели, нејасни, вишезначни, промењени, измењеног значења издвајањем из изворног контекста, из контекста примарне намене или повезивањем с другим подацима, као и да може да исходи да се (трајно) обустави прикупљање, обрађивање, преношење или коришћење података о њему у погледу којих се то што је спорно не може разјаснити (non liquet); 14) да може да постигне да се бришу подаци о њему ако су прикупљени, обрађивани,

титулара, који не могу бити нарушени ни у једном случају јавним интересом руковођеног прикупљања, обраде и коришћења личних података.⁹ Дакако, „круг оправданих интереса“ појединца о чијим се подацима ради проиходи из природе савремене интервенционистичке државе. Наиме, не само у погледу односа поводом обраде личних података, већ и код других правних института (експропријација, одговорност државе за штету проузроковану законитим радом, примена полицијских овлашћења и др.), у сржи законописања стоји нужност успостављања „правичне равнотеже“ између државног интервенционизма и субјективних права, односно јавног и приватног интереса, која („правична равнотежа“) представља услов легимитета и опстанка савремене правне државе.

II. Правни режим заштите личних података

Упоредно право познаје два приступа заштити личних података¹⁰. Први приступ¹¹ оличава доношење закона којим се на свеобухватан начин уређује заштита личних података, док потоњи¹² обухвата парцијалну нормативно-правну регулативу, усмерену на поједине аспекте обраде личних података. Притом, осим свеобухватног правног нормирања, одређујућу карактеристику првога приступа представља конституисање посебног органа у чијој се надлежности налази старање о заштити личних података.¹³

преношени или коришћени без правног основа, без овлашћења за то, или ако нису били или више нису неопходни за допуштену сврху и делатност, да се обнове подаци о њему ако су избрисани без правног основа, да се врате подаци о њему ако су пренети неовлашћеном субјекту или без правног основа, да се исправе неистинити, допуне непотпуни, ажурирају застарели, појасне нејасни, определи значење вишезначних, успостави пређашње стање промењених, коригују они чије значење измењено издвајањем из изворног контекста, из контекста примарне намене или повезивањем с другим подацима, да се раздвоје од података који им мењају смисао, да се повежу са подацима који им дају прави смисао, и др.; 15) да се похрањени подаци не повреду, оштете, изгубе, отуђе или униште, и уопште обезбеде од утицаја неовлашћених. в. Владимир В. Водинелић, *op. cit.*, стр. 192-193.

9 Предраг Димитријевић, *op. cit.*, стр. 247.

10 Заштити личних података посвећени су и извори међународнога права. Наводимо најважније: *Смернице за регулисање досијеа са компјутеризованим личним подацима Е/СН.4/1990/72 (усвојен Резолуцијом Генералне скупштине УН бр. 45/95); Смернице ОЕСД-а из 1980; Европска конвенција о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података (усвојена у Савету Европе 1981.); Директиве Европске уније: Директива о слободној циркулацији и процесуирању података 95/46; Директива о правној заштити база података 96/9; Директива о заштити личних података (1998).*

11 Етаблиран је у највећем броју земаља (све државе чланице Европске уније, Аустралија, Нови Зеланд, Канада и др.).

12 Постоји у Сједињеним Америчким Државама.

13 Орган о којем овде говоримо може бити инокосног или колегијалног принципа организације руковођења. Као инокосни може постојати у виду „Комесара за заштиту

Одређујућа обележја првога приступа на снази су и у нашем важећем праву. Темелј заштите личних података у нас постављен је уставном нормом¹⁴ којом се јемчи заштита података о личности (чл. 42. став 1.), са произилазећим правом свакога да буде обавештен о прикупљеним подацима о својој личности, као и правом на судску заштиту због њихове злоупотребе (чл. 42. став 4.). Устав забрањује и кажњава употребу података о личности изван сврхе за коју су прикупљени, осим за потребе вођења кривичног поступка или заштите безбедности државе, на начин предвиђен законом (чл. 42. став 3.). На основу предочених уставних норми, године 2008. донесен је Закон о заштити података о личности¹⁵ (у даљем тексту закон),¹⁶ којим је старање о заштити података о личности стављено у надлежност Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности.

Најпре истакнимо да законом нису обухваћене поједине групе података: 1) подаци који су доступни свакоме, објављени у јавним гласилима и публикацијама или приступачни у архивама, музејима и другим сличним организацијама; 2) подаци који се обрађују за породичне и личне потребе и нису доступни трећим лицима; 3) подаци који се о члановима политичких странака, синдиката и других удружења обрађују од стране тих организација, али под условом да члан да писмену изјаву да одређене одредбе закона не важе за обраду података о њему за одређено време, али не дуже од његовог чланства у тој организацији; и 4) подаци које је лице објавило о себи, а способно је да се само стара о својим интересима.

Обрада података о личности,¹⁷ врши се по правилу уз пристанак лица, који подлеже строгим условима пуноважности. Полазећи од пристанка лица, овде

приватности“ (Канада), „Повереника за заштиту личних података“ (Немачка), или „Регистрара за заштиту података“, што је случај у Великој Британији. У колегијалном облику постоји као „Комисија за заштиту личних података“ (Аустрија), „Уред за заштиту приватности“ (Белгија), „Комисија за заштиту података“ (Шведска), „Национална комисија за информатику и слободу“ – тзв. CNIL (Француска), те као „Рачунарски одбор“ на Исланду. в. Стеван Лилић, *Законодавство о заштити података, упоредно-правни осврт*, *Анали Правног факултета у Београду*, 2-3/1989, стр. 278-284.

14 Устав Републике Србије («Сл. гласник РС», бр. 98/2006), чл. 42. став. 1-4.

15 Законом се уређују услови за прикупљање и обраду података о личности, права лица и заштита права лица чији се подаци прикупљају и обрађују, ограничења заштите података о личности, поступак пред надлежним органом за заштиту података о личности, обезбеђење података, евиденција, изношење података из Републике Србије и надзор над извршавањем овог закона.

16 «Сл. гласник РС», бр. 97/2008.

17 Обрада података је свака радња предузета у вези са подацима као што су: прикупљање, бележење, преписивање, умножавање, копирање, преношење, претраживање, разврставање, похрањивање, раздвајање, укрштање, обједињавање, уподобљавање, мењање, обезбеђивање, коришћење, стављање на увид, откривање, објављивање, ширење, снимање, организовање, чување, прилагођавање, откривање путем преноса или на други начин чијењење доступним,

претпоставке правоваљаности обраде података, законописац је утврдио листу случајева недозвољене обраде података. Недозвољена обрада података постоји: када физичко лице није дало пристанак или се обрада врши без законског овлашћења; ако се обрада врши у другу сврху од оне за коју је одређена (без обзира на пристанак или законско овлашћење); када сврха обраде није јасно одређена, ако је измењена, недозвољена или већ остварена; уколико је лице на које се подаци односе одређено или одредиво и након што се оствари сврха обраде; ако је начин обраде недозвољен; уколико је податак који се обрађују непотребан или непотпун, односно када није заснован на веродостојном извору или је застарео. Осим тога, поједини подаци о личности не могу бити предмет обраде, ни уз пристанак лица. Тако, нарочито осетљиви подаци који се односе на националну припадност, расу, пол, језик, вероисповест, припадност политичкој странци, синдикално чланство, здравствено стање, примање социјалне помоћи, жртву насиља, осуду за кривично дело и сексуални живот могу се обрађивати само на основу слободно датог пристанка лица, осим када закон обраду не допушта ни уз пристанак.

С друге стране, према је пристанак по правилу услов, у појединим случајевима обрада података о личности биће правоваљана и без пристанка лица: када је неопходно остварити животну важне интересе лица (живот, здравље и сл.); у сврху извршења законских или уговорних обавеза закљученим између лица и руковоаца, као и ради припреме закључења уговора; у другим законом нормираним случајевима, а ради остварења претежног оправданог интереса лица, руковоаца или корисника; као и у случају када је органу власти обрада неопходна ради обављања послова из своје надлежности у циљу остваривања интереса националне или јавне безбедности, одбране земље, спречавања, откривања, истраге и гоњења за кривична дела, економских, односно финансијских интереса државе, заштите здравља и морала, заштите права и слобода и другог јавног интереса. Закон допушта и обраду података у историјске, статистичке и научноистраживачке сврхе, под условом да не служе доношењу одлука или предузимању мера према одређеном лицу.

Лице на које се подаци односе легитимисано је да захтева обавештење о обради, да изврши увид у податке, као и да поднесе захтев за издавање копије податка. Гаранције предоченим правима пружена су путем правних средстава, која стоје на располагању лицу на које се подаци односе, а наиме да противу

прикривање, измештање и на други начин чињење недоступним, као и спровођење других радњи у вези са наведеним подацима, без обзира да ли се врши аутоматски, полуаутоматски или на други начин. Обрађивач податка је физичко или правно лице, односно орган власти, коме руковалац на основу закона или уговора поверава одређене послове у вези са обрадом.

решења руковоаца¹⁸ изјави жалбу Поверенику за информације од јавног значаја и заштиту података о личности, те да противу коначнога решења Повереника може тужбом да покрене управни спор пред Управним судом, које је решење сасвим на висини принципа правне државе. Излагање општега режима заштите података о личности у нас окончајмо закључком да је важећи Закон највећма сагласан упоредно-правним и међународно-правним стандардима у овој области.

Међутим, постојање матичног општег закона по мери принципа правне државе, спрам заштите личних података, стоји као неопходан, али не и довољан услов. Упоредно право јасно нам казује да систем заштите података о личности уистину не може бити потпун и правно-логички конзистентан уколико је утемељен само на једном општем закону. Заправо, потпуност и делотворност система заштите личних података постојаће једино када се на основу општега закона о заштити личних података донесу посебни закони и одговарајући прописи подзаконског ранга. Да наречено заиста представља услов целovitости и ефикасности система заштите личних података белодано показује и наше важеће право. Наиме, Закон о заштити података о личности у нас представља матични општи закон, чије одредбе и начела захтевају даљу законску конкретизацију у појединим, спрам заштите личних података, врло осетљивим областима, као што су: национална безбедност, одбрана, кривично правосуђе, медицински подаци, медији, уметничко и књижевно изражавање, телекомуникације и Интернет, биометрија, видео-надзор, банкарство и финансијски подаци, политички избори, директни маркетинг, електронски документи и електронски потпис, агенције за физичко-техничку заштиту, овлашћења приватних детектива и др.¹⁹ У периоду после доношења Закона о заштити података о личности законска конкретизација извршена је у малом броју горе предочених области, с тим да су поједини донесени закони очигледно несагласни, не само важећем матичном закону о заштити података о личности, него и Уставу Републике Србије. Осим тога, Влада Србије није усвојила ни акт о начину архивирања и о мерама заштите нарочито осетљивих података, као ни Акциони план за спровођење Стратегије заштите података о личности, што нам допушта да закључимо да систем заштите личних података у нас још није заокружен. Манљивост србијанског система заштите личних података узрокована је и чињеницом недоследног неизвршавања законске обавезе појединих руковоаца о похрањивању сопствених база личних

18 Руковоалац података је физичко или правно лице, односно орган власти који обрађује податке.

19 в. Стеван Лилић, Интернет доспео до петине, www.politika.rs/rubrike/Sta-da-se-radi/Internet-dospeo-do-petine.sr.html 10. 3. 2011; Александар Ресановић, Рокови прошли, прописа нема, www.politika.rs/rubrike/Sta-da-se-radi/Rokovi-prosli-propisa-nema.sr.html 5. 3. 2011; Родољуб Шабић, Чији су наши лични подаци, 2011. 01. www.istinomer.rs/teme/ciji-su-nasii-licni-podaci/27.01.2011. (странице последњи пут посећене 14. 11. 2012.)

података у централни регистар Повереника за информације од јавног значаја и заштиту података о личности.

III. Неоправдано (нелигитимно) ограничавање приватности путем државне интервенције засноване на примени информационих технологија

Као што смо већ видели, обрада личних података је допуштена само уколико за њу постоји изрични законски основ или уколико се врши уз пристанак лица о чијим се подацима ради. Без тога обрада података је недозвољена, без обзира ко је врши и о каквој врсти обраде је реч – прикупљање, коришћење, стављање на увид, чување, ширење или објављивање. Будући недозвољена, таква обрада личних података разуме се да је и неоправдана (нелегитимна). Међутим, због неслућених размера примене информационих технологија, ваља размотрити могућност да допуштени видови обраде личних података (било да су засновани непосредно на закону, или се врше уз пристанак лица) представљају неоправдано (нелегитимно) ограничавање приватности појединца. Реч је о томе да примена информационих технологија представља целисходан инструмент задовољења истинских јавних потреба, само под условом да приватност појединца не подлеже већим ограничењима у односу на конвенционалну (традиционалну) обраду личних података. Када, пак, аутоматизована обрада личних података, у односу на конвенционалну, у крајњем исходу значи повећану ефикасност за онога ко се служи таквом обрадом и већи ризик угрожавања приватности појединца, посреди је неоправдано (нелигитимно) ограничавање приватности. У таквим случајевима конвенционални (традиционални) захвати државне власти у приватну сферу појединца (у зависности од облика и интензитета примене информационих технологија) мењају своју природу и сврху, истичући у први план властодржачку потребу задирања у слободу појединца. Предочено мењање природе својстава постоји и у бићу самог информационог друштва. Информационим друштвом можемо сматрати оно друштво које функционише претежно помоћу информационих технологија, које као снага напретка служи и интересима грађана. Његова супротност јесте тзв. информационо контролисано друштво“ (друштво информатичке репресије), када центри моћи користе информационе технологије ради надзора над понашањем грађана.²⁰

У правним поретцима савремених држава, типове неоправданог ограничавања приватности појединца, применом савремених информационих технологија, установили смо код издавања биометријских личних докумената, као и код појединих видова надзора електронске комуникације грађана.

²⁰ Оливер Суботић, *op. cit.*, стр. 50.

1. Биометријски идентификациони документи

Идентификациони документи у конвенционалном (папирнатом) облику (лична карта, пасош, возачка дозвола), као израз консензуса јавног и приватног интереса, начелно представљају допуштен и оправдан вид задирања у приватност појединца. Карактер оправданог задирања у приватност појединца произлази из чињенице да идентификациони документи представљају неопходну претпоставку нормалног одвијања друштвеног живота и остваривања зајемчених права грађана. С тога, прикупљање, обрада и коришћење личних података у поступку издавања конвенционалних идентификационих докумената постоји као разумљиво и нужно ограничавање приватности, зарад остваривања оправданог задатка савремене интервенционистичке правне државе. Међутим, развојем информационих технологија настају електронски идентификациони документи, који, видећемо касније, могу променити природу и сврху у тој мери да њихов карактер незаменљиве претпоставке нормалног одвијања друштвеног живота постане сенка властодржачког средства надзора.

Електронски идентификациони документи могу постојати као биометријски и небиеометријски. Израз биометрија грчког је порекла и представља кованицу речи *bios* (живот) и *metrion* (мерење). Најсажетије казано, биометријом се означава идентификација особе на основу њених биолошких особина, из чега можемо закључити да су биометријски методи идентификације грађана засновани на мерењу одређених својстава организма, особеним за сваког човека, ради потврђивања његовог идентитета у друштвено-институционалном смислу.²¹ Имајући то у виду, биометријским називамо оне правно-информационе системе који користе различита физио-биолошка својства и/или мерења понашања људског тела која се могу користити за конкретну идентификацију дате особе.²² И коначно, биометријски идентификациони документи су само они електронски документи који садрже карактеристичне биометријске податке њеног имаоца.

У карактеристичне традиционалне биометријске податке спадају: својеручни потпис (познат још у најранијим културним круговима), отисци прстију, облик прстију, шаке, руке и др. Савремене информационе технологије омогућиле су дигитализацију биометријских података, којој групи припадају дигитална обрада слике лица из неколико перпектива, дигитални отисак прстију, дигитални својеручни потпис, скен очне рожњаче и др. Напоследку, напоредо са развојем информационих технологија настаје усавршавање биометријских система идентификације, што омогућава проширивање листе биометријских података новим биометријским подацима: генерисање тродимензионалног

²¹ Према: *Ibid*, стр. 20.

²² *Ibid*, стр. 20.

модела лица, препознавања распореда вена, анализе ДНК структуре, детекцију мириса и специфичних хемијских својстава коже за сваког човека.²³

У упоредном праву примена биометријске технологије варира од државе до државе. Посматрано у односу на поједине врсте идентификационих докумената, може се закључити да је у упоредном праву биометријска технологија прихваћена као правило код издавања пасоша, док је у погледу личних карти (још увек) у сенци њеног конвенционалног облика.

Правило о облигаторности биометријских пасоша новијег је датума. Наиме, њихово увођење дошло је као резултат политике Сједињених Америчких Држава у периоду непосредно након напада који су се догодили 11. септембра 2001. године.²⁴ Сједињене Америчке Државе најпре су (USA Patriot Act - потписан 26. октобра 2001. и Законом о повећаној безбедности границе и реформи визног система из 2002.) поседовање биометријског пасоша поставиле као услов уласка на њихову територију, а затим је Међународна организација за цивилно ваздухопловство Уједињених Нација године 2003. прописала стандард (ICAO 9303) о електронским пасошима који ће садржати биометријске личне податке. Стандард (ICAO 9303) предвиђа дигитализовану слику лица, не захтевајући притом образовање централне базе података. Предочени стандард прихваћен је од стране Европске уније и Савета Европе, с том разликом што биометријски пасоши европских држава чланица дотичних организација, поред дигитализоване слике лица садрже и дигитализоване отиске прстију, чиме су европске државе предвиделе више биометријских података, него што је случај у Сједињеним Америчким Државама. Иако иницијатори и покровитељи увођења биометријских пасоша, биометријски пасоши у Сједињеним Америчким Државама садрже само дигитализовану слику лица. Ипак, заједничка одлика биометријских пасоша Сједињених Америчких Држава и европских јесте чињеница непостојања централних база података.

У погледу личних карти, упоредно право познаје неколико решења.²⁵ Прво, постоје државе које нису увеле личну карту као обавезан идентификациони документ. То су државе англо-америчког правног круга у којима карактер идентификационог документа по правилу имају возачке дозволе. Осим тога, личне карте нису обавезан идентификациони документ у појединим европским државама (нпр. Данска). Друго решење очитује се у постојању личне карте конвенционалног облика (папирнатог или пластифицираног). Примера ради, тој групи држава припадају Француска, Немачка и Грчка. На крају, трећи модел јесу

²³ Ibid, стр. 18-19.

²⁴ 11. септембра 2001. дошло је до кординисаних напада на Сједињене Америчке Државе. Напади су извршени авионима, који су претходно отети. Два авиона су ударила у зграду Светског трговинског центра, трећи је ударио у зграду Пентагона у Вашингтону, док се четврти срушио у области саставне државе Пенсилваније.

²⁵ Оливер Суботић, *op. cit.*, стр. 71-84.

електронске личне карте, код којих разликујемо биометријске и необиметријске. Небиометријске електронске личне карте могу постајати као обавезне (Белгија, Естонија) или необавезне (Норвешка, Финска). Биометријске личне карте исто тако могу почивати на принципу облигаторности (Шпанија, државе „трећег света“) или на принципу добровољности издавања, где спада и Србија.

Биометријске личне карте уведене су у нас Законом о личној карти²⁶ из 2006. године.²⁷ Куриозитет тог закона огледао се у чињеници да је њиме установљено обавезно издавање биометријских личних карти, као и то да је њиме било предвиђено образовање централне базе биометријских података (дигитализованих отисака прстију, дигитализоване слике лица са фацијалним особеностима и дигитализованим потписом). Под притисцима јавног мњења, законској норми о обавезном издавању биометријских личних карти била је придодата Уредба о упису података у образац личне карте,²⁸ којом је установљен принцип добровољног издавања биометријских личних карти. Принцип добровољности у издавању биометријских личних карти касније је потврђен изменама и допунама Закона о личној карти.²⁹

У чему се огледа неоправдано задирање у приватност појединца издавањем биометријских личних докумената? Полазећи од тога да је оправдано задирање у приватност само оно које служи легитимном јавном циљу, увођење биометријских докумената под императивом је задовољења јавног и приватног циља. Када говоримо о првом, потребно је да биометријски идентификациони документи представљају неопходан услов остваривања јавног интереса, који се на други начин успешно не би могао постићи, док у погледу потоњег, биометријски идентификациони документи не смеју стварати већу опасност злоупотребе личних података и приватности појединца. Притом, према принципу сразмерности, чија је примена овде опредељена природом ствари, тај однос јавног и приватног могли бисмо изразити тако што ћемо закључити да увођење биометријских идентификационих докумената неће уследити, ако су штетне последице по приватност појединца веће у односу на оне ради чијег спречавања би се посегло за њиховим увођењем.

26 „Сл. Гласник РС“, бр. 62/06.

27 У Србији је још 2003. купљена скупопена опрема ради инсталирања биометријског система идентификације.

28 „Сл. гласник РС“, бр. 4/2007. У члану првом Уредбе стоји: „Само на основу изричите сагласности лица коме се издаје лична карта у образац личне карте може да се угради чип који у том случају садржи и податак о пребивалишту и адреси стана лица коме се издаје лична карта.“ Осим Закона и Уредбе донесен је и Правилник о личној карти („Сл. гласник РС“, бр. 11/2007), као извршно-спроводбени пропис.

29 „Сл. гласник РС“, бр. 36/2011.

Увођење биометријских докумената правда се потребом борбе против тероризма и организованог криминала, као и потребом модернизације управе.³⁰

Како биометријска технологија изискује драстично увећавање броја информација које држава поседује о појединцу, биометријски идентификациони документи несумњиво олакшавају извршавање државних задатака. У том погледу веће могућности контроле држави омогућавају успешније супротстављање тероризму и организованом криминалу. Међутим, биометријски документи нити су нужан услов постизања тог циља, нити се пак зарад остваривања тога циља у стање „основане сумње“ сме стављати сваки ималац биометријског личног документа. Уосталом, ако узмемо у обзир да биометријска лична документа пуни замах добијају након терористичких напада у Сједињеним Америчким Државама, парадоксалност тих циљева долази и одатле што је иницијатор и покровитељ увођења биометријских докумената (биометријских пасоша) држава која уједно стоји на челу „глобалног тоталитаризма“. Када је реч о модернизацији управе, искуства информационо најразвијенијих држава казују нам да напредни принцип е-управе није утемељен на биометријској технологији.³¹

С друге стране, биометријски систем идентификације носи са собом бројне ризике по слободу појединца. Ради се најпре о томе да издавање биометријских докумената може за последицу имати и образовање централизоване базе биометријских података.³² Централизоване базе биометријских података омогућавају носиоцима империјума власти да располажу великим бројем личних података, из чега извире велики тоталитарни потенцијал.³³ Сасвим је јасно да је у погледу безбедности и приватности биометријских података грађана прихватљивији систем у којем подаци не напуштају идентификациони документ. Прецизније речено, то је систем у којем не постоји позадинска централна база података и у коме је ималац карте потпуни и одговорни власник биометрије у електронском облику.

³⁰ Оливер Суботић, Биометријски пасоши: чињенице и контроверзе, „Православље“, бр 1024/2009, <http://pravoslavlje.spc.rs/broj/1024/tekst/cinjenice-i-kontroverze/> (страница последњи пут посећена 5. новембра 2012.)

³¹ Е-управа, као израз информационог друштва у служби је грађана. У државама е-управе приоритетне јавне услуге потпуно су информатизоване, из чега произлази непостајање писане или шалтерске комуникације.

³² У стручним круговима преовлађује став да је уместо централне базе података далеко безбедније и по приватност појединаца боље тзв. решење 1:1 („један на један“) идентификације, где су биометријски подаци смештени само на смарт карти и не напуштају је приликом аутентфикације идентитета, што имаоцу биометријског документа пружа неупоредиво већу контролу над биометријским подацима.

³³ Многи у биометријским идентификационим документима виде прву етапу у тзв. трофазном процесу: прво један чипом снабдевен документ, потом једини документ са чипом и на крају само чип, као документ који се не носи у цепу, већ у телу под кожом.

Заговорници увођења биометријске технологије притом истичу да су савремени биометријски системи савршени, што демантују и теорија и пракса. Централизоване базе биометријских података могу бити мета напада и споља и из унутра. Суштина проблема је у чињеници да пракса показује да не постоји стопроцентно заштићени електронски систем који би заштитио податке од неауторизованог коришћења.³⁴

Дакле, са становишта субјективних права појединаца, типично неоправдано задирање у приватност појединца постоји код система биометријске технологије заснованој на обавезности издавања биометријских докумената и централизоване бази биометријских података. Мањи тоталитарни потенцијал постоји код система биометријске идентификације утемељеној на принципу добровољности издавања биометријских личних докумената, без стварања јединственог регистра биометријских података. Но, по нашем суду, било да се ради о првом или другом систему, нелегитимност (неоправданост) биометријског задирања проузрокована је чињеницом непостојања „правичне равнотеже“ између државног интервенционизма и субјективних права.

2. Надзор електронске комуникације грађана од стране органа јавне власти

Надзор електронске и других средстава комуникације у правном поретку савремене правне државе почива на неколико темељних принципа. Најпре, реч је о једном од основних субјективних права, од чије се неповредивости само изузетно може одступити. Саобразно принципу правне државе, одступања од тајности писама и других средстава комуницирања, дозвољена су само на одређено време и на основу одлуке суда, уколико су неопходна за вођење кривичног поступка или за заштиту безбедности државе. Предочено становиште у свему је заступљено у важећем Уставу Републике Србије (члан 41.). Дакако, ограничавање тајности комуникације грађана спроводи се на основу закона, али не и непосредно законом! Следствено томе, случајеви одступања од неповредивости тајности комуникације грађана непосредно законом, без одобрења суда, дубоко су противни принципу правне државе. То тим пре што су могућности контроле државе над појединцима у савременом информационом друштву достигле неслућене размере, због чега се, услед непостајања судскога одобрења, у питање доводи и сам легитимитет савремене правне државе.

Типичне случајеве одступања од принципа правне државе у погледу тајности (слободе) комуникације грађана нуди нам важеће право Републике Србије. Премда се то не односи на важећи Устав Србије, законски оквир електронских и других комуникација је неконзистентан, неусаглашен и добрим делом несагласан са праксом Европског суда за људска права у Стразбуру, као и са стандардима

³⁴ Оливер Суботић, *op. cit.*, стр. 45.

права Европске уније. Противно начелу правно-нормне хијерархије, у важећем србијанском праву на снази су законске норме које надзор комуникације грађана уређују противно Уставу Србије. По чисто временском следу поменимо најпре Закон о телекомуникацијама,³⁵ који је био на снази до 31. децембра 2011. године. Дотични закон (члан 55. став 1.) предвиђао је одступање од тајности комуникације грађана одобрењем суда, али и непосредно законом, на основу чега је Уставни суд донео одлуку (Јуз-149/2008 од 28.05.2009) о његовој несагласности са Уставом Србије. Област електронских комуникација у нашем праву сада је уређена Законом о електронским комуникацијама (у наставку Закон),³⁶ који ће, по свему судећи, доживети судбину свог претходника. Наиме, Закон предвиђа да ће се задржаним подацима о оствареној и неоствареној комуникацији, без задирања у садржај комуникације, приступати, не на основу одобрења суда, већ по налогу државних органа (политичке и редовне полиције),³⁷ због чега је инициран поступак оцене уставности закона. У међувремену окончан је поступак оцене уставности једног другог закона, који је донесен годину дана пре Закона о електронским комуникацијама. Реч је о Закону о војно-безбедносној агенцији и војно-обавештајној агенцији³⁸, који (члан 13. став 6. и члан 16. став 2.) је предвидео да тајни електронски надзор телекомуникација и информационих система ради прикупљања података о телекомуникационом саобраћају и локацији корисника, без увида у њихов садржај, може да наложи директор Војно-безбедносне агенције или лице које он овласти. Одлуком Уставног суда, дотични чланови Закона су оглашени неуставним (Јуз-1218/2010 од 19.04.2012). Изложена законска решења белодано показују да је законски оквир у нашем важећем праву несагласан стандардима Европског суда за људска права у Стразбуру.³⁹ Према правном схватању Европског суда за људска права, информације везане за време и дужину телефонског разговора, а посебно изабрани бројеви саговорника, представљају „саставни део комуникације путем телефона“. Следствено томе, уступање тих информација државном органу без пристанка претплатника, по

35 „Сл. гласник РС“, бр. 44/2003.

36 „Сл. гласник РС“, бр. 44/2010.

37 (в. члл. 128-129. Закона о електронским комуникацијама).

38 „Сл. гласник РС“, бр. 88/2009.

39 Овде додајмо да се пред Уставним судом покренута иницијатива за оцену уставности Законика о кривичном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011), са образложењем да слово Законика ставља у надлежност Јавном тужиоцу (не само суду) да наложи предузимање мера тајног надзора комуникације. Осим тога, поменимо да је правно-технички приступ, који овде излажемо, у праву Србије заступљен и у подзаконској сфери. Тако је, године 2008. Републичка агенција за телекомуникације (РАТЕЛ), донела Техничке услове за подсистеме, уређаје, опрему и инсталације интернет мреже, којима је био предвиђен неограничени надзор и архивирање свих облика електронских комуникација. в. Предраг Димитријевић, *Право приватности на интернету (позитивноправни оквир)*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2008, стр. 53-55.

мишљењу Суда представља мешање у права зајемчена чл. 8. Конвенције (права преписке и права на приватан живот).⁴⁰

Према томе, принцип судске контроле законитости овде стоји као услов постојања савремене правне државе. По нашем суду, легитимитет свог појмовног одређења, савремена правна држава може обезбедити једино путем независне, делотворне и правичне судске функције државне власти. С друге стране, природа и облици државног интервенционизма савременог доба наметнули су питања, која се у периоду постанка правне државе нису могла ни замислити. Белодано је да се услед нарушавања „правичне равнотеже“ између државног интервенционизма и субјективних права, које настаје у правном поретку савремене правне државе, основано може поставити питање њеног легитимитета. С тим у вези, стоји и питање да ли савременој правној држави одговара сентенца „од демократије ка тоталитаризму“?⁴¹

РЕЗИМЕ

Лични подаци су део права на приватност, једног права-слободе, о којем влада несагласје у правној књижевности. Лични податак је свака информација која се односи на физичко лице, без обзира на облик у коме је изражена (папир, трака, филм, електронски медиј). Постоје две категорије личних података. Прва категорија обухвата податке који чине физички део саме личности. Реч је о биометријским подацима (својеручни потпис, отисак прстију, дигитализована слика лица, скен очне рожњаче и др.), који као непроменљиви и неодвојиви од личности представљају личне податке у ужем смислу. Другој категорији личних података припадају типови података који говоре о личности, али нису њен физички део (име, национална припадност, пол, језик, вероисповест и сл.). Будући одвојиви од личности, те и потенцијално заменљиви, ови типови података представљају личне податке у ширем смислу, за које ћемо из разлога јасног предочавања и разликовања употребити израз „подаци о лицу“.

Обрада личних података је допуштена само уколико за њу постоји изрични законски основ или уколико се врши уз пристанак лица о чијим се подацима ради. Без тога обрада података је недозвољена, без обзира ко је врши и о каквој врсти обраде је реч – прикупљање, коришћење, стављање на увид, чување, ширење или објављивање.

40 Жил Дитертр, *op. cit.*, стр. 245-246; Милан Николић, *Практични аспекти заштите приватности корисника и безбедности електронских комуникационих мрежа и услуга у Србији*, www.telekomunikacije.rs (страница последњи пут посећена 5. новембра 2012).

41 О томе: Иван Иљин: «У потрази за праведношћу», Светигора 2001; Видети и код: М. Петровић, *Појам тоталитаризма*, Архив за правне и друштвене науке, 1-3/1996, стр. 463-471. Од истог аутора: *Наука о управљању као претпоставка управне политике*, Ниш, 2011. стр. 124.

Ограничавање приватности обрадом личних података у правима савремених држава – премда правоваљано, може бити оправдано (легитимно) и неоправдано (нелигитимно). Оправдано ограничавање намеће „збиљски јавни интерес“, док срж неоправданог чини „симуловани (привидни) јавни интерес“, који прикрива властодржачку потребу запоседања слободе појединца. Код потоњих реч је о томе да примена информационих технологија представља целисходан инструмент задовољења истинских јавних потреба, само под условом да приватност појединца не подлеже већим ограничењима у односу на конвенционалну (традиционалну) обраду личних података. Када, пак, аутоматизована обрада личних података у односу на конвенционалну у крајњем исходу значи повећану ефикасност за онога ко се служи таквом обрадом и већи ризик угрожавања приватности појединца, посреди је неоправдано (нелигитимно) ограничавање приватности. У таквим случајевима конвенционални (традиционални) захвати државне власти у приватну сферу појединца (у зависности од облика и интезитета примене информационих технологија) мењају своју природу и сврху, истичући у први план властодржачку потребу задирања у слободу појединца.

У правним поретцима савремених држава, типове неоправданог ограничавања приватности појединца применом савремених информационих технологија установили смо код издавања биометријских личних докумената, као и код појединих видова допуштеног надзора електронске комуникације грађана.

Miloš Prica, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

***Limiting Privacy by State Intervention
based on the Application of Information Technologies***

Summary

In this paper, the author deals with an aspect of privacy involving personal data, which are frequently subject to different forms of state intervention in the contemporary legal systems. The intervention of the contemporary legal state is most prominent in the application of information technologies, which generate ample opportunities for encroaching on the privacy of an individual. Being legally grounded, this intrusion into one's private life by collecting, processing and using one's personal data by the state and governing authorities ("holders of imperium") may be a valid expression of different public interests. In spite of being valid and legally grounded, this interference with one's privacy may be either justified (legitimate) or unjustified (illegitimate). The justified limitation may be imposed due to "an actual public interest", whereas the essence of the unjustified limitation is "a simulated public interest" which conceals the need of the governing authorities to encroach on the freedoms of an individual. In particular, the author focuses on the unjustified limitation of an individual's privacy, particularly given the fact that the use of new information technologies in the contemporary information society changes the nature and the purpose of conventional/ traditional forms of state intervention into one's privacy. The author endeavours to provide answer to the posed questions by analysing typical cases in the Serbian legislation and comparative law.

Key words: *privacy, personal data, state intervention, public interest*

ХАТИШЕРИФИ ИЗ 1830. И 1833. ГОДИНЕ И ЗЕМЉИШНА СВОЈИНА У СРБИЈИ¹

Апстракт: Земљишна својина у Србији је тридесетих година XIX века радикално измењена. До тада је била одређена отоманским феудализмом, који карактерише фикција о Богу као врховном власнику и право уживања муслиманске заједнице. У Београдском пашалуку били су доминантни војнички поседи, које су спахије добијале *ad personam*, у замену за обављање војничких дужности. Спахије нису биле власници поседа, већ су имале право уживања прихода са њих. Поседи које је раја држала и обађивала уз обавезу плаћања одређених обавеза били су ограничено наследни. Хатишерифима из 1830. и 1833. године војнички поседи су укинута и створени су услови за настаanak приватне земљишне својине. Изменама у пореском систему омогућен је раскид са феудалним односима, а сељаци су постали власници земље коју обрађују.

Кључне речи: земљишна својина, Хатишериф, отомански феудализам, Србија.

1. Увод

Својина представља један од оних појмова који лаицима изгледа потпуно јасан, док правници већ вековима покушавају да га дефинишу и одреде његову садржину. Савремени појам својине везује се за римски концепт „*plena in re potestas*“.² Међутим, иако је неспоран допринос римских јуриспрудената

1 * Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије (евиденциони број 179046).

2 Међутим, између модерног и римског схватања својине постоје значајне разлике. Док се данас приватна својина тумачи као апсолутно право увек исте садржине, Римљани познају различите облике индивидуалне својине, коју одликује велика шароликост садржине (квиритска, преторска, провинцијска). На то утиче двојност објекта својине (*res mancipi*, *res nec mancipi*), као и самих субјеката (Римљани, становници провинција). *Ž. Vučković, Forum Romanum*, Београд 2004, 301.

појмовном одређивању својине, пре свега преко термина *dominium* и *proprietas*, дефинисање својине као пуне правне власти на ствари тековина је средњовековне правне догматике, засноване на оригиналним римским текстовима. Исти случај је и са својинским овлашћењима преко којих одређујемо постојање својине, *usus, fructus, abusus*.³

Посматрање еволуције својинских односа у Србији у првој половини XIX века донекле олакшава статичност правног система Отоманског царства, у чијем оквиру се она развијала. С друге стране, незаконит процес читлучења и касније постепено осамостаљивање Србије и изграђивање правног система, претварају ово прегнуће у лутање по мраку са неизвесним исходом.

Настанак приватне својине у Србији француски дипломата Боа ле Конт означава као „један од најзанимљивијих предмета за посматрање на Истоку“.⁴ Иако је подложно критици његово виђење најпре „савршене одсутности тога права“, потом и увођење приватне својине у живот и законе, истраживање ових односа неспорно представља изазов.

Нека од питања на која ће бити покушано да се одговори у овом раду су: на који начин је земљишна својина била регулисана у Отоманском царству; да ли је постојала приватна својина у Србији пре добијања самоуправе 1830. године; како су Хатишериф из 1830. и 1833. утицао на својинске односе; како су сељаци од фактичких држаоца постали правни сопственици.

Својински односи на простору и у времену који чине оквир овог истраживања одређени су отоманским феудализмом, појмом који сам по себи заслужује посебну пажњу. Његове специфичности га у извесној мери одвајају од основног садржаја феудализма, тако да се поставља питање његове оправданости.⁵ Међутим, имајући у виду основни елемент, који према неподељеном мишљењу чини суштину феудализма у ужем смислу, а то је однос између сениора и вазала, критика се не може уважити. Наиме, веза између сениора и вазала управо настаје тако што феудални господар поверава зависнику обављање неке јавне службе, или, још чешће, земљишни посед, којим зависник управља, користи га и прибира са њега приходе, али га не може отуђити. За узврат, вазал стиче обавезу личне оданости према сениору, пре свега у војном погледу.⁶ Да је управо такав случај био и у односу султана и спахије у Отоманском царству, видеће се у наставку рада.

3 Више о томе, *ibid*, 298-302.

4 *Србија у години 1834 – писма грофа Боа-ле-Конта де Рињи министру иностраних дела у Паризу о тадашњем стању у Србији*, Споменик XXIV, Београд 1894, 43.

5 У домаћој литератури је то нарочито критиковао Б. Недељковић. Б. Недељковић, *Историја бајтинске својине у Новој Србији од краја 18 века до 1931*, Београд 1936, 29-34.

6 С. Аврамовић, В. Станимировић, *Упоредна правна традиција*, Београд 2007, 139.

2. Земљишна својина у Отоманском царству

Основни извор исламског права у Отоманском царству био је Кур'ан. Посматрање ма ког дела правног система или појединог правног института мора поћи од ове свете књиге, као врховног ауторитета. Говорећи о ратном плену (дакле и земљи као његовом најважнијем делу) сура *Ел-Енфал* у првом ајету предвиђа да он припада „Богу и Посланику“. Где се овај ајет завршава, почиње страховито путовање за европске правнике, навикнуте на римски концепт својине који за њу везује потпуност, апсолутност и недељивост, као основне карактеристике.

Фикција о Богу као врховном власнику земље створила је копликовани систем подељених својинских овлашћења, која су се током времена мало мењала. Њихову слабу покретљивост и оскудно законодавство надоместила су тумачења правника и теоретичара, често нејасна, још чешће противречна. Супротно од уобичајеног, чини се да су правници у овом случају били маштовитији и од самог живота.

Без претензија да се до краја расплету замершени својински односи Отоманског царства, у овом раду ће они бити расветљени у мери довољној да послужи циљу овог истраживања. Наиме, разумевање баштинских односа Отоманског царства је неопходно за сагледавање промена до којих ће доћи у Кнежевини Србији након Хатишерифа из 1830. и 1833. године, и касније, 1878. године, у окрузима који су Берлинским конгресом припојени Кнежевини Србији. Тада ће прелазак са отоманског на српски баштински ситем изазвати бројне проблеме, које ће, са мање или више успеха, српски законодавац покушати да реши.

2.1. Врсте поседа

На основу података из Сулејманове „Будимске канунаме“, Ебусудове фетве и канунаме Мехмеда Челебије, може се закључити да постоје три врсте земље у Отоманском царству: десетинска, харачка и државна.⁷

Десетинске земље су оне које се сматрају оригинарно муслиманским, потом и оне чије је становништво и пре објаве рата прихватило ислам. Такође, то су оне земље са којих је након освајања протерано становништво, а она је дата у власништво муслиманима (као мулк). По другом тумачењу (фетви Ебусуда), реч је о земљи која је остављена покороном становништву након што је прешло у ислам. У ову категорију спадају и предели који су нарочитом одлуком Пророка означени као десетински.⁸ Будући да по шеријату није дозвољено да муслимани

⁷ Коришћени извори пренети у: Џ. Truhelka, *Historička podloga agrarnog pitanja u Bosni*, Sarajevo 1915, 21-28. Троврсна подела земљишта у исламским државама прихваћена је код Хамера, в. Ј. Hammer, *Historija Turskog (Osmanskog) carstva*, I, Zareb 1979, 526. и даље.

⁸ Б. Недељковић, 18.

плаћају харач, становништво са десетинских земаља плаћа десетину. Десетина (*ашир*) је врста верског пореза и његово плаћање је морална обавеза (познатији је као *зекет*). Ова земља је позната под називом милостињска (*ерзи садаке*) или ушријска земља (*ерзи уирије*). Како су муслимани њени фактички господари, дозвољено је располагање њоме.

Харачке земље су освојене оружјем и остављене покороном, хришћанском народу. Становништво које је остављено да држи земљу обавезано је да плаћа *ишију* (порез на личност, односно нека врста откупа који се наплаћује због опроштеног живота) и *харач* (порез на земљу, чији се један део плаћа годишње, а други чини одређени проценат прихода са земље).⁹ Дозвољено је продавање, поклањање, тестирање и уфакуфљење ове земље.¹⁰ Оглашавањем земље за харачку сматра се да је извршена имобилизација, господар земље је Бог, а муслиманска заједница има право уживања.

Трећу категорију чини државна, миријска земља (*ерази мирија*). Она је ограничена врховним суверенством државе (тј. државном *рекабом*). Налази се у рукама раје, на основу најма. Ко је поседује, не може је продавати ни поклањати. Постоји ограничено наследно право – рајетина наслеђује син, међутим, уколико нема сина, спахија је са тапијом¹¹ (накнадом за посед) даје другоме, при чему ближа родбина и заинтересовани имају прече право на тапију. Дакле, ова земља је вероватно настала онда када би харачка или десетинска постала *махул* (празна, тј. без власника). У облику тимара или зијамета¹² подељена је спахијама, не као власништво, већ са циљем уступања прихода (што се касније догодило и са харачким и десетинским земљама). Забрана отуђења ове врсте земље заобилазила се захваљујући фикцији да поседник њу држи на основу најма, тако да може одустати од њега и уступити га другом, при чему се плаћала тапија спахији (као заступнику државе).

Нарочиту врсту земље чинио је вакуф. По дефиницији Ибрахима Халебија, чувеног шеријатског правника, вакуфи или побожне закладе су добра која верни поклонодавац или оснивач – вакиф – добровољно одваја (лишава

9 Занимљиво је да ће харач плаћати и муслиман који почне да обрађује харачку земљу, иако се то противи горе изнетом правилу да шеријат не дозвољава да муслимани плаћају харач. Ово се објашњава извршеном имобилизацијом, јер је харачка земља приликом освајања претворена у вакуф и постала неотуђива. *Ibid.*, 21.

10 Супротно, *ibid.*, Недељковић, 20.

11 Тапија овде има потпуно другачије значење од оног које се уобичајило у нашем језику. Дакле, не ради се о потврди власништва, већ о накнади, такси која се плаћа спахији, као заступнику државе, за ступање у посед.

12 Разлика између тимара или зијамета састоји се у висини прихода који ови поседи доносе. Тимарима се називају поседи који доносе до 20.000 аспри; зијаметима поседи који доносе више од 20.000 аспри. С. Новаковић, *Пронијари и баштиници – прилог к историји непокретне имовине у Србији XIX-XX века*, Београд 1986, 207.

их се) да би уступио својину Богу а плодуживање и уживање људима.¹³ По шеријатским прописима, могла се увакуфити само мулковна имовина, што није увек поштовано. Будући да су вакуфи били ослобођени плаћања десетка, држава би губила уколико би вакуфом постао еразимиријски посед, стога је такав поступак ограничаван. Увакуфљени иметак се није могао продавати нити оптерећивати.¹⁴

Ова троврсна подела изложена је у домаћој литератури оштрим критикама. Наиме, Недељковић у „Историји баштинске својине“ наводи аргументе у прилог становишту да не постоји разлика између харачких и миријских тј. државних земаља, тако да постоје само две категорије – десетинске (*ушријске*), слободне и харачке, које се држе под обавезом харача.¹⁵

Подела отоманских земаља последица је историјских околности и ширења Отоманског царства. За ову расправу значајна је само неспорна разлика која је постојала у статусу земље Румелијског (коме је припадао и простор Србије) и Анадолског беглербеглука. Дакле, турски феудални систем, распрострањен у Малој Азији и европском делу Турске, темељи се на додељивању поседа спахијама као накнаде за војну службу. Спахија је тимар или зијамет добијао *ad personam* и морао је да се на позив султана одазове у рат. Поред обавезе личног учествовања у походима, био је дужан да са собом води једног слугу или војника (уколико је реч о зијамету, тај број је већи). Спахије, међутим, посед нису добијале у власништво, већ на уживање, уз могућност да, под одређеним условима и у зависности од величине поседа син спахије наследи цео посед или један његов део (тј. приходе са тог поседа).¹⁶ Да спахија није био власник поседа, већ уживалац прихода, види се и из тога што је постојала могућност његовог губљења у случају неиспуњавања војничких обавеза.¹⁷

3. Земљишна својина у Београдском пашалуку

Поред тимара и зијамета који су подељени спахијама на уживање, на територији некадашње српске државе постојали су и:

- Хасови - султанска добра која се у прво време нису могла уступити на уживање нити издати под закуп. Додељивана су чиновницима уместо плате;

¹³ Б. Недељковић, 120.

¹⁴ Више о томе, Ѓ. Truhelka, 29; Б. Недељковић, 120-122.

¹⁵ Забуна је по овом аутору настала услед неукости турских правника и непрецизности теоретичара. Б. Недељковић, 32-42.

¹⁶ В. J. Nameer I, 527. и даље; Ѓ. Truhelka, 36-38.

¹⁷ *Ibid.*, 35, 37. Поред повреде дужности ратовања, спахија је могао да изгуби свој посед и уколико учествује у побуни против законитог поретка, ако не станује у санцаку у коме има свој тимар, ако изврши одређена кривична дела и ако се бави трговином. Б. Недељковић, 84.

- султански или царски спахилуци - припадали су султану као глави муслиманске заједнице. Уколико су приходи ишли директно у личну касу султана звали су се *еминлуци*. Добра ове врсте су често давана у закуп на годину дана „на мукату“, када су се завала *мукаде*, или услед финансијских неприлика у доживотан закуп – *малићане*;
- вакуфи;
- приватни спахилуци или спахински хасови – били су ослобођени пореза. За разлику од тимара, ови поседи нису могли бити уступани уз плаћање тапије, него их је сам спахија обрађивао или давао на обрађивање уз посебне услове. Међутим, ни ови поседи нису били лична својина, већ интегрални део тимара, па су у случају промене спахије припадали новом поседнику.¹⁸

Поред ових поседа, поставља се питање постојања приватних турских имања, тј. мулковних добра, односно постојање пуне својине. У вези са тим постоје значајна неслагања у литератури. Принципијелно, имајући у виду основни исламски концепт да је својина на земљи имобилисана у корист муслиманске заједнице и припада Богу,¹⁹ једини закључак би био да ни муслимани ни немуслимани не могу имати мулк својину у тим областима. Ипак, многи правни писци мисле да и у Европи може бити мулковне својине на земљи. Најпре, у случају кад султан подари некоме харачку земљу у мулк, или промењеном употребом миријске земље, уз спахијину дозволу или када наступи застарелост.²⁰ Одредбе Хатишерифа из 1830. и 1833. године, о којима ће касније бити речи, а које помињу приватна Турска имања, чине друго гледиште прихватљивијим. Наиме, када је реч о Београдском пашалуку, султан (односно држава) је по варошима, паланкама или њиховој периферији за новац отуђивао освојене плацеве, куће, воденице и др. и предавао их у пуну својну купцима. Та имања су у турском законодавству била позната под именом мулк.²¹

3.1. Положај рајетина

Спахија је, као накнаду за вршење војничке дужности, добијао посед са кога је убирао приходе од раје, становништва које је обрађивало земљу. Супротно од увреженог мишљења, рајетин је у Отоманском царству могао бити како хришћанин, тако и муслиман. Како спахија није био феудалац у западноевропском смислу речи (пре свега због одсуства права на вршење јавних функција), тако је и положај рајетина био донекле различит од зависног сељака

18 М. Петровић, *Финансије и установе обновљене Србије до 1842*, I, Београд 1897, 20-22. Ћ. Truhelka 36-42; Б. Недељковић 111-120.

19 Б. Недељковић, 105.

20 В. Ћ. Truhelka 53-54; супротно Б. Недељковић, 65-68.

21 М. Гавриловић, *Милош Обреновић*, II, 342.

(кмета). Овде треба нагласити да у турским законима нема помена речи „кмет“ (тј. одговарајуће арапске, односно турске). Раја у јановправом смислу означава поданика, без обзира на верску припадност, док у баштенским канунима раја означава поседника сеоског имања.²²

Посед који раја држи зове се баштина.²³ Термин који је из старог српског права прешао у турско аграрно право. Ова баштина је потчињена. Она је скоро увек оптерећена у корист спахије извесним теретима и дажбинама.

Положај рајетина је био донекле заштићен. Уколико испуњава своје обавезе, он не може бити отеран са поседа.²⁴ С друге стране, сељак није био потпуно слободан у кретању. Спахија је у неким областима могао силом да врати рајетина у одређеном року, уколико је без његовог допуштења напустио посед.²⁵ Уз то, сељак није могао дизати ни кућу ни воденицу без одобрења спахије.

Право раје на посед није право својине. У литератури се одређује као најам ствари, закуп са правом наслеђа или наследно плодуюживање.²⁶ Поседи су били, уз одређена ограничења, наследни. Баштина је после смрти оца прелазила на сина, без плаћања тапије. Уколико нема сина, земљиште је спахија могао дати коме хоће, али уз услов плаћања тапије. У појединим ферманима и канунима сродницима поседника и заинтересованим лицима загарантовано је тзв. прече право на тапију.²⁷ Док у Србији и данас тапија значи баштински имовински

22 Ђ. Truhelka, 80.

23 Да би се одредили терети, Турци су као мерну јединицу узимали *чифт*. Чифт значи простор земље који са једним паром волова може обрадити једна сељачка породица. Од чифта је настало име чифлук, којим се у неким аграрним законима обележава сељачка (рајина) баштина. Б. Недељковић 85.

24 Поуздане податке о томе пружа нам члан из *Канун-нама ливаи Босна*: „Никакво земљиште, уступљено раји по тапији, неће се моћи узимати из руку држаоца, осим ако га он исти кроз три године не би обрађивао.“ или „Ако *рајетин* мимо вољу свога спахије, напусти кућу и не ради земљу своју једнога лета, губи право и на кућу и на земљу, и спахија ту може населити другога и истоме издати тапију. Ако ли је рајетин напустио кућу и земљу са спахијиним пристанком, спахија не може ништа чинити ни са кућом ни са земљом рајетином, и овај поседњи задржава у пуној снази сва своја права на обоје.“ С. Новаковић, „Српска баштина у старијим турским законима“, *Правни списи*, Београд 2006, 104-105. Ф. Раифа, *Орџа историја државе и права*, Сарајево 1998, 119-123. О могућности одузимања земље говори фетва Ебасуда: „Њиве нису мулк, него државна земља (ерази-мемлекет) дана раји у посед а они дају харач, десетину и чифкаче. Остану ли кроз три године јалове, могу се одузмати и давати другом.“ Ђ. Truhelka, 80.

25 У року од 10 година, а и после 30, ако није био записан код другог спахије. У случају да је протекао рок, он је морао платити првом спахији десетак и глобу за протекло време. Б. Недељковић, 106.

26 В. Б. Недељковић 104.

27 В. Б. Недељковић 107, Ђ. Truhelka 61-62. Насупрот овоме, у литератури је изнето мишљење да корисник ни на који начин није могао располагати земљом. Љ. Кркљуш, *Правна историја српског народа*, Нови Сад 2002, 160-161.

документ, у Турској пак, тапија означава таксу, тј. најамну наступнину, односно *марифетнаму* (дозволницу), која се даје код давања у закуп непокрених имања. Наиме, фикција о иналичности еразимирије побијена је фикцијом да поседник земљу поседује у облику најма, тако да може одустати од најма и уступити га другом, уз плаћње тапије спахији као заступнику државе. На тај начин омогућена је продаја посуда. Дакле, сви правни акти који су по својој суштини били акти промени својине, правно гледано били су акти о преносу закупног права.²⁸

Занимљиво је како су спахије и раја на потпуно различите начине гледале на прелаз земље са једног на другог поседника. Док су Турци сматрали да се закупно право преноси са једног лица на друго, раја је сматрала да предаје баштинску имовину. Треба нагласити и то да без обзира што спахија издаје тапију, то не значи да он преноси имање, јер он на то нема право, пошто није власник те земље.²⁹ Спахија издаје тапију као заступник државе на том поседу.

Дакле, иако је сваки сељак своје имање звао мулком, тј. баштином, правно гледано, сељак је имање уживао као наследни купац, а у праве баштине у Београдском пашалуку спадала су варошка имања и понека њива или ливада у варошком или паланачком атару.³⁰

3.2. Процес читлужења

Промене у овако постављеним својинским односима забележене су крајем XVIII века. До њих није дошло реформом, већ фактичким путем – појавом читлужења. Као и у погледу других појмова баштенских односа Отоманског царства и појам читлужења прати низ нејасности и различитих тумачења.

На основу сачуваних података, читлук³¹ је могао да настане и правним и противправним путем. Према чланку објављеном у *Србским новинама* 1858. године,³² читлук законитим путем продаје Царство, али самопусту земљу, не и села. Читлук није наследан, већ господар има право уживања за живота. Након његове смрти држава продаје читлук другоме. Међутим, најчешће су за малу цену наследници умрлог куповали читлук, па је исти посед остајао у породици.³³

28 С. Новаковић, *Српска баштина у старијим турским законцима*, фусноста на 107. страни; С. Новаковић, *Турско царство пред српски устанак 1780-1804*, Београд 2001, 39-40. С. Truhelka, 27-28.

29 М. Гавриловић, II, 340.

30 М. Гавриловић, *Ibid.*, 342.

31 На овом месту треба направити једно термилошко разјашњење. Читуком се назива и сељачка баштина, тј. посед који сељак може да обради једним паром волова. G. Agoston, B. Masters, *Encyclopedia of the Ottoman Empire*, United States of America 2009, 19; в. фусноту 22.

32 *Србске новине*, бр.37 из 1858. године.

33 Нешто другачије мишљење о настанку читлука износи Б. Куниберт. Он наводи да се читлуком називају „части обрађеног земљишта које су биле купљене или искрчене“. Господар (читлук-сахибија) тај посед може дати на обрађивање за свој рачун, или га уступити

Док је овде реч о „правом читлуку“, он је могао настати и на друге начине. Најпре, куповином земље од спахије. Спахија је за одређени новац издавао читлук-сахибији тапију, чиме је он је постајао господар земље. Србске новине говоре и о претварању села у читлук насилним путем, приморавањем његових мештана да продају своје поседе, што је потврђивано издавањем тапије од спахије. На тај начин би сељаци постали чифчије. Касније би такве читлуке читлук-сахибије продавали једни другима као своју сопственост, што је омогућило приказивање последњег власника као законитог, будући да посед није стекао злоупотребом, већ куповином.

Овакви случајеви су били чести у Београдском пашалуку пре Свиштовског мира. Наиме, у незадрживом опадању Отоманског царства, јаничари, војнички ред не коме је, између осталог, почивала његова војничка снага, претворио се од дисциплиноване војске „царевих синова“ у моћнике који су урушавали постојећи систем. Непосредна казивања о начину на који су јаничари учествовали у процесу читлукења у Београдском пашалуку преноси нам Прота Матеја Ненадовић, који у својим Мемоарима бележи сећања свог оца Алексе.³⁴ По његовим наводима, јаничари су, уз обећање заштите, приморавали сељаке да им продају поседе који су обрађивали, потом и спахије да им издају тапије. На тај начин постајали су читлук-сахибије и узимали од сељака део производа, често и више од оног који је следовао спахији.³⁵

У свим наведеним начинима на који се процес читлукења одвијао, важно је уочити да он не дира у спахијске односе. Вук Карацић објашњава да се „читлуком у Србији зове оно село које осим спахије има још једнога господара“.³⁶ Рајетин дугује непромењене обавезе спахији, с тим што је сада оптерећен и обавезама према читлук-сахибији.

Међутим, овде се отвара неколико занимљивих питања. Најпре, у литератури се читлук-сахибија наводи као господар земље. Уколико смо раније утврдили какве је природе право рајетина на земљу коју обрађује, на који начин је читлук-сахибија куповином добијао веће право од онога које је имао сељак,

сељаку за девети део производа Б. Куниберт, *Српски устанак и прва владавина Милоша Обреновића*, књ.1, фуснота, 32.

34 М. Ненадовић, *Мемоари*, Београд 2005, 40 и даље.

35 Стојан Новаковић износи нешто другачије мишљење. Он читлук-сахибију види на месту старог властелина баштиника из времена средњовековне српске државе. Сматра да његово право постоји још од времена српске државе, или је могло бити стечено наследством, куповином или отмицом, и не слаже са изнетим наводима Проте Матеје Ненадовића, да се читлук-сахибије појављују тек од јаничара. С. Новаковић, *Пронијари и баштинници*, Београд 1986, 210-211.

36 В. Карацић, *Српски ријечник, истумачен њемачким и латинскијем ријечима*, Београд 1898.

као преносилац? Ово би било у потпуности супротно од правила: *Nemo plus iuris in alium transferre, potest quam ipse habet*.³⁷

Отоманско царство није признавало читлучке односе у Београдском пашалуку. Они се не помињу у Хатишерифима 1830. и 1833. године, којима се решавају својински односи на земљи. Процес читлуцења у Пашалуку узео је маха крајем XVIII века, да би на кратко био прекинут обавезивањем Турске Свиштовским мировним уговором 1791. године да ће јаничари бити удаљени из Београдског пашалука.³⁸ Међутим, да централна власт није била у стању да се обрачуна са јаничарима показали су и догађаји који су узроковали Први српски устанак. Такво стање угрожавало је и саме спахије, јер је фактички доводило до смањивања њихових прихода. Тиме се може објаснити подршка коју су на почетку Устанка пружали устанцима. Након пропасти Устаничке Србије, поново уведена Турска власт није подразумевала и повратак читлуцења.³⁹ Као његов траг остали су захтеви читлук-сахибија за повраћај имовине коју су сматрали мулком.⁴⁰

4. Земљишна својина у Кнежевини Србији након 1830. године

4.1. Хатишериф из 1829. године

Дуготрајном одлагању Порте да призна Србији права гарантована Букурешким уговором, касније потврђена Акерманском конвенцијом, дошао је крај захваљујући поразу Турске и притиску Русије. Да би се избело уобичајено избегавање преузетих обавеза, Русија је захтевала да Порта почне са извршењем одређених закључака, пре него што војска напусти Једрене. Један од закључака био је издавање Хатишерифа за Србију, до кога је и дошло 29. новембра 1829. године.⁴¹

Хатишериф из 1829. године био је заправо акт о Портиним намерама.⁴² Без обзира на то, у Србији је дочекан свечано. Хатишериф је обећавао испуњење свих оних захтева које је Србија безуспешно упутила Порти још 1820. године, уз директну контролу и инструкције из Петровграда, а који су дуго остали по страни због преокупираности Турске устанком у Грчкој. Неколико година касније, 1827. године, ти захтеви су поново упућени преко српских представника

37 D. Stojčević, A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, Београд 1969, 223.

38 О томе в. Б. Куниберт, 28-32.

39 По договору који је Милош начинио са Турцима, у Пашалуку је могло бити спахије, али не и читлук-сахибија. С. Јовановић, „Кнез Милош и сељчко питање“, *Из историје и књижевности*, Београд 1991, 68.

40 Реч је о баштама, ливадама, воденица, хановима и сл. *Србске новине*, бр.37, 1858.

41 Б. Куниберт, 243

42 М. Павловић, *Српска правна историја*, Крагујевац 2005, 257.

у Цариграду, уз измене, а у складу са Акерманском конвенцијом. Између осталог, у погледу спахилука, даје се јасно упутство српским „депутатима“ да настоје „да се спахилуци одкупе у једанпут на вијеки, на подобје влашких спахилука“.⁴³

Текст Хатишерифа из 1829. године прочитан је на скупштини, коју су по први пут чинили посланици са пуномоћјима. Обећање султана да ће „без икаквог одлагања и у највећој тачности“ испунити обавезе преузете међународним уговорима било је довољно да Милош своју беседу започне речима: „Никада вас с веселијим срцем, љубезна браћо, сазвао нисам, никад вам ни радостнији глас нисам имао казати“.⁴⁴ Њиме се гарантује присаједињење отргнутих нахија, слобода вероисповести наследно кнежевско достојанство, унутрашња самоуправа, плаћање свих обавеза јединственом сумом, слобода трговине, изградња болница, школа и штампарије.⁴⁵

У својој беседи кнез Милош најављује промене које ће заувек изменити својинске односе у Србији: „Цар нам својим ферманом утврђује да неће међу нама бити више других Турака, осим оних, који ће чувати градове и да се нама предају сва имања турска у Србији, пак што је приватно имање турско било, као миљкови, куће, дућани, воденице, ливаде и проча, то да откупимо; а што је царско било као спахилуци, зијамет и мукаде, да ми управљамо, а за приходе данак да плаћамо“.

Била је то најаву онога што ће коначно бити потврђено наредним Хатишерифом.

4.2. Хатишериф из 1830. године

Хатишериф из 1830. године је формално признао оно што је у Србији постепено изграђивано од почетка XIX века – самоуправу. Добивши статус самоуправне вазалне кнежевине, Србија је највећим делом издвојена из правног система Отоманског царства. Са становишта нације, то значило остварење дуго сањаног сна, међутим, у области права, самосталност је са собом донела и несигурност и отворила питање способности неразвијеног друштва да изнедри правни систем који ће поставити на ноге државу у повоју. Један од првих задатака које је кнез Милош имао пред собом је регулисање приватно-првих односа у Србији, који су до тада били уређени турским законима и делимично српским обичајним правом.⁴⁶

Овај Хатишериф је радикално променио земљишне односе у Србији. Док је до 1830. године сва земља била под тимарима, зијаметима или мукадама,

⁴³ Текст „Наставленија депутацији народној сербској“ у: М. Гавриловић III, 548-551.

⁴⁴ Беседа наведена по: *Ibid.*, 153.

⁴⁵ Текст Хатишерифа у: *Ibid.*, 558.

⁴⁶ Ж. Перић, „Један нов рад на кодификацији приватног права“, *Архив за правне и друштвене науке*, 10/1911, 410.

(уколико није била мулк), сада она долази „под власт и правленије Срба“. Четврта тачка Хатишерифа предвиђа да ће након преласка зијамета и тимара у српске руке, приходи са тих поседа бити процењени, а потом додати приходима предела чије се присаједињење са Кнежевином очекује. Наиме, српске власти су претендовале на шест нахија које су биле у саставу Устаничке Србије у време склапања Букурешког уговора 1812. године. Згодним тумачењем, српски преговарачи су обавезивање Турске Једренским уговором да испуни одредбе Акерманске конвенције и Букурешког уговора, посматрали као преузимање обавезе на повраћај територије на коју се Букурешки уговор односио.⁴⁷

Прелазак земље под власт Срба, означио је крај примене отоманског концепта о Богу као врховном власнику, султану као његовом представнику, спахијама, као уживаоцима поседа и раји као наследним закупцима. На тај начин су у Кнежевини Србији створени услови за рађање приватне земљишне својине.

Друга значајна промена коју доноси Хатишериф из 1830. године је иселјавање Турака. Тачка 11 предвиђа да Турци у Србији могу живети само у гарнизонима. Они који поседују имовину на територији Кнежевине имају пред собом две могућности: уколико желе да продају имање, могу то учинити у року од једне године, по правичној цени коју ће одредити за то изабрана комисија; уколико, пак, одлуче да задрже имовину, процењени приходи са тих имања биће уплаћивани благајни у Београду, која ће их потом исплаћивати власницима.

У Србији се различито гледало на укидање турских спахијских односа и настанак приватне својине. Док су сељаци једва дочекали да постану власници земље коју обрађују и ослободе се феудалних терета, старешине су у томе виделе прилику за преузимање спахијских поседа и стварање аристократије. Коначну реч о том питању имаће кнез Милош, али ће се услови за то стећи након обнародовања следећег Хатишерифа, 1833. године.

4.3. Хатишериф из 1833. године

Хатишериф из 1833. године прецизирао је и до краја решио питања отворена 1830. године. Након бројних проблема, шест нахија на које је Србија полагала право коначно су присаједињене Кнежевини. Када је територија Кнежевине постала неспорна, било је могуће одредити висину данка који дугује Порти, што је овом приликом и учињено. Одређено је да ће Србија дуговати 2.300.000 гроша годишње, где су урачунати „и харач и порез, и мукада, чибук, рудокопи, и тимари, и ђумурк Београдски и скеле једном речју у тој су ти суми сви до сада Високој Порти давани данци ког имена били да били“.⁴⁸

До издавања овог Хатишерифа показало се да је рок од једне године, предвиђен за иселјење Турака претходним Хатишерфом, недовољан. Сада

⁴⁷ М. Павловић, 255.

⁴⁸ Текст Хатишерифа из 1833. године код: М. Гавриловић III, 615. В. Н. Ранђеловић, *Историја права II*, Ниш 2008, 73-74.

је тај рок продужен на пет година, рачунајући од дана обанародовања овог Хатишерифа. Да се ово питање не би одуговлачило у недоглед, предвиђено је да „кад се наврше 5 година дана, онда ил продали имање или не продали, мореће ил у царске градове ући, или селити се у друге пределе“. Међутим, ни нови петогодишњи рок није био довољан за окончање овог посла.⁴⁹ Поред тога, бројне злоупотребе до којих је долазило приликом продаје турских имања условиле су доношење неколико уредби и закона.⁵⁰

5. Укидање феудализма у Србији

Хатишерифи од 1830. и 1833. године укинули су турски порески систем и спахијске намете. Сва дуговања сједињена су у једниствену суму од 2.300.000 гроша, које је Србија дуговала Порти као данак. Међутим, како ће српске власти распоредити ту суму на народ, какав ће порески систем усвојити, да ли ће задржати или укинути спахилуке, то је била чисто њихова ствар.⁵¹

У читавој промени коју су Хатишерифи донели, српске старешине виделе су прилику за јачање својих позиција. Хатишериф је предвиђао исплаћивање спахија, али то није спречавало да се сељаку на место турских спахија наметну српске.⁵² Милошев однос према њиховим тежњама углавном је јасан. У сачуваним списима, који су објављени под називом „Кнез Милош прича о себи“, може се видети Милошево виђење тог проблема: „Ја предложим: да се све дације од харача и спахилука уједно расположе, али на то нека част од ових мојих не буде склона, него желе да се спахилуци међу њима разделе, и да они, као и бивше спахије, од народа сабирају и правителству предају. О том они овако говоре: „Свакој провинцији стубови су благородство, а благородство без спахилука не бива“. Овим се начини неко смушћеније. Али ја то не одобрим, него им дрзновено одговорим; „Ово дворови нису дали појединим лицима, но народу воопште, а то је и народ доиста скупо стало и у робљу и у крви“.⁵³

⁴⁹ Чак је и на Петровској скупштини, 1848. године, захтевано да се изврше одредбе султанског Хатишерифа у погледу исељења Турака. Д. Матић, *Јавно право Књажества Србије*, Београд 1851, 57.

⁵⁰ *Уредба (старија) за одкупљивање турски земаља од 16. децембра 1843. године, Уредба (нова) за одкупљивање турски земаља од 1. августа 1845. године*, Сборник закона и уредаба и уредбени указа издани у Књажеству Србском, Београд 1847, 86, 168-169; *Налог да се уредба о куповању Турски земаља повторително обнародује од 22. јула 1847*, Сборник закона и уредаба и уредбени указа издани у Књажеству Србском, Београд 1853, 37-38. О томе в. Р. Гузина, „Прилог историји развитка својинских односа у Србији у 19. веку“, *Анали Правног факултета у Београду*, јануар-фебруар 1970, 27-42, 29.

⁵¹ С. Јовановић, „Кнез Милош и сељачко питање“, *Из историје и књижевности*, Београд 1991, 75.

⁵² С. Јовановић, *Ibid.*, 76.

⁵³ *Кнез Милош прича о себи*, Споменик СКА XXI, Београд 1893, 19.

У литератури се често наводи да је Милошев чврст став да ће земља „бити онога ко је и обрађује“ осујетио намере старешина да преузму позиције спахија. Извор за такву тврдњу су наводи кнежевог лекара, Куниберта, који је не без пристрасности, написао значајно дело о Милошу Обреновићу, у коме преноси његове речи са скупштине, „спахилук је занавек уништен у Србији, и веше се неће васпостављати ни под којим видом“, које се у сачуваном говору, пак, не могу наћи.⁵⁴ Куниберт поред тога преноси и реакцију окупљеног народа на Кнежево обраћање скупштини фебруара 1834. године. Свечана изјава кнеза о укидању феудалних односа била је, по речима овог кнежевог лекара „радосно примљена од кметова и виђених људи, присутних на скупштини, те умири цео народ, узбуњен од некога времена гласовима што се кришом распрострајаху о васпостављењу спахилука у корист државних чиновника, али у исто време она увећа противу Кнеза незадовољство присталица аристократске и феудне владе...“⁵⁵ Без обзира да ли јесте или није кнез Милош на скупштини 1834. године свечано прокламовао укидање феудализма, његовом заслугом спахилуци нису поново успостављени у Србији.

Поред спахилука, друго важно питање које је отворено након Хатишерифа из 1833. године, тиче се пореза. Поуздани подаци о дилемама које је имало српско „правителство“ могу се видети из поменутог говора кнеза Милоша на скупштини 1834. године. Како су порез и десетак основа државних прихода, поставило се питање њиховог уређивања. До тада се плаћао порез на личност, тачније, плаћали су га само ожењени мушкарци, у чему је и сам Кнез видео проблем, јер неожењени често имају имовину на коју не плаћају порез, што их је могло одвраћати од уласка у брак. Дакле, најправедније би било разрезати порез на имовину. Међутим, за тако нешто нису постојали услови. У годинама када тек изразста приватна својина, српска држава није била довољно организована да спроведе катастарски премер земљишта.⁵⁶

У погледу бивших сапхијских давања, Кнез је сматрао да се она не могу укинути. Наиме, она су чинила део суме од 2.300.000 гроша, који би се морао надокнадити у случају да се са прикупљењем престане. У свом говору кнез Милош је учинио више предлога у погледу пркупљања пре свега десетка, који је имао највише удела у укупној суми. Могућности су биле: да ствари остану као до тада, што би захтевало увођење десетчара који би сакупљали дуговања

54 Текст Милошевог говора на скупштини објављен је у *Србским новинама* од 10. фебруара 1834. године. Исто: Ову Кунибертову верзију кнежевих речи наводе сви историчари који су се занимали овим проблемом. У сачуваном кнежевом говору њих нема (АС, КК, XI, 91). Р. Љушић, *Кнежевина Србија 1830-1839*, Београд 2004, фн. 11, 53; Супротно, Б. Куниберт, 338.

55 Б. Куниберт, 338.

56 Одлука о катастарском премеру донета је на Спасовској скупштини, али није извршена. Кнез и 1837. године покушава да организује исти посао, па се на конкурс објављен у *Србским новинама* јавио Турковић Лудвих са сачињеним планом. Р. Љушић, 59, фн. 18.

уместо ранијих субаша; или да свако село откупљује своја дуговања, што би са друге стране, отворило питање реакције државе у случају неиспуњења обавеза. Усвојено је половично решење. Држава би узимала десетак од кукуруза и продавала га трговцима свиња, док би сељаци откупљивали десетак од осталих услова. Остале обавезе, „казанина, воденичина, котарина, дација на кошнице и друге неизбројне ситнице“, спојиле би се у једну.⁵⁷

Дакле, иако је након Хатишерифа из 1833. године било могуће завести општи порез, кнез то није учинио. Разлоге за такву одлуку треба тражити у чињеници да су приходи који су остваривани сакупљањем бројних дажбина били много издешнији. На тај начин су још неко време задржани реликти феудализма, до увођења општег пореза.⁵⁸

6. Закључак

Након неколико векова постојања у оквиру отоманског својинског система, земљишна својина у Србији је након Хатишерифа из 1830. и 1833. године добила темеље на којима ће се развијати до данашњих дана. До њиховог обнародовања, приватна својина на земљи, уз одређене изузетке, није постојала у Београдском пашалуку.

Својинска овлашћења на земљишном поседу нису припадала једном титулару, као код приватне својине. Док је султан имао врховно право својине (*dominium eminens*), спахија је уживао приходе са поседа (*dominium directum*). Потребе одвијања правног промета учиниле су да се омогући располагање сељачким поседима, у коме је спахија учествовао не као сопственик, већ као представник државе. Поседи које су сељаци држали, обрађивали и имали ограничено право располагања, нису били њихова баштина у смислу пуне својине. Без обзира на њихово виђење квалитета сопственог права, правно гледано, радило се о односу који највише подсећа на наследни, доживотни закуп.

Прокламавањем укидања војничких поседа, који су били најзаступљенији на просторима Србије, створени су услови за раскид са феудализмом и стварање приватне својине. Захваљујући кнезу Милошу Обреновићу није искоришћена могућност наставка спахијског односа преузимањем поседа од стране српских старешина и стварање земљишне аристократије. Сељаци су тако постали власници поседа које обрађују, а измене у пореском систему омогућиле су потпуни раскид са феудалним односима.

Тада је започело ново поглавље у развоју земљишне својине, чије ће главне карактеристике бити увођење правне сигурности и гаранције неповредивости имовине. Док је са феудалним односима завршено за неколико година, без већих потреса, овај процес ће бити присутан много дуже, до потпуног формирања система приватног права и судства.

⁵⁷ Другачије тврди Куниберт. По њему, десетак је одмах замењен порезом од 6 талира по годишње, који су плаћали само ожењени. Б. Куниберт, 254-255. Супротно: Р. Љушић 54-55.

⁵⁸ Општи порез је уведен 1835. године. Р. Љушић 55.

Miljana Todorović, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Land Onership in Sebia under the Hatisheriffs of 1830 and 1833

Summary

The concept of land ownership in Serbia was subject to radical changes in the 1830s. By that time, the ownership of land had been fundamentally governed by the Ottoman feudal laws, which were generally characterized by the fiction of God as the supreme landowner and the inherent right of the Muslim community to enjoy the use of land (which was considered to be the collective property of the Ottoman state). The predominant type of estates in the Belgrade Pashaluk were the estates of military feudal lords; these estates were awarded ad personam to the Ottoman elite soldiers (spahi) in exchange for their military services. The spahis were not the land owners but they had the right to enjoy the benefits from the land. The estates which were held and cultivated by ordinary people in exchange for paying duties to the Ottoman state were subject to a limited inheritance right. The estates of military feudal lords were abolished by the Ottoman Hatisheriffs of 1830 and 1833, which eventually made private land ownership possible. The subsequent changes in the tax system facilitated the departure from feudalism and enabled the peasants (commoners) to become owners of the land they cultivated.

Key words: *land ownership, the Hatisheriff, Ottoman feudalism, Serbia*

ТРЕТМАН УБИЦА КРОЗ ПОСЕБНЕ ПЕНИТЕНЦИЈАРНЕ ПРОГРАМЕ¹

***Апстракт:** Убиство, као једно од најтежих кривичних дела, захтева спровођење посебних пенитенцијарних програма у установама како би се извршила ресоцијализација починилаца ових кривичних дела. С тога аутор у раду представља примере добре праксе у ресоцијализацији осуђеника за убиство, који се отелотворују кроз когнитивну терапију и неке друге посебне програме превенције будућег насилног понашања.*

***Кључне речи:** пенитенцијарни програми, убиства, когнитивна терапија, посебни програми.*

Увод

Како је убиство кривично дело које повлачи вишегодишњу казну затвора, тиме су створени услови да се према осуђеном лицу за убиство примењују одређени облици третмана и разни програми. Према убицама се примењују неки посебни облици третмана, који су карактеристични само за ове припаднике осуђеничке популације. Такође, формални систем је, током дугог низа година, развио посебне програме за осуђеничку популацију, који су се односили како на лица са насилним понашањем и вршењем веома тешких кривичних дела (убиства) пре него што су доспела у затвор, тако и на особе, која су одређени степен агресивности и насиља испољила у затворској средини. Често се може наћи повезаност између лица, која су вршила криминалитет насиља на слободи и лица, која су кривична дела из ове групе вршила у затворској средини. Другим речима, лица склона криминалитету насиља на слободи, могу у одређеним ситуацијама у затворској средини испољити исти степен агресивности. Због ове повезаности могуће је вршити превенцију криминалитета насиља, чак и са

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

смртним исходом, у самој затворској средини, при чему би позитивни резултати одређених облика третмана и програма били видљиви и по изласку осуђеника на слободу. Шире посматрано, програми превенције насиља у затворској средини редукују (смртно) насиље и на слободи, јер се на тај начин осуђена лица, обухваћена програмом, уче како да генерално избегавају конфликтне ситуације и како да их решавају на ненасиљан начин. Због тога ће у наредном делу рада бити презентовани одређени програми превенције насиља у пенитенцијарним установама.

Генерално гледано постоје два начина за смањивање насиља у затворској средини. Први начин се огледа у томе да се осуђеник, који је извршио неко кривично дело са елементима насиља и за кога је у пријемном одељењу оцењено да ће са таквим понашањем наставити и у затвору, пошаље у васпитну групу, односно пенитенцијарну установу, у којој постоји велики број ограничења. Главни проблем оваквог начина решавања проблема насиља је што на дуге стазе не даје резултате, јер је главни фокус на неким организационим питањима, а не на третману и промени личности датог осуђеника. Уједно, негативна последица рестриктивног понашања према овим осуђеницима је психолошке природе, али и могућност још већег степена испољавања насиља по изласку на слободу. Висока цена коштања изградње оваквих установа представља још једну негативну особину у поређењу са slabим резултатима ресоцијализације оваквих осуђеника.²

Други приступ се односи на тежњи за променом личности осуђеника применом одређених психолошких програма, који укључују мере промене понашања, аверзије, друштвеног учења и когнитивне терапије. Иако све ове мере имају исти циљ – промена начина размишљања и реакције на конфликтне ситуације, од свих ових мера најбоље резултате је дала когнитивна терапија.³

2 Lambert, E., Hogan, N., Barton, S., Stevenson, M., *An Evaluation of Change, a Pilot Prison Cognitive Treatment Program, Journal of Articles in Support of the Null Hypothesis, Reyson Group, 2007, Vol. 5, No. 1, pp. 2.*

3 Пун назив когнитивне терапије је когнитивно-бихевиорална терапија. Она је заснована на чињеници да наше мисли узрокују наша осећања и понашања, при чему не постоји утицај спољашњих ствари, као што су људи, ситуације и догађаји на нас. Когнитивно бихевиорална терапија (КБТ) ефикасан је облик психотерапије. Њени позитивни резултати су доказани бројним клиничким студијама у лечењу разних психичких поремећаја. Оцем когнитивне терапије сматра се амерички психијатар Арон Бек, чији фокус је у почетку био на лечењу депресије. Наиме, смарајући да код депресије постоји тзв. дисторзија мишљења, заступао је став да терапеут и болесник морају заједно да раде у идентификовању и решавању проблема. Улога терапеута се огледа у помагању датим болесницима ради надвладавања потешкоћа, мењања начина мишљења, емоционалних одговора и понашања. Дисторзија мишљења се јавља када су људи у стресу. Когнитивна терапија помаже у идентификацији таквих мисли и њихово оцењивање у односу на стварност, уз тежњу ка променом датих мисли у циљу постизања бољег стања. Програм когнитивне терапије спроводе здравствени радници.

Почети њене примене се могу наћи у седамдесетим годинама прошлог века. Према мишљењу криминолога Агнеса Бароа, циљ примене когнитивне терапије је „*реструктурисање важећег мишљења насилног осуђеника или развитак просоцијалног начина мишљења.*“⁴

Когнитивна терапија и убиства

Почетак примене когнитивне терапије везан је за пенитенцијарну установу са највећим степеном обезбеђења у Мидвесту. Наиме, током 1993. године покренут је програм под називом „*Strategies for Thinking Productively*” (STP), чији је циљ био мотивација осуђеника да промене начин размишљања тако да избегну антисоцијално понашање и да решавају конфликте на миран начин, не употребљавајући при томе насиље. Овај Програм се посебно фокусира на до сада неоткривене ставове и уверења, које могу утицати на само понашање. С обзиром на то да су у Програм укључени они осуђеници, који су раније вршили тешка дела са елементима насиља, полази се од претпоставке да они немају на почетку сами жељу да се промене. Због тога је потребно интензивним мерама код њих створити довољно воље за променом.⁵

Програм је био подељен у три фазе, где су осуђеници учили технике когнитивног процеса и промене, уз њихову примену у свакодневном животу. У првој фази, која је трајала 8 до 10 недеља, група 10-15 осуђеника се састајала са двојицом чланова особља двапут недељно по 90 или 120 минута како би научили: базичне принципе промене самог себе, како да воде личне дневнике, на који начин да идентификују размишљање које би их одвело у извршење кривичног дела и како да развију реалне алтернативе избегавања вршења кривичног дела. Успешним завршетком прве фазе, осуђеници почињу са радом у другој фази, која траје од 6 до 24 месеца. Треба напоменути да је само 20% осуђеника било успешно завршило прву фазу. Учестовањем у другој фази, осуђеницима је дата могућност да живе у посебним јединицама, при чему су имали обавезу да се састају са особљем Програма најмање трипут недељно по 90 минута. Током ове фазе осуђеници настављају са идентификацијом грешака у начину њиховог размишљања, како би у наредном периоду њиховим исправљењем избегли вршење кривичних дела. У трећој фази дати осуђеници се враћају међу остале затворенике како би применили стечена знања. Резултати Програма су били

Kognitivno bihevioralna terapija. Видети: http://www.cybermed.hr/clanci/kognitivno_bihevioralna_terapija, приступ 05.11.2011. године

4 Baro, A., *Effects of a Cognitive Restructuring Program on Inmate Institutional Behavior*, Criminal Justice and Behavior, 1999. година, Vol. 26, No. 4, pp. 467.

5 Bush, J., Bilodeau, B., *Options: A cognitive change program*, National Institute of Corrections, Washington, DC, 1993, pp. 17.

позитивни, јер су осуђеници, укључени у когнитивну терапију, показали знатно мањи степен агресивности према другим осуђеницима.⁶

На основу STP програма направљен је нови програм по имену „*Cognitive Housing Approach: New Goals Environment*“ (*CHANGE*), који је био усмерен на оне осуђенике из установа са већим степеном обезбеђења, при чему постоји велики ризик да ти затвореници испоље насилно понашање. Циљ новог Програма је био редукација агресивног понашања и самим тим побољшање стања у установама. И овај Програм је имао три фазе. Тако је прва фаза била оријентисана, попут STP програма, на учење основних техника когнитивне промене. Кратким презентовањем о могућим грешкама у размишљању и начинима превазилажења истих, осуђеницима су дате две технике за самопромену: извештаји размишљања и лични дневници. У првој техници осуђеник је имао обавезу да објективно опише одређену ситуацију, записујући истовремено своја размишљања и ставове поводом тога. На овај начин осуђено лице треба да научи како да раздвоји чињенице од размишљања. Следећи корак би требао да се састоји од проналажења оних образаца мишљења повезаних са криминалним понашањем. Код личних дневника, као друге технике самопромене, сврха је подржавање идентификације грешака у начинима размишљања и анализа потоњег понашања. Исто тако, обавеза осуђеника је да води евиденцију о својим осећањима. У првој фази *CHANGE* програма осуђена лица су учила како да слушају друга лица, да их разумеју и на којина начин да реагују, уз избегавање фрустрације и агресије, као њене последице.

У следећој фази, у којој су се затвореници састајали четири пута недељно по сат времена, основа је била у групној дискусији и правилном начину вођења извештаја и дневника. Такође, ова фаза обухвата неки вид групне интеракције између осуђеника и припадника формалног система као средства за промену кроз заједничко сагледавање поступака осуђеника, са циљем откривања образаца понашања, који су засновани на ставовима, уверењима и осећањима. Када дође до откривања ових образаца, наредни циљ се огледа у њиховом контролисању. Групна дискусија би се одвијала на тај начин да насумично одабран осуђеник презентује осталима свој извештај размишљања. Након тога развила би се групна дискусија, уз обраћање посебне пажње на алтернативне начине реакције. У личном дневнику осуђеници би бележили мисли, осећања и ставове. За разлику од извештаја размишљања, садржај личног дневника се не представља осталим члановима групе. Само чланови формалног система бивају упознати са личним дневником, на основу чега се развија дискусија са одређеним осуђеником о томе шта је написано у дневнику и које мере превенције би се могле применити. Да би члан формалног система учествовао у овом Програму потребно је да најмање учествује три дана у когнитивној терапији, при чему сами осуђеници имају могућност да предложе ког члана формалног система желе за партнера

⁶ Lambert, E., Hogan, N., Barton, S., Stevenson, M., op. cit., pp. 5.

приликом анализе садржаја личног дневника. Међутим, коначна одлука о ангажованом члану формалног система доноси сво особље *CHANGE* програма. Да би се успешно привела друга фаза потребно је да осуђено лице редовно води дискусију са својим партнером и да испуни план превенције поновног вршења кривичних дела. Уједно, осуђеник има обавезу да упозна остале осуђенике са планом, при чему групни модератори и његов партнер одлучују о успешности ове фазе Програма.

Трећа фаза се односи на примену стечених вештина у правом животу. Сврха ове фазе је правилна реинтеграција бивших осуђеника у друштво на слободи, уз постојање волунтаристичког принципа приликом спровођења последње фазе. Наиме, бивши осуђеници се окупљају двапут недељно како би заједнички размотрили појединачне извештаје о понашању на слободи и како би охрабрили једни друге да наставе да негују правилан и одговоран начин размишљања у циљу избегавања вршења кривичних дела (насиља). Програмом је предвиђено да ова фаза траје од шест до дванаест месеци. Шире посматрано, трећа фаза на неки начин представља један од начина пружања постпеналне помоћи осуђеницима у виду тзв. унутрашње помоћи.⁷

За разлику од *STP* програма у *CHANGE* програму су учествовали они осуђеници, које је изабрала управа пенитенцијарне установе. Тако су постојали одређени критеријуми на основу којих су осуђена лица била бирана: 1. мора да буду до 26 година старости, 2. да припадају васпитној групи са високим степеном обезбеђења, 3. да немају диплому средње школе и 4. да не болују од неког менталног поремећаја. Од укупно 136 осуђеника њих половина (68) је, по наредби управе, учествовало у *CHANGE* програм, док је друга половина представљала контролну групу. Изабрани осуђеници су имали веома велики број дисциплинских преступа током боравка у установи, који су се кретали од непоштовања наређења, преко ненасилних деликата, до преступа, који обухватају елементе насиља.⁸ Иако су Програмом обухваћени и осуђеници, који су склони вршењу дисциплинских преступа, који се не односе на примену насиља, когнитивна терапија примењена кроз *CHANGE* програм је давала резултате и за насилне осуђенике. Велики број тих осуђеника је у својим личним листовима имала забележене насилне дисциплинске преступе, али и кривична дела са елементима насиља, попут напада и телесних повреда других осуђеника, затворског особља и других лица, туча, претњи и сексуалних деликата. Без обзира на то што у затвору није био забележен случај убиства, извршена кривична дела сугерирају на висок ризик од виктимизације насиља, што у крајњем случају може у неким околностима резултирати убиством.

⁷ Више видети: Константиновић Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, op. cit., стр. 184.

⁸ Lambert, E., Hogan, N., Barton, S., Stevenson, M., op. cit., pp. 6-7.

Поред ових Програма, когнитивна терапија је била основ и других сличних програма. Један од њих познат је под именом „*Aggression Replacement Training*“ (*ART*). Примена овог Програма била је проширена ван Сједињених Америчких Држава. Наиме, многе европске и друге земље су у својим пенитенцијарним установама примењивале овај Програм у циљу промене понашања оних криминалаца који су осуђени за кривична дела из домена криминалитета насиља, укључујући и убиства. Треба напоменути да су позитивне стране Програма утицала да се он примењује и у школама и социјалним установама. Његова основа је схватање да се насилно понашање учи и сходно томе могуће је да се мења. Једна од најефикаснијих мера промене понашања је играње неких других улога од стране насилних осуђених лица. Метод, који се користи за промену понашања, је тзв. *Motivational Interviewing method (MI)*, чијом применом осуђеник треба сам да спозна жељу за променом на боље. Другим речима, осуђена лица треба да побољшају своју способност самоконтроле, да смање изливе беса и агресије и да, на крају, нађу алтернативне начине понашања. За време десет недеља, употребљаване су три компоненте у остваривању циља *ART* програма. Прва компонента (когнитивна компонента) позната је под именом морално расуђивање. Овде ће осуђеник бити подржан како би повећао степен моралности и како би, уједно, на основу тога доносио друштвено прихватљивије одлуке. У другој тзв. емоционалној компоненти циљ је правилно контролисање беса и агресије кроз јачање способности самоконтроле. Бихејвиорална компонента се другачије може назвати тренингом друштвених вештина. Применом последње компоненте осуђено лице учи одговарајуће вештине како би на одговарајући начин реаговао у одређеним ситуацијама.⁹

Слични Програми су нашли своју примену и ван Сједињених Америчких Држава. Тако се програм, чија је основа когнитивна терапија, примењивао у новозеландском затвору Римутака. Когнитивна терапија је трајала 28 недеља, односно 330 радних сати. Програм се састојао од осам компонената: 1. препознавање тзв. ланца вршења насилних кривичних дела; 2. промена спознаје вршења криминалитета насиља; 3. управљање емоцијама попут беса, фрустрације и бола; 4. стварање емпатије са жртвом; 5. побољшање моралног схватања реалности; 6. учење техника решавања проблема и потенцијалних конфликтних ситуација; 7. савладавање комуникацијских вештина и 8. превенција поновног вршења насиља. Програм се показао веома делотворним у спречавању рецидивизма оних осуђеника, који су успешно завршили целокупну обуку. Уједно, дуплирано је време када долази до поновног вршења криминалитета насиља од стране појединих осуђеника. Резултати примене програма, базираног на когнитивној терапији, у Канади су заиста импресивни. Канадска служба за

⁹ *Treatment programs in the Swedish Prison and Probation Service*. Видети: <http://www.penalreform.ro/fileadmin/pri/projects/documente2/AggressionReplacementTreatment.pdf>, приступ 12.11.2011. године

третман објавила је податке да је стопа повратништва оних осуђених лица, који су завршили целокупна програм когнитивне терапије, опала за 36%.¹⁰

Посебна пажња одговарајућим програмима превенције насиља поклоњена је бесу као једном од значајнијих криминогених фактора вршења убистава и других насилних кривичних дела. Наиме, пошло се од тога да се насиља испољава као последица постојања беса код одређене особе. Тако је криминолог Ховелс сматрао да насиље може другачије звати понашањем у којем долази до испољавања беса. На основу овог схватања направљен је тзв. „*Anger management*“ (АМ), који се састојао у групном раду, при чему је његово трајање било ограничено на 10-20 сесија. Иако је овај Програм веома сличан програмима базираним на когнитивној терапији, терапеути их међусобно разликују. Сврха АМ програма је повећање свести осуђеника о постојању беса и окидачу, који доводи до његовог испољавања, са циљем развоја вештина, које доприносе његовој контроли.¹¹ Неке земље, попут Новог Зеланда, су отишле корак даље у развоју овог Програма, јер је основа била приказивања видео материјала о томе шта је бес и агресија и како се могу препознати. Назив новог програма, који је трајао десет сесија, је био „*Video Anger management Programme*“. Развијен је од стране Министарства правде током осамдесетих година XX века.¹²

У Центру за корекцију „Парклеа“, који се налази у северо-западном предграђу Сиднеја, развијен је посебан програм превенције криминалитета насиља под називом „*The Violent Offender Therapeutic Program*“ (VOTP). Ова пенитенцијарна установа је завод са највећим степеном обезбеђења. Мере превенције су почеле да се примењују од 2003. године. Осуђена лица укључена у VOTP су лица се дугом историјом вршења најтежих облика криминалитета насиља. Другачије речено, ова лица су били високо ризична да поново изврше неко такво кривично дело по изласку из завода. Такође, Програм је направљен тако да омогућава осуђеним лицима да испитују своје криминално понашање и да откривене резултате поделе са терапеутским особљем. Трајање ових превентивних мера је ограничено на 12-14 месеци. Програм обухвата поред припремне фазе, у којој се ради евалуација стања сваког осуђеника, још шест фаза: 1. начин живљења; 2. разумевање извршених насилних кривичних дела; 3. посебан начин размишљања, који искључује криминалне мисли; 4. емпатија са жртвом; 5. круг вршења кривичних дела и 6. спречавање рецидива. Осуђена лица

¹⁰ *The Evidence on Violent Offenders*. Видети: <http://www.insideprison.com/Violent-Offenders.asp>, приступ 12.11.2011. године

¹¹ Ware, J., Cieplucha, C., Matsuo, D., *The Violent Offenders Therapeutic Programme (VOTP) – Rationale and effectiveness*, Australasian Journal of Correctional Staff Development. Видети: http://www.bfcsa.nsw.gov.au/___data/assets/pdf_file/0004/278041/The-Violent-Offenders-Therapeutic-Programme.pdf, приступ 12.11.2011. године

¹² Palmer, E., *Offending behaviour programmes: development, application, and controversies*, John Wiley & Sons Ltd, England, 2006, pp. 138.

требају, кроз ове фазе, да науче који фактори утичу на њих да испоље насиље (мисли, осећања, ситуационе околности, физиолошко узбуђења итд.) и како да их спрече одређеним вештинама, пре него што буде направљен појединачни план превенције поврата у сарадњи са службеницима за условни отпуст. У свакој фази Програма терапеути су дужни да пружају помоћ осуђеним лицима уколико им је то потребно. За сваког затвореника постоји појединачни план третмана, који је направљен у сарадњи са психологом који је одређен за дато осуђено лице. Иако постоје појединачни планови за сваког осуђеника, *VOTP* се спроводи у оквиру групне терапије. Свака група се састоји од највише десет учесника, уз постојање обавезе да се учесници групе састају трипут недељно од по два сата.¹³

Посебни програми и убиства

Поред мера когнитивне терапије постојали су и други програми спровођени у Сједињеним Америчким Државама у циљу превенције насиља, чак и оног са смртним последицама (убиства) у пенитенцијарним установама. Један од таквих програма базира се на религијског основи. Наиме, осуђеници, затвора средњег степена обезбеђења у Калифорнији, су имали обавезу да прочитају књигу „*The Purpose Driven Life*“ аутора свештеника Рика Варена. Овај затвор у Калифорнији, по имену *The Sierra Conservation Center* у Џејмстауну, је био познат по насиљу међу бандама. Основ вршења (смртоносног) насиља је била расна припадност. Међутим, када су осуђена лица почела да читају поменути књигу, број пријављених случајева насиља је драстично опао. Хектор Лозано, координатор програма за борбу против зависности, је говорио да није могло да прође две недеље а да се не деси напад припадника једне банде на чланове друге банде. Такође, често је долазило до примене принудних мера службе за обезбеђење према члановима различитих банди. Читање ове књиге допринело је промени понашања банди једна према другој, јер су оне почеле да разговарају о ономе што су прочитале. Преко 400 од 1200 осуђеника су прочитали књигу. Њихова обавеза састојала се у томе да се сваки дан прочита по једно поглавље књиге, након чега се развија групна дискусија о томе како прочитани део књиге утичу на њихов свакодневни живот. Од 2003. године, када је овај религиозни програм почео да се примењује, забележена је само једно побуна, 67 насилних инцидената, четири напада на припаднике формалног система, при чему је 1067 осуђеника дисциплински кажњавано. Пре него што је програм почео да се спроводи, број побуна је био 5, док је било пријављено 103 инцидената са елементима насиља. Исто тако, у четири случаја жртве насиља је било особље

¹³ Ware, J., Cieplucha, C., Matsuo, D., *The Violent Offenders Therapeutic Programme (VOTP) – Rationale and effectiveness*, Australasian Journal of Correctional Staff Development. Видети: http://www.bfcsa.nsw.gov.au/__data/assets/pdf_file/0004/278041/The-Violent-Offenders-Therapeutic-Programme.pdf, приступ 14.11.2011. године

управе пенитенцијарне установе, уз постојање дисциплинског кажњавања у 1226 случајева. Формални систем је био задовољан постигнутим резултатима. Портпарол, затвора у Џејмстауну, Кени Калхун је рекао да је дати религиозни програм одиграо веома значајну улогу у опадању стопе пријављених случајева насиља.¹⁴

Још један програм, који је дао одличне резултате у редукацији и превенцији насиља међу осуђеним лицима, је тзв. „*The Honor Program*“. Овај Програм је почео да се примењује од 2000. године у пенитенцијарним установама у савезној држави Калифорнија (САД). Његова сврха је стварање атмосфере сигурности, поштовања и сарадње. Другим речима, циљ је обезбеђивање средине у којој би осуђена лица могла да раде у миру. Осуђена лица заинтересована за учешће у овом Програму су обавезна да не употребљавају психоактивне супстанце, да не буду чланови било које банде у затвору, да се уздржавају од примене насиља и на крају да живе и раде у пенитенцијарној установи са другим осуђеницима било које расе. После прве године спровођења „*The Honor Program-a*“ дошло је до смањења инцидената са употребом оружја од 88% и до редукације насилних инцидената у павиљону А од 85%. Бенефити Програма се огледају и у штедњи значајне суме новца. Наиме, Департман за корекцију и рехабилитацију Калифорније је уштедео преко 200.000 америчких долара само у првој години примене Програма. Тај новац је био намењен санирању последица насилних инцидената у затвору. Током шестогодишње примене Програма уштеђене су милионске суме калифорнијских пореских обвезника.¹⁵

Како су жртве убиства у великом проценту супружници и други рођаци женског пола, постоје посебно развијени програми који су фокусирани на превенцију насиља, које врло често доводи до смртних последица. Тако је Шпанија у својим затворима изградила посебан програм мера превенције оних лица, који су осуђени за неки вид насиља према женским особама, најчешће према својим супругама.¹⁶ На почетку је било 70 осуђеника. Међутим, постојали су одређени критеријуми на основу којих је вршења селекција: мушки пол од 18 до 65 година старости, служење казне затвора за озбиљно насиље у породици према супругама, непостојање било каквог менталног поремећаја, писменост

¹⁴ *Religious Studies Cited for Reducing Prison Violence*. Видети: <http://www.drug-rehabs.com/religious-prison-violence.htm>, приступ 11.11.2011. године

¹⁵ *The Honor Program*. Видети: <http://listverse.com/2008/08/14/top-10-modern-prison-programs/>, приступ 11.11.2011. године

¹⁶ Истраживање убиства у породици, које је спроведено у Одељењу за психијатријска вештачења КПД-болнице у Београду током десетогодишењг периода, показало је да су жртве убиства, које чине мушкарци у највећем проценту њихове супруге. Тако је од 236 жртава убиства, њих 90, односно њих 38,14% су биле супруге лицима осуђеним за убиство. Више видети: Ковачевић, Р., Кеџман, Б., *Убиство у породици*, Чигоја штампа, Београд, 2006. година, стр. 70.

и добровољни пристанак за учешће у програму. На крају је било 52 учесника из 8 пенитенцијарних установа широм Шпаније, над којима су спроведене мере когнитивне терапије. Међу изабраним осуђеницима, њих 46% било је осуђено за убиство партнерке или покушај њеног убиства, док је њих 31% било претходно осуђивано за разна кривична дела, међу којима су у 47% претња или nanoшеће телесних повреда, 46% за крађу, 6% за илегално поседовање оружја и 6% за нарушавање јавног реда и мира. Из овога произилази да су мере когнитивне терапије једна од најпримењиванијих мера превенције насиља (са смртним исходом). Циљ спроведеног програма у Шпанији је био савлађивање одговарајућих вештина како би сами осуђеници могли да контролишу своје импULSE, уз развијање емпатије са жртвама насиља. Такође, један од циљева је поновно успостављање односа између насилника и женских особа, при чему је тај однос базиран на хармонији и једнакости.¹⁷ Мере когнитивне терапије су се предузимале у трајању од по два сата двадесет пута, при чему је за сваког осуђеника програм посебно прилагођен. У првом делу програма спроводи се промена на мотивационом плану како би осуђено лице прихватило своју одговорност за почињено кривично дело и како би, уједно, пристало да учествује у програму. Усмереност на психопатолошке симптоме, који доводе до манифестације насиља, је одлика другог дела когнитивне терапије. У последњем делу спроводе су посебне мере у циљу превенције насиља на тај начин што су идентификоване потенцијално насилне ситуације, како би осуђено лице могло да научи алтернативни начин понашања у датим околностима.¹⁸ Резултати програма су били одлични. Наиме, 92% учесника је завршило програм, уз постојање драстичне промене ставова према женама и према насиљу као средству решавања конфликтних ситуација.¹⁹

Поред напред наведених програма, који су се бавили само одређеним аспектом вршења насилних кривичних дела, укључујући и убиства, постоје програми, чијом применом су терапеути хтели да обухвате све криминогене факторе, које доводе до вршења криминалитета насиља. Најсвеобухватнији програм превенције испољавања криминалитета насиља, који је развијен у пенитенцијарним установама, је тзв. *Мулти-модални програм*. Полазећи од става криминолога МекГира да је ефикасност третмана против агресије и насиља неадекватан, потребно је развити такав програм мера превенције, који би много више трајао и при томе био интензивнији.²⁰ На основу тога изграђен је

17 Echeburúa, E., Fernández-Montalvo, J., Amor, P., *Psychological Treatment of Men Convicted of Gender Violence - A Pilot Study in Spanish Prisons, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, Sage Publications, 2006, Volume 50, Number 1, pp. 59-60.*

18 Echeburúa, E., Fernández-Montalvo, J., Amor, P., op. cit., pp. 62.

19 Echeburúa, E., Fernández-Montalvo, J., Amor, P., op. cit., pp. 64.

20 McGuire, J. *A review of effective interventions for reducing aggression and violence, Philosophical Transactions of the Royal Society, 2008, pp. 2591.*

поменути Програм, који је трајао 12 месеци и који је обухватао широк дијапазон питања значајна за превенцију испољавања насиља. Другим речима, основа Програма је било схватање да постоји велики број криминогених фактора који доприносе насиљу. Због тога се Програмом морају третирати сви ови криминогени фактори. Такође, карактеристика ових мера превенција је и висок степен индивидуализације.²¹ Држава у којој је развијен овакав програм била је Канада. Програм, под посебним називом „*Persistently Violent Offender Treatment Programme*“, је имао три дела. У првом делу се ради на мотивацији осуђених лица у циљу њиховог добровољног укључивања у мере превенције. Други део се односи на развијање појединачног социо-когнитивног модела фактора ризика за испољавање насиља, док се у трећем делу уче посебне вештине у циљу изградње посебних просоцијалних алтернатива у односу на криминално понашање.²²

Закључак

Приказани примери добре праксе примене когнитивне терапије, као и неких посебних програма ресоцијализације осуђеника за убиства, представљају интересантне показатеље како се може континуираним мерама превенције извршити промена понашања датих осуђеника на боље. Република Србија не примењује овакве савремене облике пенитенцијарних програма. Наша држава због одређених разлога, као што су: пренасељеност пенитенцијарних установа, пропадање некадашњих производних капацитета у пенитенцијарним установама, недостатак одговарајућег кадра и њиховог недовољног залагања, не постиже одговарајуће резултате у превенцији криминалитета, а самим тим у његовом укупном смањењу. Због тога је живот осуђеника за (убиство) се своди само на „голо“ издржавање казне затвора у четири зида.

Надлежно министарство Републике Србије мора да донесе одговарајућа документа, којим би се створила основа за примену савремених пенитенцијарних програма. Такође, наша држава треба да изгради услове за успешно спровођење датих програма кроз веће запошљавање одговарајућег кадра и улагање већих новчаних средстава. На тај начин би се извршило преваспитање осуђеника за тешка кривична дела, што би резултирало и мањој стопи поврата тешких кривичних дела, међу којима је и убиство.

²¹ Ware, J., Cieplucha, C., Matsuo, D., *The Violent Offenders Therapeutic Programme (VOTP) – Rationale and effectiveness*, Australasian Journal of Correctional Staff Development. Видети: http://www.bfcsa.nsw.gov.au/_data/assets/pdf_file/0004/278041/The-Violent-Offenders-Therapeutic-Programme.pdf, приступ 14.11.2011. године

²² Palmer, E., loc. cit.

Darko Dimovski, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

The Treatment of Murderers in Special Penitentiary Programs

Summary

As one of the most serious criminal offences, murder imposes the need for introducing special penitentiary programs which are primarily aimed at re-socializing the perpetrators of these criminal offences. For this reason, the author provides examples of good practice in the process of resocialization of convicted murderers. The resocialization program is embodied in cognitive therapy and other special programs aimed at preventing prospective violent behaviour and recidivism.

Key words: *penitentiary programs, murder, cognitive therapy, special programs*

ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ПОРЕСКИХ ПОДСТИЦАЈА У СИСТЕМУ ОПОРЕЗИВАЊА ЗАРАДА*

Апстракт: Предмет анализе о овом раду јесте правни значај пореских подстицаја у систему пореза на зараде. У том смислу се најпре разматра појам и место пореских подстицаја у савременом пореском праву, проблем њихове класификације и противуречности примене. Такође, се указује на обележја и структуру пореских подстицаја предвиђених српским Законом о порезу на доходак грађана у сегменту који се односи на опорезивање зарада. У даљем тексту се посебна пажња посвећује оцени економске ефикасности и друштвеног оправдања постојећих пореских подстицаја у домаћем пореском систему и чињењу конкретних предлога за побољшање њихове учинковитости.

Кључне речи: порески подстицаји, порески обвезник, опорезивање зарада, порески систем, економска ефикасност.

Увод

Реформа пореског система у земљама у транзицији започела је у другој половини деведестих година прошлог века. У том смислу се приступило изменама пореског законодавства и увођењу пореских облика који су примерени развијеним земљама са концептом тржишног привређивања. Креатори економске политике били су суочени са избором између „bing bang концепта“, који је правио дистинкцију између стварања модерног пореског система, својственог развијеним земљама, са једне стране, и градуалистичког приступа, са друге стране, којим се такође наглашава важност инкорпорирања модерних пореских елемената у постојеће системе земаља у транзицији, али уз респектовање свих материјалних, административних и институционалних ограничења наслеђеног пореског система.¹ Ту пре свега мислимо на неразвијеност институција, слабост

* Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

пореске администрације, непостојање адекватне информационе базе и друга ограничења. Реформом пореског система као битног елемента стабилизационог програма, преко механизма приватне својине и предузетништва, стварају се услови у којима се формира велики број пореских основица на које постоји обавеза плаћања пореза. Одређивање висине плаћања пореза, извора прихода и пореска ослобођења сами су неки од нових елемената новог пореског система.² У условима финансијске кризе и буџетских дефицита, државе настоје да финансирање јавних добара омогуће увођењем нових пореских облика и поштравањем постојећих пореских стопа. Због таквих околности, питање домашаја и функција пореских подстицаја још више добија на значају, јер се порески обвезници субјективно већ осећају „преопорезованим“ и налазе се близу границе апсолутног пореског лимита. Како порески обвезници представљају пасивну страну у пореско-правном односу, подређену интересима фискаса, веома су заинтересовани за домашај пореских подстицаја. Њима се одређује коначан износ пореза који су дужни да плате на име своје пореске обавезе.

Појам и врсте пореских подстицаја

У циљу адекватне заштите и имплементације права пореских обвезника, у условима отежаног испуњења пореских дужности и поштравања постојећих пореских стопа, као и појаве нових пореских облика (услед којих се порески обвезници осећају преопорезованим), креатори пореске политике морају да узимају у обзир функције пореских подстицаја, путем којих се пореска обавеза може умањити (пролонгирати) на законит и легитиман начин. Порески подстицаји јесу одредбе пореског законодавства или усаглашене праксе које смањују или одлажу приходе у односу на стандардни (референтни) порески облик (*benchmark tax*) и претпостављени износ пореза.³ Претпостављени износ пореза укључује врсту пореских стопа, обрачунска правила, конвенције, умањења за обавезна плаћања, ставке за олакшање пореске администрације и међународне фискалне обавезе.⁴ Услед тога што се постојањем пореских

1 V. Tanzi, G. Tsiborus, *Fiscal Reform Over Ten Years of Transition*, IMF Working Paper, No.113/2000., pp.1-9.

Упореди са: М. Божић, С. Голубовић, Пореске реформе у балканским земљама у транзицији: Пореске реформе у Републици Србији-права пореских обвезника, порески систем и пореска политика, зборник радова, Едитор проф. др Јован Горчић, књига 1, Правни факултет Ниш, Проинком Београд, 2004., стр.161-170.

2 Е. Вукадин, *Економска политика*, Правни факултет Београд, 2009., стр. 244-245.

3 В. Anderson, *Tax Expenditures in OECD Countries*, Presentation at the Asian Senior Budget Official Meeting, 10-11, Bangkok, 2008.

4 П. Бејаковић, В. Братић, Ј. Франић, *Модел порезних издатака у одабраним земљама*, : Скривена јавна потрошња-садашњост и будућност порезних издатака, Зборник радова, Институт за јавне финансије, Загреб, 2011., стр. 11.

подстицаја држава одриче једног дела својих прихода, данас се примењује рестриктиван приступ у њиховом одобравању, што може објаснити и недостатак општеприхваћене дефиниције пореских подстицаја за разлику од осталих конститутивних елемената структуре пореза. Пореске подстицаје можемо схватити и као „специјалне изузетке, ексклузиве или умањења којима се пореским обвезницима обезбеђују специјални кредити, преференцијалне пореске стопе или се пак разводњава пореска одговорност, најчешће у виду пореских празника ограниченог временског трајања, текућег смањења за одређене врсте трошкова и редуцираних увозних тарифа или текућих дужности“.⁵ Пореске подстицаје можемо посматрати у светлу њиховог ефекта на смањење пореског терета за конкретан објект опорезивања. То може бити веома користан приступ у упоређивању економске ефикасности различитих врста пореских подстицаја.⁶

Појам пореских издатака шири је од појма пореских подстицаја, јер обухвата трошак свих фискалних олакшица у свим облицима, који се користи у политичким оквирима, али за одређене економске и социјалне циљеве у којима су садржане мере потпуног или делимичног одрицања од „јавне моћи опорезивања“.⁷ То значи да законодавац уместо да забрањује одређена понашања пореских обвезника, оличена у законитој нелегитимној пореској евазији, иде у супротном смеру ширећи њихове изборе смањивањем дужног износа за оне обвезнике који усвоје друштвено пожељно понашање. У француском пореском праву синтагмом „порески систем одступања“ означавају се: пореске олакшице- као законом предвиђени износи за одбијање од пореске основице; порески изузеци- као износи искључени из пореске основице; снижене пореске стопе- које се примењују за одређену категорију пореских обвезника или опорезиву делатност; одлагање плаћања пореза и порески кредити- као износи који се одбијају од пореске обавезе.⁸

Проблем са класификацијом пореских подстицаја (пореских издатака) проистиче из њихове различите примене у појединим земљама и другачијим циљевима, који се њима желе постићи. Ако пореске олакшице схватимо као уступке државе у погледу пореске основице, пореске стопе или износа пореских прихода у односу на општи порески режим који би био уређен законом у одсуству

5 A. Easson, E. M. Zolt, *Tax Incentives*, IBRD, Amsterdam, 2002., p. 2.

6 Zee, Stotsky and Ley, *Tax Incentives for Business Investment: A Primer for Tax Policy Makers in Developing Countries*, IMF Working Paper, 2001., pp.13-15.

7 M. Collet, *Droit Fiscal*, Presses Universitaires de France, Paris, 2009. Наведено према: Т. Роговић Лугарић, Ј. Богавац, *Правни статус порезних издатака: Стање и перспективе*, у: *Скривена јавна потрошња-садашњост и будућност порезних издатака*, зборник радова, Институт за јавне финансије, Загреб, 2011., стр. 176-177.

8 Ibid.

олакшице, дефинисање општег режима није нимало лако.⁹ У неким ситуацијама се не може правити јасна разлика између општег и посебног пореског режима, нпр. олакшица у форми снижене стопе за остварену добит из производње може се оквалитиковати као део општег, подстицајног пореског режима у систему пореза на добит правних лица, која се као таква односи на све пореске обвезнике, обухваћене таквим правно-економским чињеничним стањем. Међутим, може се схватити и као специјалан, привилегован, порески режим, ограничен само на добит из производње уколико се квалификација врши са нивоа целокупног пореског система.¹⁰ У земљама чланицама ОЕЦД-а, порески подстицаји у ширем смислу могу се сврстати у пореске олакшице (*tax relief*), пореске субвенције (*tax subsidies*) и пореске помоћи (*tax aids*).¹¹

Економска ефикасност пореских подстицаја

Обим пореских подстицаја једно је од највише контроверзних питања у јавним финансијама. Порески стручњаци упозоравају на искривљење тржишних услова пословања који ови издаци носе са собом, јер доводе у повлашћени положај одређене скупине или подручја, нарушавајући тиме конзистентност, транспарентност и стабилност пореских прописа уз истовремено усложњавање система убирања и наплате пореза (чиме се доприноси слабијој ефикасности пореског система). Без обзира на напред споменуто, број и значење пореских подстицаја у свету налази се у константном повећању.¹² Занимљива је дефиниција пореских издатака америчког републиканског конгресмена Paul Ryan-а, који под пореским подстицајима подразумева „*све оне посебне олакшице које владе користе у пореском систему како би наградили обвезнике за њихово искоришћавање појединих пореских могућности и непромишљено понашање, какво је позајмљивање великог износа новца за куповину куће*“. Кроз тај сликовит опис можемо видети да су та „искривљења“ пореског система заправо јако слична одлуци о усмеравању ресурса у складу са политичким потребама државне потрошње, чиме се успорава привредни развој.¹³ Иако се у модерном значењу те речи појам пореских подстицаја користи од средине шездесетих година прошлог века, њихова генеза везује се за период првих античких држава. У циљу бољег

9 Д. Поповић, *Наука о порезима и пореско право*, Савремена администрација и Open Society Institute, Constitutional and Legislative Policy Institute, Београд, 1997., стр.193.

10 Б. Раичевић, Ј. Ненадић, *Порески подстицаји у систему пореза на добит*, Економски анали, бр. 166, 2005., стр.83.

11 А. Shick, „*Off Budget Expenditure: An Economic and Political Framework*“, OECD, Journal of Budgeting, no.7, p. 3.

12 В. Братић, *Скривена јавна потрошња, порезни издаци: потреба или удварање бирачима?*, Институт за јавне финансије, Загреб, 2011., стр.123.

13 Више о о томе: N. Gelinas, *Tax Expenditures*, National Review, 2011., p.123.

разумевања данашње физиономије, морамо узети у обзир корене и еволуцију пореских подстицаја кроз време.¹⁴ У условима финансијске кризе, одрицање државе од значајних новчаних прихода мора се озбиљно преиспитати. Данас се стало на становиште да се у одређивању правне судбине пореских ослобођења у обзир морају узети следеће чињенице: да ли порески подстицаји коче или убрзавају привредну активност (тј. да ли они утичу на пореске обвезнике да се понашају на жељени начин или деформишу порески систем тако да је понашање обвезника негативно); да ли су порески подстицаји оправдани и да ли исте или довољно сличне пореске обвезнике третирају на једнак начин (чиме утичу на генезу различитих капацитета обвезника у сношењу пореске обавезе), као и питање сложеног администрирања пореских подстицаја. Све напред наведено захтева успостављање *trade-off(a)* у највећој могућој мери, јер се ради о међусобно супростављеним захтевима.¹⁵ Многи од пореских подстицаја представљају прикривене социјалне или сличне програме, али их је за разлику од субвенција много теже пратити и нацирати, јер се не јављају као расходне ставке на страни буџета.

Пракса је показала да порески подстицаји много више служе богатијим категоријама становника, него онима са слабијом економском снагом, јер сиромашнији грађани обично немају довољно могућности за њихово признавање, нити довољно високе (ниске) износе дохотка за њихово коришћење.¹⁶ Значај

14 Још су у античком Египту, свештеници били ослобођени плаћања пореза као и власници црквених поседа, док се таква пракса наставила и у средњовековној Европи од 10. до 14. века. Као пример лоше пореске политике ослободене на пореске олакшице у теорији се често наводи Француска из 18. века, јер су у том периоду племићи и црква уживали велика пореска ослобођења, због чега је порески закон више наликовао на “*сир препун рупа*”, него на важећи документ, због чега су били уведени финансијери, тј. “*унајмљивачи права на убирање пореза*”, који су јемчили уколико подређена држава не плати своју пореску обавезу или други намет. Видети: А. Charles, *За добро и зло-Утјецај пореза на кретање цивилизације*, Институт за јавне финансије, Загреб, 2006.

15 *Joint Committee on Taxation, Background Information on Tax Expenditure Analysis and Historical Survey of Tax Expenditures Estimates*, Senate Committee on Finance, Washington DC, 2011.

16 П. Бејаковић, *Одреднице праведности, учинковитости и административне сложености пореских издатака*, у: *Скривена јавна потрошња-садашњост и будућност порезних издатака*, зборник радова, Институт за јавне финансије, Загреб, 2011., стр.1-9. Порески систем не би смео бити предмет лицитирања и нереалних обећања политичара уочи избора, јер је његова основна функција обезбеђење неопходног износа јавних прихода за финансирање расхода, а не остваривање задатака социјалне политике. То се најбоље може разумети кроз теорију привредних и политичких циклуса. Занимљиво је да је број пореских подстицаја у свету у сталном повећању, тако на пример, у Француској је својевремено број пореских подстицаја, почев од средине седамдесетих година порастао на више од 400, због чега она и представља земљу са највећим бројем издатака, у Шпанији је њихов број око 300, у Канади 225, у Немачкој 275, а у Великој Британији 140. Т. Рогвић Лугарић, Ј. Богавац,

пореских подстицаја у земљама у развоју много је већи него што то на први поглед делује, јер они представљају начин за привлачење страног капитала и инвестиција у циљу оживотворења дезавуисане привреде. Док развијене земље настоје да мерама фискалне политике смање њихов домашај, земље у развоју ширењем постојећих настоје да привуку богате иностране резиденте, не водећи притом много рачуна о начелу праведности и транспарентности, у чему можемо приметити један облик нелојалне пореске конкуренције. Нарочито се, притом уочава тренд ширења пореских подстицаја у оквиру система пореза на дохотак, пореза на имовину и пореза на добит, што може имати негативне реперкусије на плану вертикалне правичности и висину укупно прикупљених пореских прихода за финансирање нараслих јавних расхода и јавног дуга земаља у транзицији. Стога, није лако одговорити на питање да ли треба користити пореске подстицаје и у ком облику. Без обзира на то, постоји консензус у погледу базичних тачака, које се морају следити да би програм пореских подстицаја био успешан и по пореске обвезнике и по фискус. Оне се могу сумирати у следеће: циљеви подстицаја морају бити јасно одређени и у складу са њима треба креирати програм подстицаја који у највећој могућој мери доприноси остваривању циљева; влада мора, пре покретања програма, да испита и утврди све антиципиране трошкове и користи програма, и тиме умањи могућности за корупцију, односно злоупотребу пореских подстицаја у сврхе и на начин, које законодавац није имао на уму приликом њиховог креирања.¹⁷

У Србији је због специфичности транзиције систем пореских подстицаја био често новелиран. Објашњење за такву фискалну политику, треба потражити у постулатима теорије политичког циклуса, по којој бирачи у предизборној кампањи одлуку о гласању превасходно доносе на бази обећања политичара о износу пореза, висини пореске стопе, наводном укидању појединих пореза и ширењу палете пореских олакшица. Нажалост, можемо приметити да је периоду превирања политичких струја и борбе за власт, систем пореских подстицаја више био у функцији „завођења широких народних маса“, него у функцији остваривања одређених циљева економске политике. Да би порески подстицаји били ефикасни неопходно је да се њихово инкорпорирање у правне норме изврши тако да они делују попут аутоматских стабилизатора, јер се тако умањује инвестициона несигурност, административни трошкови и фаворизовање мање профитабилних инвестиција. Такође, селективни подстицаји (у виду регионалне и секторске подршке) требало би да буду привременог карактера и да њихов временски хоризонт буде онолико дуг, колико је то неопходно за испуњавање

оп.цит., 175. Упореди са: А. Јовановић, М. Лабус, Б. Беговић, *Економија за правнике*, Правни факултет Београд, 2011., стр. 45-54.

17 А. Easson, E. M. Zolt, op. cit., p. 2.

сврхе подстицаја.¹⁸ Интеракција пореских система између земаља јако је битна детерминанта учинковитости одређеног пореског подстицаја. Тако на пример, у систему одбитка пореза плаћеног у иностранству у случају када страни инвеститор своју обавезу умањи за износ пореза плаћеног у земљи извора, земља резиденства може за износ фискалног подстицаја земље инвестирања (извора) да умањи порески кредит.¹⁹

Нормативно регулисање пореских подстицаја у систему опорезивања зарада

Пореска обавеза, која има економски извор у оствареном доходу у Србији је регулисана *Законом о порезу на доходак грађана*.²⁰ Опорезивање дохода у Србији спада у мешовити систем за разлику од развијених земаља, где се углавном примењује *глобални (синтетички) порез на доходак грађана*. Током године сви примаоци дохода подлежу цедуларним порезима, а мали број пореских обвезника, чији је годишњи доходак већи од прописаног лимита, плаћа и *комплементарни годишњи порез на доходак грађана*.²¹ *Пореске олакшице у систему пореза на доходак могу се класификовати на стандардне олакшице* (нису зависне од конкретних издатака пореског обвезника за одређену сврху и на располагању су свима) и *нестандардне олакшице* (зависе од висине документовано

18 A. Easson, *Tax Incentives for Foreign Direct Investments*, The Hague: London Kluwer Law International, 2004., pp. 74-76. Привремени подстицаји могу позитивно утицати на будући успех предузећа, посебно у условима дискриминационог односа и несавршености тржишта капитала, према малим и новоформираним предузећима. R. W. Boadway, *Perspective of the Role of Investment Incentives in Developing Countries, Fiscal Incentives for Investment and Innovation*, Washington, World Bank, 1995., pp. 31-136.

19 За утврђивање ефеката пореских подстицаја, неопходно је утврдити и третман пореских губитака, опорезивање дивиденди и сл. A. Shah, *Fiscal Incentives for Investment and Innovation*, Washington, World Bank, 1995., pp. 31-136.

20 *Закон о порезу на доходак грађана*, Службени гласник РС, бр. 24/01, 80/02, 135/04, 62/06, 65/06, 10/07, 7/08, 31/09, 44/09, 18/10, 50/11, 91/11, 7/12. Због остваривања *хоризонталне правичности*, креатори пореске политике су тежили остваривању дохода у облику у коме га је дефинисао познати теоретичар *Haig-Simons*. По његовој дефиницији, доходак је новчана вредност нето повећања могућности потрошне појединца у одређеном периоду, па се стога посматра као збир стварне потрошње и нето прираста имовине. Ова дефиниција укључује уобичајне елементе, попут зарада и других примања, али и неке неконвенционалне елементе, какви су доприноси за социјално осигурање, пензије, социјална помоћ и друго. Зато је њена примена повезана са бројним проблемима. Данас се превасходно тежи *вертикалној правичности*, у којој се сви остварени облици дохода не третирају једнако.

21 У систему годишњег пореза на доходак грађана се примењују две стопе од 10% и 15% на две обрачунске пореске основице. Као основица се користи доходак зап опорезивање, а неопорезиви доходак, што представља својеврсни изузетак у домаћем пореском систему. М. Анђелковић, М. Димитријевић, *Пореско право Србије*, op.cit., стр. 64-66.

доказаних конкретних издатака).²² Типичне нестандартне олакшице су разни добровољни доприноси, премије осигурања, разне пасивне камате (пре свега камате за кредите који обвезници имају због инвестиција типа хипотекарних камата). У стандардне олакшице можемо свратити олакшице за децу, инвалиде, старија лица и слично. Гранични (мешовити) случајеви обухватају олакшице за чување деце, за обавезне доприносе за социјално осигурање и остале трошкове у вези са радним односом.

Слично, као и у систему пореза на имовину, и код пореза на доходак, пореско право не пружа једнаке погодности за брачну и ванбрачну заједницу. Пореске олакшице у смислу права на личне одбитке следе на име издржаваног партнера у одређеном проценту (по правилу не више од 30%) и за децу (у зависности од броја деце већи су и лични одбици, нпр. за прво дете 10%, за друго дете 20% итд.). Када је у питању опорезивање наслеђа и поклона, права брачне и ванбрачне деце су изједначена.²³ Ипак, теоријски значај ове поделе у пореској праски је релативизиран. Тако, и ОЕЦД у свом редовном извештају „*Taxing Wages*“ приликом израчунавања пореског оптерећења просечног запосленог укључује олакшицу за обавезно социјално осигурање у прорачун и третира је као стандардну олакшицу. У теорији се истиче да разлози због којих се одобравају пореске олакшице код пореза на доходак често доводе до преклапања циљева који се њима желе постићи. Тако се говори о олакшицама у *ширем смислу*, олакшицама за *штедњу* (ради се о изузимању капитала), за постизање *објективног нето начела* (одбијања од дохотка свих оних трошкова неопходних за њихово остваривање, тзв. олакшице у формално-техничком смислу), за постизање *субјективног нето начела* (опорезивање према субјективној пореској способности) и *олакшице интервенционистичког карактера* (различите субвенције).²⁴

Изузимања из дохотка предвиђена су из социјално-политичких разлога, па се порез не плаћа по основу пензија, родитељског и дечијег додатка, накнаде за време незапослености и друго. Такође, из економских разлога, од дохотка се

22 С. Дрезгић, Х. Блажић, *Компаративна анализа нестандартних олакшица пореза на доходак у Еуропској Унији и регији*, у: Скривена јавна потрошња-садашњост и будућност пореских издатака, зборник радова, Институт за јавне финансије, Загреб, 2011., стр. 65-68. Хрватски порески систем је због великог броја пореских олакшица морао бити радикално реформисан, због чега је извршена „*мини фискална реформа*“. Почетком 2010. године укинута су све нестандартне пореске олакшице, са изузетком оних које се односе на донације, а управо су те донације (за уметност и културу) уведене првом изменом закона из 1994. године. Њихова искуства са реформом пореских подстицаја у систему пореза на зараде требало би да послуже и креаторима фискалне политике у Србији.

23 О. Лончарић-Хорват, *Обитељ у фискалном саставу*, Ревизија Социјална политика, бр. 3, Загреб, 1994., стр. 251-253. Слична решења примењена су и у спском наследном и породичном праву.

24 Х. Блажић, Успоредни порезни сујави-опорезивање дохотка и добити, *op.cit.* 131-158.

изузимају субвенције, регреси из буџета, премије и слично.²⁵ Најважнији порески издаци у опорезивању дохотка се односе на умањења пореске основице, тачније износ везан за годишњи лични одбитак пореског обвезника.²⁶ У упоредном законодавству најчешће пореске олакшице обухватају оне које се дају за добровољне доприносе за пензијско осигурање (без обзира да ли су плаћени јавним или приватним системима осигурања); за премије животног осигурања; за здравствене трошкове који укључују и доприносе за добровољно здравствено осигурање); за трошкове путовања на посао; за донације у хуманитарне сврхе и остале олакшице (за образовање и инвестиције).²⁷ Порез на зараде је низак, али је укупно фискално оптерећење рада умерено високо, због чега укупно фискално оптерећење зарада има одређени негативан утицај на тражњу за радном снагом.²⁸ Пореска ослобођења предвиђена српским законом су релативно бројна, али нису значајно билансно издашна. Ради се о олакшицама предвиђеним за рад у страним дипломатским и конзуларним представништвима или међународним организацијама и пореским олакшицама за запошљавање нових лица и лица са инвалидитетом.²⁹ Пореска ослобођења обухватају још и трошкове превоза до посла, дневнице, смештај на службеном путу, премије добровољног осигурања до одређеног лимита и друго.

У систему годишњег пореза на доходак у Србији постоје само два стандардна одбитка и то: *лично ослобођење* од 40% просечне зараде за обвезника и 15% просечне годишње зараде за *издржаваног члана породице*, при чему укупан доходак не сме прећи 50% опорезованог износа. Систем стандардних олакшица у другим државама је бројнији. Данас се истиче да је фискално оптерећење зарада у Србији благо прогресивно, због постојања неопорезивог цензуса на

²⁵ *Закон о порезу на доходак грађана*, Службени гласник РС, чл. 9 и чл. 9а.

²⁶ Највећи део пореских издатака односи се на приходе од самосталне делатности. Х. Шимовић, *Утицај издатака у опорезивању дохотка на хоризонталну праведност*, у: *Скривена јавна потрошња-Садашњост и будућност пореских издатака*, зборник радова, Институт за јавне финансије, Загреб, 2011., стр. 50-51.

²⁷ *Tax Expenditures-Recent Experiences*, OECD, Paris, 2006. Упореди са: *Tax Expenditures in OECD Countries*, Paris, OECD, 2010 и *Choosing a Broad Base-Law Rate Approach to Taxation*, OECD, Paris, 2010.

²⁸ Високо фискално оптерећење је последица високих доприноса за социјално осигурање. М. Арсић, С. Ранђеловић, Н. Алтипармаков, *Могући правци реформе пореза на доходак грађана у Србији, Пореска политика у Србији, Поглед унапред*, УСАИД, Фонд за развој економске науке, март 2010., стр. 48. Иако је укупно фискално оптерећење рада у Србији нешто веће у односу на просек у Централној и Источној Европи, ако је та разлика мала, његов утицај на међународну конкурентност земље је неутралан. Поред тога што се сматра да је фискално оптерећење рада у Србији релативно високо, оно не представља ни предност ни недостатак.

²⁹ *Закон о порезу на доходак грађана*, Службени Гласник РС, чл. 20, чл. 21а, чл. 21б, чл. 21в и чл. 21г.

зараде. Ради се о категорији тзв. *егзистенцијалног минимума*³⁰ који се одузима од основице, а чији је *ratio* задовољавање основних животних потреба грађана. У теорији се наводи да би сиромашна лица, која не досежу егзистенцијални минимум, опорезована по нултој пореској стопи, требало опорезивати по *негативним* пореским стопама.³¹ Сматра се да тим лицима треба дати помоћ у новцу или на неки други начин. Негативно опорезивање је заступљено у свим државама света, јер се на тај начин решавају бројни социјални проблеми. Ипак, ова средства истовремено представљају својеврсне пореске расходе, пошто се средства намењена буџету не сливају у буџет.³² Искуства држава са високим степеном пореских утаја и сиве економије нам сугеришу да се највећи број пореских утаја врши управо у сфери пореза на доходак.³³ Управо зато, постоји потреба за реформом закона којом би се обезбедила јединствена пореска стопа на приходе од капитала и елиминисање порески привилегованог третмана опорезивања прихода по основу *уговора о делу и ауторских хонорара*. Разлог томе је „дискриминаторни“ порески третман зараде, која у укупној структури дохотка учествује са више од 80%. Наиме, овде се ради о пореским подстицајима у ширем смислу који нису пропорционално постављени према подстицајима у систему пореза на зараде, јер су „хонорарци“ ослобођени обавезе плаћања доприноса за обавезно социјално осигурање, што није у складу са принципима пореске конзистентности.³⁴ Опасност оваквих асиметричних привилегија имаће

30 Што се тиче *егзистенцијалног минимума*, таква категорија не постоји у пореским системима свих земаља. На пример, у Аустрији се опорезују сви приходи пореског обвезника, а након утврђивања пореске обавезе као одбитна ставка јавља се основни порески кредит, за чији износ се смањује порески терет. У 2005. години у Аустрији је било нешто мање од 800.000 пореских обвезника, када је у питању порез на доходак физичких лица, с тим што је 540.860 обвезника и платило порез, док преосталих 258.073 обвезника није испунило услове да плаћа ову врсту пореза због постојања значајних пореских олакшица и ослобођења. Више о томе: Ј. Ђуровић Тодоровић, *Специфичности опорезивања дохотка у Аустрији*, Економске теме, бр.3/2008., стр.71-85.

31 Усклађени динарски неопорезиви износи пореза на доходак грађана ступили су на снагу 1. фебруара 2012. године.

32 Идеју о увођењу негативних пореза, први је развио Milton Fridman.

33 Н. Алтипармаков, *Пореска правичност главних пореских облика у Србији*, op.cit., стр. 13-16. Занимљиво је да *Анкета Светске банке о животном стандарду у Србији* показала да преко 25% укупно остварених прихода уопште није регистровано у пореском систему. Стручњаци сматрају да је проценат пријављених прихода виши, с обзиром да испитаници свесно потцењују своје нелегалне активности.

34 Такође, њихово укупно фискално оптерећење је знатно ниже од фискалног оптерећења зарада. Види: *Закон о доприносима за обавезно социјално осигурање*, Службени гласник РС, бр. 84/04, 61/05, 62/06, 5/09, 52/11, 101/11, 7/12. Систем пореских олакшица у систему социјалног осигурања јавља се само у изузетним случајевима. Тако се у Ирској доприноси не плаћају за новозапослена лица млађа од 23 године, ако су претходно била запослена. European Tax Handbook, IBFD, Amsterdam, 2006.

за последицу пореско планирање и вршење легалне нелегитимне евазије, јер се лако део прихода од рада може представити кроз уговоре о делу.

Порески подстицаји код *доприноса за социјално осигурање* могли би се класификовати према обвезницима доприноса којима ослобађање од обавезе плаћања повећава економску снагу; према скупинама осигураника за које се односи ослобођење; према врстама доприноса за које је прописано ослобођење, односно подстицаји према циљевима и сврси која се намерава постићи ослобођењем.³⁵ Изузимање од плаћања доприноса може имати искључиву сврху фискалног растерећења (где особа нема обавезу плаћања доприноса, али не остварује ни социјална права по основу правног статуса) или изузимање од обавезе плаћања које не умањује опсег поменутих права. Порески третман доприноса у директној је вези и са пореским подстицајима код зарада, јер се њима утиче на односе на тржишту рада, где се ослобођењем од обавезе плаћања доприноса утиче на тржишну конкурентност одређених социјалних група. Такође, фискално растерећење одређених физичких и правних лица у функцији је постизања неких друштвено пожељних циљева и олакшавања њиховог финансијског положаја у чему можемо приметити облик солидарности у фази плаћања социјалних доприноса.³⁶ У Србији се не плаћају доприноси на терет послодавца за одређене категорије нових запослених лица у периоду до три године. Овакав привилеговани третман доприноса је подстакнут запошљавањем младих лица и других категорија становника и има директне реперкусије на терену пореских подстицаја за зараде.³⁷ Али, морамо се запитати, колика је стварна ефикасност тих пореских ослобођења и колико то кошта државни буџет, јер је за повећање стопе запослених неопходан услов развој производње. Анализа пореских подстицаја код зарада у Србији добија нову димензију у светлу захтева фискалне децентрализације и предлога за повећаним учешћем локалних заједница у порезу на зараде, чиме би се истовремено допринело умањењу регионалних разлика. Ипак, сценарио по коме локалне заједнице не би преузеле и додатне обавезе на име добијених прихода, само би продубио буџетски дефицит и створио вишак запослених на локалном нивоу. Са друге стране дуплирање прихода од пореза на зараде у свим локалним заједницама имало би за последицу повећање неједнакости у висини буџетских прихода

³⁵ Види: М. Zuber, *Олакшице, ослобођења и изнимке од обавезе плаћања социјалних доприноса*, у: *Скривена јавна потрошња-садашњост и будућност порезних издатака*, зборник радова, Институт за јавне финансије, Загреб, 2011., стр. 164-173.

³⁶ Ibid.

³⁷ Начин остваривања олакшице уређен је *Правилником о начину и поступку остваривања пореске олакшице за запошљавање нових радника* из чл. 21б *Закона о порезу на доходак грађана*, Службени гласник РС, бр. 140/04.

локалних заједница.³⁸ У светлу поменуте децентрализације треба напоменути да је расподела прихода од пореза на зараде комплексна и условљена подручјем на коме се налази општина (град) пореског обвезника, али и децентрализованим функцијама које је локална власт преузела и висином накнаде која се плаћа пореској управи од стране локалне власти и друго. Зато би министарско финансија требало да јавно објави податке о оствареној расподели пореза на доходак међу различитим нивоима власти и објасни начин расподеле.

Можемо приметити да се фискална децентрализација мора спроводити постепено, уз поштовање ограничених административних капацитета локалних власти, при чему је неопходна детаљна анализа свих пореских елемената пореза на зараде, а нарочито висине постојећих пореских подстицаја и њихове економске ефикасности. У спровођењу тих реформи морају се респектовати и нове тенденције опорезивања дохотка. Иако највећи број земаља света користи синтетичко опорезивање дохотка, савремени трендови показују да су многе од њих, у своје пореске системе, увеле одређене цедуларне елементе. Тако, већина “старих” држава чланица ЕУ примењује глобални систем са наглашеним прогресивним пореским стопама и бројним пореским олакшицама и ослобођењима. Насупрот њима, “нове” земље чланице ЕУ углавном имају једноставније системе са мање прогресивним пореским стопама. Специфичан је и пример Нордијских земаља које користе *дуални систем* опорезивања дохотка, где се посебно опорезују приходи од рада, а посебно приходи од капитала, док су земље Источне Европе увеле тзв. *flat* опорезивање, односно системе јединствене пореске стопе.³⁹

Закључак

Србија је у процесу транзиције остварила значајан напредак у модернизацији пореског система и његовом прилагођавању потребама тржишне привреде. Сви битни порески елементи у погледу утврђивања пореске основице, пореске стопе, пореског предмета и пореских дужника регулисани су по угледу на решења која постоје у развијеним земљама. На свом путу ка Европској Унији, Србија је ратификовала велики број конвенција и директива, којима је настојала да изврши хармонизацију домаћег пореског система, што је једна од њених обавеза у циљу стицања пуноправног чланства. Ипак, изгледа да порески систем и није толико ефикасан у пракси, иако постоје сви предуслови за то у погледу његове структуре. Наиме, о вертикалној правичности опорезивања, не можемо

38 М. Арсић, *Анализа предлога о повећању учешћа локалних заједница у порезу на зараде, Под лупом*, Квартални монитор бр.24, Јануар-Март 2011. Упореди са: М. Бронић, „Како се деле приходи од пореза и приреза на доходак?“, Newsletter no.27, Институт за јавне финансије, Загреб, стр.1-7., 2007.

39 Ј. Ђуровић Тодоровић, М. Ђорђевић, *Алтернативни начини опорезивања дохотка физичких лица*, Економске теме, бр.3/2009., стр. 29-43.

говорити, јер и даље највећи део пореског терета подносе порески обвезници са мањом економском снагом. Такође, носиоци фискалне политике врло често чине уступке из одређених социјалних и политичких разлога, којима се не доприноси остваривању начела правичности и општости опрезивања. На тај начин подрива се и алокативна, стабилизациона и редистрибутивна функција јавних финансија. У погледу бројности, структуре и домашаја пореских подстицаја, домаћи порески систем се и даље битно разликује од пореских система развијених земља чланица ЕУ. Када је у питању порез на доходак, треба напоменути да у Србији не постоји синтетички облик пореза као у развијеним земљама, мада је својевремено донет закон, који никада није ступио на снагу. У домену опорезивања зарада у Србији, као и у другим земљама у транзицији, постоји високо апсолутно и релативно пореско оптерећење, које негативно утиче на алокацију ресурса, у условима високе стопе незапослености. Велики проблем представља и сива економија, која онемогућава стварно утврђивање просечно зарађеног дохотка. Код пореза на зараде постоји велики број пореских олакшица, које се у погледу циља који се њима жели остварити, поклапају са онима које постоје код осталих пореза, па је неопходно њихово преиспитивање. Како се држава одриче дела прихода признавањем олакшица, неопходно је да се оне не дуплирају у пореском систему и не признају за сврхе, где по природи ствари нису потребне. Креатори домаће фискалне политике морају да поштују искуства развијених земаља у коришћењу пореских подстицаја, уз истовремено прилагођавање текућим потребама уз заштиту пореских права својих грађана.

Marko Dimitrijević, LL.B.
Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

**LEGAL SIGNIFICANCE OF TAX INCENTIVES
IN THE EARNINGS TAX SYSTEM**

Summary

The object of analysis of this paper is the legal significance of tax incentives in the earning tax system. In that sense, at the first place concept and the place of tax incentives in contemporary tax law is considered, the problem of their classification and application of contradictions. It also points out on the characteristics and structure of the tax incentives provided for the Serbian Law on Personal Income Tax in the segment relating to the taxation of earnings. Below are particularly focused on evaluating economic efficiency and social justification of existing tax incentives to the domestic tax system and making concrete proposals for improving their performance.

Key words: *tax incentives, the taxpayer, earnings taxation, taxation system, economic efficiency.*

ТРЕЋИ ФАКУЛТАТИВНИ ПРОТОКОЛ УЗ КОНВЕНЦИЈУ О ПРАВИМА ДЕТЕТА*

Апстракт: Генерална скупштина је 19. децембра 2011. године усвојила Трећи факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета. Њиме се уводи могућност подношења индивидуалних представки и међуржавних саопштења Комитету за права детета. Поред тога, надлежност Комитета је додатно проширена могућношћу покретања истраге у случају тешког и систематског кршења права гарантованих Конвенцијом о правима детета из 1989. године, као и њеним протоколима. Тиме је заокружен систем заштите људских права на универзалном нивоу, будући да је и последње уговорно тело добило надлежности које други комитети већ имају.

Кључне речи: трећи факултативни протокол, права детета, индивидуалне представке, међуржавна саопштења, поступак истраге, међународна помоћ и сарадња.

1. УВОД

Организација уједињених нација (у даљем тексту „УН“), се од самог свог настанка бавила правима детета, чиме је на неки начин, наставила оно што је започето у оквиру Друштва народа.¹ Резултат те активности је усвајање Декларације о правима детета² 1959. године, која је била садржанија од Декларације Друштва народа. Међутим, с обзиром на чињеницу да је реч о правно необавезујућем документу без надзорног механизма, ова декларација је представљала само изјаву добре намере.

¹ * Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Женевска декларација о правима детета, усвојена 26. септембра 1924. године; доступна на: www.un-documents.net/gdrc1924.htm (10.11.2012)

² www.cirp.org/library/ethics/UN-declaration/ (10.11.2012)

Године 1979, која је проглашена међународном годином детета, делегација Пољске је предложила Генералној скупштини УН усвајање међународног уговора за заштиту права детета. Након десетогодишњих преговора,³ 1989. године усвојена је Конвенција о правима детета (у даљем тексту „Конвенција“),⁴ која се битно разликује у односу на раније декларације.⁵

Конвенцијом о правима детета дефинисане су генералне обавезе држава и утврђен детаљан каталог права деце. Њоме се, поред основних права која припадају свим људским бићима, предвиђају и нека специфична права детета. То је учињено како би се деци гарантовала додатна права с обзиром на њихов „специфичан положај и завистан однос“.⁶ Конвенцијом је „дете“ дефинисано као свако људско биће млађе од 18 година, сем када се националним законодавством пунолетство не стиче раније. Уз ову Конвенцију, 2000. године усвојена су два факултативна протокола материјалног карактера која су ступила на снагу 2002. године.⁷ Факултативни протокол о учешћу деце у рату⁸ имао је за циљ да подигне минимални узраст лица која учествују у оружаним сукобима на 18 година, будући да је према одредбама међународног хуманитарног права, ова граница одређена на 15 година живота. Факултативни протокол о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији⁹ инкриминише одређене акте усмерене против деце.

Ради надзора над применом и поштовањем гарантованих права, Конвенцијом је 1989. године предвиђено формирање Комитета за права детета¹⁰ (у даљем тексту „Комитет“). Комитет представља стручно тело састављено од 18 чланова бираних од стране држава уговорница на период од четири године из редова експерата за међународно право, медицину, социологију и образовање. Конвенцијом се предвиђа да Комитет може разматрати извештаје држава уговорница.¹¹ Наиме, државе уговорнице имају обавезу подношења

3 Први радни нацрт поднела је пољска делегација, а затим је Комисија за људска права формирала Радну групу у којој је учествовало 80 држава.

4 treaties.un.org/doc/publication/UNTS/Volume%201577/v1577.pdf (10.11.2012)

5 Док је Декларација из 1924. године имала пет чланова, а Декларација из 1959. год. десет, Конвенција има укупно 54 члана. При томе, 40 чланова тичу се материјалних права, а преостале одредбе односе се на процес имплементације. Дете се више не посматра као објект својих родитеља, већ субјект сопствених права.

6 Видети *supra* 17.

7 Б. Јанковић – З. Радивојевић, *Међународно јавно право*, Ниш, 2011, стр. 241.

8 treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-b&chapter=4&lang=en (10.11.2012)

9 treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-c&chapter=4&lang=en (10.11.2012)

10 Комитет је формиран и почео са радом тек 1991. године.

11 Чл. 44 Конвенције.

иницијалног извештаја, у року од две године од тренутка субјективног ступања на снагу Конвенције; редовних извештаја, периодично на сваких пет година; и ванредних извештаја уколико то Комитет затражи. Поред тога, попут других комитета за заштиту људских права, Комитет сачињава опште коментаре којима се ближе тумаче поједине одредбе.

Након усвајања Факултативног протокола уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима 2008. године,¹² Комитет за права детета остао је једино уговорно тело за заштиту људских права на универзалном нивоу без надлежности разматрања индивидуалних представки и међудржавних саопштења, због чега је више пута истицано да је неопходно унапредити механизам контроле поштовања дечијих права.

Након вишегодишњих преговора, Генерална скупштина је 19. децембра 2011. године усвојила Трећи факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета (у даљем тексту „Протокол“).¹³ Тиме се универзални систем заштите људских права заокружује у хомогену целину, где сваки комитет има могућност разматрања како међудржавних, тако и индивидуалних представки. Тим поводом, Високи комесар УН за људска права, изјавила је да ће: „...деца сада моћи да се придруже другим носиоцима права који су добили право подношења представки о кршењима људских права“.¹⁴ По први пут се ствара такав вид индивидуалних представки које су прилагођене деци и њиховом најбољем интересу,¹⁵ што представља значајан корак у унапређењу и заштити права детета на међународном плану.

2. ИСТОРИЈАТ ДОНОШЕЊА ПРОТОКОЛА

Иницијатива за доношење Трећег факултативног протокола потекла је 2002. године од стране немачке невладине организације „Помоћ деци“ (*Kindernothilfe*).¹⁶ Чини се да се и сам Комитет приклонио таквим тежњама, будући да је већ 2003. године истакао да „специјални и завистан положај деце

12 Н. Раичевић, Факултативни протокол уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Заштита људским и мањинских права у европском правном простору – тематски зборник радова, Ниш, 2011, стр. 372.

13 U.N.Doc. GA/11198, 19. децембар 2011. год.

14 www.ohchr.org/en/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=11732&LangID=E (10.11.2012)

15 Комитет за права детета идентификовао је одређене кључне чланове који представљају „опште принципе“ Конвенције и стога треба да буду руководни код проблема тумачења: принцип недискриминације (чл. 2); најбољи интерес детета (чл 3); право на живот, опстанак и развој (чл. 6) и право на сопствено мишљење и право изражавања тог мишљења (чл. 12).

16 Извештај *Kindernothilfe*: „Деца јака као нација“, Urte Müller, Позадина, разлози и аргументи за увођење права на петицију, доступно на: www.crin.org/docs/Children_as_Strong_as_Nations.pdf (10.11.2012)

ствара бројне потешкоће у коришћењу њихових права и лекова“ у случају повреде.¹⁷

Након усвајања Факултативног протокола уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима 19. јуна 2008. године,¹⁸ једино Комитет за права детета није имао надлежност разматрања индивидуалних и међудржавних представки, због чега је међународна кампања подршке правима детета порасла на преко 400 организација. Сам Комитет за права детета се тада огласио, наводећи да је „извагао предности и мане“ доношења таквог протокола, као и да „позива све заинтересоване да дођу и озбиљно раде заједно на процесу израде“¹⁹ факултативног протокола процедуралног карактера.

Савет за људска права²⁰ је, поводом обележавања 20. година од доношења Конвенције, усвојио Резолуцију 10/14²¹ којом је позвао на ефективнију примену и поштовање Конвенције о правима детета.

Након тога, невладине организације су заједничком изјавом затражиле од Генералне скупштине УН оснивање радне групе за израду таквог протокола.²² На XI заседању, јуна 2009. године, Савет за људска права је консензусом усвојио резолуцију А/НRC/RES/11/1²³ којом је основана Радна група²⁴ са мандатом да „истражи могућност израде Факултативног протокола уз Конвенцију о правима детета да би се обезбедио надзорни механизам над Конвенцијом“.²⁵ На свом XIII

17 U.N.Doc. CRC/GC/2003/5, 2. новембар 2003, пара. 24. Општи коментар број 5 Конвенције о правима детета о општим мерама спровођења дефинише примену права као „процес којим државе уговорнице предузимају мере како би се обезбедило остваривање свих права из Конвенције за сву децу у њиховој надлежности“. Доступно на: daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G03/455/14/PDF/G0345514.pdf?OpenElement (10.11.2012)

18 Детаљније о новинама које доноси овај Протокол, Н. Раичевић, *op.cit.*, стр. 377-387.

19 Видети CRIN: Communications procedure: Committee on the Rights of the Child endorsed campaign, доступно на: www.crin.org/resources/infoDetail.asp?ID=17602&flag=news (10.11.2012)

20 Савет за људска права је 2006. године заменио дотад постојећу Комисију за људска права, која је била политички, а не стручни орган. Комисија за људска права била је помоћни орган Економског и социјалног савета, док је Савет за људска права основан 15. марта 2006. године Резолуцијом Генералне скупштине 60/251, и представља њен помоћни орган. Резолуција доступна на: daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/502/66/PDF/N0550266.pdf?OpenElement (10.11.2012)

21 26. марта 2009. године, доступно на: ap.ohchr.org/documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_10_14.pdf (10.11.2012)

22 U.N. Doc A/HRC/8/NGO/6, 26. мај 2008.

23 Resolution of the General Assembly to establish an open-ended working group on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, U.N. Doc A/HRC/RES/11/1, 17. јун 2009.

24 ap.ohchr.org/Documents/E/HRC/resolutions/A_HRC_RES_11_1.pdf (10.11.2012)

25 Langfords & Clark, The new kid on the block: A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child, Working Paper, No.1, Socio-Economic Rights Programme, Norwegian

заседању одржаном 24. марта 2010. године, Савет за људска права је усвојио Резолуцију А/HRC/RES/13/3²⁶ којом се Радној групи даје задатак припреме нацрта будућег протокола и продужава мандат све до XVII заседања Савета.

Након консултација са експертима из области права детета, невладиним организацијама и члановима Комитета за права детета, Радна група је, на основу резолуције Генералне скупштине, добила нови мандат за припрему нацрта Протокола.²⁷ Од 6-10. децембра 2010. год, Радна група је расправљала о нацрту факултативног протокола који је био припремљен од стране председавајућег, а од 10-16. фебруара 2011. године, разматрала ревидирану верзију нацрта факултативног протокола.²⁸ Током тог периода, више пута су истицани разлози и потреба усвајања протокола процедуралног карактера. Специјална представница Генералног секретара против насиља над децом прокоментарисала је да „право на делотворан правни лек обезбеђује мост између теоријског признања и смисленог остваривања људских права“.²⁹ Такође је истичано да „јаз између обавеза предузете од стране држава и степена до којег права детета се реализују и уживају у стварности ... много дугује недостатку ефикасних механизма на националном, регионалном³⁰ и међународном нивоу којим би се омогућило деци и њиховим представницима да истичу кршења права и стекну одговарајуће правне лекове“.³¹ Комитет за права детета истакао је „да би права нешто значила, ефективни правни лекови морају бити доступни ради супротстављања повредама“.³² Идеја усвајања Протокола управо је требало да попуни ову правну празнину, односно недостатак ефикасног механизма надзора.

Centre for Human Rights, University of Oslo, January 2010, para. 1. Доступно на: www.jus.uio.no/smr/english/people/aca/malcolml/new-kid-on-the-block-langford-clark.pdf (10.11.2012)

26 daccess-ods.un.org/TMP/3823937.4756813.html (10.11.2012)

27 U.N. Doc General Assembly, A/HRC/RES/13/3, 14. април 2010.

28 U.N. Doc. A/HRC/17/36, 25 May 2011, пара. 3.

29 U.N.Doc. A/HRC/WG.7/1/CRP.7, 14. децембар 2009, Working group of the Human Rights Council on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure. Marta Santos Pais, Special Representative of the Secretary-General on Violence against children, p. 2.

30 Једини регионални систем заштите права детета остварен је у Африци. Наиме, 1990. године усвојена је Афричка повеља о правима и детета, а надзор над њеном применом врши Афрички комитет експерата о правима и добробити детета. На основу чл. 44, он може разматрати „представке појединаца, групе или невладине организације коју признаје Афричка унија, затим од стране државе или УН, за било које право обухваћено Повељом“.

31 U.N.Doc. A/HRC/WG.7/1/CRP.2, 9 December 2009. Submission by Peter Newell to the First session of the Open-Ended Working Group of the Human Rights Council considering the possibility of elaborating an Optional Protocol to provide a communications procedure for the Convention on the Rights of the Child, para.1, p.1.

32 Ibid.

Током дискусије, постигнута је сагласност да би будући протокол требало да обухвати заштиту свих права садржаних у Конвенцији и њеним протоколима.³³ Осим тога, експерти су предлагали увођење не само индивидуалне, већ и колективне представке. Такође су инсистирали на овлашћењу Комитета да затражи предузимање привремених мера. Напошетку, сматрали су да је неопходно предвидети и поступак пријатељског поравнања, из два разлога. Са једне стране, тиме би се успоставила симетрија са надлежностима осталих комитета, док би са друге, овакво окончање спора често би било у најбољем интересу детета. Председавајућа Радне групе појаснила је намеру да нови систем надзора, са једне стране, буде конзистентан са постојећим надзорним процедурама, а са друге, узме у обзир специфичност деце.³⁴ Иако је поздрављен као важан корак у еманципацији и признању дечијих права, деца нису била укључена у процес израде Протокола, због чега је он био мета критика.³⁵ Сматра се да је њихов изостанак велики пропуст, с обзиром да се право детета на учешће (партиципативно право) квалификује као један од кључних принципа

33 U.N. Doc. A/HRC/17/36, 25 May 2011, пара. 5.

34 U.N. Doc. A/HRC/17/36, 25 May 2011, пара. 16; U.N.Doc. A/HRC/WG.7/1/CRP.2, 14 December 2009, доступно на: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGCRC/Pages/OpenEndedWorkingGroupSession1.aspx. (10.11.2012)

35 У једном заједничком поднеску неколико невладиних организација, приложен је анекс од 2 странице који садржи изјаву потписану од 27 адолесцената из Енглеске, Шведске и Молдавије. Сви документи процеса израде Факултативног протокола доступни су на: www.ohchr.org/EN/HRBodies/HRC/WGCRC/Pages/OpenEndedWorkingGroupIndex.aspx (10.11.2012). Питање укључивања деце у процес израде трећег факултативног протокола је споменуло неколико делегација и независних експерата. Швајцарска је прокоментарисала да је „чл. 12 кључни члан у том процесу“, Португалија је поновила круцијално право - право деце да буду саслушана; Сирија је поставила питање примера најбољих пракси код укључивања деце у процес израде закона које се тичу њихових основних права. Y. Lee, председница Комитета о правима детета, истакла је да је: „Општи коментар бр. 12 о праву детета да буде саслушано кључни уводник за утирање пута доношења трећег факултативног протокола“. Словенија је посебно споменула потребу за „иновативним приступом, како би поступак представки био свеобухватан и приступачан“ и нагласила потребу тражења мишљења деце. Ирска је истакла да „да деца треба да буду информисана о раду ове радне групе и дају допринос у изради поступка представки“. Састанак Радне групе УН за трећи факултативни протокол, децембар 2009, доступно на: www.crin.org/docs/OP_CRC_WG_Meeting_Dec2009.pdf (10.11.2012)

Конвенције о правима детета.³⁶ Ипак, када буде био ступио на снагу,³⁷ Протокол ће пружити деци могућност да се непосредно укључе у реализацију својих права.

Радна група је 16. фебруара 2011. године, последњег дана свог другог заседања, увојила извештај *ad referendum* и договорила да нацрт факултативног протокола, приложен извештају, буде прослеђен Савету за људска права на разматрање током XVII заседања, чиме је мандат Радне групе био окончан.

Савет за људска права је 17. јуна 2011. године донео Резолуцију 17/18³⁸ којом је прихваћен поменути Факултативни протокол и предложено његово коначно усвајање у Генералној скупштини, што је и учињено на њеном 66. редовном заседању 19. децембра 2011. године.

Од 28. фебруара 2012. протокол је отворен за потписивање и ратификацију, а до сада су га потписале 35, а ратификовале свега 2 државе.³⁹ У складу са чл. 19 (1), Протокол ће ступити на снагу три месеца након полагања десетог инструмента о ратификацији или приступању.⁴⁰

3. ИНДИВИДУАЛНЕ ПРЕДСТАВКЕ

Индивидуалне представке омогућавају појединцима и групама појединаца заштиту права пред надлежним међународним комитетима за заштиту људских права. Постојање овог механизма заштите посебно је важно у случајевима непостојања домаћих или регионалних механизма или када су они недовољни.⁴¹

³⁶ Исто важи и за саму Конвенцију о правима детета - деца нису била укључена у процес израде коначног текста, U.N.Doc. CRC/GC/2003/5, пара. 12. S. Detrick et al, *The Convention on the Rights of the Child: A Guide to the Travaux Préparatoires*, Dordrecht/Boston/London, 1992, p. 23, доступно на: books.google.nl/books?hl=nl&lr=&id=65TCU0N9fksC&oi=fnd&pg=PR9&dq=guiding+principles+convention+on+the+rights+of+the+child&ots=KXLEfgVPsG&sig=fRITjSKxGqXH2QxCN9DrXuGnqT8#v=onepage&q=guiding%20principles%20convention%20on%20the%20rights%20of%20the%20child&f=false (10.11.2012)

³⁷ Члан 19(1) предвиђа да ће Протокол ступити на снагу три месеца након депоновања десетог инструмента о ратификацији или приступању. За државе које ратификују Протокол после тог тренутка, три месеца се рачунају од датума депоновања сопственог инструмента ратификације или приступања.

³⁸ daccess-dds-ny.un.org/doc/RESOLUTION/GEN/G11/148/40/PDF/G1114840.pdf?OpenElement (10.11.2012)

³⁹ Република Србија је једна од 35 држава које су потписале Протокол, док су Габон и Тајланд ратификовале; доступно на: treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtsg_no=IV-11-d&chapter=4&lang=en (10.11.2012). У нашој држави, иницијатива за извршење ратификације и доношење одговарајућег закона о потврђивању, већ је упућена председнику Народне скупштине; доступно на: www.cpd.org.rs/dokumenti/Dopis_predsednik_Narodne_sкупstine_RS.pdf (10.11.2012)

⁴⁰ Резолуција Генералне скупштине А/RES/66/138, доступно на: treaties.un.org/doc/source/signature/2012/CTC_4-11d.pdf (10.11.2012)

⁴¹ Newell је прокоментарисао да, поред домаћих правних поступака, приступ судовима и информацијама на начин примерен дечијем узрасту, као и постојање специјализованих,

Одсуство индивидуалних представки у заштити права детета критиковано је као дискриминаторно, с обзиром на чињеницу да сви остали уговори о људским правима имају или су у процесу добијања оваквог надзорног механизма.⁴² Осим тога, потреба за установљењем посебног механизма контроле, специјализованог само за права детета, правдало се двоструким разлозима. Прво, сматрало се да примена постојећих процедура не би била адекватна, јер оне немају холистички приступ деци и њиховим правима.⁴³ Стога је постојала потреба да се усвоји надзорни механизам који би узео у обир све специфичности положаја детета, што би било најбоље остварено преко експерата Комитета за права детета, који разумеју психолошки и физички склоп деце. Са друге стране, постојала је претпоставка о непознавању постојећих надзорних механизма међу дечијом популацијом.

Из тих разлога, основни циљ усвајања Протокола управо је било увођење индивидуалних представки, које су регулисане чл. 5-11 Протокола. Надлежност Комитета за ове представке је установљена *ipso iure*, што значи аутоматски, самим чином коначног обавезивања.⁴⁴

3.1. Активна легитимација

Индивидуална представка може бити поднета било од стране жртве кршења права детета или групе жртава. Уколико је поднета од стране других субјеката, неопходно је да је представка поднета у име жртве и са њеним пристанком. Ипак, постоји могућност изостанка пристанка, уколико подносилац докаже оправданост такве ситуације.⁴⁵ Дакле, првенствено ће се Комитету обраћати деца, њихови родитељи и старатељи.

Првобитна намера твораца Протокола била је да се установе три врсте поступака: по индивидуалним, колективним и међудржавним представкама.⁴⁶ Колективне представке су оне које би биле поднете од стране националних институција које се баве људским правима, омбудсмана и невладиних

дечијих омбудсмана, може играти велику улогу у пружању ефикасне заштите права детета, U.N.Doc. A/HRC/WG.7.1.CRP.2, 09. децембар 2009.

42 U.N. Doc. A/HRC/17/36, 25. мај 2011, пара. 3. Остаје још да Факултативни протокол уз Међународни пакт о економских, социјалним и културним правима ступи на снагу.

43 U.N. Doc. A/HRC/17/36, 25 Мај 2011, пара. 5.

44 Чл. 1 Протокола.

45 Нпр. уколико неко поднесе представку у име бебе или детета мале старости. Тада не може бити речи о добијеном пристанку од стране детета, које није свесно својих права нити њихове повреде. Сматра се да ће постојећа пракса других комитета моћи да се користи по аналогији, када су разматране представке лица са тежим обликом менталног инвалидитета или пословно неспособних лица чија су права била повређена. Према: S. Spronk, op. cit, p.14.

46 Видети чл. 2 и 3 нацрта Протокола, UN Doc. A/HRC/WG.7/2/2, доступно на: daccess-ddsny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G10/157/81/PDF/G1015781.pdf?OpenElement. (10.11.2012)

организација,⁴⁷ без јасног идентификовања, односно индивидуализације жртве. Поводом ове врсте представки, повела се дискусија и о природи повреде права које би обухватала. Одређене земље су подржавале предлог председавајуће, по коме би се колективне представке могле односити само на „груба и систематска кршења“ права детета, док су други заступали шире гледиште, по коме се оне могу односити на повреде које се понављају.

Неколико аргумената истицано је у корист укључивања колективних представки у коначан нацрт. Пре свега, то би било у складу са Афричком повељом о правима и добробити детета.⁴⁸ Друго, тиме би се повећала доступност поступка,⁴⁹ будући да пружа могућност детету да остане анонимно, што није могуће када је реч о индивидуалним представкама. Треће, тиме би се омогућио ефикаснији рад Комитета за права детета, који би имао прилику да истражи и осуди више кршења у исто време.⁵⁰

Други нацрт Протокола садржао је тзв. *opt-out* клаузулу, што је довело до бројних дебата,⁵¹ јер подразумева могућност да државе механизам колективних представки не морају прихватити приликом ратификације Протокола.⁵² Без

47 Током дискусије, одређене земље нису желеле да се НВО дозволи могућност подношења колективних представки, док су друге инсистирале да само НВО могу бити активно легитимисана лица у оваквим ситуацијама. Неке државе су предлагале да то могу бити само НВО које имају консултативни статус при Економском и социјалном савету УН, док су друге биле либералније и сматрале да то могу бити све НВО које се баве правима детета.

48 UN General Assembly, A/HRC/WG.7/2/2, 1. септембар 2010.

49 Joint NGO Submission to the Open-ended Working Group on an Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child to provide a Communications Procedure, October 2010, pp. 6-7.

50 Први нацрт је стао на становиште да би само тешка или систематска кршења права детета могла бити предмет разматрања колективних представки. Међутим, сада када је ова одредба изостављена, целисходно је да Комитет за права детета води евиденцију о свим повредама дечијих права, а нарочито сличног типа у одређеној земљи, да би се могло посредно закључити о постојању системске или широко раширене праксе кршења дечијих права. Према: S. Spronk, *op.cit.*, p. 9.

51 Одређени аутори заступали су виђење да је „*opt-out*“ клаузула погодније решење него „*opt-in*“ клаузула. Међутим, како надлежност по колективним представкама није нашла своје место у коначној верзији нацрта, ово питање је остало без практичног значаја. Према: Langfords & Clark, A complaints Procedure for the Convention on the Rights of the Child: Commentary on the Second Draft, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, 2011, p. 4, доступно на: www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGCRC/Session2/NCHR_Commentary.pdf (10.11.2012); Langfords & Clark, The new kid on the block: A complaints procedure for the Convention on the Rights of the Child, Working Paper, No.1, Socio-Economic Rights Programme, Norwegian Centre for Human Rights, University of Oslo, 2010, доступно на: www.jus.uio.no/smr/english/people/aca/malcolml/new-kid-on-the-block-langford-clark.pdf (10.11.2012); Preliminary Joint NGO Submission to the Open-ended Working Group on an Optional Protocol to the convention on the Rights of the Child to provide a communications procedure, February 2011.

52 UN General Assembly, A/HRC/WG.7/2/4, 13January 2011, p. 4.

обзира на подршку невладиних организација, Комитета за права детета и неколико стручњака из области права детета,⁵³ јака опозиција значајног броја држава, довела је до потпуног искључивања колективних представки у завршном нацрту.⁵⁴

Изостанак колективних представки је озбиљан недостатак новог Протокола, нарочито имајући у виду природу и начин остваривања колективних економских, социјалних и културних права. Један од праваца за превладавање овог проблема, била би могућност екстензивног тумачења појма индивидуалне представке групе појединаца.⁵⁵ Међутим, овај пут носио би собом и две проблематике. Са једне стране, потешкоћа која би се очекивано могла јавити, је огроман број индивидуалних представки којим би се желела остварити заштита колективних права. Са друге стране, у процедури по индивидуалним представкама, појединци не би могли да остану анонимни. То може представљати слабу тачку у примени Протокола, јер би се подносиоци појединачних представки могли плашити репресалија државе против које су поднели индивидуалну представку. Свакако, у чл. 4 Протокола, наведено је да ће државе „предузети све одговарајуће мере да осигурају да појединци под њеном јурисдикцијом не буду подвргнути било каквом кршењу људских права, злостављању или застрашивању, као последица представке или сарадње са Комитетом на основу овог Протокола“. Језичка формулација ове одредбе указује да се заштита треба пружити без обзира на статус прекршиоца. Међутим, оправдано је очекивати да ће држава пружити одговарајућу заштиту када су прекршиоци права детета трећа лица, но поставља се питање примене ове одредбе када се у улози прекршиоца јавља сама држава.

3.2. Услови прихватљивости

Услови прихватљивости индивидуалне представке слично су дефинисани као и код осталих универзалних докумената о заштити људских права.⁵⁶ Општи услов прихватљивости представке јесте да је подносилац представке претходно исцрпео све доступне унутрашње правне лекове, сем оних који би довели до

53 UN General Assembly, A/HRC/17/36, 16 May 2011, pp. 12-13.

54 Final version of the Optional Protocol on a communications procedure for children, доступно на: treaties.un.org/doc/source/signature/2012/CTC_4-11d.pdf. (10.11.2012); Complaints Mechanism: Summary of Final Draft Meeting, доступно на: www.crin.org/resources/infodetail.asp?id=24180. (10.11.2012)

55 S. Spronk, Realizing children's right to health: additional value of the Optional Protocol on a communications procedure for children, p. 10, доступно на: papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2127644 (10.11.2012)

56 Сви услови прихватљивости таксативно су наведени у чл. 7 Протокола. За поређење са условима прихватљивости који се јављају код осталих комитета, видети Б. Јанковић – З. Радивојевић, *op.cit.*, стр. 256-265.

претераног одуговлачења. Затим, представку треба поднети у року од годину дана од исцрпљења⁵⁷ унутрашњих правних лекова. Могућ је изузетак у погледу непоштовања прописаног рока, уколико подносилац представке докаже да објективно није био у могућности да поднесе представку на време. Поред тога, представка не сме бити анонимна, већ жртва (и подносилац представке), мора открити свој идентитет. У случају неопходности заштите интереса детета, Комитет ће учинити недоступним јавности идентитет жртве и/или подносиоца. Очекује се да ће оваква пракса бити чешћа него код осталих комитета. Надаље, индивидуална представка не сме бити случај који је већ разматран пред Комитетом (*ne bis in idem*) или се разматра или је био разматран пред неким другим међународним телом (забрана двоструке литиспенденције).

Индивидуалном представком може се тражити заштита права која су гарантована било којим од три међународна инструмента: Конвенцијом о правима детета, Факултативним протоколом о учешћу деце у оружаним сукобима или Факултативним протоколом о продаји деце, дечијој проституцији и дечијој порнографији, те је материјалан домашај широко постављен. Уколико је представка неспојива са њиховим одредбама, биће проглашена неприхватљивом. Такође, уколико је представка очигледно неоснована, недовољно утемељена или једино заснована на медијским извештајима, сматраће се недопуштеном. Затим, ако Комитет докаже да је представка супротна предмету и циљу Протокола, прогласиће се неприхватљивом по основу злоупотребе права. Под злоупотребом се подразумева и коришћење непристојних израза. У случају разматрања повреде економских, социјалних и културних права детета,⁵⁸ Комитет ће водити рачуна о „разумности“ предузетих мера од стране државе, у складу са чл. 4 Конвенције. Временска примена Протокола ограничена је на ситуације кршења права детета која ће се одиграти након његовог ступања на снагу.⁵⁹ На овај начин елиминише се ретроактивно дејство, што је уобичајено код свих усвојених процедуралних инструмената за заштиту људских права. Једини изузетак од овакве временске примене могућ је у ситуацији континуиране повреде. Територијална примена Протокола није јасно дефинисана. Ипак, сматра се да подносилац представке мора бити под јурисдикцијом државе уговорнице, што

57 Језичка формулација истоветна је са чл. 3 Факултативног протокола уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима. Језичким тумачењем ове одредбе, једногодишњи рок почиње да тече од момента када је у националном правном систему поднет последњи доступан правни лек. Уколико би процедура по њему трајала дуже од годину дана, односно лице било би лишено могућности обраћања Комитету. Стога се чини исправнијим да рок почиње да тече од тренутка доношења одлуке последње инстанце у националном правном поредку. Н. Раичевић, *op.cit.*, стр. 379.

58 Чл. 10 (4) Протокола.

59 Објективно ступање на снагу уследиће испуњењем услова наведених у чл. 19(1) Протокола. За државе које касније дају свој коначан пристапак на обавезивање, Протокол ће ступити на снагу 3 месеца од акта коначног обавезивања.

значи да се налази на њеној територији или на територији над којом држава има јурисдикцију (екстериторијалне обавезе државе уколико су услови ефективне власти испуњени). Све индивидуалне представке морају бити поднете у писаној форми.

3.3. Поступак

Сам поступак по индивидуалним представкама покреће се слањем представке у писаној форми на адресу Комитета у Женеви. Изузетно, Комитет по пријему представке може затражити предузимање привремених мера од стране државе како би се спречила даља неотклоњива штета. У таквим ситуацијама, Комитет ће убрзати разматрање представке.⁶⁰ Најпре се испитује прихватљивост (допуштеност) представке, односно кумулативна испуњеност услова из чл. 7 Протокола. Уколико су сви услови испуњени, представка ће се поверљивим путем доставити држави уговорници за коју се сматра да је одговорна за кршење права која се стипулишу у представци. Држава треба у писаној форми да одговори на „оптужбе“ из индивидуалне представке што је могуће пре, а најкасније у року од 6 месеци.⁶¹ Комитет у циљу постизања пријатељског поравнања пружа добре услуге, и, у случају истог, долази до обустављања поступка. У случају када се то не деси, Комитет прикупља све неопходне информације за одлучивање, при чему није ограничен само на писане представке и изјаве страна у спору, већ прикупља и разматра информације добијене од других међународних и невладиних организација, међународних фондова и програма, као и трећих лица.

Након разматрања представке, Комитет усваја правно необавезујуће мишљење, а уколико је то потребно, и препоруке. Након што се мишљење достави странама у спору, држава мора у року од 6 месеци послати писани одговор Комитету.⁶²

4. МЕЋУДРЖАВНА САОПШТЕЊА

Иако међудржавна саопштења постоје у многим другим сличним уговорима на универзалном нивоу заштите људских права, она су веома ретко коришћена. Због свог малог практичног значаја, поставило се питање њиховог уношења у коначан нацрт Протокола. Но, попут поменутог Факултативног протокола уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, и Протокол их предвиђа (чл. 12). Треба истаћи да заинтересоване државе уговорнице морају дати посебну изјаву којом прихватају надлежност

60 Чл. 10 (3) Протокола.

61 Чл. 8 Протокола.

62 Чл. 11 Протокола.

Комитета да разматра међудржавна саопштења. Оваква „*opt-in*“ клаузула је супротно правнотехничко решење у односу на установљавање надлежности поводом индивидуалних представки, која се установљава *ipso iure*. Посебна изјава шаље се и депонује код генералног секретара УН, коју је он дужан проследити осталим државама уговорницама Протокола. Наиме, на основу принципа реципроцитета, и држава подносилац и држава против које је саопштење поднето, морају прихватити овакву врсту надлежности, како би се процедура могла покренути пред Комитетом. Услед тога, преношење информација о прихватању ове надлежности није само формалног карактера.

Државе могу наведену изјаву дати и повући у свако доба. Међутим, повлачење изјаве неће имати утицаја на већ започете поступке по међудржавним саопштењима, и они ће бити окончани без обзира на повлачење. Попут индивидуалних представки, материјални домашај међудржавних саопштења обухвата права детета гарантованих Конвенцијом и њеним протоколима. Међутим, као и код индивидуалних представки, територијална примена Протокола није дефинисана.⁶³ Тумачењем се долази до закључка да се међудржавна саопштења могу поднети због повреде права детета која је учињена било где, а не само на сопственој територији државе уговорнице или територије над којом има јурисдикцију (екстериторијална обавеза).⁶⁴

Уколико нека од држава уговорница сматра да друга уговорница не поштује права детета, она може писаним путем упозорити државу која врши наводна кршења. Држава која подноси овакво саопштење може о томе упозорити и Комитет. У том случају, држави против које је саопштење поднето, стоји на располагању рок од 3 месеца да се у писаној форми изјасни о наводима. Уколико у року од 6 месеци од иницирања процедуре поводом међудржавних саопштења стране самостално не реше спор, свака од њих има право изношења спора пред Комитет. Да би се Комитет могао бавити овим проблемом, претходно морају бити исцрпљена сва домаћа правна средства. Комитет и у овој ситуацији нуди своје добре услуге у циљу постизања пријатељског поравнања. Уколико до тога дође, Комитет усваја извештај који неопходно садржи кратак опис чињеничног стања и коначно решење, чиме се спор окончава. У супротном, Комитет се на затвореним седницама упушта у детаљно разматрање међудржавног саопштења. У овој процедури учествују представници држава у спору који писано или усмено могу износити чињенице и коментаре. Сам Комитет може прикупљати додатне информације које стране у спору нису самостално изнеле. Резултат рада

⁶³ Одсуство прецизирања територијалне примене постоји и код саме Конвенције, М. Milanovic, *Extraterritorial application of Human Rights Treaties – Law, Principles and Policy*, Oxford, 2011, p.17.

⁶⁴ По аналогији са тумачењем која се врши за Факултативни протокол уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима, Н. Раичевић, *op.cit.*, стр. 382.

Комитета је правно необавезујући извештај који мора садржати све релевантне чињенице као и мишљење Комитета о спору.

5. ИСТРАГА У СЛУЧАЈУ ТЕШКОГ ИЛИ СИСТЕМАТСКОГ КРШЕЊА ПРАВА

Попут других модерних међународних инструмената о људским правима, и Протокол предвиђа надлежност Комитета у случају систематског или тешког кршења права детета (чл. 13-14). Овакву надлежност Комитета државе уговорнице не прихватају аутоматски, већ постоји „*opt-in*“ клаузула која подразумева да државе морају претходно дати посебну изјаву којом пристају на установљење ове надлежности. Такође, и ова врста изјаве се може дати и повући у било које време, а дате изјаве се депонују код генералног секретара УН који о томе обавештава све друге државе уговорнице.

Уколико Комитет добије поуздане информације које указују на грубо или систематско кршење права наведена у Конвенцији или у факултативним протоколима, по сопственој иницијативи (*ex officio*) покреће процедуру по истрази. Свакако, Комитет ће то учинити само уколико је реч о држави уговорници Протокола, која је на овакву надлежност Комитета пристала давањем посебне изјаве.

Комитет ће, најпре, контактирати државу која наводно врши тешка или систематска кршења права, ради провере прикупљених информација и добијања одговора државе. Након тога, позваће државу да сарађује у истрази и, у том циљу, поднесе своје примедбе и запажања. Комитет затим одређује једног или више својих чланова да спроведу истрагу. Уколико је то потребно, истрага се може водити и на територији државе у питању, али само са њеним пристанком. У случају да то није могуће, чланови ће хитно поднети извештај Комитету. Процедура истраге има поверљив карактер због велике потребе за остваривањем сарадње са државом која наводно врши кршења. Поступак се завршава усвајањем закључака, препорука и коментара Комитета, који се затим прослеђују односној држави. Иако препоруке и закључци Комитета нису правно обавезујући, од државе се очекује да у року од 6 месеци обавести Комитет о свом ставу и предузетим мерама. Након тога, Комитет може тражити допуну информација о даљим предузетим мерама, или позвати државу да у оквиру својих редовних извештаја укључи информације о предузетим мерама након извршене истраге. Уколико то држава дозволи, Комитет може кратак пресек резултата истраге да представи у оквиру свог годишњег извештаја о раду, која се доставља Генералној скупштини сваке 2 године.⁶⁵

⁶⁵ Чл. 16 Протокола.

6. МЕЂУНАРОДНА ПОМОЋ И САРАДЊА

Завршним одредбама Протокола регулисана је међународна помоћ и сарадња (чл. 15). Наиме, пуно остваривање људских права, па и права детета, могуће је здруженим деловањем како националних, тако и међународних органа и програма.⁶⁶ Уколико постоји сагласност државе, Комитет може доставити специјализованим агенцијама УН, фондовима, програмима и другим надлежним органима, своје ставове или препоруке из представки или процедуре истраге, који указују на потребу за техничким саветом или помоћи.⁶⁷ Међутим, поред мишљења Комитета, овим органима се прослеђују и евентуалне примедбе и сугестије државе уговорнице.

Са друге стране, Комитет може затражити и помоћ свих наведених органа, институција и фондова, уколико је то потребно и уз прибављен пристанак државе уговорнице. Свака од њих пружиће помоћ и подршку по питањима из своје надлежности, како би Комитет, прикупљањем свих информација и ставова могао, на крају процедура по представкама или истрази, да донесе одговарајуће мишљење. Поред тога, помоћ, подршка и савети биће пружени и држави уговорници која је у питању, како би се на најбољи начин остваривала и адекватно применила права детета. На тај начин, путем савета о целисходним међународним и националним мерама, међународна заједница може допринети да државе уговорнице постигну напредак у спровођењу права из Конвенције и факултативних протокола.

7. ЗАКЉУЧАК

Трећи факултативни протокол уз Конвенцију о правима детета је, по својој правној природи, процедуралног карактера. Њиме се уводи могућност разматрања индивидуалних представки, међудржавних саопштења и покретања истраге у случају тешког или систематског кршења права детета. Поред тога, у мањем обиму је регулисано и пружање међународне помоћи и сарадње, али у том погледу није дошло до значајнијих помака у односу на решење из Конвенције. Упркос почетном предлогу, колективне представке нису нашле своје место у коначном тексту Протокола.

Процедура разматрања индивидуалних представки има две особености, у односу на традиционалне услове прихватљивости који се срећу код већине других комитета. Прво, он прописује рок од годину дана за подношење представке.

⁶⁶ Овим Протоколом не установљава се посебан фонд за помоћ у остварењу права детета, попут оног који би требало да се оформи на основу Факултативног протокола уз Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима; Н. Раичевић, *op.cit.*, стр. 386-387.

⁶⁷ Ово овлашћење Комитета одговара овлашћењима која има на основу чл. 45 Конвенције, којим се такође регулише размена информација у циљу сарадње.

Када је, пак, реч о економским, социјалним и културним правима, Комитет ће се руководити правним стандардом „разумности“ приликом оцењивања постојања повреде ових права у конкретној држави. Позитивне стране процедуре по индивидуалним представкама су обавеза њеног прилагођавања деци, као и чињеница да се надлежност Комитета установљава *ipso facto*.

За разлику од тога, надлежност по међудржавним саопштењима могућа је само уколико државе уговорнице дају посебну изјаву. Поред тога, покретање ове процедуре биће могуће само уз поштовање принципа реципроцитета.

Иако је резултат процедуре по индивидуалним и међудржавним представкама правно необавезујуће мишљење, сматра се, да ће као и код осталих комитета, она имати велику политичку и моралну тежину, због чега би државе требало да их поштују и примењују.

Упркос покушају да се нађе компромисно решење, и колективне представке инкорпорирају у текст нацрта уз могућност „*opt-out*“ клаузуле, ова одредба је избрисана из коначног нацрта фебруара 2011. године.

Увођење могућности покретања поступка истраге по службеној дужности у случају сумње да постоји тешко или систематско кршење права детета, такође се може сматрати позитивном новином, јер се тиме значајно ојачава положај Комитета као надзорног тела.

Унапређујући механизам надзора, трећи факултативни протокол чини значајан корак ка потпунијем поштовању права детета, јер се њиме на универзалном плану заокружује постојећи систем заштите створен на уговорној основи. Међутим, остаје још да се види да ли ће међународна кампања за прикупљање довољног броја ратификација за његово ступање на снагу, уродити плодом. Период од потписивања Протокола до писања ових редова износи свега 8 месеци, што је исувише кратко (и незахвално) за давање било каквих прогноза у погледу извесности ступања Протокола на снагу.

Sanja Đorđević, LL.B.

Teaching assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Third Optional Protocol to Convention of Children Rights

Summary

The Third Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child was adopted by the UN General Assembly on December 19th, 2011. It is of procedural nature, for it introduces the possibility of filing individual and inter-state communications before the Committee on the Rights of the Child. In addition to this, the Committee has the competence of initiating investigations ex officio in the case of grave and systematic violations of the rights guaranteed by both the Convention on the Rights of the Child and its protocols. The issue of international assistance and cooperation is also regulated, but no significant changes from the solution of the Convention were made. Despite the initial draft, collective communications were not included in the final text of the Protocol.

The adoption of the Third Optional Protocol is the final step in completing the universal system of protection of human rights, since the last of the committees, the Committee on the Rights of the Child, has received powers already existant in other committees. However, it still remains to be seen whether the international campaign of collecting a sufficient number of instruments of ratification or accession for its entering into force, will be worthwhile.

Key words: *third optional protocol, rights of the child, individual communications, inter-state communications, inquiry procedure, international assistance and cooperation*

Иван Илић, асистент

Правни факултет Универзитета у Нишу

Милијана Лепир, асистент

Правни факултет Универзитета у Бањој Луци

UDK: 341.44:341.645J(497.11)

ЗАШТИТА ЉУДСКИХ ПРАВА У ПОСТУПКУ ПРЕДАЈЕ МЕЂУНАРОДНОМ КРИВИЧНОМ ТРИБУНАЛУ ЗА БИВШУ ЈУГОСЛАВИЈУ – на примеру Србије и Републике Српске

***Апстракт:** Аутори се у раду баве једним од најзначајнијих облика сарадње са Међународним кривичним судом за бившу Југославију (Хашки трибунал), а то је предаја тражених лица овом суду. Обрађен је правни основ сарадње са Хашким трибуналом, анализом релевантних одредаба Статута МКТЈ и Правилника о поступку и доказима. У другом делу рада, представљен је поступак предаје окривљених, према Закону о сарадњи са МКТЈ Републике Српске, а затим и Закона о сарадњи Србије са МКТЈ. Циљ рада је покушај да се одговори на питање, постоје ли правне препреке на путу сарадње са Међународним кривичним судом за бившу Југославију? Поред тога, аутори се критички осврћу на степен заштите људских права у поступку предаје, у поређењу са регулативом, која представља правни оквир сарадње са сталним Међународним кривичним судом.*

***Кључне речи:** Међународна кривичноправна помоћ, екстрадиција.*

Екстрадиција, изручење или предаја

Екстрадиција представља најстарији облик пружања међународне правне помоћи. Она се састоји у предаји окривљеног другој држави, са циљем вођења кривичног поступка или извршења изречене кривичне санкције¹. На тај начин држава се, заправо, одриче суверенитета над појединцем и и препушта га власти

* Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

¹ Војислав Ђурђић, *Кривично процесно право – посебни део*, Ниш 2011., стр. 367.

друге државе². По правној природи, екстрадиција (изручење) је правни однос³, односно прецизније, уговорни однос између држава, у коме је лице, чије се изручење тражи, такође, један од субјеката, са одговарајућим фондом права и дужности⁴. Екстрадиција се најчешће регулише одредбама међународних уговора – билатералних или мултилатералних. Но, није реткост да се изручење регулише одредбама устава и националних закона.

У теорији се од екстрадиције разликује предаја међународним судовима, са циљем суђења за међународне злочине. Док је екстрадиција правни однос између две државе, предаја је правни однос између државе и међународне организације, која је оснивач међународног суда⁵. Прављење ове дистинкције од значаја је у оним државама, чији уставни не дозвољавају екстрадицију сопствених држављана другој држави. Међутим, приликом предаје, домаћи држављанин не изручује се страни држави, већ међународном телу, органу. Најмаркантије ралике између ова два вида сарадње огледају се у слабије израженом дискреционом овлашћењу органа, који одлучују. Ослабљено је и дејство начела *ne bis in idem*. Сужен је маневарски простор да се у поступку одлучивања о предаји одлучује о основаности захтева. Најзад, за разлику од екстрадиције, у поступку предаје учествују само органи правосуђа, не и извршни органи.

Разлика између изручења и предаје, јасно је истакнута у члану 102. Римског статута⁶, којим је основан Међународни кривични суд. Према тој одредби, под изручењем се подразумева предавање лица од стране државе другој држави, што је регулисано уговором, конвенцијом или националним законодавством. Насупрот томе, предаја представља предавање лица суду (сталном међународном или *ad hoc*), од стране државе. На супротном полу је становиште да су екстрадиција и предаја заправо једно те исто. Консеквентно, заступници наведеног схватања држе да на предају треба применити правила, која важе за екстрадицију.⁷

Имајући у виду оба схватања, намеће се закључак да је реч о истоврсном облику пружања међународне правне помоћи, али са битно различитим

2 Војин Димитријевић и остали, *Хашке недоумице, познато и непознато о Међународном кривичном трибуналу за Југославију*, Београд 2010., стр. 34.

3 У теорији се може наћи и схватање да је екстрадиција судски акт *sui generis*, или акт међународне правне помоћи или међународни правни посао (Крапац Д - Бирин В, *Међународна кривично-правна помоћ са Збирком прописа*, Загреб 1965. година, стр.24.

4 Момчило Грубач, Горан Илић, Миодраг Мајић. *Коментар закона о међународној правној помоћи кривичним стварима*, Београд 2009., стр. 54.

5 *Ibidem*.

6 Усвојен 17.07.1998. године.

7 Гордана Божиловић – Петровић, *Екстрадиција и њен значај за регионалну сарадњу*, Правда у транзицији, бр. 2, текст доступан на: http://www.tuzilastvorz.org.rs/html_trz/%28CASOPIS%29/SRP/SRP02/450.pdf, приступ: 22.11.2012.

субјектима, који у њој учествују, али и условима, под којима се одвија. Ми ћемо се у даљем тексту бавити само модалитетом, који смо означили термином „предаја“, и то, ограничено на сарадњу са *ad hoc* Међународним трибуналом за гоњење лица одговорних за озбиљна кршења међународног хуманитарног права, на територији бивше Југославије (у даљем тексту Хашки Трибунал, или МКТЈ).

Антрфиле о оснивању Хашког Трибунала

Правни основ за оснивање овог *ad hoc* трибунала, налази се у глави VII Повеље УН, која регулише акције УН у случају претње или повреде мира и аката агресије. Према члану 34. Повеље УН, Савет безбедности је овлашћен да испита сваку ситуацију или спор, који може да доведе у опасност одржање мира и међународне безбедности. Такође, чланом 29. Повеље, Савету безбедности дато је овлашћење да оснива помоћна тела, потребна за извршење његових задатака. Резолуцијом 827⁸, основан је Трибунал⁹ за гоњење лица, одговорних за озбиљне повреде међународног хуманитарног права на тлу Југославије, као помоћни орган Савета безбедности¹⁰. Установљена је надлежност овог трибунала за ратне злочине, злочине против човечности, тешке повреде закона и обичаја рата и за злочин геноцида.

Хашки трибунал је основан стављањем знака једнакости између појма мјере и суда. Питање сарадње са Хашким трибуналом отвара и питање легалитета и легитимитета оснивања овог суда¹¹. Наиме, према ставу дела стручне јавности, не постоји правно упориште за оснивање истог, с обзиром да је Хашки трибунал основан Резолуцијом Савјета безбједности. Овај орган Уједињених нација није имао овлашћење за оснивање суда, већ предузимање мјера за успостављање или одржавање мира, али суд не може бити мјера, нити помоћни орган Савјета безбједности.¹² Поред оспоравања правног

8 U.N. Doc. S/RES/827 (1992).

9 Назив „трибунал“ означава суд, основан на одређено време, са уском надлежношћу (Владимир- Ђуро Деган, Берислав Павишић, Виолета Бешировић, *Међународно и транснационално кривично право*, Београд 2011., стр. 9.

10 Више о оснивању МКТЈ: Драган Јовашевић, *Међународно кривично правосуђе - између права, правде, помирења и права жртава*, Међународни проблеми, бр. 4 /2011, стр. 536-655.

11 Више о томе: Срето Ного, *Сарадња са међународним кривичним судовима*, Београд 2005., стр. 107.

12 Милан Шкулић, *Међународни кривични суд- надлежност и поступак*, Правни факултет Београд, 2005., стр. 50-67, Милан Шкулић, *Историјски осврт на међународно кривично правосуђе и основне одлике поступка пред сталним Међународним кривичним судом*, Зборник Удружења за међународно кривично право, Тара 2005, Милан Шкулић, *Основи међународног кривичног процесног права*, Зборник Удружења за међународно кривично право, Тара, 2005., Зоран Стојановић, *ad hoc трибунал за бившу Југославију и*

основа, стручна јавност оштро је критиковала недореченост и непрецизност Статута МКТЈ, независност и непристрасност судија, могућност да сам доноси сопствена правила процедуре¹³, асиметрично дејство начела *ne bis in idem* итд. Но, Хашки трибунал је упркос критикама почео са радом, а његов легитимитет Србија и Република Српска признале су доношењем закона о сарадњи са МКТЈ¹⁴.

Правни основ и видови сарадње са МКТЈ

Статут МКТЈ безусловно обавезује државе на сарадњу са трибуналом у кривичном гоњењу окривљених за повреде међународног хуманитарног права (члан 29.). Иначе, у члану 9. Статута предвиђена је паралелна надлежност националних судова и МКТЈ за гоњење одговорних за кршење правила међународног хуманитарног права. Међутим, у ставу 2. истог члана предвиђена је супрематија кривичног гоњења, у односу на националне судове. Стога МКТЈ може, у свакој фази поступка затражити од националног суда да му уступи надлежност за кривично гоњење. Ово овлашћење значајно одступа од принципа међународног права, према коме је пре покретења поступка пред међународним телима неопходно исцрпљење правних средстава на националном нивоу¹⁵.

Предмет налога за кривичноправну помоћ може бити идентификација или проналажење лица, испитивање сведока и достављење доказа, предаја докумената, хапшење или притварање осумњичених или предаја, односно трансфер оптужених. Од значаја је одредба из члана 10. Статута, која забрањује да се лицу, коме се судило пред МКТЈ, поново суди пред националним судом, за исто кривично дело. Са друге стране, лицу коме је суђено пред националним судом, може се поново судити пред МКТЈ ако је дело квалификовано као „обично“, затим због пристрасности, одсуства независности и ревности у вођењу националног поступка, или ако је поступак био вођен са циљем да се окривљени

међународно кривично право, реферат на Међународној конференцији о суђењу за ратне злочине у организацији Фонда за Хуманитарно право, Београд, 1998., стр.29

13 Према члану 15. Статута МКТЈ, Трибунал сам доноси правила вођења поступка и извођења доказа.

14 Закон о сарадњи Савезне републике Југославије (Србије и Црне Горе) са међународним трибуналом за кривично гоњење лица одговорних за тешка кршења међународног хуманитарног права почињена на територији бивше Југославије од 1991. године, (Службени лист СРЈ, бр. 18/2002 и Службени лист СЦГ, бр. 16/2003), Закон о сарадњи Републике Српске са Међународним кривичним судом у Хагу, Службени гласник РС. 52/01 од 17.10. 2001.год.

15 Милан Пауновић *Међународни кривични трибунал за тешке повреде међународног хуманитарног права на подручју бивше Југославије - осврт на нека међународноправна питања*, “Међународно кривичноправна питања и Хашки трибунал”, пројекат “Србија - правна држава”, Правни факултет, Београд, 1997, стр. 129.

заштити од међународне одговорности¹⁶. На тај начин је дејство *ne bis in idem* принципа неједнако постављено, у корист МКТЈ¹⁷. Примат јурисдикције МКТЈ недвосмислено произилази и из одредбе Статута, којом се налаже државама чланицама УН да изврше неопходне интервенције, у националном законодавству, са циљем усклађивања његовог усклађивања са Статутом МКТЈ.

Правилник о поступку и доказима МКТЈ¹⁸ не оставља сумњу у погледу надређености и примата Хашког трибунала, над националним судовима. Део други Правилника носи наслов „примат међународног суда“, а цео одељак обележава низ императивних норми. Најпре, тужилац МКТЈ овлашћен је да затражи информације о кривичном делу, које је у надлежности МКТЈ, а процесуирано је пред националним судом. Држава, пред којим је вођен, или се води поступак, дужна је да му тражене информације „сместа достави“ (члан 8. Правилника). Надаље, тужилац може држави, уз одобрење претресног већа МКТЈ, упутити захтев за уступање надлежности за вођење поступка, у случају сумње у независност и ревност вођење поступка пред националним судом¹⁹. Санкција за евентуално оглушење државе о службени захтев за уступање поступка је обавештавање Савета безбедности. Истоветна санкција предвиђена је за случај, да је након правноснажног окончања поступка пред МКТЈ покренут поступак пред националним судом, против истог окривљеног, за исто кривично дело (Правило 13.). Прописано је, такође, да одлуке националних судова не обавезују МКТЈ. На тај начин је Правилник осигурао асиметрично дејство принципа *ne bis in idem*. Правилном 11бис. донекле је ублажен режим једносмерне сарадње држава и МКТЈ. Предвиђена је могућност, да Хашки трибунал препусти вођење поступка националним судовима, уз услов да је оптужница потврђена

16 Дилема је на основу чега се изводи закључак о квалификацији кривичног дела (ратни злочин или обично кривично дело) и непристрасности и независности националних судова. Прихватљив правни основ би једино могао бити пракса Европског суда за људска права.

17 Више о томе: Иван Илић, *Дејство начела ne bis in idem у европском правном простору*, у: *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, Ниш 2011., стр. 611 – 628.

18 Правилник о поступку и доказима Међународног кривичног суда у Хагу, усвојен 11. фебруара 1994. године, са измјенама и допунама из новембра 2008. године, на <http://rs-icty.org>, посјећено дана 15.08.2012.

19 Интересантно је да се Правилником стандарди за могућност уступања кривичног гоњења одређују унеколико другачије, у односу на одредбе из члана 10. Статута. Конкретно, Правилником је додата још једна могућност за захтевање уступања поступка, ако је кривична ствар (меритум предмета) у чињеничној или правној вези са кривичним поступком, који се већ води пред МКТЈ. Дубиозна је и основаност захтева за уступање кривичног гоњења, у ситуацији квалификовања кривичног дела као „обичног“, у истрази пред националним судом (Правило 9. став 1. тачка 1.). Такав захтев био би преурањен, будући да суд није везан правном квалификацијом из оптужбе, те би током суђења, пред националним, могло доћи до преквалификације обичног кривичног дела у ратни злочин.

пред МКТЈ. Одлука о уступању кривичног гоњења доноси се на основу тежине кривичног дела и одговорности окривљеног, с обзиром на његов положај. Но, уступљеном вођењу поступка држави могу присуствовати посматрачи Хашког тужилаштва. Остаје нејасно, какав би био процесни положај дотичних посматрача пред националним судом?! Јасно је једино да не могу бити у процесном положају странке. Ограничено поверење међународне заједнице у националне судове подупире и одредба из Правила 11бис. став ф., којом је допуштено да се налог о уступању кривичног гоњења националном суду поништи, у било ком тренутку пре мериторног окончања поступка. Претресно веће МКТЈ ће, пре доношења одлуке, дати прилику „властима“²⁰ државе да се изјасне о томе.

Императивност одредаба Правилника нарочито је изражена у другом поглављу, под називом „сарадња држава“. Занемаримо одредбу о подучавању власти државе адресата, да се окривљеном у тренутку хапшења обезбеди право на *habeas corpus* (Правило 55. став е.). У Правилу 56. држави је безусловно наложено да сваки налог за хапшење или довођење сведока изврши без одлагања. Такође, држава има обавезу да окривљеном након хапшења одреди меру притвора, и да о томе, без одлагања обавести Секретара МКТЈ. Правило 58. статуира апсолутну супрематију над одредбама националног законодавства, па и међународних уговора, о могућим правним сметњама за изручење домаћих држављана²¹. Држава, којој је упућен налог, дужна је да немогућност његовог извршења објасни у обавештењу Секретару МКТЈ. Оглушење о ту обавезу, у разумном року, сматра се видом несарадње са МКТЈ, о чему се може обавестити Савет безбедности.

Предаја окривљених Хашком трибуналу према одредбама Закона о сарадњи са МКТЈ Републике Српске

У самом наслову закона, којим се уређује однос Републике Српске према Хашком трибуналу, употребљава се термин сарадња. Овај термин је противрјечан законском тексту, из којег произлази да је Република Српска обавезна на сарадњу са овим Трибуналом, те нема добровољне основе за пружање помоћи истом. Ријеч је дакле, о правном односу, који се сам по својој природи заснива на одређеним правима и обавезама, што говори у прилог чињеници да није ријеч о сарадњи, већ о испуњавању онога што спада у елементе тако дефинисаног односа.²²

20 Нејасно је која ће се власт изјашњавати о повлачењу налога. Уколико би то била извршна власт, то би било у директној супротности са начелом поделе власти у држави и атак на независност и непристрасност судова.

21 Подсетимо на члан 7. Конвенције о спречавању и кажњавању злочина геноцида, који прописује обавезу држава, да одобре екстрадицију сопствених држављана, сходно одредбама домаћег законодавства и међународних уговора, које их обавезују.

22 Милан Шкулић, *Међународни кривични суд, поступак и надлежност*, Правни факултет, Београд, стр. 89.

Сарадња са овим Трибуналом се остварује преко Министарства правде, органа правосуђа, Министарства унутрашњих послова и Министарства одбране (члан 3 Закона о сарадњи Републике Српске са Међународним кривичним судом у Хагу). Сви налози и захтјеви за сарадњу достављају се Министарству правде, које ће их прослиједити надлежном органу, ради њиховог извршења и достављања Трибуналу.

Према изричитој одредби Закона о сарадњи са Хашким трибуналом, поступак сарадње са Трибуналом у Републици Србији је хитан. Ријеч је о начелној одредби, која се прецизира кроз прописивање неких релативно кратких одредби.²³ У нашем праву Закон о сарадњи РС је *lex specialis* (члан 1 и 21 овог закона) у односу на Закон о кривичном поступку РС. Наиме, чланом 5. став 5. Закона о сарадњи РС, прописано је да ће судија за претходни поступак, без одлагања, удовољити захтјеву за помоћ, поднесеном од стране Трибунала. Чланом 14. хитност је прописана у погледу притварања осумњиченог лица и његове предаје овом Трибуналу. Како у погледу осталих процесних радњи, начело хитности није изричито прописано, већ се његова примјена вјероватно претпоставља, практичније би било ово начело изричито предвидјети у општим одредбама овог закона, како би његова примјена у свим фазама поступка сарадње са овим Трибуналом била неспорна, али водећи притом рачуна о правима траженог лица.

Сарадња са овим Трибуналом огледа се, првенствено, у прикупљању потребних доказа о извршеном кривичном дјелу, узимању исказа од осумњичених, окривљених, свједока, вјештака, провођењу увиђаја, обдукције или ексхумације леша, одузимању предмета и документације, који могу послужити као докази у поступку, (члан 5 закона о сарадњи с Трибуналом), те уступањем надлежности Трибуналу за вођења кривичног поступка, за кривична дјела у његовој надлежности. Захтјеву за уступање надлежности мора се удовољити и када је поступак пред домаћим правосудним органима правоснажно окончан, у односу на исто кривично дјело и истог окривљеног, те ће се приступити одлагању извршења донесене пресуде, док се о истој ствари не расправи пред Трибуналом (члан 9 Закона о сарадњи РС).

Посебну пажњу у поступку сарадње са Хашким трибуналом треба посветити поступку притварања и предаје окривљених овом Трибуналу. У области сарадње са Хашким трибуналом често се отвара питање природе трансфера оптужених лица. У том смислу, потребно је утврдити да ли је ријеч о изручењу траженог лица или о његовој предаји поменутом трибуналу. Тако, из одредби Закона о сарадњи Републике Српске са Хашким трибуналом, недвосмислено произлази да је ријеч о предаји, а не о изручењу траженог лица, имајући у виду разлику у примјени института предаје и изручења. Наиме, примјеном института изручења остављају се одређена дискрециона овлашћења замољеној држави

²³ *Ibidem*, стр. 90.

при доношењу одлуке о захтјеву за изручење.²⁴ Супротно томе, када је у питању сарадња са Хашким трибуналом, замољена држава је у потпуности ограничена у погледу овлашћења да цијени, да ли ће захтјеву за предају траженог лица удовољити или не, већ је иста је дужна да поступи по захтјеву и преда тражено лице.

У вези са овим отвара се као битно питање, да ли резолуција Савјета безбједности, може имати јаче правно дејство од устава, као највишег правног акта једне земље. Уколико би нека држава јаче правно дејство признала резолуцији, неопходно је експлицитно предвидјети обавезу предаје у самом уставу или у законским прописима.²⁵

Узимајући у обзир да Резолуција, којом је основан овај трибунал, производи дејство *erga omnes*, чиме се државама намеће обавеза да сарађују са Хашким трибуналом, не оставља могућност избора између предаје или одбијања предаје осумњиченог лица, тешко да се може говорити о изручењу Хашком трибуналу. Поред тога, Закон о сарадњи Републике Српске са Међународним кривичним судом у Хагу у глави IV умјесто појма „изручење“ користи појам „предаја“. Према члану 15. овог закона постоји обавеза на притварање и предају траженог лица Трибуналу, без обзира на држављанство. Осим тога, ни Резолуција 827/93 Савјета безбједности УН, нити Закон о сарадњи Републике Српске са Хашким трибуналом, не садрже препреке, којима би се онемогућила предаја траженог лица Хашком трибуналу. У овом контексту, треба истаћи да је притвор обавезна мјера за обезбјеђење присуства траженог лица, све до његове предаје Трибуналу. Право на жалбу против рјешења о притвору има притворено лице и његов бранилац и то само у случају грешке у идентификацији притвореног лица и уколико не постоје основне информације о дјелу поводом којег је одређен притвор.²⁶

Питање сарадње са Хашким трибуналом предмет је регулисања како Статута и Правила поступка овог суда, тако и Резолуције број 827/93 Савјета безбједности. Статутом Хашког трибунала (члан 29) предвиђено је да државе морају сарађивати са Међународним судом у истрази и кривичном гоњењу лица оптужених за тешка кршења међународног хуманитарног права, као и да без непотребног одлагања треба удовољити сваком захтјеву за помоћ или налогу, које је издало Претресно вијеће. Правилима поступка и доказивања, јасно се истиче да обавезе из члана 29. Статута морају бити испоштоване, без обзира на препреке у вези са предајом оптуженог Трибуналу (правило 58.). Коначно, у

24 Тако је нпр. једно од дискреционих овлашћења замољене државе и да цијени испуњеност материјалних и процесних претпоставки за изручење, према властитом правном поретку.

25 Милош Бабић, *Међународно кривично право*, Правни факултет Бања Лука, 2012., стр. 237.

26 Милан Шкулић, *op. cit.*, стр. 101 -106.

Резолуцији број 827/93 Савјета безбједности УН којом је основан Хашки трибунал, стоји да „државе у потпуности сарађују са Међународним трибуналом“.²⁷

Притвор у поступку предаје траженог лица Хашком трибуналу је мјера облигаторне природе, за обезбјеђење присуства траженог лица у поступку његове предаје овом Трибуналу, а не мјера факултативне природе. Ипак, без обзира на наведену квалификацију предаје Хашком трибуналу, поставља се правна дилема, да ли је оправдано да се притвор сматра обавезном мјером за обезбјеђење присуства траженог лица у поступку предаје Трибуналу. Европски суд за људска права приликом тумачења одредби о притвору, регулише и у којим случајевима се он може одредити траженом лицу. Европска конвенција упућује да се одредбе о овој мјери тумаче врло рестриктивно, јер супротно не би било у складу са циљевима Конвенције. Ријеч је о крајњој и врло репресивној мјери за обезбјеђење присуства траженог лица. Против обавезног одређења притвора, говори правна логика Конвенције, чему у прилог и свједоче пресуде Европског суда за људска права, којима се указује да је за одређивање ове мјере потребно цијенити све околности конкретног случаја.²⁸

У прилог тврдњи да је ријеч о предаји, а не о изручењу, говори и члан 7. Закона о сарадњи Републике Српске са Међународним кривичним судом у Хагу, као и правило 54 бис став Е тачка иии) и става Ф истог члана Правилника о поступку и доказима Хашког трибунала. Према овим одредбама, предаја траженог лица и сарадња неће бити обустављени, ни у случају када би се тиме могла нанијети штета интересма Републике Српске, него ће од стране Трибунала бити одређене мјере заштите, које имају за задатак да спријече наступање штете по интересе Републике.

Предаја окривљених према одредбама Закона о сарадњи Србије са МКТЈ

Након готово двогодишњих расправа на политичком и стручном нивоу, коалиционе кризе и пада једне владе, Закон о сарадњи тадашње Савезне Републике Југославије усвојен је 11. априла 2002. године. Њиме је предвиђена могућност изручења домаћих држављана Хашком трибуналу, иако је тадашњи савезни устав изричито забрањивао изручење домаћих држављана страниј држави (члан 17. став 3. Устава СРЈ²⁹). Међутим, након распада државне заједнице СЦГ, усвојен је Устав Србије, 2006. године³⁰, који у својим одредбама не садржи одредбу о забрани изручења. Но, и пре усвајања устава Србије, правна

²⁷ Милош Бабић, *op. cit.*, стр. 237, Милан Шкулић, *op. cit.*, стр. 52-53

²⁸ Видјети став Европског суда за људска права у случају *Winterwerp* против Холандије, представка бр. 6301/73, 24. октобар 1979 године.

²⁹ Службени лист *СРЈ*, бр.1/92 од 05.01. 1992.

³⁰ „Службени гласник Републике Србије“, бр. 98/2006.

препрека за изручење сопствених држављана пренебрегнута је тумачењем да у случају МКТЈ није реч о екстрадицији страниј држави, већ помоћном телу Савета безбедности³¹.

Предвиђени облици сарадње са МКТЈ одвијају се преко министарства спољних послова. Поступак сарадње је, према слову закона, хитан (члан 6. став 1.). Сарадња са Хашким трибуналом подразумева извођење истражних и потражних радњи, расписивање потернице, предузимања мера заштите сведока, достављање писмена, уступање вођења кривичног поступка и предаја окривљених, као и извршење пресуда МКТЈ. Истражни органи МКТЈ могу на територији Србије предузимати радње прикупљања обавештења од грађана, саслушање осумњичених, сведока, жртава и вештака, ексхумацију и обдукцију леша, радње прикупљања доказа и разгледање списа и исправа (члан 9.).

Део IV Закона о сарадњи Србије са МКТЈ, односи се на поступак предаје окривљених. Овом поступку подлежу окривљени, који се затекну на територији Србије, без обзира да ли уживају имунитет по основу вршења политичке, службене, јавне или државне дужности. Захтев за предају окривљених трибуналу, подноси се Министарству спољних послова Републике Србије. Уз захтев се обавезно доставља оптужница и захтев за лишење слободе. За одлучивање по захтеву за предају, надлежан је истражни судија надлежног суда (Одељење за ратне злочине Вишег суда у Београду).

У члану 29. став 2. утврђени су услови за предају окривљеног Хашком трибуналу. Потребно је, најпре, да се утврди истоветност лица против којег се води поступак. Неопходно је, затим, да је у поступку пред МКТЈ оптужница потврђена. Такође је потребно да је кривично дело, на које се односи захтев, кажњиво по домаћим прописима, и да је реч о кривичном делу из надлежности МКТЈ. Последње наведени услов није најсрећније формулисан, јер је свако кривично дело у надлежности МКТЈ кажњиво према одредбама домаћег Кривичног законика. Из листе услова за предају окривљених произилази да, заправо, не постоје сметње за тај вид сарадње, већ су услови за изручење протоколарног карактера.

Насупрот томе, у Закону о сарадњи Србије са Међународним кривичним судом³², услови за предају су унеколико другачије одређени. Поред неопходности утврђивања истоветности окривљеног и потребе да је реч о кривичном делу из надлежности МКС, неопходно је да захтев има прописану садржину, те да не постоје сметње за изручење окривљеног (члан 26. став 4.). Поред тога, захтев за пружање правне помоћи може се и одложити, услед интереса вођења поступка пред домаћим судом, због заштите националних интереса и безбедности, као и услед изјављеног приговора ненадлежности МКС и недопуштености захтева

³¹ Види: члан 1. Закона о сарадњи Србије са МКТЈ.

³² “Сл. гласник Србије”, бр. 72/2009.

(члан 17.). Према томе, закључујемо да одредбе Закона о сарадњи са МКС кореспондирају са заштитом интереса државе Србије и њених држављана. Не сме се заборавити ни чињеница да је Међународни кривични суд настао уговорном сагласношћу воља држава чланица УН, за разлику од Хашког трибунала, чији је правни основ резолуција УН.

У поступку предаје МКТЈ, установљен је посебан случај обавезне одбране окривљених. Окривљени има право да слободно изабере браниоца. У супротном, суд ће му поставити браниоца, по службеној дужности (члан 20.). Није, међутим, прецизирано, шта обухвата поступак предаје. Да ли је одбрана обавезна у случају саслушања окривљеног пре почетка поступка? Овом одредбом није покривена ни ситуација саслушања окривљеног од стране истражитеља Хашког трибунала.

У члану 21. Закона о сарадњи Србије са МКТЈ, прописано је обавезно одређивање притвора окривљеном, у поступку предаје. Истражни судија додуше може одредити и друге мере за обезбеђење присуства окривљеног, но неке мере (забрана напуштања боравишта, јемство) су фактички неприменљиве, услед облигаторности притвора, као најтеже мере. Закон о сарадњи са Међународним кривичним судом такође предвиђа обавезно одређивање притвора у поступку предаје окривљеног. Међутим, у члану 23., најпре је прописан поступак лишења слободе окривљеног и спровођења истражном судији. При томе, окривљеном су гарантована права лица лишених слободе, према одредбама домаћег Законика о кривичном поступку. Истражни судија ће, најпре окривљеног поучити о правима, која има у поступку, те ће га саслушати о околностима из захтева МКС. Приликом саслушања, истражни судија ће утврдити идентитет окривљеног, па му тек након тога одредити притвор. Против решења о одређивању притвора, право на жалбу припада окривљеном и његовом браниоцу. У поступку предаје Међународном кривичном суду, притвор може трајати најдуже 3 месеца (члан 24. став 4.). Релативизација обавезности притвора извршена је могућношћу пуштања окривљеног на слободу уз јемство, или одређивања забране напуштања боравишта. Потребно је да окривљени пристане на добровољну предају кривичном суду и да се одрекне изјављивања правних лекова у поступку предаје (члан 24. став 5.). Насупрот адекватној законској заштити права окривљеног у поступку предаје МКС, притвор у поступку предаје Хашком трибуналу може се одредити и пре достављања захтева за предају (члан 22. став 1.). Трајање притвора није ограничено, већ може трајати до предаје окривљеног МКТЈ. Са аспекта заштите права окривљеног, посебно је проблематичан члан 23. Закона о сарадњи Србије са МКТЈ. Њиме је дато овлашћење органима унутрашњих послова да лише слободе окривљеног и без налога истражног судије, ако је расписана потерница.

О захтеву за предају одлучује истражни судија, у року од 3 дана од привођења окривљеног. Уколико утврди да су испуњени услови, донеће решење о предаји окривљеног Хашком трибуналу (члан 29. став 1.). На то решење право

на жалбу припада окривљеном и његовом браниоцу, као и јавном тужиоцу. Није јасна из којих побуда је законодавац дао активну легитимацију јавном тужиоцу за изјављивање жалбе на решење о предаји. Закон, међутим, не садржи одредбу о суспензивном дејству жалбе, која је од круцијалног значаја, јер у супротном, изјављивање жалбе не би имало смисла. О жалби одлучује трочлано веће позивних судија. Ако пак истражни судија утврди да нису испуњене претпоставке за предају окривљеног, он ће *ex officio* доставити решење, заједно са списима предмета трочланом ванрасправном већу. Ово је јединствени пример да веће позивних судија испитује судску одлуку, по службеној дужности! Веће својим решењем може одлуку истражног судије укинути, преиначити и потврдити. Ово решење правноснажно је и извршно даном доношења, те се не може нападати жалбом. Додуше, законска одредба експлицитно предвиђа немогућност изјављивања само ванредних правних лекова. Но, како решење стиче својство правноснажности даном доношења, искључена је могућност изјављивања жалбе. Тиме су права окривљеног додатно дерогирана, посебно у ситуацији када ванрасправно веће преиначи одлуку истражног судије о одбијању захтева за предају, решењем о усвајању захтева.

Према одредбама Закона о сарадњи са МКС, жалбу на решење о усвајању захтева за предају могу изјавити окривљени и његов бранилац, док на решење о одбијању захтева жалбу може изјавити јавни тужилац (члан 27. став 1.). О жалби одлучује петочлано веће позивних судија. При томе, веће може жалбу одбацити, одбити и усвојити, те решење о изручењу потврдити или преиначити. О могућности изјављивања правних лекова, на другостепено решење нема изричите законске одредбе. На примену општих одредби о правноснажности судских одлука упућује члан 28., према коме се решење о изручењу може извршити, када постане правноснажно и када нема сметњи за његово извршење.

Коначну одлуку о предаји окривљених Хашком трибуналу доноси Министарство правде. То призилази из одредбе члана 31. став 2. Закона о сарадњи Србије са МКТЈ („решење о предаји окривљеног Међународном кривичном трибуналу *доноси* Министарство правде...“). Дубиозно је, да ли би Министарство могло да одбије да донесе решење о предаји, по сопственој дискреционој оцени. У том смислу, одредба из члана 29. Закона о сарадњи са МКС не оставља простор за дискреционо поступање извршне власти, јер се предвиђа само *достављање* решења о предаји Министарству. Решење о предаји окривљених Хашком трибуналу извршавају органи унутрашњих послова (члан 31. став 2.).

Закључак

У време када се у јавности наново отвара полемика и сумња у посвећеност Хашког трибунала правди и правичности, када је доношењем ослобађајућих

пресуда генералима Анти Готовини и Младену Маркачу поново наукао одијум српског народа, чини се да је актуелизована тема о заштити људских права у поступку пред МКТЈ. Аутори су се одлучили на обраду ове теме, јер је у међувремену почео са радом стални Међународни кривични суд, заснован на сагласности воља држава чланица УН, потписница Статута о његовом оснивању. Консеквентно, донети су одговарајући закони о сарадњи са тим судом. Један од видова сарадње са МКС, огледа се у могућности предаје окривљених, као и у случају Хашког трибунала. Но, услови за предају и сам поступак значајно афирмишу очување суверенитета и националних интереса држава. То у случају поступка предаје МКТЈ није случај. Државе бивше Југославије под притиском великих сила одрекле су се дела свог суверенитета. Имајући у виду специфичан правни основ настанка Хашког трибунала, отвара се питање да ли постоје правне препреке за сарадњу са тим судом, тачније за изручење домаћих држављана. Све док су на снази Закони о сарадњи Србије и Републике Српске са МКТЈ, њихове одредбе представљају *ius cogens* за државне органе. Но, треба размислити о преиспитиваењу и ревизији тих прописа и њиховом усаглашавању са регулативом, која омеђује сарадњу са МКС, са циљем афирмације установљених правила међународног права и постизања вишег нивоа заштите основних људских права окривљених за кршење правила међународног хуманитарног права. Штитећи сопствени суверенитет, сагласно границама установљених консензусом друштва народа, штити се и владавина права, а држава и њени држављани бране од превласти политике глобализма над правом, правдом и правичношћу.

Ivan Ilić, LL.B.,

Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Milijana Lepir, LL.B.

Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Banja Luka

***Human Rights' Protection in the Proceedings of Surrendering Offenders to
the International Criminal Tribunal for Former Yugoslavia:
In cases involving Serbia and Republika Srpska***

Summary

Extradition is one of the oldest forms of international cooperation and mutual legal assistance in criminal matters. It involves an act of surrendering the accused offender to another state for the purpose of instituting a criminal proceeding or executing the criminal sanction awarded for the crime committed within the jurisdiction of the requesting state. In that way, the extraditing state actually renounces its sovereignty over its citizen and surrenders the individual to the government of another state. Given its legal nature, extradition is a legal relationship which, strictly speaking, implies a contractual relation between two states; yet, the person who is to be extradited is a third participant who has a respective corpus of rights and duties. In theory, extradition is clearly distinguished from surrendering offenders to international tribunals for the purpose of standing trial for criminal offences of international character. Whereas extradition is a bilateral legal relation between two states, the surrender is a legal relation between a state and an international organization which has established the respective international court.

In this paper, the authors deal with one of the most significant forms of cooperation with the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (the Hague Tribunal), and the act of surrendering the required persons to this court. The authors discuss the legal grounds for cooperation with the Hague Tribunal and analyze the relevant provisions of the ICTY Statute and the Rules of Procedure and Evidence. In the second part of the paper, the authors elaborate on the process of surrendering the accused, under the provisions of the Act on the Cooperation of Republika Srpska with the ICTY and the Act on the Cooperation of Serbia with the ICTY. This paper is an attempt to address the question whether there are legal obstacles to cooperation with the ICTY. In addition, the authors provide a critical overview of the degree of provided protection of human rights in the surrender proceedings, which is compared to the regulation which constitutes the legal framework for cooperation with the permanent International Criminal Court (ICCt).

Key words: International criminal legal aid, extradition.

ФИДУЦИЈАРНИ ПРЕНОС СВОЈИНЕ РАДИ ОБЕЗБЕЂЕЊА У САВРЕМЕНОМ ПРАВУ¹

Апстракт: Аутор се у раду бави анализом фидуцијарног обезбеђења потраживања у савременом праву. Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења представља најстарије реално право обезбеђења потраживања. Његова је примена у римском праву била напуштена, због непостојања гаранције за дужника да ће му својина бити пренета натраг по испуњењу потраживања. У савременом праву актуелизује се примена фидуције у „модерном руху“. Посебна пажња је посвећена анализи важећих законских решења о фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења потраживања у праву Републике Црне Горе, у којем је, за разлику од права Србије, овај институт свеобухватно регулисан. Аутор указује на предности савремене фидуције, као средства обезбеђења потраживања и предлаже увођење овог института и у право Републике Србије.

Кључне речи: средства обезбеђења, права реалног обезбеђења, фидуцијарни пренос својине.

Увод

Римско право је имало, на почетку свог развоја, сурово средство за принудну реализацију потраживања – дужничко ропство. Након укидања дужничког ропства, законом Петелија и Папирија (lex Poetelia Papiria) из 326. године пре н. е, повериоцима је за намирење потраживања стајала на располагању дужникова имовина, по правилу да дужник дугује, а његова имовина одговара. Међутим, ни имовина, као „општа залога“, више није могла да пружи потребну сигурност, управо због тога што је дужник могао,

¹ Рад је резултат истраживања на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије под бројем 179046 Д

располажући правима, умањивати. Зато су се тражили различити начини за осигурање повериоачевог потраживања. У том настојању, долази се до правила да је ствар боља гаранција од дужникове речи – *Plus cautionis in re est quam in persona* (боља је гаранција ствар него човек). Појавили су се различити облици осигурања наплате потраживања вредношћу ствари, који су савременом праву познати као стварна или реална права обезбеђења потраживања. Међу њима су најзначајнији: фидуцијарно обезбеђење потраживања (пренос својине на ствари у циљу обезбеђења - *fiducia cum creditore contracta*), заложно право на покретним стварима (ручна залога - *ignus* и, у новије време, регистарска залога) и заложно право на непокретним стварима (хипотека).

Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења – *fiducia cum creditore contracta* је најстарије реално право обезбеђења потраживања. Како јој је главни недостатак био тај што је својина предмета обезбеђења прелазила на повериоца, без икакве гаранције за дужника да ће му ствар бити враћена када исплати обезбеђено потраживање, фидуција је у римском праву била замењена ручном залогом (*ignus*), као за дужника повољнијим правом обезбеђења потраживања. Тако је *fiducia cum creditore contracta* пала у заборав, да би у савременом праву, у модификованом облику, постала поново актуелна.

Савремено фидуцијарно обезбеђење потраживања је, по правилу, бездржавинско право обезбеђења, регулисано по угледу на заложно право. Оно је нашло своје место у правима већине земаља региона, док се у неким западноевропским државама широко примењује у грађанској и трговачкој пракси.²

Предмет нашег рада је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања. Како у нашем праву овај вид обезбеђења није уређен, пажњу смо првенствено усмерили на решења садржана у Закону о својинско-правним односима републике Црне Горе, којим је фидуцијарно обезбеђење потраживања до сада најпотпуније уређено.

Карактеристике и правна уређеност фидуцијарног обезбеђења

Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања постоји када дужник – фидуцијант пренесе право својине на одређеној ствари на повериоца – фидуцијара, са циљем обезбеђења потраживања које фидуцијар има према фидуцијанту. Фидуцијарни пренос својине врши се на основу фидуцијарног правног посла, којим се фидуцијант обавезује да пренесе својину на фидуцијара, а фидуцијар се обавезује да право својине врши у интересу фидуцијанта и да, по намирењу потраживања, пренесе право својине фидуцијанту. Ако дужник – фидуцијант не испуни о доспелости обезбеђено потраживање, фидуцијар

² В, Д. Медић, Фидуцијарни пренос власништва, Правна ријеч, Бања Лука, 3/2005, стр. 103-105.

ће га намирити из вредности ствари коју има у фидуцијарној својини. Начин стицања (*modus acquirendi*) фидуцијарне својине је предаја покретне ствари, односно упис у одговарајући јавни регистар, за непокретности. У модерном праву, пренос фидуцијарне својине на покретним стварима врши се фиктивном предајом ствари, путем *constitutum possessorium*.³ На тај начин се постиже бездржавинско залагање покретних ствари.

Фидуцијарни правни посао је сложен правни посао. Обухвата два уговора: стварноправни уговор, о преносу права својине и облигациони уговор, о ограничењу пренетог права, којим се фидуцијар обавезује да врши својину у интересу фидуцијанта и да му је, по исплати обезбеђеног потраживања, пренесе натраг.⁴

Фидуција је апстрактна – кауза није видљива трећим лицима.⁵ Кауза фидуцијарног уговора се у нашој правној теорији различито одређује. Има мишљења да се она, као непосредни економски циљ правног посла, састоји у обезбеђењу потраживања, као и схватања да је кауза фидуцијарног уговора, као његов непосредни правни циљ, „специфична“ или *sui generis causa*, тако да је није могуће подредити оквирима постојећих класификација.⁶ Хрватска правна теорија објашњава „фидуцијарни пријенос власништва ради осигурања“ као један начин вршења својинских овлашћења у сврху осигурања испуњења обавезе. Кауза уговора о фидуцијарном преносу својине је специфична и састоји се у обезбеђењу потраживања.⁷

Фидуцијарни правни посао је посао заснован на поверењу (*fides*). Ако фидуцијар пренесе својину трећем савесном лицу, оно постаје власник ствари. Фидуцијарни посао није заштићен посебном тужбом. Фидуцијанту, који је уредно испунио потраживање, не стоји на располагању посебна тужба, већ општа тужба из неоснованог обogaћења против фидуцијара – он може повратити ствар само ако се она још увек налази код фидуцијара. Фидуцијант, формалноправно, више није власник ствари, па му не припада ни стварноправно овлашћење следовања ствари. Фидуцијарна својина има „два лица“. У односу на трећа лица, фидуцијар је власник ствари, у унутрашњем односу фидуцијанта и фидуцијара,

3 В. Д. Стојановић – Б. Павићевић, *Право обезбеђења кредита*, Београд, 1997, стр. 287, Д. Стојановић, *Преношење својине у циљу обезбеђења кредита*, *Правни живот*, 5-6, Београд, 1993, стр. 620, М. Лазић, *Права реалног обезбеђења*, Ниш, 2009, стр. 97.

4 В. М. Лазић – Н. Планојевић, *Својина и фидуцијарна својина у новом стварном праву Црне Горе*, *Правни живот*, бр. 10/2011, стр. 523.

5 Циљ фидуцијарног посла није коначни пренос својине на фидуцијара. Због тога га неки аутори сматрају симулованим правним послем. В. Ж. Шмалцељ, *Фидуцијарни уговори (уговори повјерења) у имовинском праву*, *Наша законитост*, Загреб, 2/1696, стр. 119.

6 В. Љ. Ђуровић, *Уговор о фидуцијарном преносу својине*, *Правни живот*, бр. 10/1998, стр. 848.

7 В. N. Gavella et. al, *Stvarno pravo*, *Svezak drugi*, Zagreb, 2007, стр. 469, 470.

фидуцијарна својина нема тај изглед. Њена битна карактеристика је непотпуност правних овлашћења: фидуцијар је формалноправно власник ствари, међутим, он има само овлашћење располагања стварју, које је ограничено облигационим уговором (*actum fiduciae*). Фидуцијант, код фидуције, као бездржавинског средства обезбеђења, задржава овлашћење држања, употребе и убирања плодова. Ствар на коју се односи фидуцијарно обезбеђење је у имовинској маси фидуцијанта, док је фидуцијарна својина у имовини фидуцијара⁸. Фидуцијант је економски власник, док је фидуцијар правни власник ствари.⁹

Фидуцијарно обезбеђење потраживања у већини права постоји само у пракси и примењује се са ослоном на начело аутономије воље (тако нпр. у немачком праву, као и у аустријском, фидуцијарно обезбеђење се примењује у пракси, иако није регулисано законом)¹⁰. Изузетак у том погледу су права Црне Горе, Словеније, Хрватске и Македоније. У француском праву и другим правима романског правног круга, фидуцијарни уговори се сматрају недопуштеним, јер се код овог залагања практично ради о уговарању комисорне клаузуле, која је забрањена.¹¹ Англоамеричко право регулише установу сличну фидуцији, тзв. траст (*trust*).¹²

У праву Републике Србије фидуцијарно обезбеђење потраживања није регулисано. Судска пракса је подељена по питању његове допуштености. Виши судови су склонили да фидуцијарне уговоре третирају као подврсту заложног уговора и одричу им пуноважност, позивањем на забрану уговарања комисорне клаузуле, или их пак сматрају делимично ништавим због ове клаузуле.¹³ Нижи судови указују на једну од предности фидуцијарног обезбеђења: ефикаснија реализација, вансудском наплатом потраживања.¹⁴ Већина правних теоретичара сматра да овај институт треба изричито допустити и у нашем праву и законом

8 В. Андрија Гамс, Нешто о фидуцијарним правним пословима, *Анали Правног факултета у Београду*, 1960, стр. 34.

9 В. Љ. Ђуровић, *op.cit.*, стр. 823. и 825.

10 В. Ј. Салма, Фидуцијарни правни посао и фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања, *Правни живот*, бр. 10, Београд, 1998, стр. 387.

11 В. Е. Čulinović Herc, *Ugovorno osiguranje tražbina zalaganjem pokretnih stvari bez predaje stvari u posjed vjerovnika*, Rijeka, 1998. стр. 13.

12 В. А. Гамс, Траст у англо – америчком систему права, *Анали Правног факултета у Београду*, 1957, стр. 299. и даље.

13 В. Пресуда Савезног суда Гзс 19/94 од 24. септембра 1994, Збирка судских одлука, књига 19. свеска 1. стр. 98 и пресуда Врховног суда Србије Прев. 347/96 од 16. октобра 1996, прев. 652/97 од 29. октобра 1997, *Билтен судске праксе привредних судова*, бр. 1/1998, стр. 108, цит. по М. Живковић, О реформи реалних обезбеђења у југословенском праву, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, стр. 317.

14 В. Љ. Ђуровић, *op.cit.*, стр. 821, 822.

га детаљно уредити.¹⁵ У правној теорији се такође истиче став да од судова треба очекивати еластичнији и креативнији приступ фидуцијарним правним пословима, нарочито имајући у виду позитивне примере немачке и швајцарске судске праксе.¹⁶

Нацртом Законика о праву својине и другим стварним правима¹⁷ предложено је увођење установе „поверене обезбеђујуће својине и очекиване обезбеђујуће својине“, налик фидуцијарном обезбеђењу потраживања. Тако, Нацрт у чл. 648, ст. 1. предвиђа: „Када се писано уговори и упише у јавном регистру да се својина поверава поверенику, а да покретна, односно непокретна ствар остаје код поверавача, повереник има право регистроване поверене обезбеђујуће својине, а поверавач има право очекиване обезбеђујуће својине и овлашћен је да ствар држи, употребљава је, присваја користи од ње и та овлашћења пренесе трећем лицу.“ Даље, у чл. 651: „Поверениково право обезбеђујуће својине прераста у својину ако поверавач о доспелости не испуни обавезу а, ако је тако уговорено, повереник поверавачу дугује онолико колико вредност ствари надилази вредност ненамиреног дела његовог обезбеђеног потраживања.“ Овде се, практично, ради о уговарању комисорне клаузуле, јер својина коначно остаје поверенику, ако обезбеђено потраживање не буде намирено о доспелости, без обавезе утврђивања и исплате разлике у висини потраживања и вредности оптерећене ствари. Могуће је уговорити и условну продају предмета обезбеђења (Марцијански пакт). Сматрамо да не треба препустити диспозицији странака уговарање исплате вишка вредности ствари у односу на потраживање. Утврђивање и исплата разлике између вредности ствари и висине потраживања треба да буде императив, због очувања принципа једнаке вредности узајамних давања.

У Републици Црној Гори, фидуцијарно обезбеђење потраживања регулисано је Законом о својинско-правним односима¹⁸ којим су преузете одредбе раније важећег Закона о фидуцијарном преносу права својине¹⁹. Црногорски законодавац дефинише фидуцијарну својину као условно стечено право својине на покретној или непокретној ствари које овлашћује повериоца да пре осталих поверилаца наплати његово доспело потраживање, без обзира код кога се ствар налази (чл. 14).²⁰

¹⁵ В. А. Гамс, *op.cit*, стр. 36, Љ. Ђуровић, *op.cit*, стр. 820-821, М. Лазић, *op.cit*, стр. 101, М. Лазић – Н. Планојевић, *op.cit*, стр. 524.

¹⁶ В. Љ. Ђуровић, *ibid*.

¹⁷ Ка новом стварном праву Србије, Министарство правде Републике Србије, Немачка организација за техничку сарадњу (GTZ), Београд, 2007.

¹⁸ „Сл. лист РЦГ“ бр. 19/09.

¹⁹ „Сл. лист РЦГ“ бр. 23/96.

²⁰ Право првенства и право следовања, два овлашћења заложног повериоца, у функцији реализације овлашћења намирења, главног овлашћења из заложног права.

У правном поретку Републике Хрватске се фидуцијарно обезбеђење потраживања појављује у три модалитета²¹ и то као: *фидуција са облигационоправним дејством*, допуштена по општим правилима облигационог права, *фидуцијарно обезбеђење потраживања у форми „претходног и потоњег власништва“* са стварноправним дејством, регулисана Законом о власништву и другим стварним правима Републике Хрватске²² и *„судско и јавнобиљешничко осигурање“ преносом својине*, регулисано Извршним законом Републике Хрватске²³.

У Републици Словенији је фидуција уређена одредбама Стварноправног законика. „Фидуцијарни пренос власничког права“ је бездржавинско средство обезбеђења потраживања, које се може конституисати као акцесорно право обезбеђења – фидуцијарни пренос својине под раскидним условом (испуњење обезбеђеног потраживања) и као неакцесорно право – безусловни фидуцијарни пренос својине. Када је конституисано као неакцесорно право, фидуцијарно обезбеђење може послужити обезбеђењу већег броја потраживања фидуцијара према фидуцијанту, а може имати и функцију тзв. „мирујућег осигурања“, које ће произвести правно дејство са настанком потраживања, чијем обезбеђењу треба да служи²⁴.

Немачка судска пракса признаје важност споразуму о преносу својине на покретним стварима, уз фиктивну предају путем *constitutum possessorium*.²⁵ Овај институт води порекло из обичајног трговачког права и није законом регулисан²⁶. У Аустрији фидуцијарно обезбеђење потраживања није регулисано законом. Примењује се у пракси, али није бездржавинско реално средство обезбеђења потраживања.²⁷ Аустријска правна теорија је била подељена по питању допуштености фидуцијарног уговора. Спорна је била кауза овог правног посла или његова подобност да буде правни основ преноса права својине, веома важно питање за овај правни систем који, као и наш, припада систему каузалне традиције (да би пренос својине био пуноважан предаја ствари у државину мора следити пуноважан правни посао управљен на пренос права својине). По једнима је фидуција недопуштена јер нема за циљ коначни пренос својине, други њену

21 В. N. Gavella et. al, *op.cit*, стр. 473. и даље

22 „Народне новине РХ“ бр. 91/96

23 „Народне новине РХ“ бр. 57/96

24 В. Р. Вренчур, Фидуцијарни пренос власничког права у осигурање на покретним стварима у новом словеначком праву, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Бремен, 2003, стр. 293-295.

25 В. Д. Стојановић – Б. Павићевић, *op.cit*, стр. 215 – 216.

26 В. С. Jessel Holst, Реформа права обезбеђења потраживања покретним стварима у југоисточној Европи, Будимпештански симпозијум, Допринос реформи стварног права у државама југоисточне Европе, Бремен, 2003, стр. 89-90.

27 В. М. Лазих, *op.cit*, стр. 98.

каузу виде у њој самој: својина се преноси са циљем обезбеђења потраживања, да би била пренета натраг, ако се обезбеђено потраживање уредно испуни.²⁸

2. Фидуцијарно обезбеђење потраживања у упоредном праву

У праву Републике Црне Горе настанак фидуцијарног обезбеђења потраживања – фидуцијарне својине регулисан је различито, према томе да ли је објект фидуцијарне својине покретна или непокретна ствар. По Закону о својинско-правним односима, фидуцијарна својина на покретним стварима стиче се закључењем уговора о фидуцијарном преносу својине (чл. 353. ст. 1.). Ствар остаје у државини фидуцијанта, по правилима о фиктивној предаји ствари, путем *constitutum possessorium*.²⁹ Фидуцијарна својина на непокретној ствари стиче се на основу уговора о фидуцијарном преносу права својине, уписом у катастар непокретности, уз забележбу фидуцијарног преноса права својине (чл. 353. ст. 2. и чл. 354.). Претпоставка за настанак фидуцијарне својине јесте постојање права својине фидуцијанта на ствари, на којој се конституише обезбеђење. У правној теорији има схватања да би било могуће стицање фидуцијарне својине и од невласника, аналогном применом правила о стицању својине од невласника.³⁰

Уговор о фидуцијарном преносу права својине је правни посао којим дужник или неко трећи преноси право својине покретне ствари, односно обавезује се да пренесе право својине непокретне ствари на повериоца, ради наплате потраживања, а поверилац се обавезује да, по намирењу свог потраживања, омогући дужнику несметано вршење права својине (чл. 353.). Закључује се у писаној форми, а када је предмет фидуцијарне својине непокретност, уговор о фидуцијарном преносу права својине мора бити оверен од стране суда или нотара (чл. 355.). Обавезан је упис уговора о фидуцијарном преносу права својине у јавни регистар, који води Управа за некретнине, у одређеном року од дана закључења, под претњом ништавости, без обзира о којој се врсти ствари ради (чл. 378.). Ако се уговор не упише у регистар, није могућ ни настанак фидуцијарне својине, због тога што стицање овог права није могуће на основу ништавог правног посла.³¹ Фидуцијарни уговор је именовани, формалан и акцесоран правни посао³². Регулисан је као теретан уговор код ког

28 В. Д. Аранђеловић, О фидуцијарним правним пословима, Архив за правне и друштвене науке, Београд 1926, стр. 342. и даље.

29 З. Рашовић, Коментар Закона о својинско-правним односима, II књига, Подгорица, 2009, стр. 1798.

30 В. З. Рашовић, *ibid*, стр. 1811, N. Gavella et al, *op.cit*, стр. 508-509.

31 З. Рашовић, *ibid*, стр. 1803-1804.

32 М. Велимировић, Уговор о фидуцијарном обезбеђењу тражбине, Правни живот, 11/1998, стр. 531.

се кауза дужникове обавезе налази изван фидуцијарног односа, и састоји се у обавези повериоца да дужнику испуни одређено потраживање, односно у самом испуњењу потраживања које се обезбеђује фидуцијарном својином.³³ У прилог овом схватању говори и одредба чл. 371. Закона о својинско-правним односима, о одговорности дужника за материјалне и правне недостатке ствари.³⁴

Законом о својинско-правним односима Републике Црне Горе изричито је забрањено уговарање комисорне и антихретичке клаузуле у тренутку закључења уговора о фидуцијарном преносу својине. Њих је могуће уговорити само накнадно, по истеку рока од 8 дана од настанка потраживања. Сматра се да после закључења уговора више не постоји потреба за посебном заштитом дужника, који је, по правилу, економски слабија уговорна страна и да он, после одређеног времена, може независније да процени своје интересе и одлучи о прихватању или неприхватању комисорног пакта.³⁵ И ове клаузуле морају бити уписане у регистар Управе за некретнине, под претњом ништавости.³⁶

Мишљења смо да не би требало допустити уговарање комисорне клаузуле ни при закључењу уговора, нити у било ком другом тренутку по закључењу уговора о фидуцијарном преносу права својине. Овом клаузулом се вређа начело једнаке вредности узајамних давања, због тога што код примене ове клаузуле не постоји обавеза утврђивања и исплате разлике у вредности ствари и износа потраживања. Прихватљивије је уговарање Марцијанског пакта, код ког се, у суштини, ради о условној продаји ствари (под условом да потраживање не буде исплаћено о доспелости), по унапред одређеној цени, уз обавезу повраћаја дужнику износа за који вредност ствари надилази висину потраживања.³⁷

У хрватском праву, фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења врши се на основу правног посла, предајом покретне ствари, односно уписом у земљишне књиге, за непокретности. Када је предмет фидуцијарног обезбеђења непокретност, у земљишне књиге се уписују фидуцијар, као „претходни“ власник непокретности и фидуцијант, као „потоњи“ власник непокретности.

33 В. З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, Подгорица, 2010, стр. 203-205.

34 „Поверилац има право да од дужника или неког трећег захтијева другу ствар, ако оптерећена ствар има материјални или правни недостатак због којег не представља довољно обезбеђење за наплату потраживања“ З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, стр. 204.

35 В. З. Рашовић, *Коментар Закона о својинско-правним односима*, стр. 1809-1811.

36 *ibid.*

37 В. З. Рашовић, *Забрањене клаузуле код уговора о залози*, *Закон о облигационим односима*, 1978-1988, *Књига о десетогодишњици*, издање *Часописа за правну теорију и праксу*, *Правни живот*, I том, 1988, 250-255.

3. Предмет фидуцијарног обезбеђења

Предмет фидуцијарног обезбеђења потраживања могу бити индивидуално одређене покретне ствари и непокретности. Фидуцијарно обезбеђење се односи на целу ствар, са неодвојеним плодовима, на саставне делове и припатке ствари. Фидуцијарна својина се, по правилу о екстензивности у погледу предмета обезбеђења, проширује на сва његова накнадна побољшања.³⁸ Фидуцијарна својина се може засновати на робном лагеру, при чему је неопходно одредити минимум количине робе, чија вредност служи обезбеђењу. Роба мора имати утврђену вредност, бити маркирана и смештена у посебан простор.³⁹ По Закону о својинско-правним односима РЦГ, предмет фидуцијарног обезбеђења мора бити тачно одређен (чл. 359.). Законом је такође предвиђено обавезно маркирање покретних ствари на којима је заснована фидуцијарна својина и то маркирање врши Управа за некретнине (чл. 381.). Маркирањем се врши обележавање оптерећене покретне ствари, чиме се постиже публикување фидуцијарне својине на покретним стварима и, уједно, заштита сигурности и брзине одвијања правног промета.⁴⁰ Одређеност предмета обезбеђења код заснивања фидуцијарне својине на робном лагеру постиже се одређивањем „лагерског простора“. Сва роба која се налази у лагерском простору, као и она роба која ће се тек наћи у њему, бива обухваћена фидуцијарним обезбеђењем.⁴¹

У Немачкој су, у пословном промету, чести случајеви конституисања фидуцијарног обезбеђења на робном лагеру и другим скуповима ствари са променљивим саставом.⁴² Да би се омогућило истовремено сигурно обезбеђење повериоцевог потраживања и сигурно и слободно пословање дужника, пренос својине у циљу обезбеђења врши се тако да се односи на свагдашње стање робног лагеру – сва роба која ступа на место оне која излази из лагеру бива аутоматски обухваћена споразумом о фидуцији, уз заснивање посредне државине повериоца и непосредне државине дужника, на основу уговора о остави (где је дужник оставопримац, који се обавезује да робу чува са пажњом доброг привредника, у интересу повериоца – оставодавца). Роба на коју се односи обезбеђење мора бити прецизно одређена, у складу са захтевом начела специјалности. То се постиже закључењем уговора о обезбеђењу простора или закључењем уговора о маркирању. Уговором о обезбеђењу простора се утврђује да се обезбеђење односи на све ствари које се налазе у просторији која је одређена у уговору, као и на оне ствари које ће касније бити унете у ту просторију. Уговором о маркирању

38 Љ. Ђуровић, *op.cit.*, стр. 817.

39 чл. 360. и чл. 363. Закона о својинско-правним односима Републике Црне Горе.

40 В. З. Рашовић, *op.cit.*, стр. 1853. и 1854.

41 *ibid.*, стр. 1812.

42 В. Д. Стојановић – Б. Павићевић, *op.cit.*, стр. 219. и даље

се предмет обезбеђења одређује споразумним маркирањем ствари одређеном ознаком (стављање натписа, лепљење цедуља итд.).⁴³

4. Правни положај фидуцијарног повериоца

Поверилац – фидуцијар стиче условно право својине на одређеној ствари, и функција тако стеченог права својине је обезбеђење одређеног потраживања.⁴⁴ Фидуцијарна својина га овлашћује на намирење обезбеђеног потраживања из вредности ствари, уколико ово не буде исплаћено о доспелости. Он има и право следовања, да потраживање наплати без обзира код кога се налази ствар, као и право првенства, да се намири пре осталих поверилаца. Редослед намирења се одређује према тренутку стицања фидуцијарне својине. Уколико му обезбеђено потраживање буде исплаћено о доспелости, фидуцијарна својина престаје.⁴⁵

Фидуцијар нема право на државину, нити право употребе и убирања плодова које даје ствар, на којој је конституисана фидуцијарна својина. Он стиче право на државину у тренутку доспелости потраживања, ако му оно не буде исплаћено (чл. 374. Закона о својинско-правним односима РЦГ). Од момента коначног стицања права својине на оптерећеној ствари, поверилац има право на плодове које та ствар даје (чл. 369. Закона о својинско-правним односима РЦГ).

Црногорски законодавац признаје одређена овлашћења повериоцу за случај да дужник поступа са оптерећеном ствари супротно уговору и закону и тиме доводи у питање реализацију права намирења, као и у случају када постоји опасност осујећења реализације фидуцијарног обезбеђења, из разлога који се односе на оптерећену ствар. Ако дужник не чува ствар како треба или је без дозволе повериоца преда другом лицу на употребу, поверилац може од суда захтевати да нареди одузимање ствари од дужника и предају на чување трећем лицу (секвестру) (чл. 370.). Ако ствар, која је предмет обезбеђења, има неки материјални или правни недостатак, услед којег не представља довољно обезбеђење потраживања, поверилац може тражити конституисање фидуцијарне својине на другој одговарајућој ствари (чл. 371.). Када се оптерећена ствар квари или иначе губи вредност, услед чега постоји опасност да не буде довољна за обезбеђење потраживања, поверилац може захтевати од суда доношење одлуке о јавној продаји ствари, или о продаји ствари по берзанској или тржишној цени, ако ствар има такву цену. Ако дође до продаје, добијени износ се депонује код суда или нотара и служи обезбеђењу потраживања до доспелости (чл. 372.)⁴⁶.

43 В. Д. Стојановић – Б. Павићевић, *op.cit.*, стр. 219 и даље

44 М. Лазић – Н. Планојевић, *op.cit.*, стр. 523.

45 *ibid.*

46 В. З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, стр. 242-244.

Дужник задржава ствар у непосредној државини, и он има право да ствар употребљава и да прибира плодове од ње (чл. 364. и чл. 368. Закона о својинско-правним односима РЦГ). Он, међутим, нема право да ствар преда на употребу другом лицу, без дозволе повериоца. Ако то ипак учини, одговара и за случајну пропаст или оштећење ствари (чл. 368.). Дужник је дужан да чува ствар са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника и да о свакој промени на оптерећеној ствари, а нарочито о њеном кварењу или губљењу вредности, обавештава повериоца (чл. 367.). Ако не намири обезбеђено потраживање о доспелости, дужан је да преда ствар повериоцу (чл. 366.).

У хрватском праву, тренутком конституисања фидуцијарног обезбеђења, фидуцијар - поверилац, постаје „претходни“ власник ствари, која је предмет обезбеђења. „Претходно власништво“ представља право својине стечено под раскидним условом. Раскидни услов састоји се у испуњењу обезбеђеног потраживања или у другом начину његовог гашења. Ако се раскидни услов испуни, фидуцијарево право својине престаје, са дејством *ex tunc* – као да никада није ни био власник ствари. У том случају, узима се да је, до испуњења раскидног услова имао правни положај плодуживаоца. Како у праву Републике Хрватске фидуцијарно обезбеђење потраживања на покретним стварима није бездржавинско право обезбеђења, фидуцијар има непосредну државину на оптерећеној ствари.⁴⁷ Дужан је да ствар чува са пажњом доброг домаћина, односно доброг привредника. Фидуцијар нема право да ствар употребљава, нити право да њоме располаже, осим ради наплате обезбеђеног потраживања. Ако му потраживање не буде намирено о доспелости, има право да ствар прода и наплати потраживање из вредности добијене продајом ствари. Остатак је дужан да врати власнику.⁴⁸ Фидуцијант – дужник је, у периоду од конституисања фидуцијарне својине, до доспелости потраживања, „потоњи“ власник ствари. „Потоње власништво“ подразумева да је фидуцијант власник оптерећене ствари под одложним условом – он има „право чекања“. „Право чекања“ је субјективно право, које се са испуњењем одложног услова (исплата или други начин гашења потраживања), претвара у право својине на предмету обезбеђења. Ако се одложни услов испуни, фидуцијантова својина се успоставља у пуном обиму – као *plena in re potestas* (рекадентност права својине). Он постаје власник *ex tunc*, као да никада није ни био „потоњи“ власник. Док се одложни услов не испуни, он нема никаква стварноправна овлашћења поводом ствари, која је предмет фидуцијарног обезбеђења. Ако фидуцијант испуни обезбеђено потраживање, у погледу међусобних права и обавеза фидуцијанта и фидуцијара, сматраће се

⁴⁷ У складу са начелом аутономије воље, фидуцијант и фидуцијар се могу споразумети и о фиктивној предаји ствари, путем *constitutum possessorium*.

⁴⁸ B. N. Gavella et al, *op.cit.*, стр. 488-489.

да је између њих, поводом оптерећене ствари, све време постојао правни однос власника и плодуживаоца.⁴⁹

Главно овлашћење фидуцијарног повериоца јесте право да реализује фидуцијарно обезбеђење ако му обезбеђено потраживање не буде исплаћено о доспелости. По Закону о својинско-правним односима Републике Црне Горе, право намирења повериоца – фидуцијара се остварује кроз две фазе: продају ствари на којој је конституисана фидуцијарна својина и наплату потраживања из новчане вредности, добијене продајом ствари. Поверилац може ствар продати по цени утврђеној проценом стручњака или је по тој цени задржати за себе. Ако се ради о обезбеђењу потраживања из уговора у привреди, поверилац може продати ствар на јавној продаји или по тржишној или берзанској цени, ако ствар има такву цену, у оба случаја по истеку рока од 8 дана од упозорења учињеног дужнику или трећем преносиоцу, када су то различита лица.⁵⁰ Законодавац је предвидео брзе и једноставне начине реализације фидуцијарног обезбеђења, без учешћа суда, што чини фидуцијарно обезбеђење потраживања једним од најефикаснијих стварних права обезбеђења.⁵¹

Из цене остварене продајом оптерећене ствари поверилац наплаћује главницу обезбеђеног потраживања, доспеле износе камате и трошкове намирења (интегрално намирење повериоцевог потраживања).⁵² Уколико је износ добијен продајом већи од износа потраживања, поверилац је дужан да разлику врати дужнику, а ако је износ добијен продајом мањи од износа потраживања, за преостали износ поверилац се намирује из дужникове имовине, као обичан поверилац.⁵³

Законом о својинско-правним односима Републике Црне Горе је предвиђено и право повериоца на продају оптерећене ствари и пре доспелости потраживања. Он може, уз сагласност дужника, продати ствар одређеном лицу, ако нађе да је цена повољна, након настанка потраживања. Износ добијен продајом ступа на место оптерећене ствари и полаже се у суд или код нотара за обезбеђење потраживања.⁵⁴ Продаја ствари пре времена могућа је и у случају кварења или губљења вредности оптерећене ствари, о чему је већ било речи.⁵⁵

49 *ibid*, стр. 490-491, 494.

50 чл. 375. Закона о својинско-правним односима Републике Црне Горе

51 В. З. Рашовић, *Право обезбеђења потраживања*, стр. 259.

52

53 *ibid*, стр. 262

54 чл. 373. Закона о својинско-правним односима РЦГ

55 чл. 372. Закона о својинско-правним односима РЦГ

Закључак

Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења представља сигурно и ефикасно средство обезбеђења потраживања. Сигурност постоји и на страни дужника и на страни повериоца. Када се ради о покретним стварима, дужник је осигуран државином на оптерећеној ствари, применом правила о стицању фиктивном предајом путем *constitutum possessorium*, као и уписом фидуцијарног уговора у надлежни јавни регистар. Поверилац је осигуран уписом фидуцијарног уговора у јавни регистар, као и обавезним обележавањем оптерећене покретне ствари одговарајућим ознакама, које указују на постојање фидуцијарног оптерећења на ствари. У погледу непокретности, потребна сигурност се постиже уписом преноса у јавни регистар непокретности и права на непокретностима, уз забележбу фидуцијарног преноса својине. Брзи и једноставни начини реализације фидуцијарног обезбеђења, без активирања гломазног, спорог и скупог механизма судске реализације, чине фидуцију ефикасним средством обезбеђења.

У праву Републике Србије не постоје важећа законска решења о фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења. У нашој судској пракси фидуцијарно обезбеђење потраживања изазива подељена мишљења. Део судске праксе фидуцијарне уговоре сматра подврстом заложних уговора и као такве, ништавим због повреде забране уговарања комисорне клаузуле. Већински став правне теорије је да ови уговори нису ништави и да их треба правно регулисати или, у судској пракси, признати њихово постојање и допуштеност. Нацртом Законика о праву својине и другим стварним правима Републике Србије предвиђен је фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења потраживања у форми института „поверене обезбеђујуће својине и очекиване обезбеђујуће својине“. У Нацрту су предвиђена детаљна правила за ово право обезбеђења.

Сматрамо да је фидуцијарни пренос својине у циљу обезбеђења потребно уредити и у нашем праву. Позитиван пример у том погледу даје Закон о својинско-правним односима Републике Црне Горе, који свеобухватношћу и прецизношћу одредаба о фидуцијарној својини показује да се они недостаци, због којих је фидуција као средство обезбеђења у римском праву била „одбачена“, могу превазићи и да фидуција може бити креирана као средство обезбеђења, које по својим позитивним карактеристикама може да буде чак и боље осигурање наплате потраживања од „класичног“ заложног права – ручне залоге и хипотеке.

РЕЗИМЕ

Аутор се у раду бави анализом фидуцијарног обезбеђења потраживања у савременом праву. Фидуцијарни пренос својине ради обезбеђења представља најстарије реално право обезбеђења потраживања. Његова је примена у римском праву била напуштена, због непостојања гаранције за дужника да ће му својина бити пренета натраг по испуњењу потраживања. У савременом праву актуелизује се примена фидуције у „модерном руху“. Савремено фидуцијарно обезбеђење потраживања је, по правилу, бездржавинско право обезбеђења, регулисано по угледу на заложно право. Оно је нашло своје место у правима већине земаља региона, док се у неким западноевропским државама широко примењује у грађанској и трговачкој пракси. Посебна пажња је посвећена анализи важећих законских решења о фидуцијарном преносу својине ради обезбеђења потраживања у праву Републике Црне Горе, у којем је, за разлику од права Србије, овај институт свеобухватно регулисан. Аутор указује на предности савремене фидуције, као средства обезбеђења потраживања и предлаже увођење овог института и у право Републике Србије.

Milica Vučković, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Fiduciary Transfer of Title to Property for the purpose of Securing Claims in the Contemporary Law

Summary

In this article, the author analyzes the institute of fiduciary transfer of title to property for the purpose of securing claims in the contemporary legislation. The fiduciary transfer of title is the oldest real security right for securing claims. The application of this institute was abandoned in the Roman law due to the fact that there were no guarantees that the debtor would regain title to property after paying the debt. In the contemporary law, the application of the fiduciary transfer of title to property has been reinstated in a more contemporary form. In particular, the author focuses on the analysis on the existing legal solutions on the fiduciary transfer of title for securing claims as envisaged in the Republic of Montenegro, where this institute has been comprehensively regulated. The author points to the advantages of the contemporary institute of fiduciary transfer of title to property as an instrument for securing claims and proposes that this institute should be introduced into the Serbian legislation.

Key words: *securities, real security rights, fiduciary transfer of title to property (ownership)*

ЕУ ДИРЕКТИВА ЗА ОПОРЕЗИВАЊЕ ШТЕДЊЕ - РАЗВОЈ И ИЗАЗОВИ -¹

Апстракт: Директива 2003/48/ЕК којом је Европска Заједница покушала да координише политику држава чланица у области опорезивања прихода по основу камата на штедњу је од великог значаја за развој европског друштва. Сврха овог рада је да истражи и да прикаже нека решења Директиве. Прва део рада представља историјски преглед развоја Директиве са освртом на неке од најзначајнијих предлога Европске Комисије. Даље, други део рада описује систем који је успостављен тренутно важећом Директивом, са фокусом на циљ, поље примене, главне дефиниције као и два режима која Директива пружа. Коначно, у трећем делу настојимо да откријемо неке од недостатака и ограничења Директиве али и решења које су предложили званичници ЕУ. Упркос свом значају, Директива и даље има доста ограничења и правних празнина које омогућавају индивидуалним инвеститорима да заобиђу њену примену.

Кључне речи: Директива 2003/48/ЕК, Директива за опорезивање штедње, пореска координација, Рудингов извештај, ЕУ опорезивање штедње.

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта „Заштите људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046 који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

I. TAX COORDINATION – BEHIND THE CURTAIN

The first section aims to present an overview of rationale for tax coordination in EU. Additionally, it will provide a historical overview of the development of Commission's viewpoints. In specific, the latter part of the section will present a transition between initial proposals, opting for withholding tax, 'coexistence' model, as well as the automatic exchange of information.

A. Tax coordination – why is it so important?

Capital income, and interest income from savings in particular, forms one of the most mobile tax base. Therefore, difference in taxation can cause distortions to capital allocation and flow. Indeed, investors, assessing overall investment conditions, will certainly take tax provisions into account when deciding how and where to allocate their capital.

In stable economies interest rates on savings tend to be low, just above the annual inflation rate.

This in particular is an incentive for investors to put their money "on the market", rather than keeping it "at home".

General economic principles suggest that an ideal economic environment is the one which does not influence stakeholders (i.e. investors and consumers) in making their choices. That way, it is argued, the allocation choices would be based on the exact needs of a market and the allocation would peak in its efficiency. In contrast, any sort of "artificial" influence on allocation leads to a distortion and ultimately to lower efficiency.

Related to EU taxation of savings, the ideal system would be the one which does not interfere with the optimal allocation of capital across countries. In other words, the system has to ensure that the post-tax marginal productivity of capital is equalized across countries in EU.² In order to achieve such system, it was necessary to implement some kind of coordination of savings taxation in the Union. Of course, the process of coordinating the governments is not an easy one. Member States tended to compete with each other, which ultimately leads to the "race to the bottom".

B. Historical development of Savings Directive

1. Withholding tax phase

In its communication to the Council from 23rd May 1989 Commission stressed that "full liberalization of the capital flow between Member States is going to be achieved through implementation of Council Directive 88/361 EC". Although this liberalization was considered to be a significant prerequisite for the genuine financial integration of the Community, it was hardly sufficient to achieve desired effects. Thus,

² Patterson, B. and A. M. Serrano, *Tax co-ordination in the European Union*. Ed. Patterson B., 2001, p. 14

as found by Commission, it was necessary to take appropriate measures to remove, or at least reduce the tax obstacles which create problems on different levels.³

Nonetheless, the Commission also had to take into considerations the possible implications of any proposed measure. Thus, some of the following risks weighted against expected benefits were:

- the risk that savings will be shifted to banks and other financial institutions in third countries;
- the possible loss of business for Community banks and financial institutions.⁴

As found by the Commission in the aforementioned communication, merely measures taken on the national level would not be enough to mitigate distortions on the common market. Thus, certain level of coordination was proposed.

First of all, the Commission found the necessity of the common information system, in the meaning of the requirement of banks to disclose relevant information to the tax authorities. In fact, this was an early idea of the “exchange of information”. However, at that stage such a measure clearly could not obtain necessary support. Apparently, it took around two decades before this measure was accepted as a main system, although still complemented by withholding taxes in some countries. In the same communication the Commission stressed that it realized the importance of bank secrecy, especially in those countries where it has a long tradition, however, the Commission encouraged all of the countries willing to participate in such a system to enter the adequate bilateral or multilateral agreements.

The second measure, expressly proposed by the Commission, was the common system of withholding tax on interests from personal savings. The tax rate proposed was 15%, which was considered to be an average at that point of time within the Community. Eurobond market was expressly excluded from the proposal. It was found that, in a case that Eurobond market were taxed, Community issuers of bonds would “move” to third countries, and issue bonds via their eventual subsidiaries in such countries. Furthermore, in the same case, nothing would stop the European investors from moving their assets elsewhere too.

Thirdly, the Commission stressed that any sort of restriction in communication between national tax authorities which stems solely from an administrative practice should be completely abolished. Furthermore, it has been realized that the Communities have to cooperate broadly on the international level, if they tend to eliminate the problem of tax evasion. Consequently the Commission stressed the importance of opening negotiations with the international community in order to tackle this issue.⁵

³ Communication from the Commission to the Council No 89/60, 8th February 1989, *Proposal for a Council Directive on a common system of withholding tax on interest income*, 1989, p. 3

⁴ *Ibid.* p. 3

⁵ *Ibid.* p. 3

The Commission ultimately concluded its communication with two proposals. Namely, it proposed introducing a general withholding tax system, as well as more effective cooperation between national tax authorities, in order to fight tax evasion more efficiently. However, the proposal failed to acquire necessary support of the Council.

2. Rudding report

On the 25th October 1990 the Commission gave mandate to Mr. Onno Ruding to investigate the implications of tax divergence between Member States on the market of European Communities. The so-called “Rudding committee” was appointed to provide answers on the following questions:

- a) Do differences among Member States cause major distortions in the internal market, particularly with respect to investment decision and competition?
- b) In so far such distortion arise, are they likely to be eliminated through the interplay of market forces and tax competition between Member States, or is action at the Community level required?
- c) What specific measures are required at the Community level to remove or mitigate these distortions?⁶

It should be noted that the Committee found principal differences in the area of tax treatment of cross-border income flows. According to the notion of the Committee, these differences were, among the others, main reasons for bias against inward and outward direct investments.

The empirical survey of the Committee provided significant evidence of allocation distortion, as a direct consequence of taxation inconsistency. The difference, it was proved, influenced the investment decisions of large multinational corporations at the appreciable level, thus, creating distortions in competition in the financial sector of the Community. Even though the evidence was strong enough to generally prove high scale of the distortions, it was not possible to quantify with appreciable certainty its impact on investment decisions⁷.

Even though it has been observed that Member States converged to some extent respective tax systems by means of unilateral measures, the wide differences in tax regimes were still remaining at the time in question. In addition, the Committee found it unlikely that the divergence would be repealed by merely unilateral action. Therefore, the conclusion was drawn in favor of coordinated action on a Community level. However, in considering what measures to recommend, the Committee have taken into consideration all of the factors which, at the time being, argued in favor of

⁶ EC - Commission, *Conclusions and recommendations of the Committee of Independent Experts on Company Taxation*, Ed. Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 1992, p. 9

⁷ *Ibid.* p. 5

limiting harmonization to a minimum necessary to remove distortions. In particular, some of the considered factors were as follows:

- the fact that national governments of Member States wished to retain power and flexibility over direct taxation as much as possible;
- the principles of proportionality and subsidiarity;
- the need for unanimity on tax matters.

Consequently, the Committee proposed immediate adoption of the draft directive which would aim at abolishing withholding taxes on interests. Moreover, the directive, in the Committee's view, should apply to all such payments between enterprises within the Community.⁸

3. "Coexistence" phase

The Commission's proposal for adopting a directive which would introduce common withholding tax system on a Community level failed to reach unanimity before the Council. Therefore, the proposal has been withdrawn and, at the same time, a new proposal has been presented.

The new proposal basically introduces a concept which differs from the previous; a "Coexistence model". Coexistence principle would allow Member States to, when implementing the directive, freely choose between two principal options. Namely, Each Member State would either apply a withholding tax, or provide critical information about the income from savings to other Member States. The advantage of Coexistence model, as seen by Commission at the time being, was the possibility for Member States to remain flexible and free to choose the most suitable measure, even though the spectrum of options was limited.⁹

Additionally, it should be noted that even Member States which would adopt withholding tax method would still be encouraged to implement information exchange measures. Moreover, it seems that the information exchange system was preferred, even though it was likely to expect the resistance of some of the Member States.

Throughout the years, the idea of information exchange have been evolving, and with a good reason. Among other factors, it seems that information exchange system reconciles two opposed aspirations, i.e. source-based taxes and residence-based taxes. Due to quite obvious reasons, every Member State aspires to have as wide tax base as possible, which consequently leads to residence-based taxes. However, from the administrative and cost-benefit point of view, source-based taxes are much easier to implement, therefore, less costly than former, but those taxes do not generate revenue for capital-exporting countries. Information exchange system lowers the administrati-

⁸ *Ibid.* p. 5

⁹ Communication from the Commission to the Council No 98/295, 20th May 1998, *Proposal to ensure a minimum of effective taxation of savings income in the form of interest payments within the Community*, 1998, p. 3

ve cost for capital-exporting Member States to tax income accrued in other Member States, as opposed to the withholding tax system.

The scope of the directive has been limited to interest paid in each Member State to individual residents in another Member State. This scope covers all cross-border payments of interest to individuals within Community.

As regards to the tax rate, it was noted that a balance had to be found. Commission feared that, in a case of a tax rate set to high, the capital would move out of Community with a rapid pace. From the other hand, too low withholding tax rate might stimulate individuals not to declare their income which originates from a cross-border interest payment. This way, their income would be subject only to a withholding tax which rate might be much lower than in their country of residence.

Finally, it was decided that a balanced tax rate should amount to 20%, with a possibility of avoiding such taxation. Namely, in a case that an individual would prefer its interest income to be taxed in the Member State of residence, it would merely need to present a certificate that it has declared the interest payment as its income for the purposes of taxation in the Member State of residence.¹⁰

The final novelty of the proposal from 1998 was an official recognition of a necessity to spread the basic principles of the directive as wide as possible. In order to preserve the competitiveness of European financial markets, it would be mandatory to negotiate the application of the basic principles by the main third country commercial partners. Moreover, Member States with dependent territories would have to ensure the equivocal application of the directive in those territories, due to the same aforementioned reasons.

4. Shift of paradigm – information exchange

The Commission's proposal from year 2001 essentially differentiated from its ancestor from 1998. Namely, the former proposal was based on the Coexistence principle. However, the proposal failed to achieve required unanimity in the Council. Consequently, the former proposal was withdrawn, and at the same time a new one has been presented.

During the preparatory consultations and meetings it was realized that, in order to prevent erosion of a tax base, it would be mandatory to spread the application of core principles outside of Community.

Therefore, it was agreed that as soon as the Council had reached the agreement on the substantial level of the Directive (and even before its adoption) the Presidency and the Commission would immediately start negotiations with the US and key third countries (Switzerland, Liechtenstein, Monaco, Andorra and San Marino) to promote the adoption of equivalent measures in those countries. Apart from the third countries, Member States with dependent territories expressed a will to promote the adoption of the same measures in those countries.

¹⁰ *Ibid.* p. 7

As a result of a European Council meeting on 19-20th June 2000, Member States have reached a consensus about information exchange system, as an ultimate goal of European Union. Additionally, Member States agreed that only a limited number of Member States would apply a transitional withholding tax, and only for a limited time period. The Member States in question agreed to shift to exchange of information, as soon as certain conditions are met, however, not later than seven years after entry into force of the directive.¹¹ Member States which apply withholding tax are obliged to transfer 75% of the revenue collected to the Member States of residence of the investor.

Austria, Belgium and Luxemburg are no exceptions from information exchange by a mere chance. Those three countries with a strong banking secrecy tradition strongly opposed to the idea of sharing relevant information. In order to preserve the proposal, Commission had to allow Austria, Luxembourg and Belgium to apply a withholding tax (initially at 15%, now 20% and rising to 35% in 2011).¹²

II. DIRECTIVE AT A GLANCE

In the following section I will provide a general insight into the Directive, in particular, goal of the directive, scope of application, as well as the main definitions.

A. Aim of the directive

As stipulated in the recitals of the Directive, in the absence of any coordination of taxation of cross-border interest payments, individual residents of Member States are certainly in a position to avoid any taxation of such an income. In principle, there should be no need for a Directive on personal savings income. A taxpayer in one Member State who receives interest from some asset in another Member State is already required to declare such an income to national tax authorities. In practice, it is quite enough for an individual resident to merely fail to declare the income, and the lack of information would prevent tax authorities of Member State of residence to apply appropriate tax. As well observed by the Ridding Report: “the free movement of capital... together with the existence of bank secrecy... will increase potential for tax evasion by individuals.”

The directive aims to enable savings income in the form of cross-border interest payments to be made subject to effective taxation. The cross-border element means that the interest, based on a debt claim, arises, becomes effective and it is paid by a paying/economic agent in one Member State to the beneficial owners resident in

¹¹ Communication from the Commission to the Council No 2001/0164, 18h July 2001, *Proposal to ensure a minimum of effective taxation of savings income in the form of interest payments within the Community*, 2001, p. 2

¹² Investors Offshore, “The EU Savings Tax Directive”, http://www.investoroffshore.com/html/specials/012011_eu_savings_tax_directive.html

another Member State.¹³ By applying effective taxation, the directive aims to remove potential for distortion of Community's internal market.

B. Scope of the Directive

Article 1 of the directive roughly sets out material scope of application. By stipulating the aim of the Directive, it provides that the Directive would apply in cases of a cross-border interest payment.

However, Personal scope of the Directive limits its application only to such payments made to individual investors, i.e. natural persons. Nonetheless, this Directive imposes certain obligations to paying agents as well, thus including them into personal scope of application.

As for the territorial scope, it is worth noting that Commission was eager to extend application of the Directive not only to all of the Member States, but also to dependent Member States territories as well as other jurisdictions. The "exporting" of the Directive, though clearly justified, evidently contrasts other pieces of Community legislation, which, in some cases, do not even apply to all of the Member States. Therefore, the Directive applies in:

- all EU member states;
- dependent or associated territories of EU member states, being Anguilla, Aruba, British Virgin Islands, Cayman Islands, Gibraltar, Guernsey, Jersey, Isle of Man, Montserrat, Netherland, Antilles, and the Turks and Caicos Islands;
- other jurisdictions that have agreed to participate are Andorra, Liechtenstein, Monaco, San Marino and Switzerland;
- Singapore, Hong Kong, Macao, Bermuda and Barbados have been asked to participate and have so far declined.

Temporal scope, however, is determined by entry into force of the Directive, and it applies to all interest payments made after its entry into force, with one significant exception ('grandfathering' bonds). The Directive was approved in 2003. and it entered into force on the July 1st 2005.

C. Definitions

The Directive provides definitions of beneficial owner (Art. 2), of paying agent (Art. 4), of competent authority (Art. 5), of interest payment (Art. 6).

1. Beneficial owner

Beneficial owner is an individual who receives an interest payment, or for whom the interest payment is being secured, unless she/he provides evidence that it was not received nor secured for hers/his own benefit. In other words, beneficial owner is a

¹³ Directive 2003/48/EC from the Council, of 3rd June 2003, on taxation of savings income in the form of interest payments, Official Journal of the European Union no. L 157/48, of 26th of June 2003, p. 39

natural person as well as the last link in the chain of interest payment. Conversely, if a natural person receives an interest payment but merely as an intermediary, she/he will be regarded to be a paying agent, but not a beneficial owner.

Moreover, the cross-border element must be fulfilled. Consequently, the Directive applies to any individual who is resident in one EU country who has interest paid to or secured for them in another EU country or participating state.

It should be noted that the crucial criterion for application of the Directive is residence. Namely, the Directive does not apply to persons resident outside the Member States or the Crown Dependencies of the UK. In other words, EU nationality does not have any significance for application of the Directive, therefore, even EU Nationals would be out of the scope of application in a case they are not residents of any of the Member States or the dependent territories. Finally, any new countries joining the EU will be obliged to apply the Directive, thus their residents will be under the scope of the Directive as soon as those countries accede the EU.¹⁴

2. Paying Agent

The Directive defines ‘paying agent’ as any economic operator who pays interest to or secures the payment of interest for the immediate benefit of a beneficial owner. It is irrelevant if an economic operator is a legal or natural person. Furthermore, it is of no significance if an economic operator is a debtor of the debt claim or merely charged by the debtor or the beneficial owner in questions.

There are a few good reasons to separate the function of paying agent and the attribute of a debtor. For starters, the Commission aimed to widen the scope of application of the Directive. Namely, this particular solution (i.e. separation of functions) provides for the applicability of the Directive in such situations where the debtor is located outside of the Community. For example, if a debtor, resident outside of EU, charges an economic operator, resident of a Member State A, to act as an intermediary for the purpose of the payment of the main debt and/or interest to an individual investor who is resident of a Member State B, the economic operator in question would be deemed to be a paying agent for the purposes of this Directive. Practically speaking, the economic operator would be obliged to apply the Directive which imposes upon the paying agent some obligations. Another reason for this division of function is certainly the administrative costs which have to be borne by a paying agent. Indeed, it would be irrational to expect from merely any debtor to be obliged and able to apply provisions of the directive. Would that be a case, investors would have an additional burden, which, on the long run, might lower incentives for investment at a certain extent. Conversely, the paying agent can check, using simple procedures and at little

14 *Op.cit.*

cost, whether the interest is paid to an individual, and to request a proof of residence for tax purposes.¹⁵

In order for an economic operator to be qualified as a paying agent it is necessary that the economic operator represents the last link in the payment chain before the relevant payee or residual entity. It should be noted, however, that economic operators which are included in the in the payment process are not regarded as effecting the payment if their role is merely passive, or auxiliary. The former situation is possible in a case where an economic operator acts on instructions from others, whereas the latter exists in a case that economic operator provides services in order to assist the paying agent. For example, a bank does not make a payment by merely issuing or sending a cheque, or arranging for the electronic transfer of funds on behalf of one of its customers.¹⁶

The qualification of a paying agent is important due to the obligations that the Directive imposes on it. Namely, the paying agent is in any case obliged to collect at least some minimum information, as provided by Art. 8. In addition, the paying agent might be obliged to either disclose relevant information to competent tax authorities or apply a withholding tax, depending on the system which a Member State of residence of the paying agent applies. If a paying agent is located in Austria, Belgium or Luxemburg, it would be obliged to apply withholding tax, unless the beneficial owner authorizes the agent to disclose relevant information to competent authorities. Likewise, if a beneficial owner provides a certificate, issued by tax authorities of Member State of its residence, which proves that it has declared the interest in question as a taxable income, paying agent would not apply withholding tax.

3. Interest payment

The Directive defines interest as “interest paid or credited to an account, relating to debt claims of every kind, whether or not secured by mortgage and whether or not carrying a right to participate in the debtor’s profits, and, in particular, income from government securities and income from bonds or debentures, including premiums and prizes attaching to such securities, bonds or debentures; penalty charges for late payments shall not be regarded as interest payments.” This definition corresponds to the OECD definition of interest. However, the Directive adds three more categories to the OEC definition and is therefore somewhat broader than the international definition of interest payments.¹⁷

¹⁵ Communication from the Commission to the Council No 98/295, 20th May 1998, *Proposal to ensure a minimum of effective taxation of savings income in the form of interest payments within the Community*, 1998, p. 4

¹⁶ *Op.cit.*

¹⁷ Hemmelgarn, Thomas and Nicodeme, Gaetan, *Tax Co-Ordination in Europe: Assessing the First Years of the EUSavings Taxation Directive* (June 2009). CESifo Working Paper Series No. 2675. Available at SSRN:<http://ssrn.com/abstract=1434293>

There are four main categories of savings income under the scheme:

- interest paid out on debt-claims or credited to accounts;
- interest rolled-up and paid out when a debt-claim is repaid or sold;
- distributions made by certain unit trusts and other collective investment funds

which have invested more than 15% of their investments in debt-claims;

- accumulated income paid out when units in certain collective investment funds that have invested more than 40% of their investments in debt-claims are redeemed or sold.

Most other types of income (for example, dividends on ordinary or preference shares of companies, salary and pension payments) fall outside the definition and are therefore outside the scope of the STD. Some specific types of payment which do not qualify are as follows:

- payments under contracts for differences;
- manufactured payments arising during stock loans or under sale and repurchase agreements (including where the underlying security is a money debt);
- debts which do not arise from a transaction for the lending of money (for instance where there is a late payment and compensation interest is paid);

- 'Grandfathered bonds'. Certain negotiable debt securities are not treated as money debts if they meet certain conditions for the duration of a transitional period which will end no later than 31st December 2010. These securities ("grandfathered bonds") do not then count as money debts for all purposes of the regulations: interest, premiums and discounts derived from these bonds are not savings income; and investment in these bonds does not count when deciding whether the thresholds which determine whether income from certain collective investment funds is savings income have been passed. A security is a grandfathered bond if it was first issued before 1 March 2001 or the prospectus was first approved by the appropriate regulatory authority before that date, and no further issue was made on or after 1 March 2002. If the bond is a government bond (or issued by a related public authority or an international organization and a further issue is made on or after 1 March 2002, the whole of the issue (whether made before, on or after 1 March 2002) is not a grandfathered bond. The whole issue of the bond is a money debt. If the bond is issued by another type of issuer (e.g. a commercial company) and a further issue is made on or after 1 March 2002, only the part of the issue made on or after 1st March 2002 is not a grandfathered bond. This part of the bond issue is treated as a money debt; the rest of the issue (made before 1 March 2002) is not a money debt;

- distributions and other payments derived from funds which are not UCITS or elective UCITS are not reportable as savings income under the regulations. A UCITS is an 'undertaking for collective investment in transferable securities' authorized in accordance with the UCITS Directive. Non-EU funds may or may not be UCITS depending in a complex way on their nature. Even when a fund is a UCITS,

its distributions are only taxable under the STD when the 15% threshold for income from money debts is breached.¹⁸

4. Competent authority

Competent authorities are tax authorities of concerned Member States of residence of both beneficial owner and a paying agent.

D. The two regimes of the Directive

The countries or territories applying the Directive apply one of the two regimes, an information exchange regime, or a withholding tax regime. However, in a case of some countries applying withholding tax, the beneficial owner may opt for information exchange. In this way, the beneficial owner would avoid taxation in accordance with rules of the Member State where she/he is not resident.

However, it seems that this possibility of choice for a beneficial owner is more apparent than real in most cases, since it depends on the willingness of a financial institution to provide for such a choice, and many banks may not wish to have an additional administrative work than necessary to implement information exchange.

1. Information exchange

When the Commission started proposing the initial versions of the Directive, information exchange have been viewed as hypothetical, yet not quite probable solution for tax coordination. Initially, withholding tax was a more favorable option, even though early versions of the Directive failed to acquire unanimous support in the Council. Over time, the position of the Commission had changed, thus there was a phase where both solutions were regarded as equally desirable ('coexistence' model).

The latest developments, as well as the current version of the Directive, clearly indicate that withholding tax is but a transitory solution, whereas information exchange is an ultimate goal of the Union in the area of savings taxation.

Over the past decade, the opportunities to evade taxes on foreign income have increased dramatically. One particular problem is that the existence of a bank account in country B owned by a resident of country A is usually not known by the tax authority of country A. This leaves it entirely in the control of the individual to decide whether she/he wants to report the income paid on this account in her/his annual tax return. As a result the temptation to use offshore secrecy jurisdictions to evade tax has been substantially increased. The price of tax evasion is paid by honest tax payers and citizens with low incomes, who do not have the possibility to accumulate savings outside their home country.

Automatic tax information exchange aims to rectify this situation by requiring country B's bank to report to its tax authority the interest paid on the account of the citizen of country A, and in a second step to transfer this information to the tax aut-

¹⁸ *Op.cit.*

hority of country A. This information can then be checked for accuracy against the tax return submitted by the taxpayer.¹⁹

The majority of Member States prefer information exchange disclosure. In specific, this system enables them to tax the interest payments accordingly to their self-determined tax rates. In addition, the information collected in a such way might also be used to track the origin of the capital, to combat money laundry, as well as for other similar purposes.

Information exchange scheme works in a simple way; after the maturity period the paying agent pays the gross amount of interest to the beneficial owner (no tax deducted). In return, the paying agent requires beneficial owner to provide sufficient information, in compliance with the provisions of the Directive. Paying agent then discloses relevant information to the competent authorities of its own Member State of residence, whereas the latter contacts and transposes this information to the tax authorities of the Member State where beneficial owner is resident for tax purposes. The latter tax authorities are supplied with sufficient information, thus are able to apply national tax rates.²⁰ The information has to be provided automatically at least once a year and within six months after the end of the fiscal year of the Member State of the paying agent.

As indicated earlier, Austria, Belgium and Luxembourg did not agree to reveal information until USA and Switzerland conform. As a result, till this time, they will get information from the other twelve Member States, but they themselves will apply a special withholding tax under this directive.

2. Withholding tax

Under the withholding tax scheme, paying agents automatically deduct tax from interest and pass it to their local tax authority. According to the Directive, the local tax authority is entitled to keep 25% of the total amount collected, and remits the remaining 75% to tax authorities of beneficial owner's Member State of residence. The receiving country gets a bulk payment, without any information about the individuals covered and taxed under the Directive. The rates of withholding tax are 15% from July 2005, 20% from 1st July 2008, and 35% from July 2011.

In the three Member States which will apply a withholding tax, the Directive specifies that they also need to provide one or both of the following procedures in order to ensure that a relevant payee may request that no tax be withheld:

- a procedure which allows the relevant payee expressly to authorize a paying agent to report information to his Member State of residence; and/or

¹⁹ Meinzer M., *Briefing paper on EU-savings tax directive and automatic tax information exchange*, www.taxjustice.net/cms/upload/pdf/EUSTD-TJN-Briefing_-_JAN-2011.pdf

²⁰ Ashta, Arvind, *The EU Savings Directive (ESD): Taxation of Savings Income in the Form of Interest Payments* (2003/48/EC, June 2003) (January 31, 2007). Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1293191>

- a procedure which ensures that withholding tax is not levied where a relevant payee presents to his paying agent a certificate drawn in the name of a competent authority of his Member State of residence.²¹

These two options are significantly different. The first option ensures that the correct tax should be paid by the resident of a country in that country. The second option ensures only that a withholding tax is paid, which is likely to be lower than the full liability due in the recipient's country of residence.

In addition, part of the benefit also goes to the country where the account is held, rather than that in which the recipient resides. For these reasons, the second option is not an effective measure to stop tax evasion, and has only been accepted as a temporary measure by the EU, which does eventually need to eliminate this option if the prevention of tax evasion is its objective.

III. CHALLENGES AND SOLUTIONS

This final section will present some of the current problems of the directive, as seen by some of the experts from this field. In addition, II shall reflect upon some of the officially proposed solutions, aimed to deal with the limitations.

A. Problems with the Directive

The directive is a result of long lasting negotiations. Being so, it was bound to have some limitations as a result of a political compromise between Member States. The directive's current limitations are fourfold.

Firstly, only interest payments are covered, leaving out dividends and royalties. The most obvious target investments for EU residents, after adoption of the Directive, are 'grandfathered bonds', excluded investment funds (i.e. not caught by the 15% or 40% debt thresholds), various types of offshore life assurance-based product, and equities or their derivatives. In specific, Tina Klautke and Alfons J. Weichenrieder concluded:

"...the directive has left one explicit loophole by providing grandfathering (exemption from withholding tax) for some securities. In this paper we have compared the pre-tax returns of these exempt bonds and comparable taxable bonds. If working around the Savings Directive is difficult for tax evaders in Europe, then investors should be willing to pay a premium for bonds that are exempt from the withholding rate. Conversely, if such a premium is absent, then we may conclude that the supply of existing loopholes (exempt bonds included) is large enough to allow tax evaders to continue evasion at negligible additional cost. The findings of our study are in line with this latter interpretation. This suggests that, at least so far, the Savings Directive is only a minor hassle for European savers looking for ways to work around interest income taxation. This stands in striking contrast to the considerable bureaucratic and political efforts that have been exerted to introduce the measures taken. As a caveat,

²¹ *Op.cit.*

it should be noted that grandfathering will end at December 31st, 2010. At least, this will close the loophole that has acted as a litmus test in the present study.”²²

Second, only payments to individuals (or natural persons) are covered. Legal entities whose profits are taxed under the general arrangements for business taxation and similar entities (e.g. companies, partnerships and limited partnerships) are not relevant payees and payments to such persons fall outside the scope of the Directive. Trusts and foundations are equally exempt in most territories.

Third, it is limited geographically to the EU, although equivalent measures have been established in separate treaties (multilateral or bilateral) with 15 additional jurisdictions enjoying close ties to the EU. These additional jurisdictions are comprised of five third countries (Andorra, Liechtenstein, Monaco, San Marino, Switzerland) and ten dependent and associated territories (Aruba, Anguilla, Guernsey, Jersey, the Isle of Man, Cayman Islands, British Virgin Islands, Netherland Antilles, Montserrat, Turks and Caicos Islands). It is therefore clear that investors will still be able to evade taxes by shifting their funds to banks and other intermediaries located in tax havens and financial centers that do not fall under the scope of the directive and its related agreements. Hence, these jurisdictions do not ensure either a minimum level of taxation or an exchange of information on income paid to nonresidents.

The most frequently-mentioned examples are Hong Kong, Dubai, Panama, Singapore, and Macao. Tax evasion by using financial intermediaries that reside in these countries can be relatively easy.²³

Fourth, Luxembourg and Austria negotiated a transitional exclusion from the automatic information exchange process by substituting a withholding tax of currently 20% (from July 2011 it will be 35%) on the interest payments to the concerned non-residents. They share the revenue with the country of residence of the account holder, with the latter receiving 75 percent of the total. The same withholding tax provision has been agreed with eleven of the 15 non-EU jurisdictions, including Switzerland, though this agreement is not considered transitional.

Consequently, by using these loopholes, the Directive may be circumvented by:

- placing the funds on deposit in the name of a company with a limited liability;
- by transferring the sums on deposit into a trust or foundation. In these arrangements the funds on deposit are usually held by professional nominees on behalf of the beneficial owners. These arrangements are not covered by the Directive;
- moving the investment out of cash and into any other form of investment e.g. shares;
- putting the investment into an insurance “coat” or “wrapper”;

²² Klautke, Tina and Weichenrieder, Alfons J., *Interest Income Tax Evasion, the EU Savings Directive, and Capital Market*

²³ Hemmelgarn, Thomas and Nicodeme, Gaetan, *Tax Co-Ordination in Europe: Assessing the First Years of the EU Savings Taxation Directive* (June 2009). CESifo Working Paper Series No. 2675. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1434293>

- moving the sum deposited to a non-participating location such as, for instance, Singapore or Dubai.²⁴

B. The Savings Directive in perspective

A review of the directive in 2008 highlighted the weaknesses, revealing changes in the pattern of investments in response to the directive. There was a relative flight away from debt securities (interest bearing instruments, such as bonds, obligations) towards equity securities (shares, stock). This switch was probably at least partly motivated by attempts to avoid the directive.²⁴ The second observable reaction was a geographical displacement of funds to jurisdictions beyond the scope of the directive. In reaction to this, a proposal for a revised directive was submitted by the European Commission to the EU-Council in November 2009. This proposal addresses two out of the four limitations, those relating to legal entities and those relating to geographical scope.

Namely, as noted by the EU Council, the Directive 2003/48/EC has proven effective during its first three years of application, within the limits set by its scope. However, it appears from the first Commission report on its application that it does not fully measure up to the ambitions expressed in the conclusions adopted by the Council in 2000. In particular, certain financial instruments which are equivalent to interest-bearing securities and certain indirect means of holding interest-bearing securities are not covered.

Finally, it should be noted that there is a political will to bring the changes into the current Directive. Some of the proposed changes are as follows:

- introduction of “look-through” approach:

“...directive 2003/48/EC applies only to interest payments made for the immediate benefit of individuals resident in the European Union. These individuals may thus circumvent Directive 2003/48/EC by using an interposed entity or legal arrangement, especially one established in a jurisdiction where taxation of income paid to this entity or arrangement is not ensured. Having regard also to the anti-money laundering measures laid down in Directive 2005/60/EC of the European Parliament and of the Council of 26 October 2005 on the prevention of the use of the financial system for the purpose of money laundering and terrorist financing⁶, it is therefore appropriate to require paying agents to apply a “look-through approach” to payments made to certain entities or legal arrangements established or having their place of effective management in certain countries or territories where the Directive or measures to the same or equivalent effect do not apply. They should use the information already available to them about the actual beneficial owner(s) of such entities or legal arrangements to ensure that the provisions of Directive 2003/48/EC are applied when the beneficial owner so identified is an individual resident in a Member State other than the one where the paying agent is established. In order to reduce the administrative

²⁴ Council of the EU, Inter-institutional file No: 2008/0215, 25th November 2009, Brussels, p. 4

burden on paying agents, an indicative list of entities and legal arrangements in third country jurisdictions concerned by this measure should be drawn up.”;

- widening the concept of a paying agent:

“...circumvention of Directive 2003/48/EC through artificial channeling of an interest payment via an economic operator established outside the European Union should also be avoided. It is therefore necessary to specify the responsibilities of economic operators when they are aware that an interest payment made to an operator established outside the territorial scope of Directive 2003/48/EC is made for the benefit of an individual, known by them to be a resident of another Member State and who can be considered to be their customer. In such circumstances, those economic operators should be considered to be acting as paying agents. This would also in particular help to prevent a possible misuse of the international network of financial institutions (branches, subsidiaries, associated or holding companies) to circumvent Directive 2003/48/EC.”;

- widening and clarifying the concept of interest payment:

“...it appears from the first report on the application of Directive 2003/48/EC that it may be circumvented by the use of financial instruments which, having regard to the level of risk, flexibility and agreed return, are equivalent to debt claims. It is therefore necessary to ensure that it covers not only interest but other substantially equivalent income. Similarly, life insurance contracts containing a guarantee of income return or the performance of which is at more than 40% linked to income from debt claims or equivalent income covered by Directive 2003/48/EC should be included in the scope of this Directive. The definition of interest payment should be clarified to ensure that not only direct investments in debt claims but also indirect investments are taken into account in the calculation of the percentage of the assets invested in such instruments. Furthermore, in order to facilitate the application by paying agents of Directive 2003/48/EC to income arising from undertakings for collective investment established in other countries, it should be made clear that the calculation of the composition of the assets for the treatment of certain income of such undertakings is governed by the rules laid down in the Member State of the European Union or of the European Economic Area in which they are established.”;

- proposals regarding investment funds:

“...as regards investment funds established in the European Union, Directive 2003/48/EC at present covers only income obtained through undertakings for collective investment in transferable securities authorized in accordance with Council Directive 85/611/EEC of 20 December 1985 on the coordination of laws, regulations and administrative provisions relating to undertakings for collective investment in transferable securities (UCITS)⁷. Equivalent income from non-UCITS falls within the scope of Directive 2003/48/EC only when non-UCITS are entities without legal personality and therefore act as paying agents on receipt of interest payments. In order to ensure the application of the same rules to all investment funds or schemes independently

of their legal form, the reference in Directive 2003/48/EC to Directive 85/611/EEC should be replaced with a reference to their registration in accordance with the law of a Member State or their fund rules or instruments of incorporation being governed by the law of one of the Member States. Furthermore, equal treatment should be ensured taking into account the Treaty on the European Economic Area. As regards investment funds not established in a Member State of the European Union or of the European Economic Area, it is necessary to make clear that the Directive encompasses interest and equivalent income from all those funds, irrespective of their legal form and of how they are placed with investors.”²⁵

²⁵ Council of the EU, Inter-institutional file No: 2008/0215, 25th November 2009, Brussels, page 6.

Ivan Rašić, Teaching Associate
Faculty of Law, University of Niš

**EU SAVINGS TAX DIRECTIVE
- DEVELOPMENT AND CHALLENGES -**

Summary

Council Directive 2003/48/EC has been very significant for the European society, due to various reasons. One of them is certainly the fact that the Directive has been a major political break-through in the development of the Communities and the EU. Merely one decade ago the idea of abandoning the concept of banking secrecy was completely unthinkable, whereas today there is at least a vision of information circulation, for the purpose of combating tax avoidance. Additionally, the Directive has established a system of coordination between tax authorities of the Member States.

The importance of the Directive as well as of the matter it regulates is clearly demonstrated by the EU efforts made in order to introduce the application of this Directive in other jurisdictions.

However, it would be much more difficult from the political point of view to achieve that goal. Despite its significance, the Directive still has many limitations and loopholes which make possible for individual investors to circumvent its application. Some of the difficulties have been listed in one of the sections.

Finally, the possible solutions in order to remove the limitations are not so difficult to find.

However, the implementation of those solutions depends at a high level on the political will not only of the EU but also of other jurisdictions, relevant for the achievement of the desired effects of the Directive. The time will have to show how successful prospect negotiations are going to be in overcoming the differences between EU and its significant political partners.

Key words: *Council Directive 2003/48/EC, Savings Taxation Directive, Tax coordination, Ridding report, EU Savings taxation.*

СПОРАЗУМ О СЛОБОДНОЈ ТРГОВИНИ ИЗМЕЂУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ И РУСКЕ ФЕДЕРАЦИЈЕ¹

Апстракт: Споразум о слободној трговини између Републике Србије и Руске Федерације потписан је 28. августа 2000. године, и уз Протокол из 2011. године представља правни оквир преференцијалне трговинске размене између две земље. Споразум представља велику предност за домаће привреднике, с обзиром да је Република Србија једна од малобројних земаља које имају такав вид споразума са Руском Федерацијом. Русија је један од највећих спољнотрговинских партнера Србије, али могућности нису у потпуности искоришћене. Протоколом из 2011. године, којим је утврђена листа изузетака из режима слободне трговине, остварена је додатна либерализација, за око 99 одсто производа у извозу. Протокол предвиђа и јединствена правила порекла у односу на обе Стране уговорнице у међусобној трговини. Важан предуслов за пласман на руско тржиште је и усклађеност са строгим стандардима, што се потврђује ГОСТ-Р сертификатом. Русија је августа 2012. године постала чланица Светске трговинске организације, што не би требало да се формално одрази на Споразум о слободној трговини са Србијом, али ће практично довести српске извознике у позицију да се такмиче са привредницима из великог броја земаља који ће због смањених царина постати конкурентнији на руском тржишту. Са друге стране, евентуално чланство Србије у Европској унији условиће престанак примене Споразума о слободној трговини са Русијом.

Кључне речи: Споразум о слободној трговини са Руском Федерацијом; Протокол из 2011. године; изузеци од режима слободне трговине; правила порекла производа; квалитет производа; „ГОСТР“ стандард; Светска трговинска организација.

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, бр. 179046 који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

Увод

Споразум о слободној трговини са Руском Федерацијом предмет је честог помињања од стране званичника, стручне јавности, аналитичара и медија као предности у односу на остале земље и велика шанса за извоз српских производа на тржиште Руске Федерације и јачање српске привреде. Због тога је циљ рада да се научној, стручној, привредној али и широј јавности, представе карактеристике правног оквира трговинске сарадње са Руском Федерацијом. Назначајнији аспект те сарадње, барем за српске привреднике, је могућност преференцијалног извоза на руско тржиште, а који свој основ има у Споразуму о слободној трговини из 2000. године и Протоколу уз 2011. године.

Аутор има за циљ да представи правне погодности трговине са Руском Федерацијом, не улазећи у економске показатеље више него што је неопходно да би се разумео контекст.

Иако је сваки облик преференцијалне трговине између две или већег броја земаља готово увек одраз предуслова који се занимају на политичким односима између тих земаља, аутор те односе, као и своје судове о њима, оставља по страни, ограничавајући се на правне аспекте трговинских односа Републике Србије и Руске Федерације. Шири приступ би оптеретио рад и вероватно засенио оно на шта аутор жели да укаже у овом раду.

Такође, аутор сматра за неопходно да научна и стручна јавност непристрасним приступом указује на све правне и остале погодности које Република Србија ужива у својој спољнотрговинској размени. На тај начин би се унапредило знање шире јавности у погледу предности које су Републици Србији омогућене од свих земаља и територија са којима постоје закључени споразуми који омогућавају преференцијалну трговинску размену.

У раду се на почетку даје осврт на најосновније показатеље трговинске размене са Русијом, указује на потенцијале руског тржишта и економски значај Споразума о слободној трговини. Након тога следи приказ полазних одредби Споразума, као и права Страна уговорница да одступе од његових одредби и прибегну за примену заштитних мера. Посебна пажња је посвећена изузецима од режима слободне трговине, и с тим у вези се указује на протоколе уз Споразум који уређују, или су уређивали, то питање. Како су правила о пореклу производа од пресудног значаја за остваривање преференцијалног статуса производа, рад се бави и тим питањима, на начин на који су она уређена Протоколом из 2011. године. Својеврсну потпуност раду обезбеђује део који говори о стандардима у погледу квалитета производа, као обавезним условима за извоз на руско тржиште. На крају се анализирају могуће последице које на Споразум о слободној трговини може да изазове чланство Руске Федерације у Светској трговинској организацији, односно приступање Србије Европској унији.

1. Значај преференцијалне трговинске размене са Руском Федерацијом и руског тржишта за српску привреду

Руска Федерација (даље и: Русија) представља тржиште од преко 140 милиона становника, чији се стандард, услед константног привредног раста², стално повећава. То је условило и повећану тражњу за разноврсним производима, од којих се многи обезбеђују увозом. Република Србија (даље и: Србија), као традиционални политички и привредни партнер Русије у томе има велику шансу за извоз својих производа, и опоравак сопствене привреде.

Одлична билатерална сарадња Србије и Русије датира још из времена бивше СФРЈ и СССР-а. Тада се СФРЈ сматрала стратешким партнером СССР-а на Балкану. Током санкција домаће фирме су изгубиле позиције на руском тржишту, јер су њихово место заузела предузећа из других земаља, која на простору Русије већ годинама активно послују. То потврђује да је конкуренција врло снажна и да изгубљену позицију треба не само повратити, него потом и задржати. Потенцијали руског тржишта су огромни за наше произвођаче, па је настојање наших извозника да се врате на ово тржиште више него оправдано³.

Споразумом о слободној трговини са Руском Федерацијом из 2000. године и протоколима уз Споразум успостављен је правни оквир за динамичан развој привредних односа Србије и Русије, уз могућности за проширење. **Споразум је и један од најважнијих адута које Србија има у привлачењу страних улагања у односу на друге земље⁴, с обзиром да слободну трговину са Русијом, осим бивших совјетских република нема више ниједна земља на свету изузев Србије⁵ и Црне Горе (Црна Гора је наставила да примењује Споразум са Русијом након осамостаљивања 2006. године).**

2 Укупан домаћи производ (БДП) Русије је у 2011. процењен на 2.37 билиона америчких долара мерено паритетом куповне моћи (по тржишним ценама), по чему је она била шеста највећа привреда у свету, а сваки њен становник је у просеку имао 16.687 долара. Номинални БДП је у прошлој години процењен на 1.88 билиона долара по чему је Русија била девета највећа привреда у свету, а сваки Рус је у просеку имао 13.235 долара. Преузето са сајта: <http://rs.seebiz.eu>. Русија је једна од ретких великих економија која није доживела озбиљније последице велике светске економске кризе, која је почела 2008. године и још увек траје.

3 Преузето из документа «ГОСТ-Р стандарди», који се налази на сајту Регионалне привредне коморе Панчево. Цео документ је доступан на интернет адреси: www.rpkpancevo.com/akti/Tema21.pdf.

4 Више о економским погодностима Споразума о слободној трговини са Русијом видети на сајту: <http://glassrbije.org>.

5 Руска Федерација преференцијалне трговинске односе скоро искључиво је развијала са земљама Заједнице независних држава (ЗНД). У два таласа 1998. и 2005. године, у склопу преговора по другим економским питањима, ЕУ је започињала разговоре са Москвом који би се могли сматрати и покушајима за успостављање зоне слободне трговине, али практични кораци нису уследили. И *EFTA* земље су нешто слично наговестиле 2007. године, али су

О значају Русије као спољнотрговинског партнера Србије говоре подаци о трговинској размени две земље. Русија је шести извозни партнер Србије са учешћем од 7 одсто, а први у увозу са уделом око 13 процената⁶. Спољнотрговинска размена две земље бележи константан раст, и у 2011. години износила је укупно 3,3 милијарде долара, што чини раст од 22 одсто у односу на 2010. годину. Српски извоз на руско тржиште је у сталном порасту и у 2011. години износио је близу 800 милиона долара, што чини пораст од 16 одсто у односу на 2010. годину. Међутим на српској страни је присутан сталан дефицит у размени, пре свега због увоза енергената. Ипак, присутна је тенденција пораста покривености увоза извозом, који је у 2011. години износио 32 одсто⁷. На руско тржиште робу пласира 648 српских компанија, док увоз обавља 565 домаћих фирми⁸, уз повећање броја српских фирми које послују на тржишту Русије, посебно Москве и Санкт Петербурга, њеним највећим привредним центрима.

Када је у питању структура производа који су предмет трговинске размене, у Русију се из Србије највише извозе јабуке, бакарне цеви, подни покривачи, плоче и тапете, лекови, пнеуматске гуме, приколице, веш машине и акумулатори за клипне моторе. С друге стране, енергенти чине између 70 и 80 одсто српског увоза из Русије, а следе обојени метали и ђубрива. Извоз из Србије у Русију посебан раст бележи када је у питању храна, воће и поврће⁹. Велике могућности сарадње, осим у прехранбеној индустрији, налазе се и у металопрерађивачком сектору.

се даље активности у том правцу ве- зале за улазак Руске Федерације у СТО. Преузето са сајта Привредне коморе Србије: <http://www.pks.rs/PoslovnoOkruzenje.aspx?id=1157&p=0>.

6 Подаци преузети са сајта Републичког завода за статистику: <http://webzrzs.stat.gov.rs/WebSite>.

7 Преузето са сајта: <http://rs.seebiz.eu>.

8 Подаци преузети са сајта: <http://glassrbije.org>. У образложењу Предлога Закона о потврђивању Протокола из 2011. године уз Споразум о слободној трговини наводи се да се међу првих десет извозника на руско тржиште налазе: ТАРКЕТ Б. Паланка, ХЕМОФАРМ Вршац, ТЕТРА ПАК Београд, МОСКОМЕРЦ Београд, Новосадска фабрика каблова Нови Сад, ГОША ФОМ Смедеревска Паланка, МЕТАЛАЦ Г. Милановац, Научни институт за ратарство и повртарство Н. Сад, Фабрика бакарних цеви Мајданпек, ВОМЕХ EXPORT IMPORT Београд, МИН Холдинг Ниш. Првих десет увозника су: НИС, СРБИЈАГАС, ЛУКОИЛ - БЕОПЕТРОЛ, ИМПОЛ СЕВАЛ, Ваљаоница алуминијума, Севојно, ПЕТРОБАРТ, Београд, U.S. STEEL SERBIA, Смедерево, Фабрика бакарних цеви Мајданпек, НАФТА а.д. Београд.

9 У прошлој и првој половини 2012. године, из Србије је у Русију извезено више од 160.000 тона јабука, што је благи рекорд, према изјавама челника асоцијације "Плодови Србије". За Србију је ово добра вест, јер се одржава на овом тржишту, а из године у годину тај пласман је све квалитетнији. То се не односи само на финансијски аспект извоза, већ и на однос паковања, испоруке, континуитета и квалитета. Када је пре осам година почео извоз јабука за Русију, то се чинило као немогућа мисија, а сада се сваке године пласман повећава у рекордном износу. Преузето са сајта: <http://glassrbije.org>.

Иако су наведени показатељи орхабурујући за српску привреду, на великом руском тржишту има још пуно простора за српски извоз, па је са тим у вези преференцијални положај који Србија има на основу Споразума о слободној трговини погодност коју би привредници у Србији требало више да користе. Са друге стране, неопходно је познавање правног оквира преференцијалне трговине, а пре свега правила у погледу производа који су изузети од режима слободне трговине и правила о пореклу робе, јер су то основни правни предуслови за остваривање погодности које Споразум омогућава. Такође, неопходно је и познавање законодавства Русије у области обавезног квалитета и састава производа, односно регулативе која прописује неопходне стандарде производа за улазак на руско тржиште. У том смислу лежи и велика пословна шанса за домаће организације које врше контролу квалитета и које су овлашћене на издавање сертификата о усаглашености производа са стандардима које захтева руска регулатива.

2. Полазне одредбе и циљеви Споразума о слободној трговини са Руском Федерацијом

Споразум о слободној трговини потписан је 28. августа 2000. године, између Владе тадашње Савезне Републике Југославије и Владе Руске Федерације (даље и: Споразум), чиме је успостављена зона слободне трговине између потписница. Савезна Република Југославија је Споразум ратификовала 09. и 10. маја 2001. године¹⁰, док га Русија још увек није ратификовала. Међутим, то није представљало сметњу да се Споразум све време примењује од потписивања. Након раздруживања Србије и Црне Горе, обе државе су наставиле да са Русијом самостално примењују Споразум.

У Преамбули Споразума стране су **изразиле опредељење** да слободно унапређују и продубљују узајамну трговинско - економску сарадњу, да потврђују приврженост принципима тржишне економије, као основе трговинско - економских односа, да потврђују намеру да активно учествују и подстичу проширивање међусобно корисних трговинско-економских односа, и да стварају неопходне услове за слободно кретање роба и капитала у складу са важећим законодавством у свакој држави и са правилима Светске трговинске организације (СТО).

У чл. 1. Споразума наводи се да ће Стране уговорнице либерализовати међусобну трговину у складу са одредбама Споразума и одредбама СТО у циљу успостављања режима слободне трговине.

Као **циљеви споразума** наводе се:

а) проширење и подстицање међусобних трговинско-економских односа, усмерених на убрзање економског развоја две државе, побољшање услова

¹⁰ „Службени лист СРЈ“ - Међународни уговори, бр. 1/2001.

живота и рада, повећање запослености становништва, у области производње, постизања производне и финансијске стабилности две државе;

б) обезбеђивање услова за лојалну конкуренцију између привредних субјеката две државе;

в) хармонизација царинских процедура и начина примене правила о пореклу робе, која одговарају нормама међународне праксе и усаглашавање поступка контроле порекла робе од стране царинских органа две државе.

Увозне царине и остале дажбине уређене су чланом 4. Споразума којим су се Стране уговорнице обавезале да ће настојати да током петогодишњег периода предузму усаглашене мере за постепено укидање у међусобној трговини увозних царина, дажбина и других мера еквивалентног спољнотрговинског дејства за робу пореклом са царинских територија држава Страна уговорница.

Стране уговорнице су предвиделе и усаглашавање изузетака из режима слободне трговине, путем билатералних протокола који ће се потписивати сваке године.

Споразум у чл. 13. (ст.2. и 3.) предвиђа **слободу плаћања и кредитирања** ради покривања трговинских трансакција привредних субјеката две земље. Плаћања која се односе на трговину робом између привредних субјеката држава Страна уговорница и трансфер тих плаћања на територију једне од тих држава, на којој поверилац има седиште, **не подлежу ограничењима**. Стране уговорнице су се обавезале и да ће се уздржавати од административних ограничења приликом одобравања или отплате краткорочних или средњорочних кредита, који покривају трговинске трансакције привредних субјеката својих држава.

3. Општа изузећа и заштитне мере

Споразум у чл. 10 предвиђа општа изузећа од обавеза којима су се Стране уговорнице везале. Свака Страна уговорница има право да примењује **забрану или ограничење** увоза, извоза или транзита робе када је то оправдано са становишта морала, јавног поретка или државне безбедности, или ради заштите живота и здравља људи, животиња или биљака и животне средине, заштите националних богатстава уметничке, историјске или археолошке вредности, заштите интелектуалне својине или правила која се односе на увоз или извоз злата или сребра или очување исцрпљивих природних ресурса, када се такве мере реализују истовремено са ограничењима домаће производње или потрошње.

Наведене забране или ограничења **не смеју** представљати средство за намерну дискриминацију или прикривену рестрикцију трговине између Страна уговорница.

Претходно наведне одреднице члана 10. Споразума представљају одраз опредељења потписница да своје трговинске односе заснивају на праву СТО. Текст члана 10. Споразума је у духу чл. XX Општег споразума о царинама и

трговини (*GATT*) у систему Светске трговинске организације (СТО). Правила која прописује чл. XX *GATT* израз су принципа пропорционалности, који је као руководна идеја у међународној трговини своје правно утемељење у међународним трговинским односима добио управо кроз СТО, односно споразум *GATT* 1947 који јој је претходио¹¹.

Споразум (чл.14. и 15.) посебно уређује право Стране уговорнице да примењује **специфичне заштитне мере**¹², притом уређујући поступак за њихово увођење и примену. Као специфичне заштитне мере Споразум предвиђа: а) антидампиншке мере; б) компензаторне мере, и в) посебне заштитне мере у случају прекомерног увоза.

Обим и трајање примене наведених мера биће ограничени на оно што је **неопходно да би се отклонила штета**. Приликом избора мера, Стране уговорнице дају предност оним мерама које наносе **најмању штету постизању циљева Споразума**.

Поред наведених мера, Странама на располагању стоје још и мере у случају неиспуњења обавеза, као и мере заштите равнотеже платног биланса.

4. Изузеци од режима слободне трговине

Споразум прописује да се за робу, за коју се може доказати да је пореклом из једне Стране уговорнице **не плаћа царина** када је намењена за тржиште друге Стране уговорнице, осим ако није **изузета** из режима слободне трговине. Уз основни Споразум, уговорне Стране су истовремено потписале и **Протокол** о изузецима из режима слободне трговине, којим је била обухваћена листа производа на које се не односи либерализација, што је извесном смислу представљало ограничење режима слободне трговине.

Споразумом је било предвиђено да се у наредних пет година од његовог потписивања етапно елиминишу и преостале робе на листама изузетака из режима слободне трговине, али резултат у том смислу није постигнут све до 2009. године, када је Република Србија у трговинским преговорима са Руском Федерацијом постигла додатну либерализацију која је отпочела применом новог **Протокола о изузецима из режима слободне трговине**, потписаног 3. априла 2009. године¹³ (**Протокол из 2009. године**), којим је либерализована трговина

11 О принципу пропорционалности у праву СТО видети више у: П. Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010. стр. 152-174.

12 О заштитним мерама, условима и поступцима за њихову примену видети више у чл. 10. - 18. Споразума.

13 Закон о потврђивању Протокола објављен је у «*Сл. гласнику РС - Међународни уговори*», бр. 105/2009.

за око 95% производа¹⁴. Овим Протоколом, који је ступио на снагу одмах након потписивања, додатно је либерализован извоз свих лекова, кланичних производа, кондиторских производа и вина. Протокол обухвата и укидање царине на фрижидере, замрзиваче и остале уређаје за хлађење.

У међувремену је између Руске Федерације, Републике Белорусије, и Републике Казахстан дошло до успостављања Царинске уније (даље и: Унија), која је почела да функционише од 1. јануара 2010. године у оквиру Евроазијске економске заједнице¹⁵. Од 06. јула 2010. године је ступила на снагу јединствена царинска тарифа, а такође и јединствени систем нетарифног регулисања у оквиру Царинске уније. Такође, од 01. јануара 2012. године формиран је и јединствени економски простор Уније¹⁶.

Да би одржала Споразум о слободној трговини са Русијом, Србија је морала да усклади трговину са правилима новонастале Царинске уније. С обзиром да Царинска унија нема међународно-правни субјективитет, било је неопходно да Република Србија усклади трговину са сваком државом чланицом Царинске уније билатерално (у време почетка функционисања Уније, Србија је, осим са Русијом, имала потписан споразум о слободној трговини и са Белорусијом, али не и са Казахстаном). Сходно томе, Република Србија и Руска Федерација потписале су у Београду 22. јула 2011. године **Протокол о изузецима из режима**

14 У списку изузетака из режима слободне трговине при увозу у Србију остали су следећи руски производи: славине, вентили, котлови, резервоари, каце, трактори, осим оних из тарифног броја 8709, путнички аутомобили, осим оних из тарифног броја 8702, моторна возила за превоз робе.

При извозу у Русију изузеци из режима слободне трговине примењивали су се на следеће производе пореклом из Србије: живинско месо и отпаци, скроб, бели шећер, гликозни сируп, вино пенушаво, неденатурисани етил алкохол преко 80%, етил алкохол, неденатурисани етил алкохол мањи од 80% осим коњака и ликера у судовима већим од 2л, цигаре и цигарете, нека предива и тканине од памука, одређене врсте тепиха и подних покривача, специјалне тканине, компресори за расхладне уређаје, регистар касе, монитори и пројектори, трактори, осим т.б.8709, путнички аутомобили, осим т.б.8702, дрвени намештај за кухиње и спаваће собе.

15 Евроазијска економска заједница (рус. Евразийское экономическое сообщество, енгл. Eurasian Economic Community – ЕАЕС, EurAsEC) је основана Споразумом закљученим 10. октобра 2000. године у главном граду Казахстана, Астани. Циљ Заједнице је промоција успостављања царинске уније између чланица Заједнице и координисани наступ приликом интергисања у светску економију и међународни трговински систем. Чланице Заједнице су: Белорусија, Казахстан, Русија, Киргистан, Таџикистан. Узбекистан је био активни члан Заједнице, али је 2008. године суспендовао чланство.

16 Русија намерава да царинску унију прошири на друге државе. У том смислу, треба посматрати и потписивање Споразума о формирању зоне слободне трговине (*CISFTA*), 18. октобра 2011. године у Петербургу са Украјином, Казахстаном, Белорусијом, Јерменијом, Киргистаном, Молдавијом и Таџикистаном (тржиште од преко 200 милиона потрошача). Наведено у: Д. Мировић, *Кандидатура за ЕУ и Споразум о слободној трговини са Русијом*, Нова српска политичка мисао, инернет издање, чланак од 01. новембра 2011. године.

слободне трговине и правилима о одређивању земље порекла робе уз Споразум о слободној трговини (Протокол из 2011. године)¹⁷, којим је усклађен правни оквир билатералне трговинске размене Русије и Србије са правилима Царинске уније. Чланом 6. Протокола прописано је да ће се исти привремено примењивати од дана његовог потписивања. Тиме је и замењен претходни Протокол из 2009. године. Осим са Русијом, Србија је билатерално регулисала своју трговину и са остале две чланице Царинске уније¹⁸ и тиме заокружила усклађивање трговине са Унијом, што пружа велике могућности за повећање конкурентности наших привреда, повећање извоза и унапређење робне размене са тржиштем од око 170 милиона потрошача.

Структура Протокола из 2011. године састоји се, поред основног акта, и од **3 прилога**:

а) Прилог бр. 1 садржи списак производа који се из Републике Србије увозе у Руску Федерацију, а који потпадају под изузетке од режима слободне трговине;

б) Прилог бр. 2 садржи списак производа који се из Руске Федерације увозе у Србију, а који потпадају под изузетке од режима слободне трговине;

в) Прилог бр. 3 садржи правила о пореклу робе.

Осим производа садржаних у прилозима 1 и 2 Протокола, изузеци се, на основу чл.4. ст.2. Споразума о слободној трговини и чл. 1. Протокола, односе и на: а) производе на које се примењују извозне царине; б) производе на које се у складу са законодавством Руске Федерације о државном регулисању спољнотрговинске делатности истовремено примењују режим лиценци и квоте на дан регистрације царинске декларације.

Протоколом из 2011. године либерализовано је око 99% трговине са Руском Федерацијом¹⁹. Царина се приликом извоза робе у Русију плаћа само за

¹⁷ Закон о потврђивању Протокола донет је по хитном поступку, 18.октобра 2011.године, како би се трговина са све три државе чланице Царинске уније одвијала несметано и привредници Републике Србије што пре искористили погодности које доноси усклађивање трговине са Царинском унијом.

¹⁸ У Казахстану је 7. октобра 2010. године потписан Споразум о слободној трговини између Владе Републике Србије и Владе Републике Казахстан. Са Републиком Белорусијом је потписан Споразум о слободној трговини 31. марта 2009. године у Минску, а 15. јуна 2011. у Минску је потписан Протокол о измени и допуни Споразума, чиме је извршено усклађивање са правилима Царинске уније.

¹⁹ Јевгениј Кудинов, директор Трговинског представништва Руске Федерације у Србији који је у име Руске Федерације потписао Протокол из 2011. године, у изјави за Геополитику је потписивање овог документа оценио као велики успех који ће водити даљем унапређењу економских односа две земље. Кудинов је нагласио да ће формирање нове смањене листе изузећа из режима слободне трговине бити снажан подстицај српској привреди за извоз на руско тржиште. «Ово је посебно важно за српске произвођаче намештаја. Раније је без царине ишао углавном канцеларијски намештај, а сада без царинских оптерећења може да

један мањи број производа, и то: месо и јестиве отпатке од живине, поједине позиције сира, шећер, пенушаво вино, неденатурисан етил алкохол, цигарете, предиво од памука, тканине од памука, поједине позиције компресора, тракторе, путничке аутомобиле и употребљавана моторна возила.

У односу на спискове изузећа који су се примењивали приликом извоза из Републике Србије на територију Руске Федерације на основу Протокола из 2009. године, остварила се даља либерализација међусобне трговине за све тепихе и подне покриваче, намештај, регистар касе, мониторе и пројекторе, телевизијске пријемнике, скроб и гликозни сируп. Међутим, листа изузетака је у односу на поједине производе проширена, јер су неки производи који раније нису били на листи додати због Белорусије и Казахстана (ради јединственог приступа све три чланице Царинске уније) као што су: сиреви, разне гуме, памучне тканине, разне категорије моторних возила и др.

5. Правила о пореклу робе

Веома значајан аспект остваривања права на преференцијални извоз, поред међудржавног споразума који обезбеђује правни основ, представљају и правила о пореклу која утврђују услове који у настанку производа морају бити испуњени да би производ стекао преференцијални статус²⁰. Због тога, готово да сваки споразум о слободној трговини садржи и одговарајућа правила о пореклу производа.

Тако и Прилог бр. 3 уз Протокол из 2011. године («Правила о пореклу») садржи правила о одређивању земље порекла робе ради утврђивања права на преференцијални извоз. Чланом 5. Протокола стављен је ван снаге члан 7. Споразума који је упућивао на примену националних правила за утврђивање порекла робе ради примене преференцијала.

По први пут од почетка примене слободне трговине у односима између Србије и Русије, **јединствено су уређена правила на основу којих се утврђује и доказује порекло робе**²¹.

Производ стиче порекло Стране уговорнице, у смислу члана 2. Правила о пореклу:

- а) као потпуно добијен у Страни уговорници;

се извози комплетан намештај: спаваће собе, кухињски намештај, гарнитуре, регали, али и друга роба, пре свега подне облоге». Извор: сајт Московске банке: www.moskovskabanka.rs

20 Више о методама утврђивања порекла робе видети у: А. Ћирић, *Методи утврђивања порекла робе у спољнотрговинском промету*, Право и привреда Бр. 4-6 (2011), Удружење правника у привреди Србије, Београд 2011. стр. 718-731.

21 Пре потписивања Протокола из 2011. године, правила о пореклу била су одвојено регулисана, у односу на сваку Страну уговорницу.

б) као довољно обрађен или прерађен у Страни уговорници уз коришћење материјала (сировина, полупроизвода или готових производа) пореклом из других држава или материјала непознатог порекла, под условом да је у Страни уговорници прошао довољну обраду или прераду.

Потпуно добијени производи таксативно су набројани у члану 3. Правила о пореклу²².

Правила о пореклу робе, када треба утврдити да ли је производ приликом обраде или прераде стекао домаће порекло, заснована су на „*ad valorem*” принципу. Довољно обрађеним или прерађеним производима, у смислу члана 4. Правила о пореклу, сматрају се производи који су прошли обраду или прераду већу од поступака набројаних у члану 6. Правила²³ (поступци недовољне обраде или прераде) и код којих вредност употребљених материјала (сировина, полу-производа или готових производа) пореклом из других држава или материјала непознатог порекла није већа од 50 одсто вредности производа који се извози.

Вредност робе која се извози утврђује се на паритету франко-фабрика, док се вредност употребљених материјала страног порекла одређује на основу царинске вредности увезеног материјала страног порекла односно цене плаћене за материјал непознатог порекла.

22 Листа потпуно добијених производа унеколико се разликује од листа протокола о пореклу робе који се примењују са другим земљама (Пан-евро-мед правила). Робом потпуно добијеном у држави стране сматраће се: 1) рудна богатства извађена из земље, територијалног мора (вода) или морског дна државе те стране; 2) производи биљног порекла гајени и (или) убрани у држави страни; 3) живе животиње окоћене и узгојене у држави страни; 4) производи добијени у држави страни од тамо узгојених животиња; 5) производи добијени ловом и риболовом у држави страни; 6) производи морског риболова и други морски производи извађени ван територијалног мора државе стране, бродовима који су регистровани или се налазе на евиденцији у држави те стране и који плове под заставом државе те стране; 7) производи добијени на броду-фабрици искључиво од производа из тачке 6. овог члана пореклом из државе стране, под условом да је такав брод-фабрика регистрован или се налази на евиденцији у држави те стране и плови под њеном заставом; 8) производи извађени с морског дна или подземља ван територијалног мора државе стране под условом да држава те стране има искључива права на експлоатацију тог морског дна или подземља; 9) отпад и старо гвожђе (секундарне сировине) од производних или других поступака прераде; 10) високо технолошки производи добијени у отвореном свемиру на свемирским бродовима који припадају држави страни или које је она изнајмила (закупила); 11) роба произведена у држави страни од производа из тач. 1 - 10. овог члана.

23 Ови поступци унеколико се разликују од појма “недовољне обраде или прераде” из протокола о пореклу који се примењују на основу Пан-евро-мед правила. Ту пре свега спадају поступци за очување робе у добром стању за време складиштења или превоза, поступци припреме робе за продају и превоз (уситњавање партија, обликовање пошилики, разврставање, препакивање), поступци састављања и растављања амбалаже, прање, чишћење, уклањање прашине, премазивање оксидом, уљем или другим материјама и сл.

Чланом 5. Правила о пореклу прописана је могућност **дијагоналне кумулације порекла** са свим чланицама Царинске уније. Према Правилима, производ може стећи порекло Стране уговорнице уколико је произведен у њој, а садржи материјале пореклом из друге уговорнице или из земаља чланица Царинске уније (Белорусија и Казахстан) и уколико вредност материјала из осталих држава и материјала непознатог порекла није већа од 50 одсто цене производа на паритету франко фабрика. Такође, производне операције извршене у уговорници морају бити веће су од поступака наведених у члану 6. Правила о пореклу. На тај начин, а без обзира на билатералне уговорне односе које Србија има са земљама чланицама Царинске уније, омогућена је кумулација порекла са материјалима држава – чланица Царинског савеза у процесу производње извозног производа у Србији. Дијагонална кумулација порекла коју омогућава Протокол је од посебне користи за Србију и због тога што српско учешће у производу може да буде и мање од 50 одсто да би производ добио статус производа са пореклом²⁴.

Услов за примену преференцијала, у односу на обе стране, је **директна куповина**²⁵ и **директна испорука**. Примена преференцијала није могућа у случајевима постојања посредника (лица из треће државе) у спољнотрговинском промету робе према Споразуму²⁶. Режим слободне трговине примењује се под условом да су производи са пореклом **директно купљени** од лица које је прописно регистровано као привредни субјект у Странама уговорницама (појам “резидент” према члану 1. Правила о пореклу обухвата сва лица која подлежу опорезивању) и да се **директно испоручују** на територију Страна уговорница, при чему је допуштен прелазак преко територија других земаља као и привремено складиштење, претовар и сл. које је условљено географским, саобраћајним, техничким или економским приликама, под условом да се роба налази под царинским надзором. Посебним одредбама предвиђена је могућност одржавања правила директне испоруке у случајевима излагања производа са пореклом на изложбама и сајмовима.

5.1. Докази о пореклу

Порекло производа се доказује одговарајућим сертификатом о пореклу (енгл. *certificate of origin*). За разлику од бројних других докумената који прате производе у међународном трговинском промету, као што је уверење о

24 Ако на пример из Русије, Белорусије или из Казахстана стиже роба на дораду, и царинска вредност је 20%, а у Србији се дода још 31% у дораду тог производа, и затим испоручује у Русију, Белорусију и Казахстан – то је већ роба српског порекла. Значи, са учешћем мањим од 50% роба је већ постала српског порекла, и нема царинских дажбина.

25 Пре потписивања Протокола из 2011. године, постојало је одсуство реципроцитета у односу на овај услов, који се односио само на робу која се увози из Србије у Русију.

26 Видети Акт Управе Царина број 148-07-483-01-196/2011 од 25.07.2011. године.

квалитету и количини робе, фитосанитарни и радиолошки сертификати и многи други, овај документ **нема карактер обавезности**, односно не мора бити услов реализације увоза или извоза робе. Међутим, уверење о пореклу производа, као доказ да он потиче из одређене државе, или са одређене територије, може обезбедити значајне повољности, пре свега, у погледу царинских и других олакшица приликом његовог преласка царинске границе државе увознице, или државе са којим држава порекла производа има потписан билатерални или мултилатерални споразум о слободној трговини²⁷.

Правила о пореклу уз Споразум одређују начин на који се доказује преференцијално порекло. Као доказ да је испоручени производ стекао преференцијални статус подноси се декларација – сертификат о пореклу робе на обрасцу Form СТ-2 (Прилог бр. 1 уз Правила о пореклу), који оверава царински орган земље извознице. Рок важења сертификата је 12 месеци од издавања, и у том року исти се може поднети царинским органима у земљи увозници ради примене режима слободне трговине. Постоје случајеви издавања дупликата, накнадног издавања и издавања у замену за сертификат који је поништен из неких разлога.

Према Правилима о пореклу, сертификат се може накнадно издати након извоза робе на основу писменог захтева подносиоца, када обавезно садржи напомену *“Issued retrospectively”*, док се у случајевима поништеног сертификата по било ком основу издаје нови сертификат у замену за ранији са напоменом *“Issued instead of certificate form СТ-2”*.

Мале пошиљке чија вредност не прелази 5.000 USD могу се доказивати декларацијом о пореклу коју извозник даје на комерцијалном или другим пратећим документима. Ова изјава има прописану форму која чини саставни део Правила о пореклу робе (Прилог бр. 3 уз Правила о пореклу), а у случају основане сумње царински органи имају право да затраже сертификат о пореклу ради доказивања и примене преференцијала. Декларација о пореклу мора бити сачињена у штампаном облику и својеручно потписана.

6. Квалитет производа као предуслов за извоз на руско тржиште

Осим порекла, важан предуслов за извоз на руско тржиште из Србије је и **висок квалитет** производа. Уверење да се на тржиште Русије могу пласирати производи који нису квалитетни и који се не могу пласирати тржиштима попут Европске уније је погрешно. Русија постаје све захтевније тржиште, и то не само у квантитативном, већ и у квалитативном погледу. Ово се посебно огледа у чињеници да је испуњеност стандарда у вези квалитета производа обавезан услов за извоз у Русију и на основу унутрашње руске регулативе.

²⁷ А. Ћирић, *Значај правила о пореклу робе у међународним трговинским односима*, Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије : тематски зборник радова. Књ. 5, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2010. стр. 435.-458. (стр. 436.).

У Русији је 2002. године донет Закон о техничкој регулативи²⁸ са циљем либерализације трговине и усклађивања руског законодавства са правом СТО. Заменио је бројне федералне прописе о стандардима, квалитету и безбедности (укупно око 400 прописа)²⁹. Овај Закон представља оквир за доношење посебних прописа о техничким регулативама за одређене области³⁰. Закон о техничкој регулативи измењен је Амандманским законом 2009. године, који је ступио на снагу почетком 2010. године³¹.

Испуњење усаглашености са техничким прописима обезбеђује да је производ квалитетан, поуздан и безбедан за људско здравље. Обавезна усаглашеност робе је предуслов за несметан прелаз границе и приступ на руско тржиште.

Усклађеност с тим условима гарантује **ГОСТ-Р сертификат (государственный стандарт России – државни стандард Русије)**, који је потврда да је предмет контроле у свему задовољио стандарде и техничке прописе Русије и да се може продавати на руском тржишту. Систем је настао из «ГОСТ» система, који је био на снази током постојања Совјетског Савеза (СССР)³². Након распада СССР-а, «ГОСТ» стандарди су стекли нови статус, као регионални стандарди у оквиру Заједнице независних држава (ЗНД)³³ и налазе се под управом Евроазијског међуржавног Савета за стандардизацију, метрологију и сертификацију (EASC)³⁴, док је ГОСТ Р актуелан на подручју Руске Федерације.

28 [Федеральный закон «О техническом регулировании» N 184-ФЗ от 27.12. 2002.](#)

29 О Закону о техничкој регулативи Руске Федерације видети више у: Y. Vassilieva, M. Muran, *Amendments to the Federal Law on Technical Regulation*, Report, USDA Foreign Agricultural Service, Global Agricultural Information Network, 2010. Студија је доступна на интернет адреси: http://gain.fas.usda.gov/Recent%20GAIN%20Publications/Amendments%20to%20the%20Federal%20Law%20on%20Technical%20Regulation_Moscow_Russian%20Federation_1-14-2010.pdf.

30 До краја 2010. године у Русији је донето 15 закона о техничкој регулативи за поједине сегменте производа (за дуван, млеко и млечне производе, сокове од воћа и поврћа, биљне и животињске масти и др.). Извор: http://www.gostrussia.com/en/technical_regulation.html.

31 Федеральный закон от 30 декабря 2009 г. N 385-ФЗ.

32 «ГОСТ» стандарди су првобитно развијени од стране владе Совјетског Савеза, као дела стратегије националне стандардизације. Први ГОСТ 1 стандард објављен је 1968 године.

33 Тренутно, збирка «ГОСТ» стандарда обухвата преко 20.000 ставки и користи се у дванаест земаља. Гост стандарди покривају енергију, нафту и гас, рударство, прехранбени и друге индустрије. Поред својих националних стандарда, «ГОСТ» стандарде су усвојиле следеће земље: Русија, Белорусија, Украјина, Молдавија, Казахстан, Азербејџан, Јерменија, Киргистан, Узбекистан, Тацикистан, Грузија и Туркменистан.

34 Евроазијски међуржавни савет за стандардизацију метрологију и сертификацију (рус. Межгосударственный совет по стандартизации, метрологии и сертификации – МГС, енг. *The Euroasian Interstate Council for Standardization, Metrology and Certification – EASC*) је међувладино тело под окриљем Заједнице независних држава (ЗНД), основано посебним споразумом 1992. године, ради формулације и спровођења координисане политике држава

ГОСТ Р се уводи у систем сертификације са намером заштите здравља и безбедности становништва Русије, и односи се **само на финалне производе**. Сертификовање производа према ГОСТ Р стандарду даје пропусницу произвођачима широм света да своје производе пласирају на руском тржишту. Захтеви ГОСТ Р стандарда су **често строжији** и од регулатива Европске уније и међународних стандарда. Због тога, *ISO* сертификати и «*CE*» знак нису довољни за улазак на руско тржиште.

ГОСТ Р стандард обухвата широк спектар производа који подлежу сертификацији и то: козметички производи, прехранбени производи, играчке, производи од текстила, кућни електрични апарати, индустријска опрема, и т.д.

Списак свих производа који подлежу обавезној сертификацији обухваћен је Резолуцијом руске Владе бр. 982 од 01. децембра 2009. године³⁵. Према Резолуцији, разликују се производи који подлежу обавезној сертификацији и производи који морају поседовати декларацију о усаглашености. Влада Русије два пута годишње издаје листу производа којима није потребна посебна сертификација, већ је довољна изјава (декларација) извозника о усаглашености са ГОСТ Р стандардом.

За производе који нису обухваћени обавезном сертификацијом, препоручује се поседовање тзв. **писма изузетка** (*exemption letter*). Стога, произвођач који планира да своје производе продаје на руском тржишту, подноси надлежним руским државним институцијама писмо изузетка, након чега се то писмо верификује и доставља увознику из Русије, који увози те производе. Уз то, произвођач је дужан да достави сву неопходну техничку документацију у вези са производом, како би се утврдило да ли се писмо изузетка може верификовати или је потребно извршити додатно испитивање и сертификовање делова производа³⁶.

Поред обавезујуће, од стране извозника примењује се и добровољна сертификација, која се односи на производе који нису обухваћени Резолуцијом и не подлежу обавезној сертификацији. Примењује се у случајевима када произвођач који намерава да послује на руском тржишту жели формално да докаже усаглашеност са одређеним стандардима и повећа конкурентност.

Као гаранција да производи испуњавају норме које су прописане стандардом, издаје се **ГОСТ Р сертификат**. После спровођења поступка, сертификациона организација издаје сертификат о усаглашености и оверену копију.

чланица ЗНД у правцу стандардизације, метрологије и сертификације. Више о Заједници независних држава видети у: А. Ђирић, *Привредно-правни аспекти двадесетогодишњег функционисања Заједнице независних држава*, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова. Књ. 1, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш 2011. - Стр. 35-52.

35 Ова Резолуција је допуњена Резолуцијом бр.906 од 13.новембра 2010. године.

36 Преузето са сајта: <http://www.kvalitet.org.rs>

Поједине домаће лабораторије су стекле поверење руског партнера и њихове анализе се признају приликом добијања сертификата³⁷.

У зависности од годишњег извоза, издвајају се две врсте сертификата о утврђивању усклађености са ГОСТ Р стандардом³⁸:

а) **сертификат за једну испоруку** је трговински документ валидан само за једну пошиљку, односно за одређену количину и врсту производа. Ова врста уверења је препоручљива ако се извоз у Русију врши спорадично;

б) **сертификат за серијску производњу**. Сертификат о усклађености производа у серијској производњи може имати важност од 12 месеци до 3 године зависно од природе производа. Такав сертификат омогућава организацијама да извезу робу неограничен број пута и у неограниченим количинама. Овај тип сертификата је посебно погодан за организације које врше редовне извозне активности и том приликом отпремају широк асортиман производа.

Важно је напоменути да производи пољопривреде и прехранбене индустрије имају посебан третман и захтевају лабораторијско испитивање и доказ хигијенске исправности³⁹. Употреба одређених хемикалија је у Руској Федерацији забрањена, за разлику од других земаља, и због тога је неопходно придржавати се и водити књиге третмана, онако како је стандардима предвиђено, полазећи од одредби и инструкција о гајењу воћа и поврћа које је намењено извозу на тржиште Руске Федерације.

Треба нагласити и да је од изузетног значаја да се приликом подношења захтева наведу сви добијени сертификати који важе у Србији и Европи јер они олакшавају добијање сертификата ГОСТ-Р.

7. Импликације приступања Русије у чланство Светске трговинске организације (СТО) и евроинтеграције Србије на Споразум о слободној трговини

Након 18 година дугих преговора у оквиру Радне групе, Русија је 22. августа 2012. године постала 156. чланица Светске трговинске организације (СТО). Овај догађај је веома значајан за светску трговину, имајући у виду ве-

37 Тако, домаће привредно друштво за контролу квалитета «ЈУГОИНСПЕКТ БЕОГРАД» на бази дугогодишње пословне сарадње и билатералних уговора са сертификационим телима Русије обезбеђује сертификате усаглашености са ГОСТ-Р стандардима.

38 Видети сајт Међународне групе за сертификацију (*International Certification Group Beograd*) : <http://www.icertgroup.org> .

39 Министарство пољопривреде, трговине, шумарства и водопривреде саопштило је да је шест млекара и шест кланица добило дозволу за извоз меса и млека и њихових прерађевина на територију Царинске уније Руске Федерације, Белорусије и Казахстана. У саопштењу се истиче да су њихови производи врхунског квалитета, да је безбедност производње на највишем могућем нивоу, као и да сви погони поседују неопходне сертификате. Извор: Радио телевизија Војводине, 20. април 2011. године.

личину руског тржишта и потенцијал руске привреде. Иначе, Русија је била једина чланица Групе 20 најразвијенијих светских привреда која није уједно била и чланица СТО.

Приступањем у СТО државе на себе преузимају обавезе из читавог пакета споразума који чине систем права ове Организације⁴⁰, а које се односе на усклађивање спољнотрговинског режима са правилима СТО. Између осталог, држава-чланица је обавезна да у трговини робом са свим осталим чланицама примењује везане царинске стопе око којих је преговорима у оквиру Радне групе постигнут споразум. Ова обавеза произилази из начела најповлашћеније нације, као једног од темељних принципа СТО.

Иако представља крупну промену за спољнотрговински режим Русије, њено чланство у СТО **неће изазвати** формалне импликације на Споразум о слободној трговини који Русија примењује у трговини са Србијом. Као чланица СТО, Русија неће бити у обавези да примени начело највећег повлашћења према другим чланицама СТО у односу на повластице које је омогућила Србији на основу Споразума о слободној трговини (које су свакако значајније од повластица које су признате од стране Русије чланицама СТО) и тиме елиминисати предност коју Србија тренутно има у односу на остале земље. То пре свега произилази из интерпретације чл. XXIV Општег споразума о царинама и трговини (*GATT*) који предвиђа царинске уније и зоне слободне трговине као изузетке од сфере примене система најповлашћеније нације⁴¹. У Преамбули члана XXIV *GATT* -а предвиђено је да одредбе Споразума неће спречавати успостављање царинске уније или зоне слободне трговине између територија страна уговорница, или пак закључење привременог споразума потребног за успостављање царинске уније, или зоне слободне трговине, под споразумом предвиђеним условима⁴². У односу на Србију ова одредба има значај *de lege ferenda*, с обзиром да Србија још увек није пуноправна чланица СТО. Са друге стране преовлађује мишљење и

40 Више о Светској трговинској организацији и изворима права видети у: А. Ћирић, *Међународно трговинско право - Општи део*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010, стр. 266-316; П. Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010.

41 Више о систему најповлашћеније нације и изузетцима од примене видети у: А. Ћирић, наведено дело, стр.133-146.

42 Реч је о условима, који су предвиђени у ст. 5. и подставовима а, б и в члана XXIV *GATT* –а. Тако се у подставу б) наводи: „да у случају зоне слободне трговине или привременог споразума у циљу стварања зоне слободне трговине, важеће царине на свакој територији учесници зоне или привременог споразума за трговину страна уговорница које не спадају у ту територију или које не учествују у таквом споразуму, а приликом стварања зоне или закључења привременог споразума, не буду више, нити остали прописи строжи него што су биле царине и одговарајући прописи на истим територијама пре стварања зоне или пре закључења привременог споразума.“

да је изузимање царинских унија и зона слободне трговине од дејства принципа најповлашћеније нације прерасло у међународно обичајно право⁴³.

Ипак, чланство Русије у СТО може, на **суштински начин**, довести у питање повлашћени положај привредних субјеката из Србије. Русија је, улазећи у СТО, пристала да знатно умањи царинске стопе за готово све производе, што ће привредним субјектима из многих земаља представљати велику погодност за пласман њихових производа на руско тржиште, који ће због примене мањих царинских стопа бити јефтинији, а самим тим и конкурентнији. То практично значи да ће српски привредници доћи у ситуацију да ће морати да се такмиче са јаким конкуренцијом других увозника чији су трошкови производње мањи, а продуктивност већа, што уз одговарајући квалитет може неутралисати предност коју српски привредници имају у виду ослобођења од царина. У сваком случају српски привредници који извозе, или намеравају да извозе своје производе у Русију, мораће да развијају квалитет својих производа и смањују трошкове производње, без обзира на формално-правне олакшице, како би били конкурентни.

Друго питање се односи на последице које ће по зону слободне трговине са Русијом изазвати евентуално чланство Србије у Европској унији (ЕУ).

За разлику од уласка Русије у СТО, евентуално чланство Србије у ЕУ би се свакако **формално одразило** на Споразум о слободној трговини са Русијом. Према чл. 28. ст.1. Уговора о функционисању ЕУ (други део Лисабонског уговора), који је ступио на снагу 2009. године „Унија почива на царинској унији, која обухвата целокупну робну размену и подразумева забрану царина између држава чланица на увоз и извоз и свих дажбина које имају исто дејство, као и усвајање заједничке царинске тарифе у њиховим односима с трећим земљама.” Оваква стипулација недвосмислено указује да **ниједна чланица ЕУ не може мимо Уније да успоставља зоне слободне трговине или царинске уније са трећим државама**. То произилази из једнствене трговинске политике (*common commercial policy*) ЕУ као наднационалне регионалне организације. То заправо значи да држава чланством у ЕУ губи своју спољнотрговинску самосталост.

Дакле, према одредбама Лисабонског уговора, Србија ступањем у ЕУ ступа и у царинску унију, која се заснива на заједничким царинама и трговинској политици према трећим земљама. Зато је логично да ће престати да важи Споразум о слободној трговини са Русијом, а самим тим биће и окончан привилегован статус за српску робу на тржишту Русије⁴⁴.

На основу реченог, јасно је да ће Споразум о слободној трговини са Русијом **важити до уласка Србије у ЕУ** (уз могућност да и раније дође до његовог престанка, у оквиру припрема за пуноправно чланство).

43 А. Ђирић, наведено дело, стр. 143.

44 Д. Мирковић, *op.cit.*

Србија је недвосмислено изрекла своју намеру за пуноправним чланством у ЕУ и већ више од једне деценије се креће у том правцу. Не треба губити из вида да је у економском интересу Србије да развија односе са Европском унијом, јер и географски, политички и економски припада Европи. Не треба такође занемарити и чињеницу да је ЕУ ипак највећи трговински партнер Србије, и да се највећи део српског извоза пласира управо у ЕУ. Србија такође има повлашћени положај у трговини са ЕУ захваљујући Привременом трговинском споразуму у оквиру Споразума о стабилизацији и придруживању, а који се заснива на асиметрији права и обавеза у корист Србије. Међутим, судећи по реакцијама званичника ЕУ, извесно је да до чланства Србије у ЕУ неће доћи у наредних неколико година. За то време Србија може користити двоструке погодности које тренутно има – и на основу Споразума о слободној трговини са Русијом и на основу Привременог трговинског споразума са ЕУ и тако јачати своју привреду.

Закључак

Руско тржиште представља велики потенцијал за извоз српских производа и јачање српске привреде, имајући у виду правне погодности које су успостављене Споразумом о слободној трговини са Руском Федерацијом из 2000. године и протоколима уз Споразум. За сада, Русија је шести извозни и први увозни спољнотрговински партнер Србије.

Уговорне стране су, између осталог, изразиле у Споразуму опредељење, да своје трговинске односе развијају у складу са правилима Светске трговинске организације (СТО). Предвиђено је укидање увозних царина у периоду од 5 година, за све производе, осим оних који се налазе на листама изузетака које су биле саставни делови Протокола који се примењивао уз Споразум.

Стране су трговинским преговорима постигле договор око потписивања новог Протокола, 2009. године, чиме је остварена додатна либерализација.

Успостављањем Царинске уније између Русије, Белорусије и Казахстана, 2010. године, јавила се потреба за усаглашавањем Споразума о слободној трговини са Русијом са правилима Уније. То се постигло закључењем новог Протокола, 2011. године, чиме је остварена још повољнија либерализација, за око 99 одсто производа. Истовремено, Србија је и са преостале две чланице Царинске уније ускладила трговину билатералним споразумима о слободној трговини и протоколима.

Протокол из 2011. године, поред листе изузетака од режима слободне трговине, садржи и правила о одређивању порекла производа, која се јединствено примењују у односу на обе Стране уговорнице. Поред производа који су потпуно добијени у Страни уговорници, Протокол предвиђа да порекло Стране уговорнице може да добије и производ који је довољно обрађен или прерађен, установљавајући *ad valorem* критеријум, према коме вредност која је додата у

Страни уговорници мора да буде већа од 50 одсто укупне вредности производа по паритету франко фабрика. Протокол предвиђа и могућност дијагоналне кумулације порекла у којој се као партнерске земље у односу на Србију, осим Русије, могу појавити и Белорусија и Казахстан, као чланице Царинске уније. Протокол, поред наведених, предвиђа и услове директне куповине и директне испоруке, као неопходне да би се стекло преференцијално порекло.

Веома важан сегмент извоза у Русију представља и усклађеност производа са нормама о квалитету, односно ГОСТ-Р стандардима, који су строжији од стандарда за извоз у Европску унију. Усклађеност са ГОСТ-Р стандардом доказује се сертификатом о усклађености.

Чланство Русије у Светској трговинској организацији (СТО) неће формално утицати на преференцијални положај српских извозника, али ће се суштински одразити на конкурентност српских производа, имајући у виду да се Русија обавезала да знатно смањи царинске стопе у трговини са осталим чланицама СТО.

Са друге стране, чланство Србије у ЕУ ће свакако представљати формалну препреку за даљу примену Споразума о слободној трговини са Русијом.

Uroš Zdravković, LL.B.
*Junior Teaching Associate,
Faculty of Law, University of Niš*

***The Free Trade Agreement between
the Republic of Serbia and the Russian Federation***

Summary

The Free Trade Agreement between the Republic of Serbia and the Russian Federation was signed on 28th August 2000. Alongside the 2011 Protocol, this Agreement constitutes the legal framework for preferential trade of goods between the two countries. This Agreement is highly significant for national businessmen considering the fact that Serbia is one of the few states which have entered such an agreement with the Russian Federation. Russia is one of Serbia's largest international trade partners but all the options have not been exhausted yet. The 2011 Protocol specified the exceptions from the free trade regime, which made provisions for an additional liberalization in terms of 99% of export products. The Protocol also envisages the uniform rules on the origin of trading goods which are binding for both Contracting Parties. A significant precondition for the placement of Serbian products on the Russian market is the compliance with strict standards, which is confirmed by the GOST Certificate. In August 2012, the Russian Federation became a member of the World Trade Organization. Formally speaking, this fact shall not have any impact on the Free Trade Agreement with Serbia but, practically speaking, the Serbian export companies will have to compete with businessmen from many other countries given the fact that the Russian market will become more competitive due to the reduced customs tariffs. On the other hand, this Free Trade Agreement will cease to exist when Serbia enters the EU membership.

Key words: *Free Trade Agreement with the Russian Federation, the 2011 protocol, exceptions from the free trade regime, rules on the product origin and quality, GOST standards, WTO*

UDK: 343.54/.55(497.11)

UDK: 347.61/.64:343.851](497.11)

*Јелена Њагуловић, студент докторских академских студија права
Правни факултет Универзитета у Нишу
стипендиста Министарства просвете и науке РС*

НАСИЉЕ У ПОРОДИЦИ - ТРИ СЕГМЕНТА ПРАВНЕ ЗАШТИТЕ У ДОМАЋЕМ ЗАКОНОДАВСТВУ¹

***Апстракт:** У раду је дат приказ три сегмента правне заштите од насиља у породици у домаћем законодавству са посебним освртом на породичноправну и кривичноправну заштиту, које представљају два основна облика правне заштите од овог вида недозвољеног понашања. Поред дефинисања основних појмова и разматрања санкција предвиђених Породичним законом и Кривичним закоником, посвећена је пажња и функционисању предвиђених правних механизма у пракси.*

***Кључне речи:** насиље у породици, породичноправна заштита, кривичноправна заштита, управноправна заштита, Породични закон, Кривични законик, кривично дело, казне, мере заштите.*

Уводна разматрања

Насиље у породици један је од феномена који се јавља свуда у свету, у свим културама, независно од економског статуса и друштвеног слоја породице. Иако датира из давнина, њему се посвећује нарочита пажња тек 70-их година XX века, са појавом феминистичких покрета који се залажу за права жена, када долази до подизања вела са овог вешто скриваног друштвеног проблема. Статистика показује да се као насилници најчешће појављују мушкарци, док су жртве насиља најчешће жене и деца, а велики број ових случајева имао је трагичне последице што је довело до неопходности укључивања државе и медија у решавање овог комплексног проблема. Колико је ситуација алармантна показују подаци Виктимолошког друштва Србије, према којима је свака четврта жена на Балкану жртва породичног насиља.

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046.

Како се насиље у породици мора посматрати са различитих аспеката, социолошког, психолошког, медицинског и правног, било је потребно укључити различите стручњаке и обезбедити адекватну правну заштиту. Међутим, добру законску регулативу друштвена стварност свакодневно демантује, те је број пријављених случајева из године у годину све већи, али ни он не осликава право стање ствари с обзиром да многа насилничка понашања никада не пређу породични праг.

Неки од разлога који доводе до породичног насиља су економска криза праћена кризом друштвених и културних вредности, пораст незапослености, ратови, велики број избеглица у нашој земљи, алкохолизам али и психолошки фактори као што су агресивност, поремећај понашања, асоцијалност личности, емоционална нестабилност и сл. Са друге стране, жртве породичног насиља најчешће ћуте због стида, од страха од осуде друштва или економске несамосталности, а насилници су врло често угледни људи, те околина не може да примети проблем.

Насиље у породици доводи до разарања породице, или је чини трајно дисфункционалном, а има за последицу и физичко или психичко угрожавање здравља лица која директно или индиректно трпе насиље. Реч је о понашању које је суротно општеприхваћеним стандардима морала и људског достојанства, понашању које се никако не сме третирати као приватни проблем, већ се са њим мора суочити читава цивилизована јавност и све демократске државе које се заснивају на владавини права.

Захваљујући залагању за права жртава насиља у породици и лобирању за увођење ефикасних механизма заштите, полако је сазревало схватање да је насиље у породици криминалитет и да његова друштвена опасност није мања с обзиром да се врши „у оквиру породице“, те да насиље у породици није приватна ствар чланова породице, већ друштвени проблем и социјална патологија са дубоким коренима у патријархалној структури друштва.²

Због сложености наведеног проблема и хитности његовог решавања, домаће законодавство пружа три сегмента правне заштите: породичноправну, кривичноправну и управноправну.

Колико ће подизање свести о овом феномену и напори државних институција уродити плодом, остаје нам да видимо у годинама које долазе.

1. Правно дефинисање насиља у породици

Појам насиља у породици дефинисан је Породичним законом (чл. 197. ст. 1) и под њиме се подразумева понашање којим један члан породице угрожава

² Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., *Ставови о насиљу у породици*, у „ Друштвена свест, људска права и активизам грађана у Јужној и Источној Србији”, Одбор за грађанску иницијативу, Ниш 2005, стр. 135-141.

телесни интегритет, душевно здравље или спокојство другог члана породице. У закону су набројани и неки типични примери овог насиља као што су:

- Наношење или покушај наношења телесне повреде;
- Изазивање страха претњом убиства или наношења телесне повреде члану породице или њему блиском лицу;
- Присиљавање на сексуални однос
- Навођење на сексуални однос или сексуални однос са лицем које није навршило 14 година живота или немоћним лицем;
- Ограничавање слободе кретања или комуницирања са трећим лицима
- Вређање, као и свако друго, безобзирно и злонамерно понашање.
- Дакле, постоји више врста насиља у породици: физичко, психичко, сексуално и економско.
- Физичко насиље подразумева батинање, ударање по телу и глави, повреде оштрим и тупим предметима, бацање о зид или под, чупање косе, шутирање, наношење опекотина и сл.
- Психичко насиље подразумева застрашивање, константно критиковање, вређање, стварање несигурности код жртве, посесивно понашање, емоционална резервисаност, постављање жртви нереалних захтева и сл.

Сексуално насиље подразумева сваку повреду полне слободе и полног морала, присиљавање на сексуални однос, силовање и сл.

Економско насиље подразумева насилно одузимање новца и вредних ствари, контролисање зараде и примања, трошење новца искључиво на задовољење сопствених потреба, одузимање средстава за рад, забрана проналажења запослења, забрана напредовања у послу и сл.

Неки од ових облика понашања санкционисани су и као посебна кривична дела (кривично дело насиље у породици, тешка и лака телесна повреда, силовање, убиство и сл.) Кривичним закоником републике Србије.

Уз породичноправну и кривичноправну, имамо и прекршајну заштиту предвиђену Законом о јавном реду и миру, који се примењује у прекршајном поступку у случајевима насиља у породици, док малолетници као оштећени у кривичном поступку уживају посебну заштиту на основу Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица.

Породичноправна и кривичноправна заштита представљају два основна вида заштите.

Породичноправна заштита је заштита коју предвиђа Породични закон.

Кривичноправна заштита је заштита коју предвиђа Кривични законик и Законик о кривичном поступку.

2. Породичноправна заштита од насиља у породици

Доношењем Породичног закона, који се примењује од 01.07.2005. год, заједно са кривичноправним, створен је ефикасни систем заштите од насиља у породици.

На законодавном плану његово доношење значило је поштовање међународних обавеза наше државе с обзиром на конвенције, декларације, препоруке и друга акта које је наша земља ратификовала.

Породични закон најпре ову заштиту предвиђа за свако лице (чл. 10), а затим прецизно набраја чланове породице који имају право на заштиту (чл. 197. ст. 3), реч је о следећим лицима:

- 1) супружници или бивши супружници;
- 2) деца, родитељи и остали крвни сродници, лица у тазбинском или адоптивном сродству, као и лица која се везују за хранитељство;
- 3) лица која живе или су живела у истом породичном домаћинству;
- 4) лица која су била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, односно која имају заједничко дете или је дете на путу да буде рођено, иако никада нису живели у истом породичном домаћинству.

Реч је о веома широком кругу лица, много ширем у односу на основну породицу, с обзиром да су обухваћена лица у односу сродства, крвног, адоптивног или тазбинског и то независно од степена сродства. Ту спадају и супружници и ванбрачни партнери, садашњи или бивши, сва лица међу којима постоји заједница живота, али и она која никада нису живела у њој, лица која су била или су још увек у емотивној или сексуалној вези, која имају заједничко дете или је оно на путу да буде рођено.

Породични закон предвиђа и мере заштите од насиља у породици чија је сврха да спрече наступање тежих последица по оно лице које је жртва насиља. Мерама се заправо, извршиоцу насиља привремено забрањује или ограничава одржавање личних односа са другим чланом породице који насиље трпи. Ове мере се не изричу поступно, према степену насиља, нису градиране, а суд их изриче према процени која ће од њих на најбољи начин предупредити даље насиље. Суд се не мора држати предложене мере, може изрећи и више њих, а одређује и дужину трајања водећи рачуна о субјективним и објективним околностима конкретног случаја.

То су следеће мере:

- Издавање налога за иселење из породичног стана или куће, без обзира на право својине или закупа непокретности;
- Издавање налога за уселење у породични стан или кућу, без обзира на право својине или закупа непокретности;
- Забрана приближавања члану породице на одређеној удаљености;

- Забрана приступа у простор око места становања или места рада члана породице;
- Забрана даљег узнемировања члана породице.

Свака од мера заштита је привременог карактера и може трајати најдуже годину дана (чл. 198. ст. 3). Уколико је насилник одговарао прекршајно или кривично, време проведено у притвору урачунаће му се у време трајања изречене мере, а ако и након истека годину дана не буду престали разлози који су довели до њеног изрицања суд може наведену меру продужити. Не постоји ограничење колико пута ова мера може да се изриче. Она може престати и пре истека рока на који је одређена, ако престану разлози због којих је изречена. Као недостатак се појављује чињеница да је као активно легитимисано лице за покретање парнице за престанак изречене мере заштите, према закону предвиђен искључиво извршилац дела, што може довести до проблема у пракси.

У Породичном закону регулисан је и поступак за заштиту од насиља у породици (чл. 283-289). Поступак је парнични, с тим да постоји могућност одређивања мера у брачном спору (спор за развод или поништење брака), спору око очинства или материнства, као и у оквиру спора за заштиту права детета, за вршење тј. лишење родитељског права.

За решавање овог спора стварно је надлежан Основни суд. Месно је надлежан суд опште месне надлежности, према пребивалишту тужене стране, као и суд на чијем подручју има пребивалиште или боравиште жртва насиља. Што се тиче састава суда, у првом степену суди веће састављено од једног судије и двоје судија поротника, а у поступку по жалби веће састављено од троје судија, при чему судије, према изричитој законској одредби, морају бити лица која су стекла посебна знања из области права детета. Поступак у овом спору покреће се тужбом, а право на њено подношење има, пре свега, жртва насиља, а затим и њен законски заступник, нпр. родитељ или старатељ детета, а уколико између њих постоји сукоб интереса, нпр. родитељ је насилник, интерес детета заступаће колизијски старатељ. Уколико дете има десет година и способно је за расуђивање, може само или преко неке установе затражити од суда да му постави привременог заступника, због постојања супротних интереса између њега и законског заступника. Право на тужбу имају и јавни тужилац и орган старатељства, који чак и када није покренуо поступак има одређену улогу у његовом одвијању и то кроз прикупљање доказа и изношење мишљења о сврсисходности тражене мере.

Чланом 206. Породичног закона предвиђено је да је у овом поступку јавност искључена, подаци из судских списа су службена тајна, тако да начело дискреције долази до изражаја.

У овом спору примењује се начело хитности. Предвиђено је да се прво рочиште одржи у року од осам дана од дана каа је тужба примљена у суду, као и да другостепени суд донесе одлуку по жалби на пресуду првостепеног суда, у

року од петнаест дана од дана њеног достављања. Битно је и да изјављена жалба не задржава извршење пресуде којом се одређује или продужава мера заштите од насиља у породици, тако да пресуда у овом случају производи дејство и пре правноснажности. Решење да жалба нема суспензивно дејство одговара могућој потреби да се у случају насиља реагује хитно, без одлагања.

Суд у овом поступку има веома активну улогу, он није везан захтевима странака, може да утврђује и чињенице које нису спорне, као и да изводи доказе које странке нису предложиле, те се примењује истражно начело. Како би суд донео одлуку у овој правној ствари потребно је да спроведе одговарајућу расправу, саслуша странке, али и трећа лица која имају сазнања за доношење одлуке. Судија може одредити другу меру, а не ону коју је тражио тужилац, ако у спроведеном поступку стекне уверење да би се тако постигла боља заштита од породичног насиља. Када суд донесе пресуду дужан је да је одмах достави органу старатељства према пребивалишту или боравишту како насилника, тако и жртве, с обзиром да је дужност овог органа да води евиденцију и о једним и о другим лицима.

3. Кривичноправна заштита од насиља у породици

3.1. Норме материјалног кривичног законодавства

Насиље у породици је веома распрострањен облик криминалитета, те као такав захтева адекватну кривичноправну заштиту. Треба имати у виду и то да је право стање ствари још алармантније, с обзиром да је тзв. тамна бројка криминалитета или број непријављених кривичних дела, веома велик.

У нашем кривичном законодавству насиље у породици је први пут предвиђено као кривично дело Законом о изменама и допунама Кривичног закона републике Србије из 2002. године, а до ступања на снагу овог закона на кривична дела са овим обележјима примењиване су одредбе кривичног закона о лакој и тешкој телесној повреди или другим кривичним делима из домена општег криминалитета.

Важећи Кривични законик републике Србије из 2005. године познаје пет облика овог кривичног дела (чл. 194.).

Радња првог облика кривичног дела насиља у породици састоји се у примени насиља, претњи да ће се напасти на живот или тело или пак у дрском или безобзирном понашању чиме се угрожава спокојство, телесни интегритет или душевно стање члана породице. Под дрским понашањем се подразумева вређање, ограничавање слободе кретања, дружења, посета родитеља и родбине, физичко, економско и социјално злостављање. За овај основни облик предвиђена је новчана казна или казна затвора до годину дана. Након тога следи одређење три тежа облика овог кривичног дела: дела квалификована

чињеницом да је приликом извршења коришћено оружје, опасно оруђе или друго средство подобно да тело тешко повреди или здравље тешко наруши где је предвиђена казна затвора од шест месеци до пет година; дело квалификовано тешком телесном повредом, тешким нарушавањем здравља члана породице према коме је учињено или пак чињеницом да је учињено према малолетном лицу, овде је казна затвора још стожија и износи од две до дванаест година и коначно квалификовано смрћу члана породице где казна затвора износи од три до петнаест година. Уколико окривљени прекрши мере заштите од насиља у породици које му је одредио суд, казниће се новчаном казном или казном затвора од три месеца до три године. Постоје и кривична дела која су повезана са насиљем у породици тј. која то постају када као извршиоца и жртву имамо лица која се сматрају члановима породице, односно која уживају заштиту у смислу Породичног закона. Таква кривична дела била би: тешка и лака телесна повреда, силовање, убиство, запуштање и злостављање малолетника и др.

Кривични законик не набраја ко се сматра чланом породице, те се у смислу лица која уживају заштиту сходно примењује Породични закон (чл. 197. ст. 3).

Чланом 194. Кривичног законика инкриминисано је и непоштовање судске одлуке којом је парничном поступку одређена мера заштите од насиља у породици, тако да насилник којме је изречена породичноправна мера заштите чини кривично дело ако не поступа у складу са судским налогом тј. забраном изреченом од стране суда, чиме је успостављена веза између породичноправне и кривичноправне заштите, када се насилнику може изрећи новчана казна или казна затвора до шест месеци.

3.2. Норме процесног законодавства

Кривично дело насиља у породици гони се по службеној дужности, независно од воље или одлуке оштећеног. Иницијални акт је кривична пријава, а по садашњем Закону о кривичном поступку, обавезу пријављивања имају сви државни органи, органи територијалне аутономије или локалне самоуправе, јавна предузећа и установе, као и сва правна и физичка лица која на основу закона поседују одређена јавна овлашћења или се професионално баве заштитом и обезбеђењем људи и имовине, лечељем, васпитањем и образовањем деце, ако су за дело сазнали у вршењу своје делатности, а о чијем постојању су обавештени или су за њега сазнали на други начин. Међутим, дужност пријављивања прописана је за свакога, ако је овим кривичним делом оштећено малолетно лице. Сама жртва насиља може да састави пријаву у писменој форми или да је да усмено на записник код полиције или јавног тужилаштва.

Преткривични поступак, као друга фаза, спроводи се када постоје основи сумње да је извршено кривично дело. Он се одвија у међусобној сарадњи органа унутрашњих послова, тужилаштва и истражног судије, а лице према коме се

овај поступак води је осумњичени. Уколико пријава не буде одбачена тј. ако постоји основана сумња да је извршено кривично дело на захтев јавног тужиоца покреће се истрага. Осумњичени добија статус окривљеног, а истрагу спроводи истражни судија належног суда у најдужем трајању од шест месеци. Оптужница је акт којим се, када је истрага окончана, кривични поступак заправо покреће. За подизање оптужбе овлашћење имају јавни тужилац и оштећени као тужилац, с тим да је овај други случај веома редак у пракси. У законом предвиђеним случајевима до оптужења може доћи и без спровођења истраге, а за кривична дела насиља у породици за која је запрећена казна затвора до три године, поступак се може водити као скраћени, на основу оптужног предлога. По новом Закону о кривичном поступку фаза након пријављивања кривичног дела назива се претходна истрага, следи истрага, па оптужница, а јавном тужиоцу који истрагом руководи, дата су у свим овим стадијумима централна овлашћења.

Јавни тужилац гони извршиоце кривичних дела тако што подноси захтев за спровођење истраге или оптужни предлог ако има довољно доказа. Он може предузети и друге радње ради вансудског решавања, а може и одложити кривично гоњење за она дела за која је предвиђена казна затвора до три године, где спадају и кривична дела насиља у породици, ако осумњичени прихвати једну или више обавеза и то: да отклони штету или надокнади причињену штету; да плати одређени износ у корист хуманитарне организације, фонда или јавне установе или да обави одређени хуманитарни или друштвено користан рад. У случају да осумњичени изврши обавезу, а подносилац пријаве се са тим сагласи, јавни тужилац ће одбацити кривичну пријаву. Поставља се питање у којој мери је предвиђено решење одлагања кривичног гоњења на страни насилника, тј. колико је у том случају адекватна заштита жртве

Стварно надлежни за поступање су основни и виши судови, већ према висини запрећене казне, а месна надлежност се одређује по месту покушаја или извршења дела, а ако оно није познато или је ван територије републике Србије, одредиће се према пребивалишту или боравишту окривљеног.

Поступак се води оном брзином којом захтевају околности случаја, а нема законом прописане обавезе хитности.

Код насиља у породици, као и код других кривичних дела, суд може извршиоцу оредити притвор, ако су испуњени услови предвиђени кривичним закоником, чије време трајања се урачунава у изречену затворску казну.

Након извођења доказа, при чему се овде најчешће користе лекарска уверења, фотографије и саслушање жртве и сведока, суд доноси пресуду која може бити ослобађајућа или осуђујућа, када се оптужени оглашава кривим и изриче му се једна од следећих кривичних санкција: казна, мера упозорења, мера безбедности или васпитна мера.

Казне које се изричу за кривично дело насиље у породици су поред новчане казне и казне затвора, које предвиђа Кривични законик и казна рада

у јавном интересу, која се иначе изриче за кривична дела за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до три године. Уколико је учиниоцу одређена казна затвора до две године, а суд нађе да ће мера упозорења бити довољна, може изрећи условну осуду, при чему се изриче казна и истовремено утврђује да се она неће извршити, ако осуђени у периоду који суд одреди, а који не може бити дужи од пет година, не изврши ново кривично дело. Када суд изрекне условну осуду може одредити да се учинилац стави под заштитни надзор, тако што ће га обавезати на једну или више обавеза, нпр. уздржавање од употреба дрога и алкохола, лечење у здравственој установи, посећивање одређених саветовалишта и сл. Суд може изрећи окривљеном и неку меру безбедности, које су Законом о кривичном поступку предвиђене као пратеће мере, као што је одузимање предмета, обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, обавезно психијатријско лечење на слободи, обавезно лечење алкохоличара, обавезно лечење наркомана и друге мере предвиђене законом.

4. Приказ резултата емпиријског истраживања

Истраживањем спроведеним на територији града Ниша, прикупљени су подаци везани за насиље у породици у Основном јавном тужилаштву и Основном суду у Нишу за период од 2008-2011. године. На основу добијених података створен је утисак да у нашем законодавству постоје добри механизми за кривичноправну и породичноправну заштиту од насиља у породици.

Подаци добијени у Основном тужилаштву сведоче о порасту броја пријављених кривичних дела, међутим, остала је дилема да ли стални пораст пријава за ово кривично дело значи и реалан пораст насиља у породици или јачање свести жртава насиља да о томе могу да причају и да ће им заштита заиста бити пружена. Претпоставке да кривично дело насиље у породици чешће врше мушкарци, а да су особе женског пола чешће жртве овог кривкон завршетка истраживања. На основу дубинског интервјуа који је обављен са судијама основног суда, добијене су веома корисне информације о томе да жртве насиља у каснијим фазама поступка најчешће одбијају да сведоче, те да је због тога доказивање овог кривичног дела отежано. Полазна хипотеза да извршење овог кривичног дела није у вези са образовним нивоом извршиоца је оповргнута, с обзиром да су добијени подаци показали да су извршиоци углавном људи нижег образовања. Међутим, то не мора аутоматски да значи да људи са већим нивоом образовања не врше насиље у породици, већ да се то насиље ређе открива и процесуира. Слична је ситуација и када је у питању социјални статус извршиоца, он чешће потиче из сиромашних слојева, с тим да је било случајева у којима породице нису имале езистенцијалних проблема, али се у њима ипак дешавало насиље. Велики је проблем и то што су извршиоци, у моменту када су се насилно понашали, често били под утицајем алкохола или опојних дрога, што отвара

питање раширености ових облика девијантног понашања у савременом друштву. Поступци се релативно брзо завршавају, што је јако значајно за процесуирање овако осетљивих дела. Казнена политика суда је у основи блага, па се најчешће изричу условне осуде, што је такође била једна од полазних хипотеза нашег истраживања. Међутим, забележене су и затворске казне, чак и у дужем трајању за лица која су раније већ одговарала за ово кривично дело. Значајна је и могућност коју предвиђа Законик о кривичном поступку у члану 236 став 1. У питању је одлагање кривичног гоњења извршиоцу кривичног дела, која би требало да омогући решавање оваквих случаја пре вођења кривичног поступка и да на тај начин спречи стварање још већих раздора у породици. Ова могућност се у пракси често користи, што је такође била једна од полазних хипотеза која је истраживањем потврђена.

Резултати истраживања су показали да је грађанскоправна заштита од насиља у породици веома ретка и да у принципу нема очекивано дејство. Разлог за то је пасивна улога жртве у току парничног поступка. Иако је жртва након претрпљеног насиља спремна да прекине сваки контакт са насилником и да покрене поступак против њега, касније се углавном предомисли и одустаје од поднетих тужби. Кривичноправна заштита је делотворнија с обзиром да овде поступак покреће Јавно тужилаштво по службеној дужности, те није од утицаја каснија намера жртве да од поступка одустане.

Ипак, остаје нејасна намера законодавца да у кривичноправној области, приликом инкриминисања насиља у породици, у тој мери ублажи кажњавање учиниоца, да оно по својим благим последицама, може некад изгледати обесхрабрујуће по жртву.³

5. Закључна разматрања

Насиље у породици представља сложен друштвени проблем који се мора посматрати са различитих аспеката: социолошког, психолошког, медицинског и правног, те је за његово решавање било потребно укључити различите стручњаке и обезбедити адекватну правну заштиту. Међутим, добру законску регулативу друштвена стварност свакодневно демантује, те је број пријављених случајева из године у годину све већи. Међутим, ни он не осликава право стање ствари, с обзиром да многа насилничка понашања никада не пређу породични праг. Управо из тог разлога потребно је усавршити постојеће механизме и ускладити их са међународним документима, од којих је посебно значајна Конвенција Савета Европе о спречавању и борби против насиља над женама и насиља у породици, коју би наша земља требало да ратификује у циљу што ефикасније правне заштите од овог облика недозвољеног понашања.

³ Костић М., Константиновић Вилић С, *Виктимологија*, Ниш 2012, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, стр 209-242.

Попис коришћене литературе:

Кривични Законик, «Сл. гласник РС», бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009 и 111/2009.

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

Закон о уређењу судова, «Службеном гласнику РС», бр. 116/2008 и 104/2009.

Закон о парничном поступку, «Службени гласник РС», бр. 125/2004 и 111/2009.

Породични закон, «Службени гласник РС», бр. 18/2005, 72/2011.

Костић М., Константиновић Вилић С, *Виктимологија*, Ниш 2012, Центар за публикације Правног факултета Универзитета у Нишу, стр. 209-242.

Константиновић Вилић, С., Петрушић, Н., *Ставови о насиљу у породици*, у „Друштвена свест, људска права и активизам грађана у Јужној и Источној Србији”, Одбор за грађанску иницијативу, Ниш 2005, стр. 135-141.

Jelena Njagulović, LL.D. Student

Faculty of law, University of Niš

Family violence – Three Segments of Legal Protection in Domestic Legislation

Summary

This paper describes the three segments of legal protection from domestic violence in domestic legislation with special emphasis on family law and criminal law protection, which are the two main forms of legal protection against this type of illegal behavior. In addition to defining the basic concepts and sanctions provided by the Family Law and Criminal Law, the author pay attention to the functioning of the legal mechanisms in practice.

Key words: *domestic violence, family law protection, legal protection administrative law protection, Family Law, Criminal Code, criminal offence, punishment, protection measures.*

*Јелена Паповић, студент докторских академских студија права
Правни факултет Универзитета у Нишу
стипендиста Министарства просвете и науке РС*

ЕВРОПСКА ЗАТВОРСКА ПРАВИЛА¹ -сегмент заштите људских права у европском правном простору-

***Апстракт:** У раду су анализирана питања везана за уређење затворских установа према Европским затворским правилима. Најпре је приказана међународна активност везана за заштиту права лица лишених слободе која је претходила доношењу Европских затворских правила и обезбедила услове за њихово доношење. Приказани су и кључни циљеви којима се тежи приликом извршавања казне затвора, са посебним нагласком на потребу да лица лишена слободе задрже сва права која имају и остали грађани, сем оних која су им законитом одлуком одузета. Разматрани су услови за извршење казне затвора, те третмани који су погодни за примену у процесу ресоцијализације.*

***Кључне речи:** Европска затворска правила, права осуђених лица.*

Уводна разматрања

Увођењем казне лишења слободе пенитенцијалне установе постају веома важне институције једног друштва у борби против криминалитета. Све већи број лица лишених слободе широм света као и неједнако поступање према њима указују на неопходност да се на свеобухватан начин регулише ова област. У том циљу донети су бројни акти на универзалном, регионалном и државном нивоу. Оваква активност треба да допринесе повећању нивоа заштите људских права осуђеника и унификавању начина поступања према њима. Лица која су лишена слободе имају мање могућности да заштите своја основна права, зато је неопходно да се ова област детаљније уреди како би постојао јасан механизам контроле начина на који се поступа са овим лицима. Значајан допринос заштити права осуђених лица остварен је доношењем Европских затворских правила

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046.

којима се уједначавају стандарди у овој области. Њима се дефинишу основна права лица лишених слободe на нивоу Савета Европе, док државе чланице својом активношћу на унутрашњем плану требају да допринесу развоју ове области. Са све већим порастом криминалитета, посебно оног који је везан за изузетно тешка кривична дела, јавља се потреба да држава одлучније ступи у борбу против њега, али у тој борби она мора стално бити свесна нивоа људских права које савремено друштво признаје свим лицима. Зато је неопходна свеобухватна активност на уређењу ове области која би допринела стварању јединствене праксе у свим државама.

Историјски развој

Наука и пракса перманентно истражују најефикасније методе и средства у борби против криминалитета, а установе у којима су смештена лица лишена слободe су један од битних сегмената решавања овог проблема. Од настанка првих установа за лишење слободe па до данас оне су прошле дуг развојни пут, па се са правом може сматрати да прате развој савременог друштва. Тежња да се заштите права осуђених лица на међународном нивоу датира од средине прошлог века. Она се може посматрати кроз активност Уједињених нација (УН) са једне стране и рада Савета Европе (СЕ) са друге стране. Један од најзначајнијих међународних извора који регулишу област поступања са лицима лишеним слободe су Стандардна минимална правила за поступање са затвореницима² која су усвојена од стране Уједињених нација 1955. године.³ Доношењу Стандардних минималних правила УН претходила је активност у оквиру Међународне комисије за кривично право и казнене установе која је за циљ имала побољшање положаја осуђених лица. Ова комисија, најпре је 1929. године сачинила Скуп правила о поступању са затвореницима, која су затим од стране Друштва народа прихваћена са малим изменама 1934. године. Након завршетка Другог светског рата Међународна комисија за кривично право и казнене установе ревидирала је правила, али како је она 1950. године престала да постоји, активност у овој области настављена је у Уједињеним нацијама, које касније и доносе напред наведена Минимална правила УН.

Стандардна минимална правила УН су донета са циљем обезбеђивања заштите основних људских права затвореника, побољшања услова издржавања казне затвора као и даљег развоја ове области. Ова правила представљају основне стандарде које државе примењују у поступању са затвореницима, а

² Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, <http://www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoner>, приступљено 29.10.2012. године.

³ Стандардна минимална правила за поступање са затвореницима усвојена су у Женеви на Првом конгресу Уједињених нација за спречавање криминалитета и за поступање са деликвентима, ова правила потврђена су 31.07.1957. године од стране Економског и Социјалног савета УН резолуцијом 663 С I (XXIV).

између осталог, њима је прокламовано: 1) преваспитање је основни циљ казне, са којим се постиже најефикаснија заштита од криминалитета; 2) поступање према затвореницима треба да буде такво, да их оспособи за вршење нормалних улога на слободи; 3) у процесу преваспитавања треба примењивати адекватне поправне, васпитне и друге методе, које воде њиховој стварној ресоцијализацији; 4) треба имати на уму да су осуђена лица чланови друштва иако су од њега одвојени, и да их друштво не одбацује, већ да жели да их врати у своје редове, сходно томе треба поштовати њихову личност и права која су им дата нормативним системом и организовати живот у установи у духу поштовања достојанства осуђеног човека; 5) услови у затворима морају бити прилагођени условима на слободи како би осуђена лица након издржавања казне затвора била припремљена за живот на слободи, зато је потребно оснивање отворених и полуотворених одељења у затворима и 6) осуђеним лицима потребно је пружити адекватну помоћ након што окончају издржавање казне како би што ефикасније могли да се укључе у живот на слободи.⁴

На нивоу Савета Европе постојала је значајна активност у регулисању људских права, али и права лица која су лишена слободе. Тако су од великог значаја Европска конвенција о заштити људских права и основних слобода⁵ и Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечног или понижавајућег поступања⁶, које представљају основ доношења Европских затворских правила.

Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода значајна је јер у члану 3. (Забрана мучења) предвиђа да нико не сме бити подвргнут мучењу или нечовечном или понижавајућем поступању или кажњавању. Забрана мучења има апсолутни карактер и не подлеже ограничењима⁷, а од доношења Конвенције показује динамичан карактер, јер Европски суд за људска права, као њен аутентични тумач, својом праксом свакодневно обогаћује значење термина „мучење“ и „нечовечно и понижавајуће поступање“. Ови стандарди од великог су значаја за осуђена лица, обзиром да се према њима најчешће предузимају радње којима се крше људска права, а које истовременом улазе у опсег мучења, нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања. Поред члана 3. за

⁴ Опширније: Милутиновић, М., *Пенологија*, Савремена администрација, Београд, 1988. година, стр. 39-40.

⁵ Наведена Конвенција је ратификована од стране наше земље Законом о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода („Сл. лист СЦГ - Међународни уговори“, бр. 9/2003, 5/2005 и 7/2005 - испр.)

⁶ Наведена Конвенција је ратификована од стране наше земље Законом о ратификацији Конвенције о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања („Службени лист СЦГ – Међународни уговори“, број 9/2003).

⁷ Државе не могу ограничити дејство овог члана, нити могу ставити резерве на његову примену, о чему говори пресуда Ирска против Уједињеног Краљевства (18. јануар 1978., серија А бр. 25, стр. 65, став 163)

лица лишена слободe значајан је и члан 5. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, јер се њиме гарантује право на слободу и безбедност личности. Наведеним чланом предвиђени су услови под којима се лице може лишити слободe, а одређена су и минимална права која припадају овом лицу. Такође је одређен минимум права које лице ужива након што буде лишено слободe, а која треба да допринесу заштити од самовољних поступака државе⁸.

Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања детаљније регулише заштиту затвореника од нехуманог поступања. Зарад остварења овог циља формиран је Европски комитет за спречавање мучења или нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања⁹. Овај Комитет своју активност остварује путем редовних или *ad hoc* посета установама у којима се налазе лица лишена слободe, тада контролише начин поступања према њима са циљем да се, када је то потребно, побољша стање у овој области.

Стандарди заштите људских права која су установљена на нивоу Уједињених нација и Савета Европе представљају полазну основу за доношење Европских затворских правила. Најпре је донета Резолуције (73) 5 од стране Комитета министара Савета Европе 1973. године, а која је садржала Европска стандардна минимална правила за поступање са затвореницима. Ова правила требала су да допринесу уједначавању праксе поступања према затвореницима међу државама чланицама Савета Европе. Њима су прокламовани општи, базични принципи поступања у овој области, те се могу сматрати европском верзијом Стандардних минималних правила УН. Установљена је обавеза да државе сваких пет година достављају извештај о поступању у овој области, а након првог петогодишњег извештаја 1978. године основан је Истражни комитет стручњака, са задатком да прати примену правила и ради на ревизији истих. Значајна је и активност Комитета за сарадњу у затворској проблематици¹⁰ у практичној примени ових правила и њиховој имплементацији у националним законодавствима. Поменути Комитет дао је допринос у увођењу савремених третмана у затворским установама, сарадњи међу државама у развоју поступака према затвореницима, а његова активност огледа се и у побољшању и развоју самих Правила. На основу савремених тенденција јавила се потреба за ревидирањем Стандардних минималних правила из 1973. године, што је учињено 1987. године доношењем Препоруке бр. Р (87) 3, када су ова правила

⁸ У члану 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода гарантовано је и право на правично суђење, којима се одређују улови који морају бити испуњени како био поступак био правичан.

⁹ <http://www.cpt.coe.int/en/>, приступљено 20.10.2012. године.

¹⁰ Committee for Cooperation in Prison Affairs, PC-R-CR.

добила и нови назив - Европска затворска правила¹¹. Поред тога што је у многим земљама дошло до напретка у развоју алтернативних санкција и њиховој примени према извршиоцима кривичних дела, казна лишења слободe остала је и даље неопходна санкција у свим кривичноправним системима.¹² Имајући ово у виду било је потребно да се што активније ради на питањима која су везана за заштиту права лица која су лишена слободe. Овој активности у великој мери допринела је и пракса Европског суда за људска права, посебно у дефинисању основних стандарда заштите права лица која су лишена слободe. Целокупан рад везан за заштиту људских права као и стално јачање свести грађана о значају ове области створиле су потребу за ревидирањем Европских затворских правила, што је и учињено 2006. године.

Европска затворска правила

Стални развој пенолошке науке и праксе извршења казне затвора довели су до ревидирања основних извора који регулишу ову област. Стога је након дуготрајне активности¹³ у проучавању нивоа поштовања права осуђених лица Комитет министара Савета Европе 11.01.2006. године ревидирао Европска затворска правила Препоруком бр. (2006) 2¹⁴ (у даљем тексту Правила). Препорука је донета у циљу унапређења и јачања примене Европских затворских правила, она не подлеже ратификацији и нема обавезујући значај за државе чланице Савета Европе, али је улога коју остварује у регулисању права осуђених лица велика, те представља темељ унутрашњег уређења ове области. Додатак уз Препоруку се састоји од девет делова и преамбуле. Постоје мишљења да се њима не успоставља нови модел извршења казни, већ да садрже основне претпоставке и стандарде које сваки систем мора да усвоји уколико жели да буде савремен и да на хуман и законит начин функционише¹⁵.

11 European Prison Rules, Council of Europe, Recommendation No. R (87) 3, Committee of Ministers of the Council of Europe, Strasbourg 12.02.1987.

12 Детаљније о томе: Константиновић-Вилић, С., Костић, М., *Пенологија*, Свен, Ниш, 2006. година, стр. 39.

13 Европски комитет за проблеме криминалитета 2002. године покренуо је иницијативу за ревидирање Европских затворских правила, након тога је на Конференцији одржаној у Риму у периоду од 25. до 27. 11. 2004. године представљен Нацрт нових затворских правила. У току доношења нових правила од значаја је била пракса Европског суда за људска права као и периодични и редовни извештаји Комитета о спречавању мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања. Опширније Сијерчић-Чолић, Х, *Годишњака Правног факултета у Сарајеву*, L-2007, стр. 465-494.

14 Recommendation Rec (2006)2, of Committee of Ministers of the Council of Europe, Strasbourg 12.02.1987.

15 Видети: Радоман, М. *Пенологија и систем извршења кривичних санкција*, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2003. година, стр. 103.

У делу првом представљени су основни принципи и домет изложени кроз тринаест тачака. Првих девет тачака односи се на основне принципе, који представљају базу целокупних Правила и нову прогресивну идеју јачања заштите права лица која су лишена слободе. Како само лишење слободе са собом носи ограничење личних права, лица која су лишена слободе не требају бити додатно кажњена начином на који се према њима поступа. Правилима је предвиђено да се према свим лицима лишеним слободе поступа уз поштовање њихових људских права, оних која нису ограничена лишењем слободе, те се то допуњује и другом тачком у којој је назначено да она задржавају сва права која им законито нису одузета одлуком којом су осуђени или којом је одређен притвор. Овим Правила гарантују ограничење људских права само у оној мери у којој је то усклађено са законитом одлуком, док осуђена лица задржавају сва остала, социјална, економска политичка и културна права која уживају и слободни грађани. Сам опсег у којем права могу бити ограничена регулисан је правилом 4. на начин да она требају бити минимална, неопходна и сразмерна легитимном циљу због којег су одређена. Оправдање за постојање затворских улова којима се угрожавају људска права не може се тражити у недостатку материјалних средстава¹⁶. Организација установа за извршавање казне затвора треба да буде таква да омогући што бољу припрему осуђеника за касније укључење у друштво, стога живот у затвору треба да буде у складу са позитивним аспектима живота на слободи и да омогућава реинтеграцију у друштво лица која су била лишена слободе, чиме би се остварио и основни циљ постојања казне затвора - ресоцијализација осуђених лица. Правилима се промовише координација са цивилним друштвом, те њихово укључивање у процес ресоцијализације осуђених лица како би се још у ток трајања казне успоставила веза осуђеног лица са друштвом (правило 7). Посвећена је пажња и затворском особљу, истакнуто је да оно обавља значајну јавну функцију те да је неопходан пажљив одабир лица која би се бавила овом облашћу, омогућавање њиховог сталног усавршавања и адекватног радног окружења. У основне принципе укључена је и стална контрола и праћење затворских институција.

У првом делу предвиђен је и домет Правила, те се она односе на сва лица која су лишена слободе, било да се она налазе у притвору или да су у

¹⁶ У вези овог правила значајна је пракса Европског суда за људска права, тако у предмету *Сенбауер против Хрватске*, (9. 3. 2006, бр. 73786/01) Суд закључује да је дошло до повреде члана 3 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода јер је осуђеник изветан период у току издржавања казне затвора провео у крилу Б Казненог завода Лепоглава у којем није било грејања, зидови у ћелији су били влажни и орошени, ћелија је била прљава, постељина није мењана редовно, у ћелији није било мокрог чвора, па је уринирао у пластичном контејнеру јер су страћари одбијали да га посте ноћу, храна је била некавалитетна и није је имало довољно а у ћелију је углавном делио са још неким лицем јер је у затвору био смештен велики број лица. Излагање осуђеника оваквим поступцима по мишљењу суда представља понижавајуће поступање.

затвору након доношења осуђујуће пресуде (правило 10). Наведено је и да лица лишена слободе која су малолетна не могу бити смештена у установе у којима су смештена пунолетна лица, а уколико ипак буду смештене са пунолетним особама потребно је донети посебна правила о њиховим потребама и положају (правило 11.1 и 11.2). На сличан начин регулисано је и питање издржавања казне затвора лица која имају душевних обољења, те се она смештају у посебне установе, а уколико казну издржавају у затворима донеће се посебна правила о њиховом положају и потребама. У закључку првог дела наведено је да се Правила примењују непрестано, без дискриминације по било ком основу, као што су пол, раса, боја коже, језик, вероисповест, политичко или друго уверење, национално или друштвено порекло, повезаност са националном мањином, имовинско стање, статус по рођењу или било који други статус (правило 13).

Даљом анализом Правила уочава се да је значајан део посвећен условима затварања, који су у директној вези са основним принципима и примењују се на све особе лишене слободе (Део II)¹⁷. У овом делу изнета су бројна правила која се односе на примање затвореника, њихова права и обавезе и аспекте живота у затвору, што је од виталног значаја за заштиту личне слободе као и одређивање законских могућности и случајева у којима је дозвољено њено ограничење. Правила истичу обавезу да, у циљу заштите основних права затвореника, приликом пријема у затвор, али и након тога кад год је то потребно, сваки затвореник буде обавештен, писмено или усмено, на језику који разуме, о кућном реду и другим важећим прописима, као и о његовим правима и обавезама у затвору (правила 15.2. и 30.1.). У овом делу Правила говори се о класификацији затвореника и критеријума за то. Наиме, правилно разврставање осуђених лица предуслов је успешној ресоцијализацији, стога се приликом одлучивања о смештају затвореника у одређене затворе или у посебна одељење затвора, у обзир посебно узима: да притвореници буду одвојени од затвореника који су на извршењу казне затвора, да су затвореници одвојени од затвореница и да су млађи затвореници одвојени од старијих затвореника. Изузетно, од овог правила одступиће се како би се затвореницима омогућило да учествују у заједничким активностима, с тим да ће се групе увек раздвојити у ноћним сатима, осим ако сами не пристану на заједнички смештај, а управа затвора оцени да би то било у најбољем интересу свих затвореника на које се такав изузетак односи (правило 18). На овај начин онемогућава се негативан утицај који затвореници могу имати једни на друге. Само смештање затвореника, односно решавање питања преоптерећености затвора остављено је на регулисање домаћем законодавству, иако се ради о комплексној области услед све већег броја лица која су осуђена на затворске казне (правило 18. тач. 3 и 4). Услови живота у затворској средини су у директној вези са економским стањем у држави, из тог разлога Правила посвећују пажњу и овој области те се предвиђају минимуми који морају бити

¹⁷ Константиновић-Вилић, С, Костић, М., *Пенологија*, Свен, Ниш, 2011. година, стр. 42.

остварени у одећи и постељини и другим повезаним правима инсистирајући на томе да сваком осуђенику морају бити гарантована елементарна права у том погледу. Правила предвиђају сталну обавезу одржавања хигијене у установама, као и право затвореника да посећују санитарне просторије у којима мора бити поштована њихова приватност (правило 19). Приликом припремања obroka за затворенике води се рачуна о њиховом здравственом стању, радној ангажованости и вероисповести, док у сваком тренутку чиста вода за пиће мора бити доступна (правило 22). Обзиром да лица лишена слободе имају умањену могућност да заштите своја права, Правилима су предвиђене обавезе затворске управе да сваком осуђенику омогући заштиту права (правило 23). Правила јасно наглашавају да ће затворска управа осигурати одговарајуће просторије у којима ће затвореници примати правне савете, затим упознати затвореника са могућностима бесплатне правне помоћи и осигурати поверљивост у комуникацији о правним стварима између затвореника и њихових правних саветника. У овом делу осуђеницима је гарантовано остварење комуникације са спољашњим светом, чак се они и морају подстицати на што активнији контакт са заједницом (правило 24). Рад се сматра значајним аспектом третмана у процесу ресоцијализације, те се веома често примењује у установама за извршавање казне затвора. Радно ангажовање затвореника њима омогућава сразмерну зараду и треба да допринесе бољем укључивању у радне активности на слободи, и не сме се користити као казна (правило 26). Како је очување здравља један од основних принципа Правила, у циљу његовог остварења детаљније се регулише право на свакодневну физичку активност која припада свим лицима која су лишена слободе (правило 27). Виши ниво образовања омогућава лакшу реинтеграцију осуђених лица у редовне друштвене токове. Из овог разлога у већини установа организује се едукација која треба да буде примењива и усклађена са потребама и афинитетима лица лишених слободе. Правила наглашавају да предност у образовању требају да имају лица која немају основно образовање, али и млађи затвореници (правило 28). Како у установама за лишење слободе могу бити смештене различите категорије лица Правила обрађују посебну пажњу на жене и малолетнике, те указује на потребу да овим групама буду омогућена додатна права која су у складу са њиховим потребама (правила 34 и 35).

Део III Правила посвећен је организовању и пружању здравствене заштите. Ово питање веома је значајно јер је у ранијој пракси често долазило до повреде права на пружање здравствене заштите, о чему сведоче и пресуде Европског суда за људска права.¹⁸ Без обзира на чињеницу да су лишена слободе и ова лица задржавају право на очување физичког и психичког здравља. Како осуђена лица

¹⁸ Европски суд закључио је да је повређен члан 3. Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода у случају када је болесник у постељи везан лисицама или ланцима о чему сведоче случајеви *Mouisel v. France*, (2002-IX, 67263/01 од 14. 11. 2002.) и *Henaf v. France* (2003-XI, 65436/01 од 27. 11. 2003.).

имају већу могућност задобијања психичких поремећаја изазваних боравком у затвору али и других обољења, посебно оних у вези са заразним болестима као што су ХИВ, хепатитис и сл. неопходно је афирмисати бригу о очувању здравља. Држава је лишавајући слободе особу преузела обавезу да брине о њеном здрављу, како кроз услове у којима су особе смештене, тако и кроз индивидуални третман који је потребан. Зато здравствена заштита у затворима треба да буде регулисана по принципима уређења који важе за општу здравствену службу, што гарантује примену једнаких метода лечења (правило 40.1). Посебно је издвојена брига за очување душевног здравља (правило 47) осуђеника који су затворени у установама општег типа¹⁹ и спречавању самоубиства.

Одржавању реда у затвору и спречавању негативних појава које су опасне за затворску средину и ширу друштвену заједницу посвећен је Део IV. Сама затворска заједница одликује се бројним специфичностима и особеној организацији које су последица вештачки и принудно установљеног заједничког живота²⁰, те у њој није лако организовати поштовање правила и очување права затвореника истовремено. Правила предвиђају одржавање реда у складу са потребама безбедности, сигурности, дисциплине уз истовремено пружање животних услова којима се поштује достојанство осуђених лица, која се и подстичу да активно учествују у установљавању општих улова за издржавање казне (правило 49 и 50). Установе по својој врсти, али и одељења у њима разликују су се по карактеристикама лица која се у њих смештају, а ово условљава постојање различитих нивоа безбедности. Зато се истиче да мере сигурности које се примењују на затворенике требају бити минимално потребне да би се обезбедило њихово сигурно чување (правило 51.1), те да ће се ниво сигурности који је потребан редовно преиспитивати у току целокупног периода боравка у затвору (правило 51.5). Посебно осетљиво питање односи се на дисциплинско кажњавање осуђених лица (правила 56-62) и употреби силе према њима (правила 64-67), јер се ту највише огледа могућност да затворска управа прекорачи своја овлашћења и директно угрози права осуђеника. Правила предвиђају да затворско особље неће користити силу против затвореника, осим у самоодбрани или у случају покушаја бекства или активног или пасивног физичког отпора прописаном реду у установи, и то увек као последњу меру (правило 64.1). На овај начин подстиче се јачање комуникације између управе и затвореника и решавање конфликта мирним путем. Уколико је пак неопходна примена мера високог степена сигурности или безбедности поступак за њихову примену мора бити посебно регулисан домаћим законодавством и њиховој примени мора претходити одобрење надлежног органа (правило 53). Дисциплинском поступку је посвећена одговарајућа пажња (правило 56), те се

¹⁹ Ове одредбе не односе се на лица обухваћена правилом 12 која услед психичких поремећаја казну издржавају у посебним здравственим установама.

²⁰ Константиновић-Вилић, С, Костић, М., *op. cit.*, стр. 42.

он сматра последњом мером у решавању конфликта, којем треба да претходе поступци ресторативне правде, мирење и медијација. Средства везивања користе се само онда када је то потребно за заштиту затвореника (спречавање самоповређивања) или других лица, у трајању које је неопходно потребно и, коначно, та употреба мора бити уређена домаћим законом и не може зависити од дискреционе оцене затворске администрације, док је примена окова и ланаца забрањена (правилом 68). У овој области значајно је нагласити могућност да осуђеник уложи „захтев“ или „притужбу“, како у оквиру затворског система, тако и изван њега, такође, може уложити жалбу независном органу када управа одбије његов захтев или притужбу, потом прописују право затвореника да траже правни савет или правну помоћ у вези са поступцима који се воде али и заштиту од евентуалних опструкција или кажњавања осуђеног лица које је уложило захтев или притужбу (правило 70).

Лица лишена слободе треба да буду под контролом јавне власти, одвојено од војске, полиције или служби за кривичне исправе (правило 71). Затвор је дакле место које би требало да буде под контролом грађанског друштва, па је у многим европским државама организација и контрола ових установа посвећена министарствима правде. Овим одредбама почиње Део V који садржи правила о управљању и затворском особљу²¹. Кроз овај сегмент изражава се важност затворског особља за успешно поступање са затвореницима. Постојање формалног затворског система је неопходно за успешно остварење циљева ресоцијализације, јер особље свакодневно ради са затвореницима и представља везу са друштвом. Затворима се управља у складу са етичким духом који поштује обавезу поступања са свим затвореницима на хуман начин и уз поштовање њиховог људског достојанства (правило 72.1). Правила наглашавају потребу да затворска управа организује систем поступања који је у складу са високим стандардима предвиђеним међународним и регионалним инструментима за заштиту људских права (правило 83.а). Неопходно је остварити одговарајући ниво транспарентности у раду установа, па ће због тога затворска управа константно обавештавати јавност о функционисању затвора, а подржаваће и програм истраживања и евалуације сврхе затвора (правила 90 и 91). Структура лица која чине затворско особље веома је значајна за остваривање циљева ресоцијализације, зато треба пажљиво одабрати лица за ту улогу, али и континуирано радити на њиховом образовању и усавршавању у области заштите људских права (правила 76-81).

У циљу што успешније контроле стања у затворима Правила у Делу VI предвиђају постојање државне инспекције, која утврђује да ли се у затворима поступа у складу са међународним и домаћим законодавством, али и постојање независног надзора који своја запажања може јавно објављивати и остварити сарадњу са другим међународним организацијама која се баве истим питањима

²¹ Константиновић-Вилић, С, Костић, М., *op. cit.*, стр. 45.

(правило 92 и 93). Постојање перманентне контроле на различитим нивоима ствара потребу да затвори теже што бољој организацији. Такође, овим се пружа могућност да се осуђена лица обратe независним телима са примедбама на режим у установама, што доприноси ширењу спектра заштите њихових права.

Услед постојања значајне разлике између лица која издржавају казну затвора и оних која су притворена Правила у Дели VII одређује да се на притворенике примењују одредбе које се односе на све затворенике уз додатна обезбеђења (правило 95), која се односе на обезбеђивање потребних просторија за припремање одбране и састајање са правним заступницима (правило 98.2). На овај начин жели се постићи додатна заштита притворених особа, јер и поред постојања претпоставке невиности оне пролазе третман гори од оног који пролазе осуђене особе. Зато се предвиђа њихов смештај у одвојене делове затвора, могућност да раде, те примена режима за осуђене затворенике уколико то одаберу, јер сврха због које се они налазе у установи није ресоцијализација, већ остварење других, процесних, циљева.

Део VIII говори о режиму за осуђене особе, наводећи да се према њима треба поступати на начин који доприноси поправљању и социјалној рехабилитацији. Мере које се примењују усмеравају се ка развоју одговорности осуђеника и омогућавању наставка живота без вршења кривичних дела. Самим лишењем слободе лице је кажњено, стога услови и затворски режима не смеју додатно увећати патњу коју затварање иначе подразумева (правило 102). На овај начин осуђеници се штите од додатног кажњавања, а према њима се примењује третман који омогућава лакше укључивање у заједницу. Тај режим примењиваће се одмах након пријема затвореника, када ће бити израђен програм поступања, а затвореника треба подстицати да активно учествује у састављању програма (правило 103). Овакво регулисање омогућава да се према сваком затворенику поступа саобразно његовој личности и потребама, те да он кроз рад, образовање и усавршавање буде припремљен за живот на слободи. Затвореници који то желе могу бити укључени у процес ресторативне правде и обештећења жртве, чиме се подстиче активна сарадња између осуђеника и заједнице (правило 103.7). Овако се осуђена лица приближавају заједници, те их она прихвата као своје чланове. Програми који се према осуђеницима примењују могу бити различити у зависности од потреба које су уочене. Састоје се из рада, школовања, других активности и припреме за отпуштање.

Правила су допуњена Делом IX у којем је наведено да ће она бити редовно допуњавана, пратећи токове у развоју пенолошке науке.

Закључак

Данашњи ниво заштите људских права који је постигнут у међународној заједници створио је потребу да се активно ради и на заштити права лица која су лишена слободе. Проналажење начина да се казна затвора реализује на хуман начин стални је подстрек да се међународни акти у овој области стално усавршавају. Европски минимални затворски стандарди због тога су већ два пута ревидирани од њихове прве верзије из сад већ давне 1973. године, чиме се показује да она не остају на истом нивоу већ стално теже усавршавању. Последња ревизија настоји да рефлектује различите традиције у извршењу казне затвора у државама чланицама Савета Европе, како би се створио јединствен третман и ниво заштите према лицима лишених слободе.

Активност међународне заједнице на пенитенцијалном плану указује да се казна затвора сматра окосницом кривичних санкција, те јој се посвећује посебна пажња, што је разумна последица чињенице да је на почетку XXI века, око два милиона људи лишено слободе. Зато је неопходно уредити начин поступања према овим лицима и спречити поступке према њима који би били додатно кажњавање. Лица која су лишена слободе чланови су друштва, која су само привремено издвојени у установе за извршавање казне затвора, зато поступање према њима треба бити такво да омогућава њихово што успешније враћање у заједницу. Стога су, према Европским затворским правилима, основни циљеви кажњавања преваспитавање и оспособљавање за живот на слободи. Њима се тежи ка успостављању минимума у поштовању принципа хуманог поступања са лицима лишеним слободе уз остављање могућности државама да у законодавству предвиде шира права. Као динамична област правила поступања са лицима лишеним слободе и у будућности ће бити усавршавана пратећи развој пенолошке мисли.

Литература

Константиновић-Вилић, С, Костић, М., *Пенологија*, Свен, Ниш, 2006. година

Константиновић-Вилић, С, Костић, М., *Пенологија*, Свен, Ниш, 2011. година.

Милутиновић, М., *Пенологија*, Савремена администрација, Београд, 1988. година.

Радоман, М., *Пенологија и систем извршења кривичних санкција*, Правни факултет, Центар за издавачку делатност, Нови Сад, 2003. година.

Сијерчић-Чолић, Х., *Европска затворска правила*, *Годишњака Правног факултета у Сарајеву*, Правни факултет у Сарајеву, Сарајево, 2007. година.

Интернет адресе

<http://www2.ohchr.org/english/law/treatmentprisoner>

<http://www.cpt.coe.int/en/>

Jelena Papovic, LL.D. Student

Faculty of law, University of Niš

THE EUROPEAN PRISON RULES

- protection's segment of the human rights in the European Legal Space-

Summary

This paper gives insight into the ways in which the penal institutions are regulated by the European Prison Rules. At first it describes activity on the international level, which existed prior to adopting the European Prison Rules, in the United Nations and in the Council of Europe. Furthermore, it shows making procedure of the United Nations Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, as well as the basic principles of treatment of inmates which were established by adopting this document. After that, the paper presents the activity in the Council of Europe directed towards protection of the human rights by making the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment. In this way the foundation has been created to promote the rights of persons deprived of their liberty and to promote detailed regulation of this area, through the adoption of European Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners (1973) and the European Prison Rules (1987), as a basis for the current European Prison Rules. In addition to what has been said, this paper presents the European Prison Rules, through explaining the basic standards that are provided by them, with special reference to the organised treatment that allows successful socialization of the inmates, legal protection and professional assistance, health care, communication with the outside world, work, adequate clothing, education and training, as well as prohibition of further punishing, abusing or torturing. The importance of the protection of the human rights in this area is shown through this international efforts, because persons deprived of their liberty are vulnerable social category, often incapable of defending their own rights. As a result, the European Prison Rules established the basic principles in this field, while countries that are members of the Council of Europe at the domestic level may provide a higher level of protection.

Key words: *the European Prison Rules, the Rights of the convicted*

Ива Поповић, студент докторских академских студија права
Правни факултет Универзитета у Нишу
стипендиста Министарства просвете и науке РС

ПОРЕСКА УТАЈА У НАШЕМ ПРАВУ¹

Апстракт: Предмет анализе овог рада је кривично дело пореске утаје у правном систему Србије. У уводним разматрањима и историјском осврту дат је кратак преглед хронолошког развитка овог кривичног дела и његовог правног регулисања у нашем праву. Надаље, разматрају се појам и елементи самог кривичног дела пореске утаје у актуелном законодавству Републике Србије, са теоретским и правним објашњењем свих елемената самог кривичног дела. Квалификовани облик кривичног дела пореске утаје је обрађен кроз разраду узрочно-последичне везе између радње извршења основног облика кривичног дела и предузете радње извршења. Разматрају се и начини сазнања о постојању кривичног дела пореске утаје и упоредна правна решења, као модуси што успешније борбе против овакве врсте кривичних дела. У оквиру мера за сузбијање и спречавање ширења пореске утаје обрађени су најчешћи облици мера прихваћених у правној теорији и пракси.

Кључне речи: порези, пореска утаја, Република Србија.

Уводна разматрања и историјски осврт

Историјски гледано, развој пореске утаје је проистекао из развоја кривичних законодавстава која су регулисала општи појам пореске евазије. Пореска утаја у ранијим законодавствима није била стриктно одвојена од осталих кривичних дела. У свим друштвено-политичким системима, и раније и сада, јављао се отпор плаћању јавних прихода. У суштинском смислу то је био покушај пореских обвезника да се ублажи или отклони притисак фискалног система при плаћању скоро сваког од облика јавних прихода.

¹ Чланак је резултат рада на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу, „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство за науку и технолошки развој, бр. уговора 179046

Треба, као први пример прецизнијег и обимнијег регулисања кривичних дела из области пореске утаје, навести римско право. Стоји чињеница да у овој области кривично право Рима није било у истој равни са знатно развијенијим грађанским правом, али је свакако утицало на развој ове кривично-правне области у свету. Као илустрацију наводимо да је, под утицајем римског права, у већем делу израђен француски *code penal*, као и други кривични законици.

Историја права, као и историја нашег права, бележи различите појавне облике и видове утаје, а поред тога и начине кривично правне борбе против оваквог понашања. Правна историја наше земље садржи почетне податке о овоме још у раном средњем веку. На нашем подручју, од деветог до једанаестог века, постојали су прецизно утврђени системи за утврђивање и наплату пореза и јавних дажбина. То је, иначе, период феудализације византијске државе (913-1139).

Као најзначајнији писани правни извор на нашем подручју истиче се **Душанов законик** који је донет на Саборима 1349. и 1354. године. О значају овог законика говори и чињеница да је он донет скоро два века пре немчког законика *Constitutio Criminalis Carolina* из 1543. године, који је регулисао кривична дела пореске утаје и неплаћања пореза.

У периоду пре Првог светског рата као најзначајнији законски прописи који су регулисали ову материју јављају се Душанов законик и Закон о непосредном порезу Србије из 1884.

Душанов законик настао је у периоду средњевековне немањихке Србије. Сам законик садржи мноштво кривичних одредби, пре свега одредби материјалног карактера, а међу њима се налази и кривично дело утаје или неплаћања пореза. Ово кривично дело се предвиђа чланом 198. Душановог законика и то према раковичком рукопису². Душанов законик је, због пада Србије под турску власт, кратко трајао.

Марта 1860. год. донет је Казнитељни законик за Књажевство Србију³. За њега се може рећи да је први системски правни акт из области кривичног права, а направљен је по узорима развијених земаља Европе тог времена. Мада је у много чему значајан, он није довољно и прецизно регулисао заштиту фискалних интереса државе.

Донекле права кривично-правна заштита фискалног система, пореза и јавних давања установљава се тек 1884. године када је донет посебан Закон о непосредном порезу Србије⁴. Овај закон први пут, поред установљавања врсте пореза, обвезника, времена доспелости и начина прикупљања пореза, регулише и кажњавање за непоштовање ових законских одредби.

2 Анђелковић, М., Јовашевић, Д., Избегавање плаћања пореза (фискални и кривично-правни аспект), Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2006, стр. 143

3 Ibidem, стр. 144

4 Ibidem, str. 145

Период између два светска рата обухвата период стварања Краљевине Срба, Хрвата и Словенаца 1918. године до стварања Краљевине Југославије 1929. године. Правно законодавство овог периода карактерише разуђеност правних прописа из ове материје због различитих фискалних прописа који су важили на територијама које су, после Версајског мировног уговора, ушле у састав нове државе. Као два најважнија прописа донета у том периоду наводимо Закон о порезу на пословни промет из 1922. године и Закон о непосредним порезима из 1928. године. Закон о непосредним порезима у свом члану 142. предвиђа самостално кривично дело пореске утаје.

После краја Другог светског рата и ослобођења наше земље долази до обнове земље и изградње нове државне организације. Нова државна организација захтева изградњу новог правног система и стварање нових правних прописа. Како су последице рата биле тешке и дуготрајне пред државом је био дуг и напоран процес успостављања система и прописа.

У овом периоду се, први пут у нашем законодавству, кривично дело избегавања и неплаћања пореза и других јавних дажбина појављује у **Кривичном законнику из 1951.** године. Поред тога, ова правна питања су регулисана и следећим законима:

1. Закон о изменама и допунама Кривичног законика из 1959.године
2. Кривични закон Републике Србије из 1977. године
3. Кривични закон Републике Црне Горе из 1993. године
4. Нацрт Кривичног законика СР Југославије из 1998. године
5. Закон о пореском поступку и пореској администрацији из 2002. године
6. Кривични закон Републике Црне Горе из 2003. године
7. Кривични закон Републике Србије из 2005. године

Појам и елементи кривичног дела пореске утаје

У нашем праву, у оквиру кривичних дела против привреде, по свом значају, природи и карактеру издвајају се пореска кривична дела. Њих има више врста, а овај рад ће се због значаја фокусирати на основно кривично дело ове врсте, односно на кривично дело пореске утаје.

Ово дело је предвиђено чланом 229. Кривичног законика Републике Србије. Ступањем на снагу новог Кривичног законика **2006.** године извршена је измена: раније кривично дело „избегавање плаћања пореза“, предвиђено у члану 172. Закона о пореском поступку и пореској администрацији, замењено је чланом 229., а остала пореска кривична дела су и даље предвиђена у споредном кривичном законодавству (Закон о пореском поступку и пореској администрацији).

Појам кривичног дела пореске утаје се дефинише као избегавање законске обавезе плаћања законом одређеног новчаног износа у корист државе чиме се наноси штета друштвеним интересима и функционисању свих буџетских институција и послова. Треба истаћи да се, тек када се ради о избегавању пореске обавезе у већем обиму (тежим случајевима), испуњавају услови за постојање самог пореског кривичног дела. Сви други случајеви мањег значаја (пореске недисциплине и пореске евазије) означавају се као противправно и кажњиво понашање, али имају законско обележје привредних деликата (привредни преступи и прекршаји).

Основно фискално кривично дело нашег правног система је пореска утаја. Предвиђено је у члану 229. КЗ РС, а његово одређење се састоји у чињеници **давања лажних података о својим законито стеченим приходима, предметима или другим чињеницама које имају утицај на утврђивање пореских обавеза или у непријављивању истих у случају обавезне пријаве или у прикривању података који се односе на утврђивање пореске обавезе у намери да се себи или другоме у потпуности или делимично омогући избегавање плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина, а висина избегнуте обавезе прелази износ од 150 000 динара.**

Према законској дефиницији основна обележја бића овог кривичног дела су:

- објект заштите
- облици испољавања
- радња извршења
- последица дела
- облици виности
- својство учиниоца
- прописана санкција

Према законској одредби објект заштите код овог кривичног дела је **фискални систем, систем јавних прихода**, а он чини основу привредно економског система сваке земље. Сам објект напада је алтернативно одређен у смислу да он може бити **порез, допринос или друга прописана дажбина која представља јавни приход.**

Закон, у опису радњи извршења, даје дефиницију два облика испољавања: основног и тежег, квалификованиог.

Основни облик се у зависности од предузете радње може појавити у три вида:

1. давање лажних података о приходима
2. непријављивање прихода у случају обавезне пријаве
3. прикривање података на други начин⁵

⁵ Ibidem, стр. 194.

Овде се, као што смо раније навели, ради о специфичном облику кривичног дела преваре, а само манифестовање се остварује алтернативно на два начина: као чињење – *delicta commissiva* и као нечињење, пропуштање дужности на чињење – *delicta omissiva*. То значи да се давање лажних података о приходима дефинише као активна радња извршења овог кривичног дела, а непријављивање прихода као пасивна делатност која се као радња прикривања може предузети и чињењем и нечињењем.

Давање лажних података се, код објашњења радње извршења кривичног дела, увек односи на законито стечене приходе, предмете или чињенице које су од утицаја за утврђивање пореске обавезе. Суштина је да се законито стечени приходи, предмети или друге чињенице неистинито и нетачно приказују у односу на фактичко стање, али увек уз услов да се ради о законито стеченој имовини. Поједностављено, приходи се приказују у мањим износима од фактичких, предмети који су стечени приказују се у мањој вредности или мањем обиму, приказују се већи расходи од стварних или се неистинито и нетачно приказују друге чињенице и подаци који су од значаја за утврђивање висине пореза или других законских доприноса. Ова законска одредница увек се везује за период у коме лице подлеже опорезивању.

Облици и начини оваквог лажног приказивања одлучних чињеница су веома различити и бројни али је битно да се давање лажних података, у смислу радње извршења кривичног дела пореске утаје, увек односи на важне и одлучне чињенице које су од значаја за утврђивање пореских и других обавеза. Сходно томе, на постојање радње извршења овог кривичног дела не утичу чињенице које немају већи значај и не инкорпорирају се у радњу извршења.

За само постојање радње извршења кривичног дела се, према нашем закону, не прави разлика између облика пореске пријаве (усмена или писмена, или стављање пореским органима на увид пословних књига и друге документације везане за пословање). Такође је неважно да ли се ова документација подноси на захтев пореског органа или од стране пореског обвезника.

Дело пореске утаје и сама радња извршења кривичног дела постојаће и када се подаци дају накнадно, као допуна раније поднете пореске пријаве, или у поступку контроле прихода (редовна, ванредна и инспекцијска контрола)⁶.

Према нашој судској пракси не постоји кривично дело пореске утаје када је орган управе друштвених прихода, у моменту доношења решења о утврђивању пореске обавезе, располагао валидним подацима који су указивали на лажност података у пореској пријави али је, и поред тога, решење засновано на таквој пријави.

Пореска утаја се може извршити, као што смо раније поменили, само давањем лажних података у погледу законито стечених прихода и предмета.

⁶ Анђелковић, М., Јовашевић, Д., Избегавање плаћања пореза (фискални и кривично-правни аспект), Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2006, стр. 195.

То истовремено значи да лица која не поднесу пријаву о приходима, а стечени су вршењем кривичних дела, привредних преступа, делатности у области сиве економије и слично, не чине ово кривично дело. Наша судска пракса прихвата схватање да би, у оваквој ситуацији, дошло до самопријављивања извршиоца неког од наведених кривичних дела, што сам закон не захтева, а самоприкривање је практично обухваћено његовим правом на одбрану. Овакво законско решење важи и када је лице позвано од стране надлежног органа да поднесе пријаву о приходима, а оно је не поднесе или, у пореској пријави, наведе неистините податке.

Други облик радње извршења обог кривичног дела састоји се у непријављивању законито стеченог прихода, предмета односно чињеница које су од утицаја на утврђивање пореза. Дело постоји када лице које има законити приход или законито стекне предмет опорезивања не поднесе пореску пријаву, а обавезан је на то, или у поднету пријаву не унесе неки од извора прихода који улази у основ за опорезивање или не назначи његову висину. Према врсти радње ово се дело може извршити на два начина. Први начин је пропуштање да се благовремено и у прописаном року поднесе пореска пријава о стеченим приходима и предметима или другим чињеницама које су од значаја за утврђивање висине пореске обавезе, а од стране лица које је, по закону или подзаконским прописима, то обавезно да учини. Други облик је пропуштање да се у благовремену пореску пријаву унесу неки од извора прихода или њихова висина. Код овог вида испољавања кривичног дела пореске утаје радња се може извршити активном делатношћу - чињењем или нечињењем, пропуштањем извршења законом засноване обавезе (негативна пасивна делатност).

Наша судска пракса бележи бројне примере различитих појавних манифестација и облика конкретног испољавања радње извршења кривичног дела пореске утаје. Као најкарактеристичније наводимо следеће: пропуштање пореског дужника да се пријави пореским властима, непријављивање прихода пореском органу или пријављивање умањених остварених прихода, пријављивање одбитака по основу расхода који су лажни или су били мањи од наведеног износа или истицање одбитака чија сврха није истинита.

Последицу неког кривичног дела можемо дефинисати као произведену промену или стање у спољњем свету које се састоји у некој штети нанетој објекту на које је усмерено то дело. Практично, то представља нанету штету заштитном објекту и штету објекту радње.

Кривично дело утаје пореза, као и свако кривично дело, мора да има своју последицу. Без последице нема друштвено опасног дела, па ни кривичног дела. Сама пореска утаја у сваком друштву на различите начине испољава негативна дејства и остварује штетне последице. У свим савременим државама ово кривично дело је веома присутно, има велики значај и велике размере.

Избегавање плаћања пореза и доприноса има последице на фискалном плану (неостваривање планираних средстава што проузрукује повећање пореских стопа и увођење нових пореза да би се покрио буџетски дефицит). Последице могу бити и на социјалном плану јер се угрожавају (нарочито за социјалистичка уређења ранијих држава, па и нашу) друштвене вредности као што су социјални мир, друштвени стандард, а стварају се често и друштвене реакције као што су социјални немири и слично. Суштина је у томе да, као последица пореске утаје, долази до немогућности подмиривања планираних друштвених расхода обзиром на законски одређени број обвезника пореза (фискални капацитет). Утајом долази посредно и до социјалних разлика јер се, као последица, јавља богаћење које није резултат уложеног рада. Држава може, у овим случајевима, да смањи планиране расходе у свим областима друштвено економског живота или повећа стопу опорезивања што доводи до сложених друштвено економских последица.

Последице овог кривичног дела су веома изражене због све присутније појаве глобализације и све ширег деловања мултинационалних компанија које, због потреба сопствене експанзије, отварају широм света своје филијале или ћерка фирме. Један од њихових основних мотива је стварање хиперпрофита коришћењем монополистичког положаја, а за избегавање плаћања пореза користе се преваре, подмићивање, изношење капитала и профита и на тај начин избегава плаћање пореза домицилним државама.

Механизми кроз које се реализују ови нови, специфични облици међународне евазије и облици утаје пореза везани су за оснивање базних компанија, трансферних цена, злоупотребу пореских споразума, кроз облик „off shore“ компанија и слично.

Због све шире појаве пореске утаје **Савет ОЕЦД-а је 1998.** године сачинио посебну препоруку са циљем онемогућавања избегавања примене пореске политике резидентних земаља и онемогућавања негативних ефеката насталих нелојалном пореском конкуренцијом између држава и територија (наведених мањих држава) са преференцијалним пореским режимима⁷.

Извршилац кривичног дела пореске утаје је увек лице које је дало лажне податке о својим законито стеченим приходима, предметима или другим чињеницама које су од утицаја на утврђивање пореза, доприноса, социјалног осигурања или других прописаних доприноса. Истовремено, то је и лице које не пријави законито стечени приход, предмете или не пријави друге чињенице које су од утицаја на утврђивање наведених обавеза, а постојала је законска обавеза њиховог пријављивања.

Наше законодавство одређује две групе физичких лица које се јављају као извршиоци овог дела. У прву групу спадају обвезници пореза и доприноса

⁷ Горчић, Ј., Анђелковић, М., Јавне финансије, финансијско право и економија јавног сектора, Проинком ДОО Београд, Ниш, 2005. стр. 725

за социјално осигурање и обвезници других прописаних доприноса. У другу групу спадају сва остала лица. Најчешћи извршилац овог кривичног дела је, пре свега, порески обвезник али може бити и друго лице које за пореског обвезника подноси или треба да поднесе пореску пријаву. У овом другом случају ради се о лицу које води књиговодствене послове другог лица и из тог својства проистиче обавеза да поднесе пријаву.

Наша судска пракса познаје и случајеве када је извршилац овог дела лице које под туђим именом обавља пословну делатност која га на тај начин обавезује на подношење пореске пријаве или се ради о тајном ортаку радње који је, у заједничком договору са сувласником, саставио и поднео лажну пореску пријаву⁸.

У већини савремених законодавстава сваки човек је пореско правни субјект и има исти обим и квалитет пореско правне способности. Када је у питању физичко лице изједначава се пореско правна и грађанско правна способност. Пореско правна способност физичког лица стиче се рођењем али, под одређеним условима, пореску правну способност има чак и зачето дете. Као илустрацију наводимо да ће се овакав случај десити ако порески обвезник умре пре него што му се утврди пореска обавеза па се, због те чињенице, пореска обавеза одређује његовим наследницима, чак и наследницима који су рођени после његове смрти.

Под појмом порески обвезник сматра се оно лице које је дужно да плати порез. Оно је истовремено и порески дужник. Правна теорија сматра да порески дужник представља ширу категорију и он не мора бити порески обвезник, иако се, најчешће, у пореским законима и литератури они представљају и употребљавају као синоними.

Као порески дужници се, осим пореског обвезника, јављају **порески платац, порески дестинатар и порески јемац.**

Под појмом порески платац сматра се оно лице које је закон обавезао да обрачуна и уплати дуговани порез. То не мора бити само порески обвезник, већ и неко друго лице као што је исплатилац одређеног прихода који се опорезује (послодавац који исплаћује зараду, банка која исплаћује камату и сл.). Порески платац није порески обвезник што проистиче из чињенице да поступа у име и за рачун обвезника али га закон истовремено обавезује, као и пореског дужника, да јемчи за наплату свих оних пореза код којих је предвиђена наплата по одбитку.

Порески дестинатар је оно лице које је, по интенцији законодавца, позвано да сноси порески терет. Порески дестинатар може да буде порески обвезник али је могуће да то буде и друго лице. Раздвајање пореског обвезника и пореског дестинатора се најбоље види код посредних пореза (порез на промет). Законодавац прописује да се порески терет ове врсте пореза пренесе на крајњег корисника - потрошача, купца чиме не обавезује продавца који је, иначе, одређен

⁸ Кулић, М., Пореска утаја и кријумчарење, БМГ Београд, Београд, 1999, стр. 138.

за пореског обвезника. Због тога порески обвезник (у овом случају продавац) продајну цену увећава за износ пореза који је и дужан да обрачуна у продајној цени.

Порески јемац је оно лице које, по основу закона или на аутономној основи, одговара за пореску обавезу другог лица - пореског обвезника. У пореским законима предвиђено је више случајева јемства. Један од њих се појављује код пореза на доходак грађана. Наплату аконтационих пореза по одбитку јемчи исплатилац прихода. У случају да је нови власник радње или предузећа преузео опрему и инвентар, он солидарно јемчи за наплату доспелог пореза са правним претходником до висине вредности преузете имовине. Поред наведених, постоји и случај када лице може да се обавезе пореском органу да ће својом имовином јемчити за одређену пореску обавезу неког пореског обвезника.

Као услов за постојање кривичног дела пореске утаје, поред наведеног (предузете радње извршења и објекта заштите) потребно је испуњење још неколико кумулативно предвиђених услова.

Први услов је да законом предвиђена радња извршења мора бити предузета само у односу на приходе и предмете који су **законито стечени**. Законска логика указује да се оно што је незаконито и противправно стечено, у смислу имовине и других предмета или прихода, не може опорезивати.

Друго обележје је да учинилац овог кривичног дела, при предузимању своје радње извршења, мора поступати са одређеним субјективним елементом. У том смислу закон предвиђа да је то **намера** да, у потпуности или делимично, учинилац или неко друго лице избегне плаћање пореза, доприноса или других прописаних дажбина. У овом случају намера као субјективни елемент мора постојати у време предузимања радње извршења и то баш код оног лица које у пореску пријаву уноси неистините податке или у предвиђеном року не подноси пореску пријаву, не подноси је комплетну са свим потребним подацима и чињеницама које су од значаја што би негативно утицало на правилно, законито и потпуно утврђивање пореске обавезе.

Треће обележје је везано за новчану висину овако избегнуте обавезе и оно постоји када је обавеза **прешла износ од 150 000 динара**. То значи да постоји узрочно-последични однос, односно веза између предузете радње и избегнуте обавезе: ако би избегнута обавеза била испод законом предвиђеног износа радило би се о пореском прекршају за који је предвиђена прекршајна казна и заштитна мера која је везана за овакав прекршај. Та узрочно-последична веза је истовремено и објективни услов инкриминације, а може се посматрати и као законодавни мотив кажњавања. Сама висина утајеног пореза или других прописаних обавеза и доприноса је важна за судску индивидуализацију казне (одмеравање казне), као и за саму квалификацију дела. Такође је потребно да је наведени износ утајеног пореза остварен у једној календарској, односно пословној години (у вези са тим није од законског значаја колики је износ

утајеног пореза или доприноса по једном исплатном документу или другом писмену самом за себе узетом)⁹.

У теорији кривичног права често се наилази и на следеће гледиште које указује на чињеницу да постојање кривичног дела пореске утаје подразумева да износ обавезе чије се плаћање избегава прелази законом прописани износ што директно указује да за постојање овог кривичног дела није неопходно да ли је учинилац успео у својој намери у избегавању пореске и друге прописане обавезе. То значи да ово кривично дело постоји када је постојала намера учиниоца, независно од тога да ли је плаћање обавезе избегнуто или није. У случају да је избегнуто то постаје чињеница значајна за оцену тежине последица кривичног дела и од битног је утицаја на одмеравање казне. При томе је без значаја која се од наведених обавеза избегава (плаћање само једне или више обавеза које су у закону или другом пропису наведене) или којим су делом учињена.

Једно од битних осталих обележја кривичног дела пореске утаје је фактички сама штета нанета органима, службама и пословима од интереса за целу друштвену заједницу. Без ефикасне, благовремене и потпуне наплате пореза, доприноса и других прописаних дажбина нема успешног обезбеђивања јавних прихода.

Код радње давања лажних података о чињеницама или прикривања података дело је свршено тек после момента када је надлежни орган пореске управе донео решење о утврђивању пореза и доприноса и оно постало коначно у поступку његовог доношења. Све до тог момента кривично дело није кажњиво и сматра се покушајем извршења кривичног дела.

У случају пореза и доприноса који се наплаћују по одбитку, дело је свршено у моменту доспелости пореског дуга, а код пореза где је законски услов време плаћања пореза, дело је свршено истеком законом одређеног рока. У случају да се дело врши пропуштањем подношења пореске пријаве, оно је свршено када је пропуштен рок за њено законско подношење иако надлежни орган није донео решење о разрезу пореза.

Давање одговора на питање када постоји свршено кривично дело пореске утаје, у кривично правној теорији, доводи и до другачијих становишта. Према неким ауторима дело је свршено када је учинилац дао лажне податке како о имовини, тако и о другим битним чињеницама и то у времену које је закон лимитирао (законски одредио период у коме постоји обавеза пријављивања). То би значило да се као услов постојања свршеног кривичног дела не тражи да је учинилац избегао (потпуно или делимично) плаћање пореза или доприноса већ да је дао лажне податке. У случају сумње надлежни порески орган може сам доћи до правог стања и одредити порез, а саме чињенице лажног приказивања имовног стања или података о стеченим приходима могу утицати на индивидуализацију казне, а не на само постојање кривичног дела.

⁹ Анђелковић, М., Јовашевић, Д., Избегавање плаћања пореза (фискални и кривично-правни аспект), Центар за публикације Правног факултета, Ниш, 2006, стр. 199

Квалификовани облик кривичног дела пореске утаје

Законодавац, пред основних видова испољавања овог кривичног дела, предвиђа и теже квалификовано дело. Оно је предвиђено у члану 229. став 2 и 3 Кривичног законика Републике Србије. Теже дело истовремено подразумева да је закон прописао строжије кажњавање и оно се може јавити у два вида.

Први тежи облик је оно дело за које је запређена казна затвора од једне до пет година затвора и кумулативно новчана казна у случају да је порески обвезник избегао плаћање пореза у већем износу од 1 500 000 динара.

Најтеже пореско кривично дело постоји ако је учинилац, било којом својом делатношћу (једном или више њих), избегао плаћање пореза у висини која прелази 7 500 000 динара. Предвиђена казна је од једне до осам година затвора и новчана казна кумулативно.

Услов за постојање оба облика квалификованог кривичног дела је избегнута обавеза у законом одређеној висини. Ова висина плаћања мора бити већ утврђена у време предузимања радње извршења основног облика кривичног дела и мора постојати узрочно-последична веза између радње извршења основног облика кривичног дела и предузете радње извршења.

Следећа значајна квалификаторна околност је умишљај учиниоца. Пошто се ради о кривичном делу квалификованом тежом последицом значи да је за његово постојање потребно да је учинилац свестан да својом радњом врши утају пореза или других обавеза у већем износу. Истовремено закон не тражи да је потпуно свестан одређене висине утајеног пореза.

И поред различитих ставова у теоретском смислу и ставова судске праксе око квалификаторне разлике основног облика пореске утаје и квалификованог облика истог кривичног дела, наша судска пракса је, за сада, заузела становиште да између основног и квалификованог облика кривичног дела пореске утаје не постоји квалитативна разлика. Изнети ставови кажу да оба облика кривичног дела садрже истоветна законска обележја, исти опис и имају идентичне елементе па је, међу њима, разлика квантитативне природе (у висини избегнуте обавезе плаћања).

Начини сазнања о постојању кривичног дела пореске утаје

У оквиру пореских кривичних дела из Кривичног законика РС, као најзначајније дело ове врсте, издваја се управо пореска утаја. Због специфичности самог кривичног дела, великог броја учесника, саучесника и, често, сложености доказивања пут до сазнања и кажњавања учиниоца је веома дуг, а истовремено представља један од значајнијих облика борбе против криминала.

Према решењу нашег Кривичног законика и законског описа произилази да кривично дело пореске утаје има више облика испољавања: основни и тежи облик, као и више видова конкретног манифестовања радње извршења. Сходно

томе, начин сазнања надлежних државних органа да је само дело извршено зависи од ових облика и видова испољавања.

Појавни облици, који се у дужем временском периоду јављају у криминалистичкој пракси органа унутрашњих послова, су најчешће везани за делатност приватних радњи, предузећа, приватних агенција и других видова приватне иницијативе. Често се јавља и њихова спрега са друштвеним (државним) сектором и привредним субјектима. Видови утаје пореза се јављају у облику непријављивања, нерегистровања радње, предузећа или делатности која се обавља. На овај начин се директно избегава плаћање пореских обавеза везаних за обављање делатности и поседовање предузећа или радње. Још један од честих облика јављања је и разбијање укупних прихода на више привредних субјеката у циљу избегавања прогресивне стопе пореза чиме се лажно ствара утисак да је остварен мањи приход.

Најчешћи облик избегавања плаћања пореза је умањење пореске основе на тај начин што се увећавају трошкови пословања или смањују остварени приходи. У случају повећања трошкова пословања рачуни, фактуре и друга битна докуменација која служи као доказ о трошковима се фалсификује, увећава се њихов износ у оквиру самог привредног субјекта, односно радње или у спрези са другим субјектима у пословању. Сам приход, из привредне делатности која се остварује, неправилно се књижи, документација се уништава, послује се и плаћа готовим новцем а не преко рачуна, не уплаћују се дневни пазари са циљем нетачног приказивања прихода. Неспорно је да, оваквим понашањем, порески обвезник, поред кривичног дела пореске утаје, чини и кривично дело фалсификовања исправа и оно, у овим случајевима, служи као покриће пореске утаје.

Један од најчешћих начина избегавања плаћања пореза држави је појава непријављивања запослених радника (рад на црно) и самим тим неплаћања законских доприноса. Такође се, као још један облик, појављује фиктивно смањење зарада радника (тзв. исплата на руке).

Појавом транзиције у нашој привреди, либерализацијом тржишта и глобализацијом светског тржишта јављају се нови облици утаје пореза на промет и све већа друштвена опасност зато што се ради о основном виду пореза и најзначајнијем извору прихода државног буџета.

Пошто се код овог облика најчешће јавља утаја пореза на промет, криминалистичка пракса се често среће са случајем да порески обвезник фиктивно, кроз документацију прикаже да је порез на промет производа платио добављач, што може да учини самостално или у спрези са добављачем. Када не постоји спрега пореског обвезника и добављача, превара се лако открива увидом у документацију добављача. Када та спрега постоји, превара се теже открива јер се мора вршити паралелна провера и кроз документацију добављача и документацију обвезника пореза. У склопу оваквог облика кривичног дела

пореске утаје јављају се лажни уговори у којима се обавеза плаћања пореза на промет преноси на добављаче робе.

Посебно бројни појавни облици везани су за промет алкохолних пића, за међусобну спрегу између предузећа која тргују на велико и мало, за фактурисање продате робе непостојећим предузећима или непостојећим предузећима чије је седиште на територијама бивших југословенских република. У последње време забележени су многобројни случајеви регистравања фиктивних предузећа чије је оснивање служило искључиво ради избегавања плаћања пореза на промет и стварања могућности за пореску утају.

Осврт на упоредно правна решења

У законским решењима суседних и других земаља постоји велика сличност у опису посматраних кривичних дела. Само кривично дело пореске утаје или слично кривично дело избегавања плаћања пореза предвиђа се у посебном делу кривичних закона или кривичних законика. У малом броју земаља (Француска, Швајцарска, Аустрија, Израел, САД) ово кривично дело је предвиђено у другим законима: у области уређења материје пореза, тзв. споредно или допунско кривично законодавство.

У већини кривичних закона превиђено је једно кривично дело пореске утаје које се јавља у основном и тежем квалификованом облику осим у наведеним земаљама које ову материју регулишу у оквиру допунског кривичног законодавства. Такође, мали број земаља у свом кривичном законодавству предвиђа, због значаја овог кривичног дела за фискални систем и буџет сваке земље, лакши привилеговани облик или блаже кажњавање или ослобађање од кажњавања. Ова мера се, скоро у свим законодавствима, јавља само у случају ако је лице пријавило своје дело до окончања истраге или уплатило одређени износ доспелих, а ненаплаћаних обавеза. Мада нека законска решења предвиђају лакши облик у случајевима када је избегнута пореска обавеза у мањем износу, то остаје фактичко питање које се решава приликом одмеравања казне у сваком конкретном случају.

Већина законодавстава уређује непосредну одговорност учиниоца, дакле последицу његовог чињења или нечињења. Само мали број земаља (нпр. САД и Француска) инкриминише и само помагање или подстрекавање учиниоца на избегавање пореске обавезе. То практично значи да се саучесништво изједначава са радњом извршења. Закон не предвиђа да је под утицајем саучесничких радњи у конкретном случају дошло до предузимања радње непосредног учиниоца, већ је довољна чињеница помагања и подстрекавања.

Из прегледа различитих решења се види да је објект напада у највећем броју кривичних закона порез, други доприноси или прописане обавезе. Закон оквирно говори о законским обавезама, не прецизирајући их јер суштину обавеза уређују други прописи из других области права.

Радње извршења се, у највећем броју кривичних законодавстава, испољавају у виду активних радњи - чињења или пасивних радњи - нечињења или пропуштања. Скоро код свих се активна делатност огледа у давању лажних података или сачињавању неистините рачуноводствене документације, периодичних извештаја у циљу преварног избегавања плаћања прописаних обавеза. Пасивна делатност се огледа, у великом броју законодавстава, као неподношење пријаве, непредавање декларације, неуплаћивање или кашњење уплате прописаних обавеза и слично. Још једна од општих одредница је постојање намере да се у потпуности или делимично избегне плаћање или само утврђивање пореза и других обавеза.

У оквиру политике кажњавања најчешће се виђају различита решења али се, у великом броју закона, предвиђа кумулативно изрицање казне затвора и новчане казне (Албанија, БИХ, Бугарска, Француска, Македонија, Република Српска). Распон казне затвора за основно дело креће се од прилично благих казни (Мађарска, БИХ, Бугарска, Република Српска, Словенија) до тежих када је (Француска, Хрватска, Македонија, Немачка) прописана казна до пет година затвора. У случају тежег облика кривичног дела максималне казне иду од пет година до, чак, петнаест година (у Републици Српској, где се казна изриче када је висина дажбина прешла законом одређени лимит или је дело извршено на посебно прикривен, преваран и опасан начин који захтева поштрено кажњавање). Крајње екстремно кажњавање постоји у Кини где је, за најтежи облик дела, предвиђена чак и смртна казна¹⁰.

Овај упоредни приказ указује да сама законска решења зависе од конкретних друштвено економских кретања и социјалног стандарда сваке посебне државе, као и од значаја самог дела и степена његове друштвене опасности за фискалну политику и остваривање јавних буџетских прихода.

Пошто је наше законодавство у сталним променама и тражењу најефикаснијег начина, средстава и поступака за спречавање и сузбијање пореске недисциплине, пореске евазије и противправног и недозвољеног понашања пореских обвезника, овај упоредни приказ представља илустрацију могућег пута за његову промену и начине даље борбе.

Мере за сузбијање ширења пореске утаје

Овај рад, као и свако друго теоријско разматрање самог кривичног дела пореске утаје, њених облика и самог настанка, је мали допринос проналажењу најбољих система мера за сузбијање и спречавање пореске утаје, као и разумевању њеног настанка.

¹⁰ Јовашевић, Д., Пореска утаја у упоредном кривичном законодавству, Страни правни живот, бр., 2/2009, стр. 186.

Анализом упоредног права видели смо да постоје различита законска решења и различите квалификације дела, али сматрамо да су следеће стратегије и иницијативе најчешће и најефикасније:¹¹

1) законодавна контрола која укључује опште, као и посебне одредбе против избегавања пореза, омогућава приступ пореских инспектора у истрагама, преглед закона који регулишу материју пореза, санкције, пореску амнестију и друго. Она, такође, утиче на саме пореске службенике да своју дужност обављају делотворно и у складу са законом, а поред тога утиче и на доношења добрих пореских решења

избор пореских инструмената – избор директних или индиректних пореских облика, примене пропорционалне или прогресивне стопе пореза, смањења пореских стопа и слично

административна контрола

помоћ и едукација пореских обвезника- информисање самих обвезника како би били у могућности да пореске обрасце испуне и поднесу у складу са законским прописима

сарадња између владиних министарства и релевантних институција приватног сектора

међународна сарадња - омогућава ефикасну размену информација кроз делотворан и учестали систем сарадње између земаља. Чланство у међународним и регионалним пореским асоцијацијама, склапање уговора о размени информација, размена идеја и стратегија у борби против фискалних кривичних дела управо доводе до њихових сузбијања

примена технологије- примена рачунара приликом прегледа и анализе електронских евиденција, вештачење пореске утаје извршене путем компјутера, обука особља за испитавање и обрачунавање, истрагу и прикупљање доказа, откривање превара, разумевање и интерпретација закона.

Када говоримо о институционалним мерама за спречавање евазије пореза то подразумева отклањање свих већих институционалних слабости, кадровску инфраструктуру пореске администрације, дискрециона права државних службеника, друштвено економску свест и стање у самом друштву (ступањ демократских промена, односно структуре у друштву, поверење у владајућу структуру државе). Институционалне мере, другим речима, подразумевају активну борбу против корупције и транспарентност рада државних органа. Такав важан аспект, каква је транспарентност, мора да буде везан уз општи став и захтев грађанства да буде упознато са јавним трошковима, извршењем буџета и завршним рачуном. Овде је садржан узрочно-последични ефекат: како је могуће очекивати од пореских обвезника да поштују фискални систем

¹¹ Суџуке, Е., Порезна утаја, фактори који доносе њеном јачању, последице које настају утајом пореза и мјере за сузбијање ове појаве, Годишњак Правног факултета у Сарајеву, Сарајево, LIV- 2011, стр. 346.

и пореске законе ако не могу имати могућност јавног увида у начин трошења тих истих средстава.

Овакав став грађанства директно утиче на проширење финансијске свести унутар њега самог али исто тако утиче и на бирократске механизме. Неопходно је, преко средстава јавног информисања, извршити утицај на грађанску етику у сфери грађанских права и дужности. Овакав вид едукације подразумева и својеврстан притисак на пореске институције, са истицањем правне и моралне димензије и пореске одговорности, како би се умањила пореска евазија.

Као један од најважнијих услова у спречавању пореске евазије, па на тај начин и спречавању пореских облика пореске утаје, истиче се прецизност одредби закона, ефикасан систем санкција које ће бити примењене, отклањање правних празнина, избор правилне фискалне политике и стално и перманентно доношење нових прописа у циљу побољшања ефикасности система фискалне контроле. Када се говори о перманентној промени прописа мисли се на њихово усклађивање са међународним стандардима, у условима појаве опште глобализације, и сталну потребу за усклађивањем правних система појединих држава ради лакше друштвено економске размене и сарадње.

Савремени научно теоретски концепти који се баве политиком сузбијања појаве евазије пореза, а у складу са савременим концептом „услужно оријентисане државне управе“ познају и користе три теоретска и практична приступа: административни (минимизирање прилика за евазију), економски (смањење нето користи од евазије пореза) и социо- психолошки (смањење спремности на утају, односно подстицање добровољног плаћања пореза).¹²

Као најуспешније средство у борби против пореске евазије у теоретском и практичном смислу сматра се приступ кроз комбинацију превентивних и репресивних мера. Овакав вид борбе омогућава стварање позитивне климе за успешно функционисање пореског система. Истовремено, то се постиже и развојем пореске културе и подизањем пореске свсти кроз перманентну едукацију пореских обвезника и пореске администрације.

Као најсавременији приступ и ново превентивно средство у савременим државама се све већа пажња поклања пореској пропаганди са крајњим циљем популаризације пореза и свих фискалних односа у вези са опорезивањем (тзв. пореска профилакса). Суштина ове мере је унапређење пореског морала пореског обвезника и потреба пореског образовања обвезника.

Као један од не тако честих видова борбе са пореским утајивачима поједине државе коисте пореску амнестију. Ова мера је у неком смислу контроверзна јер она може бити ефикасна у зависности од тога да ли њена примена мења негативан став у погледу извршења пореских обавеза будућих пореских обвезника или може створити контра став да се опрост пореског

¹² Анђелковић, М., Јавне финансије и финансијско право, Правни факултет у Нишу- Центар за публикације, 2009, стр. 174

дуга користи од стране потенцијалних обвезника јер очекују поновну пореску амнестију. Због тога је уобичајна пракса да се у оквиру амнестије опраштају само пореске казне.

Удружења пореских обвезника, као нека врста парламентарне институције (организовано давање сугестија и предлога законодавцу и пореским органима за решавање пореских проблема), се може користити за формирање јавног мњења које може и директно бити од утицаја на формирање воље законодавца.

Репресивне мере путем мера казнене политике се најчешће користе када изостане превентивна функција државе на плану поштовања пореских прописа. У том смислу само кажњавање пореских деликата нема само сврху мање или више кажњавање пореских утајивача, већ и најважнију улогу да пошање поруку (опомену) свим пореским обвезницима да је уредно извршавање свих пореских обавеза једини начин да се избегне конфронтација и различити видови кажњавања од стране фискаса.

У правним системима развијених тржишних привреда постоје кодификовани и систематизовани прописи о пореским деликтима и казнама, док у земљама где то није случај на крају сваког пореског закона налази се казнена одредба. У већини земаља основна казна за ову врсту деликта је новчана казна, али у једном броју земаља се као врста и репресивне и превентивне казне користи јавно објављивање имена прекршилаца и врсте прекршаја. У оквиру овога објављују се и мере губитка права обављања делатности и вршења одређених активности, као и суспендовање легитимације пореског обвезника. Као што смо навели, најчешћа казна за деликте евазије пореза је новчана казна, а као алтернативна мера примењује се казна затвора. У случајевима теже повреде пореских закона казна затвора се примењује или кумулативно или алтернативно. Као пример наводимо Немачку где се за непотпуну или нетачну пружену информацију порески обвезник кажњава затвором до пет година, а у нарочито тешким случајевима примењује се затвор од шест месеци до десет година. Најдрастичнију казну прописује кинеско законодавство које превиђа и смртну казну у посебно тешким случајевима.

Iva Popović, LL.D. Student
Faculty of Law, University of Niš

Tax Evasion in Domestic Law

Summary

Every country, and ours, as well, wants to establish legally and institutionally efficient fiscal system, to represent a reliable system for collecting public revenues and to, simultaneously, ensure funds necessary for public expenditures stability and socio-economic community development. This imperative request points out to the necessity of adequate legal protection, aimed at suppressing unlawful and forbidden conduct in the sphere of tax evasion and prediction of measures and legal sanctions for punishment of such conduct.

The way to overcome all weaknesses of judicial system, as well as the very tax system, in our society, must be viewed through the request that all social entities in this system should work in synchrony, that legal matter be regulated in an optimal way, and also that tax evasion prevention and incrimination measures be efficient. Such a task implies permanent intensification of direct cooperation between higher and lower judicial authorities in the Republic of Serbia, equalization of jurisprudence and elimination of all doubtful elements in application of legal solutions, as well as trying to reduce legal solutions to an optimal number for the purpose of efficient application.

Like in case of all criminal deeds, in the sphere of tax sanctions and measures, as well, the strict regulations cannot fully prevent numerous forms of unlawful conducts. Due to that fact, the further way of suppressing one of the most serious tax crime (tax evasion), necessitates a comprehensive scientific and theoretical considerations of both the very criminal deed, and measures for its suppression. All the more present mutual social dependence between countries points out to usefulness of comparative legal experience, where some of possible solutions for preventing tax crime and tax evasion crimes may be looked for.

Key words: *Taxes, tax evasion, Republic of Serbia*