

**Универзитет у Нишу
Правни факултет**

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

LXIII

Ниш, 2012

ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

Број LXIII

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 Иванова Светлана Анатолевна, Декан Правног факултета

Финансијског универзитета Владе Руске Федерације

Проф. др Сашо Георгијевски, професор Правног факултета Јустинијан први

Скопље, Македонија

Груцина Людмила Јурьевна, доктор правних наука, Катедра грађанског права

Финансијског универзитета Владе Руске Федерације

Проф. др Анатолий Капустин, Председник Асоцијације Руске Федерације за

међународно право

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

Бафало, САД

Селивон Николай Федосович, академик, председник Међународног трговинског

арбитражног суда при Привредно-индустријско комори Украјине

Секретар Редакционог одбора: Доц. др Дејан Јанићијевић

Преводи: Гордана Игњатовић

Технички уредник: Ненад Милошевић

Штампа: „Пунта“ Ниш

Тираж: 100

САДРЖАЈ

Проф. др Милорад Рочкомановић, ПРИЛОГ ЗА ЈАВНУ РАСПРАВУ О НОВОМ ЗАКОНУ О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ 1 <i>A Contribution to the Public Debate on the new PIL Act of the Republic of Serbia</i>	
Проф. др Зоран Радивојевић, ЗАШТИТА КОЈУ ОБЕЗБЕЂУЈЕ СТАТУС РАТНОГ ЗАРОБЉЕНИКА У МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ 9 <i>Protection Guaranteed By The Prisoner Of War Status In International Humanitarian Law</i>	
Проф. др Драган Николић, ЗАКОН СУДЊИ ЛЈУДЕМ – НАЈСТАРИЈИ СЛОВЕНСКИ ПРАВНИ СПОМЕНИК 29 <i>The Law on the Trial of People (Zakon Sudnyi Lyudem) – the Earliest Slavonic Legal Document</i>	
Проф. др Драган Јовашевић, СЛУЖБЕНА КРИВИЧНА ДЕЈА - одговорност и кажњивост - 39 <i>Criminal Offences involving an abuse of Official Duty: Criminal liability and punishment</i>	
Проф. др Љубица Николић, Др Александар Мојашевић ЕКОНОМСКИ ЕФЕКТИ РАЗЛИЧИТИХ ПРАВИЛА О ОДГОВОРНОСТИ ЗА НЕПАЖЊУ 63 <i>The Efficiency Of The Negligence Rules</i>	
Проф. др Миомира Костић, Вида Вилић БОРБА ПРОТИВ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У СВЕТЛУ КОНВЕНЦИЈЕ САВЕТА ЕВРОПЕ О ВИСОКОТЕХНОЛОШКОМ КРИМИНАЛУ 83 <i>Measures for protection the right to privacy according to Council of Europe Convention on cybercrime</i>	
Проф. др Ђорђе Ј. Николић, НЕПРАВИЧНЕ УГОВОРНЕ ОДРЕДБЕ НА ПРИМЕРУ ЈЕДНОГ УГОВОРА... 95 <i>Unfair Terms And Conditions In A Consumer Agreement</i>	

Проф. др Небојша Ранђеловић,
ЈАША ТОМИЋ И ПОЛИТИЧКА КРИТИКА ИСТОРИЈСКОГ МИШЉЕЊА. 111
Jaša Tomić and Political Criticism of Historical Thought

Проф. др Предраг Н. Цветковић,
РИЗИЦИ ЈАВНО ЈАВНО-ПРИВАТНИХ
ПАРТНЕРСТАВА: ПОЛАЗНА РАЗМАТРАЊА 121
Typology and Control of the Risks by the public private partnership

Проф. др Предраг Цветковић,
Урош Здравковић
ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО У ПРАВНОМ СИСТЕМУ
РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ПОЛАЗНА РАЗМАТРАЊА 147
Public-private partnership in the serbian legal system: Introduction

Проф. др Видоје Спасић,
Мр Љубиша Стефаноски
ПРАВНИ РЕЖИМ АУТОРСКИХ ДЕЛА СТВОРЕНИХ
У РАДНОМ ОДНОСУ У ПРАВУ СРБИЈЕ И МАКЕДОНИЈЕ 169
*Works of Authorship created at Work in the
Legislations of Serbia and Macedonia*

Доц. др Небојша Раичевић,
СТАТУС КОПНЕНИХ МИНА У
МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ 187
The Status Of Landmines In International Humanitarian Law

Доц. др Марко Трајковић,
ВРЕДНОСНА „МЕТАМОРФОЗА“ ПРАВА 207
The Value “Metamorphosis” of Law

Др. Гоце Наумовски,
Др. Владо Бучковски,
Доц. др Марија Игњатовић,
Маја Симоновска
ПОТВРДА КОНЦЕПТА РИМСКОГ ДЕПОЗИТА
У САВРЕМЕНОМ МАКЕДОНСКОМ ПРАВУ 217
*The Affirmation of the Concept of the Roman Deposit
Contract in the Contemporary Law of Macedonia*

Доц. др Тања Китановић, ЕВОЛУЦИЈА МОДЕЛА СПОРАЗУМНОГ РАЗВОДА БРАКА У СРПСКОМ ПРАВУ	229
<i>The Evolution Of The Consensual Divorce Model In The Serbian Legislation</i>	
Др Маја Настић, КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА ЕВРОПСКОГ И СИСТЕМА ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У ПОСТУПКУ ПО УСТАВНОЈ ЖАЛБИ.....	243
<i>A Comparative Analysis of the European and Serbian Human Rights Protection System in the Constitutional Complaint Proceeding</i>	
Доц. др Срђан Никезић, Доц. др Срђан Владетић, Мр Јелена Вучковић ЛИДЕРСКЕ КОМУНИКАЦИЈЕ: УСЛОВ ЗА ЕФИКАСНО ЛИДЕРСТВО....	261
<i>Leadership Communications: Conditions for Effective Leadership</i>	
Мр Наталија Жунић, РОДНИ СТЕРЕОТИПИ О ЖЕНАМА И МУШКАРЦИМА У ПОЛИТИЦИ ..	281
<i>Gender Stereotypes on Women and Men in Politics</i>	
Мр Ивана Симоновић, БИОЕТИКА И ЉУДСКЕ ВРЕДНОСТИ - ОСТВАРИВАЊЕ И ЗАШТИТА ЕТИЧКИХ ПРИНЦИПА И ПРАВА ПОЈЕДИНАЦА У ОБЛАСТИ МЕДИЦИНЕ.....	297
<i>Bioethics and Human Values: Exercise and Protection of Ethical Principles and Individual Rights in Medicine</i>	
Новак Крстић, ЗАШТИТА ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО ПОВРЕЂЕНОГ ПРЕКОМЕРНИМ ПОКЉОНИМА У НАШЕМ ПРАВУ DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA..	323
<i>Protection of the Right to Forced Portion Violated by excessive Donations in the Serbian Legislation de lege lata and de lege ferenda</i>	
Михајло Цветковић, НОВИНАРСКА ПАЖЊА.....	343
<i>Journalists' Duty of Care</i>	
Дарко Димовски, ПОЛИТИКА СУЗБИЈАЊА ХОМИЦИДА	363
<i>The Policy of Counteracting Homicide</i>	

Анђелија Адамовић, РЕВИЗИЈА ПРОТИВ ПРЕСУДЕ – КРИТИЧКИ ОСВРТ НА НОВА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА	375
<i>Judicial Review: A Critical Commentary on the new Legal Solutions</i>	
Марко Димитријевић, ПОРЕЗ НА КАПИТАЛНЕ ТРАНСАКЦИЈЕ: ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ ПРИМЕНЕ	387
<i>Capital Transactions Tax: Advantages and Disadvantages</i>	
Иван Илић, СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ У ТЕОРИЈИ, ЛЕГИСЛАТИВИ И ПРАКСИ.....	405
<i>Plea Bargaining in Legal Theory, Legislaton and Legal Practice</i>	
Мирјана Богуновић, ЗНАЧЕЊЕ РИЈЕЧИ „INIURIA“ У КОНТЕКСТУ ДЕЛИКТА „DAMNUM INIURIA DATUM“	425
<i>The meaning of the word „iniuria“ in the context of the tort „Damnum iniuria datum“</i>	
Мирјана Павловић, КРИВИЧНА ДЕЛА У ВЕЗИ СА ОПОЈНИМ ДРОГАМА	443
<i>Criminal acts related to narcotics</i>	
Јелена Јовичић, УСТАВНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ИНСТИТУЦИЈЕ ОМБУДСМАНА У ЗЕМЉАМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ	459
<i>Constitutional Position Of Ombudsman In The Former Yugoslavia</i>	

ПРИЛОГ ЗА ЈАВНУ РАСПРАВУ О НОВОМ ЗАКОНУ О МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Овим чланком аутор је себи поставио два задатка. Најпре, да следећи концепцију предлагача о његовој структури, укаже на нека његова решења, њихове добре стране, али и да да критичке опаске на неке од њих. Притом он подвлачи да поменути предлог треба посматрати као покушај да се и новим законом приближимо Европи, без обзира на то да ли и у којој мери то одговара нашој правној традицији и актуелним потребама у овој материји.

Свестан да би детаљна анализа предложеног законског текста могла показати да су његови творци у неким моментима отишли и даље но што би се то дало очекивати, он критикује неке од понуђених норми, сматрајући да просто преузимање решења неких новијих кодификација Међународног приватног права није неопходно, те да би се задовољавајући ефекти могли постићи и без тако радикалног «раскида» са нашом правном историјом.

С обзиром на околност да је циљ чланка фиксиран и видљив из самог наслова, његов покушај да баци више светла на проблем који нас тишти, поготову последњих година, које карактерише наше упињање да се «придружимо» ЕУ и њеним правним достигнућима, треба разумети и као својерстан позив свима онима који су били ангажовани на овом послу, да свој вишегодишњи напор крунишу модерним, ефикасним и надасве, за нас, употребљивим правним решењима.

Кључне речи: нови Закон о међународном приватном праву, надлежност домаћих судова, меродавно право, признање и извршење страних судских одлука.

1. Доношење сваког закона представља значајан догађај за стручну јавност, органе који ће га примењивати, па и за обичне грађане када се у својој свакодневној делатности, понекада и невољно, буду „сударили“ са његовим решењима. Закон који представља повод за дискусију овом приликом долази на свет након тридесет година важења Закона о решавању сукоба закона са прописима других држава у посебним околностима које су, поред осталог, оптерећене нашим очекивањем добијања кандидатуре за чланство у европској породици држава. То је, нема сумње, утицало и на његове творце, који су императивно морали да конципирају таква решења која ће бити у сагласју са оним која творе тзв. међународно приватно право ЕУ, макар ова била другачија од оних која би најбоље одговарала времену садашњем и нашим претпостављеним циљевима у области класичног међународног приватног права.

Имајући то на уму, треба разумети и, у највећем броју случајева, правдати предложене одредбе нашег будућег закона. Такође, ваља учинити креативан напор да се оне побољшају у сваком погледу и тиме стави тачка на уложени труд свих оних који су настојали да она буду јасна, модерна и оперативна.

2. Наше критичке опаске у вези са предлогом законских решења у највећој мери пратиће концепцију аутора законског предлога о редоследу питања која закон треба да обухвати. Притом, због поменуте лимитиране слободе законодавца, нећемо се упуштати у оцену њихове индивидуалне вредности или оправданости са аспекта наших циљева у овој области правног живота.

I. НАДЛЕЖНОСТ ДОМАЊИХ ОРГАНА У СТВАРИМА СА МЕЂУНАРОДНИМ ЕЛЕМЕНТОМ

1. Једно од првих и, зато, најважнијих претходних питања у решавању случајева Међународног приватног права – питање директне (међународне) надлежности домаћих правосудних (и других) органа, регулисано је на детаљан начин по угледу на неке новије кодификације (н. пример, у Белгији). Нацрт закона нуди, пре свега, лепезу основа тзв. опште судске надлежности. Она почива на домицилу или уобичајеном боравишту туженика. (чл. 10). Изузетно и изван случајева прописаних у закону ако се поступак не може покренути или водити у станој држави или се не може разумно захтевати да тамо буде покренут, постоји надлежност суда у Србији уколико спор има довољну везу са Србијом (чл. 16).

На тај начин ствара се могућност широког обраћања домаћим органима, док су примери тзв. искључиве судске надлежности српских судова врло ограничени и тичу се случајева предвиђених међународним уговором или законом.

2. Иако је било готово извесно да ће се у погледу надлежности домаћих судова у имовинским стварима предложити одредба по којој постоји надлежност

суда у Србији ако се на домаћој територији налази имовина туженог, (тзв. форум имовине), то није учињено. Срећом, јер се таква надлежност додатно условљава захтевима да вредност такве имовине „није несразмерно мања од вредности тужбеног захтева и да спор има довољну везу са Републиком Србијом.“

3. Уколико би се такав предлог усвојио, на одлуку суда да прихвати надлежност утицала би и вредност имовине која се тужбом тражи, што је веома необично. Са друге стране, откривањем значења врло флуидног појма „довољна веза“ спора са Србијом, створила би се значајна правна несигурност. Судови би били оптерећени (више но што је потребно), а „везивна снага“ места налажења имовине изгубила би карактер одлучне околности зарад ирационалног страха од евентуалног спречавања злоупотребе права на тужбу у овој материји (уколико је имовина мале вредности) односно зато што туженик нема у Србији пребивалиште односно уобичајено боравиште (врловатни показатељи тражене „везе“ случаја и *lex fori*).

II. МЕРОДАВНО ПРАВО

1. Не примењује се странско право ако би то било у очитој колизији са јавним поретком Србије. Да би се домаћи орган одлучио на такав корак потребно је да узме у обзир и интензитет повезаности дотичног односа са правним поретком Србије, као и могуће последице које би настале уколико не би посегао за овим моћним оруђем Међународног приватног права. Ако није примењена одредба страног закона, уместо ње се, уколико је потребно, примењује пропис права Србије. (чл. 28).

2. Овако замишљеном одредбом будућег закона његови предлагачи потврдили су доминантан став правне науке и судске праксе у свету о томе да је за употребу института јавни поредак нужно узети у обзир степен повезаности односа (правне ситуације) у питању и *lex fori*. У нашем случају, српског права. Отуд ће, рецимо, обраћање јавном поретку бити значајно ређе уколико се ради о признању једног правног односа ове гране права у нас, који је пуноважно настао у странској држави применом њеног закона или уз садејство њених органа, док у Србији треба да произведе извесна (споредна) дејства. (н.пример, издржавање жена и деце која потичу из полигамних бракова, наследна права ових лица према умрлом супругу и оцу). Ово, тзв.ублажено дејство јавног поретка дошло је до изражаја и у предлогу законских решења о којим се води расправа. Ради се, наиме, о одредби чл.57 која се тиче признања бракова који су пуноважно склопљени у странској држави; ови ће се бракови моћи признати у нас ако нису у очитој супротности са јавним поретком Србије.

3. Предлог закона прописује као могућност примену домаћег права уместо страног редовно надлежног „уколико је то потребно“. Оваквим решењем предлагач је прећутно (мада, прилично јасно), ставио до знања да *lex fori* долази

у обзир као крајње исходиште, тј. једино ако је то по одлуци органа примене колизионе норме неопходно управо ради реализације захтева односно садржине појма јавни поредак у датом случају. (н.пример, омогућавање закључења брака или његовог развода, ако се то не би могло остварити обраћањем на страни надлежни закон због његових дискриминаторских решења.). Такав став (тзв.пермисивно дејство јавног поретка) од судова ће захтевати креативан напор, у односу на ситуацију када само одбијају да примене одредбу страног надлежног права, будући да њихово схватање степена угрожености домаћег јавног поретка, не изискује допунску интервенцију (примену) српског закона са потпуно другачијом садржином у односу на страно редовно меродавно право. Према предлогу нацрта закона, оваква примена српског закона предвиђена је на изричит начин „ако меродавно право не предвиђа могућност развода или не пружа једнако право на развод чинећи дискриминацију с обзиром на пол“.(чл.78). Сматрамо, међутим, да би било прикладније употребити израз „дискриминација било које врсте,“ имајући на уму да се дискриминација у праву може чинити и захваљујући боји коже, социјалном статусу лица или његовом верском опредељењу.

4. Суд по службеној дужности утврђује садржину страног меродавног права. У ту сврху он се може обратити за мишљење Министарству правосуђа, као што може тражити стручно мишљење експерата за упоредно право или доћи до података о томе на сваки други погодан начин. Странке у поступку могу поднети исправе или стручно мишљење о садржини страног права (чл.33).

Као што се да приметити, постоји разноврсност начина на које домаћи орган долази до података о надлежном праву које важи у страној држави. Међутим, изостала је одредба која би, свакако, представљала допринос правној сигурности. Она се тиче обавезности података које је суд о томе добио од Министарства правосуђа у случају да не постоји сагласје о томе у исправи или писменом мишљењу стручњака за упоредно међународно приватно право који су поднети органу који решава о захтеву, као и од странака самих.

5. Право стране државе примењује се уз искључење његових правила о одређивању меродавног права, осим ако је овим или другим законом другачије одређено (чл.31).

Са жаљењем примећујем да предлагачи нису искористили прилику да се дефинитивно ослободимо установе узвраћања и упућивања у Међународном приватном праву. Уместо тога, закон подржава њену примену у вези са оценом правне и пословне способности физичких лица у оба вида (чл.49 и 50). У домену наслеђивања, пак, закон има на уму једино узвраћање на полазно (српско) право. Иако је за наслеђивање *ex lege* меродавно право државе у којој је оставилац имао уобичајено боравиште у тренутку смрти, ако би на бази ове одредбе то било страно право, примениће се и његове одредбе о одређивању меродавног права, уколико узвраћају на право Србије (чл.102 ст.1 и 2). Предлагач је притом

вероватно имао на уму узвраћање на наш закон као на национални закон оставиоца или његов *lex ultimi domicilii*.

Остављајући по страни све негативне коментаре који прате употребу ове установе у судској пракси и њену потпуну инкопатибилитету са сврхом колизионих норми, чији је примарни задатак да као меродаван одреде закон државе са којим однос стоји у најприснијој вези, а не да тај посао препусте страном законодавцу, тј. његовим колизионим нормама, предлог за „одржавање у животу“ установе о којој је реч једино у поменутом случају (наслеђивање држављана Србије), непринципијелан је. Тиме се, рекли би смо, спонтано, такође несвесно, још једанпут показује да је стварни мотив њеног увођења у праксу било настојање да се прошири надлежност *lex fori* на рачун страних прописа о наслеђивању супстанцијалног карактера индикованих вољом домаћег законодавца.

6. Одређивање наследног статута од стране предлагача закона код законског наслеђивања (једна од предложених алтернатива) показује да уместо надлежности прописа који важе у уобичајеном боравишту оставиоца, може бити примењено право државе које је у очигледно ближој вези са односом у питању. (тзв. специјална клаузула одступања). „Очигледно ближа веза“ са другом државом по предлагачу може базирати на околностима случаја, као што су држављанство оставиоца или место налажења заоставштине. Да ли је само то довољно нисмо сасвим убеђени.

Мишљења смо да би прихватање овакве алтернативе и инсистирање на околностима случаја, унело значајну дозу арбитерности у раду оставинских судова, а тиме и правну несигурност за актере ових односа. Очигледно ближа веза са другом државом, која почива на домаћем држављанству оставиоца или на чињеници да се његова заоставштина налази у њој, а не у држави у којој је било последње уобичајено боравиште *de cuius*, беспотребно релативизира питање одређивања наследног статута. Она, такође, указује на превласт англосаксонског поимања сукоба закона и начина његовог решавања, у чему њихови судови одавно имају примарну улогу коју карактерише одсуство механичког приступа и ослањања једино на законска решења.

7. Меродавно право за наслеђивање, између осталог, уређује круг лица која могу бити позвана на наслеђе, наследну способност и достојност за наслеђивање (чл.108 т.2 и 5).

Приликом дефинисања опсега надлежности наследног статута предлагачи су се држали уобичајеног става, иако би се могло бранити и његово другачије поимање. То се у првом реду односи на круг потенцијалних законских наследника, где би одговор на то ко генерално може наслеђивати конкретног оставиоца требало потражити у оном закону који је меродаван за оцену постојања потребне везе са њим. Према томе, уместо *lex successionis*, требало би консултовати *lex causae*. Овај закон, дакле, треба да пружи одговор на питање, да ли постоји пуноважан брак између оставиоца и другог супружника, да ли

је заснован однос усвојења на бази којег једно лице може наслеђивати свог усвојитеља, да ли је дете рођено у браку оставиоца и његове мајке, брачно или не, и слично.

Достојност за наслеђивање одређеног оставиоца почива на личном односу потенцијалног наследника и поменутог лица. Отуд се може догодити да једно лице, иако способно за наслеђивање према свом личном статусу, због понашања које је законом санкционирано, не мора бити позвано да наследи (н.пример, умишљајно је лишило живота оставиоца, силом или преварном радњом навело оставиоца да сачини тестамент одређене садржине, и сл.) Управо стога што се недостојност за наслеђивање заснива на деликту једног лица према оставиоцу, питање индигнитета за наслеђивање могло би се решавати применом личног статуса оставиоца.

III. УСЛОВИ ЗА ПРИЗНАЊЕ И ПРОГЛАШЕЊЕ СТРАНЕ СУДСКЕ ОДЛУКЕ ИЗВРШНОМ

1. У Нацрту закона предложени су, углавном, добро познати општи формални услови за признање и извршење страних судских одлука (и оних које су са њима изједначене у иностраној држави). Међу тзв.позитивним условима ваља навести захтев да је страна одлука правноснажна по закону државе у којој је изречена(т.а) и да је надлежност страног суда била заснована на таквом основу који и српско право предвиђа за успостављање своје међународне надлежности за решавање истог спора. (т.в).

Када је реч о тзв.негативним условима, неопходно је да у датом случају није била прописана искључива надлежност суда у Србији (т.б), да страна одлука није очигледно супротна јавном поретку Србије (т.г), да није повређено право на одбрану туженог, (т.д), да у истој ствари између истих странака не постоји ранија домаћа правноснажна одлука или страна одлука која испуњава услове за признање у Србији (т.ђ), односно ако пред нашим судом није у току раније покренут поступак између истих странака у истој ствари (т.е).

2. Треба напоменути да се може одбити признање стране одлуке о усвојењу ако је усвојење очигледно супротно јавном поретку наше земље, узимајући у обзир најбољи интерес усвојеника (чл.89 т.3) Оно што чини поменути одредбу особенем, јесте покушај законодавца да се фокусира само на интерес детета које се усваја као на *ratio decidendi* приликом одлучивања за употребу установе јавни поредак у овом сегменту односа међународног приватног права.

Правни режим по којем се признају стране бракоразводне одлуке је унеколико мање компликован, будући да отпада провера испуњености услова из т.б и в., који се односе на међународну надлежност страног суда односно на искључиву надлежност суда у Србији да поступа у датој ствари.

3. Као што се може приметити, услов узајамности у области признања и/или извршења страних одлука генерално није предвиђен, упркос ставу да би се у овој материји он могао прописати у форми тзв. претпостављене узајамности. У случају да се покаже да таква хипотеза не стоји (због тога што се домаће судске одлуке у дотичној страниој држави не признају и не извршавају или ако се то чини, услови и процедура коју оне морају задовољити осетно су тежи односно компликованији у поређењу са истим из српског закона), питање узајамности добило би на значају као услов за признање својства правноснажно пресуђене ствари страниој одлуци.

4. У критичком осврту на предвиђена решења у овој материји, можемо казати да наш законодавац углавном није изашао изван стандардних оквира који у њој постоје у упоредном законодавству. Чини нам се, шта више, да би се она могла редуцирати елиминацијом неких од њих. Ово поготову када се ради о страним статусним одлукама чије се признање захтева у Србији.

Притом нарочито мислимо на захтев идентичности основа (критеријума) судске надлежности у страном и домаћем законодавству у поступку испитивања тзв. индиректне судске надлежности страног суда. Веома нам је блиско схватање да држава признања првенствено штити своје интересе прописима о искључивој судској надлежности и установом јавни поредак. Према томе, ако се не ради о споровима који спадају у искључиву судску надлежност Србије, она не би требало да буде у значајној мери затересована за проблем надлежности суда у земљи одлуке која је предмет признања и/или извршења у нас. У таквој ситуацији, ни евентуали захтев да је неопходно утврдити да се такве одлуке начелно признају у држави лица о чијем је статусу расправљано у његовој домовинској (па тако и у некој, за њих, страниој) држави, не би требало прописивати из разлога што су у питању односи који се по својој природи искључиво тичу истих и стога значајније не задиру у интересе других, тј. страних држава.

Prof. Milorad Ročkomanović, LL.D.
*Full Professor (Retired),
Faculty of Law, University of Niš*

***A Contribution to the Public Debate on the new
PIL Act of the Republic of Serbia***

Summary

The primary objective of this article is twofold. First, the author explores the new Private International Law Act and, following the conception and structure provided by the framers of the proposed PIL Act, the author points out to some of its advantages and provides critical commentary on some of the proposed legal solutions. In that context, the author emphasizes that the proposed legal text should be regarded as the legislator's attempt to draw closer to Europe without taking due notice of our own legal tradition, the appropriacy of some legal solutions and the actual needs underlying this subject matter in our legal context.

Being aware that a detailed analysis of the proposed legal text may demonstrate that the framers have occasionally gone far beyond the common expectations, the author criticizes some of the proposed legal solutions. To that effect, the author considers that it has not been necessary to resort to a simple reception of legal norms contained in some contemporary PIL codifications and that the satisfactory results legislator could be achieved even without such a radical "separation from" our legal history.

In line with the second objective which is clearly stipulated in the title of this article, the author endeavours to cast more light on the burning issue which has become prominent in the past few years; it involves the pressing need and our strenuous efforts to "join" the European Union and its legal accomplishments. In that context, the author urges the framers of this legal text to exert an effort to give a personal finishing touch to the proposed act and to develop modern, efficient and above all practical legal solutions which would be a crown to their ongoing endeavour to regulate this area.

Key words: *the new PIL Act, jurisdiction of national courts, applicable law, recognition and enforcement of foreign judgments*

ЗАШТИТА КОЈУ ОБЕЗБЕЂУЈЕ СТАТУС РАТНОГ ЗАРОБЉЕНИКА У МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ*

Апстракт: *Заштита која се гарантује ратним заробљеницима у међународном хуманитарном праву представља компромис између два различита интереса. На једној страни сила која држи заробљенике има интерес да ослаби војну снагу непријатеља тако што ће онемогућити њихово даље учешће у борби. Интерес самих ратних заробљеника је да буду заштићени у складу са основним међународним стандардима људских права. Заштита ратних заробљеника у међународном хуманитарном праву двоструко је регулисана. Поред основних принципа заштите, постоји серија посебних и веома детаљних правила која уређују садржину те заштите. Та правила односе се на све аспекте установе заробљеништва, почевши од тренутка заробљавања, преко третмана ратних заробљеника, па све до завршетка заробљеништва. Њима су до најситнијих појединости регулисана бројна питања од значаја за живот ратних заробљеника током заробљеништва, као што су евакуација, испитивање, смештај у логоре, исхрана и одевање, хигијенска и лекарска нега, помоћ медицинског и верског особља, верске, интелектуалне и физичке активности, дисциплина, чиновни, премештање, рад, новчана средства, односи са спољним светом и властима, дисциплинска и кривична одговорност. Заробљеништво се може завршити још у току трајања непријатељстава услед смрти заробљеника, успешног бекства, његовим ослобађањем на реч или уз обавезу, непосредном репатријацијом или смештајем у трећу државу и разменом заробљеника. После окончања активних непријатељстава сви ратни заробљеници морају без одлагања бити пуштени на слободу и враћени у домовину. Неоправдано одлагање репатријације ратних заробљеника представља тешку повреду међународног хуманитарног права и квалификује се као ратни злочин.*

Кључне речи: *ратни заробљеници, борци, неборци, статус, интернација, заштита, општи принципи, третман, заробљенички логори, завршетак заробљеништва.*

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Иако је пракса заробљавања припадника противничке војске стара колико и историја ратовања, установа ратних заробљеника новијег је датума. Све до краја XVII века на међународном плану није постојала посебна заштита заробљених непријатељских војника, већ су побеђени противници препуштани на милост и немилост победиоца¹. Поступање према овим лицима било је различито кроз историју, почевши од варварских закона који су дозвољавали њихово убијање или жртвовање, преко праксе да заробљени противници постају робови, све до могућности да они буду откупљени, размењени или ослобођени².

Као прекретница у настанку заштите ратних заробљеника узима се период након закључења Вестфалског мира када се у доктрини појављују прве идеје о потреби побољшања њиховог положаја у рату. Из тог времена потичу схватања Монтескјеа и Русоа да је рат однос државе према држави у коме разоружани противник није више непријатељ, већ постаје ратни заробљеник и мора бити поштеђен. Отуда произилази да једино овлашћење које ратно право даје зараћеним странама у погледу заробљених противничких војника јесте да спрече њихово даље учешће у непријатељствима³.

Током XVIII века појављују се прве писане одредбе о заштити ратних заробљеника. У овом периоду државе почињу да доносе своје унутрашње прописе у облику војних закона или правилника који, између осталог, садрже норме и упутства о начину поступања са ратним заробљеницима. На међународном плану писана правила о положају ратних заробљеника уносе се у двостране уговоре о пријатељству и миру и различите војне картеље које су закључивале зараћене стране. Већи значај имали су уговори о трговини и пријатељству између тадашњих великих сила који већ садрже нека стандардна правила о заштити ратних заробљеника⁴.

* Рад је резултат истраживања аутора на пројекту "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору" (евиденциони број 179046) Правног факултета у Нишу, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1 Ch. Rousseau, *Le droit des conflicts armés*, Paris, 1983, p.85.

2 Више о томе: В.Јончић, *Ратни заробљеници: међународноправни статус*, Београд, 2002, стр.9-80.

3 Жан Жак Русо, *Друштвени уговор* (превод), Београд, 1949, стр. 31-33.

4 Видети: P.Fauchille, *Traité de droit international public*, Paris, 1921, Vol.II, pp.173-185; W.Flori, *Prisoners of War*, Washington, 1942, pp.116-117; К.Обрадовић, *Међународно хуманитарно право оружаних сукоба – од ратног до хуманитарног*, Хуманитарно право: теорија и пракса, Београд, 1997, стр.34; З.Радивојевић, *Порекло међународног хуманитарног права*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2011, стр.98-99; G.Schwarzenberger, *The Law of Armed Conflict*, London, 1968, Vol.II, p.17.

Трагична судбина великог броја заробљеника у току америчког сецесионистичког рата⁵ утицала је да се у другој половини XIX века приступи потпунијој кодификацији правила о њиховој заштити на националном и међународном плану. Поред Упутстава за руководство армијама САД у рату, које је 1863. године израдио Либер, одредбе о ратним заробљеницима укључене су у Декларацију донету на Бриселској конференцији 1874.⁶ и Оксфордски приручник који је усвојио Институт за међународно право 1880. године⁷. Без обзира на то што Бриселска декларација никада није ступила на снагу због недовољног броја ратификација држава, док је други акт само дело доктрине, ови међународни документи представљали су израз и потврду постојећег обичајног права у овој области.

Званична кодификација правила о заштити ратних заробљеника спроведена је у оквиру Хашких мировних конференција (1899. и 1907. године). Правилник о законима и обичајима сувереног рата, придодат IV Хашкој конвенцији из 1907. године, први је вишестрани међународни уговор који садржи одредбе о ратним заробљеницима. Полазећи од основних начела Бриселске декларације, овај Правилник посвећује положају ратних заробљеника посебну Главу II која обухвата шеснаест одредаба (чл.4-20). Тим члановима регулисани су услови и третман током трајања заробљеништва, као и враћање заробљеника у отаџбину⁸.

Бројна и врло тешка кршења кодификованих правила о заштити ратних заробљеника у току Првог светског рата послужила су као повод да се убрзо по његовом завршетку поново покрене активност у циљу допуне и осавремењавања ових правила. Као резултат таквих напора на Конференцији у Женеви 1929. године усвојена је Конвенција о поступању са ратним заробљеницима. Ова конвенција је не само први међународни уговор који је у целости посвећен положају ратних заробљеника, већ и у то време најсвеобухватнији правни извор њихове заштите. За разлику од Хашког правилника, она садржи 97 чланова којима су регулисана броја питања везана за статус ратних заробљеника⁹.

На жалост, трагична искуства Другог светског рата показала су да је и ова заштита недовољна и непотпуна, па се одмах након његовог окончања приступило изради нове конвенције у овој области. На дипломатској конференцији у Женеви 1949. године донета је посебна (III) Конвенција о

5 P.Belperron, *La guerre de Sécession*, Paris, 1957, pp.427-432.

6 За видети: D.Schindler, J.Tomas, *The Laws of Armed Conflicts. A Collection of Conventions, Resolutions and Other Documents*, Leiden, 2004, pp.22-28.

7 H.S.Levie, *Documents on prisoners of war*, Newport, 1979, pp.21-32.

8 За текст ових чланова: В.Кнежевић-Предић, С.Аврам, Ж.Лежаја, *Извори међународног хуманитарног права*, Београд, 2007, стр 307-310.

9 Више о овој Конвенцији: М.Радојковић, *Рат и међународно право*, Београд, 1947, стр.68-74.

поступању са ратним заробљеницима. Нова Женевска конвенција је потпунија и садржајнија од претходне, јер обухвата 143 члана који су распоређени у шест делова¹⁰, док у квалитативном смислу представља значајан напредак у режиму заробљеништва и заштити заробљеника.

Међутим, озбиљна повреде правила о положају заробљеника током послератних оружаних суоба указала су на нужност да се ова Конвенција употпуни и осавремени новим правилима. Тај циљ остварен је на конференцији у Женеви 1977. усвајањем Допунског протокола (I) о заштити жртава међународних оружаних сукоба. Овај Протокол садржи само три члана (43-45) која се односе на борце и ратне заробљенике¹¹. Њима није ништа мењано у третману особа која имају статус ратног заробљеника, али је зато проширен круг лица која имају право на такав статус.

Полазећи од наведених извора међународног хуманитарног права, први део овог рада посвећен је одређивању лица која имају статус ратног заробљеника. У другом се излажу основни принципи заштите ових лица, док се трећи део рада бави садржином заштите, тј. конкретним правилима која регулишу установу заробљеништва.

2. ЛИЦА КОЈА ИМАЈУ СТАТУС РАТНОГ ЗАРОБЉЕНИКА

Ратним заробљеником у најширем смислу сматра се лице одређене категорије које у међународном оружаном сукобу падне под власт непријатеља. Најзначајнију категорију ових лица свакако чине борци, односно припадници оружаних снага. Према томе, да би се неко лице сматрао ратним заробљеником неопходно је да у тренутку када падне у руке непријатеља има статус борца.

Иако су међусобно повезана и компатибилна, ова два појма се увек не поклапају. Појам ратног заробљеника је од првих кодификација ратног права био нешто шири од појма бораца и обухватао још неке категорије лица. У првом реду ради се о неборцима који падну под власт противничке стране, односно лицима која прате оружане снаге, али не улазе у њихов састав¹². Уз то, стране у сукобу могу својство ратног заробљеника признати и другим лицима која се нађу под њиховом влашћу.

Све до доношења Треће женевске конвенције из 1949. године у међународном хуманитарном праву није постојала јасна и прецизна дефиниција ратног заробљеника. Уместо тога, овај појам одређиван је посредним путем везивањем за друге категорије учесника у оружаним сукобима. Тако је Хашки правилник из 1907. године појам ратног заробљеника дефинисао преко ширег појма оружаних снага, правећи разлику између редовних и ванредних оружаних

10 За текст: В.Кнежевић-Предић, С.Аврам, Ж.Лежаја, *op.cit.*, стр.46-115.

11 *Ibid*, стр. 204-206.

12 З.Вучинић, *Међународно ратно и хуманитарно право*, Београд, 2006, стр.254,

снага¹³. У појам оружаних снага овај правилник укључио је и становништво неокупиране територије које се услед непријатељског надирања спонтано подигло на оружје у циљу пружања отпора, а није имало могућност да се организује као редовна оружана снага¹⁴.

Говорећи о саставу оружаних снага, Хашки правилник је увео разликовање између бораца и небораца. Према овом акту (члан 3) оружане снаге зараћених страна могу да се састоје од бораца и небораца. У случају да их непријатељ зароби, Правилник једнима и другима признаје право на статус и третман ратних заробљеника. Под неборцима се подразумевају лица која прате војску не припадајући јој непосредно, као што су новински дописници и извештачи, трговци и лиферанти (члан 13). Уколико ова лица падну под власт непријатеља постоји могућност њиховог задржавања У случају да страна која их је заробила сматра корисним да их задржи они добијају статус ратних заробљеника¹⁵. Као услов за такав третман Хашки правилник тражи да ова лица имају исправу војних власти армије коју су пратили.

Женевска конвенција из 1929. године прихватила је ове одредбе о оружаним снагама, додајући том појму особе које учествују у ратним операцијама на мору и у ваздушном простору. Као и Хашки правилник, Конвенција изреком признаје право на третман и статус ратног заробљеника лицима која се налазе у пратњи неке војске, али не улазе непосредно у њен састав¹⁶.

Из наведених аката произилази да су се ратним заробљеницима у међународном ратном праву до краја Другог светског рата сматрали сви припадници војске, тј. регуларне армије, као и лица која припадају милицији и добровољачким одредима која непријатељ зароби у току сувоземних, поморских или ваздушних ратних операција. У исту категорију у случају заробљавања спадало је и становништво неокупиране територије које се подигло на оружје ради пружања отпора уколико испуњава предвиђене услове. Коначно, својство ратних заробљеника признато је лицима која прате једну армију, али јој не припадају непосредно, уколико непријатељ под чију су власт пали жели да их задржи за одређено време или током читавог трајања оружаног сукоба.

13 Члан 1 Хашког правилника. Више о томе: З.Радивојевић, Разликовање између бораца и небораца у међународном хуманитарном праву, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2009, стр.28-29.

14 Члан 2 Хашког правилника. Овде се заправо ради о општем или народном устанку (*levée en masse*) који се подиже на неокупираној територији против непријатеља који врши инвазију. Више о томе: М.Вучинић, Домашај члана 2 хашког Правилника о законима и обичајима рата на копну у условима савремених ратова, Југословенска ревија за међународно право, 1967, бр.1-3, стр.121.

15 Ф. Карлсховен, Ограничења вођења рата (превод), Загреб, 2001, стр.43.

16 Видети: В.Јончић, *op.cit.*, стр. 200; М.Радојковић, *op.cit.*, стр.68.

Трећа женевска конвенција из 1949. године први је уговор из области међународног хуманитарног права који изричито и непосредно одређује појам ратних заробљеника. Конвенција, међутим, не садржи општу и апстрактну дефиницију овог појма. Њени творци определили су се за еnumerативно дефинисање, тј. таксативно набрајање лица која имају статус ратног заробљеника. Према одредби члана 4 својство ратног заробљеника најпре је признато припадницима оружаних снага стране у сукобу, као и припадницима милиције и добровољачких одреда који улазе у састав тих оружаних снага. Притом међународним правом није одређено које врсте трупа чине оружане снаге, већ је државама препуштено да то регулишу својим законодавством¹⁷.

Припадници осталих милиција и добровољачких одреда, тј. јединица које држава није укључила у састав својих оружаних снага, као и припадницима организованог покрета отпора који делује изван или у оквиру територије једне стране у сукобу, па чак и ако је та територија окупирана, имаће статус ратних заробљеника ако испуњавају четири услова из Хашког правилника (да на челу имају лице одговорно за своје подчињене, да имају знак разликовања који се може уочити на одстојању; да отворено носе оружје; и да се при војном ангажовању придржавају ратних закона и обичаја), уз додатни услов да ове јединице припадају једној од страна у сукобу¹⁸. Статус ратних заробљеника признат је и становништву неокупиране територије које се дигло на општи устанак под истим условима које тражи Хашки правилник (да отворено носе оружје и да поштују ратне законе и обичаје).

Иако из Хашког правилника преузима сва решења у погледу одређивања појма оружаних снага, Трећа женевска конвенција отишла је корак даље у односу на овај документ. Она, наиме, садржи значајну новину у дефинисању статуса ратног заробљеника. Према Конвенцији својство ратног заробљеника признаје се и припадницима организованих покрета отпора који се боре на окупираној територији. На овај начин је коначно у међународном хуманитарном праву озакоњен герилски начин ратовања, а припадницима покрета отпора признат статус ратних заробљеника¹⁹.

Трећа женевска конвенција, такође, прихвата поделу на борце и неборце. Међутим, за разлику од Хашког правилника и Женевске конвенције из 1929. године, она их не помиње уопштено, већ прецизно одређује ко се сматра

17 Б.Јанковић, З.Радивојевић, Међународно јавно право, Ниш, 2011, стр. 433.

18 Захтев за припадност једној страни у сукобу је изузетно значајан критеријум који твори линију разграничења између учесника у непријатељствима који уживају имунитет за дела почињена током или у вези са сукобом и самим тим статус ратних заробљеника и учесника који такав статус не стичу. Видети: De Preux, ed., Commentary III Geneva Convention Relative to the Treatment of Prisoners of War, International Committee of Red Cross, Geneva, 1960, p.57.

19 В.Кнежевић-Предић, Оглед о међународном хуманитарном праву: извори, домен примене, субјекти, Београд, 2007, стр.198-201.

неборцем, тј лицем које прати оружане снаге иако непосредно не улази у њихов састав. Овој категорији припадају:

- а) цивилни чланови посада војних ваздухоплова;
- б) ратни дописници;
- в) снабдевачи;

г) припадници радних јединица или служби чија је дужност да се старају о удобности оружаних снага под условом да су за то добили дозволу од оружаних снага у чијој се пратњи налазе и да су снабдевени посебном личном картом.

Поред ових категорија, неборцима се сматрају чланови посада, укључујући ту команданте, пилоте и ученике, трговачке морнарице и цивилног ваздухопловства страна у сукобу који не уживају повољнији поступак по основу других правила међународног права. Сва наведена лица у случају пада под власт непријатеља имају статус ратних заробљеника²⁰.

Допунски протокол I из 1977. године определио се за општу дефиницију ратних заробљеника уместо набрајања лица која се могу подвести под овај појам. То ново решење садржано је у Одељку II Трећег дела који носи карактеристичан наслов "Статус борца и ратних заробљеника". Према изричитој одредби става 1 члана 44 "сваки борац у смислу члана 43 који падне под власт противничке стране постаје ратни заробљеник". Из тога јасно произилази да су борци припадници оружаних снага и да сви они имају статус ратног заробљеника када се нађу у власти непријатеља²¹.

С друге стране, Протокол из 1977. године више не прави разлику између бораца и небораца. Штавише, у овом акту уопште не фигурира назив неборац. Такав нови приступ објашњава се тиме да је у условима савременог ратовања традиционално разликовање небораца од бораца изгубило ранији значај. Стога би се могло сматрати да и лицима која само прате оружане снаге или улазе у њихов састав, али не узимају непосредно ушеће у непријатељствима, припада статус борца у његовом општем значењу. Уосталом, сва ова лица су и до сада у случају пада у руке непријатеља имала положај ратних заробљеника²².

Прописујући обавезе бораца према међународном хуманитарном праву, Протокол истовремено предвиђа случајеве када се неком борцу неће признати статус ратног заробљеника. То може да се догоди уколико борац пропусти да се разликује од цивилног становништва док је ангажован у нападу или војним

20 Ставови 4 и 5 члана 4 Треће женеvске конвенције. Више о томе: З.Радивојевић, Разликовање између бораца и небораца у међународном хуманитарном праву, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2009, стр. 44-45.

21 Видети: Y.Sandoz, C.Swinarski, B.Zimmermann, eds., Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949, International Committee of the Red Cross, Geneva, 1987, p.512, para.1675.

22 З.Вучинић, op.cit., стр., 147.

операцијама које представљају припрему за напад²³. Обавеза разликовања уведена је да би се појачала заштита цивилног становништва од дејства непријатељстава, па стога њено кршење има за последицу губитак статуса ратног заробљеника²⁴.

Постоје, међутим, ситуације у оружаним сукобима када се због природе непријатељског напада борац не може разликовати од цивилног становништва²⁵. У том случају борац има обавезу да отворено носи оружје за време сваког војног ангажовања и у време када га противник може видети док је ангажован у војном развијању које претходи предузимању напада у коме ће учествовати. Борац који се огреши о ову обавезу и падне под власт непријатељске стране биће лишен права да буде ратни заробљеник. Ово строго правило из става 4 члана 44 Протокола ублажено је одредбом која прописује да борац ипак ужива заштиту једнаку са оном која се пружа ратним заробљеницима чак и у случају када је то лице изведено пред суд и осуђено због повреде коју је учинило²⁶.

С друге стране, Протокол из 1977. године предвиђа случајеве када се питање губитка статуса ратног заробљеника уопште не поставља. Тако борац неће бити лишен права да буде ратни заробљеник ако падне под власт противничке стране када није ангажован у нападу или војној операцији припреме за напад, без обзира на своје раније активности. Поред тога, Протокол изричито прописује да кршење правила међународног хуманитарног права, које су борци иначе обавезни да поштују, не доводи до губитка статуса ратног заробљеника када ова лица падну под власт непријатеља²⁷. Тиме се никако не прејудуцира питање одговорности и кажњавања бораца и ратних заробљеника за непоштовање правила међународног права примењивих у оружаним сукобима.

3. ОПШТИ ПРИНЦИПИ ЗАШТИТЕ

Установа ратног заробљеништва лишена је кривичних обележја²⁸. Она није мера репресије нити врста казне због претходног учешћа заробљеника у војним операцијама. Напротив, заробљавање је мера предострожности која

23 Став 3 чл.44 Протокола.

24 Став 4.

25 Овакве ситуације могуће су на подручјима под страном окупацијом или у операцијама иза непријатељских линија које су карактеристичне за народне ослободилачке ратове. Тада се припадници герилског покрета не могу разликовати од цивила током својих војних операција, а да притом задрже било какву могућност успеха. Видети: *Commentary on the Additional Protocols*, p.529.

26 За даљу анализу ове одредбе: Ф.Калсховен, *op.cit.*, стр.81.

27 Ставови 2 и 5 чл.44 Протокола.

28 У Оксфордском приручнику о ратним законима на копну, који је усвојио Институт за међународно право 1880. године, читамо да "заробљеништво није казна која се примењује на ратне заробљенике нити је то дело освете; то је само привремени затвор, али затвор који мора бити лишен кривичног обележја"; наведено према: М.Радојковић, *op.cit.*, стр.68.

има за циљ спречавање да ова лица наставе ангажовање у непријатељствима, те да се она заштите²⁹.

Заштита која се гарантује ратним заробљеницима у међународном хуманитарном праву представља компропис између два различита интереса. На једној страни сила која држи заробљенике има интерес да ослаби војну снагу непријатеља тако што ће онемогући њихово даље учешће у борби. Интерес самих заробљеника је да буду заштићени у складу са основним међународним стандардима људских права. Заштита заробљеника, међутим, садржи у себи међудржавни елемент, будући да се они током заробљеништва и даље сматрају припадницима оружаних снага своје државе. Због тога се заробљеник како у свом сопственом, тако и у интересу државе којој припада не може одрећи заштите коју ужива према међународном хуманитарном праву³⁰.

Прво и основно правило је да су ратни заробљеници у власти непријатељске силе, а не појединаца или војних одреда који су их заробили. Према том правилу обичајног права, које је нашло места у најважнијим уговорима међународног хуманитарног права³¹, за поступање према заробљеницима одговорна је држава у чијој су власти, док појединци или војне јединице које су их заробиле имају право да их разоружају и обавезу да их упуте надлежним државним органима који су у ту сврху одређени. То значи да је сила која држи заробљенике међународно одговорна за све што им се догоди, независно од појединачне одговорности оних који који са њима непосредно поступају за евентуалне повреде правила хуманитарног права.

Опште је правило да се са ратним заробљеницима у свако доба мора поступати човечно. Забрањен је сваки незаконити акт или пропуст силе која их држи у заробљеништву, а којима се проузрокује смрт или озбиљно угрожавање здравља ратног заробљеника. Посебно је забрањено да се ратни заробљеници подвргавају физичком мучењу или медицинским или научним еспериментима било које врсте. Изузетак постоји у случају када се то чини због лечења заробљеника или је то у њиховом интересу. Ратни заробљеници, такође, у свако доба треба да буду заштићени од аката насиља или застрашивања и против увреда и јавне радозналости. Изричито су забрањене мере репресалија према ратним заробљеницима³².

Ратни заробљеници имају право да у свим околностима буде поштована њихова личност и част. Према женама се мора поступати у складу са њиховим полом и оне се не могу ставити у неповољнији положај у односу на мушкарце.

29 Ch.Rousseau, op. cit., p.90.

30 M.Sassoli, A.Bouvier, How Does Law protect in War?, International Committee of Red Cross, Geneva, 1999, p.125.

31 Чл.4 Хашког правилника од 1907. године, чл.2 Женевске конвенције од 1929. и чл.12 Треће женевске конвенције од 1949. године.

32 Чл.13 Треће женевске конвенције.

Заробљеници задржавају пуну грађанску способност коју су уживали у време заробљавања. Сила која их држи може ограничити ову способност само у мери у којој то захтева стање заробљеништва³³. На овај начин спречава се могућност да се заробљеници ставе у положај сличан ропству и да се над њима врше атрибути права својине.

Сила која држи заробљенике дужна је да им обезбеди бесплатно издржавање и лечење. Исто тако, обавезна је да им пружи медицинску негу и пажњу коју захтева стање њиховог здравља³⁴. Ратни заробљеници третирају се једнако од силе која их држи без икакве дискриминације засноване на раси, националности, вероисповести, политичким уверењима или другим сличним мерилима. Различито поступање према заробљеницима допуштено је само ако се заснива на здравственом стању, полу, старости, војном чину или стручним квалификацијама³⁵.

Постоји могућност да сила у чијој су власти ратни заробљеници преда ова лица некој другој држави под условом да је она страна Треће женевске конвенције Претходно се сила која их је заробила мора уверити да је ова друга држава вољна и способна да примени Конвенцију. Када се заробљеници предају под таквим околностима, одговорност за примену Конвенције прелази на државу која их је примила. У случају да она не испуњава њене прописе у важним стварима, сила која је предала ратне заробљенике дужна је да предузме ефикасне мере ради отклањања таквог стања или да захтева повраћај ратних заробљеника. У сваком случају таквом њеном захтеву мора се удовољити³⁶.

4. САДРЖИНА ЗАШТИТЕ

Заштита ратних заробљеника у међународном хуманитарном праву двоструко је регулисана. Поред поменутих општих принципа заштите, постоји серија посебних и веома детаљних правила који уређују садржину те заштите. Она се се односе на све аспекте установе заробљеништва: почетак заробљеништва, третман ратних заробљеника и завршетак заробљеништва.

Почетак заробљеништва

За заштиту ратних заробљеника од посебног је значаја одређивање почетка заробљеништва. То је моменат када је лице које се предаје престало да пружа отпор, одложило оружје и јасно показало намеру да се преда или је очигледно да оно више није у могућности да настави борбу. Искуства показују да је тренутак заробљавања одувек представљао опасност по живот и здравље заробљеника,

33 Чл.14.

34 Чл.15.

35 Чл.16.

36 Ставови 2 и 3 чл.12.

посебно ако се на месту заробљавања још увек воде борбе³⁷. Имајући то у виду Протокол из 1977. године изричито забрањује нападе на непријатеља онеспособљеног за борбу. Према тој одредби, припадник непријатељске стране сматраће се лицем онеспособљеним за борбу: 1. ако је у власти противничке стране; 2. ако је јасно изразило намеру да се преда и; 3. ако не може само да се брани због последица рањавања, болести или бесвесног стања³⁸.

Међународно право налаже странама у сукобу да заробљена лица у најкраћем року евакуишу у логоре који су довољно удаљени од борбене зоне. Ратни заробљеници не смеју бити непотребно изложени опасности док чекају на евакуацију из борбене зоне. Евакуација мора да се врши на хуман начин и у условима сличним онима под којима страна која је спроводи то чини са својим јединицама при њиховом премештају. Заробљеницима се морају обезбедити довољне количине воде, хране и одеће, као и одговарајућа лекарска нега³⁹.

После заробљавања ратни заробљеник је дужан да приликом првог испитивања саопшти своје име и презиме, датум рођења, чин и број матрикуле. Уколико одбије да то учини излаже се опасности да му буду ускраћене привилегије које се признају заробљеницима његовог чина или положаја. Ратном заробљенику се могу поставити и друга питања, али се према њему приликом испитивања не сме вршити никаква физичка или морална тортура и принуда да би се добиле информације било које врсте. Посебно је забрањено да се ратним заробљеницима који одбију да одговоре прети, да буду вређани или изложени непријатностима или непогодностима било које врсте. Испитивање мора бити обављено на језику који заробљеник разуме.

Стране у сукобу дужне су да припаднике својих оружаних снага, који могу да постану ратни заробљеници, снабдеју посебном исправом, тј личном картом која садржи име и презиме власника, датум рођења и број матрикуле. Ова исправа се издаје у дупликату. На захтев стране у сукобу заробљеник мора да покаже личну карту, али му се она ни у ком случају не сме одузети⁴⁰.

Ратном заробљенику се одмах након заробљавања, а најдуже у року од недељу дана од доласка у логор, мора омогућити да упути својој породици и Централној агенцији обавештење о заробљеништву. У ту сврху устројена је посебна карта о заробљавању сачињена на одређеном обрасцу којом он обавештава да је заробљен, о свом здравственом стању и адреси. Ове карте се шаљу што је могуће брже, а њихово слање се не може одлагати из било ког разлога⁴¹.

37 Г.Перацић, Међународно ратно право, Београд, 1966, стр.185.

38 Став 2 чл.41 Протокола.

39 Чланови 19 и 20 Треће женевске конвенције.

40 Чл.17.

41 Чл.70.

Ствари и предмете који им служе за личну употребу ратни заробљеници могу задржати у свом поседу. Од тога су изузети оружје, војна опрема и војна документација. Заробљеник, међутим, задржава шлем, заштитну маску и друга средства за заштиту, ознаке чина и држављанства, одличја и предмете који за њега имају личну или емоционалну вредност. Ствари које служе за одевање и исхрану, такође, остају у њиховом поседу. Новац који носе заробљеници може се одузети само по наређењу официра пошто се претходно у посебном регистру евидентира висина новчаног износа и подаци о власнику уз издавање признанице. Остале вредне предмете сила може да узме од ратног заробљеника само из разлога безбедности у складу са поступком који је предвиђен за одузети новац. Новац и драгоцености морају се чувати и вратити у првобитном облику после завршетка заробљеништва⁴².

Третман током заробљеништва

После заробљавања и евакуације из борбене зоне ратни заробљеници се могу интернирати. Ради се о мери која се састоји у смештају заробљеника у логоре где они принудно бораве. Сила која држи заробљенике може да им намете обавезу да не напуштају изван одређених граница логор у коме су интернирани или ако је такав логор ограђен да не иду изван оградe. Заробљеници могу да буду затворени само ако је то нужно за заштиту њиховог здравља или због примене кривичних и дисциплинских санкција⁴³.

Сила која држи заробљенике дужна је да их групише према њиховој националности, језику и обичајима. Само уз њихов пристанак они могу да буду смештени одвојено од заробљеника стране у сукобу којој припадају, а који су већ интернирани. Ниједан заробљеник не сме да буде послат или задржан у области где може да буде изложен опасности од борбених дејстава. Они се не смеју користити да својим присуством заштите од војних операција противника одређена места или области. Ратни заробљеници треба да имају заклоне од бомбардовања из ваздуха и других ратних опасности у истом обиму као и локално цивилно становништво.

Из разлога безбедности заробљенички логори морају да буду обележени, а стране у сукобу посредством силе заштитнице треба да дају обавештења о њиховој локацији. Ти логори, када војни разлози дозвољавају, биће означени словима PW (енг. prisoner of war) или PG (фр. prisonniers de guerre) постављеним тако да се при дневној светлости јасно виде са висине⁴⁴.

Међународно хуманитарно право регулише до најситнијих појединости поступање са ратним заробљеницима и њихова права и обавезе током

42 Чл.18.

43 Чл.21.

44 Чланови 22 и 23.

интернације. Та бројна и детаљна правила уређују следећа питања од значаја за живот ратних заробљеника: смештај, исхрану и одевање; хигијенску и лекарску негу; помоћ медицинског и верског особља; верске, интелектуалне и физичке активности; дисциплину; чиновне; премештање; рад; новчана средства; односе са спољним светом; односе са властима; дисциплинску и кривичну одговорност.

Ратни заробљеници морају да буду смештени под сличним условима који су обезбеђени јединицама силе која држи ратне заробљенике. Просторије у којима бораве заробљеници треба да буду заштићене од влаге, загрејане, осветљене и заштићене од пожара. Просторије за женске заробљенике морају да буду одвојене од просторија у којима бораве мушкарци. Основне дневне порције хране треба да буду довољне по количини, квалитету и разноврсности, а заробљеници који раде имају право на додатак у исхрани. Ратним заробљеницима морају се обезбедити довољне количине одеће, рубља и обуће, водећи рачуна о климатским условима у којима се они налазе. У свим логорима отвориће се кантине у којима ратни заробљеници могу да набављају животне намирнице и предмете за дневну употребу по ценама које нису више од оних на локалном тржишту⁴⁵.

Страна која држи ратне заробљенике дужна је да се стара о чистоћи и здрављу у логору. Сваки логор мора да располаже довољним бројем уређаја и просторија за одржавање хигијене, што укључује довољне количине воде и средстава за одржавање хигијене. Поред тога, сваки логор треба да има адекватну амбуланту за пружање медицинске неге заробљеницима. Ратне заробљенике првенствено лече лекари стране у сукобу чији су припадници, а у случају тежих болести њихово лечење може да се настави у одговарајућој војној или грађанској медицинској установи. Контролни здравствени прегледи заробљеника морају се обављати најмање једном месечно.

Војно медицинско и верско особље које падне под власт противника не сматра се ратним заробљеницима и, по правилу, се мора вратити страни којој припада. Међутим, сила у чијој су власти има право да их задржи искључиво ради пружања помоћи ратним заробљеницима силе којој и сами припадају. Уз то, ова сила може тражити од ратних заробљеника који су по професији лекари да врше медицинске дужности у интересу заробљеника који припадају истој сили. То су лица у статусу ратних заробљеника која претходно нису била у саставу медицинске службе својих оружаних снага⁴⁶.

Ратним заробљеницима гарантује се слобода исповедања вере, укључујући обезбеђење одговарајућих просторија за присуствовање верским обредима. Свештеничку службу првенствено врше војни свештеници који су пали под власт силе која држи ратне заробљенике и као такви задржани ради пружања

45 Чл.26-28.

46 Чл.29-33.

верске помоћи. Исто право имају и свештеници ратни заробљеници који пре тога нису били у својству војних свештеника у оквиру својих оружаних снага. Поштујући личне наклоности сваког заробљеника, сила која их држи у власти има обавезу да код њих подстиче интелектуалне, образовне, рекреативне и спортске активности. У ту сврху дужна је да им обезбеди одговарајуће просторије, простор и потребну опрему⁴⁷.

Сваки заробљенички логор налази се под командом одговорног официра из састава редовних оружаних снага стране која држи заробљенике. Тај официр је непосредно одговоран за поштовање прописа међународног хуманитарног права о поступању са ратним заробљеницима. Сви прописи по којима треба да се управљају заробљеници морају им се саопштити на језику који разумеју. Ово се односи и на наређења која су упућена заробљеницима појединачно⁴⁸.

Ратним заробљеницима дозвољено је да носе ознаке и чинове које поседују. Стране у сукобу обавезне су да чим отпочну непријатељства једна другој саопште звања и чинове свог старешинског састава како би се обезбедило једнако поступање према заробљеницима истог чина. Сила која држи ратне заробљенике дужна је да призна свако њихово унапређење о којем буде прописно обавештена. Са заробљеним официрима мора се поступати с дужним поштовањем према њиховим годинама и чину⁴⁹.

Премештање ратних заробљеника у други логор допуштено је под условом да се врши на хуман начин и да не штети њиховом здрављу. Мора се обавити под условима адекватним онима под којима та страна врши премештање својих јединица. Заробљеницима се одлука о премештању мора благовремено саопштити како би имали довољно времена да се спреме и о томе обавесте своје породице. Све трошкове премештаја заробљеника сноси сила која их држи у власти⁵⁰.

Ратни заробљеници се могу користити као радна снага, али се мора водити рачуна о њиховим годинама, полу, чину и физичким способностима. Радној обавези подлежу сам здрави заробљеници, при чему рад не сме да штети њиховом здрављу. Подофицири могу да се користе само за надзорне послове. Официри, међутим, не могу бити приморавани да раде. Остали ратни заробљеници могу да буду ангажовани на пословима у вези са управом, одржавањем и уређењем логора, на кућним пословима, у пољопривреди, индустрији, транспорту, трговачким или уметничким делатностима. Током обављања послова треба им обезбедити пристојне услове рада, смештаја, исхране и одеће који су слични

47 Чл.34-38.

48 Чл.39-42.

49 Чл.43-45.

50 Чл.46-48.

онима које имају становници државе која их је заробила. Имају право на новчану накнанду за рад, као и дневни, недељни и годишњи одмор⁵¹.

Поред новчане накнаде коју примају на основу рада, сви ратни заробљеници имају право на месечну плату коју обезбеђује сила која их држи. Висина плате креће се од 8 до 75 швајцарских франака у зависности од чина. Поред тога, имају додатак на плату коју им шаље држава чији су припадници. Тај додатак на плату мора да буде једнак за заробљенике истог ранга.⁵²

Ратним заробљеницима гарантовано је право на дописивање и примање пошिल्ки. Својој породици или другима заробљеник може да пошаље два писма и четири карте месечно. Њихово слање не сме да се одлаже нити задржава из разлога дисциплине. Ратни заробљеници могу да примају пошिल्ке са животним намирницама, одећом, лековима и књигама намењене за задовољење њихових потреба. Све пошिल्ке намењене ратним заробљеницима су ослобођене царина и других дажбина. Цензура преписке је дозвољена, али се мора вршити у најкраћем могућем року⁵³.

Односи ратних заробљеника са властима могу се одржавати преко повереника или непосредно. Заробљеници бирају своје поверенике слободно и тајним гласањем сваких шест месеци. У официрским логорима не бирају се повереници, већ је то по функцији најстарији официр у највишем чину. Са избором повереника треба да се сложи сила која држи заробљенике.

Ратни заробљеници имају право да војним властима силе које их држи непосредно подносе представке и жалбе у погледу заробљеничког режима коме су подвргнути. Исто право имају у односу на представнике силе заштитнице и Међународног комитета Црвеног крста који су, уз то, овлашћени да посећују логоре и разговарају са ратним заробљеницима непосредно или преко повереника. Подношење представки и жалби не сме да буде повод за кажњавање заробљеника, чак и ако се покаже да су оне неосноване⁵⁴.

Заробљеници подлежу законима, уредбама и општим наређењима која важе у оружаним снагама силе која их држи. Она је надлежна да их кажњава кривично и дисциплински за дела која су по њеним важећим прописима квалификована као кривична дела, односно дисциплински преступи, али у границама постављеним прописима међународног хуманитарног права о ратним заробљеницима. За ратне заробљенике су, по правилу, надлежни војни судови, осим ако законодавство силе у чијој су власти не предвиђа грађанске судове као надлежне да суде припадницима оружаних снага те силе за исто дело због којег се гоне ратни заробљеници. У сваком случају, ратни заробљеник

51 Чл.49-57.

52 Чл.58-62.

53 Чл.69-77.

54 Чл.78-81.

не може бити изведен пред суд који не пружа основне гаранције независности и непристрасности и не даје права и средства одбране. Заробљеник може бити суђен само на основу редовног судског поступка, уз обезбеђење контакта са силом заштитницом. Она треба да буде обавештена о судском поступку најмање три недеље пре почетка претреса.

Војне власти и судови могу изрицати само оне казне које су за иста дела предвиђене и за припаднике оружаних снага те силе. Ако је изречена смртна казна, она се не може извршити пре истека рока од шест месеци од дана када је сила заштитница обавештена о овој пресуди. Поред кривичних санкција, ратним заробљеницима се могу изрицати дисциплинске казне у трајању не дужем од тридесет дана.

Бекство из логора се третира као дисциплински прекршај. Ратни заробљеници имају право да покушају бекство из заробљеништва, а сила која их држи има право да их у томе спречи. Употреба силе против оних који покушавају да побегну је дозвољена само као крајње средство коме увек претходи упозорење прилагођено околностима. Заробљеник коме није успело бекство може бити подвргнут посебном надзору, али под условом да тај режим не буде штетан по његово здравље. Само бекство не може се узети као отежавајућа околност у случају да се заробљенику суди за кривична дела извршена у току бекства. У случају да заробљеник успе у бекству, па буде поново заробљен, не може бити кажњен за раније бекство⁵⁵.

Завршетак заробљеништва

Постоји више разлога и основа за завршетак заробљеништва од којих су неки субјективне природе и везани за саму личност заробљеника, док су други објективни и зависе од стања односа између страна у сукобу и трајања оружаног сукоба. У првом случају заробљеништво престаје услед смрти заробљеника, успешног бекства или његовог ослобађања на реч или уз обавезу. Као друга група разлога за окончање заробљеништва наводе се непосредна репатријација, смештај у неутралну земљу и размена заробљеника у току трајања непријатељстава, те репатријација после завршетка непријатељстава.

У случају смрти сила је дужна да у најкраћем року року обавести страну у сукобу којој је умрли заробљеник припадао, као и Биро за обавештења о ратним заробљеницима. Обавештење о смрти мора да садржи податке о идентитету умрлог лица, место, датум и узрок смрти, место и датум сахране, као и све податке потребне ради утврђивања гробова. Пре сахране мора да се изврши лекарски преглед ради констатовања смрти. Ако је смрт проузрокована поступком неког стражара или било ког другог лица предузима се хитна истрага и о томе одмах обавештава сила заштитница. Када се у истрази установи да је за смрт крива једна или више особа, страна која држи ратне заробљенике

⁵⁵ Чл.82-108.

дужна је да их подвргне судском гоњењу. Умрли заробљеници морају да буду пристojно сахрањени, по могућности према црквеном обреду вероисповести којој припадају. Њихови гробови треба да буду поштовани, уредно одржавани и тако обележени да увек могу бити пронађени⁵⁶.

Статус ратног заробљеника престаје по међународном хуманитарном праву у случају успешног бекства. Бекство се сматра успешним ако се заробљеник прикључи својим или савезничким оружаним снагама, када напусти територију силе која га држи или територију њених савезника или ако се укрца на брод који носи заставу његове државе или заставу савезника, а тај брод се налази у територијалном мору силе која држи заробљенике, под условом да брод није под влашћу те силе⁵⁷.

Сваки ратни заробљеник може да буде ослобођен на реч или уз обавезу уколико то допуштају закони стране којој припада. Ослобађање на овај начин је веома стари институт међународног хуманитарног права чији је циљ побољшање здравственог стања заробљеника. Међутим, заробљеници не смеју бити приморавани да буду ослобођени на овај начин, будући да многи национални прописи забрањују такву могућност завршетка заробљеништва. Због тога стране у сукобу приликом избијања непријатељстава морају једна другој да нотификују прописе који дозвољавају или забрањују њиховим држављанима да прихвате ослобађање на реч или уз обавезу. Ратни заробљеници који прихвате ослобађање на овај начин обавезни су да својом личном чашћу и савешћу гарантују да више никада неће учествовати у борбама против државе која их је заробила и потом ослободила⁵⁸.

Непосредна репатријација ратних заробљеника у матичну земљу представља начин окончања заробљеништва у време док непријатељства још трају. Право на непосредну репатријацију првенствено имају неизлечиви рањеници и болесници чија је умна и телесна способност претрпела велико оштећење, као и рањеници и болесници чије би лечење према лекарским прогнозама трајало више од годину дана. Поред тога, овом врстом репатријације обухваћени су излечени рањеници и болесници чија је умна и телесна способност претрпела велико и трајно оштећење.

До окончања заробљеништва у току трајања непријатељства може доћи услед смештаја ратних заробљеника у неутралну земљу. Ова могућност односи се на рањенике и болеснике чије се излечење може очекивати у току године дана и заробљенике за чије је умно и телесно здравље даље задржавање у логору према лекарским предвиђањима опасно. Стране у сукобу могу посебним споразумима предвидети смештај у неутралну државу здравих заробљеника

⁵⁶ Чланови 120 и 121.

⁵⁷ Чл.91.

⁵⁸ Ставови 2 и 3 чл.21. Више о томе: Ф.Калсховен, *op.cit.*, стр.51.

који се већ дуго налазе у заробљеништву, као и оних који су жртве несрећних случајева, под условом да нису сами себе повредили⁵⁹.

Размена ратних заробљеника представља још један начин на који заробљеништво може престати у току трајања оружаног сукоба. Пракса размене заробљеника позната је у многим ратовима. Прибегава јој се на основу посебно закључених војних споразума између страна у сукобу. Размена се врши из хуманитарних разлога и њоме су углавном обухваћени рањени и болесни ратни заробљеници. Споразуми се закључују на основу реципроцитета, а као неутрални посредник обично се појављује Међународни комитет Црвеног крста⁶⁰.

После окончања активних непријатељстава ратни заробљеници морају без одлагања бити пуштени на слободу и враћени у домовину. Међународно хуманитарно право препушта странама у сукобу да споразумом о окончању непријатељстава саме уреде сва питања у вези са ослобађањем и репатријацијом ратних заробљеника. Уколико то нису учиниле, свака страна која држи ратне заробљенике саставља и спроводи без одлагања план о њиховој репатријацији⁶¹.

Обавеза предвиђена у Трећој женевској конвенцији да се ратни заробљеници безусловно репатрирају одмах после престанка непријатељстава представља напредак у односу на Хашки правилник из 1907. и Женевску конвенцију из 1929. године који су ту обавезу везивали за закључење уговора о миру. Друга предност овог решења је што све стране у сукобу третира једнако, без обзира да ли је реч о победнику или пораженом. Раније је била пракса да државе које изгубе рат одмах пуштају на слободу све ратне заробљенике, док су победнице обично касниле са репатријацијом ових лица⁶².

Правило је да ратни заробљеници не могу одбити репатријацију. У том погледу Трећа женевска конвенција не предвиђа никакве изузетке, будући да изричито одређује да се сви ратни заробљеници морају ослободити и репатрирати. Међутим, после корејског рата поставило се питање севернокорејских ратних заробљеника који нису желели да се врате у домовину. Како таква ситуација није регулисана међународним хуманитарним правом, Генерална скупштина Уједињених нација донела је резолуцију 610 (VII) којом се забрањује употреба силе ради извршења или спречавања репатријације. Одлука о повратку у домовину или одласку у другу земљу препуштена је самим заробљеницима. Том приликом значајну улогу имају делегати Међународног комитета Црвеног крста који треба да процене да ли су се заробљеници добровољно и слободно

59 Чл.110.

60 Видети: Х.П.Гасер, Међународно хуманитарно право: увод (превод), Сарајево, 1999, стр.44; Ф.Калсховен, *op.cit.*, стр.52.

61 Чл.118.

62 Видети: З.Вучинић, *op.cit.*, стр. 276.

одлучили да се врате у домовину или затраже азил у некој другој држави, нарочито ако је промењен политички режим у њиховој земљи или им тамо прети опасност од кривичног гоњења⁶³.

Обавезом репатријације нису обухваћени ратни заробљеници против којих се води кривични поступак или којима је изречена казна због злочина или дела по општем кривичном праву. Ови заробљеници могу бити задржани све до завршетка поступка или до издржавања казне⁶⁴. Неоправдано одлагање репатријације ратних заробљеника представља тешку повреду међународног хуманитарног права и сматра се ратним злочином⁶⁵.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.

Full Professor

Faculty of Law, University of Niš

PROTECTION GUARANTEED BY THE PRISONER OF WAR STATUS IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

In international humanitarian law, the status of a prisoner of war (POW) is given to certain categories of persons involved in armed conflicts who fall into the power of an adverse party. The most important category among them are combatants, i.e. members of the armed forces. However, the notion of a POW is much wider as it includes non-combatants, i.e. persons who accompany the armed forces without being their actual members.

The protection guaranteed to POWs under the international humanitarian law is a compromise between two distinct interests. On the one hand, the main interest of the Detaining Power that holds prisoners in captivity is to weaken the enemy's military forces by hindering their further participation in fights. On the other hand, the interest of the POWs is to be protected in accordance with the basic international human rights standards.

The protection of POWs in international humanitarian law is twofold. In addition to the basic protection principles, there are series of specific and very detailed rules governing the content of this protection. These rules apply to all aspects of captivity, starting from the moment of capturing POWs and their

63 Више о томе: Х.П.Гасер, *op.cit.*, стр.44 ;Б.Јанковић, З.Радивојевић, *op.cit.*, стр.451

64 Ставови 5 и 6 чл.119 Треће женеvске конвенције.

65 Став 4 б) чл.85 Протокола.

subsequent treatment until the termination of captivity. In the minutest detail, these rules regulate a number of significant issues relevant to the POWs life in captivity, such as: evacuation; interrogation; quarters in prisoner camps; food and clothing; hygiene and medical care; assistance of medical and religious personnel; religious services, intellectual and physical activities; discipline in detention camps; military ranks; transfers; labour; financial resources; relations with the outside world and authorities; disciplinary and penal liability.

Captivity may be terminated in the course of hostilities due to the prisoner's death, a successful escape, a release on parole or promise, direct repatriation or accommodation in a third (neutral) country, and a prisoner exchange. After the cessation of active hostilities, all POWs must immediately be released and repatriated. Unreasonable delay of repatriation of prisoners of war constitutes a grave violation of international humanitarian law and is therefore qualified as a war crime.

Key words: *prisoners of war, combatants, non-combatants, status, internment, protection, general principles, treatment, detention camps, termination of captivity*

ЗАКОН СУДЊИ ЉУДЕМ – НАЈСТАРИЈИ СЛОВЕНСКИ ПРАВНИ СПОМЕНИК¹

Апстракт: Закон судњи људем (ЗСЉ) из друге половине IX или са почетка X века није сачуван у оригиналном рукопису, већ у неколико преписа унутар руских мешовитих законско-црквених рукописних зборника, од којих је најстарији из XIII века. Садржи претежно кривично право, али има и одредбе приватног и процесног права. Мада је ЗСЉ предмет истраживања још од средине XIX века, до наших дана су многе хипотезе остале без коначних одговора. Већина правних историчара заступа тезу да је настао у Бугарској као званичан акт законодавне власти током владавине или кнеза Бориса (после 865, а најкасније до 889. године), или током владавине његовог сина Симеона (893-927). Друга је хипотеза да Закон јесте из доба бугарског кнеза Бориса и да је настао око године 885, када су из Моравске у Бугарску пристигли бројни ученици Тирила и Методија, али да није био званичан акт законодавне власти, већ приватна правна компилација непознатог аутора. Постоје још две мање распрострањене хипотезе: да је настао у Моравској и да је настао у византијској области Стримон. Сви истраживачи се углавном слажу око времена настанка ЗСЉ (друга половина IX или почетак X века), као и око његовог садржаја и обима. Неспорна је и чињеница да је ЗСЉ израђен по узору на византијски законик Еклога из 726. године. Од укупно 32 члана, само три члана ЗСЉ (члан 1, 2 и 7а) немају своје узоре у византијској Еклоги, а од преосталих двадесет и девет чланова, само је њих десет (11, 14, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25 и 30а) дословни превод одговарајућих чланова Еклоге. Преосталих деветнаест чланова ЗСЉ преузимани су из Еклоге уз значајне модификације, нарочито у деловима који се тичу казне. Аутор препоручује методологију даљих истраживања ЗСЉ и наглашава да управо те модификације представљају богат материјал који треба продубљеније свестрано сагледавати и са социолошко-исто-

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 пројекта је 179046).

ријског и са религијског становишта. Аутор сматра да општа анализа једног оваквог примера парцијалне рецепције иностраног права, као и конкретна анализа садржаја самих модификација насталих током поступка рецепције, могу понудити значајне одговоре о конкретној друштвеној стварности једне ране словенске државе, али и допринети бољем разумевању феномена настајања ране државе уопште.

Кључне речи: Закон судњи људем, словенско право, Бугарска, Еколга, византијско право, Византија, рецепција права, рани средњи век.

1. Хипотезе које прате овај правноисторијски извор

Закон судњи људем (скраћено: ЗСЉ), најстарији је и уједно први на народном језику написан словенски правни споменик. Настао је у другој половини IX или почетком X века, највероватније у Бугарској. Није сачуван у оригиналном рукопису, већ у преписима унутар руских рукописних књига, такозваних крмчија, мешовитих канонско-световних зборника. Овај тип зборника је у Византији био познати под именом “номоканон”, а у средњовековној Србији под именом “законоправило”. За најстарији и најближи изворном садржају сматра се текст ЗСЉ од тридесет и два члана садржан у Устјушкој крмчији из XIII века (тзв. Румјанцевски рукопис).²

У руским летописима и неслужбеном правном зборнику «Мерило праведное», који је сачуван у рукописима из XIV и XV века, постоји један двоструко обимнији закон са овим истим насловом “Закон судњи људем” који, зависно од начина бројања, има 77 одн. 83 члана. Настао је знатно касније, током XI – XIII века, на просторима Русије, уношењем нових текстова у првобитну редакцију ЗСЉ. Мада се он у правноисторијској литератури најчешће именује као шира редакција ЗСЉ, методолошки је исправније посматрати их као два засебна правна споменика, будући да се они разликују не само садржински и по обиму, већ и по времену и месту настанка. Ово разликовање је неопходно и да би се код мање упућених читалаца избегла конфузија у оним случајевима када аутори (нарочито руски) у својим радовима изричито не наглашавају да ли имају у виду основну, изворну верзију ЗСЉ (тзв. кратку редакцију) или каснију, допуњену верзију ЗСЉ (тзв. ширу редакцију).

Интересовање за ЗСЉ почело је 1829. године, када је у издању Друштва за историју и руске старине Московског универзитета објављена књига

² Најбоље издање ЗСЉ на старословенском језику, са преводом и коментарима на бугарском језику: Венелин Ганев, Законъ соудный людмъ, София 1959. На руском језику: М.Тихомиров, Закон судный людем, Москва 1961. Једини интегрални текст ЗСЉ на српском језику: Д. Николић, А.Ђорђевић, Законски текстови старог и средњег века, Ниш 2011, стр. 113-118.

“Обозрение кормчей книги в историческом виде”. Њен аутор био је барон Густав Андреевич Розенкампф (1762-1832), учени руски правник, који је правне науке својевремено студирао на Универзитету у Лајпцигу. Радећи на законодавним пословима у највишим државним телима Русије, Розенкампф се заинтересовао за правне текстове садржане у древним руским канонско-световним зборницима. Посебну пажњу је обратио управо на Закон судњи људем, поставивши том приликом хипотезу да је овај Закон вероватно имао као узор неке византијске законе и правне зборнике. Ту хипотезу прихватио је и разрадио руски правник и историчар, професор историје руског права Николај Васиљевич Калачов (1819-1885) у својој књизи “О значенин Кормчей в системе древнерускаго права” објављеној у Москви 1848. године. Двдесетак година после тога, Алексеј Степанович Павлов (1832-1898), професор канонског права и историје права на неколико руских универзитета и духовних академија, у својој књизи “Первоначалный Славяно-русский номоканон” (Казань 1869), први доказује не само да је ЗСЉ имао као узор византијски правни зборник Еклогу, већ и покушава да утврди који су чланови ЗСЉ дословни превод, а који су прерада или допуна одговарајућих одредби Еклоге.

Професор Павлов је тада отклонио само једну, додуше можда и највећу правноисторијску непознаницу везану за ЗСЉ, али су све до наших дана остале отворене дилеме око места и приближног времена настанка овог правног зборника, као и око тога да ли је он био акт законодавне власти или приватна правна збирка (компилација), каквих је у то време било много по читавој Европи. Неколико хипотеза³ изнетих поводом ових питања, тешко да ће икада добити своју научну потврду, будући да су већ истражени сви доступни релевантни историјски извори.

Већина потоњих истраживача сматра и покушава да докаже тезу да је ЗСЉ настао у Бугарској током владавине или кнеза Бориса (после 865, а најкасније до 889. године), или током владавине његовог сина цара Симеона (893-927), те да је донет као званичан акт законодавне власти. Ово становиште заступају М. Андрејев, В. Ганев, Т. Зигел, Т. Флорински и Р. Хубе. Валтазар Богишић такође сматра да је ЗСЉ настао у Бугарској, али као приватна компилација која је током времена можда добила и законску снагу. Стефан Бобчев квалификује ЗСЉ као приватну збирку непознатог аутора из доба кнеза Бориса; претпоставља да би могао бити сачињен око године 885, када су из Великоморавске Кнежевине у

3 Све хипотезе аутора које помињемо у овом поглављу изложене су на многим местима у радовима бугарског историчара права Стефана Бобчева. В. Историја на старобългарското право, София 1910. (репринт, София 1998) и Римско и византијско право в Старовремска България, София 1925. Сличан преглед хипотеза и осврт на њих даје и проф. Михаил Андреев у опширном чланку Нови проучвания и нови теории относно произхода на Законъ соудный людъмъ, Годишник на Софийския университет, LV, 1964, стр. 29-46. Видети још и Valtazar Bogišić, Pisani zakoni na slovenskom jugu, Zagreb 1872, str. 14-17. и Д. Ангелов, Историја на средновековната българска држава и право, София 1992, стр.17-20.

Бугарску пристигли бројни ученици Тирила и Методија, из чијих редова можда потиче и сам приређивач овог зборника. Фани Милкова се не изјашњава о формалном статусу Закона; сматра да је настао у Бугарској крајем IX века, а свакако после примања хришћанства 865. године. Малобројни су аутори који постанак Закона везују за Великоморавску Кнежевину (И.Вашица, Д. Оболенски), или за византијску област Стримон у Македонији, чији је управник једно време био потоњи словенски просветитељ Методије (С. Троицки). Да је Закон израђен у Византији, али не за Грке, већ за Бугаре или Русе, гледиште је И. Бељајева.

Они аутори који доношње Закона везују за Бугарску и кнеза Бориса, најчешће га, прилично аргументовано, стављају у контекст са примањем хришћанства 865. године и указују на његову садржинску блискост са чувеним Одговорима папе Николе I на питања Бугара из 866. године.⁴

2. Преглед садржаја овог правноисторијског извора

Према накнадно урађеној и општеприхваћеној систематизацији, Закон судњи људем има тридесет два члана, које неки истраживачи називају и главама. Само три његова члана немају своје пандане у византијској Еклоги: чл.1 (о кажњавању свих становника села у којима се врше пагански обреди), чл.2 (да кнежеви и судије не суде “без довољно сведока”) и чл.7а (да је при сваком суђењу потребно најмање три, а највише једанаест сведока који, да би били прихваћени на суду, треба да имају у Закону побројана својства). Сви остали чланови ЗСЉ у већој или мањој мери имају узор у аналогним одредбама Еклоге – службеног византијског правног зборника из 726. године, који је израђен као приручник за судску праксу и државну администрацију.⁵

ЗСЉ не садржи скоро никакве одредбе о организацији власти на простору на којем је (претпоставља се) важио. У неколико његових чланова се само у ширем контексту помињу носиоци функција државне власти: (врховни) кнез, (локални) кнежеви, “владатељ области”, жупани, војводе, судије и старешине села. По смислу текста се разуме да кнез има врховну управну, али и судску власт. Одатле и хипотеза да је ЗСЉ донет у Бугарској најраније око 865. године (када је кнез Борис прихватио хришћанство као државну религију), а најкасније до 917-18. године (када дотадашњи кнез Симеон почиње да се титулише не више

4 Релевантна библиографија свих аутора поменутих у овом поглављу најпотпунија је у: М.Андреев, Ф.Милкова, Историја на българската феодална држава и право, София 1993, стр. 29-32.

5 Основно о Еклоги в. у: Д.Николић, Историја права, стари и средњи век, Ниш 2011, стр. 339-340; Г.Острогорски, Историја Византије, Београд 1998, стр. 167-168; Д.Оболенски, Византијски Комонвелт, Београд 1991, стр. 380-381. и Ф.Успенски, Историја византијског царства, Београд 2000, том I, стр. 632-633. Текст Еклоге на српском језику: Д.Николић, А.Ђорђевић, *op.cit.*, стр. 85-111.

као кнез, већ као цар). Из текста ЗСЈ види се да је кнез и предводник војске, па му зато, прописује чл. 3, увек припада шестина ратног плена.

Закон забрањује било коју врсту самопомоћи и самонамирења. Једино је судска власт та која треба да решава све врсте спорова, а њих ЗСЈ назива или «спор», или «оптужба» или «пријава». Тужилац сам покреће судски поступак и дужан је да обезбеди сведоке (једанаест, седам или најмање три). Ко против некога покрене кривични поступак, а не доведе сведоке, може за себе очекивати ону исту казну која би погодила туженог. Сведоци могу бити и ослобођеници и робови, уколико су правдољубиви, богобојажљиви, уважени, без мржње и лукавства, те ако су видели (а не само чули) оно о чему сведоче. Не могу сведочити родитељи против деце, ни обрнуто, као ни они који су у свађи са туженим. Ко је једном ухваћен у лажном сведочењу, више никада не може бити сведок.

Грађанско право заступљено је једино у одредбама о браку, и у онима о накнади штете. Да је институт приватне својине већ био уобичајена појава, посредно се сазнаје преко кривичноправних норми којима се имовина штити од крађе или оштећења.

Брак се у ЗСЈ одређује као трајна заједница мужа и жене, уз два изузетака када се може раскинути: један је изузетак у случају прељубе, а други када један супружник спрема другоме опасну радњу или злобу («страшну попут лепре»), са чиме се изједначује и случај када муж или жена сазна да другом супружнику неко трећи припрема такво зло, па то сакрије од њега. Брак се обавезно поништава када се установи да су супружници у крвном или духовном (кумовском) сродству. Бигамија је изричито забрањена. Закон прописује да се друга жена мора удаљити од мужа, а он бити кажњен због бигамије батинама и постом у трајању од седам година.

Одредбе о накнади штете крајње су лапидарне и односе се на обештећење власника коња, уколико се коњ повреди или угине док је у државини другог лица, на случајну паљевину туђе њиве или винограда, те на штету причињену туђој стоци и шуми. Код штета које причини роб-крадљивац, примењује се тзв. ноксална одговорност: или ће власник роба покраденом надокнадити штету и задржати свог роба, или ће уместо накнаде штете оштећеном предати (у својину) самог роба.

Једина кривична дела против личности у ЗСЈ су силовање девојке и отмица слободног човека ради његовог претварања у роба или ради продаје у ропство. Потпуно одсуство одредби о убиству и телесним повредама, готово сигурно значи да овај Закон – ако је, и где год да је примењиван – није био једини извор кривичног права на том простору. Са друге стране, одсуство одредби о убиству и телесним повредама иде у прилог и хипотези да је ЗСЈ био приватна компилација сачињена не са претензијом свеобухватности, већ по критеријумима приређивача.

Нешто су бројнија кривична дела против брака, полног и хришћанског морала: полно општење са малолетницом, са туђом вереницом, или полни односи са дотад невином девојком (а без намере женидбе њоме), брак са кумом и брак између крвних сродника, бигамија, блуд са сопственом или туђом робом и блудничење монаха.

Кривичноправну заштиту ужива приватна имовина физичких лица и имовина цркве. Као заштићени објекти изричито се помињу њива, шума, насечена дрва, виноград, стадо, коњ, оружје, кућа, литургијски предмети, црквене одежде, све црквене покретне ствари и гробови. Овој групи припада и најтеже кривично дело у читавом Закону: по тежини запрећене казне, то је злонамерна паљевина туђе куће, за шта кривцу следује погубљење мачем (у селу) или спаљивање (у граду). Код случајног изазивања пожара, Закон је изузетно благ и ослобађа било какве одговорности онога ко је «предузео све» да се ватра са његовог имања не прошири.

Строже кажњавање поврата прописано је код кривичног дела крађе стада: први пут се кривац кажњава батинама, други пут прогонством из “своје области”, трећи пут – продајом у ропство.

Као кривична дела против цркве и религије могу се означити вршење паганских обреда, отпадништво од хришћанске вере и повреда права црквеног азила. Једино се код кривичног дела вршења паганских обреда одступа од иначе доследно спроведеног начела индивидуалне одговорности; у овом случају одговорно је читаво село, те се сви његови житељи са целокупном имовином предају «Божјем храму», што највероватније значи да постају зависни сељаци, а да се њихова земља претвара у црквени посед.

Општа одлика казненог система Закона јесте да је у том делу дошло до највећих одступања у односу на Еклогу. То је учињено заменом смртне и сурових телесних казни релативно блажим облицима кажњавања, или епитимијама. Епитимије су, иначе, својствене црквеном, а не световном праву, те се у византијској Еклоги као изразито световном законском зборнику и не помињу.⁶ Вероватно је увођење епитимија у казнени систем Закона имало за циљ да се нагласи његов хришћански карактер и да се грешним појединцима (кривцима) из новокрштеног народа пружи могућност покајања у духу хришћанских правила и етике. Епитимије које ЗСЈ прописује за извршиоце појединих кривичних дела јесу лишење причешћа, забрана присуствовања читавој литургији или само њеним појединим деловима, забрана уласка у

⁶ Епитимије и нису казне у строгом смислу речи, “него покоре, духовни лијекови, док се грешник сасвијем не обрати и опере од гријеха”. Н. Милаш, Православно црквено право, Мостар 1902, стр. 596.

храм, продужени пост и појачане молитве, а зависно од конкретних кривичних дела, све ово у трајању од седам, па чак до петнаест година.⁷

Смртна казна у ЗСЉ предвиђена је само у једном случају, код злонамерне паљевине туђе куће. Телесне казне су бијење, сакаћење, одсецање носа и шишање косе; ово последње има више обележја привременог губитка личног достојанства. Имовинске казне су литра злата (новац се у ЗСЉ уопште не помиње), половина имовине кривца и потуна конфискација имовине (ово последње – у корист силоване девојке). Закон познаје и две врсте прогонства: из једне области у другу унутар земље и прогонство ван земље. Казна која се условно може назвати «погоршање друштвеног статуса осуђеног» састојала се у претварању слободног у роба или у зависног сељака.

3. Научна оправданост даљих продубљенијих истраживања овог правноисторијског извора

У правноисторијској литератури је редовно, такође по инерцији, истицан изузетан значај ЗСЉ за историју словенског права. Палеолингвистичке анализе су, са своје стране, потврдиле његову изворну старину и временски га лоциравши у другу половину IX или на почетак X века подржале ставове правноисторијске науке да је реч о најстаријем словенском правном тексту. Ипак се стиче утисак да је у правноисторијским истраживањима, у поређењу са интересовањем за друге словенске правне споменике, овом Закону посвећено много мање пажње. У српској правној, историјској и правноисторијској литератури, на пример, чак не постоји ни најобичнија језичка, а камоли нека продубљенија анализа одредаба ЗСЉ, као што не постоји ни макар обичан синоптички преглед садржаја чланова ЗСЉ и садржаја њима аналогних одредби из Еклоге. Ова наша уводна правноисторијска студија о ЗСЉ има за циљ да макар на елементарном нивоу донекле попуни ту огромну празнину у нашој литератури.

Чињеница да ЗСЉ има само три члана (1, 2 и 7а) који немају своје пандане у византијској Еклоги, не може засенити једну другу чињеницу – да од преосталих двадесет и девет чланова ЗСЉ, само је њих десет дословни превод одговарајућих одредби Екологе:

⁷ Постојање изузетно строгих епитимија у казненом систему ЗСЉ иде у прилог хипотезама које га везују за неки простор и време непосредно после примања хришћанства, одн. за простор и време где се, и када се, хришћанство тек учвршћивало и потискивало дотадашње паганске форме религије. Управо је таква историјска ситуација била у бугарској држави после 865. године када је кнез Борис примио хришћанство и уз велике отпоре настојао да га прогласи и званичном, државном религијом. Таква ситуација апсолутно није могла бити у Византији, одн. у њеној области Стримон, нити у Великоморавској Кнежевини (где је код тамошњег словенског становништва хришћанство већ било укоренењено, али се све до Методијеве смрти 885. године водила борба за богослужење на словенском језику).

ЗСЉ члан		ЕКЛОГА титул/тачка	
11 (завођење туђе веренице)	=	XVII / 32	(1)
14 (штета у туђој шуми)	=	XVII / 40	(2)
17 (забрана самопомоћи)	=	XVII / 5	(3)
18 (сведочења родитеља и деце)*	=	XIV / 2	(4)
20 (сведоци по чувењу)	=	XIV / 9	(5)
21 (одрицање од хришћанства)	=	XVII / 6	(6)
22 (оштећење туђег коња)	=	XVII / 7	(7)
23 (штета туђој стоци)	=	XVII / 8	(8)
25 (одговорност за свог роба)	=	XVII / 12	(9)
30 а (о разводу брака)	=	II / 12-13	(10)

* само прва реченица у чл. 18 (једина у Т. XIV/2 Еклоге)

Јасно је, дакле, да садржај чак двадесет и два члана ЗСЉ (тј. 3 члана који не постоје у Еклоги, плус 19 чланова који су у фази рецепције прерађени) јесте резултат рада њихових твораца – законодаваца, ако је ЗСЉ био акт законодавне власти, одн. приређивача, ако је ЗСЉ био приватна правна збирка која је током времена, можда, добила и снагу закона. Обим и садржај она три члана ЗСЉ који немају своје пандане у Еклоги, као и одступања у садржају преосталих деветнаест чланова ЗСЉ од садржаја њихових пандана из Еклоге, представљају богат материјал који се може и треба продубљеније сагледавати не само са правноисторијског становишта, већ и са социолошко-историјског и религијског.

И код дословне рецепције иностраног права, која у поређењу са рецепцијом уз модификацију није у историјској пракси била ни чешћа и ни масовнија појава, правноисторијска наука треба да се веома опрезно изјашњава о могућим мотивима законодаваца (одн. приређивача) за такав поступак дословног преузимања садржаја појединих правних норми. Када је реч о раном средњем веку и о тзв. раним државама, било би пожељно да се у основи таквих размишљања налазе најмање две претпоставке: прва, да се у држави рецепције у једном тренутку појавила реална потреба да се правно регулишу неки конкретни друштвени односи који су или нови на том простору и у том времену, или су већ постојећи, али су до тада били регулисани не правним, већ другим друштвеним нормама (етичким, обичајним или религијским); друга је претпоставка да је законодавац (одн. приређивач) у садржају неке већ постојеће стране правне норме (по правилу из развијенијег правног система у односу на сопствени) препознао идеално решење за конкретан случај и зато такву правну норму преузима дословно је преводећи на свој језик. Од ових претпоставки треба поћи и код тумачења поступка дословног преузимања из византијске Еклоге оних десет чланова ЗСЉ. Да понашања која се правно санкционишу у овим члановима (завођење туђе веренице, оштећења туђих ствари, самопомоћ

и самонамирење, сведочење родитеља и деце једних против других итд) нису постојала у конкретној друштвеној стварности, тешко је и замислити да би законодавац (одн. приређивач) у једној раној држави дословно преводио и преузимао те византијске правне норме само због неких будућих хипотетичних појава, односа и стања. Ово утолико пре, када се има у виду и ниво развијености друштвених односа, правне свести и реално потребне правне регулативе на просторима и у времену за које се везује постанак ЗСЈ, а по мишљењу највећег броја истраживача то је била бугарска држава друге половине IX или с почетка X века.

Много је већи научноистраживачки изазов код анализа рецепције иностраног права уз његову модификацију, то јест када је у држави рецепције инострана правна норма преузета не као дословни превод, већ уз извесне измене, допуне или скраћења, и када су тим прилагођеним иностраним правним нормама још и додате неке правне норме које у иностраном изворнику уопште не постоје. Однос ЗСЈ и византијске Еклоге је за ову врсту истраживања изузетно добар историјски пример. Претходно је, међутим, потребно приступити потпуном и прецизном упоређивању оних деветнаест чланова ЗСЈ са њиховим панданима у Еклоги, као и урадити свестрану анализу чланова 1, 2 и 7а који немају своје пандане у Еклоги. Обим и дубина таквог истраживања вишеструко превазилазе циљеве ове наше уводне правноисторијске студије која, међутим, свакако може бити не само подстицај за једно такво правноисторијско истраживање, већ и његов методолошки оквир.

Prof. Dragan Nikolić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

***The Law on the Trial of People (Zakon Sudnyi Lyudem) –
the Earliest Slavonic Legal Document***

Summary

The Law on the Trial of People (Zakon sudnyi lyudem) is one of the earliest historical sources of Slavonic law which is believed to have been made in the second half of the 9th century and at the beginning of the 10th century. The original manuscript of this document has not been preserved but there are several transcripts contained in the collection of miscellaneous Russian civil and canonical documents, the oldest of which dates back to the 13th century. This historical legal document primarily comprises penal law provisions but there is also a number of articles on civil law and civil procedure.

Although this legal document has been the subject matter of theoretical study ever since the mid-19th century, many of these hypotheses have not yielded the specific answers until the present day. Most legal theoreticians support the hypothesis that this legal document originally comes from Bulgaria, where it was enacted as an official legislative act during the rule of one of the two Bulgarian rulers: either Prince Boris (in the period from 865 to 889 at the latest) or his son Simeon (893-927). The second hypothesis suggests that the origin of this document may be traced back to the rule of the Bulgarian Prince Boris and that it was enacted around the year 885 (at the time when numerous disciples of Cyril and Methodius arrived to Bulgaria from Moravia); however, the supporters of this hypothesis consider that it was not an official legislative act but rather a private collection of laws compiled by an anonymous author. There are two additional (but less prevalent) hypotheses: under the first hypothesis, this legal document was made in Great Moravia and, under the second, it was made in the Byzantine district of Strimon.

There is a common agreement among the researchers on the time when it was made (in the second half of the 9th and at the beginning of the 10th century) as well as on its legal content and scope. There is no dispute about the fact that this legal document was modeled upon the 726 Byzantine Code Ecloga. Zakon Sudnyi Lyudem contains 32 articles, only three of which (Articles 1, 2 and 7a) are not based on the Byzantine Ecloga. Only ten of the remaining 29 articles (Articles 11, 14, 17, 18, 20, 21, 22, 23, 25 and 30a) are literal translations of the respective Ecloga articles. The remaining 19 articles are adapted versions of the Ecloga provisions and they contain significant modifications, particularly in respect of penal provisions.

In this article, the author suggests the methodology for a further research on this legal document and points out the fact that these modifications are an abundant source of material which should be subject to a more extensive and comprehensive research from the sociological, historical and religious standpoints. The author considers that a general analysis of such an example of partial reception of a foreign law as well as the particular analysis of the contents of these modifications emerging in the process of reception may provide important answers on the specific social reality of early original Slavonic states and ultimately contribute to a better understanding of the phenomenon underlying the development of early states in general.

Key words: *Zakon Sudnyi Lyudem, Slavonic law, Bulgaria, Ecloga, Byzantine law, Byzantine Empire, reception of law, early Middle Ages*

СЛУЖБЕНА КРИВИЧНА ДЕЛА - одговорност и кажњивост -

Апстракт: Један од основних постулата правне државе и владавине права уопште јесте законито, квалитетно, ефикасно, благовремено и целисходно функционисање јавних служби. Зато је потребно да службена (домаћа или страна) и одговорна лица у државним органима, организацијама и заједницама законито и ефикасно обављају радње у оквиру својих службених овлашћења. Кришењем тих овлашћења или њиховом злоупотребом, повређују се права и законом заштићени интереси других физичких и правних лица, али се на тај начин повређује или угрожава и сама службена дужност таквих лица. Стога сва савремена кривична законодавства познају систем кривичних дела против службене дужности са прописаним санкцијама за њихове учиниоце. Управо о појму, карактеристикама, садржини и систему службених кривичних дела говори овај рад.

Кључне речи: службена дужност, службено лице, злоупотреба, кривично дело, одговорност, кривичне санкције.

УВОДНА РАЗМАТРАЊА

Кривична дела против службене дужности представљају различите облике и врсте злоупотребе службеног положаја и јавних овлашћења у вршењу службене дужности које су управо учињене од стране службених лица као носилаца тих овлашћења¹. Најчешће се овде ради о поступањима службених лица у вршењу службене дужности, не у интересу и за потребе службе коју врше, већ у неком другом интересу – у намери да на овај начин прибаве себи или другом физичком или правном лицу какву корист, односно да другоме нанесу какву штету или да теже повреду права других².

¹ М. Радовановић, М. Ђорђевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 1975. године, стр.369-371.

² Д. Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, 2011. године, стр. 462.

Ту се практично ради о искоришћавању или прекорачењу службеног положаја или овлашћења или о невршењу службене дужности које због посебно испољеног степена тежине и опасности Кривични законик³ предвиђа као кривична дела. Тако заправо долази и до појаве злоупотребе јавних овлашћења, службеног положаја, корупције у разним облицима и видовима што све заједно наноси огромне материјалне и друге штете не само појединцима и установама, већ и целом друштву. С друге стране, оваквим својим поступањем државни органи могу да пољуљају поверење међу грађанством (као поданицима државе) у постојећи систем и функционисање не само власти, већ и целокупног правног поретка, па и у ефикасност правне државе⁴.

Стога је интерес (па и императив) сваке државе да сузбије оваква недопуштена понашања појединаца и група и да их принуди да своја овлашћења и надлежности у поступању врше у границама законом прописаним или предвиђеним у другим подзаконским општим актима. Свако прекорачење и злоупотребу ових овлашћења држава проглашава забрањеним, противправним и кажњивим. Најопасније облике оваквих понашања закон инкриминише као кривична дела прописујући за њихове учиниоце казне (затвор) и друге кривично правне мере (мере безбедности и сл). Мање опасна понашања у сфери злоупотреба службених овлашћења законодавац је прописао као привредне преступе, прекршаје, али и као дисциплинске преступе.

Овакве појаве нису само реликт прошлости, већ су оне, на жалост, карактеристичне и за наше данашње друштвено уређење на почетку 21. века⁵. Такве повреде погађају пре свега појединце, а потом и цело друштво. Та злоупотреба, корумпираност и самовлашће органа са јавним овлашћењима и њихових службених лица представља велико друштвено зло које истовремено доводи и до нарушавања угледа појединих служби и органа, па и ауторитета целе власти⁶. Стога се управо предвиђањем кривичних дела и других врста деликата против службене дужности службених лица тежи за потпуним обезбеђењем исправности, законитости, ефикасности и целисходности у раду државних органа и других органа са јавним овлашћењима и тако очува поверење грађана у саму ту власт и правни поредак уопште.⁷

3 Службени гласник Републике Србије број 85/2005. Више: Д. Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007. године.

4 Г. Мишић, Казнена дјела против службене дужности – посебан осврт на казнена дјела корупције, Радно право, Загреб, број 9/2006. године, стр. 60-68.

5 Д. Јовашевић, Корупција као облик угрожавања владавине права у Србији, Зборник радова, Србија- политички и институционални изазови, Београд, 2008. године, стр. 385-416.

6 М. Јеленски, Превенција привредног криминалитета, Приручник, Загреб, број 1/1991. године, стр. 50-57.

7 Г. Мишић, Казнена дјела против службене дужности – посебан осврт на корупцијска казнена дјела, Хрватска правна ревија, Загреб, број 10/2005. године, стр. 82-95.

ПОЈАМ СЛУЖБЕНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Кривична дела против службене дужности⁸ (службена, службеничка или чиновничка кривична дела) представљају у суштини разне врсте злоупотреба службеног положаја и јавних овлашћења у вршењу службене дужности од стране службених лица као носилаца тих овлашћења⁹. Држава као организована друштвена организација у свом апарату има више органа који чине поједине службе са јавним овлашћењима. Државни апарат има тежњу да стално јача, што временом доводи до повећања броја служби и лица која раде у њима. На тај начин држава се постепено претвара у самосталну снагу која истина извире из друштва што има за последицу да поједине службе и органи врше јавна овлашћења, не само у интересу целе државе (и целог друштва), него и у свом сопственом интересу.¹⁰

Тако заправо и долази до појаве злоупотребе јавних овлашћења, злоупотребе и кршења службеног положаја, корупције у разним облицима што наноси огромне штете не само појединцима и установама, већ и целом друштву, па и међународној заједници у целини. Стога је интерес сваке правне државе да у име владавине права и заштите корпуса основних људских права и слобода, сузбије, спречи и предупреди оваква недопуштена, противправна понашања појединаца и група и да их принуди да своја овлашћења врше у границама законом прописаним или предвиђеним у другим подзаконским актима¹¹. Свако прекорачење и злоупотребу ових овлашћења држава проглашава опасним и противправним понашањем и у закону прописаном санкцијом кажњава његове учиниоце.¹²

Овакве појаве нису само реликт прошлости, већ су оне на жалост карактеристичне и за наше друштво на данашњем степену развоја. Такве повреде погађају пре свега појединце, а потом и цело друштво. Та злоупотреба, корумпираност и самовлашће органа са јавним овлашћењима и њихових службених лица представља велико друштвено зло које доводи и до нарушавања угледа појединих служби, па и ауторитета целе власти, до губљења поверења грађана у законитост и целисходност њиховог рада и до доношења штете правима и интересима других физичких и правних лица. Стога се управо предвиђањем

8 Ж.Ђурић, Д.Јовашевић, М.Ракић, Корупција – изазов демократији, Београд, 2007. године, стр.178-193.

9 Д. Јовашевић, Појам и карактеристике службених кривичних дела, Судска пракса, Београд, број 6/2005. године, стр. 55-62.

10 Ј. Крегар, Корпорацијски криминал и нове мјере сузбијања корупције, Ревизија, Загреб, број 3/2004. године, стр. 5-18.

11 Више: М. Фауленд, В. Стошић, Је ли неслужбено господарство извор корупције, Загреб, 1999. године.

12 Г. Мишић, Казнена дјела против службене дужности – посебна осврт на неке случајеве из судске праксе, Хрватска правна ревија, Загреб, број 6/2006. године, стр. 68-100.

кривичних дела против службене дужности¹³ тежи за потпуним обезбеђењем исправности и законитости у раду државних органа који врше јавна овлашћења и тако очува поверење грађања у саму ту власт и правни поредак¹⁴.

У вези са појмовним одређивањем службеног криминалитета (службених кривичних дела или кривичних дела извршених од стране службених лица у вршењу службене дужности) потребно је указати и на чињеницу да се под овим појмом у ширем смислу у кривичноправној литератури сматрају и друга кажњива, недозвољена, противправна, деликтна понашања службених лица у вршењу службе. Тако се наиме у оквиру службеног криминалитета или службене деликвенције подразумевају поред кривичних дела и следеће врсте деликата као што су: 1) привредни преступи, 2) прекршаји и 3) дисциплински преступи службених лица¹⁵.

КАРАКТЕРИСТИКЕ СЛУЖБЕНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Службена кривична дела представљају различите облике и видове злоупотребе службеног положаја и јавних овлашћења у вршењу службене дужности¹⁶ од стране службених или одговорних лица као носилаца тих овлашћења којима се наносе теже последице за службу односно долази до тежег угрожавања службе. Овим се инкриминацијама, заправо, настоји да се обезбеди исправност, целисходност, благовременост, ефикасност и законитост у раду државних органа који врше јавна овлашћења и тако очува поверење грађана у правни поредак и правну државу.¹⁷

Објект заштите ових кривичних дела јесте службена дужност државних и других органа који врше јавна овлашћења односно дужност одговорних лица у предузећу, установи или другом субјекту. Али није циљ учинилаца ових кривичних дела да повреде или угрозе службену дужност коју врше, већ да на та начин нанесу штету другом лицу (имовинског или неимовинског карактера) или да теже повреде право неког другог физичког или правног лица¹⁸. Истовремено се

13 Г. Мишић, Казнена дјела против службене дужности – посебан осврт на корупцијска казнена дјела, Хрватска правна ревија, Загреб, број 10/2005. године, стр. 82-95.

14 В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2010. године, стр. 289-292.

15 М.Ђорђевић, Ђ.Ђорђевић, Кривично право, Београд, 2010. године, стр. 214-215.

16 Г. Мишић, Казнена дјела против службене дужности – посебан осврт на корупцијска казнена дјела, Хрватска правна ревија, Загреб, број 10/2005. године, стр. 82-95.

17 Д. Јовашевић, Појам и карактеристике службених кривичних дела, Судска пракса, Београд, број 6/2005. године, стр. 55-59.

18 П. Новоселец, Злоупораба положаја и власти као господарско казнено дјело, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, Загреб, број 9/2002. године, стр.1-17.

овим кривичним делима повређују или угрожавају и друге друштвене вредности као што су: слобода и права човека и грађана, имовина, привреда и сл.¹⁹.

Радња извршења ових кривичних дела се предузима у вршењу службене дужности или у вези са вршењем службене дужности²⁰. С обзиром на врсту службене дужности која се крши и нарушава вршењем кривичних дела, службена кривична дела се могу поделити на две групе. То су: 1) општа службена кривична дела и 2) посебна службена кривична дела. Општа службена кривична дела се могу извршити у свакој службеној дужности од стране носиоца службених овлашћења. Посебна службена кривична дела се пак могу извршити само у одређеним врстама и облицима службене дужности (нпр. кривично дело кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика из члана 360. КЗ РС).

Даље, у правној теорији се може пронаћи још једна деоба кривичних дела против службене дужности. Тако се сва службена кривична дела може класификовати на две врсте и то на: 1) права службена кривична дела и 2) неправна службена кривична дела. Права службена кривична дела су она дела која може да изврши само службено или одговоорно лице, и то само у вршењу службене дужности или јавних овлашћења или у вези са њима. Неправна службена кривична дела су она која се могу извршити и у служби и ван ње.

Овим кривичним делима се повређује службена дужност у смислу њеног правилног, целисходног, благовременог, ефикасног и законитог функционисања. Нису међутим, све овакве повреде кривична дела, већ само теже повреде, док бројне лакше повреде службене дужности представљају дисциплинске преступе. О томе када ће постојати кривично дело, а када дисциплински преступ постоје два схватања. Тако се: 1) према квантитативном разликовању, кривична дела сматрају као теже врсте деликата, а дисциплински преступи слабије, мање повреде службене дужности. Разлика између њих није у елементима самих деликата, већ у интензитету и обиму проузроковане последице и 2) према квалитативном схватању разлика између кривичних дела и дисциплинских преступа се налази у њиховој природи, односно у карактеру и значају ових дела. То су две категорије деликата разликују се по садржини свога бића.²¹

У оквиру ових кривичних дела су систематизована и тзв. кривична дела корупције (од којих су најзначајнија следећа дела: 1) трговина утицајем из члана 366. КЗ РС, 2) примање мита из члана 367. КЗ РС и 3) давање мита из члана 368. КЗ РС – као општа дела корупције). Због посебног значаја и опасности посебна кривична дела корупције су до доношења новог Кривичног законика Републике Србије који је ступио на снагу 1. јануара 2006. године била систематизована у

19 М. Радовановић, М. Ђорђевић, Кривично право, Посебни део, оп.цит. стр. 370-371.

20 Д.Јовашевић, Злоупотреба службеног положаја и корупција, Београд, 2005. године, стр. 17-26.

21 Д.Јовашевић, Т.Хашимбеговић, Злоупотреба службеног положаја, Београд, 2001. године, стр. 56-69.

посебну главу иза “Кривичних дела против службене дужности” под називом: “Кривична дела корупције”. Корупција²² представља појаву давнашњег порекла која је иманентна свим државним организацијама током своје дуге историје. Она се испољава у разним облицима, на различите начине и различитим средствима у широком спектру делатности. Но, при томе, се ипак не сме запоставити чињеница да сви облици корупције (лат. *corruptio* - поквареност) не морају да садрже обележја одређених кривичних дела за која су прописане кривичне санкције. То наиме, значи да се под појмом корупције не сматрају само кривична дела, већ овај појам по свом садржају, карактеру и природи превазилази границе кривичноправне репресије.

Као учинилац ових кривичних дела по правилу се јавља домаће или страном службено или одговорно лице. Код појединих кривичних дела као учинилац се јавља само одређено службено лице – судија или судија поротник, јавни тужилац или његов заменик код кривичног дела кршења закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика из члана 360. КЗ РС. Код одавања службене тајне из члана 369. КЗ РС као учинилац се може јавити и лице коме је престало својство службеног лица у време извршења дела. Но, овде постоје и таква дела која може да изврши свако лице: давање мита из члана 368. КЗ РС или пак лице коме су предмети кривичног дела поверени у служби или на раду (код проневере из члана 364. КЗ РС и послуге из члана 365. КЗ РС).

Службеним лицем у својству учиниоца ових кривичних дела у смислу члана 112. став 3. КЗ РС сматрају се²³: 1) лице које у државном органу врши службене дужности, 2) изабрано, именовано или постављено лице у државном органу, органу локалне самоуправе или лице које стално или повремено врши службене дужности или службене функције у тим органима, 3) лице у установи, предузећу или другом субјекту којем је поверено вршење јавних овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу, 4) лице којем је фактички поверено вршење појединих службених дужности или послова и 5) војно лице изузев када су у питању кривична дела против службене дужности.

Страном службено лице у смислу члана 112. став 4. КЗ РС као учинилац ових кривичних дела је лице које је члан законодавног, извршног или судског органа стране државе, јавни функционер или службеник међународне организације и њених органа, судија и други функционер међународног суда.

Као извршилац ових кривичних дела може се појавити и одговорно лице²⁴. Одговорним лицем се у смислу става 5. члана 112. КЗ РС сматра власник предузећа или другог субјекта привредног пословања или лице у предузећу,

22 Д.Јовашевић, Кривична дела корупције, Београд, 2009. године, стр.178-184.

23 И.Симић, А.Трешњев, Кривични законик с краћим коментаром, Београд, 2010. године, стр. 93.

24 Н. Мрвић Петровић, Кривично право, Београд, 2005. године, стр. 350-351.

установи или другом субјекту којем је с обзиром на његову функцију, уложена средства или на основу овлашћења поверен одређени круг послова у управљању имовином, производњи или другој делатности или у вршењу надзора над њима или му је фактички поверено обављање појединих послова. Као субјект привредног пословања (члан 112. став 21. КЗ РС) сматрају се: 1) предузеће, 2) друго правно лице које обавља привредну делатност и 3) предузетник

У погледу кривице, ова се кривична дела врше са умишљајем. Само једно службено кривично дело може бити извршено и са нехатом као обликом кривице. То је дело одавања службене тајне из члана 369. КЗ РС.

У нашем правном систему због својих посебних и специфичних карактеристика службена кривична дела су одувек била издвојена у посебну главу и то раније, како у Основном кривичном закону, тако и у републичком кривичном законодавству. Тако је раније Основни кривични закон (бивши Кривични закон СР Југославије²⁵ у глави 19. предвиђао кривична дела против службене дужности службених лица у савезним органима и савезним организацијама (у чл. 174-200). Кривични закон Републике Србије из 1977. године²⁶ предвиђао је службена кривична дела у две посебне, самосталне главе и то: 1) у глави 21. под називом: Кривична дела против службене дужности (чл. 242-256) и 2) у глави 21А. под називом: Кривична дела корупције (чл. 255а.-255з.). Новодонети Кривични законик Републике Србије из 2005. године који је ступио на правну снагу 1. јануара 2006. године у глави 33. под називом: "Кривична дела против службене дужности" предвиђа службена кривична дела (чл. 359.-369).

Сва ова законска решења предвиђају на готово истоветан начин поја, карактеристике и систематику службених кривичних дела са идентичним обележјима бића кривичних дела и прописаним казнама. Но, без обзира на мање или веће разлике које постоје међу службеним кривичним делима, зависно од кривичног закона који их предвиђа сва ова дела имају исте заједничке карактеристике по којима се она управо и издвајају у засебну групу кривичних дела и које чине њихову специфичност. Те заједничке карактеристике службених кривичних дела се могу одредити с обзиром на: 1) објект заштите, 2) дело се предузима у вршењу службе, 3) својство извршиоца дела, 4) врста последице и 5) облик кривице.

25 Више: Д.Јовашевић, Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002. године.

26 Више: Д.Јовашевић, Коментар Кривичног закона Републике Србије, Београд, 2003. године; И.Симић, М.Петровић, Кривични закон Републике Србије – Практична примена, Београд, 2002. године.

ОСНОВНИ ЕЛЕМЕНТИ СЛУЖБЕНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Објект заштите

Објект заштите код кривичних дела о којима је реч у овом раду јесте службена дужност државних и других органа који врше јавна овлашћења²⁷. Но, у кривично правној литератури нису ретка ни схватања према којима се код ових кривичних дела не може говорити о једном јединственом заштитном објекту (у смислу добра или вредности који су заштићени кривичним законодавством), већ о вишеструком објекту кривично правне заштите²⁸. При томе се као главни или превалентни објект заштите код ових кривичних дела ипак сматра државна управа, јавна власт, јавна овлашћења, законити рад државног апарата. Но, као општи објект кривично правне заштите се такође код ових дела може узети и правилно и законито вршење службене дужности и других дужности које се врше у оквиру јавних овлашћења.

Иако је према овако одређеном објекту заштите и извршено систематизовање кривичних дела у посебном делу Кривичног законика у групу кривичних дела против службене дужности, ипак се овим делима повређују или угрожавају и друге друштвене вредности. Наиме, овим се кривичним делима истина недозвољено или незаконито врше службене дужности или се незаконито користе службена или јавна овлашћења. Но, није циљ извршилаца ових дела да незаконито користе или врше јавна или службена овлашћења или да незаконито користе службени положај, већ да оваквим својим радњама остваре други недозвољени противправни циљ²⁹.

Тај се циљ код ових кривичних дела предузетих од стране службених лица у вршењу службене дужности своди на остварење користи (имовинског или неимовинског карактера) за себе или неког другог (друго физичко или правно лице) или пак на проузроковање штете (имовинског или неимовинског карактера) неком другом физичком или правном лицу или пак у повреди права неког другог лица. Дакле, злоупотреба службене дужности се овде појављује само као средство или начин да се оствари неки други незаконити циљ било уопште или на једноставнији, успешнији или благовременији начин³⁰. Но, пошто се повреда службене дужности код ових кривичних дела јавља као примарна или превалентна друштвена вредност због које законодавац и пружа кривично

27 Љ.Јовановић, Д.Јовашевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 1995. године, стр.415.

28 група аутора: Коментар Кривичног закона Републике Србије, Београд, 1995. године, стр.850.

29 Н. Мрвић Петровић, Кривично право, оп.цит. стр.350.

30 З. Стојановић, О. Перић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2000. године, стр.340-341.

правну заштиту, то се оваква кривична дела систематизују у посебну групу дела управо према овом заштитном објекту³¹.

Вршење службе

Кривична дела против службене дужности су управљена на повреду или угрожавање службене дужности или службеног или јавног овлашћења. Она се предузимају од стране специфичних извршилаца односно лица са одређеним личним својством, а то је својство димаћег или страног службеног лица или својство одговорног лица. Ова лица предузимају своју радњу извршења управо приликом самог вршења службене дужности, приликом обављања различитих овлашћења односно приликом предузимања службених радњи у вршењу или поводом вршења службе. То је следећа заједничка карактеристика службених кривичних дела.

Дакле, ова се кривична дела врше у служби или у вези са вршењем службене дужности³². У овом другом случају, као њихов извршилац се не мора увек јавити само службено лице (као што је случај са кривичним делом давања мита при коме се као извршилац јавља свако лице које даје поклон или какву другу вредност – мито неком службеном лицу да у служби изврши закониту или незакониту радњу). Такође и одавање службене тајне може да изврши лице које више нема својство службеног лица, али је тајну коју је сада неовлашћено саопштило непозваном лицу сазнало у вршењу службене дужности или у вези са том службом.

Својство извршиоца дела

Следећа заједничка карактеристика службених кривичних дела се огледа у својству извршиоца дела³³. Наиме, као извршилац дела (као лице које предузима делатност чињења или нечињења која је у законском опису одређена као радња извршења кривичног дела) код ових кривичних дела се могу јавити следеће врсте лица. То су: 1) домаће службено лице, 2) страно службено лице и 3) одговорно лице.

Зависно од врсте кривичног закона који предвиђа одговарајућу инкриминацију из ове групе дела као извршилац овог кривичног дела могу се јавити различита службена лица³⁴. Тако се службеним лицем у својству учиниоца ових кривичних дела у смислу члана 112. КЗ РС сматрају следећа лица: 1) лице које у државном органу врши службене дужности, 2) изабрано, именовано или

31 Б. Чејовић, В. Миладиновић, Кривично право, Посебни део, Ниш, 1995. године, стр. 403-404.

32 Љ. Лазаревић, Кривично право, Посебни део, Београд, 1993. године, стр.299-301.

33 Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом, Београд, 2003. године, стр.465-468.

34 Н. Мрвић Петровић, Кривично право, оп.цит. стр.351.

постављено лице у државном органу, органу локалне самоуправе или лице које стално или повремено врши службене дужности или службене функције у тим органима, 3) лице у установи, предузећу или другом субјекту којем је поверено вршење јавних овлашћења, које одлучује о правима, обавезама или интересима физичких или правних лица или о јавном интересу, 4) лице којем је фактички поверено вршење појединих службених дужности или послова и 5) војно лице изузев када су у питању кривична дела против службене дужности.

Страно службено лице у смислу учиниоца ових кривичних дела је лице које је члан законодавног, извршног или судског органа стране државе, јавни функционер или службеник међународне организације и њених органа, судија и други функционер међународног суда.

Као извршилац ових кривичних дела може се појавити и одговорно лице. Одговорним лицем се сматра власник предузећа или другог субјекта привредног пословања или лице у предузећу, установи или другом субјекту којем је с обзиром на његову функцију, уложена средства или на основу овлашћења поверен одређени круг послова у управљању имовином, производњи или другој делатности или у вршењу надзора над њима или му је фактички поверено обављање појединих послова. Као субјект привредног пословања сматрају се: 1) предузеће, 2) друго правно лице које обавља привредну делатност и 3) предузетник

Но, иако се овде ради о службеним кривичним делима, као њихов извршилац се поред службеног или одговорног лица у одређеним случајевима може појавити и лице које нема ово својство. Наиме, код малог броја кривичних дела из ове групе као што су проневера и послуга као извршилац се може појавити поред наведених лица и друго лице коме су предмети кривичног дела поверени у служби или уопште на раду у државном органу, предузећу, установи или другом субјекту или радњи. Дакле, овде је за постојање дела битно да се ради о лицу коме су одређени предмети (новац, хартије од вредности или друге покретне ствари) „поверени“ у служби или на раду (којима он фактички рукује у служби или поводом вршења службене дужности или радне обавезе).

Као извршилац неких кривичних дела из ове групе (нпр. одавање службене тајне) може се такође јавити и лице коме је престало својство службеног лица. Дакле учинилац овог дела у време предузимања радње извршења нема својство службеног лица, али је то својство имало раније у време када је и сазнало тајну (податке или документе који имају статус службене тајне).

И на крају, као извршилац кривичног дела давања мита може се појавити свако лице које даје поклон или другу корист (или даје обећање поклона или друге користи) службеном лицу да овај у оквиру службене дужности изврши или не изврши неку службену радњу.

Врста последице

Последица код кривичних дела против службене дужности се испољава на двојаки начин. Она се прво јавља у виду последице повреде. Ова се врста последице испољава на различите начине: у прибављању противправне користи, у наношењу штете другоме или у повреди права другог лица³⁵. Као последица ових кривичних дела може се јавити и кршење закона и других прописа или општих аката или доношење неког незаконитог акта или предузимање незаконитог поступка.

Но, главна последица код службених кривичних дела се ипак испољава у виду стварања конкретне, блиске, непосредне, стварне опасности односно у угрожавању правилног, квалитетног, благовременог, ефикасног и законитог вршења службене дужности и службених и јавних овлашћења. Наиме, извршењем ових кривичних дела ствара се опасност за службу или друго јавно овлашћење. Овде се ради о опасности која је стварно, непосредно, блиско наступила по заштићено друштвено добро или вредност – службену дужност³⁶.

Облик кривице

При предузимању радње извршења кривичних дела против службене дужности учинилац поступа са умишљајем као обликом кривице. То је и логично јер се овде ради о кривичним делима која представљају свесно и вољно кршење службене дужности или јавних овлашћења. Најчешће је незаконито поступање службеног лица праћено и намером да се на овај начин прибави себи или другом каква корист или намером да се другоме нанесе каква штета или намером да се теже повреде права другог. Постојање намере као субјективног елемента на страни учиниоца дела у време предузимања радње извршења у највећем броју случајева овај умишљај квалификује као директан умишљај (*dolus directus*), као највиши и најизразитији облик кривице у кривичном праву³⁷.

Само у случају извршења кривичног дела одавања службене тајне законик дозвољава могућност да учинилац при предузимању радње извршења поред умишљаја може да поступа и са нехатом (као обликом кривице).

35 З.Стојановић, О. Перић, Коментар Кривичног закона Републике Србије и Кривични закон Републике Црне Горе са објашњењима, Београд, 1996. године, стр.374.

36 Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом, оп.цит. стр.467.

37 И.Симић, М.Петровић, Кривични закон Републике Србије, Практична примена, Београд, 2002. године, стр. 280-281.

ОДНОС СЛУЖБЕНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА И ДРУГИХ ДЕЛИКАТА СЛУЖБЕНИХ ЛИЦА

Но, у казненом праву уопште, па тако и у нашој земљи кривична дела нису и једина кажњива деликтна дела. Наиме, поред кривичних дела као кажњива, противправна и забрањена дела јављају се и: 1) привредни преступи, 2) прекршаји и 3) дисциплински преступи. С обзиром да се извршењем било ког од наведених кажњивих деликата може угрозити или повредити службена дужност или јавно овлашћење и да се службено лице може јавити као учинилац ових дела, то је потребно указати на однос (сличности и разлике) између појединих врста кажњивих дела којима се: 1) повређује или угрожава службена дужност или јавно овлашћење, 2) врше у службеној дужности, 3) предузимају од стране службеног лица и 4) предузимају са умишљајем или из нехата.

Однос кривичних дела и привредних преступа

Приликом утврђивања односа између службених кривичних дела и службених привредних преступа³⁸ учињених од стране службеног или одговорног лица у правном лицу потребно је указати на општу разлику између кривичних дела и привредних преступа као различитих врста кажњивих деликата у нашем казненом праву. Кривично дело је противправно, скривљено учињено дело чија су обележја одређена у закону³⁹. Дакле, прва основна разлика између кривичних дела и привредних преступа произлази из наведене дефиниције. Привредни преступи су друштвеноштетне повреде прописа о привредном и финансијском пословању, које су прописане законом или уредбом владе.

У нашој литератури се може наћи и такво схватање да су привредни преступи дела мањег или нижег интензитета и квантума друштвене опасности, него што су то кривична дела. Основа тога схватања се између осталог налази и у дефиницији појма привредног преступа према законском тексту из 1977. године када елеменат друштвене штетности уопште и није био унет у законски опис обележја привредног преступа. Тако су привредни преступи сматрани мање друштвено опасним делима која се на лествици кажњивих дела налазе између кривичних дела (као најопаснијих понашања) и прекршаја (као повреда правних прописа и друштвене дисциплине у најширем смислу).

Но, ово схватање о градацији привредних преступа и кривичних дела по степену и интензитету друштвене опасности не може да издржи озбиљнију критику. То поготово ако се има у виду да су привредни преступи у првом реду деликти правног лица (чија је одговорност примарна), па тек онда и деликти одговорног лица у првом лицу. Као такви привредни преступи могу

38 О појму и карактеристикама привредних преступа више: Д. Јовашевић, Коментар Закона о привредним преступима, Београд, 2001. године ; Д. Јовашевић, Привредни преступи у пракси – практикум, Београд, 2001. године.

39 Љ. Јовановић, Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2002. године, стр.386.

у конкретним животним ситуацијама бити не само друштвено лакша дела по интензитету опасности, већ могу исто тако да буду и знатно тежа и опаснија дела којима се наносе веће штете интересима друштвене заједнице у целини.

Ово тим пре што и у случају извршења привредног преступа од стране правног лица његово одговорно лице може да одговара и за кривично дело (у ком случају се оно и не кажњава за привредни преступ) ако су обележја учињеног привредног преступа идентична са обележјима неког кривичног дела (дакле када постоји објективни идентитет чињеничног описа кривичног дела и привредног преступа). У оваквим ситуацијама несумњиво је да се привредни преступ појављује као нека врста кривичног дела, али дела специфичног учиниоца – правног лица. Управо је та специфичност учиниоца конкретног дела као забрањеног и кажњивог понашања разлог да се оно одређује као привредни преступ, а не као кривично дело.

Законодавац је зато и поставио паралелну и истовремену одговорност правног лица и његовог одговорног лица за учињени привредни преступ имајући у виду циљ и сврху управо кажњавања правног лица као скупа свих појединаца, колектив запослених који га чине и који су сви заједно остварили обележја неког привредног преступа.

Друштвена опасност привредних преступа као деликата одговорних лица налази се на нивоу кривичних дела у случајевима када се бића учињених привредних преступа у потпуности поклапају са бићима кривичних дела у ком случају и само одговорно лице у правном лицу не одговара за привредни преступ, већ за кривично дело. Но, има и таквих случајева када неки нови привредни преступ по својој тежини и друштвеној штетности, односно опасности одговара кривичном делу, али још увек није прописан као такав већ се само уредбом прописује привредно-преступна одговорност и кажњивост за његовог учиниоца. И тада окривљено одговорно лице одговара за привредни преступ, али само док се законом такво понашање не одреди као кривично дело.

Следећа разлика између кривичног дела и привредног преступа огледа се у објекту заштите⁴⁰. Наиме, заштитни објекат код привредних преступа јесу одређени привредни и финансијски односи, односно економски систем у целини или поједини његови сегменти. Ти су односи уређени привредним системом који у потпуности обезбеђује одржавање и развој владајућих друштвених односа у сфери економије и привређивања уопште. Према томе, заштитни објекат код привредних преступа јесте привредни и финансијски систем и његово несметано, законито, ефикасно и благовремено функционисање. Насупрот томе, код кривичних дела објекат заштите је одређен као човек (грађанин) и друштво (држава). То значи да је објекат заштите код привредних преступа много ужи него што је то случај код кривичних дела.

40 Д. Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2006. године, стр.75-78

Кривично дело може да изврши само физичко лице (које је у време извршења дела старо 14 година). Као учинилац привредног преступа могу да се нађу различити субјекти. То су: правно лице (предузеће, установа или друга организација), одговорно лице и предузетник. У овом елементу се огледа следећа разлика између кривичних дела и привредних преступа. Физичко лице у кривично правном смислу одговара увек и само по принципу субјективне одговорности. Код привреднопреступне одговорности⁴¹ постоји двојака, истовремена и паралелна одговорност – одговорност правног лица и његовог одговорног лица односно предузетника. Наравно правно лице одговара примарно и то по принципу објективне одговорности на бази самог проузроковања последице. Одговорно лице и предузетник одговарају по принципу субјективне одговорности у чијој основи се налазе урачунљивост и кривица.

У погледу предвиђености дела у закону односно у пропису (начело законитости или легалитета) налази се следећа разлика између кривичних дела и привредних преступа. Наиме, кривична дела и санкције за њихове учиниоце се могу предвидети једино и искључиво законом. Напротив, привредне преступе, њихова обележја и санкције могу да одређују не само закони, већ и прописи подзаконског карактера (уредбе владе). Ово је решење заправо последица нужности брзине развоја и ширења привредних односа у нашој земљи и потребе за брзом и честом изменом прописа и регулативе у складу са променама у друштвеним односима и све различитијег кршења прописа из области привредног и финансијског пословања. А управо се уредбе као подзаконски акти највишег нивоа могу доносити на брз и ефикасан начин који се може ускладити са новим друштвеним и привредним односима⁴².

Систем санкција предвиђених за поједине врсте кажњивих дела представља следећу разлику. За кривична дела закон је превидео широку лепезу казни (затвор, новчана казна, рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе) и других врста кривичних санкција: мере безбедности, васпитне мере и мере упозорења (условну осуду и судску опомену). Но, за привредне преступе постоји далеко мањи број санкција које друштву стоје на располагању приликом избора најефикаснијег средства за борбу против ове врсте привредне деликвенције. За привредне преступе може се изрећи само једна врста казни (новчана казна), условна осуда и четири заштитне мере (које по свом карактеру, садржини и сврси одговарају мерама безбедности).

У оба случаја су предвиђене врсте и висина казне израз само оцене законодавца о степену тежине, природе, карактера и опасности (односно друштвене штетности) одређеног понашања с тим да у оба случаја важи правило да изречена казна треба да буде у сразмери са тежином учињеног дела и степеном

41 Д. Јовашевић, Карактеристике одговорности за привредне преступе у нашем праву, Право, теорија и пракса, Нови Сад, број 9-10/2000. године, стр. 33-40.

42 Д. Јовашевић, Привредни преступи у пракси - практикум, Београд, 2001. године, стр. 34-36.

опасности учиниоца што значи да надлежни суд у сваком конкретном случају учињеног деликта врши одмеравање казне сходно опасности учињеног дела и личности учиниоца.

И коначно последња, али ништа мања разлика између кривичних дела и привредних преступа огледа се у надлежности органа који учествују у поступку поводом извршеног кажњивог дела. Тако се за кривична дела поступак води по захтеву јавног тужиоца пред судом опште надлежности (општинским или окружним судом), док се поступак за привредне преступе води такође по захтеву надлежног јавног тужиоца, али пред трговинским судом (раније привредним судом). С тим што на овом месту треба рећи да се одговарајуће одредбе Законика о кривичном поступку⁴³, односно Закона о извршењу кривичних санкција⁴⁴ сходно примењују и у поступку за привредне преступе (било да се ради о одредбама процесног или извршног карактера).

И на крају треба рећи да за привредне преступе не одговарају државни органи, органи територијалне аутономије и локалне самоуправе као ни органи месне заједнице. Но, ни у тим случајевима закон не искључује одговорност одговорних лица у овим правним лицима за радње којима је остварено обележје неког од привредних преступа.

Однос кривичних дела и прекршаја

У систему кажњивих дела, видели смо, разликују се поред кривичних дела и привредних преступа, и прекршаји правних лица, њихових одговорних лица и физичких лица. С обзиром да се у области повреде службене дужности и јавних овлашћења могу десити и такве ситуације да службена лица приликом предузимања овлашћења из оквира своје службе прекрше одређене норме правног поретка и тиме проузрокују прекршаје као посебну врсту кажњивих понашања за које су законом предвиђене специфичне врсте прекршајних казни и других санкција. Стога да бисмо утврдили однос службених кривичних дела и прекршаја службених лица потребно је да претходно укажемо на општу разлику која постоји између кривичних дела уопште и прекршаја уопште.

У погледу разграничења кривичног дела и прекршаја⁴⁵ као различитих кажњивих дела у теорији казненог права развиле су се две теорије: квалитативна

43 Више: Т.Васиљевић, М. Грубач, Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 2005. године; З.Јекић, М. Шкулић, Законик о кривичном поступку са предговором, објашњењима и регистром појмова, Београд, 2002. године.

44 Више: Д. Јовашевић, Закон о извршењу кривичних санкција са коментаром, Београд, 2006. године; Д. Јовашевић, З. Стевановић, Правни аспекти извршења кривичних санкција, Београд, 2007. године.

45 Закон о прекршајима Републике Србије је донет 2005. године (Службени гласник Републике Србије број 101/2005), али је његова примена почела 1. јануара 2010. године (Службени гласник Републике Србије број 116/2008).

и квантитативна. Према квалитативној теорији прекршаји и кривична дела се разликују по својој суштини иако представљају јавноправне деликте. Кривичним делом се повређује правна норма, правно добро или правни интерес, док оваква повреда не представља појмовно одређивање садржине прекршаја. То значи да кривична дела повређују или угрожавају добра од велике друштвене вредности, док са прекршајима то није случај.

Према квантитативној теорији разлика између кривичног дела и прекршаја није суштинске, већ се она састоји у различитом квантуму (количини) тежине и опасности, односно штетности у предузетој радњи извршења одређеног деликта од стране његовог учиниоца. Наиме, кривично дело је дело којим се повређују или угрожавају најзначајнија заштићена добра и вредности у једном друштву. Напротив, прекршај уопште нема елементе опасности, већ је друштвена штетност таквог деликта изражена у далеко мањој мери. Овде се ради само о противправном делу, делу којим се крше норме правног поретка. Наравно, та друштвена штетност, односно њен квантум се утврђује на бази два критеријума: значаја правног добра које се напада таквим деликтом и врстом и обимом проузроковане последице, односно другим објективним и субјективним околностима које су пратиле извршење дела⁴⁶. У сваком случају разлика између кривичног дела и прекршаја⁴⁷ је јасно уочљива.

Прекршаји су друштвено штетне повреде јавног поретка предвиђене у прописима за које су прописане казне и заштитне мере. У погледу општих елемената појма кривичног дела и прекршаја треба истаћи да на страни прекршаја нема елемента одређености дела у закону (принципа легалитета). Прекршаји се могу одређивати не само законом, већ и подзаконским актима. У погледу субјеката ових деликата, као учинилац кривичног дела се може појавити само физичко лице, при чему се за његову одговорност захтева испуњење услова за постојање субјективне одговорности. Код прекршаја су могуће три врсте субјеката. Поред физичког лица које одговара по принципу субјективне одговорности, као учиниоци прекршаја се могу јавити и правно лице (које одговара на бази проузроковања последица дакле по принципу објективне одговорности) и одговорно лице у правном лицу односно предузетник (које такође одговарају на бази субјективне одговорности).

У погледу санкција за кривична дела су прописане: казне (затвор, новчана казна, рад у јавном интересу и одузимање возачке дозволе), мере упозорења (условна осуда и судска опомена), васпитне мере и мере безбедности, док се према учиниоцима прекршаја могу изрећи следеће санкције: казне (затвор и новчана казна), укор, опомена, заштитне мере (које одговарају по сврси, карактеру и садржини мерама безбедности) и васпитне мере. Извршење и

⁴⁶ Д. Јовашевић, Збирка закона о прекршајима са коментаром и праксом, Београд, 2004. године, стр. 23-36.

⁴⁷ Д. Јовашевић, Прекршајно право, Ниш, 2012. године, стр. 78-92.

кривичних и прекршајних санкција се спроводи у истим заводским установама, по истом поступку, на бази истих васпитно-преваспитних метода и третмана ресоцијализације, а у свему према одредбама Закона о извршењу кривичних санкција Републике Србије.

Поступак утврђивања одговорности за кривична дела се покреће по службеној дужности од стране посебног државног органа, јавног тужиоца, и води се пред редовним судом (општинским и окружним). Прекршајни поступак се покреће по захтеву овлашћеног органа, води га посебни орган, судија за прекршаје, орган управе или комисија.

Уколико је једно кажњиво понашање истовремено предвиђено и као кривично дело и као прекршај, у том случају кривично дело као теже и опасније апсорбује прекршај. Околност да је једно лице кажњено за кривично дело представља основ који искључује одговорност и кажњивост за прекршај, под условом да чињенично стање једног и другог кажњивог дела испуњавају услове идентитета (истоветности). Ако је пак једно лице претходно кажњено за прекршај, а потом му се суди и за кривично дело на које указује истоветно чињенично стање, у том случају се изречена прекршајна казна урачунава у казну коју таквом лицу изриче кривични суд.

Однос кривичних дела и дисциплинских преступа

Поред кривичних дела и других врста деликата у нашем казненом праву постоје и дисциплински преступи за које су предвиђене посебне санкције и основи одговорности. Тај однос између службених кривичних дела и службених дисциплинских преступа се огледа у следећем⁴⁸. У казненоправној литератури је изнето више различитих схватања⁴⁹ о односу кривичних дела и дисциплинских преступа учињених од стране службених лица. Сва та схватања се практично свде на питање да ли се овде ради о две квалитативно различите врсте деликата или се ради о деликтима исте природе где се разлика свде само на формалне критеријуме.

Дисциплински преступи⁵⁰ представљају повреду службене дужности. Ради се о противправном понашању службених лица. Дакле, овде се елементи деликта јављају у виду: 1) дела човека – службеног лица, 2) противправног понашања, 3) повреде службене дужности или јавног овлашћења и 4) дело је одређено у закону или другом пропису као кажњиво дело. По овим објективним елементима је тешко утврдити квалитативну разлику између ове две врсте деликата, па се њихова разлика тражи у врсти прописа којим је одређени деликт

48 Д. Јовашевић, Коментар Кривичног закона Републике Србије са судском праксом, оп.цит. стр. 467-468.

49 Љ. Лазаревић, Кривично право, Посебни део, оп.цит. стр.302-303.

50 Б. Чејовић, В. Миладиновић, Кривично право, Посебни део, оп.цит. стр.404-405.

прописан и у врсти санкције која је прописана за одређено понашање. Када се ради о кривичном делу, оно је прописано у кривичном закону, за његовог учиниоца су прописане казне и друге врсте кривичних санкција као и основи и услови за утврђивање кривичне одговорности и кажњивости.

Дисциплински преступи су блаже, квалитативно мање опасне радње, противправна дела која су у уредбама и подзаконским прописима општег карактера прописане као дисциплински преступи. За учиниоце дисциплинског преступа су прописане одређене врсте и мере дисциплинских санкција за чије је изрицање надлежан дисциплински орган (а не суд) по правилима о вођењу дисциплинског поступка при чему се утврђују основи и услови дисциплинске одговорности. Када се говори о односу кривичне и дисциплинске одговорности службених лица треба рећи да је данас опште прихваћено становиште да једна одговорност не искључује другу. Наиме, ако једно службено лице једном или више радњи, делатности изврши и кривично дело и дисциплински преступ, онда ће оно одговарати и кривично (пред судом) и дисциплински (пред надлежним дисциплинским органом). Оправдање за постојање оваквог решења налази се у чињеници да интереси службене дужности налажу предузимање у оваквим случајевима одређених мера које нису само предвиђене кривичним правом, али које се могу изрећи у поступку утврђивања дисциплинске одговорности службених лица.

Наиме, прописи којима се утврђује одговорност службених лица који раде у државним органима или установама од јавног интереса изричито одређују да кривична или привредно преступна или прекршајна одговорност не искључују истовремену и паралелну одговорност за дисциплински преступ ако се обележја свих ових врста деликата поклапају (ако постоји идентитет чињеничног стања дисциплинске ствари са кривичном, привредно преступном и прекршајном ствари⁵¹).

СИСТЕМАТИКА СЛУЖБЕНИХ КРИВИЧНИХ ДЕЛА

Кривична дела против службене дужности су у највећој мери систематизована на јединственом месту у групи кривичних дела према групном заштитном објекту. Но, треба рећи да нису сва службена кривична дела систематизована само у овој групи кривичних дела, већ се низ кривичних дела учињених од стране службених лица којима се повређује или угрожава службена дужност налазе и у другим групама кривичних дела зависно од објекта заштите (добра, вредности или интереса) који се истовремено и претежно угрожава овим кривичним делима. Тако је та друга друштвена вредност по свом значају превалентна, па је такво дело нашло своје место у одговарајућој групи кривичних дела.

⁵¹ група аутора, Коментар Кривичног закона Републике Србије, Београд, 1995. године, стр.850-852.

Но, на овом месту је потребно да укажемо на чињеницу да у оквиру службених кривичних дела постоје различите поделе, класификације и систематике према ужим критеријумима. Тако се обично у кривичноправној литератури, сва службена кривична дела могу систематизовати или поделити према следећим критеријумима⁵².

Према критеријуму да ли се службена кривична дела могу извршити само и једино у оквиру и у вези са службеном дужношћу или не, разликују се⁵³: 1) права службена кривична дела и 2) неправна службена кривична дела. Права службена кривична дела су она дела која се могу једино, само и искључиво извршити у службеној дужности, у њеном оквиру или у вези са службом односно јавним овлашћењем. Неправна службена кривична дела су она дела која се могу извршити од стране службеног лица у вршењу службене дужности или јавног овлашћења, али се исто тако могу извршити и ван службе. Чињеница да су она извршена у службеној дужности указују на њихову већу и израженију тежину, природу и опасност, па је њиховог учиниоца потребно казнити већом казном у односу на учиниоца кривичног дела учиненог ван службене дужности.

Према критеријуму да ли се кривична дела могу извршити само у оквиру једне одређене службене дужности или у оквиру свих службених дужности разликују се⁵⁴: 1) општа службена кривична дела и 2) посебна службена кривична дела. Општа кривична дела, као што и њихов назив каже, јесу кривична дела која могу бити извршена у било којој службеној дужности, у вези са било којим јавним овлашћењем и од стране било којег службеног или одговорног лица. Посебна службена кривична дела јесу она дела која могу бити извршена само у одређеној, законом јасно одређеној службеној дужности (нпр. службеној дужности судије, јавног тужиоца или његовог заменика).

Најопштије кривично дело против службене дужности које се може извршити од стране било код службеног или одговорног лица у било којој службеној дужности, у било којој служби или при вршењу било којег јавног овлашћења јесте: "Злоупотреба службеног положаја". Ово је дело предвиђено у члану 359. КЗ РС. У случају да у конкретном случају постоје обележја неког другог кривичног дела из групе дела против службене дужности, такво ће се понашање учиниоца квалификовати по том другом, специјалном пропису. Наиме, кажњавање за кривично дело злоупотребе службеног положаја је супсидијарне природе. Ово дело постоји само у оним случајевима када у конкретним околностима извршеног дела нема основа за квалификацију чињеничног описа као неког другог посебног или примарног службеног кривичног дела.

52 В. Ђурђић, Д. Јовашевић, Кривично право, Посебни део, оп.цит. стр.289-291.

53 З. Стојановић, О. Перић, Кривично право, Посебни део, оп.цит. стр.341.

54 Б. Чејовић, В. Миладиновић, Кривично право, Посебни део, оп.цит. стр. 406; Љ. Лазаревић, Кривично право, Посебни део, оп.цит. стр. 299-300.

Кривични законик Републике Србије, после измена и допуна из септембра 2009. године у глави 33. под називом: ”Кривична дела против службене дужности” предвиђа следећа кривична дела: 1) злоупотреба службеног положаја (чл. 359.), 2) кршење закона од стране судије, јавног тужиоца и његовог заменика (чл. 360.), 3) несавестан рад у служби (чл. 361.), 4) противзаконита наплата и исплата (чл. 362.), 5) ненаменско коришћење буџетских средстава (чл. 362а.), 6) превара у служби (чл. 363.), 7) проневера (чл. 364.), 8) послуга (чл. 365.), 9) трговина утицајем, раније противзаконито посредовање (чл. 366.), 10) примање мита (чл. 367.), 11) давање мита (чл. 368.) и 12) одавање службене тајне (чл. 369.).

ЗАКЉУЧАК

Један од основних постулата правне државе и владавине права уопште јесте законито, квалитетно, ефикасно, благовремено и целисходно функционисање јавних служби, односно државних органа и организација. Зато је потребно да службена (домаћа или страна) и одговорна лица као носиоци јавних функција и службених овлашћења у државним органима, организацијама и заједницама, а неретко и у предузећима и другим субјектима привредног пословања законито и ефикасно обављају радње у оквиру својих службених овлашћења. Кривична дела против службене дужности представљају различите облике и врсте злоупотребе службеног положаја и јавних овлашћења у вршењу службене дужности које су управо учињене од стране службених лица као носилаца тих овлашћења.

Најчешће се овде ради о поступањима службених лица у вршењу службене дужности, не у интересу и за потребе службе коју врше, већ у неком другом интересу – у намери да на овај начин прибаве себи или другом физичком или правном лицу какву корист, односно да другоме нанесу какву штету или да теже повреде права других. Ту се практично ради о искоришћавању или прекорачењу службеног положаја или овлашћења или о невршењу службене дужности које због посебно испољеног степена тежине и опасности Кривични законик Републике Србије из 2005. године предвиђа као кривична дела. Тако заправо долази и до појаве злоупотребе јавних овлашћења, службеног положаја, корупције у разним облицима и видовима што све заједно наноси огромне материјалне и друге штете не само појединцима и установама, већ и целом друштву.

С друге стране, оваквим својим поступањем државни органи могу да пољуљају поверење у друштву у постојећи систем и функционисање не само власти, већ и целокупног правног поретка, па и у ефикасност правне државе. Кршењем датих овлашћења овлашћења или њиховом злоупотребом, ова лица повређују службену дужност, с једне стране, односно права, обавезе и друге законом заштићене интересе других физичких и правних лица, с друге стране. Стога сва савремена кривична законодавства познају систем кривичних дела

против службене дужности. То су дела којима сам назив (службена, чиновничка) каже да за објекат заштите имају законито, ефикасно, квалитетно и благовремено обављање службене дужности, односно јавних овлашћења, док се као њихов учинилац може јавити само одређено лице – службено (домаће или страном) или одговорно лице које управо предузима радњу извршења ових дела у вршењу службе или у вези са њом.

Стога је интерес сваке државе да свим расположивим средствима, укључујући и систем кривичних санкција, сузбија и спречава оваква недопуштена понашања појединаца и група и да их принуди да своја овлашћења и надлежности у поступању врше у границама законом прописаним или предвиђеним у другим подзаконским општим актима. Свако прекорачење и злоупотребу ових овлашћења држава проглашава забрањеним, противправним и кажњивим. Најопасније облике оваквих понашања закон инкриминише као кривична дела прописујући за њихове учиниоце казне (затвор) и друге кривично правне мере (мере безбедности и сл).

РЕЗИМЕ

Један од основних постулата правне државе и владавине права уопште јесте законито, квалитетно, ефикасно, благовремено и целисходно функционисање јавних служби, односно државних органа и организација. Зато је потребно да службена (домаћа или страна) и одговорна лица као носиоци јавних функција и службених овлашћења у државним органима, организацијама и заједницама, а неретко и у предузећима и другим субјектима привредног пословања законито и ефикасно обављају радње у оквиру својих службених овлашћења.

Кршењем датих овлашћења овлашћења или њиховом злоупотребом, ова лица повређују службену дужност, с једне стране, односно права, обавезе и друге законом заштићене интересе других физичких и правних лица, с друге стране. Стога сва савремена кривична законодавства познају систем кривичних дела против службене дужности. То су дела којима сам назив (службена, чиновничка) каже да за објекат заштите имају законито, ефикасно, квалитетно и благовремено обављање службене дужности, односно јавних овлашћења, док се као њихов учинилац може јавити само одређено лице – службено (домаће или страном) или одговорно лице које управо предузима радњу извршења ових дела у вршењу службе или у вези са њом.

ЛИТЕРАТУРА

- Васиљевић, Т., Грубач, М., Коментар Законика о кривичном поступку, Београд, 2005.
- Ђорђевић, М., Ђорђевић, Ђ., Кривично право, Београд, 2010.
- Ђ.Ђорђевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2009.
- Ђурић, Ж., Јовашевић, Д., Ракић, М., Корупција – изазов демократији, Београд, 2007.
- Ђурђић, В., Јовашевић, Д., Кривично право, Посебни део, Београд, 2010.
- група аутора: Коментар Кривичног закона Републике Србије, Београд, 1995.
- Јекић, З., Шкулић, М., Законик о кривичном поступку са предговором, објашњењима и регистром појмова, Београд, 2002.
- Јовановић, Љ., Јовашевић, Д., Кривично право, Посебни део, Београд, 1995.
- Јовановић, Љ., Јовашевић, Д., Кривично право, Општи део, Београд, 2002.
- Јовашевић, Д., Коментар Закона о привредним преступима, Београд, 2001.
- Јовашевић, Д., Привредни преступи у пракси – практикум, Београд, 2001.
- Јовашевић, Д., Хашимбеговић, Т., Злоупотреба службеног положаја, Београд, 2001.
- Јовашевић, Д., Коментар Кривичног закона СР Југославије, Београд, 2002.
- Јовашевић, Д., Коментар Кривичног закона Републике Србије, Београд, 2003.
- Јовашевић, Д., Збирка закона о прекршајима са коментаром и праксом, Београд, 2004.
- Јовашевић, Д., Злоупотреба службеног положаја и корупција, Београд, 2005.
- Јовашевић, Д., Закон о извршењу кривичних санкција са коментаром, Београд, 2006.
- Јовашевић, Д., Стевановић, З., Правни аспекти извршења кривичних санкција, Београд, 2007.
- Јовашевић, Д., Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007.
- Јовашевић, Д., Кривична дела корупције, Београд, 2009.
- Јовашевић, Д., Кривично право, Општи део, Београд, 2010.
- Јовашевић, Д., Лексикон кривичног права, Београд, 2011.
- Јовашевић, Д., Прекршајно право, Ниш, 2012.
- Лазаревић, Љ., Кривично право, Посебни део, Београд, 1993.
- Мрвић Петровић, Н., Кривично право, Београд, 2005.
- Радовановић, М., Ђорђевић, М., Кривично право, Посебни део, Београд, 1975.
- Симић, И., Петровић, М., Кривични закон Републике Србије – Практична примена, Београд, 2002.
- Симић, И., Трешњев, А., Кривични законик с краћим коментаром, Београд, 2010.

- Стојановић, З., Перић, О., Коментар Кривичног закона Републике Србије и Кривични закон Републике Црне Горе са објашњењима, Београд, 1996.
Стојановић, З., Перић, О., Кривично право, Посебни део, Београд, 2000.
Фауленд, М., Стошић, В., Је ли неслужбено господарство извор корупције, Загреб, 1999.
Чејовић, Б., Миладиновић, В., Кривично право, Посебни део, Ниш, 1995.

Prof. Dragan Jovašević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

***Criminal Offences involving an abuse of Official Duty:
Criminal liability and punishment***

Summary

One of the basic postulates of the legal state and the rule of law is a lawful, qualitative, efficient, prompt and effective operation of public services. For this reason, the public officials (both domestic and foreign) and responsible persons in state authorities, organizations and local communities are required to perform their activities in a lawful and efficient manner and within the official powers they have been vested with.

On the one hand, the violation or abuse of these powers may constitute a violation of or a threat to the official duty of these persons; on the other hand, the violation or abuse of these powers constitutes a violation of rights and legally protected interests of other natural persons and legal entities. Consequently, all contemporary criminal legislations recognize the system of criminal offences involving an abuse of official duty and prescribe relevant sanctions for the perpetrators of such criminal acts. As suggested by the designation “criminal offences involving an abuse of official duty” or “criminal offences comited by administrative official”, the subject matter of protection is the lawful, efficient, wualitative and prompt discharge of an official duty or public authority. These criminal offences may be committed onlz bz a certain category of public officials (including both domestic or a foreign officials) or by a responsible person who commits such an offence in the course of discharging an official duty or performing other related activities,

Key words: *official duty, officials, abuse, criminal act, criminal liability, criminal sanctions*

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

UDK: 33:347.5

ЕКОНОМСКИ ЕФЕКТИ РАЗЛИЧИТИХ ПРАВИЛА О ОДГОВОРНОСТИ ЗА НЕПАЖЊУ¹

Апстракт: предмет анализе у овом раду јесу економски ефекти различитих облика одговорности за непажњу које познаје америчко и наше право. У циљу испитивања овако дефинисаног предмета, неопходно је утврдити економске импликације различитих облика одговорности за непажњу, настале на темељу одлука о предузимању пажње починиоца штете и оштећеног, условљене подстицајима које различити облици одговорности креирају. Испитивање економских импликација различитих облика одговорности за непажњу подразумева коришћење економских модела, развијених од теоретичара економске анализе права. Основни критеријум за процену економских импликација наведених облика одговорности за непажњу представљају очекивани укупни друштвени трошкови штета.

У првом делу рада испитују се економске импликације правила о одговорности за непажњу починиоца штете у погледу превенције и алокације одговорности. У другом делу проучавају се економске импликације правила које прописује искључујућу и пропорционалну подељену одговорност за непажњу починиоца штете и оштећеног. Трећи део односи се на случај објективне одговорности починиоца штете и одговорности за непажњу оштећеног. Анализа ефикасности ових правила, у оквиру економских модела, поткрепљена је практичним примерима из америчке судске праксе. У завршном делу рада, аутор сумира закључке у вези с ефикасношћу различитих правила о одговорности за непажњу, базиране на налазима из економског модела, и износи генералан закључак о улози судије у превенцији будућих штета.

Кључне речи: непажња, штета, одговорност, ефикасност, подстицаји, трошкови.

¹ Овај чланак је резултат рада у оквиру пројекта под називом *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*, финансираном од стране Министарства просвете и науке Републике Србије (референтни број 179046)

Увод

Постоје различити облици одговорности за непажњу. Они се разликују по томе да ли се процењује *само* кривица (непажња) починиоца штете, или се узима у обзир, поред кривице починиоца штете, и кривица (непажња) оштећеног. У вези с тим, у нашој правној теорији говори се о *кривици оштећеног* као околности за искључење или ограничење одговорности за причињену штету.² Такође, наш законодавац предвиђа тзв. *подељену одговорност* између починиоца штете и оштећеног.³ С друге стране, у америчкој правној теорији, процењивање само кривице починиоца штете означава се термином *simple negligence*,⁴ док се процењивање кривице и починиоца штете и оштећеног означава термином *contributory negligence*.⁵ Поред ових облика одговорности за непажњу, америчко и наше право познају и случај *објективне одговорности починиоца штете и одговорности за непажњу оштећеног*.

Питање које закупа пажњу у овом раду јесу економски ефекти различитих облика одговорности за непажњу које предвиђа америчко право, а које познаје и наше право. У циљу испитивања овако дефинисаног предмета, с правног аспекта, објашњавају се наведени облици одговорности за непажњу, њихове карактеристике и међусобне разлике. Поред тога, посебан акценат ставља се на *економске импликације* различитих облика одговорности за непажњу, настале на темељу одлука о предузимању пажње починиоца штете и оштећеног, а које су условљене *подстицајима* које различити облици одговорности за непажњу стварају. На основу већ развијених *економских модела* испитују се економске импликације различитих облика одговорности за непажњу, уз наглашавање специфичности америчког и нашег права. При том, процена нивоа пажње починиоца штете и оштећеног врши се на основу *ефикасности*, тј. на основу тзв. *ефикасног нивоа пажње*, који постоји кад се додатни трошкови повећане пажње (гранични трошкови) изједначе са додатним смањењем трошкова очекиване штете (гранична корист). Трошкови пажње представљају компоненту (*очекиваних*) *укупних друштвених трошкова несрећних случајева (штета)*, поред

2 Видети: Јаков Радишић, *Облигационо право*, Номос, Београд, 2004, стр. 233–235.

3 „Оштећеник који је допринео да штета настане или да буде већа него што би иначе била, има право само на сразмерни део накнаде. Када је немогуће утврдити који део штете потиче од *оштећеникове радње* [подвукли Љ. Н. и А. М.], суд ће досудити накнаду водећи рачуна о околностима случаја.“ Видети чл. 192, ст. 1. и 2. *Закона о облигационим односима*, „Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78 (у даљем тексту *ЗОО*).

4 Превешћемо овај термин као *једноставна одговорност за непажњу*. Ово је слободан превод термина из америчког права, јер у нашем праву не постоји идентичан термин.

5 Превешћемо у духу нашег језика као *подељена одговорност* између починиоца штете и оштећеног. Подељена одговорност за непажњу има своје посебне облике. Више о томе у даљем тексту.

трошкова очекиване штете.⁶ Даље, у економском моделу изузима се намера као облик кривице, тако да је пажња фокусирана само на *непажњу* (*нехат*), као други облик кривице. Такође, сложено питање *узрочности* свесно се занемарује из економске анализе, упркос значају тог питања.⁷ Ово питање узима се у обзир само приликом разматрања економских ефеката пропорционалне одговорности.

Важно је апострофирати да је аспект истраживања, који је фокусиран на *превенцију* будућих штета и који на основу критеријума *очекиваних укупних друштвених трошкова штета* испитује ефикасност правила о одговорности за непажњу, својствен теоретичарима *економске анализе права (ЕАП)* – научне дисциплине која користи економске моделе и методе у проучавању правног система генерално или појединачних правних правила.⁸ Приступ *ЕАП* представља теоријски оквир од кога се полази у анализи ефикасности различитих облика одговорности за непажњу.⁹

1. Једноставна одговорност за непажњу

Први облик одговорности за непажњу, који је предмет анализе, јесте тзв. *једноставна одговорност за непажњу*¹⁰ (енг. *simple negligence*). Према овом облику одговорности, починилац штете сматра се одговорним ако је

6 Овде је реч о основном економском моделу, у коме (очекиване) укупне друштвене трошкове штета чине трошкови пажње и трошкови очекиване штете. Трошкови очекиване штете представљају *примарне трошкове* у систему накнаде штете и они су везани за питање *превенције*. Поред примарних трошкова, постоје и *секундарни трошкови*, који се односе на *питање накнаде штете* употребом најефикаснијих метода (рецимо, методе *ширења трошкова*). Постоје и *терцијарни трошкови*, тј. *административни трошкови*, попут трошкова функционисања и одржавања судског система, времена и новца које утроше починиоци штете, оштећени и њихови правни заступници и осигуравачи у циљу покретања и вођења вансудског или судског поступка, и други трошкови, а који ће ради аналитичке једноставности, бити изостављени из основног модела, и додати само када је потребно. Значај примарних, секундарних и терцијарних трошкова у оквиру система накнаде штете, први је истакао Гвидо Калабрези у свом капиталном делу: Guido Calabresi, *The Costs of Accidents: A legal and Economic Analysis*, New Haven and London, Yale University Press, 1970. Такође, видети веома значајно дело за тему којом се бавимо: Steven Shavell, *Economic Analysis of Accident Law*, Harvard University Press, Cambridge, London, 2007.

7 Видети: Марија Караникић-Мирић, *О разграничењу кривице од узрочности и противправности*, Правни живот, том II, вол. 55, бр. 10, Београд, 2006, стр. 1037–1039.

8 Видети у страниј литератури: Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Aspen Law & Business, New York, 1998, или у нашој литератури: Александра Јовановић, *Увод у економску анализу права*, Савет пројекта Конституисање Србије као правне државе и Центар за публикације Правног факултета у Београду, Београд, 1998.

9 У даљем раду само *облици одговорности* или *правило о одговорности*, ради усклађивања америчке и наше терминологије.

10 Скраћено *ЈО*.

предузео пажњу (x_i) која је испод правног стандарда пажње (x_i^*),¹¹ независно од нивоа пажње коју је предузео оштећени.¹² Овај облик одговорности може се представити и на следећи начин:¹³

починилац штете крив, $x_i < x_i^*$ \Rightarrow починилац штете одговоран;

починилац штете није крив, $x_i \geq x_i^*$ \Rightarrow починилац штете није одговоран.

Ако би суд утврдио да је тужени задовољио правни стандард пажње, прогласио би да *није одговоран*, а тужилац би сносио трошкове настале штете. Тада би оштећени добио подстицај да предузме *ефикасан ниво пажње*, како би избегао или минимизирао трошкове будуће штете. Супротно, ако би суд утврдио да тужени није задовољио правни стандард пажње, он би био *одговоран* и тада би трошкови целокупне штете ишли на његов терет. У том случају, починилац штете добио би подстицај да предузме ефикасан ниво пажње, како би избегао или минимизирао трошкове будуће штете. При том, суд у сваком конкретном случају процењује да ли је починилац штете задовољио правни стандард пажње. Другим речима, суд процењује да ли је понашање починиоца штете било *разумно*, тј. да ли је предузео *разуман степен пажње*.¹⁴ С обзиром на то да суд има одлучујућу улогу у процењивању разумне пажње, он може да донесе одлуку којом би креирао подстицаје за доношење будућих одлука о предузимању

11 У земљама енглеског говорног подручја, common law и закони прописују *дужност разумне пажње* (енг. *duty of reasonable care*). На основу овог стандарда, упоређује се стварна пажња починиоца штете са пажњом коју би *разуман човек* преузео у истим околностима. У нашем праву прихваћено је *објективно мерило за нехат*. Пажња, коју лице на основу закона или правног посла дугује, оцењују се према ономе што би *разуман човек (bonus pater familias)* у датим околностима сматрао потребним. То је веома широк стандард који суду даје положај креирања права, слично као у систему прецедентног права. Видети: Оливер Антић, *Облигационо право*, Правни факултет Универзитета у Београду и Службени гласник, Београд, 2008, стр. 463.

12 Видети: Hans-Bernd Schäfer, Andreas Schöenberger, „Strict Liability Versus Negligence“, у: Boudewijn Bouckaert, Gerrit De Geest (eds.), *Encyclopedia of Law and Economics*, Volume II. *Civil Law and Economics*, Cheltenham, Edward Elgar, 2000, стр. 607–610.

13 Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *Law and Economics*, Addison-Wesley Longman, Reading Massachusetts, Menlo Park California, New York, Harlow England, Ontario, Sydney, Mexico City, Madrid, Amsterdam, 1999, стр. 308.

14 Један од начина за утврђивање да ли је починилац штете прекорачио или не правни стандард пажње представља тзв. *Хенд правило*, које је добило назив према америчком судији Л. Хенду. Судија је ово правило формулисао на *алгебарски начин*: ако се вероватноћа означити са P , штета са L , обавеза предузимања пажње са B , одговорност за штету зависи од тога да ли је B мање од L помножено са P , тј. да ли је: $B < P \times L$. Детаљније о Хенд правилу, видети: Александар Мојашевић, „Два приступа у економској анализи одштетног права“, у: *Правни живот*, тематски број, *Право и време*, Удружење правника Србије, Београд, бр. 11, год. LVIII, књига 531, том 3, 2009, стр. 999-1015.

пажње од стране потенцијалних починилаца штете и оштећених.¹⁵ Но, стварање ефикасних подстицаја применом правила о једноставној одговорности не може бити остварено у свим ситуацијама. Оно може бити остварено у ситуацији када се *само* од починиоца штете очекује предузимање пажње, или у случају *истовременог* предузимања пажње починиоца штете и оштећеног. У вези с тим, поставља се питање карактера судске одлуке у ситуацији кад обе стране предузимају мере пажње *секвенцијално*, тј. када једна страна прилагођава ниво пажње *након* уочавања нивоа пажње друге стране. Одговор на ово питање може се наћи анализом других облика одговорности за непажњу, као и њихових модалитета.

2. Искључујућа подељена одговорност починиоца штете и оштећеног

У ситуацијама кад обе стране морају да буду пажљиве ради смањења вероватноће настанка штетних догађаја, амерички судови примењују другачија правила о одговорности. Реч је о правилу које предвиђа одговорност за непажњу починиоца штете, *али са могућношћу избегавања или смањења те одговорности*. Та могућност односи се на *одбрану* туженог, која је усмерена на *доказивање кривице (нехата) тужиоца*, у погледу незадовољења правног стандарда пажње. Користећи терминологију нашег *ЗОО*, може се рећи да тужени има могућност да доказује *који део штете потиче од оштећеникове радње*. Наиме, у америчком праву постоји правни стандард пажње који је прописан не само за починиоца штете већ и за оштећеног. Он се примењује кад *обе стране* морају да предузму неопходне мере пажње. Тада суд процењује и степен кривице оштећеног, а *који је допринео* настанку штете (енг. *contributory negligence*). Ту чињеницу може искористити починилац штете, заснивајући своју *одбрану* на њој, како би избегао или умањио сопствену одговорност (енг. *defense of contributory negligence*).¹⁶

Уколико се доказивањем кривице оштећеног *искључи* кривица починиоца штете, може се говорити о *подељеној одговорности* између починиоца штете и оштећеног *која искључује одговорност починиоца штете*. Уколико се, пак, доказивањем кривице оштећеног *умањи* кривица починиоца штете, може се говорити о *подељеној одговорности која умањује одговорност починиоца штете*.¹⁷

15 Видети: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *Principles of Law and Economics*, Pearson Education, Inc., Upper Saddle River, New Jersey 07458, 2005, стр. 217–218.

16 Видети: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op. cit.*, стр. 218.

17 Да би се избегло понављање истих фраза, у даљем тексту користимо термин *искључујућа подељена одговорност починиоца штете и оштећеног* (или *само искључујућа подељена одговорност*) и *скраћеница* за тај термин *ИПО*, и *сразмерна* (или *пропорционална*) *подељена одговорност починиоца штете и оштећеног* и *скраћеница* за тај термин *ППО*.

ИПО може се приказати на следећи начин:¹⁸

починилац штете крив, $x_i < x_i^*$ и оштећени није крив, $x_v \geq x_v^* \Rightarrow$ починилац штете одговоран;

починилац штете није крив, $x_i \geq x_i^*$ и оштећени крив, $x_v < x_v^* \Rightarrow$ починилац штете није одговоран.

ИПО можемо објаснити на примеру саобраћајне несреће у којој је страдао пешак *кривицом и возача и пешака*. Њихова кривица јесте у томе што нису показали разуман степен пажње. Хипотетички гледано, суд може да процени да се ради о *ЈО* или *ИПО*. У првом случају, починилац штете (возач) *ће бити одговоран*, независно од тога што је и оштећени био непажљив. Међутим, у другом случају, починилац штете *неће бити одговоран*, јер је и оштећени био непажљив. Према томе, ако су обе стране криве, тј. непажљиве, починилац штете неће бити одговоран у правном смислу, али ће друга страна (оштећени) *de facto* сносити трошкове штете.¹⁹

Узимајући у обзир указану разлику, питање гласи: *да ли се у погледу ефикасности подстицаја и алокације одговорности, ИПО разликује од ЈО?* Прво, кад је реч о *ефикасности подстицаја* које ова правила стварају, не постоји разлика, под условом да су правни стандард пажње за починиоца штете и правни стандард пажње за оштећеног једнаки ефикасном нивоу пажње (x^*).²⁰ Посматрајмо прво избор нивоа пажње од стране *починиоца штете* и претпоставимо да он очекује да ће оштећени задовољити правни стандард пажње. Тада, као и у случају *ЈО*, починилац штете предузима ефикасну пажњу да би избегао одговорност за накнаду штете.²¹ Посматрајмо сада избор нивоа пажње од стране *оштећеног* и претпоставимо да он очекује да ће починилац штете задовољити правни стандард пажње. Опет, као и у случају *ЈО*, оштећени фактички сноси трошак штете и бира ефикасан ниво пажње. Дакле, и у једном и у другом случају избора нивоа пажње, постоји *равнотежа*, јер обе стране бирају ефикасан ниво пажње. Но, у случају равнотеже трошак штете пао би на терет *оштећеног*, јер не би био обештећен. Овај теоријски закључак имплицира да се питање накнаде штете може одвојено посматрати од питања превенције, као и да та два циља одштетног права могу, *али не нужно*, бити у колизији.

18 Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, стр. 308.

19 У оба случаја, једна од страна ће сносити *све трошкове штете*, чак и у случају да су обе стране криве. Другим речима, у првом случају све трошкове штете сносиће *починилац штете*, а у другом случају *оштећени*.

20 И сам правни стандард пажње може одступити од ефикасног нивоа. Да ли ће бити одступања или не, зависи од тога како судија примењује правни стандард пажње у сваком конкретном случају.

21 Резултат ће бити другачији, ако починилац штете очекује да ће оштећени бити одговоран за непажњу, јер се починилац штете тада не суочава са одговорношћу и, према томе, бира нулту пажњу.

Друго, када говоримо о алокацији одговорности, разлика постоји, *само када су обе стране непажљиве*. Наиме, под претпоставком примене *ЈО*, одговорност за накнаду штете лежи на *починиоцу штете*, док је у случају *ИПО*, „фактичка одговорност“ на *оштећеном*, будући да сноси трошкове штете. У свим другим случајевима избора нивоа (не)пажње, између ова два правила нема разлике по питању алокације одговорности.²²

Да закључимо, *ИПО* не мења подстицаје у погледу пажње, а који настају под претпоставком примене *ЈО*, у оквиру економског модела. Такође, ова два правила не разликују се суштински ни у погледу алокације одговорности, сем када су обе стране непажљиве. Но, разлика постоји по питању висине административних трошкова у случају примене ових правила од стране судова, а који су очито већи када је реч о *ИПО*.²³ Нагласимо да овај закључак важи само када је реч о *истовременом предузимању пажње* од стране починиоца штете и оштећеног.²⁴ У случају тзв. *секвенцијалног предузимања пажње*, тј. кад ниво пажње прво бира једна страна (било починилац штете било оштећени), а затим друга страна, на основу *уочавања* нивоа пажње прве стране, бира сопствени ниво пажње, претходни закључци добијају другачију димензију. Размотримо следећи случај из америчке судске праксе.

2.1. Одговорност за непажњу тужиоца – примери из судске праксе

У познатом случају из енглеске судске праксе, *Butterfield v. Forrester*,²⁵ тужилац се повредио када је, јашући коња, ударио у препреку коју је тужени поставио на путу. Тужилац је јахао коња великом брзином, тако да није могао видети и избећи препреку на путу. У овом случају суд је проценио да је тужени био непажљив, јер је оставио препреку на путу. Међутим, суд је, такође, проценио да је и тужилац био непажљив, јер је јахао коња без *разумне и уобичајене пажње*. Применом правила које прописује и одговорности за непажњу тужиоца (*оштећеног*),²⁶ тужени је ослобођен одговорности за проузроковану штету. Овај случај показује како ово правило о одговорности за непажњу креира

22 Рецимо, починилац штете није изабрао ефикасан ниво пажње, а оштећени јесте, тада је одговоран *починилац штете*, под претпоставком примене оба правила.

23 Код *ИПО*, потребно је упоређивати стварни ниво пажње и *починиоца штете* и *оштећеног* са правним стандардом пажње. Код *ЈО*, упоређује се само стварни ниво пажње *починиоца штете* са правним стандардом пажње. У првом случају, административни трошкови очигледно су *виши*.

24 Тада једна страна бира ниво пажње на основу *очекивања* избора нивоа пажње друге стране, као што претходни примери показују.

25 Court of King's Bench, 11 East's Rep. 59, 103 Eng. Rep. 926, 1809. Интерпретација ове судске пресуде може се наћи у: David W. Barnes, Lynn A. Stout, *The Economic Analysis of Tort Law*, West Publishing Company, St. Paul., 1992, стр. 48–49.

26 Другим речима, применом правила које прописује *ИПО*.

подстицаје да *оштећени* буде пажљив,²⁷ једнако као што *ЈО* ствара подстицаје да *починилац штете* буде пажљив. Ако тужилац зна да не може добити одштету за претрпљену штету због непажње туженог, *осим ако* је поступио пажљиво, може се очекивати да ће предузети разуман ниво пажње. Другим речима, сазнање тужиоца да може добити накнаду уколико је пажљив, ствара подстицај да предузме разуман степен пажње.

У вези с претходно реченим, поставља се питање *шта уколико је тужилац показао обичну непажњу, а тужени грубу непажњу?*²⁸ *Да ли ће обична непажња тужиоца створити основ да тужени буде ослобођен одговорности?* Доследном применом правила о *ИПО*, тужени ће бити *ослобођен* одговорности за проузроковану штету. Последица тога јесте да ово правило *смањује подстицаје* да тужени *pro futuro* предузима ефикасан ниво пажње. Штавише, чињеница да је тужилац непажљив не значи аутоматски да је он могао избећи штету *с нижим трошковима* у односу на туженог.²⁹ Постоји могућност да тужилац буде непажљив, али да је његов трошак предузимања мера пажње *већи* у односу на трошак предузимања мера пажње од стране туженог. Према томе, уколико је трошак пажње тужиоца већи, односно трошак пажње туженог мањи, питање је зашто би непажња тужиоца пружила основ да тужени буде ослобођен одговорности?³⁰ Резултат *ослобађања* од одговорности туженог јесте *стварање неефикасних подстицаја за предузимање пажње од стране потенцијалних тужиоца и тужених.*³¹ *Потенцијални тужени добијају подстицај да буду пажљиви испод ефикасног нивоа, а потенцијални тужиоци добијају подстицај да буду пажљиви изнад ефикасног нивоа.* Управо због објашњене неефикасности *ИПО*, а која за последицу има *наношење штете тужиоцима, америчке судије*

27 Овај пример управо показује да је *ИПО* уведена у амерички правни систем ради креирања подстицаја ка оштећенима да предузимају ефикасну пажњу. Правило *ЈО* није могло да креира такве подстицаје у случају *секвенцијалног предузимања пажње, кад је починилац штете (лице које је поставило препреку) први био непажљив, а потом оштећени (јахач) могао да уочи (или да не уочи) ту непажњу.*

28 *Обична непажња* подразумева грешку која се уобичајено може поткрасти и пажљивом човеку, док *груба непажња* подразумева грешку која се пажљивом човеку у датој ситуацији ни у ком случају не би поткрала. У нашем праву, каже се да с грубим нехатом поступа онај ко се не понаша *ни као иоле пажљив човек*. С друге стране, под обичном непажњом мисли се на *опрезност која је мања од просечне*, тј. од опрезности доброг стручњака.

29 Уобичајено се мисли да је тужилац претрпео штету и да треба да добије накнаду штете од туженог због његове непажње. Запоставља се питање *трошкова избегавања штете*. Управо то питање овде апострофирамо.

30 Речено је да непажња тужиоца ослобађа туженог од одговорности за накнаду штете. Сада то питање алокације одговорности доводимо у питање, узимајући у обзир трошкове избегавања штете.

31 Према економској логици, одговорност треба да сноси она страна која има ниже трошкове избегавања штете, јер се тиме минимизирају укупни друштвени трошкови штете.

прибегле су коришћењу различитих правних тумачења како би избегле доследну примену овог правила. Једно од правних тумачења илуструјемо познатим случајем из америчке судске праксе (*Levi v. Southwest Louisiana Electric Membership Cooperative*),³² у којем је тужилац, иначе радник на нафтним пољима, доживео електрични удар док се налазио на камиону на коме је радио. Радник је или дошао у додир са струјном линијом, или се нашао у близини струјне линије с високим напоном, те је тужио електричну компанију и захтевао накнаду штете. Суд је пресудио да је тужена компанија крива, *независно од тога што је и тужилац био непажљив, јер је морала да рачуна на непажњу тужиоца*. Поред овог тумачења, у америчкој судској пракси прихваћена су и другачија правна тумачења и правила. Можемо навести *правило последње видљиве шансе* (енг. *Last Clear Chance*).³³ Према овом правилу, тужени се сматра одговорним независно од непажње тужиоца, *ако је (тужени) имао последњу видљиву шансу (могућност) да избегне штету предузимањем мера уобичајене пажње*.³⁴ Примена овог правила у горенаведеном случају *Butterfield v. Forrester* значила би следеће: да је тужени *приметио* да се тужилац креће великом брзином према препреци постављеној на путу, и да је имао времена и способности да *упозори* тужиоца да се препрека налази на путу (*као што није учинио*), он (тужени) би се сматрао одговорним, *независно од одговорности за непажњу тужиоца*.

Увођење нових тумачења и правила, ради неутралисања неефикасности правила о ИПО, ипак није довело до решења основног *економског проблема* – минимизирања укупних друштвених трошкова штета. Рецимо, претпоставка јесте да *тужилац* може да спречи *500 несрећа* предузимањем мера пажње, а које коштају *100 динара*, док *тужени* може исто да учини, али с дупло већим трошковима (*200 динара*). Принцип економске ефикасности сугерише да би требало да се одбије тужиочев захтев за накнаду штете, с обзиром на то да је он могао да избегне штету са укупно нижим трошковима.³⁵ Но, ако би судија

32 Supreme Court of Louisiana, 542 So. 2d 1081, 1989. Интерпретација ове судске пресуде може се наћи у: David W. Barnes, Lynn A. Stout, *op. cit.*, стр. 53–56.

33 Ово тумачење прихваћено је као *опште правило* у судској пракси.

34 Ово правило је уведено у амерички прави систем, јер се у случају секвенцијалног предузимања пажње, *када је оштећени први непажљив, а потом починилац штете бира ниво пажње* (супротна ситуација у односу на случај *Butterfield v. Forrester*), *правило о ИПО показало као неефикасно*. Видети случај: *Davies v. Mann*, 10 M&W 546, 152 Eng. Rep. 588, 1842.

35 Реч је о томе да би судије требало да терет одговорности приписују оној страни у спору која штету може избећи с најнижим трошковима (енг. *best cost avoider*). Детаљније о томе нпр. Hans-Bernd Schäfer, Claus Ott, *The Economic Analysis of Civil Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, Northampton, MA, USA, 2004, стр. 179–183. Приступ *best cost avoider*, који је унео новину у традиционални приступ базиран на *кривици* починиоца штете и *узрочној вези* између штете и радње починиоца штете, први је развио Роналд Коуз, видети његово значајно дело: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, *Journal of Law and Economics*, Vol. 3, 1960.

туженог прогласио одговорним, не узимајући у обзир питање превенције штете, таквом одлуком не би створио ефикасне подстицаје да тужилац убудуће буде пажљив.³⁶ Даље, може се модификовати горња претпоставка у смислу да *тужени* може да спречи 500 *несрећа* са трошковима од 100 *динара*, и да тужилац може исто да учини, али са дупло већим трошковима (200 *динара*). Под претпоставком важења правила о *ИПО*, уколико је тужилац непажљив, ускраћена је могућност досуђивања накнаде штете. У таквој хипотетичкој ситуацији, тужени не би улагао у мере пажње, јер је свестан чињенице да и најмања непажња тужиоца њега ослобађа од одговорности. Модификована полазна претпоставка била је да тужени може да спречи штету са нижим трошковима, и уколико он не сноси одговорност за накнаду штете, та иста претпоставка бива нарушена, а тиме доведена у питање и економска рационалност судске одлуке базиране на правилу о *ИПО*.³⁷

3. Пропорционална подељена одговорност починиоца штете и оштећеног

Као што је споменуто, постоји облик одговорности за непажњу чијом применом суд може да *подели* трошкове штете између починиоца штете и оштећеног, *сразмерно* доприносу степена кривике обеју страна у настанку штетног догађаја. Реч је о *сразмерној или пропорционалној подељеној одговорности починиоца штете и оштећеног (ИПО)*. Примера ради, ако кривица за настанак штете починиоца штете износи 60%, а оштећеног 40%, накнада штете биће одређена пропорционално степену кривике. Оштећени се може задовољити са 60% одштете од стране починиоца штете. Овакав облик одговорности за непажњу, у америчком праву, назива се *компаративна одговорност за непажњу* (енг. *comparative negligence*). Он се може приказати на следећи начин:³⁸

починилац штете крив, $x_i < x_i^*$ и оштећени није крив, $x_v \geq x_v^*$ \Rightarrow
починилац штете одговоран и сноси 100% трошкова штете;

починилац штете није крив, $x_i \geq x_i^*$ и оштећени крив, $x_v < x_v^*$ \Rightarrow
починилац штете није одговоран и оштећени сноси 100% трошкова штете;

починилац штете крив, $x_i < x_i^*$ и оштећени крив, $x_v < x_v^*$ \Rightarrow
починилац штете и оштећени носе трошкове штете пропорционално степену кривике.

Степен кривике починиоца штете једнак је разлици између правног стандарда пажње који важи за починиоца штете и његовог стварног нивоа пажње, $x_{ii}-x_i$. Аналогно, степен кривике оштећеног једнак је разлици између

36 Тиме се нарушава претпоставка да он може да избегне штету са нижим трошковима и доводи у питање економска рационалност судске одлуке.

37 Видети: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op. cit.*, стр. 220.

38 Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, стр. 309.

правног стандарда пажње који важи за оштећеног и његовог стварног нивоа пажње, $x_{Iv}-x_v$. Сходно томе, степен кривике починиоца штете и оштећеног, који служе као основа за пропорционалну поделу трошкова штете, може се израчунати на следећи начин:³⁹

$x_{Ii}-x_i/(x_{Ii}-x_i)+(x_{Iv}-x_v)$ = пропорционално учешће кривике починиоца у штети и одређивању одговорности;

$x_{Iv}-x_v/(x_{Ii}-x_i)+(x_{Iv}-x_v)$ = пропорционално учешће кривике оштећеног у штети и одређивању одговорности.

Иако ППО може бити *правичнија* у односу на друге облике одговорности за непажњу, будући да дели кривицу између починиоца штете и оштећеног, питање је да ли увођењем⁴⁰ овог облика одговорности треба жртвовати ефикасне подстицаје које пружају остали облици одговорности за непажњу. Другим речима, *питање јесте какви су подстицаји код ППО.*⁴¹ Речено је да код ППО постоји пропорционално учешће кривике починиоца штете и оштећеног у штети и одређивању одговорности. Претпоставимо да починилац штете сноси део штете, који се означава са F , а оштећени преостали део штете, $1-F$.⁴² Овај облик одговорности за непажњу разликује се од *ЈО* и *ИПО*, само у погледу *алокације одговорности*, када су обе стране *непажљиве*: *починилац штете* је одговоран у случају важења *ЈО*; *оштећени* је *de facto* одговоран у случају важења *ИПО*; *починилац штете* и *оштећени* деле одговорност у случају ППО. Из тог разлога може се сматрати да *ЈО* и *ИПО* представљају *посебне случајеве ППО*. Наиме, ако је $F=1$, тада *починилац штете* сноси пуну одговорност за накнаду штете,⁴³ као у случају *ЈО*. Ако је $F=0$, у том случају *оштећени* сноси трошак штете,⁴⁴ као у случају *ИПО*. С обзиром на то да и *ЈО* и *ИПО* пружају *билатералну ефикасност*⁴⁵

39 *Ibid.*, фуснота бр. 11.

40 Од 1992. године, 44 државе у Америци усвојиле су ППО и замениле стандардне облике одговорности за непажњу (*ЈО* и *ИПО*). Видети: Christopher Curran, *The Spread of the Comparative Negligence Rule*, International Review of Law and Economics, Vol. 12, 1992, стр. 317–332. Основни разлог за увођење ППО огледа се у *неправичности* коју узрокују остали облици одговорности. Неправично је, рецимо, дозволити да оштећени који је поступио са обичном непажњом остане необештећен од стране починиоца штете који је поступио са грубом непажњом.

41 Пример који следи преузет је, и прилагођен раду, из: Thomas J. Miceli, *The Economic Approach to Law*, Stanford University Press, Stanford California, 2004, стр. 57–58.

42 F је у *позитивној корелацији* са степеном одговорности за непажњу починиоца штете и у *негативној корелацији* са степеном одговорности за непажњу оштећеног.

43 Када су обе стране непажљиве.

44 Иста претпоставка као и фусноти бр. 42.

45 Под билатералном ефикасношћу подразумева се да *обе стране* предузимају ефикасан ниво пажње.

у погледу пажње,⁴⁶ и будући да представљају посебне случајеве ППО, следи да и сама ППО обезбеђује подстицаје за ефикасну пажњу. Другим речима, ако је починилац штете изабрао ефикасан ниво пажње, може се очекивати да ће оштећени учинити исто и обрнуто, у ком случају постоји *ефикасна равнотежа*. Но, мора се узети у обзир чињеница да у ефикасној равнотежи, ППО не доводи нужно до *правичне компензације*. Разлог томе јесте што је одговорност алоцирана према оштећеном, тако да може остати необештећен. Сходно томе, економске импликације исте су као код других облика одговорности за непажњу, што је последица постојања одређеног *прага* по коме се процењује кривица и починиоца штете и оштећеног.⁴⁷ Друго, примена ППО изискује веће *административне трошкове* у односу на друге облике одговорности за непажњу. Ови трошкови су већи, јер се пред судом поставља компликовано питање *прецизног процентуалног утврђивања кривице* починиоца штете и оштећеног. У сваком случају, питање предности ППО у односу на друге облике одговорности за непажњу остаје предмет емпиријских истраживања. Наведимо на овом месту да у једном истраживању саобраћајних несрећа⁴⁸ није потврђено да ППО пружа ефикаснију превенцију у односу на ИПО. Сходно резултатима овог истраживања, предност ППО над другим облицима одговорности остаје, генерално гледано, у домену *правичне компензације*. На основу реченог, видимо да преимућство ППО над осталим облицима одговорности није тако очигледно, као и да зависи од *различитих фактора*. Рецимо, неки аутори истичу фактор *неизвесности око испуњења правног стандарда пажње*,⁴⁹ као доминантан у избору овог облика одговорности. Други издвајају фактор *аверзије према ризику починиоца штете и оштећеног*,⁵⁰ трећи чињеницу да *починиоци штете имају различит гранични трошак пажње*,⁵¹ итд.

46 Наравно, под одређеним претпоставкама, да је правни стандард пажње једнак ефикасном нивоу пажње и да било која страна очекује да ће друга задовољити правни стандард пажње.

47 Овај закључак важи под претпоставком примене тзв. *чисте ППО*. Видети: Thomas J. Miceli, *op. cit.*, стр. 58.

48 Видети: Michelle White, *An Empirical Test of the Comparative and Contributory Negligence Rules in Accident Law*, Rand Journal of Economics, Vol. 20, 1989, стр. 308–330.

49 Под претпоставком примене ППО, ако једна страна погрешно у одређивању нивоа пажње у односу на правни стандард пажње, последице те погрешне одлуке неће сносити само страна која је погрешила, *већ обе стране*. С друге стране, код других облика одговорности за непажњу, последице погрешне одлуке сноси само страна која је грешку начинила. Видети: Robert D. Cooter, Thomas S. Ulen, *An Economic Case for Comparative Negligence*, New York University Law Review, Vol. 61, 1986, стр. 1067–1110.

50 Видети: William Land, Richard Posner, *The Economic Structure of Tort Law*, Harvard University Press, Cambridge, 1987, стр. 82.

51 Видети: Daniel Rubinfeld, *The Efficiency of Comparative Negligence*, Journal of Legal Studies, Vol. 16, No. 2, 1987, стр. 375–394.

Најзад, поред тзв. *чисте ППО*, где су јасно одређени проценти учешћа једне и друге стране у настанку штете, постоји и тзв. *доктрина модификоване ППО*. Према овој доктрини, одговорност је подељена између тужиоца и туженог, али тужилац не може добити потпуну накнаду од туженог, *ако је тужиочева непажња једнака или већа од туженикове непажње*. Такође, постоји доктрина, под називом *систем грубе–обичне непажње*, по којој тужилац може добити накнаду од туженог, *само ако је био пажљивији*.⁵²

3.1. Пропорционална одговорност за непажњу – случај из судске праксе

У познатом случају *Scott v. Alpha Beta Company*⁵³ тужилац се оклизнуо и пао у бакалској радњи, која је у власништву туженог. Порота је утврдила да је тужени крив *60%*, а тужилац *40%*, на основу чега је суд досудио одштету у корист тужиоца, у укупном новчаном износу од *120.000\$*, након одбијања процентуалног учешћа тужиоца (*40%*) у настанку штете, а које новчано износи *80.000\$*. Према томе, укупна штета је процењена на *200.000\$*, од чега *80.000\$* или *40%* представља удео *тужиоца* у настанку штете, а *120.000\$* или *60%* представља удео *туженог* у настанку штете. Тужилац није успео да добије одштету у пуном износу од *200.000\$*, јер је и сам допринео њеном настанку. Но, за разлику од правила о *ИПО*, по коме би тужилац у овом случају добио *нула одштете*, правило о *ППО* омогућава тужиоцу да *делимично* задовољи захтев за накнадом штете, *сходно процентуалном учешћу у настанку штете*.

Поставља се питање *какви су економски подстицаји за тужиоца и туженог, пре и после доношења судске пресуде*. Пре доношења судске пресуде, тужилац је претрпео штету, у износу од *200.000\$*, што је створило јак подстицај да буде пажљивији. С друге стране, пре доношења пресуде тужени није имао никакве додатне подстицаје да буде пажљивији. Међутим, *након доношења пресуде*, обе стране суочиле су се са *додатним подстицајима* у погледу пажње. Наиме, од укупне штете од *200.000\$*, тужилац је пресудом обавезан да сноси *80.000\$*, што ствара подстицај да *pro futuro* буде пажљивији. Од укупне штете од *200.000\$*, тужени је пресудом обавезан да сноси *120.000\$* на име одштете, што га подстиче да убудуће буде пажљивији. Према томе, примена правила о *ППО* ствара *обострано ефикасне подстицаје*⁵⁴ у циљу минимизирања трошкова очекиване штете и трошкова пажње. *Наравно, овај закључак може бити*

52 Видети: Daniel H. Cole, Peter Z. Grossman, *op. cit.*, стр. 223.

53 California Court of Appeal, Second District, 104 Cal. App. 3d 305, 163 Cal.Rptr., 1980. Интерпретација ове судске пресуде може се наћи у: David W. Barnes, Lynn A. Stout, *op. cit.*, стр. 60–62.

54 Другим речима, *ППО* пружа билатералну ефикасност у погледу пажње.

валидан само уколико је у судском поступку правилно одређено процентуално учешће обеју страна у настанку штете.

4. Објективна одговорност и одговорност за непажњу

Поред *ЈО*, *ИПО* и *ППО*, постоје и други облици одговорности за непажњу. Један од њих представља комбинацију објективне одговорности и одговорности за непажњу (*ОО*). Ради се о правилу које прописује и објективну одговорност починиоца штете, независно од нивоа његове (или њене) пажње, и одговорност за непажњу оштећеног, у зависности од нивоа његове (или њене) пажње. Следи да се код овог облика одговорности посматра само правни стандард пажње који је прописан за оштећеног. У том случају, он бира ефикасан ниво пажње да би избегао одговорност, док починилац штете, такође, бира ефикасну пажњу, али да би минимизирао своје трошкове.

Овај облик одговорности за непажњу можемо приказати на следећи начин:⁵⁵

оштећени крив, $x_v < x_v^*$ \Rightarrow починилац штете није одговоран;

оштећени није крив, $x_v \geq x_v^*$ \Rightarrow починилац штете одговоран.

Питање гласи: да ли се у погледу креирања подстицаја за ефикасну пажњу и алокације одговорности, *ОО* разликује од *ЈО* и *ИПО*? Прво, у погледу стварања подстицаја, нема разлике, будући да *ОО* геренише билатералну ефикасност у погледу пажње. Но, разлика постоји у погледу алокације одговорности. Наиме, код овог облика одговорности за непажњу, у ефикасној равнотежи,⁵⁶ ако дође до штете, починилац штете ће сносити трошак исте. Иначе, овај облик одговорности најчешће се везује за одговорност произвођача за штету коју проузрокује ствар с недостатком.⁵⁷ Произвођач ствари с недостатком одговоран је за штету коју проузрокује та ствар купцима, независно од нивоа његове пажње, под условом да су купци производа били пажљиви. Према томе, постоји објективна одговорност починиоца штете, с тим што је пружена могућност да се ослободи одговорности, ако докаже да су оштећени били непажљиви и тиме допринели настанку штете.

Као пример *ОО* може се навести и одговорност за опасне ствари и опасне делатности, која је предвиђена нашим *ЗОО*. Ималац опасне ствари, односно лице које се бави опасном делатношћу, може се потпуно ослободити одговорности, ако је радња оштећеног искључиви узрок штете, коју он није

⁵⁵ Видети: Robert Cooter, Thomas Ulen, *op. cit.*, стр. 309.

⁵⁶ Када оштећени бира ефикасну пажњу.

⁵⁷ Видети: Александар Мојашевић, *Економска анализа одговорности за штету од ствари са недостатком*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Правни факултет, Ниш, бр. 52, 2008, стр. 235–248.

могао предвидети и чије последице није могао избећи или отклонити.⁵⁸ С друге стране, ако је оштећени само делимично допринео настанку штете, одговорност имаоца опасне ствари, односно лица које се бави опасном делатношћу, смањује се сразмерно.⁵⁹ У вези с тим, ако је настанку штете делимично допринело *треће лице*, оно одговара оштећеном солидарно са имаоцем ствари и дужно је сносити накнаду сразмерно тежини своје кривице.⁶⁰

4.1. Објективна одговорност и одговорност за непажњу у уговорном односу

У економском моделу испитана је ефикасност различитих облика одговорности за непажњу између субјеката који нису уговорно повезани. Као пример наведена је штета која је настала између учесника саобраћајних несрећа, штета која је последица несрећних случајева (пад у бакалској радњи, пад са коња). Но, поставља се питање *које правило о одговорности за штету генерише највећу ефикасност, када је реч о штети која је настала између уговорно повезаних субјеката?* Уговорно повезани субјекти су, на пример, произвођачи неког производа с недостацима и купци истих. У оваквом уговорном односу важно је да ли купци имају потпуне информације о недостацима производа. Такође, полази се од тога да купци врше избор између два производа: једног производа са укупно нижим трошковима по јединици производа, и другог производа са укупно вишим трошковима по јединици производа. Производ са укупно вишим трошковима ствара већу опасност од настанка штете, јер има *већи очекивани трошак штете*, али има *нижи трошак производње* по јединици производа.⁶¹

У економском моделу ефикасније је да купци изаберу производ са укупно нижим трошковима, а не производ са укупно вишим трошковима.⁶² Такође, цена јединице производа одражава трошак производње по јединици производа и трошак који произвођач сноси у случају одговорности. Сходно томе, под претпоставком непостојања одговорности починиоца штете (*НО*),⁶³ цена производа ће бити једнака трошку производње по јединици производа.⁶⁴

58 Чл. 177, ст. 2. ЗОО.

59 Чл. 177, ст. 3. ЗОО.

60 Чл. 177, ст. 4. ЗОО.

61 Сходно томе, укупни трошкови по јединици производа обухватају трошак производње по јединици производа и очекивани трошак штете који ти производи могу нанети купцима.

62 Још једна важна претпоставка јесте постојање *тржишта потпуне конкуренције*.

63 Реч је о хипотетичкој ситуацији.

64 Пошто нема одговорности произвођача, он ће сносити само трошак производње по јединици производа, а не и очекивани трошак штете. Из тог разлога ће цена рефлектовати само трошак производње.

С друге стране, под претпоставком *ОО*, цена производа ће одражавати укупне трошкове – трошак производње по јединици производа и очекивани трошак штете.

Прво се испитује понашање *потпуно информисаних купаца*,⁶⁵ под претпоставком *НО*. С обзиром на то да купци имају потпуне информације о очекиваним трошковима штете и да починилац штете (произвођач) не сноси одговорност за причињену штету, купци знају да ће сносити очекиване трошкове штете. Из тог разлога, купци ће изабрати производ с нижим укупним трошковима. Према томе, *купци ће изабрати ефикаснији производ, под претпоставком НО*. Међутим, питање је који ће производ купци изабрати, ако не поседују потпуне информације о очекиваним трошковима штете (*непотпуно информисани купци*), под истом претпоставком. С обзиром на то да купци немају потпуне информације о очекиваним трошковима штете и да починилац штете (произвођач) не сноси одговорност за причињену штету, избор производа зависи од њихове *процене опасности* производа са укупно вишим трошковима. Ако купци *прецене* опасност коју ствара производ са укупно вишим трошковима, они ће изабрати производ са укупно нижим трошковима. Супротно, ако купци *потцене* опасност која прети од производа са укупно вишим трошковима (или не обрате довољно пажње на опасност), купци би могли да изаберу производ чији је *трошак производње (односно цена) нижи*, јер они, по претпоставци, немају информације о очекиваним трошковима штете. Другим речима, купци опажају само трошак производње по јединици производа, тј. *цену производа*, и сходно таквом опажању, бирају производ са нижим трошковима производње, тј. *нижом ценом*. Према томе, *купци који немају потпуне информације о очекиваним трошковима штете неће нужно изабрати ефикаснији производ, под претпоставком НО*. Даље, задржава се претпоставка о купцима који немају потпуне информације о очекиваним трошковима штете, али се мења претпоставка о примени правила о одговорности за причињену штету. Уместо претпоставке о *НО*, полази се од претпоставке о примени *ОО*. Будући да купци немају потпуне информације о очекиваним трошковима штете и да починилац штете (произвођач) сноси пуну одговорност за причињену штету, избор купца ће бити усмерен на *производ са укупно нижим трошковима*, независно од тога да ли су преценили или потценили опасност која прети од производа са укупно вишим трошковима. Наиме, пошто се ради о потпуно конкурентном тржишту, и о претпоставци да је произвођач објективно одговоран, *цена производа ће одражавати укупне трошкове по јединици производа*. Иако купци немају потпуне информације о очекиваним трошковима штете, они ће изабрати *нижу* цену производа која, сходно претходним претпоставкама, одражава укупне

⁶⁵ Наравно, у питању је претпоставка или хипотетичка ситуација да су купци потпуно информисани.

трошкове по јединици производа. Према томе, *непотпуно информисани купци ће изабрати ефикаснији производ, под претпоставком ОО.*

Овај модел доказује да произвођачи производа с недостацима треба да буду објективно одговорни за причињену штету, јер ће трошкови очекиване одговорности бити укалкулисани у цену производа. С друге стране, купци, који немају потпуне информације о очекиваним трошковима штете, изабраће јефтинији производ, који одражава ниже трошкове одговорности произвођача и мању опасност од наношења штете.⁶⁶

Закључна разматрања

У овом раду, први налаз економског модела јесте да правило које прописује *ЈО* креира подстицаје за предузимање ефикасне пажње од стране потенцијалног починиоца штете, у ситуацији када је он одговоран, или ствара подстицаје за ефикасну пажњу од стране оштећеног, када починилац штете није одговоран. Стога, ово правило може бити ефикасно, и судија би требало да га примени, у ситуацијама када је обавеза предузимања пажње *само* на починиоцу штете, или ако обе стране *истовремено* могу да спрече или минимизирају будућу штету. Но, у случају *секвенцијалног предузимања пажње*, кад *оштећени* временски касније уочава (не)пажњу починиоца штете и потом бира сопствени ниво пажње,⁶⁷ правило о *ИПО* показује се као ефикасније. Супротно, у случају *секвенцијалног предузимања пажње*, кад *починилац штете* временски касније уочава (не)пажњу оштећеног,⁶⁸ и потом прилагођава сопствени ниво пажње, правило *Last Clear Chance* пружа најефикасније подстицаје у погледу пажње. У суштини, *и ЈО и ИПО генеришу билатералну ефикасност по питању пажње (превенције)*, само у различитим ситуацијама. Такође, ова два облика одговорности не разликују се ни у погледу *алокације одговорности*, осим када су обе стране непажљиве. Даље, алокација одговорности представља фактор који доводи до дистинкције између *ИПО* и других правила о одговорности, када су обе стране непажљиве, али се разлика између ових правила, у оквиру економског модела, брише по питању оптималне превенције. Но, установљивање *ИПО* изискује веће *административне трошкове*, јер подразумева процентуално доказивање кривице и починиоца штете и оштећеног, а што може бити скопчано с великим тешкоћама. Затим, будући да дели кривицу између починиоца штете и оштећеног, правило о *ИПО*, генерално гледано, сматра се *правичнијим* у односу на друга правила. Но, као што смо видели, овај закључак је релативног

⁶⁶ Пример је преузет и прилагођен раду из: Mitchell Polinsky, *An Introduction to Law and Economics*, Aspen Publishers, New York, 2003, стр. 113–123.

⁶⁷ Да поновимо, реч је о ситуацији када је починилац штете *први* непажљив, као у случају *Butterfield v. Forrester*.

⁶⁸ Ради се о случају *Davies v. Mann*, који је само наведен у раду. Види фусноту бр. 34.

карактера, јер у ефикасној равнотежи,⁶⁹ терет трошкова настале штете пада на оштећеног, тако да економске импликације овог правила постају идентичне са другим правилима.⁷⁰ У вези с тим, и питање преимућства ППО над другим облицима одговорности, када је реч о превенцији, није јасно потврђена у домену саобраћајних несрећа.⁷¹ Упркос томе, на овом месту истичемо да је ППО свакако најефикаснији облик одговорности у оним ситуацијама *када није сигурно која је од више делатности узроковала штету*,⁷² или *када је више оштећених претрпело штету од неке активности, али је вероватно да та активност није узроковала штету свим оштећенима*. Примена ЈО или ИПО у том случају условила би, услед ослобађања од одговорности, превенцију *испод* оптимума, или пак превенцију *изнад* оптимума, ако би била установљена одговорност починиоца штете. С друге стране, примена ППО, која је базирана на *вероватноћи* да је починилац штете узроковао штету, може пружити *оптималну превенцију*. Овакво решење прихваћено је у тзв. *Принципима европског одштетног права*,⁷³ који упркос одређеним недостацима,⁷⁴ могу представљати поуздану основу на пољу хармонизације наших прописа у вези с питањем *пропорционалне одговорности*. Коначно, *последњи закључак* односи се на *ОО*. Утврђено је да овај облик одговорности узрокује билатералну ефикасност у погледу превенције, али да се разликује од других облика одговорности кад је реч о *алокацији одговорности*. Та разлика у алокацији одговорности представља основ за избор овог правила у ситуацији кад је потребно заштитити *потрошаче* од оних штета коју узрокују несавесни произвођачи.

Генерални закључак јесте да би судија требало да примени различита правила о одговорности за непажњу у зависности од околности конкретних случајева, као и да своју одлуку мора базирати и на *фактору превенције будућих штета*, поред *фактора потпуне (правичне) накнаде*. *Став који заступамо јесте да би превенцији требало дати преимућство у односу на правичну накнаду, у оним ситуацијама кад постоји инкомпатибилност ова два циља одштетног*

69 Кад обе стране бирају ефикасан ниво пажње.

70 Мисли се на ЈО и ИПО.

71 Ваља нагласити да закључак да сви облици одговорности за непажњу доводе до оптималне превенције јесте валидан, само када се ради о *континуираној варијабли* (као што је вожња или контрола квалитета производа) у оквиру економског модела. Коришћење неkontинуиране варијабле (попут везивања појаса) може довести до противуречних налаза по питању превенције. *Због ограничења самог текста, ово питање није анализирано.*

72 Под условом да је свака од тих делатности појединачно била довољна да изазове штету.

73 Видети: чл. 3:103 *Принципа*.

74 Видети: Александар Мојашевић, „Принципи европског одштетног права – компаративна правно-економска анализа“, у: *Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права*, зборник сажетака, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010, стр. 78.

права. Изложени економски модел, поткрепљен практичним примерима из судске праксе, јасно показује *економске импликације* примене различитих правила о одговорности за непажњу, које настају на основу одлука починиоца штете и оштећеног о избору нивоа пажње, условљеним подстицајима која та правила генеришу. Другим речима, изложени економски модел, којим смо испитали превентивне ефекте различитих правила о одговорности за непажњу, може представљати добар ослонац судијама приликом разматрања будућих последица својих одлука.

Ljubica Nikolic, PHD,
Faculty of Law, University of Nis
Aleksandar Mojasevic, PHD,
Faculty of Law, University of Nis

THE EFFICIENCY OF THE NEGLIGENCE RULES

Summary

This study comparatively analyzes economic effects of different negligence rules, contained in American law on the one hand, and Serbian law on the other. It is important to establish economic implications of the different negligence rules, based on the incentives for tortfeasor's and victim's precaution under the different negligence rules. Study of the efficiency of several different forms of negligence rules: simple negligence, negligence with a defense of contributory negligence, comparative negligence and strict liability with a defense of contributory negligence, is based on the economic models, which have been developed by Law and Economics scholars. The expected social costs of accidents represent the basic criterion for evaluation of the efficiency of negligence rules.

The first part of the study deals with the economic implications of different negligence rules in respect to the preventive effects and the allocation of the tort liability. In the second part, the economic implications of the simple negligence, the negligence with a defense of contributory negligence and the comparative negligence are presented. The third part encompasses the economic implications of the strict liability with a defense of contributory negligence. The analysis of the negligence rules is followed by the examination of the American case law. Finally, the author states the general conclusion regarding the role of courts in the prevention of expected harm.

Key words: *precaution, harm, liability, efficiency, incentives, costs.*

БОРБА ПРОТИВ ЗЛОУПОТРЕБЕ ПРАВА НА ПРИВАТНОСТ У СВЕТЛУ КОНВЕНЦИЈЕ САВЕТА ЕВРОПЕ О ВИСОКОТЕХНОЛОШКОМ КРИМИНАЛУ¹

Апстракт: Проналазак и развој компјутера представља резултат фасцинантног развоја људске мисли и проналазаштва. Са повећањем употребе рачунара, рачунарских мрежа, интернета и броја корисника, повећавају се и могућности за њихову злоупотребу. Смањење ризика од злоупотребе могуће је једино развијањем јединствених стандарда за коришћење рачунара, рачунарских мрежа и интернета, као и доношењем и применом одговарајућих правних стандарда којима се инкриминишу понашања везана за њихову злоупотребу. У вези са компјутерским злоупотребама поставило се питање заштите појединачног личног права - права на приватност. Компјутерској злоупотреби приватности нарочито су изложене одређене групе људи о којима је прикупљен већи број података, то су на пример они који се најчешће користе одређеним друштвеним услугама и чије је понашање девијантно или криминално. Међународна и национална правна регулатива којима се забрањује компјутерски криминалитет треба да буду веома флексибилни и да прате свакодневни развој компјутерске технологије и иновација. Само развијањем компатибилних стандарда и правних прописа овакве иновације могу да се развијају уз смањење ризика од њихове злоупотребе. Начин на који успемо да обликујемо правне стандарде и законе везане за ову врсту криминалитета имаће утицаја на животе милиона људи. Компјутери постају технолошки све моћнији, а човечанство све зависније од њихове примене, што отвара велико поље за њихову злоупотребу и за вршење кривичних дела.

Кључне речи: компјутерски криминалитет, злоупотреба, право на приватност, међународна и национална правна регулатива, Савет Европе.

1 Council of Europe – Convention on Cybercrime, Budapest 23.11.2001., ETS No. 185, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>, приступ 01.11.2012. године

Увод

Проналазак и развој компјутера представља резултат фасцинантног развоја људске мисли и проналазаштва. Са повећањем употребе рачунара, рачунарских мрежа, интернета и броја корисника, повећавају се и могућности за њихову злоупотребу.

Како би се у највећој могућој мери смањило ризик од злоупотребе, неопходно је уложити напоре у развијање јединствених стандарда за коришћење рачунара, рачунарских мрежа и интернета, као и у доношење одговарајућих међународних и националних правних стандарда који би инкриминисали понашања везана за њихову злоупотребу.

Савет Европе је 2001. године усвојио Конвенцију о високотехнолошком криминалу и Додатни протокол уз Конвенцију. Република Србија је 16. априла 2005. године у Хелсинкију потписала оба ова документа, а марта 2009. године Народна скупштина Републике Србије их је ратификовала. Ови документи су послужили као подлога за доношење одговарајућих националних правних прописа и стандарда и за формирање посебних државних органа специјализованих за борбу проив компјутерског криминалитета уопште. Али да ли су ипак неке теме остале правно нерегулисане и несанкционисане?

Могућност злоупотребе компјутера и компјутерских технологија у циљу кршења права на приватност

Компјутери и компјутерска технологија се могу злоупотребљавати на разне начине, криминалитет који се реализује коришћењем компјутера може имати облик било ког од традиционалних видова криминалитета, а подацима који се неовлашћено прибављају злоупотребом информационалних система може се на разне начине манипулисати.

Најчешћи појавни облици компјутерског криминалитета су: компјутерске крађе, компјутерске преваре, неовлашћено прибављање информација уз помоћ компјутера, неовлашћено прибављање или уништење информација садржаних у компјутеру, онемогућавање или отежавање приступа таквим информацијама (компјутерска саботажа), компјутерски тероризам.²

Приступ компјутерском систему било је могуће, у циљу борбе против свих видова компјутерског криминалитета, аутоматски контролисати коришћењем лозинки, давањем мањег или већег овлашћења корисницима и сл. Записивањем, односно бележењем свих улазака у систем и њиховом провером, било је могуће открити и санкционисати сваки или бар већину неовлашћених приступа.

Често се у оквиру компјутерског криминалитета у вези са друштвеним мрежама помиње **интернет насиље**. **Интернет насиље** (енгл. **"cyber bullying"**),

² Константиновић Вилић, С, Николић Ристановић В., Костић М.: Криминологија, Пеликан принт, Ниш, 2009., с.182,183.

се дефинише као свака комуникацијска активност рачунарском технологијом која се састоји у претњи, узнемиравању, омаловажавању, застрашивању или другом начину угрожавања и наношења штете појединцу³.

Постоје различити облици ове врсте насиља:

- слање узнемиравајућих порука,
- крађа или неовлашћена промена лозинке или имена кориснику компјутера,
- објављивање приватних података или неистина о некоме,
- слање вируса и штетних програма (енгл.malware),
- слање увредљивих, порнографских или нежељених садржаја,
- лажно представљање и обмањивање жртве и сл.

Последице оваквих поступака извршилаца виртуелног интернет насиља понекад могу бити и озбиљније од последица "реалног" насиља - жртва може сваки пут поново да прочита шта је насилник написао, коју је слику поставио, који су коментари написани. Жртва је јавно експонирана док насилник остаје анониман, што је један од разлога зашто се овакви извршиоци кривичних дела осећају моћни.

Глобалне друштвене мреже допринеле су даљем развијању компјутерског криминалитета, где се компјутерске мреже користе као циљ напада (нападају се сервиси, функције, садржаји који се налазе на мрежи), средство или алат (он лине продаја сексуалних услуга, људских органа, жена и деце за проституцију, производња и дистрибуција недозвољених штетних садржаја, као што су дечија порнографија, педофилија, верске секте, расистичке, нацистичке и сличне идеје), као и окружење у коме се напади реализују (коришћење мреже за прикривање криминалних радњи).⁴

Осим тога, у оквиру компјутерског криминалитета створен је нов, софистициран, неупадљив, технички образован профил извршиоца кривичног дела коме је тешко супротставити се због његове "невидљивости" и "неопипљивости". Због изузетно великог броја корисника, доступности података, отворености у комуникацији али и недовољене законске регулисаности на националном и међународном плану, друштвене мреже представљају одлично скровиште за извршиоце ове врсте кривичних дела.

Друштвене мреже представљају погодно место за подстицање групне мржње, нападе на приватност, узнемиравање, праћење, вређање, несавестан приступ штетним садржајима, ширење насилних и увредљивих коментара, слање претећих и креирање тзв. "фантомских" профила које садрже приче, цртежи, слике и шале на рачун жртве. Због отвореног приступа личним подацима корисника, често долази до велике злоупотребе коришћењем ових

3 <http://kidshealth.org/parent/positive/talk/cyberbullying.html>, приступ 10.9.2012.године

4 Константиновић Вилић, С, Николић Ристановић В., Костић М.: Криминологија, Пеликан принт, Ниш, 2009., с.184.

података. Нису ретки случајеви, да разни [програмери](#) или [хакери](#), упадају у системе мрежа угрожавајући како кориснике тако и администраторе. Најчешће жртве су [малолетници](#), па многи од сервиса имају заштиту за малолетнике која им донекле пружа сигурније коришћење сервиса.

Све су чешћи глобални напади на приватност, чији је циљ злоупотреба информација о појединцу. На основу тих информација, могуће је идентификовати појединца, његовог личног живота, групне припадности, свакодневног кретања и понашања - могућа је реконструкција живота и личности сваког субјекта података. Приватност на [интернету](#) укључује право на личне информације у вези са чувањем, употребом, обезбеђењем од трећих лица и приказивање личних информација преко интернета⁵, као и идентификационе информације које се односе на посетиоца одређене [интернет странице](#). Велики број експерата из области компјутерске безбедности и приватности верују да приватност не постоји: „Приватност је мртва – преболите то“ према мишљењу Стива Рамбама, приватног детектива у области интернет приватности⁶.

Конвенција о високотехнолошком криминалу и њена имплементација у српско законодавство

Најсвеобухватнији покушај да се правно уобличи борба против високотехнолошког криминала на међународном нивоу свакако представља Конвенција Савета Европе о високотехнолошком криминалу из 2001. године. [Конвенција](#) је осмишљена у циљу спречавања дела која су усмерена против [интегритета](#), поверљивости и доступности компјутерских система, [мрежа](#) и [података](#), а самим тим и спречавања злоупотребе тих [система](#), мрежа и података. Циљ је било и увођење казненог система мера ради ефикасније борбе против извршилаца ових кривичних дела, чиме би се на националном и међународном нивоу олакшало откривање, истрага и гоњење за извршена [кривична дела](#) и обезбедили услови за брзу и поуздану међународну сарадњу.

Она садржи, између осталог, материјалне и процесне кривичноправне одредбе, чијом би имплементацијом у национална законодавства држава потписница требало да се постигне висок степен хармонизације различитих законодавстава и да се убрза и квалитативно унапреди међународна сарадња на плану борбе против сајберкриминала.

Чињеница да су Конвенцију потписале и поједине земље које нису чланице Савета Европе, указује на то колики је значај овог правног акта и колика су очекивања да се направи крупан искорак у сузбијању ове врсте криминалитета.

⁵ <http://sr.wikipedia.org/wiki/>, приступ 8.8.2012.године

⁶ «Стив Рамбам - Приватност је мртва – преболите то», Google video, <http://www.documentary24.com/privacy-is-dead-get-over-it--317/>, приступ 8.8.2012.године

Конвенција садржи четири поглавља која се односе на значење и употребу основних термина, на мере које је потребно предузети на националном нивоу у оквиру процесног и материјалног законодавства, одредбе о стандардима међународне сарадње у оквиру узајамне помоћи у борби против компјутерског криминалитета и завршне одредбе потписивања и ступања на снагу (приступање, територијална примена, изјаве, резерве, решавање спорова, отказ, итд.).

Конвенција је препознала као кривична дела, уредила и санкционисала следећих девет облика високотехнолошког криминалитета које треба прилагодити националном нивоу и које су сврстане у 4 групе:

I) Кривична дела против поверљивости, интегритета и доступности компјутерских података и система:

- недозвољен приступ (члан 2),
- недозвољено пресретање података (члан 3),
- ометање података - мењање садржаја, брисање или оштећење (члан 4),
- ометања нормалног рада рачунара или рачунарског система (члан 5),
- злоупотреба уређаја - производња, продаја, дистрибуције или употреба уређаја пројектованих у сврху почињења неког од претходно наведених кривичних дела (члан 6);

II) Кривична дела у вези са компјутерима:

- фалсификовање које је у вези са компјутерима (члан 7),
- преваре које је у вези са компјутерима (члан 8);

III) Кривична дела у односу на садржај (члан 9) и

IV) Кривична дела која се односе на кршење ауторских и њима сличних права (члан 10).

Конвенција је написана технички неутралним језиком тако да се њене одредбе могу применити и на тренутно постојећу и на будућу технологију. Сви преступи, по Конвенцији, морају да буду учињени *намерно и умишљајно*, али су сами појмови “намере” и “умишљаја” остављени на тумачење националним законодавствима. Такође, сам преступ компјутеру или компјутерском систему мора бити учињен *бесправно*, тј. да по домаћем праву за њега не постоји оправдање.

Законодавство Републике Србије је у периоду од априла 2005. до марта 2009. године усвојило више прописа којима је извршено усклађивање одредби Конвенције у наш правни систем. Најважнији донети прописи који су прилагођени одредбама Конвенције су: Закон о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала⁷, Кривични законик⁸, Закон о одговорности правних лица за кривична дела⁹, Законик о кривичном

7 „Службени гласник РС” бр.61/2005 од 18.5.2005.године

8 „Службени гласник РС” бр.85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009 и 111/2009

9 „Службени гласник РС” бр.97/2008

поступку¹⁰, Закон о полицији¹¹, Закон о електронском потпису¹², Закон о посебним овлашћењима ради ефикасне заштите права интелектуалне својине¹³ и Правилник о условима за пружање интернет услуга и осталих услуга преноса података и садржају одобрења¹⁴.

Велики је помак постигнут регулисањем кривичноправне заштите од компјутерског криминалитета пу националном законодавству предвиђањем кривичних дела против безбедности рачунарских података (Глава XXVIII КЗ РС): оштећење рачунарских података и програма (чл.298), рачунарска саботажа (чл.299), прављење и уношење рачунарских вируса (чл.300), рачунарска превара (чл.301), неовлашћен приступ заштићеном рачунару, рачунарској мрежи и електронској обради података (чл. 302), спречавање и ограничавање приступа јавној рачунарској мрежи (чл.303).

Законом о организацији и надлежности државних органа за борбу против високотехнолошког криминала уређено је образовање, организација, надлежност и овлашћење посебних организационих јединица државних органа ради откривања, кривичног гоњења и суђења у случајевима извршења кривичних дела против безбедности рачунарских података одређена Кривичним законом и кривичних дела против интелектуалне својине, имовине и правног саобраћаја код којих се као објекат или средство извршења кривичних дела јављају рачунари, рачунарске мреже, рачунарски подаци, као и њихови производи у материјалном или електронском облику, ако број примерака ауторских дела прелази 500 или настала материјална штета прелази износ од 850.000 динара. Закон предвиђа постојање посебног тужилаштва и службе за борбу против високотехнолошког криминала.

Конвенција о високотехнолошком криминалу и заштита права на приватност

У вези са компјутерским злоупотребама поставило се питање заштите појединачног личног права - права на приватност. Запажено је да од свих савремених техничких средстава помоћу којих је могуће сазнати приватни живот појединца и контролисати га, компјутер и компјутерска техника спадају у најсавршенија и најмоћнија. Компјутер је у стању да сакупи, прими, обради, међусобно повеже велики број података везаних за појединца, да их чува на дужи рок и на веома малом простору. Компјутерској злоупотреби приватности нарочито су изложене одређене групе људи о којима је прикупљен већи број

10 „Службени гласник РС” бр.72/2011

11 „Службени гласник РС” бр.101/2005 и 92/2011

12 „Службени гласник РС” бр.135/2004

13 „Службени гласник РС” бр.46/2006

14 „Службени гласник РС” бр.100/2008, који је престао да важи 8.6.2001.године

података, то су на пример они који се најчешће користе одређеним друштвеним услугама и чије је понашање девијантно или криминално.

Конвенција не регулише посебно питање права на приватност и заштите података о личности у виртуелном простору или компјутерским комуникацијама. Индиректно, Конвенција то чини санкционишући недозвољени приступ рачунарским подацима, њихово фалсификовање и преварно понашање, као и кривична дела везана за дечију порнографију која се могу сматрати повредом права на приватност. Ипак, целокупна регулатива је везана за техничка, а не суштинска питања заштите од оваквих криминалних понашања.

Интернет корисници могу да заштите своју приватност преко контролисаног откривања личних информација. Они корисници који желе више да заштите своју приватност могу да покушају да постигну интернет анонимност – на тај начин је могуће коришћење интернета без давања могућности трећем лицу да се повеже са интернет активностима за личну идентификацију интернет корисника.

Савремене државе су се нашле пред проблемом како да успоставе равнотежу између права појединца на приватност и права јавности да буде информисана, два права која иако делују супротно чине делове истог темеља модерног демократског друштва у оквиру кога држава има право да у циљу своје заштите ограничава право приватности појединца.

Заштита података, по дефиницији коју даје Џозеф Катаначи (Joseph Cannataci)¹⁵, значи заштиту појединца од злоупотребе или неадекватне употребе личних података од стране неког лица, приватне организације или државе. У вези са заштитом приватности података поставља се низ питања функционалног, организационог и безбедносног карактера, као што су: ограничавање располагања одређеним врстама података, обавеза давања информација државним органима од стране недржавних субјеката, обавештавање грађана о њиховим подацима, технички стандарди система, стручност лица која обрађују податке, мере обезбеђења хардвера, софтвера, и сл.

Најчешће злоупотребе и повреде приватности коришћењем података који се налазе на друштвеној мрежи су крађа идентитета, прогањање и узнемиравање, манипулација личним подацима који се односе на запошљавање, злоупотреба фотографија на интернету и др.

Крађа идентитета као део компјутерског криминалитета састоји се у неовлашћеном коришћењу личних података (датум рођења, тренутно пребивалиште, број телефона, занимање, пријатељи, личне слике) који су постали јавно доступни.¹⁶ Крађа идентитета на Интернету представља облик преваре

15 Cannataci, Joseph A.: *Privacy and Data Protection Law: International Development and Maltese Perspectives*, Complex, 1987.

16 Gross, R. and Acquisti, A. 2005. [Information Revelation and Privacy in Online Social Networking Sites](http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/Information_Revelation_and_Privacy_in_Online_Social_Networking_Sites) (The Facebook Case). страна 8, <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/>

којом се од корисника рачунара путем лажне поруке електронске поште или веб-сајта сазнају лични и финансијски подаци. Извршиоци кривичног дела могу да постигну свој циљ на неколико начина, нпр. коришћењем друштвених мрежа како би се са туђег рачунара прикупиле лозинке, корисничка имена и бројеви кредитних картица које корисник користи на рачунару.

Прогањање и узнемиравање коришћењем интернета дефинише се као упорно и циљано злостављање појединца путем електронских начина комуникације.¹⁷ Овакво понашање може да буде само „виртуелно“ и ограничено само на компјутерски комуникациони простор, али се може пренети из „виртуелног“ у „стварни“ свет и тада представљати увод у најопасније облике виктимизације. Слично правим прогонитељима, интернет прогонитељи покушавају да надгледају активности своје жртве, да пронађу што више података о њој, да контактирају особе са којима је жртва блиска, да на незаконит начин читају пошту своје жртве и да прате њене активности. Жртва постаје несигурна, уплашена, застрашена и не сагледава начин на који може да утиче на престанак узнемиравања и прогањања. Узнемиравање посредством интернет мреже може да се састоји и од слања претњи и порука које имају за циљ да узнемире или повреду особу којој су послате.

Злоупотреба фотографија на интернету представља такав облик повреде приватности када се неовлашћено користе и приказују фотографије са налога корисника без сагласности. Већина корисника компјутерских система има дигиталне камере и своје фотографије поставља на сопствене корисничке налоге, ризикујући да те фоторграфије постану предмет злоупотребе.¹⁸ Фотографија било које особе може бити приказана на начин који јој можда може шкодити на неком личном плану, а временом друштвена мрежа може преузети фотографију тако да велики број корисника има шансу да ту фотографију види, подели са неким или проследи.

Проблем постоји јер Конвенција, као ни национални закони, не регулише ниједно од наведених криминалних понашања. Крађа идентитета се може посматрати у оквиру криминалитета рачунарских превара, прогањање и узнемиравање се може сагледавати само као слично кривично дело у реалном а не виртуелом времену, док злоупотреба фотографија може бити кажњива само уколико се ради о дистрибуцији дечије порнографије. Већина кривичних закона не штити особе чије су фотографије направљене у јавности јер се сматра да сама радња сликања не спада у угрожавање приватности.

[privacy-facebook-gross-acquisti.pdf](#), приступ 4.8.2012.године

17 Yar, M.: *Cybercrime and society*, SAGE Publications, London, 2006.,s.122.

18 “In the Face of Danger: Facial Recognition and the Limits of Privacy Law”, *Harvard Law Review*, 2007., http://hlr.rubystudio.com/media/pdf/facial_recognition_privacy_law.pdf, приступ 12.8.2012.године

Могућности за превенцију злоупотребе права на приватност

Да би се смањило број злоупотреба компјутерских система и угрожавање права на приватност њихових корисника, неопходно је створити одговарајуће законске механизме и правну регулативу за откривање и санкционисање ових друштвено неприхватљивих криминалних понашања. Такође, веома је важно да се надлежним органима пријављују кривична дела компјутерског криминалитета како би се смањила „тамна бројка криминалитета“ и остварило боље превентивно деловање, препознавање и праћење оваквих дела као и превазилажење проблема непријављивања ових кривичних дела.

Успешно остваривање превенције злоупотребе друштвених мрежа је изузетно значајно јер овај облик криминалитета производи тешке и често неотклоњиве последице. Детаљно законско регулисање, откривање и санкционисање свих облика злоупотреба компјутера и комојутерских система уз повећану пажњу, стално праћење и контролу од стране администратора и корисника само су најзначајнији фактори превентивног деловања. Свакодневни развој интернета захтева велику пажњу и умешност у откривању компјутерског криминалитета. Због тога је неопходно добро компјутерско образовање корисника како би на време уочили злоупотребу путем интернета, препознали и на време пријавили сваки облик он лине напада на приватност и тиме утицали на смањење велике „тамне бројке“ компјутерског криминалитета.

Међународна и национална правна регулатива којима се забрањује компјутерски криминалитет треба да буду веома флексибилни и да прате свакодневни развој компјутерске технологије и иновација. Само развијањем компатибилних стандарда и правних прописа овакве иновације могу да се развијају уз смањење ризика од њихове злоупотребе. Начин на који успемо да обликујемо правне стандарде и законе везане за ову врсту криминалитета имаће утицаја на животе милиона људи. Компјутери постају технолошки све моћнији, а човечанство све зависније од њихове примене, што отвара велико поље за њихову злоупотребу и за вршење кривичних дела.

Литература

- «In the Face of Danger: Facial Recognition and the Limits of Privacy Law», Harvard Law Review, 2007.,
http://hhr.rubystudio.com/media/pdf/facial_recognition_privacy_law.pdf,
“Стив Рамбам - Приватност је мртва – преболите то”, Google video, <http://www.documentary24.com/privacy-is-dead-get-over-it--317/>,
Gross, R. and Acquisti, A. 2005. Information Revelation and Privacy in Online Social Networking Sites (The Facebook Case). <http://www.heinz.cmu.edu/~acquisti/papers/privacy-facebook-gross-acquisti.pdf>,
Константиновић Вилић, С, Николић Ристановић В., Костић М.: Криминологија, Пеликан принт, Ниш, 2009., с.182,183.
<http://kidshealth.org/parent/positive/talk/cyberbullying.html>,
<http://sr.wikipedia.org/wiki/>,
Cannataci, Joseph A.: Privacy and Data Protection Law: International Development and Maltese Perspectives, Complex, 1987.
Council of Europe – Convention on Cybercrime, Budapest 23.11.2001., ETS No. 185, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/185.htm>,
Yar, M.: Cybercrime and society, SAGE Publications, London, 2006.,

Резиме

Проналазак и развој компјутера представља резултат фасцинантног развоја људске мисли и проналазаштва. Са повећањем употребе рачунара, рачунарских мрежа, интернета и броја корисника, повећавају се и могућности за њихову злоупотребу.

Смањење ризика од злоупотребе могуће је једино развијањем јединствених стандарда за коришћење рачунара, рачунарских мрежа и интернета, као и доношењем и применом одговарајућих правних стандарда којима се инкриминишу понашања везана за њихову злоупотребу. У вези са компјутерским злоупотребама поставило се питање заштите појединачног личног права - права на приватност. Компјутерској злоупотреби приватности нарочито су изложене одређене групе људи о којима је прикупљен већи број података, то су на пример они који се најчешће користе одређеним друштвеним услугама и чије је понашање девијантно или криминално.

Међународна и национална правна регулатива којима се забрањује компјутерски криминалитет треба да буду веома флексибилни и да прате свакодневни развој компјутерске технологије и иновација. Потписивањем, ратификацијом и имплементацијом у српско законодавство Конвенције Савета Европе о високотехнолошком криминалитету постигнуто је доста тога, али је остао нерешен проблем заштите права на приватност, које овом Конвенцијом није обухваћено.

Само развијањем компатибилних стандарда и правних прописа овакве иновације могу да се развијају уз смањење ризика од њихове злоупотребе. Начин на који успемо да обликујемо правне стандарде и законе везане за ову врсту криминалитета имаће утицаја на животе милиона људи. Компјутери постају технолошки све моћнији, а човечанство све зависније од њихове примене, што отвара велико поље за њихову злоупотребу и за вршење кривичних дела.

Кључне речи: компјутерски криминалитет, злоупотреба, право на приватност, међународна и национална правна регулатива, Савет Европе

Prof. dr Miomira Kostić, Full Professor, Faculty of Law, Nis
Vida Vilić, PhD Student, Faculty of Law, Nis

***Measures for protection the right to privacy according
to Council of Europe Convention on cybercrime***

Summary

The invention and development of a computer is the result of a fascinating development of human thought and invention. With the increasing use of computers, computer networks and the number of Internet users, increase the possibility for misuse.

Reducing the risk of misuse is possible only by the development of uniform standards for the use of computers, computer networks and the Internet, as well as the ratification and implementation of the proper legal standards to criminalize such conduct. Regarding computer misuse, what happened with the right to privacy? Computer misuse policy in particular should be addressing to certain group of people who gathered more data, use certain social services, and whose behavior is deviant or criminal.

International and national legal regulations that prohibit cyber crime need to be very flexible and to follow the daily development of computer technology and innovation. By signing, ratifying and implementing Council of Europe Convention on Cyber Crime in Serbian legislation we have achieved a lot, but one issue remain unresolved - the issue of the right to privacy, which is not covered by this Convention.

Only the development of compatible standards and regulations such innovations can be developed with reduced risk of misuse. The way we shape the legal standards and laws regarding this type of crime will impact the lives of millions of people. Computers are becoming more and more technological powerful, humanity becomes more dependent, which makes an open field for their abuse and criminal activity.

Key words: *computer crime, misuse, right to privacy, international and national legislation, the Council of Europe*

НЕПРАВИЧНЕ УГОВОРНЕ ОДРЕДБЕ НА ПРИМЕРУ ЈЕДНОГ УГОВОРА¹

***Апстракт:** У раду се, најпре, даје кратак приказ правног регулисања неправичних одредби у српском праву. Затим се, кроз анализу конкретног уговора, указује како на спорну правну природу самог уговора и његове нејасне одредбе, које се, противно важећим прописима, тумаче и примењују на штету потрошача, тако и на остале неправичне одредбе у том уговору. На крају, полазећи од претпоставке да су неправичне уговорне одредбе у уговорима чију садржину унапред одређују трговци релативно честе, аутор закључује да такви уговори још увек нису постали предмет једне озбиљне и систематске контроле.*

***Кључне речи:** неправична уговорна одредба, потрошачки уговор, трговац, потрошач, симуловани уговор, уговор о лизингу, финансијски лизинг, оперативни лизинг.*

Уводне напомене

Свеопшта друштвена криза налази свој непосредни одраз у свим областима друштвеног живота. Тај њен одраз присутан је и у области облигационог права где је њена прва жртва начело савесности и поштења, једно од његових врховних начела. Наиме, управо се у области облигационог права, првенствено од стране оних правних субјеката који су у положају да, без икаквог учешћа друге стране, одређују садржину уговора које са њом закључују, масовно крши начело савесности и поштења, пре свега, тако што се, у унапред припремљени и предложени уговор, уносе неправичне уговорне одредбе.

Закон о заштити потрошача (у даљем тексту ЗЗП),² који је усклађен са правом Европске Уније, садржи одредбе о заштити потрошача у остваривању

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору”, бр. 179046 Министарства за науку и технолошки развој Републике Србије.

² Закон о заштити потрошача, „Службени гласник РС“, бр.

права из уговора који садржи неправичне уговорне одредбе (чл. 44-48), али се чини да све те одредбе још увек нису у довољној мери допрле ни до свести потрошача, ни до свести носилаца њихове заштите,³ тако да је и њихова практична примена готово не приметна. Због тога и не изненађује податак да је у извесним областима друштвеног живота број неправичних уговорних одредби достигао такав ниво, да је и законодавац морао брзо да реагује. Најбољи пример за то је Закон о заштити корисника финансијских услуга,⁴ којим законодавац, потенцирајући права корисника финансијских услуга,⁵ настоји да их заштити управо од неправичних уговорних одредби, што потврђују и његова основна начела.⁶

Иако су уговори са неправичним одредбама релативно веома честа појава, интересантно је да у односу на њих скоро нико не реагује, чак и кад производе правна дејства годинама. Потрошачи, у одсуству основне потрошачке културе, обично ћуте, а најчешће нису ни прочитали закључене уговоре. Повлашћени и недодирљиви трговци, трљају задовољно руке, јер на рачун потрошача неоправдано остварују огромне зараде. Не реагују ни организације за заштиту потрошача, јер у програме њиховог рада није предвиђена систематска активност која би била усмерена на анализу и контролу огромног броја уговора који се свакодневно закључују према унапред одштампаном садржају, као и уговора који су на неки други начин припремљени и предложени од стране трговца.

1. Правно регулисање неправичних одредби

Једна од особености потрошачких уговора је посебна заштита потрошача, од неправичних уговорних одредби. Раније је таква заштита била ограничена само у односу на нејасне уговорне одредбе код уговора који је закључен према унапред одштампаном садржају или је на други начин био припремљен и предложен од једне уговорне стране,⁷ односно код уговора које је, без учешћа потрошача, унапред формулисао продавац (типски уговори).⁸ Међутим, актуелним ЗЗП је посебна заштита потрошача, под утицајем Директиве 93/13/ЕЕЗ од 15. априла 1993. године о некоректним клаузулама у уговорима са потрошачима, значајно

3 В. чл. 125. Закона о заштити потрошача.

4 “Службени гласник Републике Србије”, бр. 36/2011.

5 Чл. 1. Закона о заштити корисника финансијских услуга.

6 Чл. 5. Закона о заштити корисника финансијских услуга: „Основна начела заштите корисника, у смислу овог закона, јесу следећа: 1) право на равноправан однос са даваоцем финансијске услуге; 2) право на заштиту од дискриминације; 3) право на информисање; 4) право на одређеност или одредивост уговорне одредбе; 5) право на заштиту права и интереса.“

7 Чл. 100. Закона о облигационим односима.

8 Чл. 44. ст. 1. ранијег Закона о заштити потрошача („Службени гласник Републике Србије“, бр. 79/2005).

проширена, јер се, осим нејасних, неправичним сматрају и друге одредбе којима се, противно начелу савесности и поштења, проузрокује значајнији поремећај баланса између права и обавеза уговорних страна на штету потрошача. Иако се изричито не ограничава на уговоре који су унапред припремљени и предложени од стране трговаца, нејасне и неправичне одредбе својствене су управо таквим уговорима, због чега се, по природи ствари, ова посебна заштита потрошача првенствено на њих и односи.⁹

Имајући у виду да се ради о уговорима код којих трговац унапред, без учешћа потрошача, формулише уговор, као и то што је трговац истовремено и професионалац у послу, ЗЗП захтева од трговца да обавезе потрошача изражава једноставним, јасним и разумљивим језиком, тако да би их могао схватити разуман човек, потрошачевог знања и искуства, јер само таква одредба обавезује потрошача.¹⁰ Ако то није случај, односно ако је уговорна одредба спорна, јер трговац и потрошач нису сагласни у погледу њеног значења и смисла, долази до спора за чије решење Закон о облигационим односима предвиђа правило по коме се нејасне одредбе код уговора који је закључен према унапред одштампаном садржају или је био на други начин припремљен и предложен од једне уговорне стране, тумаче у корист друге стране.¹¹ И ЗЗП, конкретизујући то правило, прописује да се нејасне одредбе тумаче у корист потрошача, док се у чл. 5. Директиве 93/13/ЕЕЗ предвиђа да ће се у том случају применити значење које је најповољније за потрошача. Свим овим правилима се, сагласно максими *In dubio contra stipulatorem (proferentem)*, штити потрошач као слабија уговорна страна.

Поред захтева да обавеза потрошача буде изражена једноставним, јасним и разумљивим језиком, ЗЗП још одлучније формулише захтев трговцу, који без учешћа потрошача формулише уговор, да се уговорним одредбама обезбеди правичан однос између уговорних страна, јер се за неправичне одредбе изричито прописује да су ништаве.¹² И у Директиви 93/13/ЕЕЗ се од трговаца очекује да при формулацији уговорних одредаба не смеју да проузрокују значајнији поремећај баланса између права и обавеза уговорних страна на штету потрошача. Полазећи од тог захтева, за уговорну клаузулу која није појединачно уговорена сматра се да је некоректна уколико, супротно начелима добре вере, проузрокује значајнији поремећај баланса између права и обавеза уговорних страна на штету потрошача.¹³

9 Чл. 45. Закона о заштити потрошача од 2005. године такву заштиту узима за типске уговоре.

10 Чл. 44. ст. 1. Закона о заштити потрошача.

11 Чл. 100. Закона о облигационим односима („Службени лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89, као и „Службени лист СРЈ“, бр. 31/93).

12 Чл. 46. ст. 1. Закона о заштити потрошача.

13 Чл. 3. Директиве 93/13/ЕЕЗ.

Да би се што прецизније одредио појам неправичних уговорних одредби, ЗЗП, најпре, на општи начин, одређује неправичне уговорне одредбе. Таквим се сматрају одредба уговора која: „1) за последицу има значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача; 2) за последицу има околност да извршење уговорне обавезе оптерећује потрошача без оправданог разлога; 3) за последицу има околност да се извршење уговора значајно разликује од онога што је потрошач очекивао; 4) је противна захтеву јавности у поступању трговаца; 5) је у супротности са начелом савесности и поштења“.¹⁴ Законом се предвиђају и критеријуми на основу којих се утврђује да ли је одредба уговора неправична. То су: „1) природа робе или услуга на које се уговор односи; 2) околности под којима је уговор закључен; 3) остале одредбе истог потрошачког уговора или другог уговора са којим је потрошачки уговор повезан; 4) начин на који је постигнута сагласност о садржини уговора и начин на који је с обзиром на захтев јавности потрошач обавештен о садржини уговора“.¹⁵

Поред тога, ЗЗП предвиђа и одредбе које се, с обзиром на свој предмет или последицу, без обзира на околности појединачног случаја, сматрају неправичним уговорним одредбама (чл. 47), као и одредбе за које се, с обзиром на њихов предмет или последицу, претпоставља да су неправичне уговорне одредбе ако се не докаже другачије (чл. 48).

2. Један упечатљив пример уговора са неправичним одредбама

Анализа једног уговора који је, са великим бројем потрошача, трговац закључио према садржају који је он сачинио без учешћа потрошача, показује не само учесталост неправичних уговорних одредби, већ и различите облике кроз које се оне испољавају.

Ради се о уговору којим се крајем октобра 2004. године једно предузеће за производњу, изградњу и промет (у даљем тексту: Трговац) појединачно обавезивало према купцима станова у једном београдском нелегално изграђеном насељу од шест четвороспратних зграда (око 90 станова) да им да у лизинг гасни прикључак од осе дистрибутивног гасовода до мерно регулационог сета, мерно регулациони сет, као и унутрашњу гасну инсталацију са комбинованим гасним котлом (у даљем тексту: Уговор). Овај Уговор је, иначе, био закључиван на образцу са унапред одштампаним садржајем, који је, без икаквих претходних преговора и било каквог учешћа купаца станова, био припремљен од стране Трговца.

Купци станова су, иначе, независно од цене стана, пре закључивања Уговора, на име прикључка за гас, инвеститору насеља исплаћивали крајем 2003. године 1.080 евра по сваком стану, за шта им је овај издавао признаницу.

¹⁴ Чл. 46. ст. 2. Закона о заштити потрошача.

¹⁵ Чл. 46. ст. 3. Закона о заштити потрошача.

а) Спорна правна природа самог уговора и нејасне уговорне одредбе

Иако је принципијелно опредељење законодавца да уговор и његове одредбе обавезују потрошача само ако су изражене једноставним, јасним и разумљивим језиком, тако да би их схватио разуман човек потрошачевог знања и искуства,¹⁶ образац уговора који је припремио Трговац је веома споран и то, како у погледу правне природе самог уговора, тако и у погледу основних обавеза које су тим уговором наметнуте потрошачима.

аа) Правна природа уговора

Уговор који је закључиван између Трговца и сваког купца стана означен је као „уговор о давању у лизинг изграђеног гасног прикључка, мерно регулационог сета и унутрашње гасне инсталације“. Основне обавезе Трговца, који се у тексту уговора уопште не означава као давалац лизинга, већ само својим називом, биле су да „сопственим финансијским средствима“ (чл. 5. Уговора) изврши одређене радове на непокретностима, тј. да изгради гасни прикључак од осе дистрибутивног гасовода до мерно регулационог сета, да угради мерно регулациони сет и гасне инсталације у зграде и станове (чл. 2. Уговора), као и да све што је изградио и уградио „преда корисницима на чување и коришћење по основу лизинга“ (чл. 2. Уговора), а основне обавезе власника станова, који се у тексту уговора означавају као корисници, биле су да приликом закључења Уговора уплате Трговцу 800 евра на име уговореног гарантног депозита (чл. 6, 5. и 12. Уговора), да са Трговцем „закључе уговор о испоруци природног гаса“ (чл. 3. Уговора), као и да, сагласно величини објекта, плаћају месечну лизинг накнаду у износу од 10 евра „за период од првих 36 месеци по потписивању уговора о испоруци природног гаса“ (чл. 5. Уговора).

Закључивани Уговор је означен као уговор о лизингу, при чему је аутор уговора очигледно имао у виду финансијски лизинг, јер се у чл. 11. Уговора предвиђа да ће се на сва питања која њиме нису уређена „примењивати одредбе Закона о облигационим односима и Закона о финансијском лизингу“.¹⁷ На финансијски лизинг упућује и одредба из чл. 10. Уговора којом се предвиђа да се он „закључује на неодређено време, са најкраћим роком важења од 5 година“, што га несумњиво сврстава у трајне (дуготрајне) уговоре,¹⁸ одредба чл. 7.3. Уговора о испоруци природног гаса према којој трошкове одржавања и контроле унутрашњих инсталација сноси потрошач,¹⁹ као и одредбе из чл. 5. и 6. Уговора

16 Чл. 44. ст. 1. Закона о заштити потрошача.

17 Овај закон објављен је у „Службеном гласнику Републике Србије“, бр. 55/2003.

18 Иванка Спасић, Уговор о leasingu, Београд, 1990, стр. 48; Јелена Перовић, Коментар Закона о финансијском лизингу, Београд, 2003, стр. 28.

19 Иванка Спасић, нав. дело, стр. 49, као једну од специфичности финансијског лизинга наводи и то што корисник лизинга има и обавезу да врши сервисирање и одржавање предмета лизинга.

из којих произлази да ће укупна лизинг накнада са гарантним депозитом, већ у периоду од првих 36 месеци по потписивању уговора о испоруци природног гаса, достићи вредност предмета лизинга.²⁰

Чини се, ипак, да закључивани Уговор уопште не представља уговор о финансијском лизингу, јер се у том уговору Трговац истовремено налази и у улози даваоца и у улози испоручиоца предмета лизинга. У том смислу и Закон о финансијском лизингу изричито прописује да се уговор код којег су давалац лизинга и испоручилац исто лице, не сматра уговором о финансијском лизингу,²¹ због чега се на тако закључен уговор не примењују одредбе Закона о финансијском лизингу, већ одредбе закона којим се уређују облигациони односи зависно од природе конкретног уговора.²²

Поред тога, за настанак уговора о финансијском лизингу недостају још неки његови битни елементи. То се, пре свега, односи на предмет тог уговора. У нашем праву предмет уговора о финансијском лизингу могу бити само „покретне непотрошне ствари“.²³ Такво својство сигурно немају гасни прикључак, мерно регулациони сет и унутрашња гасна инсталација, који се, иначе, дају у лизинг на основу закључиваних Уговора, јер саставни део зграде па, самим тим и непокретну ствар, представља све оно што је прибијено, узидано, приковано или трајно спојено са зградом, а посебно све електричне, водоводне, канализационе и плинске инсталације.²⁴ Све те инсталације представљају посебну или заједничку својину власника станова и као такве, не могу бити предмет посебног права својине трећих лица. Ни гасни прикључак не може бити предмет лизинга, јер је и то непокретност, тј. у земљу трајно уграђен посебан грађевински објекат, који не представља никакав део изграђених зграда. За настанак уговора о финансијском лизингу недостаје и укупан износ лизинг накнаде, јер уговор о финансијском лизингу мора да садржи не само износ појединих рата, већ и „износ накнаде коју плаћа прималац лизинга“.²⁵ У супротном, уговор о финансијском лизингу не настаје, јер га погађа санкција ништавости.²⁶

Али, закључивани Уговор не представља ни уговор о оперативном лизингу.²⁷ За оперативни лизинг је карактеристично да је то тренутни

20 Иванка Спасић, нав. дело, стр. 48-49; Јелена Перовић, нав. дело, стр. 38-39; У том смислу је и чл. 7. Закона о финансијском лизингу.

21 Чл. 13. ст. 1. Закона о финансијском лизингу.

22 Чл. 13. ст. 2. Закона о финансијском лизингу.

23 Чл. 4. Закона о финансијском лизингу.

24 Обрен Станковић-Миодрог Орлић, *Стварно право*, осмо издање, Београд, 1994, стр. 24.

25 Чл. 6. ст. 1. Закона о финансијском лизингу.

26 Јелена Перовић, нав. дело, стр. 36.

27 Интересантно је да се у одговору Трговца на приговор једног корисника на наплату лизинг накнаде закључивани Уговор квалификује као оперативни лизинг, иако се у самом

(краткотрајани) уговор,²⁸ да код њега трошкове одржавања и ризик случајне пропасти сноси давалац лизинга,²⁹ као и да лизинг накнада, тек кроз већи број закључених уговора, обезбеђује амортизацију уложених средстава.³⁰ Ни једна од тих одлика није изражена код закључиваног Уговора, јер је очигледно да се ради о уговору који је замишљен и уређен као трајни (дуготрајни) уговор (чл. 10. Уговора), да код тог уговора трошкове контроле и одржавања унутрашњих гасних инсталација сноси потрошач (чл. 7.3. Уговора о испоруци природног гаса), као и да лизинг накнада, заједно са гарантним депозитом, већ у периоду од првих 36 месеци по потписивању уговора о испоруци природног гаса достиже набавну цену предмета лизинга (чл. 5. и 6. Уговора).

С обзирим да не представља уговор о лизингу, поставља се питање који је уговор стварно закључиван између Трговца и купаца станова. Одговор на то питање зависи, пре свега, од садржине закључиваног уговора, односно од основних права и обавеза уговорних страна. Неспорно је да се ради о двостраном уговору код којег се једна страна (Трговац), као предузеће чија је основна делатност производња, изградња и промет, обавезивала према сваком од купаца станова да, сопственим финансијским средствима, изгради гасни прикључак од осе дистрибутивног гасовода до мерно регулационог сета, да у зграде и станове угради мерно регулационе сетове и унутрашње инсталације, као и да им све што је изграђено и уграђено преда на чување и коришћење по основу лизинга. Друга страна (купци станова) се обавезивала да у моменту закључења уговора уплати Трговцу на име гарантног депозита износ од 800 евра, да управо са Трговцем закључи уговор о испоруци природног гаса, као и да, као накнаду за коришћење изграђеног гасног прикључка и уграђених гасних инсталација, плаћа Трговцу, у зависности од величине објекта, месечну лизинг накнаду у износу од 10 евра за период од првих 36 месеци по потписивању Уговора о испоруци природног гаса. Те основне обавезе које су предвиђене у закључиваним Уговорима недвосмислено упућују на закључак да се ради о класичном уговору о делу, код којег је накнада, коју су још при закључивању Уговора исплаћивали власници станова, прикривена тако што је, својим највећим делом, изражена као некакав гарантни депозит, а мањим делом је лажно исказана (симулована)

Уговору упућује на примену Закона о финансијском лизингу, а у вези са лизинг накнадом се наводи да обухвата и трошкове “текућег, редовног, превентивног и инвестиционог одржавања”, иако је у Уговору о испоруци природног гаса изричито предвиђено (чл. 7.3) да “трошкове контроле и одржавања унутрашњих гасних инсталација сноси потрошач. Све то упућује на закључак да аутори уговора не само што веома злонамерно симулирају уговор о давању у лизинг, већ и веома злонамерно, руководећи се својим интересима, закључивани Уговор третирају час као финансијски, час као оперативни лизинг.

28 Иванка Спасић, нав. дело, стр. 49.

29 Исто.

30 Исто.

као лизинг накнада. Наиме, лако се може утврдити да укупна вредност радова које је извео Трговац, када се распореди на све станове, износи око 1.150 евра (200 евра за гасни прикључак, 350 евра за мерно регулациони сет, 250 евра за унутрашње гасне инсталације и 350 евра за комбиновани гасни котао), што је највећим делом „покривено“ гарантним депозитом од 800 евра, који је сваки од власника станова исплаћивао Трговцу већ у тренутку закључивања Уговора. Ако се томе дода и лизинг накнада за период од првих 36 месеци која износи од 360 евра, онда је јасно да су власници станова у потпуности исплатили вредност изведених радова. Све то недвосмислено упућује на закључак да је закључивани Уговор у ствари један привидни уговор којим се веома неуспешно симулује уговор о лизингу и прикрива уговор о делу који је у стварности био закључиван. Као привидан (симулован), уговор о лизингу не производи правна дејства међу уговорним странама,³¹ а уговор о делу, који је прикриван наводним уговором о лизингу, важи и обавезује уговорне стране, јер су за његову правну ваљаност испуњени сви услови.³²

На симуловани карактер закључиваног Уговора указује и сама суштина лизинг посла, која се огледа у „специфичном методу финансирања инвестиција“.³³ У том смислу се и у чл. 5. закључиваног Уговора изричито наводи да ће све радове који су предмет тог уговора Трговац у целости извршити „сопственим финансијским средствима“, што би било својствено уговору о лизингу. Међутим, дејство те уговорне одредбе у потпуности поништава и потврђује њен фиктиван карактер обавеза сваког корисника да, приликом закључења Уговора, уплати Трговцу гарантни депозит од 800 евра (чл. 6. ст. 1. Уговора), који је Трговац, без икакве сумње, користио за извођење уговорених радова, јер је Уговором резервисао за себе право да средства гарантног депозита држи и користи готово неограничено, тј. све док траје закључивани Уговор, уз обавезу да их врати тек кад престане важност уговора (чл. 6. ст. 4. Уговора). С обзиром да наведени износ покрива око 80% вредности уговорених радова по једном стану, јасно је да уопште није ни могло бити говора о било каквом финансирању корисника од стране Трговца, што је, иначе, општа одлика лизинг посла, већ о радовима који су финансирани новчаним средствима купаца станова, као наручилаца, која су својим највећим делом исплаћена Трговцу авансно, тј. у тренутку закључења уговора, а мањим делом кроз 36 месечних рата. То право купаца станова да мањи део накнаде за изведене радове исплате у 36 месечних оброка, одговара њиховој обавези да управо са Трговцем закључе уговор о испоруци природног гаса.

На наведени закључак упућује и нешто другачије резонување, које је, засновано на претпоставци да је, у сваком случају, правна природа закључиваног

31 Чл. 66. ст. 1. Закона о облигационим односима.

32 Чл. 66. ст. 2. Закона о облигационим односима.

33 Иванка Спасић, нав. дело, стр. 11.

Уговора веома спорна. Пошто је тај Уговор унапред, без икаквог учешћа корисника формулисао Трговац, остаје да се, на основу аналогне примене одредбе о тумачењу спорних одредаба код потрошачког уговора, закључи да се спорна правна природа закључиваних Уговора тумачи у корист корисника, односно потрошача, при чему би за њих било најповољније да се закључивани Уговор квалификује као уговор о делу.

Трговац, као аутор закључиваног Уговора, тај уговор није случајно и без икаквог разлога назвао „уговором о давању у лизинг ...“. Таквим квалификовањем закључиваних Уговора он је вероватно остваривао различите пореске и царинске повластице, на штету друштвене заједнице. Али, што је још горе, злоупотребљавајући могућност да сам одреди садржину Уговора, Трговац је тешко оштетио и све кориснике, јер њихов гарантни депозит од 800 евра држи и користи без икакве камате већ пуних осам година, а наметнуо им је и обавезу да трајно плаћају лизинг накнаду.

бб) Нејасне уговорне одредбе

Симулирање уговора о давању у лизинг гасног прикључка, мерно регулационог сета и унутрашње гасне инсталације, резултирало је и одредбама које су веома спорне.

Већ у чл. 1. Уговора, као предмет давања у лизинг наводи се гасни прикључак од осе дистрибутивног гасовода до мерно регулационог сета, мерно регулациони сет и унутрашња гасна инсталација. Све су то или непокретне ствари, или покретне ствари које су уградњом у непокретну ствар постале њен саставни део, тако да је, најблаже речено, спорно да ли уопште могу бити предмет финансијског лизинга. За гасни прикључак је готово извесно да не може бити предмет уговора о финансијском лизингу, јер се ради о једној самосталној непокретној ствари.

С друге стране, гасни прикључак зграде на осу дистрибутивног гасовода, који је од ње удаљен само пет метара, као своје основно средство Трговац не само што држи, контролише и одржава, већ га користи како би, у својству дистрибутера, испоручивао природни гас свим заинтересованим купцима станова у згради. Због тога су одредбе о обавези Трговца да сваком од бројних корисника преда гасни прикључак „на чување и коришћење“ (чл. 2. Уговора), као и одредбе о обавезама сваког корисника „да гасни прикључак преузме записнички“ и да га „чува од сваког евентуалног оштећења или нестанка по било ком основу“ (чл. 3.7. Уговора) потпуно апсурдне, непостојеће, фиктивне и једино су усмерене на стварање лажне представе о величини обавезе коју је Трговац преузео на основу закључиваних Уговора. Јер, законом се изричито прописује да мерне уређаје, односно мерно регулационе станице за прикључење објеката купаца на систем обезбеђује енергетски субјект за дистрибуцију и

дужан је да их као своја средства угради, одржава и баждари,³⁴ с тим што се таква обавеза, по логици ствари, односи и на гасни прикључак који мерним уређајима претходи. Такав закључак недвосмислено произлази и из обавезе корисника да снесе само трошкове контроле и одржавања унутрашњих инсталација (чл. 7.3. Уговора о испоруци природног гаса). Када се томе дода и неспорна чињеница да су власници станова претходно, на име накнаде за изградњу гасног прикључка, инвеститору насеља већ исплатили 1.080 евра по стану, онда постаје не само јасно, већ и невероватно колико је апсурдна обавеза корисника да Трговцу плаћају лизинг накнаду за гасне инсталације и уређаје чију су изградњу и уградњу исплатили у њиховој вишеструкој вредности и то, најпре, кроз накнаду која је исплаћена инвеститору насеља (1.080 евра), затим кроз гарантни депозит (800 евра) и, на крају, кроз лизинг накнаду коју Трговцу исплаћују временски неограничено (до сада је сваки корисник исплатио Трговцу 960 евра). При свему томе, власници станова нису имали никакав увид ни у трошкове прикључка на гасовод, ни у трошкове у вези са унутрашњим гасним инсталацијама.

Одредбом из чл. 5. Уговора предвиђа се обавеза корисника да, у складу са величином њиховог објекта, плаћају месечну лизинг накнаду у износу од 10 евра „за период од првих 36 (тридесетшест) месеци по потписивању Уговора о испоруци природног гаса. Међутим, иако се ради о одредби којом се плаћање лизинг накнаде јасно и недвосмислено ограничава на период од првих 36 месеци од потписивања Уговора о испоруци природног гаса, Трговац је, уместо да ту јасну уговорну одредбу примени онако како она гласи,³⁵ и по истеку тог трогодишњег периода па све до данас, наставио да, уз рачуне за утрошени гас, обрачунава и наплаћује и лизинг накнаду, игноришући примедбе корисника да је та накнада ограничена на прве три године од потписивања Уговора о испоруци природног гаса. Таква наплата лизинг накнаде је потпуно неоснована, јер је очигледно да би се, чак и у случају да се уговорна одредба о плаћању лизинг накнаде сматра спорном, она морала тумачити у корист корисника као потрошача,³⁶ тј. тако да се ограничава на период од првих 36 месеци.

У члану 10. Уговора предвиђа се да се он „закључује на неодређено време, са најкраћим роком важења од 5 (пет) година“, што је једна контрадикторна и, самим тим, спорна одредба, која показује настојање Трговца да кориснике што дуже веже за себе, али и непознавање суштине ствари од стране аутора Уговора. Настојању Трговца да кориснике што дуже веже за себе одговарао је уговор о финансијском лизингу, као уговор који је трајан (дуготрајан), али је аутор Уговора изгубио из вида да тај уговор не може да се закључи на неодређено

34 Чл. 54. ст. 1. („Службени гласник Републике Србије“, бр. 84/2004).

35 Чл. 99. ст. 1. Закона о облигационим односима.

36 Чл. 100. Закона о облигационим односима; чл. 45. Закона о заштити потрошача.

време, јер је рок на који је он закључен његов битан елемент.³⁷ Уговором се предвиђа да се он закључује са најкраћим роком важења од пет година, с тим што то није никакав најкраћи рок, јер се законом одређује да минималан рок на који се уговор о финансијском лизингу закључује не може бити краћи од две године од дана закључења уговора.³⁸ Према томе, неспорно је да је Трговац имао у виду закључење дуготрајног уговора (пет година), што није одлика оперативног, већ финансијског лизинга.

б) Неправичне уговорне одредбе

Симулирање уговора о давању у лизинг гасног прикључка, мерно регулационог сета и унутрашње гасне инсталације, није могло да прође ни без одредби чија је неправичност изражена у веома великој мери.

Напред наведена констатација односи се, пре свега, на одредбу из чл. 6. ст. 1. Уговора, којом се предвиђа обавеза корисника да, већ приликом закључења Уговора, Трговцу уплати гарантни депозит од 800 евра. Ова обавеза је, иначе, једна симулована обавеза, којом се прикрива авансна исплата претежног дела уговорених радова, тако да не производи правно дејство. Али, та иста одредба је ништава и због тога што је потпуно неправична,³⁹ јер „има за последицу значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача“.⁴⁰ Наиме, гарантни депозит је, пре свега, одређен у изузетно високом износу, јер „покрива“ око 80% вредности свих радова које се Трговац Уговором обавезао да изведе, тако да већ и сам износ гарантног депозита указује на значајну несразмеру у обавезама између уговорних страна на штету потрошача. Ако се томе дода да постоји веома мали ризик да корисници, који су упућени једино на природни гас, неће испуњавати своје обавезе, као и то што средства гарантног депозита Трговац држи и користи без икакве камате и скоро временски неограничено, тј. све до престанка важења уговора, онда је постојање значајне несразмере у обавезама уговорних страна на штету корисника као потрошача више него очигледно.

Али, одредба о обавези плаћања гарантног депозита неправична је и због тога што за последицу има околност да извршење те обавезе оптерећује корисника као потрошача без оправданог разлога.⁴¹ На такав закључак упућују веома висок износ гарантног депозита, околност да се на депонована новчана средства корисницима не исплаћује никаква камата, а нарочито чињеница да је Трговац, као поверилац, сасвим довољно заштићен обавезом сваког корисника

37 В. чл. 6. ст. 1. Закона о финансијском лизингу.

38 Чл. 3. Закона о финансијском лизингу.

39 Чл. 46. ст. 1. Закона о заштити потрошача.

40 Чл. 46. ст. 2. тач. 1. Закона о заштити потрошача.

41 Чл. 46. ст. 2. тач. 2. Закона о заштити потрошача.

да му, приликом закључења Уговора, преда соло меницу са клаузулом „без покрића“ (чл. 6. ст. 3. Уговора), као и правом да у случају неуредног испуњавања обавеза од стране корисника обустави даљу испоруку природног гаса и демонтажи мерно регулациони сет и осталу опрему укључујући и унутрашње гасне инсталације (чл. 7. Уговора).

Карактер неправичне одредбе има и одредба Уговора према којој се он не може једнострано раскинути (чл. 10. ст. 3. Уговора), која је усмерена, пре свега, на корисника, јер предвиђа санкцију само за случај да он то учини.⁴² Таква одредба је ништава, јер је, супротно одредбама Закона о заштити потрошача,⁴³ закључена на штету потрошача.⁴⁴ Али, она је ништава и као одредба за коју се претпоставља да је неправична, јер има за последицу „ограничење или искључење права потрошача према трговцу или трећој страни у случају потпуног или делимичног неиспуњења било које уговорне обавезе трговца“.⁴⁵

Све упућује на закључак да је неправична и одредба којом се предвиђа трајна обавеза корисника да омогући Трговцу несметану демонтажу мерно регулационог сета и унутрашње гасне инсталације (чл. 3.6. Уговора), као и одредба којом се предвиђа да су, поред гасног прикључка и мерно регулационог сета, и унутрашња гасна инсталација својина и основно средство Трговца (чл. 3.7. Уговора), јер се ради о одредбама које за последицу имају околност да се извршење уговора значајно разликује од онога што су корисници као потрошачи основано очекивали.⁴⁶ Наиме, с обзиром да су, исплатом накнаде за изградњу гасног прикључка и гарантног депозита, који Трговац држи и без икакве камате користи већ више од 8 година, финансирани извођење уговорених радова, као и с обзиром да су исплатили лизинг накнаду за првих 36 месеци, корисници су основано очекивали да ће, с обзиром да се ради о дуготрајном уговору, имати могућност да стекну право својине на унутрашњим гасним инсталацијама, као и да неће имати ни обавезу да по истеку рока од 36 месеци плаћају лизинг накнаду за коришћење гасног прикључка и мерно регулационог сета. Та њихова основана очекивања се, међутим, нису остварила, јер је аутор закључиваног Уговора, иако је то за дуготрајне уговоре уобичајено, злонамерно изоставио одредбу о стицању

42 Чл. 10. ст. 3. Уговора предвиђа да је корисник који једнострано раскине Уговор дужан да „LP-Gas”-у накнади причињену стварну штету до пуног износа вредности изведених радова на предмету лизинга.

43 Она је у супротности са одредбама Закона о заштити потрошача које овлашћују потрошача на раскид уговора због одступања од уговорених услова (чл. 78), на раскид уговора пре истека рока (чл. 79), као и на раскид уговора због промене цене (чл. 89).

44 Чл. 3. ст. 2. Закона о заштити потрошача: „Поједине одредбе уговора између потрошача и трговца које су супротно одредбама овог закона закључене на штету потрошача ништаве су.“

45 Чл. 48. ст. 1. тач 1. Закона о заштити потрошача.

46 Чл. 46. ст. 2. тач. 4. Закона о заштити потрошача.

права својине или одредбу о праву корисника да, по протеку рока на који је уговор закључен, откупи предмет лизинга по цени која је уговором одређена.⁴⁷

Због њене супротности са начелом савесности и поштења,⁴⁸ могла би да има карактер неправичне уговорне одредбе и одредба која обавезује корисника да омогући демонтажу (чл. 3.6. Уговора), односно одредба која овлашћује Трговца да демонтира унутрашње гасне инсталације у сваком случају кад корисник преузету финансијску обавезу делимично или потпуно не извршава (чл. 7. Уговора). Она би била неправична нарочито у случају кад је уговор трајао дуже време, тако да су унутрашње инсталације увелико амортизоване и после демонтаже неупотребљиве.

Да би оцена о неправичности неке одредбе била што објективнија, ЗЗП предвиђа критеријуме на основу којих се утврђује да ли је конкретна уговорна одредба неправична.⁴⁹ Као први од законом предвиђених критеријума наводи се природа услуга на које се закључивани Уговор односи.⁵⁰ Према закључиваном Уговору Трговац се обавезивао према корисницима да изгради гасни прикључак, као и да угради мерно регулациони сет и унутрашње гасне инсталације, што су услуге које су, иначе, типичне за уговор о делу. Корисници су Трговцу, на име претежног дела накнаде за изведене радове, авансно уплаћивали 800 евра по стану, док су преостали износ накнаде исплатили кроз 36 месечних рата, што укупно износи 1.160 евра. С обзиром на такву природу Трговчевих услуга, било је сасвим природно, али и потпуно логично да се корисницима, који су претходном уплатом гарантног депозита и каснијом исплатом 36 месечних рата, у ствари, финасирали скоро све уговорене радове, призна право својине на унутрашњим гасним инсталацијама, као и да се ослободе било какве лизинг накнаде. Међутим, трговац је своје услуге лажно представио као услуге из уговора о лизингу, чиме је кориснике довео у изузетно неповољан положај, јер од њих, и по истеку првих 36 месеци, наплаћује лизинг накнаду (у претходном периоду од пет година она је достигла износ од 600 евра), а већ више од 8 година држи и користи и њихов гарантни депозит у износу од 800 евра (за то време је само по основу банкарских камата могао да оствари бар још толики приход).

Веома су индикативне и околности под којима је Уговор закључиван.⁵¹ Ради се о купцима станова у једном нелегално изграђеном насељу, који нису имали могућност да се прикључе на градско грејање. Проблем загревања станова

47 Иванка Спасић, нав. дело, стр. 82, наводи да се откуп врши по цени која је знатно нижа од почетне будући да се опрема, у економском смислу, углавном амортизовала; Јелена Перовић, нав. дело, стр. 108, сматра да је реч о симболичној цени с обзиром да се урачунава укупно плаћени износ на име лизинг накнаде.

48 Чл. 46. ст. 2. тач. 5. Закона о заштити потрошача.

49 Чл. 46. ст. 3. Закона о заштити потрошача.

50 Чл. 46. ст. 3. тач. 1. Закона о заштити потрошача.

51 Чл. 46. ст. 3. тач. 2. Закона о заштити потрошача.

није могао да се реши ни коришћењем електричне енергије, јер је инвеститор у изграђене зграде уграђивао инсталацију за монофазну струју. С обзиром да је остала само могућност да се за загревање станова користи природни гас, купци станова, нису имали могућност избора, већ су били просто принуђени да приступе уговору који је Трговац унапред припремио.

Иако се радило о великом послу, купци станова нису ни на који начин учествовали у одређивању садржине закључиваног Уговора, нити су о његовој садржини на било који други начин били претходно обавештавани, што је, такође, веома значајно за оцену да ли је конкретна уговорна одредба неправична.⁵² Уз то, купцима који су били уплашени да ће остати без станова ако се у њих хитно не уселе Трговац је оставио изузетно кратак рок од свега неколико дана да се изјасне да ли прихватају Уговор у којем је он, као његов искључиви аутор, максимално фаворизовао своје на рачун интереса корисника.

Закључак

Анализа наведеног Уговора, чију садржину је унапред, без икаквог учешћа потрошача, формулисао трговац, недвосмислено показује да је трговац фаворизујући своје, немилосрдно жртвовао интересе потрошача. При томе, евидентно је да су све нејасне уговорне одредбе тумачене и примењиване на штету потрошача, а од неправичних уговорних одредби, које се испољавају у разним облицима, посебно су изражене оне које за последицу имају значајну несразмеру у обавезама уговорних страна на штету потрошача.

Евидентно је, исто тако, да у вези са закључиваним Уговорима од октобра 2004. године па све до данас Трговац није имао никакве „проблеме“, што је најбољи доказ да услови под којима он закључује огроман број уговора нису били подложни никаквој контроли. Тај изостанак контроле је сигурно озбиљан пропуст у раду свих носиоца заштите потрошача, али је за све њих и озбиљно упозорење да се тим питањем озбиљније позабаве, јер се основано може претпоставити да на исти или сличан начин поступају и многи други трговци.

Оштећеним потрошачима остаје да у судском поступку захтевају да се утврди да је закључени уговор лизингу, као симуловани уговор, ништав, а да важи уговор о делу, што би био знатно тежи пут. Чини се, ипак, да би потрошачи лакше успели са захтевом за покретање поступка за забрану неправичних уговорних одредаба,⁵³ јер би имали много већу шансу да у том поступку издејствују не само ослобођење од обавезе да и даље плаћају лизинг накнаду и повраћај гарантног депозита, већ и повраћај дела исплаћене лизинг накнаде.

⁵² Чл. 46. ст. 3. тач. 4. Закона о заштити потрошача.

⁵³ В. чл. 137-146. Закона о заштити потрошача.

Prof. Đorđe Nikolić, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

**UNFAIR TERMS AND CONDITIONS
IN A CONSUMER AGREEMENT**

Summary

In this article, the author first provides a brief overview of legal provisions governing unfair contractual terms and conditions in Serbian legislation. Then, the author points out to the disputable legal nature of the provided agreement, the ambiguous wording contained in its articles and other unfair provisions contained in this agreement which may be harmful for consumers. Namely, in contravention with the positive law, these unfair terms and conditions are frequently interpreted and subsequently allied at the detriment of consumers. Finally, starting from the assumption that the unfair provisions are quite frequent in consumer contracts whose content is predetermined by the traders, the author concludes that such contracts are still not subject to a serious and systematic control.

Key words: *unfair contractual provision, consumer agreements, trader, consumer, simulated contract, leasing agreement, financial leasing, operative leasing*

ЈАША ТОМИЋ И ПОЛИТИЧКА КРИТИКА ИСТОРИЈСКОГ МИШЉЕЊА

***Апстракт:** Јаша Томић, знаменита личност српске историје, дао је тон политичком профилисању пречанских Срба и њиховом уласку у заједничку државу Јужних Словена. Сliku његовог деловања дају одлике његове личности посматране кроз личну, идејну и књижевну призму. Кроз књжеви рад огледао се и полемишући са знаменитим српским историчареима Руварцем, Станојевићем и Радонићем, дајући и политичку критику историјског мишљења. Критику је давао и кроз појмове и синтагме „неродољубива историја“, „претерани критицизам“, „несавремена и савремена историја“. У истрајавању у својој политичкој борби, може се рећи да је био склон, да не обрати пажњу на то, да епска историја може да се употреби и злоупотреби као и религија.*

***Кључне речи:** Јаша Томић, Руварац, Станојевић, Радонић, критицизам, политика.*

I

Стасавање српске грађанске политичке и државно-правне мисли у XIX и почетком XX века имало је „кривудава“ пут, сличан путањи развоја српског друштва и српске државе. Неретко су и сфере бића друштва у развоју, које је требало да буду имуне од политике, бивале оптерећене њоме. Дефинисање националних интереса у свим друштвима, кроз историју је представљало спој науке и политике, често са претежним утицајем политике, понекад и на штету науке. Ни српска политичка и државноправна мисао често није била имуна на поменуте утицаје.

Србија је, својом државношћу, постајала и постала средиште стасавања српског друштва и трасирања дугорочних националних интереса, али оно без чега се није могло, што дојучерашњи феудални окови и сељачки опанак нису могли да дају друштву, долазило је од пречанских Срба и Југословена. Без њиховог утицаја и образовања, не би било ни зачетака грађанског друштва

у Србији, нити развијене српске државе. Крај XIX века показао је и обрнути смер утицаја. Србија је тада независна краљевина, са развијеним политичким животом, организованим политичким партијама и програмима са дефинисаном идеологијом. У програмима пречанских српских партија препознатљив је утицај партија из Краљевине Србије. Сличност је била како номинална, тако и садржинска, а понекад су програми били идентични. Утицај се може посматрати са становишта читавог друштва, његових појединих сегмената, политичких организација, државних и парадржавних утицаја, али и са становишта деловања и утицаја појединаца. Једна од таквих личности у политичком животу пречанских Срба, али и целог српског националног корпуса, био је и Јаша Томић.

Према кратком биографском осврту, Јаша Томић је био новинар, политичар и књижевник, **рођен у** Вршцу 1856. године, умро у Новом Саду 1922. године. Студирао је медицину, филозофију и историју у Бечу и Прагу. Био је оснивач групе вршачких социјалиста. Године 1884. постаје уредник „Заставе“ и наследник Светозара Милетића у Српској народној слободоумној странци, која ће добити назив Радикална странка 1891. године. Књижевни историчари наводе да његова литерарна дела представљају покушај обраде политичких теза, које су у првом периоду имале социјалистичку, а касније грађанско-радикалну садржину. За време Првог и Другог балканског рата био је војни извештач за часопис *Застава*, а касније је на основу тих извештаја написао три књиге. 1889. године је убио политичара Мишу Димитријевића, након чега је осуђен на 7 године робије. Био је један од најугледнијих Срба на Народној скупштини, која је у новембру 1918. донела одлуку да се Банат, Бачка и Барања прикључе Краљевини Србији. Током свог рада у скупштини у Новом Саду 25. новембра 1918. године залагао се за директно уједињење Војводине са Краљевином Србијом, што је било супротно идејама појединих политичара да уједињење Војводине у Краљевину СХС иде преко Загреба и државе Словенаца, Хрвата и Срба.

Шира биографија Јаше Томића, са обимном библиографијом, захтевала би знатно већи простор од онога што би требало да садржи један чланак. За осврт на сегмент Томићевог деловања садржаног у наслову овог чланка, потребно је, али и довољно, осврнути се на цртице целокупног његовог дела, посматране кроз личну, идејну и књижевну призму.

Како је рођен у имућној трговачкој породици, Јаша Томић је могао себи да обезбеди образовање у складу са својим пореклом и породичним друштвеним статусом. Основну школу завршио је у Вршцу, а гимназију Темишвару и Кечкемету. На студије медицине у Беч кренуо је 1874. године, али се убрзо пребацио на студије филозофије и историје. Понесен патриотским идејама, са групом истомишљеника, након избијања устанка у Босни и Херцеговини 1875. године, као добровољац се придружио устаницима. Исте године је наставио студије на којима је апсолвирао историју. Са Светозаром Милетићем су га

најпре повезале идеја, идеологија и политика, а потом и женидба са његовом ћерком 1885. године.¹ Однос са Светозром Милетићем и брак са његовом ћерком, окарактерисани као основа за његов политички успон, били су разлог за низ полемичких новинских чланака са Мишом Димитријевићем, уредником листа „Браник“. Серија ових чланака узела је димензије личног обрачуна, окончаног тако што је Томић, испровициран, убио Димитријевића и потом осуђен на 7 година робије. Тај догађај је умногоме обележио живот Јаше Томића, иако није морално осуђен од стране друштвене заједнице.²

Идејно, Јаша Томић је у раној младости постао следбеник идеја Светозара Марковића, што је, по многим, било неспојиво са његовим пореклом. Убрзо је прихватио и идеје Светозара Милетића, али је на самим почецима те сарадње остајао веран својим социјалистичким убеђењима. На збору Српске народне слободоумне странке 1881. године у Новом Саду покушао је да се странци као нова политичка парола наметне „питање хлеба“, односно да се у први план уместо националних, избаци социјална питања.³ Сам Милетић је Јаши Томићу ускратио право учешћа на збору странке, квалификујући га као социјалисту, са идејама неспојивим са актуелним тренутком и положајем Срба у Аустро-Угарској. Међутим, смер радикалне опозиције према Угарској је стално погоршавао положај Срба, па је Милетићева странка почела да се цепа на оне који су остајали одани тврдом (тзв. Бечкеречком) програму и на оне који су почели да заговарају политику опортунитета и сарадње (што је касније изнедрило тзв. Великокикиндски програм српских нотабилитета).⁴ Већ 1882. године на Светозара Милетића се није могло рачунати. Тешко оболео (последиче физичког и психичког малтретирања у затвору), он се повукао из политичког живота. Након његовог повлачења, политичко вођство срба у Војводини преузео је, како наводе поједини аутори, „надахнути и силовити Јаша Томић“⁵, који ће на

1 Опширније: Ј. Ракић, Јаша Томић (1856-1922), Нови Сад 1986.

2 Ово тешко убиство са крупним политичким последицама непосредно је било мотивисано злоупотребом једног девојачког писма Милице Милетић, Јашине супруге, објављеног у Димитријевићевом „Бранику“. Милица је у том писму некадашњем веренику Бранку Петровићу обећала да ће, уколико се венчају, у наследство добити Милетићев лист „Заставу“, а „Браник“ је, докопавши се тог писма, назначио његов садржај и приметио да се из њега „најбоље види како се долазило до уредништва „Заставе“ и по коју цену“ (јасно алудирајући на самог Томића). Д. Боаров, Политичка историја Војводине, Нови Сад 2001, 92.

3 Д. Боаров, Политичка историја Војводине, Нови Сад 2001, 90.

4 В. Крстић, Р. Љушић, Програми и статуту српских политичких странака до 1918. године, Београд 1991, 151.

5 Према цитираном хроничару војвођанских радикала Ј. Ракићу, „Јашу Томића је красила изузетна енергија, нетолерантност супротног мишљења, робусна и необузdana снагага, прекост и безобзирност. Као даровит говорник и публициста, импозантног физичког изгледа, имао је моћ веома сугестивног и демагошког утицаја на неуку сељачку масу и несрећне малограђане које је морала неутешна садашњост, па су радо примали његова

мешавини социјалних и националних идеја изградити једну офанзивну странку. Она ће тежити да монополише све позиције и заузме све српске институције у Угарској.⁶ По неким ауторима то је допринело кохезији српских политичких снага у Угарској, али је и упропастило народно-црквену аутономију.⁷ Поменута мешавина социјалних и националних идеја, које су еволуирале у идеје грађанског радикализма, била је скоро идентична са еволуцијом Народне радикалне странке у Србији. И само име некадашње Милетићеве странке промењено је 1891. године у назив Радикална странка.

Сам Јаша Томић, са свим атрибутима своје личности и наметнутим, али и оствареним лидерством, представљао је персонификацију партије, али и мешавину идеја, на којима је градио свој политички програм. И његов књижевни опус био је слика поменуте мешавине идеја. Оне јесу сублимирале његову идеолошку генезу, али су и осликавале правце, који нису могли да се заједно ставе под радикално-грађанску капу. Кроз чисто књижевне форме огледао се пишући приповетке, песме и романи.⁸ Његовој књижевности критика није признавала већу уметничку вредност, али је евидентно да је његов опус представљао покушај књижевне обраде политичких теза. Мешавина идеја на којима је градио своју политичку мисао огледала се и у његовом опусу политичких чланака и студија. У његовој замашној библиографији могу се издвојити радови програмски оријентисани (Програм радикалне и програм либералне странке, Избор и право мањине, Тражимо своја права), критички (Како се бирају народни посланици за српски народни сабор, *Какво се зло спрема у Србији*), али и политичке студије са социјалним одређењем и социолошким анализама (Земљорадничка сиротиња у Угарској, Има ли помоћи нашим занатлијама, Хоћемо ли у социјалисте, Жена и њено право). Кроз књижевни израз Јаша Томић је давао тон својим политичким опредељењима која су представљала необично јединство народњачких, грађанских и понекад екстремно патриотских, али и прогресивних идеја. То се огледало и у његовом присуству у различитим листовима и часописима. Био је уредник Заставе и Српског кола, али и покретач часописа Жена и Земљораднички пријатељ.

обећања лепше будућности. Чак и његов савременик, либерал Милан Петровић, пише да тај човек није умео заузимати хладан став, он је умео волети и мрзети, а што је најважније био је фанатик својих уверења.“

6 Д. Боаров, Политичка историја Војводине, Нови Сад 2001, 91.

7 Опширније: Л. Ракић, Јаша Томић (1856-1922), Нови Сад 1986.

8 Из заточеничког света, приповетке, Нови Сад 1886, Збирка слика и приповедака, Београд 1897, Чича Станко, приповетка, Нови Сад 1897, Песме Јаше Томића, Нови Сад 1896, Назарени, роман, Нови Сад 1896, Трулеж, роман, Нови Сад 1898, Развод брака, позоришна игра, Нови Сад 1922. итд.

II

Као аутор Јаша Томић се огледао и пишући историјске студије и чланке. Посебну димензију овим радовима даје чињеница да је на студијама апсолвирао историју, што би требало да буде одређење за раздвајање струке од политике. Али је такође незаобилазна чињеница да је Јаша Томић био политичар, а не историчар. Лепеза идеја, које је покушавао да сажме у компактан политички програм, одржавала се и на његове радове са историјском тематиком. Врло је логично да су његово претежно одређење биле националне теме (општенационалне и теме из историје пречанских Срба).⁹ Разрађујући их, Јаша Томић им није давао само хроничарски, већ и полемички карактер. Посебно се издвајају његове племице са знаменитим српским историчарима Иларионом Руварцем, Станојем Станојевићем и Јованом Радонићем.

Иларион (световно Јован) Руварац¹⁰ носио је епитет првог образованог српског историчара. За време студија у Бечу, похађајући предавања из историје, радио је у библиотекама, посебно се интересујући за критику извора и компаративно проучавање народне тредиције. Већ у својој првој расправи Преглед домаћих извора старе србске повестнице, објављеној 1856. године одвојио је изворе од литературе, што до тада није чињено. Прихватио је схватање Леополда Ранкеа да збивања у прошлости треба приказивати онако како су се заиста одиграла, без примеса сопственог домишљања. Сматра се зачетником критичког правца у српској историографији. Станоје Станојевић¹¹, рођени пречанин, стекао је најбоље могуће историјско образовање тог времена у Бечу, као студент Константина Јиречека. Прихватио је Руварчев критички метод и допринео победи критичког правца у српској историографији. Нарочиту пажњу посветио је проучавању и критици извора. Био је доследан борац против дилетантства у историографији. Писао је да се проучавању прошлости не сме приступити ускогрудом, под патриотским набојем. Својим научним опусом постао је још за живота једним од највећих српских историчара. Јован Радонић¹², такође рођени пречанин и ученик Константина Јиречека, као настављач Руварчевог историјског метода, предњачио је у повезивању националне и опште историје

9 После пет стотина година, разматрања о Косовској битци и пропасти царства српског, Нови Сад 1889, Из прошлости наших вођа, Нови Сад 1889, Како смо бирали патријархе кроз 200 година, Нови Сад 1908, Доситеј Обрадовић, Нови Сад 1911. итд.

10 **Иларион Руварац** (Сремска Митровица, 1832 — манастир Гргетег, 1905) српски историчар, свештеник, архимандрит фрушкогорског манастира Гргетег, ректор Карловачке богословије и академик.

11 **Станоје Станојевић** (Нови Сад 1874 — Беч, 1937) српски историчар, први српски енциклопедиста, професор Београдског универзитета, члан Српске краљевске академије.

12 **Јован Радонић** (Мол, Бачка 1873 – Београд 1956), српски историчар, професор Београдског универзитета, академик.

и стављању проучавања српске прошлости у контекст ширих европских и светских збивања.¹³

Ако се изузму политички атрибути деловања Јаше Томића, аргументована расправа са поменутиим великаним српске историографије била је превелики залагај. Ако се узму обзир све одлике његове личности и његовог читавог политичког и књижевног опуса, упуштање у расправу са њима било је сасвим логично. Са Руварцем је полемисао углавном преко чланака објављених у „Застави“, под насловом Неродољубива историја који су касније преточени у полемичку студију Бој на Косову – Сеоба Срба – Црна Гора са поднасловом Критика Руварчеве школе, која је штампана у Новом Саду 1908. године. Када је студија изшла из штампе Руварац је већ три године био упокојен, тако да су полемичке стрелице биле углавном усмерене према његовим следбеницима Станоју Станојевићу и Јовану Радонићу. Директну полемику са њима објавио је у студији Несавремена и савремена историја, објављеној две године касније, такође у Новом Саду. Ова студија била је инспирисана објављивањем Станојевићеве Историје српског народа. Излажући критици не само њихове радове, већ и читав начин историјског мишљења и читаву методологију рада, или како он сам каже „читаву руварчеву школу“, нарочито се окомио на одсуство патриотизма у апсолутном критицизму и преиспитивању дотада усвојених постулата српске историографије.

На самом почетку своје критике Руварчеве школе Јаша Томић се обраћа Јовану Радонићу: „Ових дана је Јован Радонић у „Летопису Матице српске“ довршио своју студију О Илариону Руварцу. Сред гомиле нетачности ипак је на једном месту дошао близу истине.“ Потом цитира Радонићев увод у студију: „Као што су Доситеј и Вук у многоме измакли испред својих савременика, указујући млађем нараштају нове стазе, тако је и Руварац ударио новим путем. Резултати његова научна рада веома су важни, али је главна његова заслуга што је у добу романтике ударио реалним правцем.“¹⁴ И затим износи своју критику, али критику у којој се препознаје политичар и политички полемичар: „Доситеј, Вук и Руварац! Велике сени Доситеја и Вука опростиће дру. Радонићу што поред њихових имена, у истом реду, спомиње и име Илариона Руварца. Можемо му чак и ми други опростити, јер је он ђак Руварчеве школе. Али осим тог једног оправдања нема никаквог другог, да Руварца успоређује са Доситејем и Вуком. Иако су и Доситеј и Вук и Руварац ударили новим правцем, њихови су путеви веома разни. Пут Доситеја и Вука је пут истине, он води народу и потребама његовим. Јесте, Иларион Руварац је љуто застранио, Доситеј и Вук нису. Зато ће Доситеј и Вук вечито живети, Иларион Руварац, који је исто тако умро, али

13 Опширније: Енциклопедија српске историографије, Београд 1997.

14 Летопис Матице српске за год. 1907. IV и V свеска

још живи, умреће и по други пут“.¹⁵ Томић има и речи разумевања за Руварчеву школу, јер Руварац „није хтео да ласка Србину“, али недвосмислено износи став да је Руварац у томе претерао. „Кад је Руварац покушао да избаци романтизам из историје, он је то покушао са таким калуђерским фанатизмом, да је претерао. Он је хтео да сруши „родољубиву историју“ којој је прво родољубље па после истина. Али кад се у томе пребацио, створио је неродољубиви историјски правац.“¹⁶ У настојању да фактима поткрепи своју критику Јаша Томић се осврће на клишее претакања епике у историју (личност кнеза Лазара, издаја Вука Бранковића, јунаштво Милоша Обилића, убиство Мурата, исход Косовске битке), које је Руварац аргументовано критиковао.¹⁷ Томић прихвата делове Руварчеве аргументације да нема доказа за оно што је изнедрила српска епика, али доступне изворе настоји да тумачи тенденциозно у прилог родољубивом, а не критичком аспекту историје.

Када се осврће на Руварчево виђење сеоба Срба и тврдњу „да Срби нису дошли овамо на позив ћесарев већ услед других околности и невоља“, Јаша томић улази у оштру полемику са Јованом Радонићем, супротстављајући историјским аргументима политичке. Јован Радонић, том приликом каже: „Он (т.ј. Руварац) су у тој расправи истако као реалиста, који трезвеном анализом извора и хладним разбором силно тежи да докучи праву и непомућену истину. И радећи тај посао он осећа да ће тиме уништити нешто што је савременицима драго и што је с њима срасло; њему је тешко, али му је истина преча од свега, јер је његово тврдо уверење, да о од замишљене и фиктивне прошлости, да од обмане не може бити напретка, него једино од стварнога и трезвенога погледа на прилике.“¹⁸ На ово Радонићево запажање, Томић одговара: „Др. Радонић беди дакле нараштај из времена благовештенског сабора, да је тражио снагу у славној прошлости. И као да је тај стари нараштај силом хтео да протумачи привилегије тако, „да оне могу послужити као основ новој политичкој творевини“.“ А потом стављајући у раван политику и историју додаје: „Др. Јован Радонић долази да нам уништи историјску подлогу. Долази, да нам избије из руку оружје у нашој политичкој борби.“¹⁹

Полемишући директно са Станојем Станојевићем Јаша Томић задржава начин критике Руварчеве школе, али уз фактографску, оспорава и књижевну вредност његове Историје српског народа. Он не полемише са неистинама код Станојевића, јер их тамо не налази, али полемише са концептом и одсуством

15 Ј. Томић, Бој на Косову – Сеоба Срба – Црна Гора, критика Руварчеви школе, Нови Сад 1907, 10.

16 Исто, 11.

17 И. Руварац, О кнезу Лазару, Нови Сад 1888.

18 Ј. Томић, Бој на Косову – Сеоба Срба – Црна Гора, критика Руварчеви школе, Нови Сад 1907, 10.

19 Исто, 37.

тумачења. „Ко прочита Станојевићеву историју – каже Јаша Томић – види скоро на свакој страни битке и ратове, види борбу властеле са владарима, види како расте и опада српска држава, види како је нападају и како напада. Кад човек дође до краја, оставља незадовољно књигу из руке. Долази му као да је био у лудој кући.“²⁰ У критици, као да је Јаша Томић спојиво неспојиво. На једној страни се Станојевићу, као Руварчевом следбенику замера претерани критицизам и следбеништво савременог правца у историји, на другој Станојевића ставља у контекст архаичних историчара, јер одступа од Ранкеовог правила да „не треба писати само шта је било, него и како је шта постало“. Критикујући Станојевића, Томић није могао а да се не докачи и Руварца, стављајући његов критицизам у политички контекст реченицом: „Таман добро дошло овима на западу.“²¹ Политичког контекста се не одриче ни у осврту на Станојевићев приказ деловања босанског краља Твртка и његове тежње да „веже Босну и Рашку у једну државу, а та нова држава да прихвати у приморју традицију старе хрватске државе“.²² Критички тон је уступио месту политикантском: „Видите ли – каже Јаша Томић – самосталца још из XIV века? И то самосталца на престолу. Па тај Твртко као да је читао најновији програм самосталне странке у погледу Хрватске и Славоније, Далмације, Босне и Херцеговине.“²³

III

Слика Јаше Томића, несумњиво знамените личности српске историје, дата кроз личну, идејну и књижевну призму, може наметнути различите закључке. Мимо закључака стоје чињенице, које одрђују његову личност и дају објашњења.

Чињеница је да је Јаша Томић из мноштва идеја саткао свој политички програм и своје партије, које је виолентношћу своје личности, али и свим позитивним особина умео да наметне околини. Чињеница је, такође, да је умео да политику провуче кроз историјски, али и историју кроз политички контекст. Иако су његове политичке критике историјског мишљења биле усмерене на „ползу народа“, углавном су биле тешко одрживе у научном смислу. Истини за вољу, критика претераног критицизма у историографији није само његов изум, нити је сасвим неодржива. Такође су његово указивање на аутентичност новије српске епике (Вукови извори и Вишњићево певање о устанцима) и њена историјска употребљивост били на исправном путу.

У свом патриотском заносу, дајући критику новог историјског мишљења, Јаша томић је умео да каже: „И Херодоту, кога зовемо оцем историје, били су ближи његови, када је цртао судар Грка са истоком. То је природно. Историја

20 Ј. Томић, *Несавремена и савремена историја*, Нови Сад 1910, 13.

21 Исто, 30.

22 Исто, 44.

23 Исто, 44-45.

је морала да пређе дугу историју, док је дошла до реалног правца. Ми смо Срби почели да мало јаче пишемо историју у добу, када се наш народ спремао за ослобођење од турског јарма. Тицало се: Бити или не бити. У службу велике мисли ослобођења ступила је и историја. Ондашња омладина је певала. Певала историју, певала политику, певала економију, и да је могла да пева хемију, она би је певала.²⁴ Али се чини, да је у истрајавању у својој политичкој борби, био склон да не обрати пажњу на то, да епска историја може да се употреби и злоупотреби као и религија. На то су могле да га подсети мисли његовог савременика, историчара и филозофа Божидача Кнежевића: „Религија ствара велике заблуде, од којих после наука кује ситне истине. Велике заблуде освежавају и окрепљују историју, човечанство, велике истине отржењују људе, само велике заблуде дижу људе у борбу, велике истине мире.”²⁵

Prof. Nebojša Ranđelović, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Jaša Tomić and Political Criticism of Historical Thought

Summary

Jaša Tomić was an important political figure in the Serbian history who had a significant impact on shaping the political profile of the Serbs in Vojvodina (which was under the control of the Habsburg monarchy at the time) and the decision of the Vojvodina Serbs to join the new state of the South Slavs (in 1918). His activities may be observed from the aspect of his personal characteristics, his political ideology and his literary work. His literary opus includes polemics on a number of controversial issues with renowned Serbian historians of that time (Rugarac, Stanojević and Radonić) as well as political criticism of historical thought. His criticism is clearly reflected in his syntagmatic concepts of “unpatriotic history”, “excessive criticism” and “non-contemporary and contemporary history”. In his ardent pursuit of his political ideals, he was prone to disregarding the fact that the epic history may be used and abused just like religion.

Key words: *Jaša Tomić, Rugarac, Stanojević, Radonić, criticism, politics*

24 Ј. Томић, Бој на Косову – Сеоба Срба – Црна Гора, критика Руварчеви школе, Нови Сад 1907,

25 Б. Кнежевић, Човек и историја, Београд 1972, 222.

РИЗИЦИ ЈАВНО ЈАВНО-ПРИВАТНИХ ПАРТНЕРСТАВА: ПОЛАЗНА РАЗМАТРАЊА* **

***Апстракт:** Питање адекватне и избалансиране поделе ризика кључно је за успех конкретног ЈПП пројекта. Приликом алокације ризика, начелно је правило да успех јавно-приватног партнерстава претпоставља да се ризик лоцира на актеру који има како интерес да отклони или смањи вероватноћу наступања ризика, односно елиминише његове последице, тако и ресурсе (технолошке, економске, експертске, политичке) да у најкраћем року и уз најмање могуће трошкове одговори на наступање или опасност наступања конкретног ризика. Алокација ризика мора поћи од претпоставке да ЈПП пројекат мора да задовољи интересе различитих учесника: јавног партнера који кроз позитивне резултате ЈПП пројекта остварује сопствени политички интерес, заснован на успеху обезбеђења услуга и делатности од јавног интереса на одговарајућем нивоу и у одговарајућем обиму, те приватног партнера који тежи повраћају уложеног и одређену маргину профита. Укључивање ширег круга учесника у ЈПП пројекту и виши ниво диверзификације права, обавеза и одговорности имају двоструко позитивно дејство на алокацију ризика. Механизам расподеле ризика у ЈПП пројекту детерминисан је улогама у којима се јављају јавни партнер (јавни партнер; „искључиви“ купац) и приватни партнер (модалитет „спонзора“, „финансијера“, грађевинског контрактора, управљача).*

***Кључне речи:** јавно-приватно партнерство; инфраструктура; делатности од општег интереса; јавна управа.*

* 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.

1. Опште напомене о ризицима

Јавно-приватно партнерство (е. *Public-Private Partnership*; н. *Öffentlich-Private Partnerschaft-ÖPP*; даље и: ЈПП) представља оквир за заједничку акцију јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре. Питање адекватне и избалансиране поделе ризика кључно је за успех конкретног ЈПП пројекта.² 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 шпекулативном 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 етц.).

Алокација ризика подразумева да ризици буду:

- идентификовани и анализирани;
- квантификованог утицаја;
- алоцирани/распоређени и елиминисани/смањени,

² Тензију и контроверзу јавно-приватног партнерства генерише супротност базичних карактеристика јавног и приватног сектора. Први је својом структуром и начином функционисања усмерен ка заштити, остваривању и развијању општег (јавног) интереса. Потоњи је, пак, утемељен на приватној иницијативи усмереној ка остваривању добити. Ова разлика која се, *prima facie*, чини фундаменталном, кључна је тешкоћа у конструисању правног 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 hazard“ који преузимају буде смањен на најмању могућу меру (ако не и елиминисан). „Морални hazard“ 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 квалификовање правног оквира ЈПП-а као одговарајућег или нефункционалног. Јавно-приватно партнерство предмет 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; Сл. гласник РС”, бр. 88/2011), 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 („Службени гласник РС“, бр. 88/11); Закон о јавној својини („Службени гласник РС“, бр. 72/11) и Закон о страним улагањима („Сл. лист СРЈ“ бр. 3/2002 и 5/2003). Више о појму и карактеристикама ЈПП концепта видети у: Предраг Н. Цветковић, Тамара Миленковић-Керковић. Јавно-приватно партнерство : полазна разматрања, Право и привреда. - Београд : Удружење правника у привреди Србије, 2011. - Бр. 4-6 (2011), стр. 758-770.

Горе наведене активности имају за циљ да нити један ризик индивидуално нити сви они заједно не угрозе развој, градњу и управљање пројектом на начин који спречава да ЈПП пројекат генерише:

- добит за отплату кредита;
- надокнаду трошкова управљања, и
- исплату дивиденди постојећим, односно привлачење (извесном перспективом будућих дивиденди) потенцијалних инвеститора.

Приликом алокације ризика, начелно је правило да успех ЈПП пројекта претпоставља да се ризик лоцира на актеру који има:

- интерес да отклони или смањи вероватноћу наступања ризика, односно елиминише његове последице;
- ресурсе (технолошке, економске, експертске, политичке) да у најкраћем року и уз најмање могуће трошкове одговори на наступање или опасност наступања конкретног ризика.

Пракса показује да, мимо академских и теоретских разматрања, алокација ризика зависи од преговарачке снаге и економске позиције. Поступање које би, међутим, значило да економски или политички јача страна лоцира ризик из ЈПП пројекта на актеру који не испуњава горе наведене критеријуме распоређивања терета ризика, значило би његову неефикасну алокацију, што би у крајњем штетило читавом пројекту.³

Алокација ризика мора поћи од претпоставке да ЈПП пројекат мора да задовољи интересе различитих учесника и то:

- јавног партнера који кроз позитивне резултате ЈПП пројекта остварује сопствени политички интерес, заснован на успеху обезбеђења услуга и делатности од јавног интереса на одговарајућем нивоу и у одговарајућем обиму;
- приватног партнера који остварује повраћај уложеног и одређену маргину профита.

Приватни партнер има више модалитета деловања:

- модалитет „спонзора“ (развија пројекат, умрежава различите интересе, проналази финансијере, изузетно и финансира пројекат)
- модалитет „власника“ (е. „shareholder“) пројекта (при чему може доћи до преклапања функције спонзора и власника)
- модалитет „управљача“-, „оператера“ (субјекта који управља и одржава постројење или објекат који је предмет ЈПП; управљач је обично субјект различит од спонзора и власника);
- модалитет „грађевинског контрактора“ (е. „construction contractor“); учесник пројекта који има обавезу пројектовања, градње и предаје објекта;

³ Видети више у: Jeffrey, Delmon, „Private Sector Investment in Infrastructure“, Project Finance, PPP Projects and Risk, Second edition, Wolters Kluwer, 2009, стр. 155

- модалитет „кредитора“-, „финансијера“ (е. „lender“); реч је о телу које пружа финансијску подршку пројекту, најчешће у форми обезбеђења новчаних средстава.

Реализација ЈПП пројекта одвија се преко пројектне компаније (компаније које непосредно реализује ЈПП пројекат: то може бити друштво за посебне намене-ДПН, или јавно предузеће које је докапитализовано приватним капиталом)⁴.

Значајну улогу у реализацији ЈПП пројекта може имати „искључиви купац“ (е. „off take purchaser“); искључиви купац је јавно предузеће или јавно тело које се обавезује да купи утврђену количину или читав обим производа и услуга који потичу из ЈПП пројекта (пример су уговори о куповини струје где национална компанија купује струју произведену из постројења за производњу електричне енергије; куповина воде добијене из постројења за пречишћавање воде).⁵

Важно је нагласити: укључивање ширег круга учесника у ЈПП пројекту и остваривање вишег нивоа диверзификације права, обавеза и одговорности имају двоструко позитивно дејство на алокацију ризика из следећих разлога:

могуће је да се одговорност за одређене ризике лоцира на субјекту који је у има највише интереса и у најповољнијој је позицији да одређени ризик амортизује или га у потпуности елиминише;

посматрајући кроз визуру интереса јавног партнера, већи број субјеката даје више маневарског простора за јавног партнера да ризик расподели на начин којим од себе отклања последице наступања одређених ризика.

Са друге стране, горе наведене предности се, у присуству несналажења, површности, одсуства експертизе и превеликог утицаја субјективних (читај: политичких) интереса, могу претворити у озбиљан проблем у коме ЈПП постаје поље за одмеравање фактичке економске, политичке и социјалне снаге актера.

4 Назив „Друштво за посебне намене“ користи се и у тексту Закона о јавно-приватним партнерствима. „Друштво за посебне намене“ (ен: “Special Purpose Vehicle”; даље и: ДПН) 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.

5 У наставку ће ови називи бити коришћени стриктно; стога се читалац упућује да ове називе тумачи у складу са значењима која су овим називима дата у тексту који прати ову напомену.

У свему горе наведеном, важно је наћи баланс између флексибилности и правне сигурности.

2. Алокација ризика: улога финансијера

Циљ финансијера ЈПП пројекта је да ризици у што мањој мери буду лоцирани на пројектној компанији. Његов се интерес превасходно манифестује кроз захтев за повраћај датих средстава уз унапред утврђену стопу добити, која је дефинисана приликом структурирања финансијског аранжмана. Добит финансијера не зависи од добити ЈПП пројекта, нити квалитета услуга или делатности које се кроз ЈПП пројекат остварују. Наиме, таква корист (корист од добити која превазилази постојеће пројекције) не иде на корист финансијера, већ власника. Финансијер ће, стога, инсистирати да сви ризици који нису јасно алоцирани на одређеног субјекта (тзв. резидуални ризици) буду „отклоњени“ од пројектне компаније. Резидуални ризици се по правилу јављају код свих дугорочних и компликованих (по структури, актерима и обиму) инвестиционих подухвата, па и код ЈПП пројеката. Наиме, код ових пројеката није могуће у тренутку њиховог правно-формалног дефинисања одредити коначну и потпуну расподелу права, обавеза, одговорности и, у складу са тим, ризика. Ови нераспоређени ризици називају се резидуалним ризицима (преосталим ризицима), који се не могу лоцирати у моменту правног формализовања ЈПП пројекта. Стога се уговори о ЈПП називају некомплетним уговорима.⁶

ТАБЕЛА IX ПОДЕЛА РИЗИКА

	Политички ризици	Раст трошкова изградње	Еколошки ризици	Тржишни ризици	Ризици развоја ЈПП пројекта	Ризици управљања	Ризици учинка	Ризик окончања пројекта
Пројектна компанија	X	X	X	X	X	X	X	
Јавни партнер	X		X		X			

⁶ Видети више у: **Oliver Hart**, „*Incomplete Contracts and Public Ownership: Remarks, and an Application to Public-private Partnership*“, *The Economic Journal*, 113 (March), C69-C76. Royal Economic Society 2003. Published by Blackwell Publishing.

	Политички ризици	Раст трошкова изградње	Еколошки ризици	Тржишни ризици	Ризици развоја ЈПП пројекта	Ризици управљања	Ризици учинка	Ризик окончања пројекта
Грађевински контрактор		X	X	X	X	X		X
Управљач (оператер)		X	X	X	X	X	X	
Искључиви купац				X			X	X
Снабдевач сировинама и другим инпутима			X	X		X	X	X

Табела IX даје предлог матрице ризика на основу критеријума поделе ризика према критеријуму интереса појединих субјеката да одређени интерес не наступи, односно критеријуму заснованом у одговору на питање: ко је у најповољнијој позицији одређени ризик елиминише или смањи. Описана матрица ризика требало би да се рефлектује и у одредбама споразума на коме се заснива ЈПП. Идеална ситуација била би када би сви учесници пројекта сносили све ризике. Ово је, међутим, само теоријска конструкција. Учесници пројекта вођени су сопственим интересима, базираним на субјективним проценама и разлозима. Највише што се може учинити је да такви субјективни интереси буду идентификовани у погледу вероватноће наступања и могућих последица, те да се на одговарајући начин распореде споразумом на коме се заснива ЈПП.

У креирању споразума о ЈПП⁷ баланс у алокацији ризика одржава се одговарајућом једнообразношћу формулација. На пример, у споразуму финансијера и пројектне компаније дефиниција више силе (или политичких ризика, на пример), требало би да буде јединствена са дефиницијом ових појмова у другим споразумима (рецимо, споразуму јавног тела и приватног партнера у функцији грађевинског контактора или управљача-оператера). Исто важи и за клаузулу о меродавном праву или решавању спорова.

⁷ Чест је случај да се ради о више различитих споразума који се међусобно прожимају и узајамно позивају на одређене одредбе; стога се назив „споразум о ЈПП“ користи као генерични назив за све споразума који чине ЈПП конструкцију.

Алокација појединих типова ризика

ЈПП пројекат трпи различите ризике. Многи од ових ризика не појављују се у чистом виду, већ између њих постоји повезаност и преклапање. Ризици се начелно деле на:

- ризик развоја пројекта;
- ризик комплетирања пројекта;
- ризик раста трошкова изградње и управљања пројектом;
- ризик неодговарајућег учинка пројекта;
- ризик управљања;
- политички ризици
- ризик поремећаја уговорне равнотеже

3.1. Ризик развоја ЈПП пројекта (е. „development risk“)

Развој ЈПП пројекта укључује следеће активности: припрему и прибављање документације неопходне за добијање финансијске подршке (укључујући и припрему тендера и понуде); преговоре о различитим пројектним аспектима пројекта и документима неопходним за његову реализацију; обезбеђење финансирања путем кредита или путем продаје власничког удела у ЈПП пројекту.

Ризици који се јављају у фази развоја пројекта могу да буду различити. У раној фази развоја пројекта, јавни партнер по правилу спроводи поступак јавних набавки. У припреми овог поступка дефинишу се параметри пројекта и тражи се партнер (спонзор, „власник“, финансијер) који ће подржати спровођење ЈПП. Поступак може бити различит (отворени или рестриктивни, према Закону о јавним набавкама на који упућује Закон о ЈПП). Већ у овој раној фази могући су неформални контакти са заинтересованим приватним партнерима. Такође, када је реч о великим пројектима (а ЈПП су углавном такви), приметно је да дипломатска представништва пажљиво прате информације о намерама локалних самоуправа да приступе реализацији ЈПП пројекта и испитују могућности да приватни партнери (као спонзори, финансијери, оператери, грађевински контрактори) из држава које представљају, учествују у остваривању таквих пројеката.

3.2. Ризик комплетирања/завршетка/окончања пројекта (е. „Completion risk“)

Ризик комплетирања пројекта јесте ризик да изградња објекта или постројења које би требало да реализује ЈПП пројекат не буде окончана. Овај ризик потенцијално је значајан јер је природа ЈПП пројекта да, уколико остане

незавршен, постаје готово безвредан⁸. Стога и јавно тело, једнако као и приватни партнер (у првом реду финансијер), имају очигледан интерес да се радови окончају у складу са пројектним спецификацијама. Када у пројекту учествује грађевински контрактор који није ни финансијер нити спонзор, овај ризик се уговором може пренети на њега. Тиме се јавни партнерослобађа ризика да објекат неће бити саграђен у одређеном року са одређеним техничким карактеристикама.

3.2.1. Ризик изградње као део ризика завршетка пројекта јесте ризик да објекат или постројење преко којих се реализује ЈПП пројекат неће бити изграђени у складу са споразумом о ЈПП. Захтеви које би овај објекат требало да испуни укључују услове који се односе на:

- безбедност објекта;
- функционалност објекта;⁹
- захтеве „искључивог“ купца (на пример, захтев јавног предузећа за производњу и трансфер електричне енергије којим се куповина струје условљава одређеним степеном квалитета градње и технологије приватних електрана);
- животни век и одржавање објекта или постројења, а које је захтевао јавни партнер

У ризике грађења убрајају се:

- ризик неадекватности пројекта на коме се заснива градња објекта или постројења;
- ризик неадекватности технологије која се користи за градњу, укључујући неодговарајућу опрему или коришћене материјале (на пример, коришћење азбеста за градњу или материјала који нису ватростални);
- неотпорност објекта или постројења на екстремне временске или друге услове (на пример, хладноћа, топлота, неподобност објекта за рад испод површине-у случају рударских јама и копова);
- еколошке ризике који се могу реализовати током грађења (не и еколошке ризике које ангажује окончано постројење преко којег се реализује ЈПП пројекат; видети табелу са матрицом ризика);
- немогућност ангажовања потребне и одговарајуће квалификоване радне снаге и материјала за градњу, укључујући ризик изостанка виза за радну снагу односно изостанак увозних дозвола за материјал који се има користити при грађењу;

⁸ ЈПП из области водоснабдевања је пример такве „инвестиционо специфичног“ пројекта (е. „ассет специфич инвестмент“). Видети више у напмени 16 supra.

⁹ На овом месту указује се на потребу разликовања ризика изградње од ризика учинка; видети горе табелу са матрицом поделе ризика и излагање о ризику учинка infra u

- непостојање или недостатност инфраструктуре или услуга неопходних за завршетак грађења (приступне саобраћајнице, доступност воде, струје, транспортних средстава за превоз радне снаге и материјала);
- ризик измене трошкова радне снаге и материјала;
- ризик више силе.

Ризик грађења као део ризика окончања пројекта биће лоциран на грађевинског контрактора, као субјекта који реализује изградњу објекта. Успешан трансфер ризика са јавног тела на грађевинског контрактора подразумева да су све обавезе потоњег јасно дефинисане (по обиму, структури, садржини и динамици) у његовом уговору са приватним партнером.

Поменути уговор контрактора и приватног партнера требало би да буде конзистентан са спецификацијама права и обавеза садржаним у другим уговорима који прате ЈПП пројекат, пре свега у уговору између јавног тела и приватног партнера; ово ће бити случај уколико **приватни партнер не гради самостално ЈПП објекат**. Тада приватни партнер закључује уговор са јавним партнером у коме преузима обавезу грађења; ту обавезу даље конкретизује кроз уговор са грађевинским контрактором као самосталним субјектом. У случају да је **приватни партнер истовремено и грађевински контрактор**, права и обавезе уговорних страна дефинишу се јединственим споразумом.

У сваком случају, уколико изостане потребан ниво јасноће у дефинисању права, обавеза и одговорности грађевинског контрактора као самосталног субјекта, или приватног партнера у делу у коме иступа у функцији грађевинског контрактора (уколико приватни партнер гради ЈПП објекат, што ће бити случај када су се својства приватног партнера и грађевинског контрактора стекла у истом субјекту), створиће се одређени резидуални ризици који остају нераспоређени.

3.2.2. Ризик примопредаје објекта или постројења, као елемент ризика окончања пројекта, јесте могућност да изграђени објекат:

- не прође тестирања опреме и функционалности;
- није подобан да се прикључи на екстерну инфраструктурну мрежу (водовод, струја)
- не функционише због инкопатибилности коришћене технологије и опреме.

Одговорност за примопредају је, као и у случају ризика грађења генерално, на грађевинском контрактору. Његову одговорност по правилу верификује управљач (оператер) или независни инжињер који би требало да буде присутан током примопредаје и тестирања постројења.

Искључиви купац такође има интереса да присуствује тестирању, с обзиром на његов интерес да објекат или постројење дају резултате које он узима као готове параметре у свом пословању (у овом делу ризик примопредаје се делом преклапа са ризиком учинка, што се може избећи детаљним дефинисањем

садржине теста постројења и јасним и изричитим лоцирањем одговорности за примопредају, са једне, и учинак, са друге стране)¹⁰. Садржина, динамика и процедура тестова требало би да буду претходно дефинисани у пројектној документацији, како би ризик примопредаје у потпуности и без остатка био на грађевинском контрактору.

На овом месту ваља указати на важну последицу лоцирања ризика примопредаје на грађевинског контрактора. Суочен са преузимањем и теретом овог ризика, грађевински контрактор није спреман да користи нову или иновативну технологију у реализацији ЈПП пројекта. Наведена резервисаност грађевинског контрактора заснована је:

- на непоузданости података о учинцима и функционалности нових или иновативних технологија;
- неспремности финансијера/кредитора да финансијски подрже пројекте које прате ризици коришћења нове или нетестиране технологије.¹¹

Описана „конзервативност“, настала као последица лоцирања ризика примопредаје на грађевинског контрактора, превазилази се одговарајућим гаранцијама које снабдевачи опреме дају уз нову технологију. Наведене гаранције снабдевачи дају с циљем промовисања таквих технологија. Јавни партнер може условити да се у његовој реализацији користи најсавременија технологија. На први поглед реч је о смисленом захтеву. Ипак, узимајући у обзир горе наведено, препорука је да се приликом укључивања овог захтева од стране јавног тела сагледају околности конкретног ЈПП пројекта, како би се избегло да описани захтев има „одвраћајуће дејство“ на приватне partnere.

3.2.3. Ризик прекорачења рока изградње објекта или постројења као елемент ризика окончања пројекта потенцијално наноси штету пројектној компанији (јер не може да крене са радом услед чега не може да враћа кредите и генерише приход), **јавном партнеру** (јер је под политичким притиском успеха пројекта, нпр. због близине избора) и **искључивом купцу** (јер изостаје планирани производ или услуга из ЈПП пројекта). Једнако као и ризици грађења и примопредаје, и ризик прекорачења рока грађења је на грађевинском контрактору. Прекорачење рока активира пенале који се плаћају најчешће пројектној компанији, и који одражавају њене губитке због надокнаде коју плаћа искључивим купцима (јер не добијају производ који очекују), снабдевачима сировинама (које пројектна компанија не купује јер пројекат није у функцији, па снабдевач сировинама трпи штету), те обавезе сервисирања кредита из сопствених извора (а не из генерисаног прихода).

¹⁰ Више о ризику учинка видети *infra*

¹¹ Видети излагање *infra* о ризику технолошког учинка као делу ризика учинка.

3.3. Ризик раста трошкова изградње и управљања пројектом (е. “Cost Increase Risk”)

Ризик да ће прогнозирана сума трошкова градње и управљања пројектом бити, из неког разлога, премашена јесте ризик који мора да буде алоциран. **За финансијера-кредитора, отклањање овог ризика од пројектне компаније (и пребацивање у поље одговорности неког од осталих актера ЈПП пројекта) кључно је:** наиме, циљ финансијера је да одржи непромењеним однос суме коју је дао као подршку пројекту и очекиваног прихода од ЈПП пројекта (е. „project cover ratio“).

Финансијер ће одобрити кредит и финансирање само уколико је пројекат финансијски одржив. Параметри на којима је засновано одобрење финансирања могу се променити на штету одрживости пројекта (реализује се ризик повећања трошкова). Ова промена може наступити у два периода:

- између момента када је утврђена цена грађења и тренутка када је финансијска конструкција затворена (финансијер је као релевантну узимао претходну цену грађења за процену одрживости пројекта; наведена цена грађења променила се у периоду од утврђивања па до дефинисања услова финансирања);
- између момента закључења финансијске конструкције и касније, током изградње пројекта (повећање трошкова градње) или његовог функционисања (повећање трошкова управљања).

У оба случаја финансијер тежи да ризик промене цене лоцира на јавног партнера (даље од пројектне компаније), док јавни партнер тежи да ризик промене цене пренесе на пројектну компанију или грађевинског контрактора. У крајњем, локална самоуправа као јавни партнер требало би да у преговорима са приватним партнером (спонзором, грађевинским контрактором, власником) покуша да овај ризик, барем делимично, отклони из корпуса сопствене одговорности

3.3.1. Ризик повећања пореза условљен је чињеницом да је спровођење пореске политике у надлежности државе. У случају да се ради о ЈПП пројекту код кога је јавни партнер држава као суверен (централна власт, нпр. органи, тела и институције републичког нивоа), постоји оправдање да приватни партнер овај ризик лоцира било на јавно тело које је одобрило ЈПП пројекат, било на искључивог купца (уколико је искључиви купац јавно предузеће у државној својини, попут предузећа за производњу и дистрибуцију електричне енергије).

Ситуација је, пак, различита када је реч о локалној самоуправи као јавном партнеру. Тада се отвара питање да ли је оправдано да она сноси терет наступања овог ризика: чињеница да иступа као јавни партнер не може да заобиђе околност да она није та која прописује и наплаћује фискалне надокнаде (то по правилу јесте надлежност републичких органа). Међутим, и поред чињенице да јавни партнер јесте правно и политички одвојен од фискалног

суверена, пракса је да он сноси овај ризик (чак и када је јавни партнер локална самоуправа). Сматра се да је и такав јавни партнер у бољој позицији да управља овим ризиком, уз додатно оправдање да се он (локална самоуправа) финансира из пореских средстава која се наплаћују, између осталог, и од ЈПП пројекта.

Алокација ризика повећања фискалних намета на јавног партнера свој разлог налази и у чињеници да се тиме подстиче централна власт државе у којој се реализује ЈПП пројекат да не повећава постојеће или намеће додатне фискалне захтеве у односу на такав пројекат. Без обзира на горе речено, локална самоуправа као јавни партнер има легитимно право на покушај да овај ризик лоцира на пројектну компанију: мера успеха у овом покушају зависи од околности конкретнoг случаја, а пре свега од преговарачке снаге укључених актера.

3.3.2. Ризик раста цена „улазних трошкова“ (сировина, трошкова горива и тд; е. „input price increase“) озбиљно може да угрози одрживост пројекта (да повећа трошкове управљања, а смањи приходе од ЈПП пројекта које остварује пројектна компанија, па тиме и повраћај средстава финансијерима, односно дивиденди власницима). Овај ризик нарочито је изражен када се ЈПП пројекат реализује у окружењу које нема развијено и флексибилно тржиште сировинама и других улазних добара неопходних за функционисање пројекта (е. „inputs“). Како би отклонили овај ризик од пројектне компаније, финансијери условљавају подршку закључивањем уговора о снабдевању сировинама (е. „input supply agreement“; на пример, снабдевање енергентима; снабдевање одређеном количином отпада у случају постројења за прераду отпада). Цена сировине (или других материјала) по правилу је фиксирана, уз:

индексацију-везаност за раст цена изабраних производа, и могућност измене цене уколико се пређе одређени праг раста (нпр. 5%; до тог износа важи фиксирана цена, а након тога се цена коригује).

Ризик повећања „улазних трошкова“ по правилу је на пројектној компанији (или управљачу, уколико је управљање ЈПП пројектом поверено посебном субјекту). Ипак, ваља напоменути да механизам садржан у уговору о снабдевању сировинама није универзално применљив: на пример, када се ради о енергентима, овај је споразум подобан када се ради о снабдевању угљем (код кога су флукуације цена минималне), али не и за снабдевање нафтом (чија цена варира у оба смера). При томе, ваља напоменути да се уговори о снабдевању сировинама по правилу закључују са државним компанијама које имају монопол на испоруку: у случају престанка тог монопола, сасвим је могуће да тржиште отвори простор за прибављање сировина по цени нижој од оне која се плаћа искључивом снабдевачу који је истовремено државна компанија. У таквом развоју, уговор о снабдевању сировинама спречава пројектну компанију (или управљача) да економски рационално закључује уговоре о снабдевању

сировинама по цени нижој него што је она коју плаћа државном монополском предузећу као искључивом снабдевачу.

3.3.3. Ризик раста трошкова градње у ужем смислу постоји, без изузетка, код свих дугорочних пројеката, у које спадају и пројекти из области јавно-приватних партнерстава. Пројекти са наведеном карактеристиком по правилу трпе ризик да трошкови радне снаге и материјала буду измењени на начин који ремети установљену финансијску равнотежу, некада и до мере која угрожава саму изградњу пројекта. Пројектна компанија и финансијери теже да ризик за повећање трошкова остане на грађевинском контрактору (уколико постоји могућност измене цене, она је по правилу екстремно лимитирана по условима и износу). У одређеним случајевима, део ризика може бити лоциран и на друге субјекте: тако, уколико се објекат гради узимајући у обзир, између осталог, захтеве искључивог купца (на пример, купца електричне енергије који захтева да објекат уважава техничке спецификације неопходне за реализацију испоруке произведене струје), део ризика раста трошкова градње сноси такав купац (ради се о трошковима насталим због радова који се предузимају по захтеву искључивог купца).

3.3.4. Ризик раста трошкова управљања (е. „Operation Cost Increase“) настаје у ситуацији када ЈПП пројектом управља посебан правни субјекат (управљач), коме пројектна компанија обезбеђује надокнаду за његов рад. Пројектна компанија тежи да плаћање управљачу веже за резултате његовог рада. У исто време, управљач тежи да сопствене ризике смањи тиме што ће искључити своју одговорност за лошије резултате вођења ЈПП пројекта, а који су засновани на грешкама у грађењу, тржишним променама или другим ризицима на које није могао утицати (резидуални или нелоцирани ризици остају, дакле, препостављено на пројектној компанији).

Управљач је често спреман да свој ризик контролише тиме што уговара фиксно плаћање (без утицаја његовог управљања на учинак пројекта), уз дефинисање трошкова управљања (мимо његове зараде), а које надокнађује пројектна компанија.

У случају да је за повећање трошкова управљања одговоран неки од осталих актера ЈПП пројекта (нпр. искључиви купац који није обезбедио одговарајућу инфраструктуру за испоруку производа; грађевински контрактор који је одговоран за поправку недостатака који су се јавили у току гаранције за изграђени објекат), такав актер сносиће повећање наведених трошкова. Резидуални трошкови управљања (трошкови који нису лоцирани на конкретном учеснику ЈПП пројекта, управљача, искључивог купца, грађевинског контрактора), остају на пројектној компанији.

3.3.5. Ризик пада цене производа или услуге ЈПП пројекта (е. „Decrease of the Offtake price“) основ има у чињеници да приход ЈПП пројекта зависи од обима испоруке производа или услуга на тржишту и цене за те производе и услуге.

Као и у свакој економској делатности, и код ЈПП пројеката постоји тржишни ризик пада цене производа или услуге који потичу из ЈПП пројекта, с последицом пада прихода. Финансијер пројекта тежи да овај тржишни ризик буде предвидљив, разуман и управљив у моменту закључивања финансијске конструкције. У крајњем, финансијер ће инсистирати да ризик пада цена производа и услуга из ЈПП пројекта (једнако као и други ризици) буде пренет са пројектне компаније на друге субјекте. Један од устаљених начина амортизације описаног ризика је уговор о искључивој куповини (е. „offtake purchase agreement“). Реч је о споразуму којим се искључиви купац обавезује да купи део или све производе и услуге који потичу од пројекта (код продаје електричне енергије из електричних централа; продаја воде добијена пречишћавањем). Овим уговором пројектна компанија обезбеђује сигуран приход од ЈПП пројекта. Уговори о искључивој куповини нису погодни за сваки тип ЈПП пројекта. На пример, уколико је искључиви купац истовремено и јавни партнер (на пример, локална самоуправа плаћа за воду која је добијена из постројења за прераду и пречишћавање отпадних вода), куповина по фиксној цени може узроковати политичке притиске. Ови ће притисци бити тим снажнији уколико се ради о производима код којих:

- постоји „вибрантно“ тржиште (тржиште на коме се производи ЈПП пројекта могу прибавити по цени нижој него што је то утврђено уговором о искључивој куповини), или
- је цена таквих производа из ЈПП пројекта превисока узимајући у обзир економску ситуацију лица којима је тај производ намењен (при чему се ради о социјално неопходном производу).

У описаним ситуацијама, дакле, ризик раста цена производа или услуге ЈПП лоциран је на јавном партнеру, што даље активира политичке пресије на читав пројекат.

3.4. Ризик неодговарајућег учинка ЈПП пројекта (е. „performance risk“)

Успех пројекта јавно-приватног партнерства примарно зависи од његовог учинка. Од квалитета тог учинка зависи да ли ће бити довољно прихода за отплату кредита финансијеру, исплату дивиденди власницима и плаћање надокнаде грађевинском контрактору и управљачу. Услови учинка садржани су у споразуму јавног партнера са осталим актерима пројекта.

Ниво ризика због неодговарајућег учинка ЈПП предузећа зависи од предмета и циља конкретног ЈПП пројекта. Тако, уколико је предмет ЈПП пројекта изградња аутопута, ризик учинка везан је за ограничене захтеве отпорности на временске непогоде, одговарајуће осветљење, задовољавајући ниво дренаже и тд. У случају када је реч о пројекту са вишим нивоом претходних захтева (на пример, складиштење и прерада отпада), ризик учинка зависи од сложенијих услова, попут коришћене технологије, еколошких захтева, тржишних ризика и тд).

Ризик учинка у првом реду сноси пројектна компанија (односно управљач, уколико је реч о посебном правном субјекту, различитом од пројектне компаније).

Уколико су у изградњи пројекта уважени услови „искључивог купца“ (ваља поново указати на пример јавног предузећа за производњу и трансфер електричне енергије, које куповину струје од приватних партнера условљава захтевом одређеног квалитета градње и технологије приватних електрана), учинак пројекта зависи и од тако дефинисаних услова: самим тим, уколико је учинак пројекта мањи због испуњења наведених услова искључивог купца, он такође сноси ризик за неодговарајући учинак ЈПП пројекта.

Део ризика може сносити и **грађевински контрактор**, уколико је неодговарајући учинак последица пропуста у грађењу (ризик се на грађевинског контрактора у овом случају лоцира путем његове обавезе да гарантује за квалитет грађења).

3.4.1. Ризик технолошког учинка као елемент ризика учинка у ширем смислу, заснован је на околности да су ЈПП пројекти по правилу технолошки захтевни. Стога се у реализацији ЈПП пројекта јавља ризик да технологија која се користи не остварује очекивани (и од стране ЈПП актера, пре свега финансијера, калкулисани) учинак. Део описаног ризика (у делу у коме учинак технологије зависи од грађевинских перформанси), сноси и грађевински контрактор.¹²

Ризик технолошког учинка у крајњем и у највећем делу остаје на пројектној компанији, односно на финансијеру (чији је кључни интерес да пројектна компанија генерише профит за повраћај финансијских средстава датих за пројекат). **Изузетно, финансијер (уз резерву да не подржава или ограничено подржава нове или иновативне технологије у реализацији ЈПП пројектата), начелно ће бити спреман да делом сноси ризик технолошког учинка уколико је коришћена технологија:**

¹² Управо због утицаја захтева технолошког учинка као елемента ризика учинка пројекта, нове и иновативне технологије ретко се користе у ЈПП пројектима. Видети више у: Richard Tinsley, *Advanced Project Financing: Structuring Risks*, 1st Edition, Euromoney Training, 2000, стр. 294, на стр. 5.

- у пракси доказана;
- **са потенцијалом да остане конкурентна у области којој припада ЈПП пројекат (да се не ради о технологији која је на горњој граници технолошког века);** наиме, финансијер неће сносити део ризика технолошког учинка уколико постоји могућност да коришћена технологија током (по правилу дугорочног) рока експлоатације ЈПП пројекта постане превазиђена. У описаној ситуацији, производ ЈПП пројекта у моменту „истека технолошког века“ постаје неконкурентан на тржишту, јер га ценом потискују јефтинији производи идентичних карактеристика (на пример, уколико је у области прераде електронског отпада дошло до развоја технологије на начин који смањује цену по јединици производа, ЈПП пројекат прераде електронског отпада постаје нерентабилан)¹³. Тада финансијер остаје под ризиком да у преосталом року експлоатације ЈПП пројекта (року након истека технолошког века коришћене технологије) пројектна компанија не остварује добит или чак генерише губитак. У таквом случају, финансијер остаје без повраћаја датих средстава. Стога је неопходно да коришћена технологија буде конкурентна, а захтевано време трајања ове конкурентности финансијер везује се за рок отплате кредита: технологија би требало да буде конкурентна барем до истека овог рока.
- **подржана гаранцијом произвођача (или испоручиоца) за квалитет технологије, укључујући одговорност за скривене мане и одговорност за надокнаду у случају неодговарајућег учинка.**

Из горе наведеног јасно је да финансијер, у процесу „условљавања“ подршке ЈПП пројекту, мора наћи баланс између захтева сигурности (да се ради о доказаној технологији) и захтева технолошке оправданости („технолошки век“ коришћене опреме не сме истећи пре него што се отплате средства која је финансијер преко пројектне компаније уложио у ЈПП пројекат).

Пројектна компанија има и могућност да ризик технолошког учинка отклони осигурањем за случај прекида пословања због грешака у технологији.

3.4.2. Ризик управљања и одржавања пројекта као елемент ризика учинка делом ће бити лоциран на управљача (уколико управљање није преузела пројектна компанија као таква)¹⁴.

¹³ Електрични и електронски отпад (тзв. ЕЕ отпад) је отпад електричне и електронске опреме, укључујући склопове и саставне делове, који настаје у привреди (индустрији, обрту и слично), затим електронски отпад из домаћинства, односно отпад електричне и електронске опрема настао у домаћинствима или у производним и/или услужним делатностима.

¹⁴ Више о ризику управљања видети *infra* у тач.

Управљач ће сносити ризик учинка у делу у коме тај ризик:

- није лоциран на грађевинског контрактора (не зависи од квалитета грађена);
- не зависи од коришћене технологије (тај ризик, као што је већ речено, начелно сноси пројектна компанија);
- не зависи од квалитета коришћених сировина и других улазних параметара (овај ризик је на снабдевачу сировинама или другим неопходним добрима);
- није у вези са начином реализације уговора о искључивој куповини производа или услуга ЈПП пројекта (део ризика учинка који је везан за искључиву куповину сноси искључиви купац).

Управљач ће, уколико нема власничке интересе у пројектној компанији, тежити да своју укупну одговорност ограничи, најчешће на износ добити коју остварује након надокнаде трошкова управљања.

3.4.3. Ризик снабдевања сировинама и другим улазним добрима као елемент ризика учинка јесте могућност да улазне сировине и добра немају одговарајући квалитет, односно изостану потребне количине тих добара, са последицом неефикасног функционисања пројектне компаније. Овај се ризик амортизује уговарањем тестирања квалитета улазних сировина, чиме се делом лоцира и на актере који нису снабдевачи сировинама и другим добрима (нпр. уколико у тестирању учествује представник пројектне компаније или управљача, део ризика преноси се и на ове субјекте-у случају изостанка примедбе, сугестије у погледу квалитета и тд).

3.4.4. Ризик неодговарајуће инфраструктуре искључивог купца као део ризика учинка произилази из околности да реализација ЈПП пројекта често укључује коришћење мрежних постројења (гасоводи, нафтоводи, водоводна мрежа, електроенергетска мрежа).

Вероватноћа и потенцијалне последице описаног ризика зависе и од квалитета коришћене инфраструктурне мреже. У овом контексту, део наведеног ризика може да сноси и **грађевински контрактор**, у делу изградње инфраструктуре од ЈПП постројења до места прикључења на мрежу искључивог купца. Такође, **искључиви купац** сносиће ризик преноса производа или добара добијених ЈПП пројектом од места прикључења на мрежу за искључиво снабдевање, даље према следећим корисницима или купцима у ланцу дистрибуције.

Описана подела ризика од интереса је посебно за ЈПП пројекте производње електричне енергије: пројектна компанија и грађевински контрактор отклањају могућност да сnose ризик за недостатке у инфраструктурној мрежи или

постројењима за складиштење енергије, за које увек одговара искључиви купац.¹⁵ Пример околности чије наступање значи реализацију ризика недостатка инфраструктуре јесте неодговарајућа фреквенција далековода, која утиче на учинак ЈПП постројења за производњу електричне енергије (осим уколико тај недостатак нема своје порекло у управљању самим постројењем; тада ризик сноси пројектна компанија или управљач као посебан субјекат ЈПП пројекта).

3.5. Ризик управљања (е. „Operation risk“)

Ризик управљања пројектом јесте могућност да реализација ЈПП пројекта не буде у складу са очекивањима јавног и приватног партнера. Овај ризик преплиће се са ризиком учинка. Ризик управљања постоји уколико је изостанак очекиваних резултата ЈПП пројекта резултат следећих околности¹⁶:

- недостатака у коришћеној технологији након истека гарантног рока произвођача или испоручиоца технологије;
- недостатака у пројектовању или грађењу, након истека гарантног рока грађевинског контрактора;
- измене услова за управљање ЈПП пројектом, насталих као резултат промена у правној регулативи која се односи на регулисање управљања пројектом (нпр. прописивање оштријих услова за заштиту животне средине, што захтева уподобљавање начина и метода управљања);
- изостанка расположивости потребних људских ресурса (радне снаге), виших трошкова радне снаге и материјала, изостанка или отежаног добијања дозвола за рад или дозвола за увоз материјала и тд.
- раста трошкова одржавања постројења;
- раста трошкова и мање расположивости краткорочног финансијског капитала за покривање текућих потреба пословања;
- недостатака у, за реализацију ЈПП пројекта неопходној, инфраструктури (приступ путевима, електричним мрежама, водоводу, могућност транспорта радне снаге и материјала до места реализације ЈПП пројекта).

¹⁵ Складишта ел. енергије (е. “grid”) служе за складиштење електричне енергије. Потреба за складиштењем оправдана је чињеницом да потреба за ел. енергијом варира, те се стога вишкови произведене енергије чувају како би се користили за период каа потрошња буде већа од производње. Тиме се производња електричне енергије држи на равномерном нивоу, без потребе смањивања или повећања производње у складу са променама у тражњи.

¹⁶ Неке од описаних околности такође представљају елеменат других ризика ЈПП (ризик учинка, ризик окончања, политички ризици). Ова чињеница не одузима самосталан значај ризику управљања, с обзиром да је преклапање различитих типова ризика последица међузависности права и обавеза актера укључених у ЈПП пројекат.

Ризик управљања начелно је на управљачу или на пројектној компанији (уколико ЈПП пројектом управља сама пројектна компанија).

У случају да је управљач посебан актер ЈПП пројекта (одвојен од пројектне компаније), он начелно сноси све ризике за трошкове и штете настале због управљања пројектом, осим штете која се може приписати неком другом учеснику пројекта попут:

- искључивог купца који није обезбедио одговарајуће услове за преузимање добра или услуге;
- снабдевача сировинама и улазним добрима (енергија, вода) због неодговарајућег квалитета и обима снабдевања;
- грађевинског контрактора, који сноси ризик управљања у периоду пре примопредаје пројекта пројектној компанији.

За потпуно сагледавање домашаја ризика управљања важно је указати на следећу чињеницу: управљач је одговоран како за управљање, тако и за одржавање ЈПП постројења, све до момента када се ЈПП пројекат преноси у поље одговорности јавног партнера (након истека рока управљања ЈПП пројектом). Управљач ће, како се ближи рок за предају ЈПП пројекта јавном партнеру, своју активност одржавања ограничити на текуће одржавање, без инвестиција у одржавање које значи осигурање технолошке адекватности и престижа ЈПП пројекта. Недостатак мотива управљача јасан је: након трансфера пројекта јавном партнеру, нестаје његов интерес за правилно функционисање пројекта. Описани ризик превазилази се подстицајем управљачу да и даље проактивно ради на одржавању пројекта, тиме што му се даје перспектива (посебним уговором или клаузулом постојећег уговора о управљању) да ће наставити да одржава (не и управља) ЈПП пројектом и након његовог преласка у поље одговорности јавног партнера.¹⁷

¹⁷ Пример превазилажења изостанка интереса приватног партнера за одржавање нивоа вредности ЈПП пројекта (инвестирање у одржавање и унапређење ЈПП објеката и постројења) јесте ЈПП партнерство у области водоснабдевања. **Чињеница је да изграђени објекти и постројења водоснабдевања немају алтернативну употребну вредност (реч је о тзв. „asset specific investment“), те је тржишна вредност инвестиције везана за њену функцију у водоснабдевању. Без таквог права, вредност инвестиције је ниска, а за инвеститора готово занемарљива.** Ова чињеница, сагледана у светлу околности да се објекат након истека рока трајања ЈПП пројекта враћа јавном партнеру, условљава следеће: **приватни партнер ће тежити да својом активношћу и приходом пре свега покрије своје трошкове (врати кредит и оствари профит), али не и да повећава вредност инвестиције као такве.** Такав интерес он нема, с обзиром да корист од повећања вредности инвестиције у крајњем прелази (након истека рока трајања ЈПП) у својину јавног партнера. Наведена ситуација може угрозити остварење сигурности и квалитета водоснабдевања: наиме, може се десити да након истека рока коришћења постројења за водоснабдевање настану трошкови одржавања, замене или оправке који су високи јер у претходном периоду приватни партнер није у довољној мери улагао у ове

Посебан аспект обавеза које има управљач јесте пракса да преузме обавезу едукације персонала јавног партнера у циљу њиховог оспособљавања да самостално управљају ЈПП пројектом. Наведена обавеза управљача праћена је јасним планом оспособљавања, уз подстицај управљачу (позитиван, у форми компензације; негативан, у форми пенала-казне) да наведену едукацију спроведе на одговарајући начин. Обавеза едукације требало би да буде јасно садржана у уговору управљача са јавним партнером. Њено испуњење значајно је јер након истека рока управљања ЈПП пројектом, јавни партнер по правилу сам преузима управљање објектом или постројењима.

3.6. Политички ризици

Политички ризик је могућност измене „правне ситуације“ ЈПП пројекта при чему узрок такве измене лежи у околностима некомерцијалне природе. Израз „правна ситуација ЈПП пројекта“ означава скуп права и обавеза учесника пројекта, заснованих на споразуму о ЈПП-у, правној регулативи државе домаћина и међународним мултилатералним, регионалним и билатералним споразумима¹⁸. Политички ризик је, дакле, могућност да правна ситуација ЈПП

активности (јер не би имао корист од тих улагања, с обзиром да објекат прелази у својину јавног партнера). Ова се околност може превазићи уговорним одредбама, и то: а) гаранцијама приватног партнера за функционисање након одређеног рока или ангажовањем приватног партнера да одржава објекат и након одређеног периода времена; б) субвенционисањем дела трошкова, с тим што субвенција, да би била подстрек приватном партнеру да улаже у одржавање и унапређење пројекта, треба да се учини зависном од квалитета водоснабдевања (квалитет воде, кубикажа и слично); у супротном, субвенција гарантована без икаквих услова довешће до ситуације да приватни партнер обавља делатност без икаквог подстицаја да одржи тражени и потребни квалитет водоснабдевања (што у крајњем представља терет и извор политичке одговорности за јавног партнера, а доводи до резултата директно супротног основном разлогу привлачења приватног партнера у сектор водоснабдевања: виши ниво квалитета и ефикасности сводоснабдевања); ц) елиминисањем клаузула попут „take or pay“ у уговорима са приватним партнером (ради се о клаузули којом се јавни партнер обавезује да плати за воду или гарантује субвенцију без обзира да ли је она испоручена или није), чиме се релативизује обавеза приватног сектора.

18 За ЈПП пројекте у Републици Србији за „правну ситуацију“ ЈПП пројекта биће релевантне одредбе Споразума о стабилизацији и придруживању, односно ЦЕФТА споразума (Споразум о слободној трговини у Централној Европи; видети више у: Александар Ћирић, Међународно трговинско право-општи део, Ниш, 2010, 572 стране) билатералних споразума о заштити и третману страних инвестиција, те потенцијално норме из система права Светске трговинске организације (преговори о чланству се приводе крају). Правила наведених споразума извор су материјалних и процесних права и обавеза јавних партнера, укључујући и локалне самоуправе;

пројекта, буде измењена без сагласности, односно противно вољи приватног партнера, са последицом лишавања његових права уз истовремено смањивање вредности ЈПП пројекта.¹⁹

Постоје четири врсте политичких ризика: ризик експропријације, ризик трансфера вредности, ризик рата и грађанских немира и ризик кршења уговора. Наведени ризици се у пракси не испољавају увек у чистом виду. У конкретним ситуацијама, могуће је да одређено понашање државе буде квалификовано као реализација више различитих типова политичког ризика.

Пројектна компанија није у позицији да управља политичким ризицима. Стога је један од начина њихове амортизације уклањање терета политичких ризика са пројектне компаније и њихово лоцирање на јавног партнера. Такав приступ оправдан је: јавни партнер је у стању (значајно више него што су то други актери ЈПП-а) да утиче на органе државе у којој се реализује ЈПП пројекат, како би се избегла реализација политичког ризика. Уколико је приватни партнер правни субјект из државе која није Република Србија, постоји могућност превазилажења политичких ризика коришћењем дипломатских канала и путем контаката представника државе порекла приватног партнера са представницима Републике Србије.

Приватни партнер ће, дакле, оправдано инсистирати да ризик за добијање различитих дозвола и одобрења остане на јавном партнеру. Овакво решење није увек у интересу јавног партнера, а посебно је у несагласности са ингеренцијама локалне самоуправе (која и није тело које прописује услове добијања дозвола и одобрења, већ су то тела и органи на нивоу Републике). Такав случај је очигледан у појединим областима функционисања јавног сектора (нпр. сектор енергетике),²⁰ код којих постоји висок ниво регулаторне ова чињеница, ваља поновити, добија на тежини у светлу околности да су локалне самоуправе одговорне за обавезе преузете према приватном партнеру, а 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. (видети чл. 47. ст. 5. и 6. Закона о ЈПП).

¹⁹ Више о појму политичких ризика видети у: *Paul E. Comeaux, N. Stephan Kinsella, "Reducing Political Risk in Developing Countries: Bilateral Investment Treaties, Stabilization Clauses, and MIGA & OPIC Investment Insurance"*, [хттп://www.кинселлалав.цом/wn-контент/уploadс/публикациионс/полриск.пдф](http://www.кинселлалав.цом/wn-контент/уploadс/публикациионс/полриск.пдф); **Предраг Н. Цветковић, Међународно право страних инвестиција** „Београд : Задужбина Андрејевић, 2007. – 138 стр. ; 23 см, ИСБН 978-86-7244-625-8.

²⁰ Енергетика као предмет ЈПП има двоструко "лице": прво, чињеница је да енергетска политика и правни оквир који ту политику отелотворује у свакој држави, па и у Републици Србији, јесу засновани на претпоставци фундаменталног значаја енергетике за друштво у целини. Стога правни оквир енергетске делатности јесте исцрпан, а овлашћења у великој мери централизована, уз висок ниво административне контроле. друго, описани значај енергетског сектора захтева његово темељно

и имплементационе централизације. Стога је упитно у којој мери локална самоуправа може да утиче на брзину и садржину потребних дозвола и одобрења. Мера овог утицаја често је резултат фактичког стања, политичких односа, краткорочних интереса и слично. У таквим околностима, нема пуно правне сигурности. Стога локална самоуправа као јавни партнер има интерес да своје обавезе у смислу елиминисања или смањења политичких ризика смањи и изричито уреди: резидуални политички ризици (они који нису лоцирани изричито на јавном партнеру), требало би да остану код приватног партнера.

Уколико ризик ипак остане на јавном партнеру (локалној самоуправи), политички ризик се може смањити или уклонити тиме што ће се:

- у највећој могућој мери у реализацију пројекта укључити и друга јавна тела, пре свега са нивоа Републике, али и локалне самоуправе са сличним интересом: уколико таква тела и институције имају корист од пројекта, тим пре је мања вероватноћа да ће својим понашањем допринети реализацији неког од политичких ризика;
- укључити домаћи предузетници и пословна заједница, било као равноправни учесници у ЈПП пројекту, било као подуговарачи;
- уколико је реч о међународном ЈПП пројекту, у његову реализацију укључити шири круг међународних организација и држава.

Могућност наступања политичких ризика смањује се и одговарајућом комуникацијом са јавношћу. Јавни партнер може трпети снажне политичке и притиске јавности због чињенице да је јавни ресурс (који је обично предмет ЈПП пројекта), предат приватном партнеру. Перцепција јавности је да се сваки пропуст приватног партнера (односно пројектне компаније) има приписати јавном партнеру. Стога је неопходно да се обезбеди транспарентност рада ЈПП пројекта, могућност задржавања персонала који је до преласка и трансформисања јавног предузећа у пројектну компанију радио у таквом јавном предузећу, те осмислити механизме подршке локалној заједници. Локална самоуправа као јавни партнер мора бити активна у описаном смислу, без остављања иницијативе приватном партнеру да креира и спроводи активности усмерене ка изградњи позитивне слике ЈПП пројекта у јавности: јавни партнер брже и ефикасније може да идентификује потребне активности, с обзиром на претходно знање

одржавање, реконструкцију и развој. Све ово захтева значајна финансијска средства, која се више не могу тражити искључиво у буџетским изворима. Финансирање енергетског сектора захтева отварање за приватне инвеститоре, при чему ЈПП представља незаобилазни модел учешћа приватног капитала у овој области. Горе наведено од значаја је за просуђивање о форми и садржини регулаторног оквира ЈПП за пројекте из области енергетике. Видети више у: Предраг Н. Цветковић.

о политичким, социјалним, економским и другим околностима у којима ЈПП пројекат функционише.²¹

Као метод смањења вероватноће наступања политичког ризика користи се и издавање гаранција приватном партнеру, којим му се обезбеђује надокнада штете у случају реализације неког од политичких ризика. Како вероватноћа наступања ових ризика није подложна обрачуна применом математичких формула (што је уобичајено у делатности осигурања), приватни партнер може добити осигурање од међународних организација, попут Мултилатералне агенције за гарантовање страних инвестиција (МИГА).²² Наведене гаранције су преваходно у интересу пројектне компаније (односно приватног партнера). Могуће је да финансијер ЈПП пројекта услови финансирање добијањем овакве гаранције. Са друге стране, локална самоуправа која реализује пројекат са ЈПП карактером, праћен гаранцијом МИГА, добија престиж у конкуренцији за привлачење инвестиција у јавни сектор: наиме, МИГА гаранције издају се само уз претходно испуњене услове везане за државу у којој се реализује инвестиција (у конкретном случају ЈПП пројекат), потом за инвеститора и саму инвестицију. Пројекат са МИГА гаранцијом указује да на повољност пословног окружења у коме се ЈПП реализује, чиме се отвара простор и за друге пројекте.

3.7. Ризик поремећаја уговорне равнотеже

ЈПП пројекти установљавају дуготрајан однос. Стога је вероватно да се околности на којима је такав однос заснован мењају током трајања уговора. Како ове измене утичу на интересе јавног и приватног партнера, потребно је наћи начина да се одржи њихов уговорни баланс. Разлог за очување таквог баланса је потреба да се ЈПП пројекат, који ангажује значајна материјална средства и најшире ресурсе, одржи на снази: то је могуће само уколико учесници пројекта имају трајан и јасан интерес за његовим даљим функционисањем. Посматрано кроз визуру правног регулисања, два су механизма усаглашавања ових интереса: стабилizaciona клаузула и клаузула поновног преговарања.

Стабилизациона клаузула је одредба споразума о ЈПП, којом се јавни партнер обавезује да накнадне промене легислативе, важеће у тренутку закључења уговора (или алтернативно „затварања“ финансијске конструкције“), неће бити примењиване на уговор о ЈПП. Заштитна функција ове клаузуле у односу на права приватног партнера је да неутралише могућности модификовања уговорних одредби на његову штету. Наведене акције државе сасвим су вероватне,

²¹ Добри примери у Србији су активности компанија на развоју универзитетског образовања, еколошкој заштити, изградњи објеката друштвеног стандарда (школе, обданишта, културни објекти, објекти здравствене заштите).

²² МИГА је издала гаранције за двадесет пројеката на територији Републике Србије. Видети више на: <http://www.miga.org/projects/advsearchresults.cfm?srch=s&hctry=240c&hcountrycode=YF>

с обзиром на дугорочност као једну од кључних карактеристика ЈПП пројеката. Током одређеног временског периода може доћи до измене услова под којима је ЈПП реализован (социјалних, економских, политичких и других). Јавни органи и тела су тада у искушењу да ограниче права јавног партнера. Стабилизациона клаузула у тим ситуацијама гради “контрабаланс” легислативној моћи јавних органа и тела. **Међутим, када се ради о ЈПП пројекту код кога је јавни партнер локална самоуправа, дејство обавезивања стабилизационом клаузулом је готово занемарљиво: локална самоуправа не може се одрећи нечега што није њена надлежност (законодавне надлежности), нити може обавезати друге органе и тела (републичке институције) на начин да се ови одрекну сопствених надлежности. Стога је стабилизациона клаузула од ограничененог значаја за пројекте ЈПП у којима учествују локалне самоуправе.**

Клаузула поновног преговарања (ревизиона клаузула) је клаузула (одредба) уговора јавног и приватног партнера којом се утврђују поступак и услови његовог ревидирања. Политичке, економске и друге премисе на којима је заснован уговорни однос променљиве су величине, при чему се могу појавити и околности чије наступање није било могуће предвидети, а чија је последица суштинска измена карактера уговора и баланса права и обавеза уговорача. За просуђивање о утицају клаузуле поновног преговарања на елиминисање ризика поремећаја уговорне равнотеже, од значаја су следећа питања:

- околност која се сматра “покретачем” преговора (“окидач” преговора);
- предмет преговарања;
- последице неуспеха преговора.

„Окидач“ преговора може бити одређен: критеријумом наступања тачно одређене околности (периодично усаглашавање истеком одређеног рока; моменат повраћаја кредита финансијеру и почетак генерисања профита); или путем општег стандарда попут „суштинске измене околности“ односно одржања „правичног ефекта“ уговора о ЈПП.

Предмет преговарања може бити читав уговор или само део уговора (на пример, начин утврђивања надокнаде коју приватни партнер наплаћује од крајњих корисника);

По правилу, преговарачка клаузула не конституише обавезу страна да обавезно постигну споразум након преговора. У преговоре, међутим, свака страна треба да уђе са “добром вером”, и учествује у њима одређено време, улажући разуман напор за постизањем прихватљивог компромиса и уважавајући интересе другог преговарача. Клаузула поновног преговарања преноси уговорну стабилност из “раног периода” трајања уговора у каснију фазу, смањивањем напетости актера тиме што установљава јасну перспективу каснијих преговора. Овакво дејство клаузуле поновног преговарања биће остварено само уколико су услови и предмет преговарања прецизно одређени. У том смислу, она је значајан инструмент за локалне самоуправе као јавне партнере у ЈПП пројектима.²³

²³ Видети више у: *John Y. Gotanda, “Renegotiation and Adaptation Clauses in Investment Contracts Revisited”, Vanderbilt Journal of Transnational Law, 2003,*

Prof. Predrag Cvetkovic, LL.D,
University of Nis
Faculty of Law

Typology and Control od the Risks by the public private partnership

Summary

The issue of adequate and balanced risk sharing is crucial to the success of a particular PPP project. The successful PPP project should allocate the risks in accordance with the following general rule: the risk is allocated to the actor that has not only an interest to eliminate or reduce the probability of occurrence of concrete risk and eliminate its effects, but also has available resources (technological, economical, expert knowledge, political support) to respond in the shortest possible time to the occurrence of the particular risk. The allocation of risk must contribute to the fulfillment of interest of various actors of PPP structure: namely, public partner needs positive results as the impetus for own political interests, based on the success in delivering the public services; on the other hand, private partner seeks recovery of investment and realization of appropriate margin of profit. The involvement of broader circle of participants in PPP project and higher level of rights, obligations and responsibilities diversification has positive effect on the risks allocation. The risk allocation in PPP projects is also determined by the roles taken by public partner ("grantor"; "exclusive buyer") as well the role of private partner ("sponsors", "creditor", building contractor", "manager").

Key worlds: public-private partnerships; risks; infrastructure.

Проф. др Предраг Цветковић, ванредни професор UDK: 330.322.16(497.11)
Правни факултет Универзитета у Нишу
Урош Здравковић, сарадник у настави
Правни факултет Универзитета у Нишу

ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО У ПРАВНОМ СИСТЕМУ РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ – ПОЛАЗНА РАЗМАТРАЊА

Апстракт: Јавно-приватно партнерство (ЈПП) подразумева дугорочну сарадњу 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. Регулитива ЈПП треба пре свега да има за задатак да успостави баланс јавног и приватног интереса који се укрштају у сваком пројекту ЈПП. ЈПП је тек недавно регулисано у Републици Србији доношењем Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, крајем 2011. године, као системског и оквирног акта за ову област. Поред овог Закона, ЈПП је предмет непосредног и посредног регулисања више различитих закона. Елемент остваривања јавног интереса је конститутивни за постојање ЈПП, и без тог елемента, пројекат није ЈПП у смислу Закона о јавно-приватним партнерствима и концесијама. Закон препознаје два кључна актера у концепту ЈПП – јавног и приватног партнера, који у реализацији ЈПП наступају као равноправне стране. Између учесника у поступку доделе јавних уговора забрањена је дискриминација по било ком основу. Страни понуђачи су изједначени у односу на домаће и уживају национални третман. Поред главних актера, у сваком пројекту ЈПП могу се појавити и периферни актери, који нису формално укључени у уговор о ЈПП, а који могу имати мањи или већи утицај. Закон о ЈПП и концесијама разликује уговорно и институционално ЈПП. Основни облик уговорног ЈПП јесте концесија. Кључна карактеристика концесије је широко дефинисана обавеза приватног партнера. Ризик јавног партнера је ограничен на избор приватног партнера. Закон о ЈПП разликује два типа јавно-приватног партнерства у форми концесије: концесију за јавне радове и концесију за услуге. Институционално ЈПП заснива се на односу јавног и приватног партнера правно установљеном кроз чланство

у заједничком привредном друштву. И уговорно и институционално ЈПП се правно регулишу путем јавног уговора. Услов правног дејства јавног уговора јесте претходна сагласност јавноправног тела. Јавни уговор закључује се на рок који не може бити краћи од 5, нити дужи од 50 година, уз могућност његовог престанка и пре истека уговореног рока.

Кључне речи: *јавно-приватно партнерство, Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, дугорочна сарадња, јавни интерес, јавни партнер, приватни партнер, уговорно јавно-приватно партнерство, концесија, институционално јавно - приватно партнерство, јавни уговор.*

Увод

Јавно-приватно партнерство изазива велику пажњу научне и стручне јавности, из разлога што представља специфичну врсту сарадње јавног и приватног сектора која се, како по својој форми, тако и по суштини, битно разликује од класичног концепта сарадње између ових сектора.

У Републици Србији је Јавно-приватно партнерство тек од недавно системски регулисано, доношењем Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама. Поред овог Закона, Јавно-приватно партнерство је, посредно или непосредно предмет регулисања и других прописа којима се уређују поједине области, односно делатности.

Иако је регулатива јавно-приватног партнерства заокружена, пре свега доношењем Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, оно још увек представља, у извесном смислу, непознанцу. Зато је намера аутора да се упозна научна, стручна, али и шира јавност са основним карактеристикама јавно-приватног партнерства, у складу са домаћом регулативом.

Рад је, пре свега, конципиран на теоријској и стручној анализи основних материјално-правних одредби Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама. У том смислу се, поред осталог, указује и на разматрања у релевантној литератури која се бави појединим аспектима јавно-приватног партнерства и на повезаност са решењима у нашем Закону.

С обзиром да је замислио аутора да овај рад има полазни карактер, излагање је ограничено на материјално-правни аспект јавно-приватног партнерства, и с тим у вези је изостављена анализа процесно-правне димензије, пре свега у вези са поступком доделе јавног уговора, односно избора приватног партнера, што остаје као тема за посебан рад. Поред тога, рад се бави одредбама Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама као основног системског извора права у овој области, остављајући по страни остале законе који у ширем смислу чине регулативу јавно-приватног партнерства у Републици Србији.

1. Основне карактеристике концепта јавно-приватног партнерства и значај регулативе

Концепт јавно-приватног партнерства (ЈПП) у последње две деценије у развијеним државама постепено постаје парадигма обезбеђивања јавне инфраструктуре и вршења делатности и услуга од јавног значаја. Као модел у развоју јавне инфраструктуре и обезбеђивању јавних услуга ЈПП је први пут концептуализован крајем 1970-тих и почетком 1980-тих година, а у последњој деценији XX века, и у првој деценији XXI века ЈПП доживљава све ширу примену, не само у развијеним, него и у земљама у развоју.

Пре него што се укаже на то шта може, према домаћем Закону о ЈПП и концесијама, бити предмет ЈПП, корисно би било осврнути се на неке од дефиниције ЈПП на које се може наићи у литератури.

Тако Bovaird сматра да је дефиницију ЈПП крајње једноставно поставити и да ЈПП „представља радни аранжман (*working arrangement*) заснован на узајамном обавезивању које је одређено уговором између организације која представља јавни сектор и било које организације која је изван јавног сектора“¹. Овој дефиницији, ипак, недостају конститутивни елементи – дуготрајност уговора и остваривање јавног интереса као циља ЈПП.

Нешто одређенију дефиницију дају Klijn и Teisman: по њима, ЈПП може се дефинисати као „дуготрајна сарадња између јавног и приватног актера, у оквиру које актери развијају заједничке производе и/или услуге и где су ризици, трошкови и добит подељени“². Иако је прецизнија од претходне, и овој дефиницији недостаје остваривање јавног интереса као *conditio sine qua non* ЈПП.

Сличне дефиниције ЈПП, мање или више потпуне, могу се наћи у бројним радовима који се баве наведеном проблематиком. Свеобухватном се чини дефиниција ЈПП на коју указују Gupta и Biswas: „ЈПП се односи на дуготрајно, уговорно партнерство између агенција јавног и приватног сектора, које је усмерено на финансирање, пројектовање, имплементацију и управљање инфраструктурним добрима и услугама у земљи“³. Сличан концепт, мада нешто одређенији и у духу нашег правног система следи и Закон о ЈПП и концесијама.

1 T. Bovaird, “Public–private partnerships: from contested concepts to prevalent practice” *International Review of Administrative Sciences* Vol. 70(2), SAGE Publications (London, Thousand Oaks, CA and New Delhi), 2004. (pp. 199–215.), стр. 200.

2 E.-H. Klijn, G. R. Teisman, “Institutional and Strategic Barriers to Public Private Partnership: An Analysis of Dutch Cases”, Paper for the British Academy of Management Conference 2002, 9-11 September 2002, London, Middlesex University, стр. 2.

3 O. Gupta, N. Biswas, “Public Private Partnership: Indian Economy”, *SCMS Journal of Indian Management*, Vol. VII, Number 1 January-March 2010, SCMS New Campus, Prathap Nagar, Muttom, Aluva-683106, Kochi, Kerala, India, 2010. (pp.44-53.) стр. 45.

Поједностављено речено, концепт ЈПП се заснива на укључивању, односно учешћу, приватних компанија у финансирању и управљању пројектима који имају за циљ обезбеђење остваривања одређеног јавног интереса. У многим земљама пројекти ЈПП имају заправо за циљ превазилажење недостатка капацитета јавног сектора да обезбеди задовољавајуће функционисање јавне инфраструктуре у најширем смислу те речи, било да се ради о недостацима капитала, или људских ресурса специјализованих за развој и управљање јавном инфраструктуром. Сарадњу јавног и приватног сектора, посебно када је таквог интензитета као што је ЈПП, увек треба посматрати у оквиру ширег контекста у коме се остварује. Наиме, такав вид сарадње увек је одраз политике јавне власти, односно реформе коју јавна власт спроводи у циљу бољег обезбеђивања јавних услуга⁴.

Посматрајући ЈПП као правни концепт остваривања сарадње јавног и приватног сектора, фактор од посебне важности представља регулатива која га уређује. ЈПП без сумње представља врло комплексан вид сарадње, па регулисање ове области представља нужну, и нимало лаку активност за законодавце. Регулатива ЈПП треба пре свега да има за задатак да успостави баланс јавног и приватног интереса који се укрштају у сваком пројекту ЈПП, затим заштиту конкуренције и промоцију тржишне дисциплине уз одсуство сувишне државне контроле⁵. Оно што се очекује од регулативе ЈПП је да успостави стабилан (али не и ригидан), ефикасан, потпун (али не и преобиман), транспарентан и јасан правни оквир који би пружио сигурност и предвидивост како јавном, тако и приватном учеснику у пројекту ЈПП. Без таквог правног оквира, отвара се велика могућност за настанак неизвесности и спорова између партнера.

Такође је од пресудне важности да се регулаторни оквир успостави пре него што се започне са конкретним пројектима ЈПП. Стога неки аутори (*Pongsiri*) указују на накнадне тешкоће појединих земаља у развоју, које су прибегавале закључивању уговора о ЈПП, а да пре тога нису успоставиле јасан и потпун регулаторни оквир⁶.

У том смислу је од користи анализа правног оквира ЈПП у Републици Србији, како би се пружио јасан приказ о предностима, потенцијалима и недостацима домаће регулативе ЈПП.

4 S. Jintamanaskoon, P. W. Chan, "Changing in reform agendas and public private partnership (PPP)" CIB TG72 /ARCOM Doctoral Research Workshop Public Private Partnerships, October 2011 University of Central Lancashire, Preston, United Kingdom. Editors: A. Akintoye, C. Liyanage, S. Renukappa. Organised by School of Built and Natural Environment, University of Central Lancashire, Preston, PR1 2HE, United Kingdom. pp. 95-106. стр. 99.

5 N. Pongsiri, "Regulation and Public Private Partnership", The International Journal of Public Sector Management, Vol. 15 No. 6, 2002, pp. 487-495, MCB UP Limited, стр. 488.

6 *Ibidem*, стр. 190.

2. Јавно приватно партнерство (ЈПП) као предмет националног права Републике Србије

Јавно-приватно партнерство је тек недавно регулисано у Републици Србији, пре свега, доношењем Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама, као системског и оквирног акта за ову област (даље и: Закон о ЈПП или Закон). Закон је усвојен у Народној скупштини Републике Србије 22. новембра 2011. године („Сл. гласник РС”, бр. 88/2011) и ступио је на снагу 2. децембра 2011. године.

ЈПП предмет је непосредног и посредног регулисања више различитих закона. Непосредно, институт јавно-приватног партнерства предмет је регулисања:

- а) Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама;
- б) Закона о јавним набавкама⁷.

Посредно, јавно-приватно партнерство предмет је регулисања системских закона чијим се нормама уређује економски систем Републике Србије. У том смислу, најзначајнији су:

- а) Закон о комуналним делатностима⁸;
- б) Закон о јавној својини⁹;
- в) Закона о страним улагањима¹⁰;
- г) Закон о енергетици¹¹;

Норме којима се непосредно уређује ЈПП представљају правила опште примене на све типове ЈПП-а, без обзира на правни модалитет или предмет партнерства (енергетика, инфраструктура, социјално ЈПП-школе, болнице или слично. Закон о ЈПП (и делимично Закон о јавним набавкама) по први пут у праву Републике Србије дају системски оквир за уређивање овог важног института. 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 т.д.).

7 „Сл. Гласник РС“ бр. 116/08. 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.

8 Закон о комуналним делатностима је донет истовремено са Законом о ЈПП («Сл. гласник РС», бр. 88/2011), којим је уређено јавно-приватно партнерство у области обављања комуналних делатности.

9 «Сл. гласник РС», бр. 72/2011.

10 «Сл. лист СРЈ», бр. 3/2002 и 5/2003.

11 «Сл. гласник РС», бр. 57/2011, 80/2011 - испр. и 93/2012.

2.1. Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама

Закон о ЈПП и концесијама несумњиво представља квалитативан помак у развоју домаћег правног система и његовом усклађивању са правом Европске уније - ЕУ, чији ће ефекти тек кроз извесно време бити мерљиви. Треба поменути и да је доношењем Закона о ЈПП престао да важи Закон о концесијама из 2003. године.

Закон о ЈПП и концесијама донет је ради реализације следећих циљева: **а)** јачања финансијских капацитета расположивих за изградњу инфраструктуре; **б)** остваривања вишег квалитета јавних услуга; **в)** реализације транспарентности процедуре располагања и коришћења јавних ресурса; **г)** 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 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.

3. Предмет регулисања Закона о јавно-приватном партнерству и концесијама

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. Важно је напоменути: предмет ЈПП 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 ЈПП у смислу Закона о јавно-приватним партнерствима и концесијама. 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 остају изван оквира примене Закона о ЈПП.

Пример када нема основа за примену ЈПП јесте када локална самоуправа (или друго јавно тело) располажу (продају или дају 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 њихову 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 (описан значај јавног интереса још је очигледнији у случају изградње путне и комуналне инфраструктуре-аутопутеви, водопривреда и тд). Наиме, 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 претпоставка мора бити укључена у темеље правног оквира ЈПП, а приватни партнер има се понашати у складу са њом.

На нужност дистинкције између ЈПП и осталих облика сарадње јавног и приватног сектора указује се и у бројној литератури. Тако, напред цитирани аутори *Gupta* и *Biswas* наглашавају да је кључна карактеристика ЈПП која овај концепт разликује од других облика сарадње јавног и приватног сектора, подељеност ризика и добити између јавног и приватног партнера. Истиче се да није сваки пројекат у коме учествује приватни сектор пројекат ЈПП, већ онај у коме су целокупни ресурси пројекта, заједно са ризицима и добити, подељени између партнера на основу унапред закључених уговора¹².

ЈПП се као концепт разликује и од приватизације јавног сектора. ЈПП подразумева учешће приватног менаџмента у управљању јавним сервисима путем дуготрајних уговора између приватног партнера (у овом случају означеног као „оператора“, енг. *operator*) и јавне власти (енг. *public authority*), док приватизација јавног сектора подразумева потпуни пренос права у погледу обављања јавних

12 О. Gupta, N. Biswas, *op.cit.* стр. 45.

услуга или куповину одређеног постројења у јавном власништву без икаквих накнадних претензија јавне власти¹³. Као типични примери ЈПП наводе се изградња и управљање путевима, мостовима, ваздушним лукама, водоводним системима, електранама, а такође се развијају и специфичне форме сарадње путем ЈПП, као што су израдња затвора, школа, стадиона, зграда за смештај локалних администрација и сл¹⁴.

4. Актери процеса јавно-приватног партнерства

Закон препознаје два кључна актера у концепту ЈПП – јавног и приватног партнера.

4.1. Јавни партнер се у ЈПП појављује у двострукој улози - најпре као тело које представља еманицију јавне власти и одлучује о покретању конкретне пројекта ЈПП, и које се у одговарајућем поступку опредељује за приватног партнера, а потом и као сама уговорна страна у уговору о ЈПП.

Јавни партнер (даље и: „јавно тело“) у смислу Закона јесте: а) државни орган; б) јавно предузеће; в) 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.

4.2. Приватни партнер је физичко или правно лице, домаће или страном, 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 поступку добијања пројекта ЈПП. Ова факултативност и дискреција јавног тела у погледу обавезне форме, међутим, престаје у моменту када понуда неформално организоване група лица буде оцењена као најповољнија: од тог тренутка таква неформала група мора имати одређену правну форму, која је услов да реализују пројекат ЈПП који су добили најповољнијом понудом. Наведено решење свакако доприноси правној и економској сигурности.

Веома је важно напоменути да актери ЈПП приликом закључивања и реализације уговора о ЈПП наступају као равноправне стране. Однос између актера ЈПП је по својој природи «хоризонталан» и као такав не подразумева

13 *Ibidem*

14 E. S. Savas, „*Privatization and Public-Private Partnership*”, adapted from E. S. Savas, *Privatization in the City: Successes, Failures, Lessons*, Washington, DC: CQ Press, 2005, chapter 1. стр. 7.

супериоран («вертикални») однос јавног партнера наспрам приватног¹⁵. С тим у вези је и начело равноправности уговорних страна, које је прописано Законом и које подразумева да се узајамни односи субјеката у јавном уговору заснивају на њиховој једнакости и равноправности њихових воља (чл. 6.ст.9. Закона о ЈПП).

Иако Закон оставља могућност за велики број потенцијалних приватних актера, пракса показује да се у стварности у тој улози може појавити ограничен број субјеката. Тако *Klijn* и *Teisman* указују да «иако се пројекти ЈПП генерално спроводе на локалном нивоу, приватни партнери, као «крупни играчи» су у интензивној релацији са централном владом. За позицију приватног партнера укључена је ограничена група потенцијалних «играча». Само одређене групације приватних актера (велике корпорације, мултинационалне компаније и сл.) поседују знање, капитал и остале ресурсе који им омогућавају ангажовање у крупним пројектима као што је ЈПП»¹⁶. Ово такође указује да су могућности замене јавног или приватног партнера у конкретном пројекту ЈПП веома ограничене, што актере ЈПП чини узајамно условљеним.

Сви субјекти који изразе намеру да у одређеном ЈПП пројекту учествују као приватни партнери, уживају једнак третман као понуђачи у процедури доделе јавног уговора, сходно начелу једнаког и правичног третмана које изричито предвиђа чл.6.ст.4. Закона о ЈПП. Начело једнаког и правичног третмана, према дикцији Закона, обухвата забрану дискриминације по било ком основу између учесника у поступку доделе јавних уговора и избора приватног партнера, као и обавезу да учесници у поступку избора приватног партнера, имају потпуне и тачне информације о поступку, стандардима и критеријумима за избор приватног партнера.

У вези са начелом једнаког третмана су од значаја и одредбе Закона које се односе на заштиту конкуренције између лица која учествују у поступку избора приватног партнера. Према чл. 6. ст.5. Закона о ЈПП начело слободне тржишне утакмице обухвата забрану ограничавања утакмице између учесника и обавезу прихватања свих учесника са одговарајућим техничким, финансијским и другим стручним квалификацијама. У погледу поступка доделе јавног уговора посебну новину представља институт конкурентског дијалога, који предвиђа Закон о ЈПП¹⁷.

15 На разлику између хоризонталног и вертикалног типа односа код уговора где се као стране појављују јавна власт и приватно лице указује R. Wettenhall у свом раду „*The Rhetoric and Reality of Public-Private Partnerships*“, *Public Organization Review: A Global Journal* 3, Kluwer Academic Publishers, Netherlands, 2003. pp. 77-107, стр. 90.

16 E.-H. Klijn, G. R. Teisman, *op. cit.* стр. 10.

17 Чланом 38. Предлога закона о јавним набавкама прописан је и конкурентни дијалог, и том смислу је исказана намера законодавца да усклади област јавних набавки са Законом о ЈПП који оперише појмом кокурентског дијалога и притом се позива на релевантне одредбе закона којим се уређују јавне набавке (чл.32.ст.2 тач2 Закона о ЈПП). Овај поступак уведен

Како Закон забрањује дискриминацију по било ком основу у поступку доделе јавних уговора, то значи да су и домаћи и страни инвеститори у области ЈПП изједначени. На то недвосмислено указује текст чл. 21. Закона који прописује критеријуме за избор и израчунавање вредности. Предвиђено је да се за избор приватног партнера примењују критеријуми за избор прописани законом којим се уређују јавне набавке, осим одредаба којима се уређује предност домаћих понуђача у односу на стране¹⁸.

На овом месту важно је напоменути: Закон о страним улагањима Републике Србије изричито предвиђа да страни улагач „у погледу свог улога ужива једнак положај, права и обавезе као и домаћа физичка и правна лица” (чл. 8. Закона о страним улагањима). Из овога се има закључити да у ситуацији када је приватни партнер стране физичко или правно лице, таквом партнеру има се признати тзв. “национални третман”, описан у претходно цитираној одредби Закона о страним улагањима. Супротно понашање јавног тела према “приватном партнеру”- страном физичком или правном лицу у смислу Закона о ЈПП значило би дискриминацију таквог партнера на начин који ангажује одговорност државе домаћина (државе у коју се инвестиција реализује). Уколико се горе наведено посматра кроз визуру положаја и интереса локалних самоуправа као “јавног партнера”, чињеница да је у поступку доделе и реализације пројекта ЈПП прекршено начело националног третмана може узроковати одговорност Републике Србије као суверена. Стога је важно 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, јавни партнер у јавном уговору увек је одговоран за реализацију пројекта ЈПП и за

је у европски систем јавних набавки директивама 2004/18/ЕЗ и 2004/17/ЕЗ, и намењен је за нарочито сложене набавке. Коришћењем овог поступка наручиоци могу задовољити своје потребе за набавком када сами не могу прецизно одредити или описати предмет јавне набавке, односно решење које желе постићи. Овај поступак има најмање три фазе. У првој фази сва заинтересована лица подnose пријаве, док у другој фази наручилац води дијалог са свим кандидатима (којима је претходно признао квалификацију) у циљу проналажења решења. Наручилац може организовати дијалог у више фаза у циљу смањења броја решења о којима се води дијалог. Након што препозна једно или више решења као одговарајуће, наручилац позива кандидате да поднесу своје коначне понуде. При том наручилац не може открити кандидатима решење које нуди други кандидат. Да би се спречила злоупотреба овог поступка, односно његова примена и у случајевима када то није оправдано, наручилац је дужан да пре покретања овог поступка прибави сагласност Управе за јавне набавке.

18 За разлику од Закона о ЈПП, Закон о јавним набавкама, који се супсидијарно примењује на област ЈПП, прописује изузетак од начела једнакости, односно прописује правила која стављају одређене понуђаче у повољнији положај у односу на друге. То се пре свега односи на домаће понуђаче, односно на понуђаче који нуде добра домаћег порекла (изузимајући изузетке који су прописани споразумом *CEFTA* и ССП).

његове евентуалне последице (видети чл. 47. ст. 5. и 6. Закона о ЈПП). Локална самоуправа, дакле, одговара за све обавезе преузете према приватном партнеру у току реализације ЈПП пројекта.

Један од модалитета спречавања оваквих и сличних ситуација јесте установљавање Комисије за јавно-приватно партнерство као стручног тела Владе Републике Србије. Комисију чини девет чланова, представника релевантних министарстава и тела. Задатак Комисије је пружање стручне помоћи при реализацији пројеката јавно-приватних партнерстава и концесија. 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 партнерства¹⁹), 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“ карактер наведеног мишљења Комисије: изостанак позитивног или давање негативног мишљења значи да пројекат ЈПП без елемената концесије није одобрен. Имајући у виду горе наведена овлашћења и одговорности Комисије за ЈПП, неопходно је да се активности локалне самоуправе од самог почетка, барем на нивоу размене информација, координирају са активностима Комисије за ЈПП, те да се њене активности прате, а одлуке и акти пажљиво анализирају.

Поред субјеката које Закон препознаје као главне актере ЈПП, неопходно је указати и на субјекте који се могу (или морају) појавити у сваком пројекту ЈПП, а који нису главни актери. На основу тога, у литератури се прави дистинкција између тзв. кључних играча (енг. *key players*) и периферних актера (енг. *peripheral actors*)²⁰. Кључни играчи су формално укључени у процес и/или међусобно интензивно сарађују у погледу суштине пројекта ЈПП (у случају нашег Закона – јавни и приватни партнер). Кључни актери формално потписују уговор о ЈПП, учествују у консултацијама и на састанцима са јавним телима, а касније су укључени и у управљање пројектом ЈПП. За разлику од кључних актера, периферни актери имају одређени интерес у вези конкретних пројекта ЈПП, али нису перманентно укључени у његову реализацију, нити су уговорне стране код јавног уговора о ЈПП. Они представљају само „део институционалног контекста у оквиру којег се успоставља пројекат ЈПП“²¹. Као периферни актери најчешће се могу појавити банке или фондови као даваоци кредита приватном партнеру ради његовог учешћа у одређеном пројекту ЈПП или банке као даваоци гаранције, осигуравајућа друштва, специјални консултанти, архитекте, и бројни други.

И у Закону о ЈПП се могу препознати одређени периферни актери, иако сам законски текст не оперише тим појмом. Једног од њих Закон одређује као

19 Објављена у «Службеном гласнику РС» бр. 13/2012.

20 Е.-Н. Klijn, G. R. Teisman, *op. cit.* стр. 9.

21 *Ibidem*

саветника. Закон појам саветника одређује као једно или више правних, односно физичких лица која поседују специјалистичка знања неопходна за припрему, уговарање и реализацију пројеката јавно-приватног партнерства и које јавно тело може ангажовати ради консултантских услуга у вези са закључивањем уговора о ЈПП. Као други тип периферних актера, у смислу Закона о ЈПП, могу се идентификовати и финансијери, које Закон о ЈПП означава као међународне финансијске институције, банке, односно трећа лица која могу обезбедити средства приватном партнеру ради финансирања уговора о ЈПП. На велика овлашћења која могу имати одређени периферни актери указује одредба Закона о ЈПП (чл. 50.) која даје легитимацију банкама и другим финансијским институцијама да од јавног тела захтевају измену јавног уговора (финансијер може чак предложити да у уговору дође до замене приватног партнера²²).

5. Облици јавно-приватног партнерства

Апстрахујући за тренутак разликовање облика ЈПП које чини наш Закон, осврнућемо се на тезе у литератури да ЈПП заправо представља «кишобран појам» (енг. *umbrella term*) који обухвата разноврсне форме сарадње јавног и приватног сектора, које међусобно варирају у зависности од степена учешћа које приватни партнер остварује, а које се може састојати у пројектовању, финансирању, изградњи, управљању, или поседовању добара са обавезом враћања кроз извесни период. Као такво, ЈПП се може посматрати као облик унутар-организационог односа (е. *inter-organizational relationship – IOR*) јавног и приватног сектора са циљем повећања ефикасности, квалитета и конкурентности јавних сервиса²³.

На почетку излагања о облицима ЈПП и њиховим карактеристикама, треба истаћи да проналажење одговарајуће форме ЈПП представља осетљив задатак, с обзиром да се ради о актерима који су по својој суштини и циљевима којима се руководе веома различити. Та различитост може условити не само организационе проблеме у управљању пројектом ЈПП, већ и проблеме у утврђивању делокруга надлежности између јавног и приватног партнера (енг. *domain problem*). Због тога се чини да би законодавац требало да успостави јасне демаркационе линије између делокруа јавног и приватног партнера, како би се предупредили евентуални спорови и блокада сарадње. Са друге стране, наводи се да би и успостављање стриктних демаркационих линија надлежности представљало баријеру за сарадњу²⁴, односно јавила би се опасност да се актери препусте управљању и доношењу одлука по „принципу феуда“.

22 Измене уговора ипак не могу да обухвате следеће одредбе: 1) предмет уговора; 2) рок на који је уговор закључен; 3) код јавних уговора о концесији, понуђена концесиона накнада.

23 S. Jintamanaskoon, P. W. Chan, *op.cit.* стр. 97.

24 Е.-Н. Klijn, G. R. Teisman, *op.cit.* стр. 12.

Степен учешћа и надлежности приватног партнера у конкретном ЈПП пројекту, у крајњем, ипак зависи од воље јавног тела, која је занована на циљевима који се желе постићи одређеним пројектом ЈПП.

Закон о ЈПП и концесијама разликује уговорно и институционално ЈПП (у овом другом случају говори се о “корпоризацији” јавно-приватног партнерства).

5.1. Уговорно јавно-приватно партнерство

Уговорно ЈПП представља такав вид ЈПП где се сарадња заснива на уговорном односу између јавног тела и приватног партнера, **као правно** одвојених и самосталних ентитета. Уговорни облик партнерства може обухватити мноштво конкретних уговорних облика, који се међусобно разликују у погледу ризика, одговорности и обавеза приватног партнера.

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 обављања делатности од општег интереса.

Кључна карактеристика концесије јесте широко дефинисана обавеза приватног партнера. Наиме, приватни партнер преузима ризик финансирања (најчешће узимањем кредитног капитала), пројектовања, градње, искоришћавања и наплаћивања услуге од крајњих корисника. Ризик јавног партнера је ограничен на избор приватног партнера. Приватни партнер, са друге стране, сноси све друге ризике реализације ЈПП са елементима концесије. Описана расподела ризика на први је поглед повољна за јавно тело, с обзиром да су готово сви оперативни ризици на страни приватног актера. Са друге стране, латентан је 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 тарифа с обзиром на социјалну стратификацију). Када до реализације ризика дође, политички терет је по правилу неповратно пренет на јавно тело: наиме, 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. Ипак, две су ограничавајуће околности у погледу ефикасног дејства наведеног заштитног механизма јавног тела од описаног ризика “политичке” 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 концесији²⁵. У крајњем, ово има за резултат изостанак ЈПП пројекта.

Друга ограничавајућа околност лежи у политичком механизму демократских друштава и огледа се у чињеници да јавна тела користе велике пројекте (што ЈПП пројекти већином и јесу) за остваривање краткорочних политичких интереса, без узимања у обзир њихових дугорочних импликација. Суштински, циљ политичких структура које стоје иза јавног тела може бити везан за хоризонт од четири године, колико је 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 и деловања у правцу спречавања да такве, дугорочне последице буду штетне за заједницу коју јавно тело представља (општина, град, покрајина, Република). Имајући горе наведено у виду, важно је да локална самоуправа (као и друга јавна тела) буде одговорна 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”, о чему је било речи у делу рада који говори о актерима ЈПП. При томе ваља нагласити да успешно „саветовање“

25 У инвестиционој литератури се ова појава означава као „*underinvestment*». *Underinvestment* произилази из процене инвеститора да од инвестиције неће остварити задовољавајућу добит у релативно кратком року и на основу тога изостаје позитивна одлука о инвестицији. Другим речима, инвеститор ће се пре одлучити да капитал уложи у пројекте већег ризика који су у целини лукративни, него што ће са јавним телом улагати велика средства у пројекат од јавног интереса. Ово се посебно огледа код пројеката ЈПП, с обзиром се ради о инвестирању у врло специфичну инфраструктуру, што приватном партнеру не оставља простор да средства у које је инвестирао преусмери у неку другу делатност, у случају раскида уговора са јавним телом. Више о овом појму видети у: R. Agren, “*Contract Design to Prevent Underinvestment in Public Private Partnership*”, CIB TG72 /ARCOM Doctoral Research Workshop Public Private Partnerships, October 2011 University of Central Lancashire, Preston, United Kingdom. Editors: A. Akintoye, C. Liyanage, S. Renukappa. Organised by School of Built and Natural Environment, University of Central Lancashire, Preston, PR1 2HE, United Kingdom. (107-119.)

претпоставља већ формирану јасну визију у погледу услова и очекувања ЈПП, на страни јавног партнера. 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) нема монетарну форму (не плаћа се непосредно од стране наручиоца радова), већ се састоји од права на комерцијално коришћење објекта изграђеног јавним радовима. Пример концесије за јавну набавку радова је изградња аутопута или моста, уз надокнаду извођачу 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 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).

Корисно је споменути и одређене облике уговорног ЈПП које препознаје пракса, литература, а и законодавства неких земаља као што су: уговори о пружању јавних услуга (е. *Service Contract*); уговори о закупу и управљању (е. *Management Contract/Lease*); „сагради-управљај-пренеси“ уговори (енг. *Build Operate Transfer - BOT*); уговори о заједничком улагању (*Joint Venture*) и т.д. Потребно је поменути и једну специфичну врсту уговорног ЈПП, која је слична „*BOT*“ систему. Ради се о форми која се означава као „пројектуј - изгради-финансирај – управљај“ (енг. *Design, Build, Finance, and operate contracts- DBFO delivery method*²⁶). Ови уговори се обично финансирају путем надокнада и тарифа које плаћају корисници, или путем владиних субвенција²⁷.

5.2. Институционално јавно-приватно партнерство

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“ (енг: “*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)

26 R. Agren, наведено дело, стр. 107.

27 O. Gupta, N. Biswas, *op.cit.* стр. 46.

формира се према Закону о привредним друштвима Републике Србије. У пракси, ДПН настаје на два начина.

а) оснивање нове компаније;

б) партиципација приватног партнера у власништву постојећег јавног предузећа 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).

На крају излагања и облицима ЈПП треба се осврнути на чињеницу да се у пракси развијених земаља ЈПП актери радије одлучују за уговорну форму ЈПП, пре свега због јасније раздвојености послова, надлежности, трошкова и ризика. Институционално ЈПП се ипак чини комплекснијим решењем, у оквиру кога би доношење одлука изискивало велики менаџерски напор²⁸.

6. Јавни уговор као правни инструмент реализације ЈПП

Јавни уговор је осовински појам правног регулисања и уговорног и институционалног ЈПП. Закон о ЈПП 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 ЈПП, попут: карактера и обим радова и/или услуга; расподела ризика; стандарда квалитета и/или услуга; форме, карактеристике, својинских односа унутар ДПН; правни режим надокнаде (начин обрачунавања, динамика ит.д.); механизме 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; сагласност владе у случају да јавни уговор ангажује одговорност Републике Србије или њеног буџета.

28 Е.-Н. Klijn, G. R. Teisman, *op.cit.* стр. 12.

Ипак, треба имати у виду да Закон даје само опште параметре за закључивање и садржину јавног уговора. Када дође до преговора у вези закључења конкретног уговора о ЈПП, до изражаја долазе бројне особености у односима између актера које изискују детаљно уговорно уређивање. У сваком случају, може се без сумње констатовати да се ради о прилично сложеним правним пословима чија израда захтева експертска знања и искуства, што може знатно отежати преговоре и закључење уговора. Нобеловац *Oliver Williamson* наглашава да „традиционални приступ уговарања“ који примењује јавни сектор, често доводи до тога да стране прибегавају „конфронтирајућем уговарању“ (*confrontational contracting*), које је зановано на узајамној намери да се искористи друга уговорна страна. Због тога сугерише нови, „партнерски приступ“ код уговарања (*partnership-based approach*), на основу кога обе стране проналазе корист за себе, али истовремено траже начине да успешно помажу једна другој²⁹.

У литератури се наилази и на оспоравање уговора о ЈПП, као несавршеног правног инструмента. Тако *Rufin* и *Santos* истичу да су уговори о ЈПП истовремено «некомплетни и комплексни», што узрокује несигурност код обе уговорне стране, а самим тим смањује ниво поверења код страна³⁰. Овој тези се придружују и други аутори. *Bovaird* сматра да када су уговори комплексни, они условљавају високе трошкове израде, надгледања и примене, што може иницијално одвратити јавног партнера да се упусти у пројекат ЈПП, и да одлучи да самостално спроведе одређене активности, чак и по цену да их спроводи лоше³¹. Иако се ове тезе тешко могу оспорити, оне не треба да обесхрабре потенцијалне учеснике у ЈПП, али свакако налажу опрезност и велико знање и искуство приликом сачињавања јавних уговора.

Услов правног дејства јавног уговора јесте сагласност јавноправног тела, утврђеног одредбама Закона о ЈПП (чл. 26 и 29). Сагласност има карактер сагласности *ex ante*, која се даје пре доношења одлуке о избору приватног партнера и закључења јавног уговора. Тела од којих се горе наведена сагласност тражи су:

а) Влада Републике Србије, уколико је јавни партнер, односно давалац концесије Република Србија, или уколико су јавна тела и предмет концесије у надлежности Републике Србије;

б) Влада аутономне покрајине, уколико је јавни партнер односно давалац концесије аутономна покрајина, када су јавна тела и предмет концесије у надлежности те аутономне покрајине;

29 O. Williamson, „*Markets and Hierarchies: Analysis and Antitrust Implications*“. New York:Free Press, 1975.

30 C. Rufin, M. R.-Santos, „*Between Commonweal and Competition - Understanding the Governance of Public-Private Partnerships*“ *Journal of Management*, September 2012. vol. 38 no. 5 (pp.1634-1654)

31 T. Bovaird, *op.cit.* стр. 206.

в) 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.

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).

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 према јавном телу које је страна јавног уговора.

Закон о ЈПП оставља могућност да приватни партнер задржи право и на подуговарање, при чему одговара неограничено солидарно 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.

Јавни уговор закључује се на рок који не може бити краћи од 5, **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. Почетак тока рока јесте дан потписивања јавног уговора, чиме се ризик почетка експлоатације и реализације ЈПП пројекта преноси на приватног партнера.

Дакле, неспорно је да, свеједно о којој се форми ЈПП ради, јавни уговор, како по законском одређењу, тако и по својој природи представља дуготрајни уговор (енг. *long-term contract*). Прописивање најдужега трајања јавног уговора на 50 година представља помак у односу на решење ранијег Закона о концесијама (престао да важи доношењем Закона о ЈПП), који је предвиђао максимално трајање концесије на 30 година. У овом смислу је Закон о ЈПП усклађен са решењима законодавства појединих развијених земаља која предвиђају максимално трајање концесије у распонима од 20 па до 99 година³².

Закон предвиђа и могућност престанка уговора и пре предвиђеног рока на који је закључен и то: раскидом јавног уговора због јавног интереса; споразумним раскидом; једностраним раскидом јавног уговора услед пропуста приватног или јавног партнера; смрћу приватног партнера, односно ликвидацијом или стечајем приватног партнера. На последице превременог раскида јавног уговора због

32 E. S. Savas, *op.cit.* стр. 7.

пропуста приватног или јавног партнера примењују се посебна правила утврђена јавним уговором као и општа правила облигационог права.

Посебне импликације може изазвати раскид уговора због јавног интереса, нарочито ако је праћен експропријацијом, као једним обликом некомерцијалног ризика који може погодити приватног партнера. Уколико услед раскида уговора због јавног интереса приватни партнер остане без права својине на непокретности, или му се право својине ограничи, има право на тржишну накнаду у складу са законом којим се уређује експропријација.

Закључак

Регулатива јавно-приватног партнерства у Републици Србији обухваћена је непосредно Законом о јавно-приватном партнерству и концесијама из 2011. године, који представља главни и системски извор права у области ЈПП. Поред овог Закона, ЈПП је непосредно и посредно предмет регулација и других закона којима се уређују поједине области од значаја за ЈПП.

Закон о ЈПП садржи, пре свега, материјално-правне одредбе којима се, између осталог, уређују питања предмета, актера и облика ЈПП, као и правила у погледу јавног уговора о ЈПП. Иако Закон изричито наглашава елемент јавног интереса, као конститутивног за постојање ЈПП, његове одредбе имају за циљ да обезбеде баланс јавног и приватног интереса који се неминовно укрштају код сваког пројекта ЈПП и да заштите интересе обе уговорне стране, што се препознаје и установљавањем начела равноправности уговорних страна.

У погледу равноправности, Закон о ЈПП исту предвиђа и у односу на учеснике у поступку избора приватног партнера, наглашавајући начело једнаког и правичног третмана у процедури доделе јавног уговора и забрањујући дискриминацију по било ком основу. С тим у вези је и начело слободне тржишне утакмице, које има за задатак да заштити конкуренцију у поступку избора приватног партнера.

Као главне актере ЈПП Закон наводи јавног и приватног партнера. Ипак и поједини „периферни актери“ имају на основу Закона моћ да значајно утичу на пројекте ЈПП, попут финансијера који обезбеђују средства приватном партнеру за финансирање јавног уговора.

Форме ЈПП се, према Закону, могу разврстати на уговорно и институционално ЈПП, а разликују се у погледу интензитета везе између партнера у погледу управљања, ризика и добити, које су јаче код институционалног ЈПП. Међутим, са друге стране, то га чини компликованијом формом за примену. Код уговорног ЈПП партнери су више раздвојени, као и ризици и трошкови између њих, па се чини да је овај модел ЈПП прозачнији и једноставнији за примену.

Правни инструмент реализације ЈПП је јавни уговор, који се може закључити на период од највише 50 година. Ради се о комплексном правном инструменту чије састављање и примена захтева експертско знање.

На крају се може констатовати да Закон о ЈПП представља потпун и јасан акт, који не оставља значајније недоумице, бар када су у питању његове материјално-правне одредбе. Остаје да пракса покаже колико ће овај Закон допринети развоју ЈПП у Републици Србији и да ли ће се показати као ефикасно решење законодавца.

Prof. Predrag Cvetković, LL.D.

Associate Professor,

Uroš Zdravković, LL.B.

Junior Teaching Associate,

Faculty of Law, University of Niš

PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP IN THE SERBIAN LEGAL SYSTEM: Introduction

Summary

The Public-private partnership (PPP) implies a long-term cooperation of the public and private sector for the purpose of ensuring the funding, development, reconstruction, management and/or maintenance of infrastructural and other facilities of public importance and providing services of public relevance. There are two basic forms of PPP: the contractual and the institutional PPP. The PPP regulatory framework is primarily aimed at establishing a balance between the public and the private interests which are correlated in each PPP project.

The PPP subject matter has been regulated in the Republic of Serbia only recently by the adoption of the 2011 Public-private partnership and Concessions Act, which provides a systemic normative framework in this areas. Apart from this Act, the PPP is directly and indirectly regulated in a number of other legislative acts. The exercise of the public interest is a constituent part of the PPP and without this element a project may not be considered to be a PPP project within the meaning of the PPP and Concessions Act. Under this Act, the PPP concept includes two key participants: the public and the private partner, who have an equal legal standing in the implementation of the PPP project. The participants may not be subject to any form of discrimination in the procedure for awarding public contracts. Foreign investors are equal with the domestic ones and they enjoy the same treatment as national companies. Beside the main participants, a PPP project may also include

some marginal actors who are not formally included in the PPP agreement but who may have a more or a less substantial impact on the PPP project.

The PPP and Concessions Act makes a clear distinction between the contractual and the institutional PPP. The basic feature in the contractual PPP is a concession. The key characteristic of concession is a broadly defined liability of the private partner. The public partner's risk is confined to the choice of the private partner. The PPP Act differentiates two types of PPP in the form of concession: a concession for public works and a concession for services. The institutional PPP is based on the relationship between the public and the private partner which is legally established through their membership in a joint-stock company. The contractual PPP and the institutional PPP are both legally regulated by a public contract. The public contract takes effect only after it has received a prior approval of the competent public authority. The public agreement may be contracted for a 5-year period at least and contract period shall not exceed a period of 50 years. On the other hand, this agreement may be terminated before the expiry of the agreed term.

Key words: *Public-Private Partnership (PPP), PPP and Concessions Act, long-term cooperation, public interests, public partner, private partner, contractual PPP, concession, institutional PPP, public contract*

Проф. др Видоје Спасић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Мр Љубиша Стефаноски, студент докторских студија
Правни факултет Универзитета у Нишу

ПРАВНИ РЕЖИМ АУТОРСКИХ ДЕЛА СТВОРЕНИХ У РАДНОМ ОДНОСУ У ПРАВУ СРБИЈЕ И МАКЕДОНИЈЕ

***Апстракт:** Поред индивидуалног постоји и ауторско стваралаштво у радном односу. Реч је о ситуацији када аутор/запослени ствара ауторско дело током радног односа извршавајући своје радне обавезе. Пошто се ради о творевини у чије стварање су укључена два лица са различитим доприносима, материјално-техничким и интелектуалним, поставља се питање како праведно и законито поделити овлашћења из корпуса субјективног ауторског права. У раду је обрађен правни режим оваквих творевина у српском и македонском праву. Не улазећи у појединости, заједничко за оба система јесте да послодавац постаје деривативни носилац субјективног ауторског права *ex lege*. Њему припада право на објављивање ауторског дела и право на економско искоришћавање дела, са одређеним ограничењима. Аутору/запосленом припадају сва остала ауторскоправна овлашћења, укључујући и право на накнаду сразмерно ефектима искоришћавања дела.*

***Кључне речи:** радни однос, аутор, ауторско право.*

УВОД

Интелектуално стваралаштво у погледу начина настанка може бити индивидуално (самостално) и створено у радном односу. Производи индустријске својине, углавном настају тимским радом у оквиру компанија или института, док ауторске творевине у области књижевности, науке и уметности, због саме своје природе, већим делом настају индивидуалним интелектуалним радом појединаца.

Аутор, као физичко лице јесте изворни носилац субјективног ауторског права са максималним корпусом овлашћења. Поред њега, као деривативни носиоци ауторског права могу се појавити различите категорије субјектата

(физичких или правних лица), по различитим правним основима: по основу уговора, наслеђивања или закона. Корпус овлашћења деривативних носиоца ауторског права увек је мањи у односу на изворног носиоца и одређен је основном настанка његовог права. Када говоримо о носиоцима ауторског права по основу закона имамо у виду две категорије стваралаштва, тј. две врсте ауторских дела: ауторска дела настала у радном односу и ауторска дела настала по наруџбини.

Одређивање законског режима ауторских дела створени у радном односу, у основи се разликује од државе до државе и углавном зависи од чињенице да ли конкретни законодавац фаворизује интерес запосленог као аутора или интерес послодавца. Наиме, у теорији и пракси постоје бројне дилеме око дефинисања ауторских дела створени у радном односу.

У контексту комплетне опсервације питања законског режима ауторских дела створених у радном односу, најпре је неопходно приступити анализи односа између ауторског права и радног права као две засебне правне дисциплине, затим приступити дефинисању ауторских дела створених у радном односу, и на крају посматрати правни положај субјеката у овом ауторскоправном односу.

ОДНОС АУТОРСКОГ ПРАВА И РАДНОГ ПРАВА

У правној науци, када је реч о односу између ове две правне дисциплине, како са аспекта ауторског права, тако и са аспекта радног права, у основи се суочавамо са чињеницом да на нашим просторима ово питање није довољно обрађено.

У литератури из области ауторског права увек се праве компарације и сагледавања разлика и сличности у погледу предмета и садржаја ове две гране права, што није случај и у литератури из области радног права, у којој не егзистира суштественија анализа и разграничавање.

Општи је закључак да само они аутори чији је примарни циљ проучавање ауторских права, углавном третирају ово питање, посебно када је реч о регулисање ауторских дела створених у радном односу, где постоје елементи обе правне дисциплине. Један од разлога је проблем чак и у високо-развијеним земљама, у смислу комплексне структуре и садржаја ауторских права, које захтева солидно знање. Тај разлог, ни у ком случају не смемо апсолутизовати, већ је потребно да приступимо ка анализи нормативних аката који су главни извор ове две дисциплине, и у исто време разграничимо тај однос као *lex generalis via lex specialis*.

Основни принцип је да правна правила из области ауторског права имају правни режим *lex specialis* правила у односу на правна правила из области рада, који су у овом случају *lex generalis* прописи. У прилог томе иде и општоприхваћено гледиште по коме је питање колизије између ове две правне дисциплине одавно апсолвирано. То је резултат чињенице да ауторско

право и радно право као две засебне гране права имају своје место у правним системима, које често зависи од државног уређења.¹ Наиме, преовладава став да је кумулативна примена прописа из ауторског и радног права прихватљива,² а ауторско дело из радног односа је посебни институт који се изучава у оквиру ауторског права.

У погледу нормативних решења која су предмет проучавања ове две дисциплине, а којима се регулише питање у вези ауторских дела створених и радном односу, у националним законодавствима може се уочити да једина разлика која постоји огледа се у фаворизирању принципа на којима се заснива једна од ове две правне дисциплине, док принципи друге правне дисциплине увек се користе за корекцију интереса супротне стране.

АУТОРСКО ДЕЛО СТВОРЕНО У РАДНОМ ОДНОСУ

Из горенаведеног, нормативно регулисање ауторских дела створених у радном односу, у основи се темељи на принципима на којима се заснивају радно право и ауторско право.

У великом броју правних система институт „ауторско дело створено у радном односу“, нема изричиту дефиницију, па се дефинисање препушта теорији и пракси. У том смислу, Гавриловић С.³ најпре полази од следећих карактеристика:

* Ауторска дела настају у оквиру уговора о раду (уговор који запослени-аутор закључује са послодавцем) при извршавању радних обавеза од стране запосленог;

* Иницирање, стварање услова за настанак дела и коначно њихово коришћење је део редовних активности послодавца;

* Сагласно принципу субординације, као запослени, аутор је потчињен послодавцу, он дело ствара спроводећи његова упутства и потребе, по правилу у оквиру радног времена и у просторијама послодавца, а као накнаду за уложено добија плату.

Имајући у виду наведено карактеристике и бројне тезе које заступа велики број теоретичара, као и судска пракса, на индиректан начин можемо издвојити неколико услова чије кумулативно присуство квалификује конкретну духовну творевину делом створеним у радном односу.

1 У правној теорији општоприхваћен је став да је ауторско право део грађанског права, а радно право део јавног права.

2 Маневска Љ.: Авторски дела и пронајдоци создани во здружениот труд, Годишник на Правниот факултет во Скопје 1982, Скопје, 1984 год.

3 Гавриловић С.: „Правни режим ауторских дјела створених на основу уговора о раду“, Часопис за привредноправну теорију и праксу „Право и привреда“, бр. 5-8/2006./Година XLIII, Београд, стр. 754.

Први и основни услов је да је да аутор буде запослен код одређеног послодавца, односно да има закључен уговор о раду.

Други услов је резултат одговора на питање: Шта се подразумева под синтагмом „у оквиру радног односа“?⁴ Наиме, ако запослени створи дело у оквиру трајања тог односа и у радном времену, онда је логична импликација да се права поводом тог ауторског дела преносе послодавцу.

Везано с претходним, намеће се и следеће питање: Шта ако је ауторско дело створено ван радног времена запосленог коме су прековремени сати уредно плаћени? Одговор на ово питање дају прописи којима су регулисана права и обавезе запосленог, укључујући и право на надокнаду за прековремени рад. Ово питање је посебно спорно у земљама *common law* правног система, где се сматра да и поред тога што је конкретно дело створено ван радног времена, ипак ће се сматрати да је створено у оквиру радног односа, јер је створено у домену радних задатака запосленог.⁵

Ово последње питање данас се сматра, ипак, апсолвираним, јер термин „радни однос“, не налаже да конкретно ауторско дело буде створено у оквиру радног времена или ван њега, већ је битно да дело треба бити производ активности запосленог који спадају у опис његових радних задатака под надзором послодаваца, независно од тога да ли је ауторско дело створено у оквиру или ван радног времена.⁶ Такав је пример са текстописцем који има заснован радни однос у музичкој компанији, а који је као део своје радне обавезе, створио текст чак и за време паузе за ручак, сматраће се да права на текст искључиво припадају послодавцу.⁷

Осим наведеног, при дефинисању ауторског дела створеног у радном односу намеће се још једно питање: Да ли ће се ауторско дело сматрати створеним у радном односу, само на основу чињенице радног односа, без обзира на садржај уговора и независно дали је то дело створено у оквиру радних обавеза запосленог?

У прошлости, теорија је заступала став да су ауторска дела створена ван радних задатака, али у оквиру радног времена запосленог, сматрана су делом у радном односу, а права на то дело припадају послодавцу.⁸ Супротно овоме, у савременој правној теорији преовладава став да се једно ауторско дело може третирати творевином у радном односу само уколико је исто створено у оквиру

4 JISC/TLTP Copyright Guidelines, p. 33: <http://www.ukoln.ac.uk/services/elib/papers/other/jisc-tltp/jisc.pdf>, 18.12.2008.

5 Jones H., Benson C.: Publishing Law (2nd edition), published by Routledge, London and New York. 2002, p. 34.

6 Stim R.: Copyright Law, Delmar Health Care Publishing, 2000, p. 101.

7 Ibidem.

8 Види: Георгиевски С.: Основи на авторското право (скрипта), Универзитетска печатница, Скопје, 1969 година, стр. 46.

радних задатака запосленог, што подразумева да није довољно само да дело буде створено у оквиру радног времена.⁹

На ово се надовезује и Гавриловић С., који каже да се неће сматрати ауторским делом створеним у радном односу, дело створено ван оквира описа радних задатака запосленог, па макар то било створено и за потребе послодавца.¹⁰ Наиме, не може бити реч о ауторском делу створеном у радном односу, уколико то није део описа радних задатака запосленог у складу са уговором о раду или другим уговором. Као потврда овог гледишта може се узети пример стражара који у току извршање својих радних задатака у ноћној смени, у оквиру радног времена, створио књижевно дело које није било део описа радних задатака са уговором о раду који је закључио са послодавцем.¹¹ Слична је ситуација и са предавачима који спремају материјале за предавања, академским и научним радницима који објављују стручне и научне радове а на које академске институције у великој мери врше притисак да им пренесу права, са образложењем да су користили опрему и средства институције, иако за то не постоји правни основ, осим у случају када су стране унапред уговориле другачије.¹²

Са аспекта послодаваца, неће се сматрати ауторским делом створеним у радном односу и дело које само физички, односно технички повезано са послодавцем (настало у оквиру радног односа, у просторијама послодаваца, па чак и поред његове логистике), уколико то није у функцији регистроване делатности коју послодавац обавља.¹³ Такав је пример са запосленим на бензинској пумпи који је у оквиру радног времена створио композицију, односно музичко дело, које не само што није део његових радних обавеза, него исто није ни у функцији потребе послодаваца.¹⁴ Ово питање ипак оставља простор за даље проучавање и дискусије у смеру, што ће бити ако то дело може да буде искоришћено од стране послодавца за његове потребе, на пример у маркетиншке сврхе и слично.

Четврти, допунски услов који се надовезује на претходна три, јесте да ауторско дело буде створено. И поред тога што се у теорији ово не третира као услов, може се речи да он се нужно намеће из прописа који регулишу ауторско право и сродна права. У том смислу, постављају се неколико питања, као што су:

9 Jones H., Benson C.: *Publishing Law* (2nd edition), published by Routledge, London and New York. 2002, p. 34.

10 Гавриловић С.: *op. cit.*, стр. 754.

11 Jones H., Benson C.: *Publishing Law* (2nd edition), published by Routledge, London and New York. 2002, p. 34.

12 *Ibid.*, стр.34.

13 Гавриловић С.: *op. cit.*, стр. 754.

14 Stim R.: *Copyright Law*, Delmar Health Care Publishing, 2000, p. 101.

Шта ће се десити ако дело није довршено? Да ли се овакво дело може сматрати творевином створеном у радном односу? Одговор на ово питање је више него јасан. Начелно, оваква творевина неће се сматрати делом насталим у радном односу, уколико није финализована.¹⁵ Изузетак је предвиђен за незавршено дело које је дељиво, и чији је само један део функционалан и употребљив као посебна целина, тако да се може третирати као дело створено у радном односу. Пример незавршеног дела које је по својој природи дељиво и има статус ауторског дела из радног односа, постоји у изради дизајна делова аутомобила у аутомобилској индустрији. У теорији, међутим, постоје и ставови да незавршена дела у којима идеја самог аутора је у тој мери остварена да се не доводи у питање закључак да се ради о ауторском делу, сматраће се творевинама из радног односа (као такви наводе се слике, филмски клипови, писана и говорна дела и слично).¹⁶

На крају, може се сумирати да једно дело не може имати правни статус дела из радних односа без кумулативног испуњавања сва четири услова. Ипак, у пракси, испуњење четири услова се не треба апсолутизовати, али треба узети у обзир и друге околности у којима је настало дело, а који су, као што је речено, утврђени од стране Врховног суда у случају *Community for Creative Non-Violence v. Reid*.¹⁷

Из свега наведеног може се закључити да: ауторско дело из радног односа представља дело створено од стране запосленог у оквиру описа његових радних обавеза предвиђених у уговору о раду или по упутствима послодавца, али под условом да је дело део регистроване делатности и у функцији послодавца.

3. ЗАПОСЛЕНИ КАО АУТОР ДЕЛА

Постоји велики број запослених који стварају различите врсте интелектуалних творевина из радног односа. Пре свега, реч је о рачунарским програмима, научним радовима, новинским чланцима, архитектонским плановима, сликама, новим производима или новим технологијама за производњу новог дизајна, пословног плана, иновација и других решења различитих врста, као резултат уложеног креативног и интелектуалног рада.¹⁸

15 Из праксе такав је случај: Victoria University of Technology v. Wilson [2004] VSC 33. Види: Jonson D., Ananian D., "Memorandum of Law- ownership of patent right", http://www.johnsonlaw.com.au/article_dump/050920%20-%20Memorandum%20of%20Law%20Joint%20Ventures.pdf, 18.12.2008.

16 Милић Д.: Коментар Закона о ауторском и сродним правима (са судском праксом и међународним конвенцијама и уговорима), Београд, 2005, стр. 10.

17 Више о овоме види: *Community for Creative Non-Violence v. Reid*, 109 S. Ct. 2166, 57 U.S.L.W. 4607 (June 5, 1989), цитирано извор: Posh R.J. Works Made for Hire- Has Anything Changed?, *Direct Marketing*, No.56, 6, ABI/INFORM Global, October 1989, p. 89.

18 Koglin V. L.: *Intellectual property Ownership: Avoiding Disputes*, WIPO1, 2002, http://ictt.by/Library/SemIP2007/Intellectual_Property_Ownership_Avoiding_Disputes.pdf, 15.12.2008.

Поставља се питање: Ко је аутор ових дела: запослени који је уложио и дао свој интелектуални потенцијал, или послодавац који је уложио у знање и искуство запослених и обезбедио све неопходне материјалне, техничке, логистичке и друге ресурсе као основу за реализацију креативног потенцијала запосленог? Другим речима, кључно питање које се овде поставља јесте: да ли предност треба дати капиталу (материјалном) или знању (тј. интелектуалном ресурсу)? Одговор на ово питање није увек јасан и једнозначан и разликује се од једне земље до друге, у зависности од законодавства, специфичности односа који постоји између запосленог и послодавца, као и чињенице и околности у којима је дело створено.¹⁹

У упоредном праву, генерално, постоје два система, тј. две групе схватања. По првом схватању, послодавац оригинарно стиче сва права поводом дела које је запослени створио у радном односу, и то од тренутка закључења уговора о раду, ако наведеним уговором није другачије уговорено. Овакав приступ налазимо у енглеском праву и међу неким теоретичарима.²⁰ Тако, у неким земљама ауторска права поводом дела насталог у оквиру радног односа у целини припадају послодавцу, ако дело спада у оквир делатности за које је регистрован, осим ако је уговором другачије одређено.²¹ Према другом схватању, које више одговара савременом поимању ауторског права, запослени постаје оригинарни носилац ауторског права и он уговором о раду преноси на свог послодавца вршење имовинских овлашћења, док морална овлашћења задржава за себе. Овакав став присутан је у немачком и француском праву са изузетком колективних дела.²² Дакле, уколико се послодавац и запослени нису другачије договорили, ауторска права у целини припадају запосленом.²³

У савременим правним системима, у основи, егзистентна разлика у нормативним решењима утврђује да ли одређене земље припадају европском континенталном или *common law* правним системима, а с обзиром на горенаведене факторе. У земљама евроконтиненталног правног система, по правилу, ако је дело створио запослени у оквиру радног односа, он ће се сматрати изворним носиоцем ауторских права над овим делом, док послодавац има право на искључиво коришћење ауторског дела за одређени временски период, у складу са законом. Правни режим регулисања овог питања је диспозитивног карактера, чиме се даје прилика да се запослени и послодавац договоре и другачије од

19 Ibidem.

20 Desbois H.: Le droit d'auteur en France, Paris, 1978, p. 183, Kerever A., Le droit d'auteur en Europe occidentale, Paris, 1974, p.41. Наведено према: Бесаровић В., Интелектуална својина, Београд, 2011, стр. 296.

21 Ibidem.

22 Ulmer E.: Urheber und Verlagsrecht, Berlin, 1980, p. 29.

23 Ibidem.

онога што је дефинисано законом. Фокус правне заштите је усмерен ка аутору конкретног дела, а не објекту заштите- ауторском делу.

Ствари стоје посве другачије у земљама *common law* правног система, где је фокус правне заштите усмерен ка објекту - ауторском делу, а не субјекту - аутору. Као логична последица овога, пренос права послодавца долази по аутоматизму самим стварањем дела, осим ако се стране нису другачије споразумеле.²⁴ Споразум је инструмент којим радник штити ауторска права која му се признају за дело које је створио у радном односу, јер ће се, у супротном послодавац у складу са законом, сматрати оригиналним носиоцем тог дела.²⁵ Споразум као механизам заштите (моралних) права запосленог, конкретно, заступљен је у Сједињеним Америчким Државама и Канади, где постоји опасност од ускраћивања моралних права аутору, или њиховог укидања.²⁶ Ово иде дотле далеко за аутора, да у апликацији за регистрацију ауторског дела може бити уписан послодавац без навођења информација о запосленом-аутору, ако је дело настало у радном односу²⁷, што се у земљама евроконтиненталног правног система третира као озбиљно кршење моралних права.

Одређивање субјекта коме се признају права поводом ауторског дела из радног односа, у великој мери зависи и од специфичности односа између послодавца и запосленог. Тај однос је логична последица неколико фактора, укључујући:²⁸

* Контролу послодавца у процесу рада (нпр. послодавац обезбеђује услове за стварање дела, одређује локацију и обезбеђује опрему и друге ресурсе неопходне за стварање дела).

* Контролу над радом запосленог од стране послодавца (нпр. послодавац контролише запосленог у креирању дела, он има права да му додели друге задатке, право да одреди начин плаћања, као и да му обезбеди асистента који ће му помоћи у обављању додељених задатака).

* Статус и понашање послодавца (нпр. основна делатност послодавца је да ствара таква дела, да обезбеди бенефиције за запосленог, да регулише порезе за исплату зараде запосленог и слично).

Општа претпоставка је да је власник ауторских права конкретног дела увек аутор дела, али постоји изузетак у случајевима кад је дело створено у оквиру радног односа запосленог, или је креирано на основу другог уговора (нпр

24 Koglin V. L.: Intellectual property Ownership: Avoiding Disputes, WIPO1, 2002, http://ictt.by/Library/SemIP2007/Intellectual_Property_Ownership_Avoiding_Disputes.pdf, на 15.12.2008.

25 Гавриловић С.: *op. cit.*, стр. 752.

26 Koglin V. L.: Intellectual property Ownership: Avoiding Disputes, WIPO1, 2002, http://ictt.by/Library/SemIP2007/Intellectual_Property_Ownership_Avoiding_Disputes.pdf, 15.12.2008.

27 <http://www.copyright.gov/circs/circ9.html#introduction>, 15.12.2008.

28 *Ibidem.*

купопродајни уговор, уговор о наруџбини и сл.).²⁹ У том контексту, у теорији, аутор у зависности од услова у којима је створио дело (без обзира да ли је сам створио дело или је допринео његовом стварању), као и обим права које ужива за то дело, има различити правни третман па се може категорисати као:³⁰

- * Аутор-физичко лице;
- * Аутор-коаутор и
- * Аутор-дела из радног односа или дела насталог по наруџбини.

Са аспекта питања које је предмет овог научног рада, примарно се проучава положај аутора/коаутора у погледу обима права које ужива за то дело и које је настало у радном односу.

Аутор може бити само физичко лице које је створило ауторско дело, док правна лица и други облици колективитета не могу бити аутори, већ само носиоци ауторских права, дакле аутор је изворни носилац ауторских права од тренутка настанка дела, без потребе испуњавања било каквих формалности (нпр. регистрација или објављивање), што није случај са творевинама, односно правима (патент, жиг, дизајн и слично) које су предмет заштите права индустријске својине.

У теорији и пракси, теза да аутор дела створеног у оквиру радног односа није лице које је створило дело-запослени, већ је то послодавац, сматра се разрешеном питањем. Ово је поткрепљено чињеницом да је дело последица интелектуалног рада једног или више појединаца који су створили то дело и да им се признају материјална и морална права, док правним лицима, као вештачким категоријама, недостају кретивност и стваралачки потенцијал, па самим тим они не могу да створе ауторско дело.

Савремени приступ полази од схватања да ауторство поводом дела створеног у радном односу припада запосленом, а да је послодавац само деривативни носилац материјалноправних овлашћења на основу закона, општег акта или уговора. У контексту односа који постоји између две стране, послодавац има потпуно легитимно право да то уради. Тако, нпр. ако софтверски инжењер у обављању редовних радних обавеза у компанији у којој запослен, усавршава рачунарски програм, онда је он аутор софтверског решења, а послодавац је једини носилац (материјалних) права. Дакле, запослени је увек оригинарни носилац ауторског права, а послодавац је деривативни носилац и он не може стечена права, без одобрења запосленог, преносити на трећа лица, осим ако уговором није другачије одређено.³¹

29 http://www4.law.cornell.edu/uscode/search/display.html?terms=work&url=/uscode/html/uscode17/usc_sec_17_00000106----000-notes.html, 17.12.2008.

30 <http://www.benedict.com/Info/Law/How.aspx>, 17.12.2008.

31 Здравева Н.: Авторско дело од работен однос, Годишник на Правниот факултет "Јустинијан Први", Скопје, 2006, стр. 722.

Када је ауторско дело из радног односа створено од стране два или више запослених, ради се о коауторству. У зависности од природе посла, с обзиром ли је дело дељиво или недељиво, сваком коаутору признаје се ауторско право сразмерно његовом доприносу (пример: компјутерски програм), али ако је дело недељива целина свим коауторима припада недељиво ауторско право на то дело, тако да је његово коришћење одлука свих заједно.³² Шта више, нико од њих нема права да спречи коришћење дела супротно начелима савесности и поштења. Ако су коаутори лица која су дело створила у радном односу, а реч је о недељивом ауторском праву, у случају намере његовог коришћења након истека периода за који су материјална права пренесена на послодавца, неопходна је сагласност свих коаутора. У одређеним ситуацијама, постоје тешкоће у одређивању лица (запосленог) који су дали свој креативни допринос стварању дела, тако да оцена креативног доприноса може бити оспоравана.

У складу са чланом 15 Бернске конвенције док се не докаже супротно, за аутора се сматра лице чије се име, псеудоним или друге ознаке које не остављају никакву сумњу у погледу његовог идентитета. У овом случају то је ауторско дело створено анонимно у радном односу. Кад је аутор познат или је дело обележено псеудонимом или било којим другим знаком којим се не може идентификовати аутор, често се може доћи на идеју да ауторска права припадају правном лицу-послодавцу, да је он носилац ауторског права на делу створеном од стране анонимног аутора.³³

Разлог за то је принцип по коме овлашћење да врши ауторска права има послодавац који је издао, или ако дело није објављено, онда лице које је законски објавило дело. Међутим, иако се послодавац јавља као вршилац садржаја ауторског права и овлашћен је да штити дело од трећих лица, он није носилац ауторских права, већ другог права, које потиче од ауторских права - права да се дело искоришћава.³⁴ Наведена законска претпоставка је условна, и она ће престати када ауторов идентитет бити откривен. У теорији, преовладава став да не постоје оправдани разлози да се издавачу или удружењу аутора призна искључиво право искоришћавања дела чији је аутор непознат, али ова дела оправдано се сматрају слободним да се користе док се не утврди ауторов идентитет, почевши од претпоставке да аутор није жив, другим речима да је период правне заштите истекао.³⁵ У основи, без обзира на то колико је прихваћен овај став у теорији, када је у питању ауторско дело из радног односа у пракси,

32 Harris R. M.: Copyright, Computer Software and Work Made for Hire, Michigan Law Review, Vol. 89, No. 3 (Dec., 1990), p. 661-662.

33 Глиха И.: „Права на ауторским дјелима насталим у радном односу и по наруци“, Зборник ПФЗ, 56, Посебан број, 2006, стр. 799,

34 Ibidem.

35 Дабовиќ-Анастасовска Ј., Пепељуговски В.: Ауторско право, Правен Факултет „Јустинијан Први“, Скопје, 2006, стр.113.

ипак, постоји опасност од повреде моралних права радника, конкретно право патернитета и право интегритета. Ова повреда може бити изазвана претњом или принудом од стране послодавца упућене аутору дела да не открива свој идентитет.

У случајевима када запослени створи дело у радном односу, али ван регистроване делатности послодавца или је реч о делу које је изузетно важно и вредно, онда он задржава сва права над овим делом.³⁶ Ако послодавац има интерес да ово дело користи у целисти или делимично, дужан је да плати накнаду запосленом за то, **без обзира на** плату.

Следеће питање које се поставља јесте: Да ли запослени ужива правну заштиту ауторских права за уложени интелектуални труд за незавршено дело, и коме припадају права на материјал из претходних истраживања, раднику или исте је дужан да преда послодавцу?

Као што је већ објашњено, општи принцип је да се ауторско право признаје запосленом, тек када је дело већ створено, осим уколико није предвиђена регистрација дела у посебном управном поступку. Стварање дела је услов за остваривање права поводом конкретног дела, па чак и онда не може бити реч о преносу права од аутора-радника на носиоца-послодавца. Дакле, не може се говорити о заштити онога што је производ људског интелектуалног процеса, или интелектуалног рада, док се исти не материјализује у производ-дело. У том контексту, ако запослени из било ког разлога раскине радни однос, послодавац је дужан да преда све неопходне материјале везане за истраживање спроведено за стварање дела. У пракси, ова обавеза запосленог у већини случајева предвиђена је појединачним уговором о раду. Насупрот томе, ако запосленом није престао радни однос, он и даље остаје на послу да обавља текуће активности у складу са описом својих дужности, он може захтевати да се дело заврши, наравно уз сагласност послодавца. Ако је реч о незавршеном делу које представља дељиву целину, запосленом се признају (морална) права на ту целину, а послодавцу (материјална) права или права да експлоатише то дело.

КОМПАРАТИВНИ ПРИКАЗ СРПСКЕ И МАКЕДОНСКЕ ЛЕГИСЛАТИВЕ

Актуелни Закон о ауторском и сродним правима Републике Србије³⁷ (даље: ЗАСП), регулише питање правног режима ауторског дела створеног у радном односу кроз четири члана (98-101).

Македонски Закон о ауторском и сродним правима донет 1996 године (даље: ЗАПСП), садржи посебне одредбе (чл. 86 и 87) које уређују наведену материју. Ове одредбе примењују се на све врсте ауторских дела, осим дела

³⁶ Георгиевски С.: *op. cit.*, стр. 48;

³⁷ „Сл.Гласник РС“, бр. 104/2009 и 99/2011.

која су, због своје специфичне природе регулисана посебним одредбама. Посебан правни режим предвиђен је за компјутерски програм као књижевно дело створено од запосленог у обављању своје дужности или по налогу послодавца.

Српски ЗАСП под ауторским делом створеним у радном односу подразумева оно дело које је аутор створио током трајања радног односа извршавајући своје радне обавезе (чл. 98, ст. 1). Реч је о једној веома широкој дефиницији која покрива све случајеве у којима настаје дело у радном односу и без обзира да ли дело настаје током радног времена или не, битно је само да је створено током трајања радног односа и да оно представља део и резултат радних обавеза аутора.

С обзиром да се стваралаштво у радном односу разликује од самосталног, односно индивидуалног стваралаштва, субјективно ауторско право поводом ових творевина није јединствено и не припада само једном лицу, већ поједина овлашћења припадају различитим титуларима. Генерално, послодавац постаје *ex lege* деривативни титулар субјективног ауторског права поводом дела у радном односу. Тако, практично и конкретно, према српском ЗАСП-у, послодавцу припада право објављивања дела и искључива имовинска права на искоришћавање тога дела. Сва остала овлашћења из оквира субјективног ауторског права припадају аутору/запосленом. Ту се првенствено има у виду право на посебну накнаду од послодавца сразмерно ефектима искоришћавања дела. Притом, критеријуми за утврђивање висине накнаде и начина њеног плаћања утврђују се општим актом или уговором о раду. Такође, што је само по себи разумљиво, аутор задржава сва остала моралноправна овлашћења (осим овлашћење на објављивање дела).

Треба напоменути да овлашћења аутора апсолутна и неограничена. Она су, пре свега, по самом ЗАСП-у лимитирана двојачко: садржински и временски. Сагласно томе, послодавац стиче горе наведена овлашћења за временски период од пет година, након чега се ова овлашћења враћају свом изворном титулару – аутору. С друге стране, послодавац стиче право на искоришћавање дела само у оквиру своје привредне делатности, никако изван тога. ЗАСП је прописао да је послодавац дужан приликом сваког коришћења дела створеног у радном односу да наведе име, псеудоним или знак аутора. Чини се да је ова норма непотпуна. Јер, без обзира што у закону није наглашено, сматрамо да је послодавац дужан да поштује и друга моралноправна овлашћења аутора (нарочито интегритет дела и да врши његово искоришћавање на достојан начин). Стога, наведену норму треба допунити како не би било нејасноћа.

Уколико је рачунарски програм дело које је настало у радном односу, онда је послодавац трајни носилац свих искључивих имовинских права на делу.

Осим наведених посебних ограничења ЗАСП прописује и једно опште ограничење. У том смислу, закон прописује да ће послодавац стећи сва наведена овлашћења само под одређеним условом, што ће рећи само уколико међусобни односи између послодавца и запосленог/аутора нису другачије регулисани

општим актом или уговором о раду. На први поглед, изгледа да оваква одредба омогућава запосленом да путем уговора стекне и већа овлашћења од оних прописаних законом. Намера законодавца је била добра, али ова норма у пракси представља *nudum ius*, јер ће у пракси ретко који послодавац дати више (у било ком погледу) од онога на шта га закон обавезује.

Поред наведеног, српски ЗАСП прописује још једно специфично ограничење права послодавца, у корист аутора. Уколико запослени/аутор жели да објави своја сабрана дела, има право да објави дело створено у радном односу и пре истека периода од пет година и без сагласности послодавца.

Под ауторским делом из радног односа македонски ЗАПСП подразумева “ауторско дело створено од стране запосленог у обављању својих дужности или по налогу послодавца” (чл. 86, став 1). Законодавац је овде јасан у одређивању услова под којима се креира дело: да је производ интелектуалног рада запосленог/аутора који је створио дело при обављању својих редовних задатака, као и када је дело створио по упутствима и под надзором послодавца, у складу са уговором о раду. То значи, да сама чињеница да запослени за време трајања тог односа створи конкретно дело, није довољна да ауторско дело буде квалификовано као дело из радних односа, већ је неопходно да то буде у оквиру његових дужности или налога послодавца.

У теорији постоје отворена питања у случајевима када је запослени дело створио ван радног времена, или ако га је створио у току радног времена користећи опрему послодавца, а дело није резултат његових дужности или део обавеза које проистичу из радног односа.³⁸

На ово питање ЗАПСП не даје директан одговор, али у складу са општим принципима ауторског права, одговор треба тражити у чињеници да ли је аутор створио дело добровољно или стварање проистиче из обавезе запосленог према послодавцу. Неки аутори сматрају да, ако ауторско дело настаје као обавеза за запосленог, ван радног времена и средствима аутора или ако је независно креирано од радних обавеза, третираће се као ауторско дело из радног односа, али са обавезом послодавца да плати запосленом накнаду.³⁹ Македонски законодавац није предвидео могућност да се запосленом плаћа накнада за ауторска права поводом дела из радног односа, али то не значи да субјекти радног односа не могу ово питање уредити на други начин у складу са одговарајућим колективним уговором или уговором о раду. Насупрот томе, ако је ауторско дело створио запослени самоиницијативно и независно од радних обавеза, чак и током трајања радног односа и средствима послодавца, такво дело неће бити укључено у категорију дела из радног односа.⁴⁰

38 Gliha I.: *op. cit.*, стр. 815.

39 *Ibid.*, стр. 816.

40 *Ibidem.*

Према македонском ЗАПСП-у, «Материјална права и друга права аутора тог дела искључиво се преносе послодавцу за период од пет година, након завршетка дела, ако са колективним уговором или уговором о раду није другачије дефинисано.» Оваквом законском одредбом, законодавац је покушао да постигне равнотежу између супротстављених интереса запосленог и послодавца. Релативно кратак временски период за који се *ex lege врши* пренос материјалних и других права на послодавца, очигледна је тенденција законодаваца за фаворизовање приватних интереса запосленог на рачун јавног интереса и економске вредности дела.⁴¹

У погледу коришћења ауторских дела из радног односа, послодавац је лимитиран одређеним ограничењима утврђеним у складу са врстом и природом посла.

Прво ограничење послодавца односи се на моралноправна овлашћења запосленог. Наиме, иако у одредбама које регулишу питање ауторских дела створених у радном односу није изричито наведено да су морална права запосленог непреносива, *per analogiūm* се примењује члан 21, став 3, који предвиђа да аутор не може да се одрекне искључивих моралних права. Непреносивост моралних права подразумевају обавезу за послодавца да се брине о личним и правним интересима аутора тако да она ни у једном тренутку не буду оспорена, угрожена или повређена. Ова обавеза за послодавца важи за период од 5 година за који му се преносе економска права и друга права.

Други законски рок за послодавца у вези са коришћењем ауторског дела из радног односа односи се на право изнајмљивања. Наиме, у члану 86, предвиђено је изузимање *ex lege* преноса права на изнајмљивање, осим ако субјекти из радног односа колективним уговором или уговором о раду нису другачије уговорили. Изузетак од права на изнајмљивање из *ex lege* преноса материјалних права, за запосленог значи право на правичну накнаду за свако изнајмљивање. Запослени се не може одрећи овог права које му признаје закон. Изузетак од права изнајмљивања не односи се на пренос права изнајмљивања у филмској продукцији, што одговара врсти и природи ове врсте дела.

Македонски законодавац предвидео је временско ограничење права коришћења дела од стране послодавца на пет година. Након његовог истека, прописано је да “суштинска права и друга права припадају запосленом од стране послодавца, с тим што може поново да их пренесе само ако запосленом плати правичну накнаду за сваку врсту материјалног права.” Одређивање правичне накнаде је фактичко питање и одређује се у зависности од околности сваког

41 У земљама система *common law*-а предвиђен је дужи рок на који се врши пренос права у односу на континентално правно подручје. Више о овоме види у : Vela V.C.M.: Copyright in Public and Private Universities: Issue of Ownership, Collection of Research Papers, WIPO, University of Turin, Turin, Italy, 2007, p.89.

конкретног случаја.⁴² Притом, запослени се не може одрећи овог права. У погледу продужења периода коришћења ауторског дела из радног односа, неки аутори сматрају да је македонски законодавац у овом случају направио пропуст што није предвидео могућност за послодавца да има право првенства, чиме је игнорисао околности у којима је настало дело.⁴³ Законодавац је сматрао да је период од пет година сасвим довољан рок за коришћење дела од стране послодавца, у складу са његовом намером и крајњим циљем, да заштити запосленог од евентуалних притисака и уцена послодавца.

Изузетак од преноса од пет година у интересу запосленог тако да он “задржава искључиво право да користи ауторско дело из радног односа у оквиру својих сабраних дела”, а пре истека тог рока. У македонској правној теорији, неки аутори отворено критикују ову одредбу, због њене нејасне формулације у дефинисању односа између послодавца и запосленог, односно непрецизирања потребе обавештења, дозволе и слично од стране послодавца.⁴⁴ Такво мишљење може изгледати оправдано са моралног становишта у односу на обавештења послодавца, али је непотребно говорити о лиценци и слично, посебно када крајња намера законодавца је више него јасна, тако да се аутору признаје право и пре истека рока од пет година, без одобрења послодавца, да репродукује и дистрибуира своје дело из радног односа, ако је то с циљем објављивање његових сабраних дела.⁴⁵

Полазећи од општих условних фактора који одређују да ли је дело квалификовано као дело из радног односа, иако у ЗАПСП-у није експлицитно наведено, за послодавца постоји још једно ограничење, да дело користи само у оквиру делатности за коју је регистрован. То значи да без обзира на чињеницу да је дело технички повезано са послодавцем (настало у радном односу у просторијама послодавца, уз његову помоћ, итд), ако то није сврха његовог рада, онда дело не може да се третира као ауторско дело из радног односа, а послодавац има право да га користи. Насупрот томе, ако је дело резултат извршеног задатка запосленог, оно ће уживати статус ауторског дела из радног односа, без обзира на то што је настало ван радног времена, ван просторија послодавца, током годишњег одмора и слично.⁴⁶

Као видове својеврсног ограничавања релевантних субјеката, с једне стране, али и допуштања максималне слободе у уређивању њихових међусобних односа ЗАПСП је као општи оквир за регулисање духовних творевина насталих у

42 Здравева Н.: *op. cit.*, стр. 723.

43 Здравева Н.: *Ibidem.*

44 Здравева Н.: „Ауторско дело од работен однос“, Ауторско право и сродни праводомашна и меѓународна теорија и практика, Правен Факултет „Јустинијан Први“, Центар за образование за интелектуална сопственост, Скопје, 2007, стр. 97.

45 Гавриловић С.: *op. cit.* (2006), стр. 1031.

46 *Ibid.*, стр. 1027.

радном односу предвидео усмеравање ка уговору о раду и колективном уговору. Ако субјекти из радног односа, питања ауторског дела нису уредили неким од ових инструмената, а такође и у случају спора примењиваће се одговарајуће додатне диспозитивне одредбе, али, које могу произвести низ проблема и неуједначеност судске праксе.⁴⁷ Тиме се врши и значајна дерегулација ове материје у односу на претходне прописе, тако да су права аутора и послодавца ближа општем режиму уговорног права, што је у складу са правилима у споредном и међународном праву.⁴⁸

Када је реч о правном режиму аудиовизуелних дела, упркос посебног карактера ових дела, ЗАПСП не садржи посебне одредбе које се односе на аудиовизуелна дела из радног односа, као што је случај са компјутерским програмом, већ су регулисане одредбама које важе за све врсте ауторских дела.

Према неким ауторима, у случају недостатка регулативе *per analogium* треба применити одредбе које се односе на уговорни пренос аудиовизуелног дела, као и друге посебне одредбе које регулишу ово дело.⁴⁹

Изузетак од општег режима у регулисању ове материје, огледа се у посебном правном режиму предвиђеном за пренос права на базе података и компјутерске програме креиране у радном односу. Наиме, у члану 87, став 1, ал.2, утврђено је да “материјална права запосленог из области базе података, су искључиво и неограничено пренета послодавцу, ако уговором није другачије регулисано.” Оваквим решењем одступа се од петогодишњег преноса права. И у овом случају, македонски законодавац, даје могућност да се уговорне стране другачије договоре него што је то прописано законом, у циљу промовисања веће уговорне слободе.

Исти правни режим у односу на пренос материјалних и других права послодавца је предвиђен и за компјутерске програме, тако што се материјална права аутора програма, неограничено преносе послодавцу, ако уговором није другачије одређено. Оборива правна претпоставка о неограниченом преносу права радника послодавцу, је у складу са чланом 2, став 3, Директиве о заштити компјутерских програма,⁵⁰ а у контексту обавеза хармонизације македонског законодавства са *acquis communautaire*. Разлог за успостављање претпоставке о преносу материјалних права послодавцу без временског ограничења, несвојствен је за земље европског континенталног правног система, а

47 Ibid, стр. 1026.

48 „У условима доминантне друштвене својине, уређивање по односу овог питања са императивним нормама сматрало се сасвим оправданим“. Види: Гавриловић С.: *op. cit.* (2006.) стр. 1030.

49 Глиха И.: *op. cit.*, стр. 820.

50 Council Directive 91/250/EEC of 14 May 1991 on the Legal Protection of Computer Programs (Official Journal L 122, 17/05/1991 p. 0042 - 0046), amended by Council Directive 93/98/EEC (Official Journal L 290, 24/11/1993 p. 0009 – 0013).

результат је утицаја представника *common law* система који су учествовали у изради Директиве о заштити компјутерских програма.⁵¹ Поред ексклузивног и неограниченог преноса, запослени ће се и даље сматрати изворним носиоцем ауторских права, док је послодавац при коришћењу дела и даље у обавези да поштује његова личноправна овлашћења.

Одредба којом запослени има ексклузивно право да откаже право носиоцу материјалних овлашћења не односи се на рачунарске програме, аудиовизуелна дела и базе података, због специфичне природе ових дела и карактера права на покајање.

Prof. Vidoje Spasić, LL.D.

Faculty of Law, Univeristy of Niš

Ljubiša Stefanoski, LL.M.

***Works of Authorship created at Work
in the Legislations of Serbia and Macedonia***

Summary

In addition to the works of authorship created by a private individual, there are works of authorship created in the course of employment which are a result of the author's (employee's) performance of specific activities, duties and obligations at work. Given the fact that the creation of such works of authorship involves two persons (the employer and the employee) whose contribution to the work may substantially differ in terms of their financial, technical and intellectual involvement, there is a question concerning the method of exercising a fair and legitimate allocation of authorities stemming from the corpus of the subjective authorship right. In this paper, the authors deal with the legal regime governing such works of authorship in the Serbian and Macedonian intellectual property legislations. The common feature in these two legislations is the legal solution which specifies that the employer is a derivative holder of the subjective authorship right ex lege. Thus, the employer is entitled to the right to publish the work of authorship as well as the right to take economic benefits from the work, but these rights are subject to a number of limitations. The author (employee) is entitled to all other authorship rights and authorities, including the right to receive a fair compensation which shall be proportionate to the effects of using the work of authorship.

Key words: *employment, author, works of authorship, authorship right*

⁵¹ Глиха И.: *op. cit.*, стр. 819, цитирано према: Lewinski S.: *Works created under an employment contract*, Зборник Хрватског друштва за ауторско право, вол. 5, 2004, стр.121.

СТАТУС КОПНЕНИХ МИНА У МЕЂУНАРОДНОМ ХУМАНИТАРНОМ ПРАВУ¹*

Апстракт: Пошто копнене мине доводе до распрострањеног страдања цивила које се не дешава само током оружаних сукоба, већ и деценијама након њиховог окончања, уложени су значајни напори за усвајање посебних међународних уговора усмерених на ограничење ових средстава ратовања. Прва такве рестрикције уведене су Протоколом II о забрани или ограничавању употребе мина, мина изненађења и других експлозивних средстава, који је усвојен 1980. године, да би 1996. године била усвојена измењена верзија тог уговора у циљу унапређења постојећих и увођења нових забрана и ограничења копнених мина. Највећи искорак је начињен усвајањем Отавске конвенције 1997. године која је у потпуности забранила употребу антиперсоналних мина и државама наметнула још низ обавеза у погледу те врсте мина.

Кључне речи: копнене мине, антиперсоналне мине, противтенковске мине, даљински постављене мине, Протокол II, Ревидирани протокол II, Отавска конвенција.

1. УВОД

Копнене мине су врста мина која се поставља испод тла, на тлу или на некој другој површи у циљу наношења губитака живој сили, транспортним средствима или у диверзантске сврхе.² С обзиром на њихову намену, оне се могу поделити на антиперсоналне, односно противпешадијске мине³ (у даљем тексту

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.

2 Поред копнених, постоје још подморске (морске) мине и мине изненађења.

3 У нашој војној терминологији за ове мине се користи израз „противпешадијске мине“. Међутим, у релевантним међународним уговорима употребљава се искључиво термин

„АП мине“ и противтенковске, односно противоклопне мине (у даљем тексту „ПТ мине“).⁴ Масовнија употреба копнених мина везује се за крај Првог светског рата, а мине какве данас познајемо почеле су се производити и употребљавати у Другом светском рату.

Пошто процес производње копнених мина није претерано скуп и технички захтеван,⁵ велики број држава успео је да овлада технологијом њихове производње или их увезе из иностранства. То је довело до стварања огромних залиха мина и њихове масовне примене у оружаним сукобима. Због специфичног начина деловања, употребљене мине представљају хуманитарни проблем на само током оружаних сукоба, већ и деценијама након њиховог окончања.⁶ У циљу умањења штетних последица употребе копнених мина усвојена су три посебна међународна уговора који садрже низ забрана и ограничења ове врсте конвенционалног оружја.

Ограничење употребе копнених мина први пут је посебно регулисано Протоколом II о забрани или ограничавању употребе мина, мина изненађења и других експлозивних средстава (у даљем тексту „Протокол II”),⁷ који је 1980. године усвојен уз Конвенцију о забрани или ограничавању употребе одређених врста конвенционалног оружја за које се може сматрати да проузрокује прекомерне трауматске ефекте или да делује без разликовања у погледу циљева (у даљем тексту „Конвенција о конвенционалном оружју“). Шеснаест година касније усвојена је измењана верзија овог уговора - Протокол II о забрани или ограничавању употребе мина, мина изненађења и других експлозивних средстава измењен 3. маја 1996. године (у даљем тексту „Ревидирани протокол

„аниперсоналне мине” чиме се жели указати да оне не убијају само пешадију као део оружаних снага, већ и све друге особе. Антиперсоналне мине су мале направе, које садрже 10-250 грама експлозива и које детонирају услед притиска изазиваног масом од 0,5 до 50 kg; ICRC, *Anti-personnel Landmines - Friend or Foe?*, Geneva, 1996, p. 10.

4 Ове мине су намењене за уништавање тенкова и других возила и садрже 2-9 кг експлозива, а активирају се услед притиска који изазива маса од 100-300 kg и више; *Ibid.*

5 Неки модели мина се могу купити и за 3\$. За разлику од тога, уклањање једне мине захева трошкове од 300 до 1000 \$; S. Maslen, *The International Law Protection of Children from Land-mines*, *The International Journal of Children's Rights*, 1996, no. 4, p. 140.

6 Према процени Уједињених нација, око 110 милиона копнених мина се налази разасуто у 70-так држава; *Teaching Units on Landmines – Clearing Landmines*, <http://www.un.org/cyberschoolbus/banmines/units/unit2b.asp>, 25. 09. 2012. Сваког месеца од копнених мина погине скоро 800 и повреди се око 1200 људи (укупно годишње око 25000 људи); E. Bonino, *Cooperative Efforts to Eradicate Landmines*, *UNIDIR NewsLetter*, 1997, No. 3/97, p. 5. Због оваквих последица, мине се називају и “успорено оружје за масовно уништавање”; *The Arms Project of Human Rights Watch, Physicians for Human Rights, Landmines, A Deadly Legacy*, London 1993, p. 3.

7 За текст видети: В. Кнежевић-Пређић, Ж. Лежаја, С. Аврам (ур.), *Извори међународног хуманитарног права*, Београд, 2007, стр. 393-397.

П”)⁸. Наредне године, (1997) усвојена је и Конвенција о забрани употребе, складиштења, производње и промета антиперсоналних мина и о њиховом уништавању,⁹ позната и под скраћеним називом „Отавска конвенција”, која је посвећена само једној врсти копнених мина – антиперсоналним минама.

Усвајањем ова три уговора о копненим минама створени су различити правни режими где није лако утврдити круг обавеза за поједине државе. Око 70 држава је ратификовало сва три уговора и за њих важе сва правила садржана у њима.¹⁰ Насупрот томе, двадесетак држава није ратификовало ни један од ових уговора, па њих везују само обичајна правила примењива на копнене мине.¹¹ Затим, постоје државе које су ратификовале Протокол II али нису ратификовале Ревидирани протокол II,¹² а постоје и оне државе које су ратификовале Ревидирани протокол II али нису ратификовале Протокол II.¹³ У пету категорију спадају државе које су стране уговорнице неког од два протокола о минама, али нису ратификовале Отавску конвенцију.¹⁴ На крају, постоји и преко 60 држава које нису ратификовале ни један од два протокола, али су ратификовале Отавску конвенцију.¹⁵ Због таквог стања ствари, неопходно је посебно изложити правила садржана у сва три уговора посвећена копненим минама.

2. ПРОТОКОЛ II

Протокол II представља први међународни уговор који регулише мине које се користе на копну.¹⁶ Он се примењује само на међународне оружане сукобе, осим уколико држава није ратификовала Амандман на члан I Конвенције о конвенционалном оружју и тиме његову примену проширила и на немеђународне оружане сукобе.

8 За текст видети: Ibid., стр. 398-409.

9 За текст видети: Ibid., стр. 535-547.

10 Србија се налази у овој категорији држава.

11 Јерменија, Азербејџан, Бахреин, Египат, Иран, Казахстан, ДНР Кореја, Киргистан, Либан, Либија, Маршалска острва, Микронезија, Мјанмар (Бурма), Непал, Оман, Саудијска Арабија, Сингапур, Сирија, Тонга, УА Емирати, и Вијетнам; [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); 28. 09. 2012.

12 То су следеће државе: Бурунди, Куба, Цибути, Лаос, Лесото, Маурицијус, Мексико, Монголија, Катар, Того, Уганда и Узбекистан; Ibid.

13 Постоји 16 таквих држава, и то: Камерун, Чиле, Естонија, Габон, Јамајка, Јордан, Република Кореја, Литванија, Малдиви, Монако, Никарагва, Перу, Сан Винсент и Гренадини, Сенегал, Сијера Леоне и Турска; Ibid.

14 Таквих држава има 15, и то: Кина, Куба, Грузија, Индија, Израел, Република Кореја, Лаос, Монголија, Мароко, Пакистан, Пољска, Русија, Шриланка, САД и Узбекистан; Ibid.

15 Ibid.

16 Протокол у чл. I из свог домена примене експлицитно искључује против-бродске мине које се употребљавају на мору и унутрашњим пловним путевима.

Протокол дефинише мине као „свако средство постављено испод површине тла, на тлу или у близини тла или друге површине, чија је намена да се распрсне или експлодира услед присуства, близине или контакта са лицем или возилом”.¹⁷ Да би се неко експлозивно средство подвело под мину оно мора кумулативно испунити три услова који се тичу места постављања, начина активирања и начина дејства.

Протокол јединствено регулише употребу АП и ПТ мина, односно нема неких посебних правила која се тичу само АП мина. Овај уговор једино прави разлику између мина које се постављају директно¹⁸ и мина које се даљински постављају („сејане мине“)¹⁹.

Чл. 3 Протокола садржи одређена општа ограничења која се односе на све копнене мине без обзира на начин постављања, а циљ им је заштита цивила од њиховог дејства. Став 2 овог члана апсолутно забрањује употребу мина против цивила, било у офанзивне или дефанзивне сврхе, као и њихову употребу у циљу репресалија. Поред тога, ст. 3 забрањује употребу мина код које се не може направити разлика између цивилних и војних објеката (начело разликовања),²⁰ или уколико се њиховом употребом наноси успутна штета цивилима које је несразмерна у односу на очекивану војну корист (начело пропорционалности). На крају, од учесника у оружаном сукобу се захтева предузимање свих могућих мера предострожности како би се цивили заштитили од дејства копнених мина. Осим забране репресалија, ова правила се већ одавно сматрају обичајним правилима која везују све државе без обзира да ли су оне стране уговорнице Протокола II

17 Чл. 2.

18 Прецизности ради, треба рећи да Протокол не користи израз „директно постављене мине“ већ „мине које нису даљински постављене“. Ипак, због његове концизности, у раду ће бити коришћен и први термин. Треба рећи да ове мине могу бити постављене ручно од стране лица или употребом специјалних возила (минополагача). Битно је да се лица, односно возила, налазе на терену на којем се мине постављају.

19 Према чл. 2 Протокола даљински постављене мине представљају „мине које се постављају уз помоћ артиљерије, ракета, минобацача или сличног оружја, или се избацају из ваздухоплова“. Употреба ових средстава омогућава да мине буду постављене дубоко на територији непријатеља.

20 Протокол II није направио разлику „између употребе оружја без разликовања (у погледу циљева, прим. Н.Р.) ... и неразликујућих последица које су природна последица одложеног дејства мина. ... Технички, мине могу бити усмерене на легитимни војни циљ као што то захтева члан 3(a) и (б). Проблем лежи у временској компоненти; због њихове особине да делују одложено, мине су по природи недискриминаторно оружје, или, барем, оружје које има недискриминаторско дејство”; А. Н. Petrarca, *An Impetus of Human Wreckage?: The 1996 Amended Landmine Protocol*, California Western International Law Journal, Vol 27, 1996-1997, p. 286.

или то нису.²¹ Чл. 3 обичајним начелима разликовања и пропорционалности даје само специфичну садржину у контексту ове конкретне врсте оружја.²²

Поред општих правила која се односе на све мине без обзира на начин постављања, Протокол II садржи и посебна правила за мине које се директно постављају и за „сејане“ мине. Прва група норми садржана је у чл. 4, док се друга налази у чл. 5 овог уговора.

Када су у питању директно постављене мине, забрањена је њихова употреба у насељеним местима (градовима, варошима, селима и сл.) у којима се не воде борбе између копнених снага или нема изгледа да оне ускоро почну. Од ове опште забране допуштена су два изузетка. Најпре, ове мине се могу користити и у насељеним подручјима ако се постављају у непосредној близини или на самом војном циљу који припада противничкој страни или је под њеном контролом. Може се приметити да се овде није баш много водило рачуна о заштити цивила, јер оваква формулација допушта постављање мина и око војног објекта у самом центру града. Друго, мине се могу употребити било где у насељеном месту уколико су предузете мере заштите цивилног становништва, као што је постављање ограда, стража, знакова упозорења и сл. (чл. 4, ст. 2б). И код овог изузетка хуманитарни обзир су стављени у други план. Чл. 4(2)б **од страна у сукобу захтева једино предузимање мера за заштиту цивила, али не тражи и гаранцију њихове заштите,²³ па је било боље да се захтева предузимање „свих могућих“ мера за заштиту цивила.²⁴** Иако овај члан започиње строгом забраном употребе мина у насељеним областима где нема борби нити изгледа да ће их бити, два његова изузетка суштински анулирају ту забрану, чиме се губи ефикасна заштита цивила од штетних ефеката директно постављених копнених мина.²⁵ Чл. 4 не садржи никаква ограничења употребе ове врсте мина у насељеним местима у којима се воде борбе.

Због њихове веће опасности и отежаног уклањања, Протокол II садржи специјална правила која додатно ограничавају употребу мина које се даљински постављају. Чл. 5 полази од тога да је употреба ових мина забрањена, с тим што се и код њих допуштају одређени изузеци. „Сејане“ мине могу се употребити

21 W. H. Boothby, *Weapons and the Law of Armed Conflict*, Oxford, 2009, p. 159.

22 J. E. Lord: *Legal Restraints in the Use Of Landmines: Humanitarian and Environmental Crisis*, *California Western International Law Journal*, Vol. 25, 1994-1995, p. 334.

23 B.M. Carnahan, *The Law of Land Mine Warfare: Protocol II to the United Nations Convention on Certain Conventional Weapons*, *Military Law Review*, Vol. 105, 1984, p. 81.

24 Ibid.

25 M.A. Ferrer, *Affirming Our Common Humanity: Regulating Landmines to Protect Civilians and Children in the Developing World*, *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 20, 1996-1997, p. 150.

само у зони која је војни циљ или у којој се налазе војни циљеви.²⁶ Међутим, да би се и у наведеним зонама ова врста мина могла користити, неопходно је додатно испуњење макар једног од два следећа услова: а) прецизно регистровање локација мина, у складу са чл. 7(1)а; или, б) снабдевеност мина ефикасним механизмом за неутралисање (било самоактивирајућим или даљински контролисаним) који мину чини безбедном или је уништава када она више не служи војној сврси због које је постављена.²⁷ Из овог се може закључити да чл. 5(1) допушта употребу „сејаних“ мина које имају временски неограничено дејство (не садрже ниједан од два механизма за неутралисање) само уколико су регистроване у складу са чл. 7(1)а Протокола. Овако повезивање чл. 5 са чл. 7 Протокола изазива недоумице у погледу домашаја обавезе регистровања даљински постављених мина. Поставља се питање да ли је постојање „претходно планираног минског поља“ из чл. 7(1) а услов регистрације и за „сејане“ мине. Иако се формулација из чл. 5 може различито протумачити, једино исправно тумачење је да локација „сејаних“ мина које не садрже механизам за неутралисање увек мора бити регистрована, без обзира да ли је њихова употреба претходно планирана или не. Дакле, обавезна регистрација локације даљински постављених мина постоји уколико је минско поље унапред планирано или уколико постављене мине не садрже механизам за неутралисање.²⁸ Другим речима, даљински постављене мине не морају бити регистроване једино уколико садрже механизам за неутралисање.

Чл. 5 садржи још једну обавезу за оног ко „сејане“ мине користи у областима где оне могу имати штетно дејство по цивилно становништво. У тој ситуацији становништво о томе мора бити унапред обавештено, осим ако околности то не допуштају.²⁹ Чуди да Протокол не захтева накнадно обавештавање, уколико то већ није било могуће пре постављања мина.³⁰ Још више изненађује непостојање

26 Намера је да се под овакву зону подведу две ситуације: а) где подручје само по себи има војни значај, као што је брдо или кланац, и б) где само подручје нема војни значај али се на њему налазе војни циљеви као што су концентрација војних трупа или борбених возила; A.P.V. Rogers, *A Commentary on the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices, Military Law and The Law of War Review*, Vol. 26, 1987, p. 196. Употреба „сејаних“ мина из чисто превентивних разлога није допуштена; S. Oeter: *Methods and Means of Combat*, in Dieter Fleck (ed.): *The Handbook of Humanitarian Law in Armed Conflict*, Oxford, 1995, p. 413.

27 Код поморских мина такав механизам се захтева још од 1907. године (VIII Хашка конвенција о постављању аутоматских подморских мина на контакт).

28 Више о томе видети: A.P.V. Rogers, *Mines, Booby-traps and Other Devices*, *International Review of the Red Cross*, No. 279, November-December 1990, pp. 528, 529.

29 Чл. 5(2). Као разлог за изостанак претходног обавештења може послужити заштита вазухоплова који избацује мине или постизање изненађења. У сваком случају, изузетак из чл. 5(2) мора се увек уско тумачити.

30 Након постављања мина више не постоји никаква опасност по средства и људство који су те мине постављали; В.М. Carnahan, *op. cit.*, p. 80.

ограничења употребе даљински постављених мина у насељеним местима, попут оних из чл. 4 која се примењују на директно постављене мине. Ипак, то не значи да се даљински постављене мине могу неконтролисано користити у насељеним местима јер правило из чл. 3 Протокола о забрани употребе мина без прављења разлике у погледу циљева представља лимитирајући фактор за употребу „сејаних“ мина у насељима.³¹

Протокол II предвиђа и обавезу регистравања копнених мина и достављања тих података противничкој страни и генералном секретару УН (чл. 7).³² Међутим, обавеза регистрације мина је прилично блага и ограничена само на неке ситуације, што има нагативан утицај на уклањање мина.

Према чл. 7(1)а стране у сукобу имају једино обавезу да региструју „претходно планирана“ (енг. *pre-planned*) минска поља.³³ Међутим, Протокол не појашњава значење термина „претходно планиран“ што отежава имплементацију ове одредбе. Израз „претходно планиран“ значи нешто више од простог свесног акта субјекта који поставља мине. Док реч „планиран“ значи да је постављање мина учињено свесно и промишљено, „претходно планиран“, с друге стране, значи да је тај план сачињен узимањем у обзир и неких могућих догађаја и околности.³⁴ Претходно планирано минско поље може се дефинисати као минско поље „за које је детаљни војни план настао знатно пре предложеног датума извршења“.³⁵ Дакле, сва она минска поља настала на основу одлуке команданта на терену донете због захтева тренутне ситуације, не морају бити регистрована. Овако формулисана обавеза омогућава странама у сукобу да у потпуности избегну регистрацију мина.³⁶

Када су у питању сва друга минска поља (она која нису претходно планирана), од страна у сукобу се једино захтева да „настоје“ да их региструју (чл. 7, ст. 2). У овом случају ради о врло благој обавези држава, уколико је уопште и реч о обавези.

Из формулације чл. 7(1)а види се да стране у сукобу имају само обавезу да региструју подручје претходно планираног минског поља, а не и позицију

31 S. Oeter, *op. cit.*, p. 415.

32 Протоколу II је придодат необавезујући технички анекс који садржи кратке смернице о начину реализације обавезе регистравања мина из чл. 7.

33 Подсећамо да, према чл. 5, државе имају обавезу да региструју минска поља у којима се налазе даљински постављене мине које не поседују механизам за неутралисање.

34 A.P.V. Rogers, *A Commentary on the Protocol on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices, Military Law and The Law of War Review*, Vol. 26, 1987, p. 201.

35 V. A. Ary, *Concluding Hostilities: Humanitarian Provisions in Cease-Fire Agreements*, *Military Law Review*, Vol. 148, 1995, p. 257.

36 P. J. Lightfoot, *The Landmine Review Conference: Will the Revised Landmine Protocol Protect Civilians?*, *Fordham International Law Journal*, Vol. 18, 1994-1995, p. 1558.

појединачних мина у минском пољу и њихове карактеристике. Непостојање такве обавезе знатно отежава касније уклањање мина. За успешно и безбедно чишћење мина није довољно знати само на ком подручју се мине налазе, већ и тачан положај и техничке особине сваке постављене мине.

Стране у сукобу су дужне да чувају све податке о регистрованим минским пољима. Непосредно по завршетку активних непријатељстава, користећи регистре минских поља, стране у сукобу треба да предузму мере за заштиту цивила од постављених мина (обележавање и ограђивање минских поља). Поред тога, постоји и њихова обавеза да другој страни и генералном секретару УН доставе све информације о минским пољима која су поставиле на територији противничке стране.

Последњи корак у елиминацији опасности од постављених мина јесте њихово уклањање. Међутим, Протокол II је ту показао велику слабост. Обавеза уклањања постављених мина везана је само за заштиту мисија (снага) УН. Уколико лице на челу мисије УН затражи, стране у сукобу су дужне да, у мери у којој то највише могу, уклонене или учине безопасним мине постављене на подручју деловања мисије.³⁷ Међутим, и овде се не ради о стриктној обавези. Уколико страна у сукобу не може уклонити мине, она ће само имати обавезу да открије локацију постављених мина.³⁸

У осталим ситуацијама државе немају обавезу да по окончању непријатељстава уклоне постављене мине. Чл. 9 само тражи да стране у сукобу по окончању непријатељстава „настоје да закључе споразум ... о достављању података и пружању техничке и материјалне помоћи ради уклањања или неутралисања мина ... постављених за време сукоба.“ Одредба из чл. 9 се може окарактерисати као „најспорнија варијанта правила ратовања, чија стварна сврха није заштита минимума цивилизацијских стандарда, већ пре прикривање немоћи и неспремности да се тај циљ постигне“.³⁹

Због очигледне преваге војне потребе над захтевима човечности и одсуства ефикасног механизма надзора, неки Протокол II називају само „тигром од папира“.⁴⁰ Њему се замера што је „регулисао једино употребу мина, а пропустио је да се суочи са неразликујућим последицама које мине изазивају (италик у оригиналу, Н.Р.)“.⁴¹ Други су још више разочарани његовим slabим доприносом заштити цивила, истичући чак да Протокол II „установљава блажа

37 Чл. 8(1)а.

38 А. Н. Petrarca, *op. cit.*, p. 225.

39 G. Schwarzenberger, *International Law as applied by international courts and tribunals*, volume III, 1968, p. 11; наведено према В.М. Carnahan, *op. cit.*, pp. 82-83.

40 L. Wexler: *The International Deployment of Shame, Second-Best Responses, and Norm Entrepreneurship: The Campaign to Ban Landmines and the Landmine Ban Treaty*, *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 2003, Vol. 20, no. 3, p. 583.

41 А. Н. Petrarca, *op. cit.*, p. 226.

ограничења у погледу употребе копнених мина” од оних која су постојала у ранијим међународним уговорима.⁴² Пракса је потврдила ове негативне оцене Протокола II, јер број повреда цивила изазваних експлозијама мина у првих десет година његовог важења није смањен, већ напротив, повећан.⁴³

3. РЕВИДИРАНИ ПРОТОКОЛ II

Ревидирани протокол II је усвојен ради отклањања недостатака ранијег протокола из ове области. За разлику од свог претходника, Ревидирани протокол II је примењив и у немеђународним оружаним сукобима,⁴⁴ док је домен његове примене *ratione materiae* истоветан као и код Протокола II. Он садржи и Технички анекс који има исту правну снагу као и сам Ревидирани протокол II.

Чл. 2 Ревидираног протокола даје појашњење појединих термина, с тим што је њихова листа много шира него код Протокола II. Појмови „мина” и „даљински постављена мина” су готово идентично дефинисани, с тим што се сада додатно појашњава да мина постављена помоћу копненог система са удаљености мање од 500 m не представља даљински постављену мину.⁴⁵ Ревидирани протокол II је први уговор који садржи посебне одредбе о АП минама, услед чега он даје и њихову дефиницију.

АП мина је дефинисна као „мина првенствено намењена да експлодира у присуству, близини или у контакту са лицем и која је намењена да онеспособи, рани или убије једно или више лица”.⁴⁶ Употреба речи „првенствено” имала је за циљ да из појма антиперсоналних мина искључи противтенковске мине опремљене механизмом против неовлашћеног руковања. Међутим, њена употреба је створила недоумицу да ли мине „двоструке намене”⁴⁷ потпадају под појам антиперсоналних мина. Да би се та дилема отклонила, група од 20 држава је приликом усвајања овог уговора дала изјаву у којој су истакле да употреба речи „првенствено” има за циљ да из дефиниције искључи само

42 P.J. Lightfoot, op. cit., p. 1559.

43 A. Parlow: Banning Land Mines, Human Rights Quarterly, Vol. 16, 1994, No. 4, p. 735.

44 Неке одредбе овог протокола се примењују и у миру, као што су правила о регистрацији, обележавању и надзирању минских поља, трансферу мина и др.

45 Такве мине су искључене из дефиниције јер оне могу бити постављене на контролисани начин, а минска поља настала том приликом могу бити обележена у циљу упозорења цивила. На пример, овакво постављање мина врши амерички систем „Вулкан”, који избацује мине у даљину од 30 до 50 метара; M. Lacey: Passage of Amended Protocol II, The Army Lawyer, March 2000, no. 3, p. 8.

46 Чл. 2(3).

47 Реч је о минама новијег датума које се могу активирати како од стране возила, тако и од стране лица.

противтенковске мине са механизмом против неовлашћеног руковања, а не и мине „двоструке намене“. Сличну изјаву је дао и МКЦК.⁴⁸

Као и његов претходник, Ревидирани протокол II садржи општа ограничења која се односе на обе врсте копнених мина (директно постављене и „сејане“), с тим што су сада та ограничења бројнија (чл. 3). И Ревидирани протокол II забрањује употребу свих мина против цивила или као вид репресалија, наводећи готово идентичне случајеве недискриминаторске употребе ових средстава (ст. 7 и 8). Поред тога, он сада експлицитно забрањује употребу још неких мина, и то: а) мина које изазивају сувишне повреде или непотребне патње; б) мина са механизмом који изазива детонацију само услед приближавања детектора мина;⁴⁹ и в) самодеактивирајућих мина чији механизам против неовлашћеног руковања мином, тј. њеног померања или уклањања, остаје активан и након што је мина онеспособљена за даље функционисање.⁵⁰ Врло је значајна одредба из ст. 2 која уговорницама и странама у сукобу намеће одговорност за све мине које су поставиле, укључујући и обавезу њиховог уклањања, уништавања или одржавања. Тиме је прихваћен принцип „загађивач плаћа“ који одговорност за уклањања мина намеће страни која их је поставила.

Ревидирани протокол II, такође, захтева предузимање мера опреза ради заштите цивила од дејства мина (ст. 10 и 11). Он прецизира да се приликом предузимања тих мера, између осталог, у обзир мора узети утицај мина на локално становништво, могуће мере заштите, примењивост алтернатива, војни значај минских поља.⁵¹ Ст. 11 обавезу претходног обавештења цивилног становништва о постављању „сејаних“ мина садржану у чл. 5(2) Протокол II сада проширује и на директно постављене мине.⁵²

Пошто, упркос снажним иницијативама, Ревидирани протокол II није у потпуности забранио АП мине, у њега су унете само неке нове забране и ограничења ових мина око којих је компромис био могућ (чл. 4, 5 и 6, ст. 2). Тако чл. 4 забрањује употребу свих АП мина које се не могу открити детекторима метала, тј. оних мина које не емитују сигнал који даје 8 грама или више гвожђа у

48 S. Maslen: *Anti-Personnel Mines Under Humanitarian Law: A View from the Vanishing Point*, 2001, Oxford, p. 56.

49 Чл. 3(3 и 5).

50 Чл. 3(6). Сврха овог става је спречавање да самодеактивирајуће мине које су постале безбавне због пражњења њихових батерија наставе да буду опасне услед опремљености дугочасним механизмом против неовлашћеног руковања, чиме постојање самодеактивирајућег механизма губи сваку сврху; M. Lacey, *op. cit.*, p. 10.

51 Став 10.

52 Формулација ове обавезе је сличана као и код Протокола II, па јој се могу упутити исте замерке.

компактној маси.⁵³ На тај начин, стављена је ван снаге употреба мина израђених од пластике и других синтетичких материјала.⁵⁴ Стране уговорнице имају обавезу да у све АП мине произведене после 1. јануара 1997. године фабрички уграђују ту количину метала, а раније произведене мине, пре употребе, модификују додавањем тражене количине гвожђа.⁵⁵ Ова забрана има за циљ олакшавање откривања и уклањања АП мина.

Чл. 5 садржи специјална правила за АП мине које се директно постављају, а чл. 6(2) за „сејане” АП мине.⁵⁶ Овде ће бити размотрена само садржина чл. 5, док ће правила из чл. 6(2) бити представљена у склопу шире анализе правног режима који важи за све „сејане” мине.

Употреба директно постављених АП мина без уређаја за самоуништење⁵⁷ и самодеактивирање⁵⁸ (тзв. дуговечних мина), у начелу је забрањена.⁵⁹ Изузетно, оне се могу користити уколико су цивили на други начин довољно заштићени од дејства тих мина. Сходно првом изузетку, „дуговечне“ АП мине могу бити

53 Ову забрану неки сматрају највећим достигнућем Ревидираног протокола II; S. Maslen: *The Implications of the 1996 Land-mines Protocol for Refugees and the Internally Displaced*, *International Journal of Refugee Law*, Vol. 8, 1996, no. 3, p. 390.

54 Било је предлога да се овај захтев детектабилности примени и на противтенковске мине, али то није прихваћено; M.J. Matheson: *The Revision of the Mines Protocol*, *American Journal of International Law*, vol. 91, 1997, no. 1, p. 164.

55 Стране уговорнице могу одложити извршење ове обавезе, али не дуже од 9 година након ступања Ревидираног протокола на снагу. У том прелазном периоду државе могу користити раније произведене мине које не садрже потребну количину метала, али њихова употреба мора бити смањена у “обиму у ком је то могуће; Технички анекс, пара. 2 (б и ц).

56 Предлог Индије да се у потпуности забране антиперсоналне „сејане“ мине није добио довољну подршку осталих држава.

57 Према чл. 2(10) механизам за самоуништење означава „уграђени или придодати аутоматски механизам који осигурава уништавање муниције у коју је уграђен или којој је придодат“.

58 Према чл. 2(12) самодеактивирање подразумева „аутоматско чињење муниције нефункционалном остварено неповратним трошењем саставних делова битних за деловање муниције, на пример, батерија“. Мине које садрже овакве уређаје називају се „паметним“ минама.

59 Мине морају имати оба ова уређаја и они морају задовољити одређене техничке стандарде, које није било лако усагласити. После тешких преговора између главних актера, постигнут је договор да стопа самоуништења антиперсоналних мина 30 дана након постављања мора бити најмање 90%, док стопа самодеактивирања (заједно са самоуништењем) 120 дана након постављања мора бити најмање 99,9% (пара. 3 Техничког анекса). Као цена за прихватање овако високог степена ефикасности наведених механизма, Русија и неке друге државе су издејствовале прелазни период од 9 година за овакво техничко прилагођавање својих раније произведених мина; M.J. Matheson, *op. cit.*, p. 162.

употребљене на ограђеним и обележеним подручјима⁶⁰ под надзором војног особља, уз додатни услов да страна која је мине поставила то подручје пре његовог напуштања очисти од мина.⁶¹ Поред тога, допуштена је и употреба ових АП мина у максималном трајању од 72 часа и на подручјима која нису ограђена и обележена, уколико су смештена у непосредној близини војних јединица које су их поставиле и ако то подручје надзире војно особље како би се онемогућио приступ цивила (чл. 5, ст. 6).⁶² Наравно, по истеку рока од 72 часа ове мине се морају уклонити или на други начин обезбедити од приступа цивила. Овај други изузетак је допуштен ради извођења војних операција од стране малих група где постоји потреба да се на кратко заштити то људство или важни објекти.⁶³

Чл. 6 садржи посебна правила посвећена минама које се даљински постављају. Забрањена је употреба свих тако постављених мина (АП и ПТ), осим уколико те мине не буду регистроване⁶⁴ и испуне техничке захтеве,⁶⁵ онако како то захтева Технички анекс. Правила о регистрацији су истоветна, док су технички захтеви различито формулисани у зависности да ли се ради о АП или ПТ минама. Антиперсоналне „сејане” мине увек морају имати одговарајуће уређаје за самоуништење и самодеактивирање. Код овако постављених АП мина нису допуштени никакви изузеци попут оних из чл. 5, што значи да је употреба „дуговечних“ даљински постављених АП мина апсолутно забрањена. За разлику од тога, код противтенковских „сејаних” мина захтев за постојањем механизма који скраћују век њиховог деловања није тако строг. Чл. 6(3) забрањује употребу ових мина, осим ако оне нису, „у мери у којој је то могуће”, опремљене ефикасним механизмом било за самоуништење или

60 Пара. 2 Техничког анекса установљава међународни знак за обележавање минских поља и минираних подручја, и то троугао или квадрат црвене или наранџасте боје са жутиим рефлектујућим ивицама на којем се налази неки симбол који указује на опасност од мина и натпис „мине“ на неком од шест аутентичних језика Ревидираног протокола II и језику који преовлађује на том подручју.

61 Према чл. 5(3), страна у сукобу се ослобађа даље обавезе поштовања ова два услова уколико услед непријатељске војне акције изгуби контролу над минираним подручјем, али ако поврати контролу онда та њена обавеза поново оживљава. Уколико противничка страна оствари контролу над тим подручјем, она само има обавезу да спроведу прописане мере заштите (стављање под свој надзор, ограђивање и обележавање), али не и обавезу уклањања мина.

62 Код овог изузетка могу се користити само оне мине које приликом експлодирања избацују фрагменте у хоризонталном луку мањем од 90 степени и које се постављају на тло или изнад њега.

63 W. H. Boothby, *op. cit.*, p. 172.

64 Пара. 1(б).

65 Пара. 3.

самонеутралисање⁶⁶ и самодеактивирајућим механизмом, који онемогућавају функционисање мина када више не служи војној сврси. Уношењем термина „у мери у којој је то могуће“ ова забрана је девалвирана, што представља корак уназад у односу на Протокол II.⁶⁷

Неограничена могућност трансфера мина битно је допринела повећању њихове употребе. Са изузетком оружаног сукоба у бившој СФРЈ, у осталим сукобима вођеним у последње две деценије углавном су употребљаване увезене мине (сукоби у Авганистану, Анголи, Камбоџи, Ираку, или Сомалији, где су извозници били Кина, Италија и државе из ранијег совјетског блока).⁶⁸ Због тога Ревидирани протокол II државама ограничава трансфер мина.⁶⁹ Апсолутно је забрањен трансфер оних мина чију употребу овај уговор не допушта, (чл. 8, ст. 1(а)).⁷⁰ Под домаћај ове забране потпадају: а) све мине које изазивају сувишне повреде или непотребне патње; б) све мине које се активирају само услед приближавања детектора мина; в) све самодеактивирајуће мине чији механизам против неовлашћеног руковања остаје активан и након што је мина онеспособљена за даље функционисање; г) АП мине које садрже мање од 8 грама гвожђа; и д) АП мине које се даљински постављају, а немају ефикасни механизам за самоуништење и самодеактивирање. Мине чији трансфер није забрањен, могу се продати (уступити) само другој држави, али не и недржавним актерима (побуњеници, приватне компаније, теорористи). Поред тога, стране уговорнице не смеју вршити трансфер било које врсте АП мина државама које нису уговорнице Ревидираног протокола II, осим уколико држава прималац не прихвати примену његових одредби.

Ревидирани протокол II посебну пажњу је посветио регистрању података о минама и минским пољима (чл. 9 и пара. 1 Техничког анекса). Овај уговор намеће обавезу регистрације не само претходно планираних, већ свих минских поља, као и минираних подручја и мина. Поред тога, он захтева уношење знатно већег броја података у регистре него што је то случај са Протоколом II. Код регистрања локација директно постављених минских поља, минираних

⁶⁶ Према чл. 2(II) механизам за самонеутралисање значи „уграђени аутоматски механизам који муницију у коју је уграђен чини нефункционалном“.

⁶⁷ S. Maslen, *op. cit.*, p. 392. Иако ПТ мине изазивају мање повреда него што је то случај са АП минама, ипак, њихове штетне хуманитарне последице нису занемарљиве. ПТ мине могу онемогућити доставу хуманитарне помоћи и тако угрозити велики број људи; D. Kaye-S. Solomon: *The Second Review Conference of the 1980 Convention on Certain Conventional Weapons*, *American Journal of International Law*, Vol. 96, 2002, No. 4, p. 931.

⁶⁸ S. Maslen, *op. cit.*, p. 393.

⁶⁹ За ограничење трансфера мина нарочито су се залагале западне државе, док су државе у развоју биле противнице таквог ограничења; R. Rydberg: *Land Mines: Humanitarian Concerns*, *Law and Politics*, ASIL Proceedings, 1996, p. 387.

⁷⁰ Чак није допуштен трансфер мина у другу државу ради њиховог уништавања.

подручја и мина, морају се навести следећи подаци: локација ових места са најмање две референтне тачке и њиховим димензијама; врста, број и начин постављања мина; врста осигурача; и евентуално постојање механизма против руковања. Када су, пак, у питању даљински постављене мине, код њих се захтева одређивање подручја постављања на основу референтних тачака, као и њихов укупан број, врста, време постављања и период самоуништења. Стране у сукобу имају обавезу да све регистроване податке чувају и да их по престанку активних непријатељстава доставе генералном секретару УН и противничкој страни.

Важна обавеза коју намеће Ревидирани протокол II јесте чишћење минских поља и уклањање постављених мина (чл. 10). Ова обавеза се мора извршити одмах по престанку активних непријатељстава. Уколико се мине више не налазе под контролом државе која их је поставила, она мора обезбедити техничку и материјалну помоћ држави под чијом контролом се мине сада налазе, уколико потенцијални прималац на ту помоћ пристане.

Ревидирани протокол II има одређена побољшања у односу на верзију из 1980. године. Најпре, његова примена је проширена и на немеђународне оружане сукобе, што је врло значајно пошто су копнене мине у последње време претежно употребљаване баш у таквим сукобима. Даље, Ревидирани протокол II битно сужава могућност примене мина без механизма за самоуништење и самодеактивирање, а потпуно забрањује мине са механизмима који отежавају њихово уклањање. Такође, и одредбе о регистрацији и уклањању мина су напредније у односу на ранија решења. На крају, Ревидирани протокол, поред забрани и ограничења употребе копнених мина, садржи и ограничења њиховог трансфера. Ипак, Ревидирани протокол II још увек даје значајну предност војној потреби у односу на захтеве човечности. Ни он се није успешно изборио са проблемом неразликујућег дејства које је неизоставна последица употребе мина.⁷¹

4. ОТАВСКА КОНВЕНЦИЈА

Због ограниченог домашаја правила о АП минама садржаним у протоколима усвојеним уз Конвенцију о конвенционалном оружју, средином 90-тих година прошлог века покренута је широка кампања за потпуну забрану те врсте мина. Током 1997. године проблем АП мина био је предмет разматрања у два одвојена форума и то у „Отавском процесу” и у оквиру Конференције за разоружање у Женеви.⁷² Први форум је имао хуманитарни приступ овом проблему, док је Конференција за разоружање том проблему приступала са аспекта разоружања.⁷³ Већи број држава се приклонио преговорима у оквиру

71 А. Н. Petrarca, *op. cit.*, p. 238.

72 Опширније о томе видети: Z. Lachowski, *The CD and The Ottawa Process: Rivals or Partners?*, UNIDIR NewsLetter, 1997, No. SI 3/97, pp. 10-15.

73 Z. Lachowski, *The ban on anti-personnel mines*, SIPRI Yearbook, Armaments, Disarmament and International Security, 1998., p. 546.

„Отавског процеса”, што је резултирало брзим усвајањем Конвенције о забрани употребе, складиштења, производње и промета антиперсоналних мина и о њиховом уништавању, позната под скраћеним називом Отавска конвенција.

Због замерки упућених Ревидираном протоколу II, Отавска конвенција приликом дефинисања АП мина изоставља реч „првенствено” и под овим оружјем подразумева „мине које су намењене да експлодирају услед присуства, близине или контакта са особом и да онеспособе, ране или убију једну или више особа.” Дефиницијом из Конвенције су обухваћене и импровизоване направе створене адаптацијом друге муниције да функционише као АП мина.⁷⁴ Осим тога, Конвенција даје и негативно одређење АП мина, истичући да „мине конструисане тако да се активирају у присуству, близини или у контакту са возилом а не са особом, које су опремљене уређајима против неовлашћеног руковања, не сматрају се због тог својства антиперсоналним минама”.⁷⁵ Конвенција се такође не односи на експлозивне направе које се активирају даљинском командом, а не услед простог присуства, близине или додира са особом.

Забрана употребе АП мина је централна забрана у Конвенцији. Стране уговорнице су преузеле обавезу да „никада ни у каквим околностима неће користи антиперсоналне мине.” Оваква формулација подразумева забрану употребе мина у међународним оружаним сукобима, немеђународним оружаним сукобима, као и у доба мира, укључујући ту и унутрашње немире и тензије. То значи да је употреба АП мина забрањена у сваком оружаном сукобу, а исто тако, и када сукоба нема (на пример, за заштиту државних граница или војних објеката у миру). Током преговора било је и другачијих ставова по овом питању. Неки су предлагали да се употреба АП мина допусти „у изузетним околностима”, или да се њихова употреба дозволи још неко време након ступања Конвенције на снагу (тзв. прелазни период). Међутим, сви ти предлози су одбијени јер би допуштање било каквих изузетака представљало поткопавање читаве Конвенције.⁷⁶

Поред забране употребе, Отавска конвенција садржи и низ других забрана у погледу АП мина. Ранија пракса је показала да сама забрана употребе неког оружја није била довољна да спречи коришћење тог оружја. Државе су, кршећи уговорне обавезе, прибегавале употреби забрањеног оружја које су поседовале на залихама. Другим речима, државе нису одолеле изазову да у

⁷⁴ ICRC, Summary of Convention on the Prohibitions of the Use, Stockpiling, Production and Transfer of Anti-personnel Mines and on their Destruction, Geneva, 1997, p. 1.

⁷⁵ Конвенција под изразом уређај против неовлашћеног руковања подразумева „уређај намењен да заштити мину, који је део ње, повезан с њом, причвршћен за њу или је постављен испод мине, а који се активира када се покуша неовлашћено руковати мином или се мина на други начин намерно помери”.

⁷⁶ S. Maslen, P. Herby, An international ban on anti-personnel mines: History and negotiation of the “Ottawa treaty”, International Review of the Red Cross, 1998, No. 325, p. 702.

неким ситуацијама употребе оружје које поседују, иако је то представљало кршење њихове међународне обавезе. Отавска конвенција је, попут неких ранијих међународних уговора,⁷⁷ тежила да установљењем ширег круга забрана државама и фактички онемогући употребу забрањеног оружја.

Отавска конвенција забрањује развој и производњу АП мина. Забраном развоја државама је онемогућено усавршавање постојећих или развијање нових модела АП мина. Забрана производње је свакако морала наћи место у Конвенцији јер се њоме спречава даље увећање броја АП мина у свету, а самим тим и могућност њихове употребе. Међутим, због непостојања ефикасног механизма надзора, постоји бојазан да забрана производње АП мина буде изиграна,⁷⁸ а тај страх додатно увећава допуштеност производње ПТ мина.

Отавска конвенција забрањује и промет АП мина како се не би ширио круг држава које их поседују. Забрана промета обухвата извоз и увоз, као и пренос власништва без преласка мина преко границе. Контрола промета АП мина је доста проблематична због њихових малих димензија и лаке преносивости. Контролу промета отежава и чињеница да се значајан део промета овог оружја (као и осталог лаког наоружања) врши на црном тржишту.⁷⁹ Од забране промета предвиђена су два изузетка, и то: а) промет мина у циљу њиховог уништавања, и б) промет мина потребних за обуку намењену откривању, уклањању и уништавању АП мина.⁸⁰

Државама уговорницама Конвенције забрањено је да поседују и складиште АП мина. Овим забранама се отклања могућност евентуалне употребе ускладиштених мина у неком будућем оружаном сукобу.

Поред забране стварања будућих залиха, државе имају обавезу да униште постојеће залихе ових мина (чл. 4. Конвенције). Та обавеза се мора извршити у року од 4 године од ступања Конвенције на снагу за дотичну државу. Ради поштовања овог рока, држава од осталих уговорница може затражити помоћ, а оне су у обавези да, у складу са својим могућностима, ту помоћ пруже. Обавеза уништавања мина се може извршити самостално или ангажовањем неке друге државе или приватне компаније. Државама је допуштено да задрже мањи број АП мина потребних за обуку намењену откривању и уклањању мина или за усавршавање технологија за њихово уништавање (чл. 3).

⁷⁷ Конвенција о забрани развоја, производње и стварања залиха бактериолошког (биолошког) и токсичног оружја и о њиховом уништавању (1972) и Конвенција о забрани развоја, производње, складиштења и употребе хемијског оружја и о његовом уништавању (1993).

⁷⁸ T. Findlay: Verification of the Ottawa Convention: Workable Hybrid or Fatal Compromise?, Disarmament Forum, 1999, No. 4, p. 52.

⁷⁹ Ibid., p. 53.

⁸⁰ Чл. 3. Може се видети да за разлику од Ревидираног протокола II, Конвенција допушта трансфер мина у другу државу ради њиховог уништавања.

Отавска конвенција државама намеће одређене обавезе усмерене на отклањање последица раније употребе АП мина. Те обавезе се састоје у уништавању мина које се налазе у минираним зонама и пружању помоћи жртвама АП мина (чл. 5 и 6).

Обавеза уклањања мина из минираних зона⁸¹ лежи на држави под чијом се јурисдикцијом или контролом те зоне налазе, без обзира ко је те мине поставио. Она мора уклонити мине које су поставиле њене или савезничке оружане снаге, али и оне које је поставила непријатељска страна. Држава мора уклонити мине не само на сопственој, већ и на окупираној територији.⁸² Такође, обавеза уклањања мина постоји и за територије унутар државних граница које устаници привремено контролишу, с тим што ту обавезу држава може извршити тек по успостављању контроле на тим делом своје територије.⁸³ Уколико се деси да се у минираној зони налазе и АП и ПТ мине, страна уговорница има само обавезу да уклони АП мине. Државе су дужне да постављене мине уколоне у што краћем року, а најкасније 10 година по ступању Конвенције на снагу за дотичну државу. На захтев стране уговорнице тај рок може бити продужен више пута. Као и код уништавања складиштених мина, државе су дужне, уколико су у могућности, да другим уговорницама пруже потребну помоћ.

Чл. 6(3) прописује да државе уговорнице, уколико то могу, треба да пруже помоћ жртвама АП мина. При томе се не мисли само на помоћ за хируршке интервенције и физичку рехабилитацију, већ и помоћ потребну за друштвену и економску реинтеграцију жртава. Стране уговорнице ту помоћ треба да пруже не само својим држављанима, већ и жртвама у другим државама. Међународна помоћ се може пружити на билатералној основи или посредством ОУН, Међународног комитета Црвеног крста и других хуманитарних организација.

Отавска конвенција представља значајан допринос елиминацији АП мина. Међутим, и њој се могу упутити одређене замерке. Велики број уговорница уопште није погођен проблемом АП мина, док Конвенцију још увек нису ратификовале државе које поседују огромне количине овог оружја (Кина, Русија, САД, Пакистан, Индија). Њен значајан недостатак представља и непостојање ефикасног верификационог механизма. За разлику од новијих уговора о контроли оружја и разоружању којима се установљавају посебне организације за вршење надзора над поштовањем преузетих обавеза,⁸⁴ Отавска конвенција то не чини.

81 Под минираним зоном Конвенција (чл. 2, ст. 5) подразумева „зону која је опасна због присуства или сумње да су присутне мине”.

82 ICRC: Banning anti-personnel mines: The Ottawa treaty explained, Geneva, 1998, p. 7.

83 S. Maslen-P. Herby, op. cit., p. 706.

84 На пример, **Конвенција о забрани** развоја, производње, складиштења и употребе **хемијског** оружја и о његовом уништавању из 1993. године.

5. ЗАКЉУЧАК

Копнене мине су врста класичног оружја које представља велику опасност за цивиле не само током оружаних сукоба, већ и деценијама по њиховом окончању. Временом су створена одређена правила међународног права која значајно ограничавају употребу ових мина. Пошто су обичајна правила у овој области прилично уопштена и показала се недовољним, наметнула се потреба за усвајањем посебних међународних уговора посвећених копненим минама. Три усвојена уговора значајно су поправила стање у овој области. Ипак, треба рећи да постојање три уговора који регулишу копнене мине доводи до стварања различитих правних режима у зависности од тога које су споразуме дотичне државе ратификовале.

Највећи успех је постигнут код АП мина. Отавском конвенцијом у потпуности је забрањена њихова употреба, али је наметнут и широк круг других обавеза које треба да допринесу поштовању те забране или да отклоне последице раније употребе. Ипак, значајан проблем представља чињеница да ову конвенцију није ратификовало више од тридесет држава, међу којима су и оне које поседују огромне залихе ових мина.

Када су у питању ПТ мине, ситуација је још увек незадовољавајућа. Иако су Протокол II и Ревидирани протокол II увели значајна ограничења и забране у погледу ових мина, још доста тога се треба побољшати. Уколико се већ не може постићи потпуна забрана као што је то случај са АП минама, треба макар настојати да се у елиминише употреба „сејаних“ мина и мина које на садрже механизам за самоуништење и самодеактивирање.

Doc. Nebojša Raičević, LL.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Niš

THE STATUS OF LANDMINES IN INTERNATIONAL HUMANITARIAN LAW

Summary

Due to serious humanitarian problems caused by landmines, the international community has adopted three international treaties containing a number of prohibitions and restrictions on this kind of conventional weapons. The use of landmines was first restricted by Protocol II on Prohibitions or Restrictions on the Use of Mines, Booby-Traps and Other Devices (1980), which was subsequently amended in 1996. The 1980 Protocol adopted the same restrictions for anti-personnel and anti-tank mines but, in practice, these restrictions proved to be inadequate for eliminating harmful humanitarian effects. The 1996 Amended Protocol brought some improvements in comparison to the initial version of this treaty. This Protocol contains special more stringent provisions on the use of anti-personnel mines, and brings additional restrictions on the use of remotely delivered mines. It has also significantly improved the rules on recording minefields for a later removal of landmines. The largest step forward was made by the adoption of the Ottawa Convention on the anti-personnel mines which explicitly prohibits the use of these mines, their stockpiling, production and transfer, and imposes the obligation to destroy the existent stocks.

Key words: *landmines, anti-personnel mines, anti-tank mines, remotely delivered mines, Protocol II, Amended Protocol II, Ottawa Convention*

ВРЕДНОСНА „МЕТАМОРФОЗА“ ПРАВА

Апстракт: Вредносна „метаморфоза“ права представља прелаз из чистог правног позитивизма, израженог у пукој форми права, у аксиолошко посматрање права као науке, и као друштвеног феномена који се свакодневно „дешава“.

Вредносна „метоморфоза“ права представља и аксиолошко препознавање стварности и вредности које се сједињене налазе у правној норми, а која „пролази“ кроз векове правног позитивизма.

Кључне речи: вредности, право, правни позитивизам, метаморфоза.

УВОД

У Немачкој, фебруара 1906. године Херман Канторович (*Hermann Kantorowicz*), даје овакву слику правника, то је: „виши државни чиновник с академским образовањем, седи у својој собици наоружан само једном машином за мишљење, наравно, једном од најизврснијих. Једини намештај те собице јесте један зелени сто на којем пред њим лежи државни закон. Човек му даде какав било случај, стварни или само измишљени, и сходно својој дужности он ће бити кадар да помоћу чисто логичких операција и једне тајне технике, само њему схватљиве, с апсолутном егзактношћу покаже решење које је законодавац предходно одредио у законику“.¹ Оваквој слици правника данас додајемо само још рачунар који стоји испред њега и ништа више. Такав правник не преиспитује закон, он не пита зашто, и где лежи обавезујућа снага прописа који ваља да примени. Он само следи пропис и не чини ништа више. Баш зато је и потребна вредносна „метаморфоза“ права.

Све је ово прочитовано у питању: „да ли слободарска, секуларизована држава живи од нормативних претпоставки које она сама не може да гарантује“.² Ово јесте прочитовано у том питању, али за основ вредносне „метаморфозе“ права

1 Х. Канторович, *Борба за правну науку*, Досије, Београд, 2006, 7.

2 Ј. Хабермас, Ј. Рацингер, *Дијалектика секуларизације*, Досије, Београд, 2006, 15.

ми прихватимо да: „Ако људско срце није добро, онда ни једна друга ствар не може постати добра“ (Јозеф Рацингер – папа Бенедикт XVI / *Joseph Ratzinger – Benedictus PP. XVI*). Јер ми: „Сасвим инстинктивно захтевамо да човек буде добар“.³ Зато су друштво и држава „у обавези да на посебан начин стално теже истини, да је поштују и да одговорно о њој сведоче“.⁴

1. ЗАШТО ВРЕДНОСНА „МЕТАМОРФОЗА“ ПРАВА?

Поставку за размишљање о разлозима вредносне „метаморфозе“ права налазимо у ставу да: „Ми презиремо свештеника који проповеда против свог уверења, али поштујемо судију који се својим супротним правним осећањем не да завести на погрешан пут у својој верности закону“.⁵

Али, упркос оваквом свом размишљању из 1914. године, Густав Радбрух (*Gustav Radbruch*) био је сведок потпуног „поверења“ у закон и прописе државе свога доба која је изнедрила „необично“ велике злочине, али се почетак тих и таквих злочина, баш и налазио у „немоћи“ правничког сталежа и његовом апсолутном „предавању“ закону, што он и описује следећим речима: „Својим уверењем „закон је закон“, позитивизам је разоружао немачки правнички сталеж према законима са самовољном и злочиначком садржином. При том позитивизам уопште није у стању да властитом снагом образложи важење закона“.⁶

Питање је, зашто је Радбрух морао да ово увиди тек након како то Артур Кауфман (*Arthur Kaufmann*) назива „*izkustva pred Damaskom*“?⁷ У том питању лежи трагика човека и његовог права, као и неопходна потреба за вредносном „метаморфозом“ права.

Шта подразумевамо под вредносном „метаморфозом“? Ради се о преображају идеје права коју нам даје правни позитивизам у својој искључивости, у идеју права која је за своју основу прихватла вредност.

Људска цивилизација и развој идеје права јасно указује на раздвајање нашег мишљења о томе шта је право, и шта је основа идеје права. Истовремено се у тако постављеној и у својој поставци подељеној правној теорији констатује да: “The concept of law is of great importance, and we cannot be certain that we already have a clear concept of what law is. Why should this be so? Why should there be so much dispute, both theoretical and practical, about, say, whatever the law is whatever the sovereign says it is, or whether it is what the highest court in the land has most

3 А. Либерт, *Идеја моралног*, Досије, Београд, 2006, 5.

4 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења Католичке цркве*, Београд, 2006, 105.

5 Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд, 2007, 42.

6 Ibid., 18.

7 А. Kaufmann, *Uvod v filozofijo prava*, Cankarjeva založba, Ljubljana, 1998, 122.

recently pronounced it to be?”⁸ Као и да: “Different answers to the question “What is law?” will no doubt seem appropriate to different people depending on one’s individual perspective, whether that of ordinary citizen, judge, or legislator. An ordinary citizen who sees the law as an alien presence, a bare-knuckled expression of the overwhelming power of the state, will no doubt have a different concept of what law is from the citizen or official who acknowledges the moral authority of the state and sees law as a collective expression in which everyone can participate.”⁹

У таквој подели „снага“ правни позитивизам схвата вољу државе и њену силу као свеколики извор права, те самим тим држи да је то основ обавезујуће снаге права. Зато што: „When we study law we are not studying a mystery but a well known profession. We are studying what we shall want in order to appear before judges, or to advise people in such a way as to keep them out of court“.¹⁰

Овакво мишљење наћи ће своје упориште у схватању Бенџама (Jeremy Bentham), који је и сам био позитивиста, те је сматрао, да се само у правно-позитивистичком мишљењу могу наћи објективни стандарди постојања права: „Unnatural, when it means any thing, means unfrequent: and there it means something; although nothing to present purpose... All it can serve to express is, the disposition of the person who is talking of it: the disposition he is to be angry at the thoughts of it... The mischief common to all these ways of thinking and arguing (which, in truth, as we have seen, are but one and the same method, couched in different forms of words) is their serving as a cloke, and pretence, and alimnt, to despotism: if not a despotism in practice, a despotism however in disposition: which is but too apt, when pretence and power offer, to show itself in practice“.¹¹

Дакле, „метаморфоза“ права, коју прихватамо и заступамо, покушава да из идеја које нам је усадио Творац развије једно апсолутно вредносно довршено право, и не гради од државе идола кога ваља обожавати. Пажњу правног позитивизма, изазива само воља суверена и власти која је изражена кроз правну норму, и зато он и одбацује могућност да: “spirit of man is the lamp of God. Jer: „For the Apostle says (Rom. Vii. 23): I see another law in my members, etc“.¹²

На тај начин: „The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors“.¹³ И: „If you want to know the law and nothing else you must look at it as bad man, who cares only

8 C. Johnson, *Philosophy of Law*, New York, 1993, 1.

9 Ibid., 2.

10 O. W. Holmes, Jr, *The Path of the Law*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 45.

11 J. Bentham, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1789, Chap. II, Para. XIV, n. 1 in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 4.

12 St. T. Aquinas, *Treatise on Law*, Excerpts from *Treatise on Law*, Questions 90-91, 94-96 of *Summa Theologica*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 14.

13 J. Austin, *Law as the Sovereign’s Command*, from: *The Province of Jurisprudence Determined*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 31.

for the material consequences which such knowledge enables him to predict, not as a good one, who finds his reasons for conduct, whether inside the law or outside of it, in the vaguer sanctions of conscience¹⁴. Дакле, тежња позитивноправне науке је да се право сазна онакво какво старно јесте, а не онакво какво би требало бити по нечијем вредносном суду.

Да би одредили понашање субјеката према правним нормама неопходно је, сматра се у оквирима правног позитивизма, да се најпре укаже на терминолошку збрку коју изазивају термини који у себи носе поље недовољне одређености, а вредносног су порекла. Јер: „The law is full of phraseology drawn from morals...“¹⁵. Тако су на, на пример, изрази праведан или неправедан, добар и лош, узети из аксиолошког речника и најчешће се користе у научној и свакодневној похвали и осуди права и људи. А, овакво коришћење аксиолошког речника узрок је непрецизног одређења појма. Дакле, оштро се критикује претерана и олака употреба вредносних израза приликом посматрања права.

А онда се и може заузети став да: „Laws and other commands are said to proceed from superiors, and to bind or oblige inferiors“¹⁶. Након тога се тражи нова религија, нови пролазни мит јер: „Слабију стада потребна је посебна митска творевина која треба да прикрије зјапећу празнину...“¹⁷. Ову празнину покушала је да попуни формалистичка мисао која кулминира са Келзеном (*Hans Kelsen*): „Therefore, then, a definition of law, which does not determine law as coercive order, must be rejected (1) because only by including the element of coercion into the definition of law is the law clearly distinguished from any other social order; (2) because coercion is a factor of great importance for the cognition of social relationships and highly characteristic of the social orders called „law“; and, (3) particularly, because by defining law as a coercive order, a connection is accounted for that exists in the case most important for the cognition of the law, the law of the modern state: the connection between law and state“¹⁸.

За правни позитивизам било је нарочито важно да се ослободи било какве везе са вредностима, што ће се остварити у учењу Ричарда А. Познера (*Richard A. Posner*), који сматра, да филозофија морала нема шта да понуди ученим правницима или судијама у доношењу пресуда или у стварању правних доктрина. Образовани људи који су прихватили учење филозофије морала за разлику од оних који нису под њеним утицајем понашају се, према његовом мишљењу, мање морално. Морално теоретисање, не ставља добру основу за

14 Ibid., 7.

15 O. W. Holmes, Jr, *The path of the Law*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 47.

16 J. Austin, *Law as the Sovereign's Command*, from: *The province of Jurisprudence Determined*, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 37.

17 X. Хелер, *Правна држава или диктатура?*, Досије, Београд, 2011, 18.

18 H. Kelsen, *Law as a Normative Order*, from: *The Pure Theory of Law*, 1967, in: C. Johnson, *Philosophy of Law*, 66.

моралне судове и не може да од нас начини боље људе.¹⁹ Чак и када оно створило ваљану основу за моралне судове, ови не би смели да буду употребљени код доношења правних одлука. Тада правна питања не би требало проучавати из угла филозофије морала, већ их ваља посматрати са прагматичког становишта.

Овакви ставови правног позитивизма и моралног релативизма навели су нас да прихавтимо потребу за вредносном „метаморфозом“ права.

2. АСПЕКТИ ВРЕДНОСНЕ „МЕТАМОРФОЗЕ“ ПРАВА

У време владавине правног позитивизма, да би право повезали са вредностима, неопходна нам је вредносна „метаморфоза“ права. Ова вредносна „метаморфоза“ права за нас представља једну врсту *Der Kampf un dei Rechtswissenschaft*.²⁰

Вредносној „метаморфози“ права неприхватљиво је становиште правног позитивизма, према коме се свако посматрање права као вредности проглашава ненаучним, при чему се свесно остаје само на нормативном и догматичком изучавању права. А ова „метаморфоза“ потребна је да остварили вредносну основу за стварање, разумевање и критику права. Правна наука мора да предлаже вредносне садржаје правног поретка, а не да право и њего садржај, остави вољи суверена. Нама је потребна таква правна наука и такво право, а не нови мит, који су нудили сви знани диктатори: „Ми смо створили наш мит. Тај мит је вера, страст. Није неопходно да буде ставрност...“.²¹ Ово су биле Мусолинијеве (*Benito Mussolini*) речи неколико дана пре фашистичког марша на Рим, наводи Херман Хелер (*Hermann Heller*).

Зашто не говоримо о компромису са правним позитивизмом, већ о апсолутној вредносној „метаморфози“? Разлог за ово налазимо у реченици Алберта Ајнштајна (*Albert Einstein*): „Пазите се трулих компромиса“.²² Историја је показала да је сваки компромис са вољом владара, као извором права постао основ свеколиког зла које се након тога десило. Јер: „Тамо где право не би било ништа друго до вођина заповест, остало би необјашњено обавезивање и самог вође путем права...“.²³ Наше искуство даље говори о произвољности наших одлука, које почивају на произвољности и самовољи, јер: „Тек у другој епоси живота, пад човечанства одвео је до лека самовољно створених института, на име до државе и њеног унутрашњег уређења. По том схватању, држава и право су

19 R. A. Posner, *The Problematics of Moral and Legal Theory*, London, 2002, 3.

20 На свој начин и у истоименом делу *Der Kampf un dei Rechtswissenschaft* Херман Канторович (*Hermann Kantorowicz*), који је додуше ово дело објавио под псеудонимом Gnaeus Flavius 1906. године, започиње своју борбу за право.

21 Х. Хелер, *Правна држава или диктатура*, 18.

22 А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, Албатрос плус, Београд, 2011. 9.

23 Г. Радбрух, *Правни и други афоризми*, 7.

толико далеко од тога да буду изворне, нужне, човековој природи одговрајуће и помоћу ње и с њом постојеће установе да нам се, напротив, показују као својевољне, свесне творевине човека, творевине не наше боље природе, већ наше искварености, позване не толико да помогну наше одређење колико да спрече наш даљи пад²⁴.

Како исправити такве недостатке наших „производа“ као што је држава која почива на таквом праву? Ми видимо правац, пут изласка из такве „правне учмалости“ у вредносној „метаморфози“ читавог права. Када ово кажемо, мислимо заиста на одвајање права од воље, или прецизније од самовоље човека, односно групе на власти, која додуше до власти може доћи и на сасвим легалан начин, на који су и многи творци тоталитарних држава долазили на власт.

Шта то вредносна „метаморфоза“ настоји да оствари? Додуше с позитивистичке разине то ће одмах бити означено као чист утопизам или „изгубљени рај“, али ми верујемо да „се историја, поготову историја права не састоји у тужном развоју све дубљег пада, него у постојаном напредовању развоја ка све већем савршенству“²⁵. Ми то савршенство налазимо у једноставном споју вредности и стварности који се може остварити у правној норми.

Правна норма као основ постојања права место је сусретања стварности и вредности. Такву правну норму ваља поставити за темељ права. Јер, се преко ње може остварити да вредности које стоје изнад нас, самим тим што су дате од Творца, буду унете и „правно оживотворене“ путем или преко правне норме. Тада вредности могу да задобију правно „рухо“ и да постану основ обавезујуће снаге правне норме, која је до тада почивала само на санкцији као основу своје обавезујуће снаге, што је краткотрајно. Ову краткотрајност правних норми показују најбоље нестални правни системи садашњег света, јер је: „свако позитивно право мртво слово, маса без душе ...“²⁶ Ту „масу без душе“ може само да промени у квалитету вредносна „метаморфоза“ права. Јер, само вредности могу да буду основ постојања и испуњења сврхом права, све остало је релативно, произвољно и нестално. Јер ће тек с вредностима право престати да буде предмет „труљења“. Овоме може да помогне и промена односа према јуриспруденцији којом се „не треба бавити као до сада, бавити као с вербалном науком, да се њен посао не исцрпљује у тумачењу утврђених речи, него да је она вредносна наука која је у служби сврха социјалног живота“²⁷. Ово потврђује и став да ниједна наука не може да буде вредносно неутрална, јер ће се наши судови тада свести на пуко чињенично описивање стања ствари. А тада се јавља у једном тренутку наког година апологетских тонова „подозривост права

24 J. J. Бахофен, *Природно право и историјско право*, Досије, Београд, 2008, 12.

25 Ibid., 14.

26 J. J. Бахофен, *Природно право и историјско право*, 7.

27 X. Канторович, *Брба за правну науку*, 91.

праву²⁸ и „побуна против права“²⁹. Ово зато што се такво право „не појављује више као израз праведности која је у служби свих, већ као производ самовоље, као неосновано присвајање права од стране оних који уз то имају још и моћ“.³⁰

Дакле, правна наука и филозофија права имају вредносни задатак. Заправо, ваља одредити „крајње формалне сврхе права, његов положај у царству културних вредности, његов утицај на начин живота...“.³¹ Ово зато што је право „спољашње регулисање људског понашања ради успостављања садржински вредносног стања“.³² Ми овим желимо да учинимо, по Ласковим (*Emil Lask*) речима, оно што Хегел одбија да учини „корак од појма вредности ка појму норме“.³³

Самим тим наша научна и практична деланост не може бити вредносно неутрална јер „ако је истина вредност, онда субјектова карактеристична теоријска делатност, сазнавање, не може бити пасивно понашање без суделовања, оно напротив, мора бити заузимање става према вредности, практичка делатност у којој је положено нешто од моралног поштовања вредности“.³⁴

На оваквој вредносној поставци права инсистира и Лео Штраус (*Leo Strauss*), када каже: „The prohibition against value judgements in social science would lead to the consequence that we are permitted to give a strictly factual description of the overt acts that can be observed in concentration camps and perhaps an equally factual analysis of the motivation of the actors concerned: we would not be permitted to speak of cruelty“.³⁵ Ово нас баш и уводи у оно стање које Штраус и назива „bitter satire“.³⁶

Вредносна „метаморфоза“ права омогућава да ствари назовемо својим именом, да се не ограничимо на једноставно понављање чињеничног стања, већ да одемо корак напред те да критички процењујемо оно што видимо, јер: „The rejection of value judgements endangers historical objectivity. In first place, it prevents one from calling a spade a spade“.³⁷ А право припада „царству смисаоних творевина, стварности условљене вредностима...“.³⁸

28 J. Хабермас, J. Рацингер, *Дијалктика секуларизације*, 35.

29 Ibid.

30 Ibid.

31 Е. Ласк, *Филозофија права и краћи списи*, Досије, Београд, 2005, 19.

32 Ibid., 34.

33 Ibid., 74.

34 Ласк, *Филозофија права и краћи списи*, 82.

35 L. Strauss, *Natural right and history*, Chicago & London, 1992, 52.

36 Ibid., 52.

37 Ibid., 61.

38 J. Биндер, *Прилог учењу о појму права*, Досије, Београд, 2008, 27.

Разлог за овакву поставку налазимо у историјском искуству. Историјско искуство нам говори да основ обавезујуће снаге мора бити нешто постојаније од воље суверена. Та воља је толико непостојана да не може да буде основ нечега што желимо да траје и обавезује. Јер: „According to Mao Tse-tung 'Political power grows out of the barrel of a gun,' Similarly, Stalin was alleged to have asked at the Potsdam Conference 'Mr Churchill, how many divisions did you say the Pope had?' But the Papacy continues while, in different ways, the communism of Mao and Stalin has been abandoned by both the Soviet Union and China. Military might has proved an inadequate defence for their ideas“.³⁹

Овакав став нам потврђује да правни системи који не почивају на вредностима немају дуготрајност, те да се неће урушити јер нису довољно централизовани, већ зато што нема вредности у њиховој основи. До њиховог урушавања не долази због мањка правне ефикасности, већ због недовољно достигнутог, прихваћеног и заштићеног нивоа вредности.

Обавезујућа снага права не може да почива на „the barrel of a gun“, већ на вредностима које су дате од Творца, те нас самим тим још више обавезују. Наше прихватање те уношење у правни систем који градимо, или наше одбијање те заснивање правног система на нечем другом, потпуно је слободно. Наравно иза овакве слободе следи и прихватање последица оваквих одлука.

Дакле, следећи разлози нас наводе на неопходност вредносне „метаморфозе“ права:

- непостојаност правних система;
- одсуство вредности у праву;
- необразложена обавезујућа снага правних норми постојећих система права;
- неиспитивање основа правила понашања, заповеди, намењених људима, путем диспозиције;
- отворено питање да ли правни системи могу да почивају на страху од санкција, као и питање шта ће се десити са поштовањем правних норми, односно диспозиције правне норме, у случају одсуства санкције или страха од ње;
- и за крај потврђивање става Св. Томе Аквинског да је право створено за зле и опаке.

ЗАКЉУЧАК

Позитивно-правни приступ праву и правној норми не може да оствари потребе човека за правом испуњеним вредносним садржајем, те човек сам по себи захтева вредносну „метаморфозу“ права. Ово захтева, јер се у свом правном формализму не може наћи ваљан темељ права, те је зато потребна вредност.

³⁹ W. L. Miller, S. White, P. Heywood, *Values and Political Change in Postcommunist Europe*, London, 1998, 3.

Тако апсолутно утемељење права ми налазимо у вредностима и вредносној „метаморфози“ права. Ова „метаморфоза“ је заправо коначно прихватање апсолутних вредности датих од Творца, те њихово коначно уношење у правне системе које ми градимо.

Ако се ипак, уз сво противљење и одбојност правног позитивизма према вредностима, и догоди вредносна „метаморфоза“ права, неће бити потребе за питањем: „Да ли право може да истисне вредности?“ Ово зато што су вредности фундамент сваког односа, те самим тим и правног. Право у којем је изведена вредносна „метаморфоза“ постаће брана против самовоље у држави.

Вредносна „метаморфоза“ не одбацује оно што јесте, али трага даље и иде за оним шта треба да буде, и тиме жели да превазиђе јаз између *Seine* и *Sollen*. Тако вредности постају мотивациона снага, те основ обавезујуће снаге правне норме. Ово нам омогућава да прави не сведемо само на нормативну технику изражену кроз процедуру и форму. Ово нам омогућава да праву приступимо на критички начин, те да га вредносно процењујемо.

Јер се правна норма не доноси због приповедања, већ због заповедања. У овом крајње позитивистичком ставу ми и налазимо упориште за вредносну „метаморфозу“ права. Јер, ако је правна норма заповед, с чим се слажемо, онда је јако важно истражити садржину те заповеди, која је још и обезбеђена санкцијом од државе.

Три су кључна момента вредносне „метаморфозе“ права:

- вредносна „метаморфоза“ у процесу стварања права;
- вредносна „метаморфоза“ у процесу примене права и
- вредносна „метаморфоза“ у процесу критике постојећег права.

У зависности од овога ми и можемо да говоримо о два правца развоја права и правних система: правац ка вредностима, правац ка просперитету и ваљаном правном систему и правац ка тоталитаризму, који почива на правилу наредба је наредба. Оно што остаје као задатак јесте започињање и свакако окончање вредносне „метаморфозе“ права како би се омогућио опстанак друштва, његове државе и његовог права.

Marko Trajkovic LL.D.

Assistant Professor, Faculty of Law, Niš

THE VALUE “METAMORPHOSIS” OF LAW

Summary

The value “metamorphosis” of law presents the change from the pure law positivism, expressed in the pure form of law, into the axiological view of the law as the science, as well as a social phenomenon “happening on the daily basis”. Value “metamorphosis” of law presents the axiological recognition of the reality and the values which are gathered in the legal norm which “has been passing” through the centuries of the legal positivism.

Key words: *values, law, legal positivism, metamorphosis*

Др Гоце Наумовски, ванредни професор
Правни факултет Јустинијан први,
Универзитета Св. Кирило и Методије, Скопље
Проф. др Владо Бучковски, редовни професор
Правни факултет Јустинијан први,
Универзитета Св. Кирило и Методије, Скопље
Др Марија Игњаатовић, доцент
Правни факултет Универзитета у Нишу
Маја Симоновска, асистент
Правни факултет Јустинијан први,
Универзитета Св. Кирило и Методије, Скопље

UDK: 347.459(37:497.7)

ПОТВРДА КОНЦЕПТА РИМСКОГ ДЕПОЗИТА У САВРЕМЕНОМ МАКЕДОНСКОМ ПРАВУ

Апстракт: У раду је обрађен историјски разбој уговора о депозиту у антици. Историјска анализа депозита у античком праву уопште, указује да и поред постојања облика депозита у праву далеког истока и старе Грчке, депозит као сложена и развијена форма се дефинише тек у старом Риму.

Други део рада садржи осврт на уговору о депозиту у праву републике македоније. Посебно је анализирана правна природа права и обавезе страна уговорница и средства за заштиту. Направљена је и паралеле између римског депозита и савременог уговора о депозиту. На крају, презентовани су одговарајући закључци о значају, важности и развоју депозита и његовој даљој примени у праву.

Кључне речи: Уговор о депозиту, историјска анализа, римско право, савремено право.

1. Introduction

Le contrat Romain de dépôt (*depositum*) est intéressant pour son étude du point de vue de plusieurs aspects. Avec d'autres véritables contrats romains, à l'exception du prêt¹, un accord a été *depositum* étroitement liée à la *bona fidei* principe. ² C'est par cela que cet accord a trouvé sa place dans le spectre de la régulation des rapports de propriété.

Dans le cadre de la justice en République de Macédoine, la nouvelle forme de l'ancienne *depositum* romaine est réglementée par la Loi des obligations (ci-après LO) depuis 2001. La présence constante et l'actualité de ce contrat dans la loi, indique, la nécessité de son existence dans des conditions d'économie de marché en s'efforçant de répondre aux besoins de la vie économique dynamique.

Dans ce cadre, LO règle la convention des dépôts de stockage de banque de trésorerie, de dépôt de titres, ainsi que le contrat de coffre.

Contrairement à la *depositum* romaine, le contrat moderne de dépôt est traité comme plus consensuel qu'un contrat réel. En termes modernes, sa fonction est intéressante comme un instrument pour garder certains objets, dans le cas où son bailleur ne peut pas le faire, ou bien, il est plus convenable qu'il soit fait par une autre personne. ³

Le lien du contrat moderne de dépôt avec l'Institut *depositum* est incontestable, il évolue dans différentes périodes du développement de l'Etat romain et du droit romain. En tant qu'Institut, il a continué à se développer de manière intensive au Moyen Age, il est en expression aussi au début du capitalisme.

Avec telles caractéristiques historiques, le *depositum* romain se caractérise d'un contenu multidimensionnel, qui ouvre une série des questions nécessitant leur élaboration.

L'arrivée de nouvelles découvertes ne sera pas seulement une tentative de clarification complète de toutes les fonctionnalités du dépôt, mais aussi une tentative d'explorer des solutions au sein du droit positif et comparatif macédonien.

L'analyse du contrat de dépôt sur le territoire de la Macédoine a deux points de départ: considérer les décisions des réglementations légales positifs et les concepts de la théorie juridique macédonienne, en plus du terme «contrat de dépôt», le terme «contrat de feuilles» est présent. À cet égard, un bref aperçu historique est nécessaire.

1 Droit romain différenciés types de contrats plus réalistes (la conclusion des contrats était tout simplement par livraison de l'article): *mutuum*, *commodat*, *depositum* et *pignus*, et le groupe sans nom des contrats dits réel (*contractus reaux innominati*) entièrement systématisées à l'époque de Justinien. Les contrats ont tous été une spécificité de séquence réelle en termes de cessation d'emploi et de protection juridique.

2 Droits et obligations réciproques des parties sont égales en termes de principe de la consciencieuse et l'honnêteté dans le commerce, il appartient à la soi-disant *depositum iudicia bonae fidei*.

3 D. Pop Georgiev, droit des obligations, section spéciale, Kultura, Skopje, 1978.

2. Quelques aspects historiques du droit des contrats en Macédoine

Dans le cadre de la science juridique macédonienne, le droit de la propriété ancienne n'est pas assez étudié dans l'Etat macédonien, ces études n'ont pas abouties en partie à cause du manque de données et de sources historiques d'ordre juridique, en partie pour des raisons d'un certain «désintéressement» pour cette question. Dans tous les cas, il y a un manque de données pour les règles régissant les obligations de cette période.

L'économie macédonienne dans la période antique est fondée principalement sur plusieurs piliers, elle est semblable à celle d'aujourd'hui: l'agriculture (céréales, pâturages), les forêts adéquates à la production du bois, de la résine etc. Les plus importantes sont les mines pour le cuivre, le fer, l'or et l'argent, qui se trouvaient près de Damastion, au nord et à l'est de Lychnidos (Ohrid) et Krenide, connu plus tard comme Philippos, aujourd'hui Plovdiv.⁴

La caractéristique dominante de l'économie était le revenu du Roi (βασιλικά), et à part les revenus provenant des mines, des forêts et de terres, étaient aussi les taxes sur les ports, en particulier celles qui concernaient les exportations et les importations. Dans ce contexte économique, le droit contractuel évoque un grand intérêt pour le contrat standard, qui inclut un autre système de concessions développé, comme dans le cas de la collecte des taxes des ports, l'exploitation des mines et autres, une expérience qui plus tard est appliquée par les Ptolomeides⁵, dynastie macédonienne qui avait régné avec l'Egypte au IV^e siècle avant JC

Il est probable que pendant la période du règne de l'Argeades, le raport du dépôt a été présent dans la pratique. A part les objets, il est certain que l'argent (dons, statères, tetradrachmes) a été une matière importante de dépôt.

Suite à cela, il est très possible qu'un commencement de dépôts bancaires existait dans l'ancienne Macédoine. Le développement de cet institut primordial et d'autres instituts de droit bancaire, ont également été soutenus par le processus accéléré de l'uniformité monétaire qui était caractéristique à l'empire, la numismatique témoigne de cela comme une discipline historique associée.

A la fin de la troisième guerre Romaine-macédonienne en 168 avant JC, compte tenu du fait que la Macédoine avait été divisée en quatre régions administratives, et surtout après 148 avant JC, quand la Macédoine devient formellement une province romaine, on peut conclure que le système juridique romain avait été introduit progressivement. Ainsi, le droit des obligations romain avait pénétré dans la région macédonienne. Cependant, si nous savons que chacune des quatre régions administratives macédoniennes était isolée et qu'elles n'avaient pas développés des relations avec d'autres secteurs économiques ou régionaux⁶, on peut supposer une retenue dans

4 J.R. Ellice, *Macedonian Imperialism*, Mislal, Skopje, 188, p. 42.

5 *Ibidem*.

6 Mashkin, *Istorija starog Rima* (Histoire de la Rome antique), Beograd, 1977, p. 142.

le développement des relations économiques, et selon cela sur le champ du droit des contrats.

Probablement les villes maritimes étaient l'exception à cela, en particulier la ville de Thessalonique dont son importance provient de l'époque des cités maritimes, en particulier la ville de Thessalonique dont son importance est de l'époque de l'existence de l'Empire byzantin, pendant que le droit des obligations, et le dépôt comme Institut, hérité du droit romain, avait sa propre force. Cela avait compté sur tout le territoire de l'Empire byzantin, y compris la Macédoine, où ces relations juridiques ont été largement développées.⁷

Les données sont pauvres sur l'existence possible de certaines formes de dépôt chez les Slaves de Macédoine. La régulation juridique des relations économiques avait surtout bougé dans les cadres des codifications qui demandaient une association entre le droit romain, leur droit coutumier: la loi agricole, L'Églogue et les sources similaires.

Après les guerres des Balkans, sur le territoire de la Macédoine du Vardar (aujourd'hui République de Macédoine) la loi serbe est appliquée sur les obligations, et conformément à cela, le Code civil serbe de 1844, respectivement les solutions de dépôt prévu par ce Code.

Quant à la situation lors de la RFSY (et dans ce cadre le droit des obligations de la Macédoine dans cette période), contrairement aux autres pays socialistes européens, la Yougoslavie connaît le contrat de dépôt, en termes de normes contenues dans la Loi des obligations de 1978.

3. Contrat de Dépôt selon la loi contemporaine macédonienne

3.1. Caractéristiques de bases du contrat de dépôt

Dans les années quatre-vingt-dix les connaissances en droit macédoniens n'avaient aucun doute quant à la déclaration ou le maintien du concept de dépôt, de même que le contrat, ou sa régulation par la Loi des obligations. Ainsi par un exemple, M. G. Galev et Mme M. Polenak - Akjimovska, au sein de leurs Commentaires sur la Loi des obligations, ils présentent un cadre concret de contrat de dépôt, et dans le même cadre ils présentent aussi le dépôt de la restauration.⁸

Ayant en considération les opinions de la science juridique macédonienne, la Loi des obligations de 2001 réaffirme⁹ ou prévoit dans ses dispositions le contrat de dépôt, dans le chapitre XIX, et ce dans les articles 768 à 785, organisés en deux di-

⁷ La relation entre le romain, byzantin et le droit du territoire macédonien dans le contexte historique est un aspect particulièrement intéressant de la pertinence de Justinien I, surtout depuis qu'il était lui-même né en Macédoine.

⁸ G. Galev, M. Polenak-Akjimovska, Droit des obligations, Praktikum, Skopje 1996, pg. VII.

⁹ Jurnal officiel de la République de Macédoine, no. 18.2001.

visions: la première, se réfère au dépôt en général, et la seconde est relative au dépôt de la restauration.

Contrairement à la théorie qui, malgré le terme «contrat de dépôt « utilise parallèlement le terme «contrat de feuilles», le texte de la Loi garde le terme «dépôt». Malgré le quota théorique en termes de clarification du contrat, particulièrement le but de déposer en garde, on peut dire que le terme «dépôt» est une sorte de reflet de l'influence de la conception romaine (*depositum*) ou la genèse historique du contrat sur le concept contemporain macédonien.

Les dispositions générales donnent l'idée du contrat de dépôt, le définissant comme un accord ou «le bénéficiaire du dépôt est tenue de recevoir l'objet du fournisseur du dépôt, de le garder et de le rendre quand ce dernier va le demander.» Bien que dans un certain sens tautologique, néanmoins cette définition est conforme aux critères de bases de la définition moderne. Cette définition de standard sur le dépôt macédonien comprend en soi même les points centraux de la définition de *depositum* : l'objectif, ou bien l'objet du contrat.

Quant à la forme du contrat, l'interprétation de l'article 768 chez le public macédonien et ce chez la profession d'avocat, ainsi que dans la pratique, reste d'avis qu'il s'agit d'un contrat consensuel, contrairement à la conception romaine, mais aussi dans la pratique dans certaines républiques yougoslaves, où on insiste sur le fait que le dépôt est un contrat réel.¹⁰

Ainsi, dans la juridiction macédonienne a été retenu le concept de conclure un contrat consensuel de dépôt, tandis que plus tard comme un acte d'accomplissement, vient en évidence le transfert de l'objet.¹¹

Concernant le sujet, LO prévoit que cela peuvent être que des «objets» mobiliers, et des effets.

En termes de droits et obligations des parties dans le contrat de dépôt, conformément à LO, les caractéristiques de bases de *depositum* romaine sont retenues. Ainsi, la responsabilité du destinataire du dépôt en garde ainsi que l'information (article 770), exprimée du fait que le «bénéficiaire» ou le dépositaire » a l'obligation de garder l'objet comme son propre objet, ou si la garde du dépôt est soumise à une rétribution, une attitude d'un bon commerçant ou d'un bon hôte. «

La catégorie de «communication» est différente du droit comparatif et elle est plus associée à l'entretien de l'objet, ou découlant de la nécessité de consultations auprès du dépositaire en relation avec l'étendue des travaux à être prises pour empêcher l'effondrement de l'objet.

10 Tel est le cas avec la Cour suprême de Croatie (Rev. 1798/80 од 31.02.1981), qui prévoyait que: «Le contrat de dépôt est une vraie affaire qu'une partie, le déposant, la main sur une autre personne, le dépositaire, un certain article pour le stockage gratuite ou payante.

11 De même, K. Chavdar, Droit des Obligations, commentaires, explications, les pratiques et de registre sujet, académique, Skopje, 2001, p.914.

Comme dans le droit romain, la loi macédonienne prévoit l'interdiction au dépositaire d'utiliser l'objet déposé. L'utilisation éventuelle de l'objet par le dépositaire a un effet différent selon qu'il est jetable ou donné. Si le dépositaire a utilisé l'objet consommable illégalement, il est obligé de donner une compensation adéquate au déposant, et il sera responsable de l'échec de l'objet qui a eu lieu en raison de l'utilisation.

D'autre part, s'il s'agit de chose qui ne peut pas être consommée, utilisées par le dépositaire, avec le consentement du déposant (article 772, paragraphe 3), la Loi renvoie aux dispositions de domestiques (Chapitre XIII), ce qui signifie que dans ce cas il existe un contrat mixte ex lege.

Le retour de la chose comme une obligation élémentaire du dépositaire est aussi élaborée (article 774). Avec le retour de l'élément, le dépositaire est soumis à rendre les fruits et les accrus.

En termes de lieu et heure du retour de l'objet, si une période est déterminée pour le retour de l'objet, le fournisseur de dépôt (dépositaire) peut exiger que l'objet lui soit rendu avant l'échéance, à moins que la date soit accordée exclusivement en l'intérêt du fournisseur de dépôt.

Le lieu de retour est identique au lieu de remise de l'objet, si par le contrat il n'a pas été défini un autre endroit, dans ce cas, le bénéficiaire a la permission à se faire compenser pour les frais liés au transfert de l'objet.

En ce qui concerne les droits du dépositaire, il est typique d'avoir le droit de demander une indemnisation pour les frais raisonnablement engagés pour la préservation de l'objet, ainsi que pour les dégâts cause du dépôt (article 775).

Si le dépôt a été chargé pour transport, le dépositaire a le droit à une indemnité pour la tâche du chargement, une indemnité similaire est prévue conformément aux circonstances des activités (article 776). L'utilisation du terme de « acquittement de son travail », la LO essentiellement affirme clairement la similitude des dépôts de charge avec le louage d'ouvrage.

Le dépositaire a le droit de retourner l'objet avant la date d'expiration, en cas de dépôt gratuit (article 777), seulement si l'article lui-même serait menacé de danger de d'effondrement ou de dommages, ou dans le cas d'un stockage ultérieur cela pourrait causer un dégât.

Si la date n'est pas déterminée, le dépositaire peut à tout moment résilier le contrat (c'est à dire de retourner l'article), mais il doit déterminer au dépositaire un délai raisonnable à prendre l'objet.

L'analyse de cas particuliers de dépôt (article 4), indique que la LO différencie essentiellement les types de dépôts suivants:

non valide ou irrégulier, comme la LO l'affirme le « dépôt de faux » (article 778), est défini comme un acompte pour des objets remplaçables pour quels le dépositaire a le droit de les dépenser tout en ayant l'obligation de les rendre dans leur même quantité d'objets de même type, la LO visé à l'application des règles du contrat de

prêt, tant qu'en termes de temps, de lieu de retour les règles de la convention de dépôt sont respectées;

dépôt nécessaire ou forcé, est un «dépôt d'urgence» dans la LO, comme un dépôt dans lequel l'objet a été «confiée en cas de problème, par exemple, en cas d'incendie, de séisme, d'inondation,» dans lequel le dépositaire est tenu de garder le dépôt avec grand soin (article 778).

4. Conclusion

D'un point de vue historique, il existe quelques circonstances importantes pour déterminer le concept «macédonien» de dépôt: concept de l'ancien droit (pour lequel il ya un manque de données), les activités du commerce médiévale, les solutions dans la première moitié du XXe siècle et le concept du dépôt selon la loi de la RSFY.

Conformément à la loi macédonienne, le Contenu contemporain du dépôt découle de l'analyse des dispositions du contrat de dépôt contenues dans la LO, ce qui suggère qu'il s'agit de solution moderne, similaire aux solutions des codes civiles modernes.

En même temps, le contenu historique et contemporain est mêlé, en particulier, en ayant en compte l'héritage juridique de la Macédoine et le fait que son système juridique est largement basé sur le droit privé romain, ainsi, on pourrait mettre en évidence la proximité du dépôt en Macédoine avec le depositum Romain.

Dans le cadre de toute réforme globale en matière civile, ainsi que le droit financier et le droit commercial en Macédoine, il est espéré que le contrat de dépôt reste en grande mesure et retiendra le caractère de standard conceptuel, construit selon les caractéristiques du depositum romain, adaptés aux conditions sociales et particulièrement aux conditions économiques. L'intensité de son application dans la pratique semble indiquer la nécessité éventuelle de contenu mineure ou majeure du concept.

Selon l'analyse de la disposition des sources historiques, commençant par le droit romain jusqu'à ce jour, en particulier de l'objet et du but de la recherche et les méthodes appliquées en matière de depositum, comme Institut du droit romain et le contrat de dépôt en tant que catégorie historique et contemporaine, ses relations avec d'autres instituts, et en tenant compte des conclusions concernant le développement et l'application de ce contrat, ont été synthétisés plusieurs informations.

Ces résultats contribuent directement à déterminer l'impact et l'interdépendance du depositum romain et le contrat de dépôt contemporain dans le contexte des tendances contemporaines juridique et de ses fonctions actuelles.

Conformément à cela, peuvent provenir les conclusions suivantes:

1. Le dépôt dans le droit romain se différencie comme un institut dans le domaine des ex delictu qui se déplace vers ex contractu. Initialement, la protection qui est approprié par la Loi du XII Tables, suggère que les choses gardées ne peuvent

plus être considéré en termes de responsabilité pour délit du dépositaire, et dans ce cadre indirectement le dépôt, dans un sens, est traité comme une catégorie associée aux délits comme les sources des obligations.

Le point clé concernant la suite du développement du dépôt romain est l'adoption de Lex Aebutia (150-120 avant J.-C.), et l'introduction de la procédure de formulaires (per formulas). Ainsi, les caractéristiques du dépôt ont évolué et surtout dans la période préclassique. Avec une certaine attribution procédurale et juridique, une première étape sérieuse et importante avait été faite sur la définition de l'institut de dépôt.

Les formes de base de depositum classique sont d'importance particulière, en particulier entre depositum irregulare, depositum miserabile et les cas de sequestratio, qui ont employés l'impact le plus direct sur les types spéciaux de contrat de dépôt moderne. D'autre part, la similitude entre les caractéristiques des cas comme garde-robe avec des receptum cauponum du contrat de garde-robe contemporain est intéressante, ainsi que le dépôt de restauration et le contrat de transport de marchandises.

En ce sens, l'importance de depositum irregulare est grande en vue de la genèse des dépôts modernes, ainsi que de prêt et de crédit modernes comme une catégorie économique et juridique.

Peut-être que le profit du droit romain est d'un grand bénéfice, c'est la nature de la relation de dépôt, à savoir sa manifestation juridique comme un contrat réel dans le droit romain, en ce qui concerne le dépôt moderne, il est transformé en un consentement au contrat de dépôt, qui est le résultat immédiat de l'intérêt pour la réalisation de l'objectif du dépôt (stockage, feuilles), ou d'un contrat consensuel du dépôt.

La conscience et l'honnêteté (bona fides, quod bonum et aequum est) sont correctifs et l'idéal pour le fonctionnement du dépôt dans le droit romain moderne. Ce principe devrait être l'idée directrice dans la formulation théorique et pratique du dépôt à l'avenir, car il contient nécessairement une dimension humaniste qui, en termes modernes est également significatif.

En termes de droits et obligations des parties, ils sont presque identiques, et les dépôts romaine et moderne, tant dans le droit comparatif, que dans le droit macédonien aussi. Cela s'applique à toutes les dimensions du contenu des droits et obligations, notamment concernant le stockage et la restitution de l'objet.

Les Similarités sont importantes en termes de responsabilité, ou de développement d'un degré de responsabilité, à partir du dépôt ordinaire, grâce au progrès et l'acceptation du concept de custodia, jusqu'à ce que les conditions actuelles de types spécifiques de dépôt ainsi que les institutions connexes, notamment en termes de degré de transformation relative. Par conséquent, pendant la détermination des responsabilités dans des dépôts modernes, peuvent être élaborés des mécanismes rationnels pour la résolution des litiges efficaces.

2. Au Moyen Age, du point de vue du dépôt, plusieurs circonstances sont significatives historiquement, parmi lesquels le plus important est le fait que les zones

urbaines caractérisées par le boom économique dynamique vient au développement dynamique du dépôt.

Les similitudes entre le droit des traités romains et le droit des contrats du peuples allemands sont la raison que le dépôt est devenu classées en contrats réels comme *ex contractu* institut, tout comme ce fut le cas avec le droit romain, et d'autre part la clarté nomotechnique qui respecte pleinement le concept romain.

L'application du dépôt est répandue en pratique, et est adéquate aux tendances économiques en cette période. La forme romaine a bien aidé le cadre des nouvelles conditions. Le dépôt s'inscrit dans la réaffirmation du droit romain ou dans sa «seconde vie du droit romain.» Mettant en valeur les instituts de droit romain, l'activité des glossatrices et post glossatrices, entre autres, prend en compte le dépôt.

La large utilisation de l'emprunt au dixième siècle dans les villes méditerranéennes, signifie une utilisation souple des domestiques et du dépôt. Parallèlement à cela, comme caractéristique du processus de commercialisation des contrats il y a présence du prêt ou prêts d'argent. Les dépôts bancaires se produisent également dans cette constellation de relations.

L'adoption des codes civils avec certaines modifications est une continuité de cette tendance. En ajustant la nouvelle situation, un mélange réussi de concept bourgeois romain et «nouveaux» dépôts est accompli, comme une caractéristique du libéralisme et l'affirmation du capital. C'est bien la raison sur la similitude des solutions des codes bourgeois avec des solutions modernes.

En droit socialiste, étroitement liée à l'économie dite planifiée, le dépôt a trouvé sa place. Bien que son application pratique soit principalement dans la sphère des besoins quotidiens des citoyens, le dépôt formel et juridique est dominant dans tous ses aspects, y compris son impact sur le stockage.

La continuité de la *depositum* romaine, médiévale, bourgeoise et dans la plupart des cas socialiste est déterminant majeur pour la standardisation et l'application des règles de dépôt contemporain, en termes de respect d'harmonisation du dépôt comme une catégorie avec les transformations économiques dans la société. Les interventions économiques futures sans aucun doute incluent la compatibilité normative du dépôt, mais le concept de base sera probablement largement conservé, car il est adaptable, il est l'un des fiables et vérifiables institutions juridiques qui semblent «Live Forever».

3. Une conséquence logique du développement intensif historique du dépôt est la formation de sa structure contemporaine. Les caractéristiques du contrat de dépôt modernes sont aussi le résultat du processus historique de création de dépôt. Aujourd'hui, sa définition est basée sur le but et les parties du contrat, semblables à des définitions historiques de catégories de dépôt.

La position dominante dans la théorie, est que le dépôt est typique comme pour un accord consensuel et est aussi, la différence la plus importante du concept moderne en termes de forme présente dans les premiers stades du développement historique.

Les questions sur les éléments de l'accord, les droits et obligations des entités, les relations et leurs relations mutuelles à des tiers, et la résiliation des moyens pour la protection, sont réglementées par l'exemple du depositum romain, mais il a été ajouté aussi de beaucoup de nouvelles dimensions, qui sont inévitablement nécessaires afin que le dépôt soit complémentaire à l'esprit de la loi des obligations moderne.

Les classifications de base du contrat de dépôt moderne dans une certaine mesure coïncident avec les classifications qui étaient contenues dans le droit romain. Ainsi, le droit comparatif rencontre un large éventail de types de contrats de dépôt, mais se sont plus ou moins des variantes de la forme générale. Un respect plus grand pour les traditions romaines juridiques des lois sur le continent européen est visible, tandis que le droit anglo-américain, conformément ses significatifs généraux, là il existe une plus grande accentuation sur sa dimension commerciale, qui se manifeste par son caractère de charge.

4. Le dépôt est étroitement associé au dépôt bancaire, au stockage, et même dans certaines dimensions au transport des marchandises.

Toutefois, il serait souhaitable que les expériences positives de l'application de dépôts soient associées à ces institutions, malgré un ordre différent, d'autant que certains segments sont similaires. En termes de stockage, en particulier sur les aspects qui font lien au dépôt, malgré la genèse historique, cette constellation est intéressant que sur le plan normatif, et dans la pratique.

Le processus de différenciation du dépôt des contrats des obligations restants, dont les lignes directrices de base sont définies dans le droit romain, se poursuit avec l'intensité du développement du dépôt et de ses instituts annexes du droit des finances, sur le droit civil et le droit commercial. Leur but est similaire, malgré leurs particularités: réalisation d'un intérêt à nature propriétaire. Les avantages de ces instituts pourraient être utilisés pour un plus grand degré de développement économique.

5. Aujourd'hui, le dépôt en Macédoine, bien qu'indirectement, est principalement déterminé par l'héritage juridique romain. Dans le contexte historique, toutefois, suscite l'intérêt aussi des solutions juridiques à l'ancien état macédonien.

En termes de formes de dépôts, du point de vue historique, les processus de développement des relations commerciales et de production dans les villes macédoniennes sont aussi significatifs.

Le contenu de la notion moderne du dépôt du contrat macédonien est le résultat juridique du droit bourgeois, et surtout le droit autrichien, qui sont juridiquement et officiellement réaffirmé dans la Loi d'obligations de 2001. Grâce à cette composante intermédiaire, essentielle en droit macédonien, le concept du depositum romaine est largement réaffirmé comme un aspect de placement institutionnel et en termes de fonctionnalités.

Malgré l'existence relativement longue formelle en droit macédonien, l'application pratique du dépôt n'a pas encore indiqué la nécessité d'adaptation éven-

tuelle à la situation juridique réelle. Cependant, il peut être conclu que les modalités de dépôt dans les lois macédoniennes sont parmi les solutions européennes modernes.

6. La position du dépôt ouvre un large domaine d'application pratique, au niveau international, notamment en Macédoine.

Entre autres, les avantages du dépôt, en particulier les dépôts bancaires, peuvent en particulier venir à l'avant-plan dans les projets des affaires, petites et grandes, en termes d'activités diverses commerciales.

Tout cet exemple pratique devrait être accompagné d'une large activité de stimulation de l'application du dépôt, son affirmation et le soutien normatif.

7. Auparavant les conclusions élaborées sont la base pour amener une conclusion que le droit romain ou les caractéristiques de la *depositum* romaine ont une influence dominante sur le concept du contrat de dépôt moderne en droit comparatif et en droit de la République de Macédoine.

Dr. Goce Naumovski, LL.D.

Dr. Vlado Buckovski, LL.D.

Dr. Marija Ignjatović, LL.D

Maja Simonovska, LL.M

The Affirmation of the Concept of the Roman Deposit Contract in the Contemporary Law of Macedonia

Summary

In this paper, the author explores the historical development of the deposit contract (depositum) in the ancient world. The historical analysis of deposits in the ancient law in general shows that the law of the Far East and Ancient Greece recognized some form of deposit but that this complex legal instrument was first defined and developed as a method of securing contractual obligations in the Roman law. In the second part of the paper, the author provides an overview of the deposit contract in the law of the Republic of Macedonia. In particular, the author analyses the legal nature of rights and obligations of the contracting parties as well as the related protection instruments. The author draws a parallel between the Roman deposit contract and the contemporary deposit agreement. Finally, the author draws respective conclusions on the overall significance and prospective development of the deposit agreement and its further application in legal practice.

Key words: *deposit contract, historical analysis, Roman law, contemporary law*

ЕВОЛУЦИЈА МОДЕЛА СПОРАЗУМНОГ РАЗВОДА БРАКА У СРПСКОМ ПРАВУ¹

Апстракт: Рад је посвећен споразумном разводу брака у српском праву. Имајући у виду изузетно занимљиву еволуцију модела споразумног развода брака у нашем праву, у почетном делу рада дат је сумарни преглед раније важећег бракоразводног законодавства, а потом је детаљно размотрена позитивноправна регулатива у овој области. На основу свеобухватне и критичке анализе актуелних нормативних решења, у завршном делу рада изложени су конкретни предлози за отклањање уочених недостатака и адекватније уређење споразумног развода брака у будућности.

Кључне речи: споразумни развод брака, српско право, раније важеће бракоразводно законодавство, позитивна бракоразводна регулатива, сугестије *de lege ferenda*.

I Уводне напомене

Модерна бракоразводна законодавства већине европских држава фаворизују споразумни развод брака, охрабрујући супружнике да закључују споразуме о разводу и о одређеним правним последицама развода, независно од врсте иницијалног акта којим је покренут поступак за развод и стадијума у коме се овај поступак налази.² Будући да су у питању правни системи који нам

¹ * Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (евиденциони број пројекта 179046), који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу, уз финансијску подршку Министарства просвете и науке Републике Србије.

² Упоредноправна регулатива споразумног развода брака не одликује се стриктном униформношћу. Тако, законодавства појединих земаља, попут Швајцарске и Француске, познају две варијанте споразумног развода, у зависности од тога да ли су супружници постигли сагласност о разводу и о последицама развода или само о разводу брака. У одсуству споразума супружника, спорне последице развода уређује суд у бракоразводном поступку. Међутим, у свим фазама поступка брачни партнери су слободни да накнадно

традиционално служе за узор у домену регулисања породичних односа, готово идентичан концепт развода акцептиран је и у српском позитивном праву.

Међутим, како је реч о моделу развода код кога сагласној вољи супружника припада доминантна улога у раскиду брачне заједнице, споразумни развод је у једном дужем временском периоду етикетиран као узрочник неконтролисаног повећања стопе диворцијалитета и стигматизиран као непријатељ стабилности брака и породице. Стога је према овој форми развода негован амбивалентан став, тако да он није био прихваћен у свим историјским епохама и у свим бракоразводним системима.³ Са друге стране, присуство споразумног развода у правним системима резултат је потребе људи да се ослободе брачних стега, уколико брак више не одговара њиховим интимним очекивањима. Тако је споразумни развод најпре егзистирао као творевина судске праксе, која је у ближој вези са друштвеном реалношћу и потребама људи у одређеном друштву, да би потом биле предузете активности на плану његовог нормативног уобличавања.⁴

закључе споразум о последицама развода. Поред тога, често је допуштена и трансформација спорног поступка за развод, који је инициран тужбом једног супружника, у неспорни поступак, односно модификација основа за развод, уколико супружници током трајања поступка постигну споразум о консеквенцама развода. Ова опција је предвиђена, примера ради, у Француској, Белгији, Португалији и Мађарској. Са друге стране, у бракоразводним системима појединих држава, попут Грчке и Бугарске, граница између спорног и неспорног облика развода је чврсто постављена и непремостива је, тако да конверзија наведеног типа није дозвољена. Детаљније о томе: Т. Китановић, Споразумни развод брака у домаћем и упоредном праву, докторска дисертација, Нови Сад, 2011, стр. 134 и даље.

3 Иако се још римско право одликовало изграђеним системом развода брака по споразуму супружника, овај облик раскида брака је у већини европских земаља нормативно уобличен тек у XX веку. Примера ради, Португалија је легализовала споразумни развод 1910. године, Русија 1917., Француска 1975., Немачка 1976., а Швајцарска 1998. године. Посебно је занимљив случај Француске, чији је Закон о разводу из 1792. године, донет непосредно након Француске буржоаске револуције, између осталог, предвиђао и веома либералну концепцију споразумног развода брака. Исто тако, Француски грађански законик из 1804. године нормирао је споразумни развод, мада су услови за његову примену, у поређењу са револуционарним законодавством, били прилично строги, што је резултирало смањеним интересовањем супружника за овај облик раскида брака. Међутим, са рестаурацијом Бурбона 1816. године у Француској је потпуно укинут развод брака, да би поново био допуштен тзв. Накеовим законом из 1884. године, којим је обновљено бракоразводно законодавство садржано у Француском грађанском закону, са изузетком споразумног развода. Поред тога, својеврсно колебање законодавца било је присутно и у Бугарској, у којој је споразумни развод легализован 1945. године, да би 1952. био укинут. Ипак, 1968. године дошло је до реafirмисања и поновног регулисања овог начина престанка брака. Опширније о еволуцији модела споразумног развода брака у упоредном праву: Т. Китановић, Споразумни развод брака у домаћем и упоредном праву, *op. cit.*, стр. 16-18 и стр. 134 и даље.

4 Споразумни развод је годинама егзистирао, додуше у камуфлираном виду, у француској и немачкој судској пракси, да би седамдесетих година прошлог века напосок добио и

Са једне стране, брачни партнери су одувек изналазили начине, често на ивици закона, да се разведу по споразуму и да своју интиму задрже далеко од очију јавности, док је са друге стране, дискредитовање права и судства била цена коју су морала да плате сва она законодавства која су у једном периоду друштвеног развитка игнорисала споразумни развод брака.⁵ Споразумни развод почива на тријумфу воље и личних интереса брачних партнера.⁶ Оправдање постојања ове форме развода лежи у проширеним слободама човека. Егзистенција споразумног развода у правним системима означава степен опште и брачне еманципације човека.⁷

За предмет овог чланка изабрали смо анализу нормативног оквира споразумног развода брака у Србији, како у времену прошлом, тако и у времену садашњем. Имајући у виду изузетно занимљиву еволуцију модела споразумног развода у нашем праву, у првом делу рада даћемо сумарни преглед раније важећег бракоразводног законодавства, а затим ће у фокусу наше пажње бити позитивноправна регулатива у овој области. У завршном делу рада, на основу критичког сагледавања актуелних нормативних решења, изложићемо конкретне предлоге за отклањање уочених недостатака и адекватније моделирање споразумног развода брака у будућности.

II Преглед раније важећег бракоразводног законодавства

У Србији у XIX веку није био допуштен развод брака по споразуму супружника. Наиме, Српски грађански законик из 1844. године није нормирао споразумни развод брака.⁸ Међутим, у теорији је било ставова који су ишли у прилог увођењу ове форме развода. Тако је аутор Л. Марковић заступао гледиште да је оправдано и целисходно допустити развод брака по узајамном пристанку супружника.⁹ Када се дозволи развод на споразумни захтев супружника то не значи да се у таквим ситуацијама брак разводи без стварних разлога. Напротив,

своју законску потврду. Поред тога, интересантан је пример Швајцарске, чије је кантонално право из XIX века познавало споразумни развод. Међутим, Швајцарски грађански законик, донет 1907. године, није нормирао ову форму раскида брака, тако да је споразумни развод фигурирао у Швајцарској као творевина судске праксе све до законодавне реформе из 1998. године. Детаљније о томе: Н. Hausheer, Т. Geiser, R. E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2007, стр. 112; Т. Китановић, Основне одлике швајцарског бракоразводног система, Правни живот, бр. 10/2009, стр. 1124-1125.

5 З. Поњавић, Споразумни развод брака, докторска дисертација, Крагујевац, 1983, стр. 200.

6 М. Младеновић, Породично право у Југославији, Београд, 1993, стр. 207.

7 Ibid.

8 Грађански законик за Краљевину Србију из 1844. године (у даљем тексту: СГЗ), Београд, 1903.

9 Л. Марковић, Грађанско право, Књига II - Породично право, Београд, 1920, стр. 93.

супружници имају крајње озбиљне разлоге када сами увиђају да је њихов брачни живот неподношљив, али се суд лишава могућности да цени важност и значај тих узрока. При том, споразумни захтев за развод мора бити резултат озбиљне и непоколебљиве намере супружника да се разведу, а ова намера се у спољном свету на веродостојан начин може манифестовати преко одвојеног живота супружника у одређеном трајању.¹⁰

Након завршетка Другог светског рата, на нивоу новостворене ФНР Југославије донет је Основни закон о браку, који, међутим, није експлицитно регулисао споразумни развод брака.¹¹ ОЗБ је предвиђао мешовити систем бракоразводних узрока, тако да је, поред бројних скривљених узрока, нормирао и један општи нескривљени бракоразводни узрок, формулисан као тешка поремећеност брачних односа. Наиме, по чл. 53. ст. 1. ОЗБ-а сваки брачни друг је могао тражити развод брака ако су услед несагласности нарави, трајног неспоразума, неуклоњивог непријатељства или из ма ког другог узрока брачни односи толико поремећени да је заједнички живот постао неподношљив. При том, у ст. 2. овог члана је прецизирано да ће се сматрати нарочито да је заједнички живот супружника постао неподношљив ако оба брачна друга наводећи оправдане разлоге споразумно траже развод брака. По једној групи теоретичара, овим је на мала врата у наш правни систем уведен споразумни развод.¹² Насупрот томе, друга група теоретичара је сматрала да ОЗБ у чл. 53. ст. 2. није предвиђао споразумни развод већ споразумно тражење развода брака, тј. одређене процесне олакшице за супружнике који су постигли споразум да се разведу.¹³ Споразумни развод, по њима, представља опасно оружје у рукама лакомислених супружника, тако да је корисније тумачити нејасну законску одредбу на штету споразумног развода.

Питање егзистенције споразумног развода брака, међутим, није било спорно искључиво са становишта правне теорије, већ и са становишта судске праксе. Наиме, првостепени судови су поменути одредбу тумачили у корист споразумног развода, тако да су доносили одлуке о разводу не спроводећи доказни поступак и не истражујући да ли је у конкретном случају дошло до неподношљивости заједничког живота, што је изазвало реакцију Врховног суда

10 Ibid.

11 Основни закон о браку ФНР Југославије (у даљем тексту: ОЗБ), „Сл. лист ФНРЈ“, бр. 31/1946 и „Сл. лист СФРЈ“, бр. 28/1965.

12 Видети: М. Беговић, *Породично право*, Београд, 1959, стр. 94; М. Младеновић, *Развод брака и узроци за развод брака*, Београд, 1974, стр. 365; О. Цвејић-Јанчић, *Развод брака у нашем и страном праву*, Нови Сад, 1987, стр. 94.

13 Видети: М. Константиновић, *Развод брака због тешке поремећености брачних односа*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 3-4/1982, стр. 493-494; В. Бакић, *Породично право у СФРЈ*, Београд, 1982, стр. 181.

ФНР Југославије, који је донео Упутство¹⁴ по коме се брак не може развести на основу споразума брачних другова, већ на бази утврђене чињенице да су брачни односи у тој мери поремећени да је заједнички живот постао неподношљив. Иако је Врховни суд Југославије категорично негирао егзистенцију споразумног развода, првостепени судови су остали верни дотадашњој пракси. С обзиром да су странке биле задовољне одлукама првостепених судова, жалбе су биле изузетно ретке, тако да су судови могли поступати на описани начин, без бојазни да ће њихове одлуке у апелационом поступку бити укинуте.¹⁵

Споразумни развод је напослетку легализован Законом о браку СР Србије из 1974. године (чл. 59. ст. 4.).¹⁶ Закон је прихватио крајње либералну концепцију споразумног развода, тзв. слободан судски споразумни развод.¹⁷ Брачни партнери нису били дужни навести конкретне разлоге због којих траже развод брака, већ је било довољно да поднесу предлог за споразумни развод у коме тврде да је заједнички живот постао неподношљив (чл. 74. ст. 2.). При том, суд није био дужан да испитује узроке пропасти брака, као ни степен поремећености брачних односа. Уколико су супружници имали малолетне потомке, суд је по службеној дужности одлучивао о њиховом поверавању једном родитељу. Оваквом регулативом споразумног развода супружницима је омогућен слободан излазак из брака, излазак без оптерећујућих додатних формалности.

ЗБ је представљао прелазно решење. Наиме, услед преношења нормативне надлежности са савезне државе на републике и покрајине, требало је у јако кратком року донети нове законе.¹⁸ Упркос интензивној теоријској дебати о моделу

14 Упутство Врховног суда ФНР Југославије, Су. бр. 458/1947, од 30. јуна 1947. године.

15 У том смислу, аутор М. Митић наводи да је истражујући бракоразводну праксу Окружног суда у Нишу за 1960. и 1965. годину наишао на велики број пресуда из којих се види да је брак разведен на основу споразума брачних другова. Детаљније о томе: М. Митић, *Неподношљив заједнички живот као бракоразводни узрок у пракси Окружног суда у Нишу*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 1967, стр. 375-376.

16 Закон о браку СР Србије (у даљем тексту: ЗБ), „Сл. гласник СРС“, бр. 52/1974.

17 Доношењу ЗБ-а је претходила интензивна теоријска дебата о томе да ли, под којим условима и у којој форми треба дозволити споразумни развод брака у нашем праву. Детаљније о томе: М. Беговић, *Концепција о разводу брака у Законику о породици, Реформа породичног законодавства*, Београд, 1971, стр. 302; А. Михановић, *Развод брака на основу споразума супруга - de lege ferenda*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 5/1970, стр. 503-504; М. Младеновић, *Развод брака*, Београд, 1964, стр. 308; А. Прокоп, *Коментар Основном закону о браку*, Загреб, 1960, стр. 233; М. Митић, *Споразумни развод, Наша законитост*, бр. 1/1971, стр. 25-29.

18 Уставном реформом из 1971. године, поред шест република бивше Југославије, и две српске покрајине су добиле законодавне компетенције у сфери регулисања породичних односа. Тако је на подручју САП Косова и Метохије материја развода најпре била регулисана Законом о браку из 1974. године („Сл. лист САПК“, бр. 43/1974), а потом Законом о браку и породичним односима из 1984. године („Сл. лист САПК“, бр. 10/1984). САП Војводина је, пак, проблематику развода уредила Законом о браку из 1975. године („Сл. лист САПВ“, бр.

бракоразводног система који треба акцептирати, суштинска реформа није била могућа, тако да су преузета системска решења бившег савезног законодавства. Ипак, желећи да пружи нешто боље прописе од дотадашњих, радна група се определила за фрагментарно новелирање ранијег бракоразводног права. Истовремено, интензиван је рад у домену кодификације породичноправних односа.

Активности на плану кодификације породичноправне материје резултирале су доношењем Закона о браку и породичним односима Србије из 1980. године.¹⁹ По ЗБПО, оба брачна друга су могла тражити да се брак разведе на основу њиховог споразума (чл. 84. ст. 1.). При том су услови за споразумни развод варирали, у зависности од тога да ли су супружници имали потомке над којима врше родитељско право. Наиме, уколико се радило о супружницима без деце, споразумни развод је био крајње једноставан, с обзиром да је био довољан споразум супружника о разводу, док се улога суда сводила на контролу испуњености процесних претпоставки, и изрицање развода ако су оне биле испуњене (тзв. слободан судски споразумни развод).²⁰

Ситуација је, међутим, била далеко комплекснија у случају споразумног развода са заједничком малолетном децом, када су супружници били дужни презентовати суду писмени споразум о вршењу родитељског права, односно споразум о чувању, васпитању и издржавању заједничке малолетне деце, као и о начину одржавања личних односа са њима (чл. 84. ст. 3.). Овај споразум је био подложен судској контроли са становишта заштите интереса деце. Дакле, брачни партнери са малолетном децом су се могли развести по споразуму, тако да им је било допуштено да сами одлуче о раскиду брака, али су морали испунити додатне услове, који су били усмерени на заштиту деце, као најугроженијих субјеката у поступку развода брака.

У том смислу, ЗБПО је у чл. 362. ст. 2. нормирао овлашћење суда да испитује чињенице и изводи доказе о делу предлога брачних другова који се односи на чување, васпитање и издржавање деце, уколико посумња да споразум родитеља о овим питањима не пружа гаранције да ће интереси њихове малолетне или неспособне деце у довољној мери бити заштићени. Суд би најпре захтевао

2/1975). Покрајинска породичноправна регулатива била је на снази до уставних промена у Србији почетком деведесетих година прошлог века. Како није било значајнијих одступања у погледу нормирања споразумног развода брака, а имајући у виду ограничења која се тичу обима овог рада, покрајинска легислатива неће бити предмет засебне анализе.

¹⁹ Закон о браку и породичним односима Републике Србије (у даљем тексту: ЗБПО), „Сл. гласник СРС“, бр. 22/1980 и 11/1988; „Сл. гласник РС“, бр. 22/1993, 25/1993, 35/1994, 46/1995 и 29/2001.

²⁰ Како је брак институција која ужива друштвену заштиту, требало је предвидети извесне механизме ове заштите, а не олако дизати руке од бракова без деце, с обзиром да није једноставно у јако кратком року са сигурношћу установити непоправљиви слом брака. Видети: З. Поњавић, Споразумни развод брака, *op. cit.*, стр. 149.

од супружника да измене споразум о вршењу родитељског права, а ако они то не учине, могао је по службеној дужности модификовати овај споразум. Са друге стране, супружници су своје неслагање са коригованим споразумом могли исказати одустанком од предлога за споразумни развод.

Поред тога, ЗБПО је у чл. 84. ст. 4. предвиђао овлашћење суда да одбије да разведе брак на основу споразума брачних другова, ако утврди да то захтевају оправдани интереси њихове заједничке малолетне деце. Прецизније речено, по чл. 362. ст. 1. ЗБПО, ако је поступак инициран предлогом за споразумни развод, суд није испитивао чињенице на којима је предлог заснован. Међутим, суд је могао одлучити да спроведе доказни поступак као по тужби за развод брака, ако би у поступку мирења супружника оценио да оправдани интереси заједничке малолетне деце захтевају да се брак одржи. У овом случају се могло приступити утврђивању чињеница и извођењу доказа о стању брачних односа, односно утврђивала се поремећеност брачних односа и разлози који су је изазвали, а све у циљу заштите интереса деце и очувања брака. Овим ограничењем споразумног развода суду је дата могућност да испитује и сам споразум супружника о разводу. Пошто спроведе доказни поступак и утврди да оправдани интереси заједничке малолетне деце захтевају да се брак одржи, суд је могао одбити да разведе брак по споразуму супружника.²¹ Омогућавајући одбијање захтева за развод ако је он супротан оправданим интересима деце, законодавац је изразио став друштва о неодобравању понашања супружника који не воде рачуна о интересима малолетне деце, али је евидентно да није могао присилити супружнике да остану у заједници и тиме обезбеде својој деци оптималне услове за живот и развој.²²

По ЗБПО, брачни другови су само споразумно могли тражити развод брака за време трудноће жене и док њихово заједничко дете не наврши годину дана живота (чл. 84. ст. 2.). Овим ограничењем права на развод штитили су се интереси жене, која је у специфичном психофизичком стању изазваном трудноћом и порођајем, а индиректно и интереси детета, јер је здравствено стање мајке од круцијалне важности за живот и здравље детета.²³

21 Ово решење, међутим, није компатибилно установи споразумног развода брака. Детаљније о томе: З. Поњавић, Споразумни развод брака са заједничком децом у законодавству СР Србије, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, 1984/1985, стр. 113.

22 О. Цвејић-Јанчић, Да ли треба новелирати одредбе о разводу брака, Реформа породичног законодавства, Београд, 1996, стр. 88.

23 У теорији је истицано да наведена одредба може бити извор злоупотреба од стране мушкарца који не жели развод. Наиме, уколико споразумни развод није био могућ услед недостатка сагласности мужа, жена је била принуђена да остане у брачној заједници, уз ризик да у крајње осетљивом животном периоду буде злостављана и малтретирана од стране мужа. Иако се законодавац руководио идејом о спречавању развода на иницијативу мужа у наведеном периоду, једна хумана одредба, усмерена на заштиту материнства и детета, лако је могла бити претворена у своју супротност. Видети: З. Поњавић, Једно ограничење

III Споразумни развод брака у позитивном законодавству Србије

Породичним законом Републике Србије из 2005. године реформисан је споразумни развод брака, тако што су пооштрени услови под којима се супружници могу развести по споразуму.²⁴ Наиме, уколико се брачни партнери одреде за опцију споразумног развода, морају закључити писмени споразум о разводу, који обавезно садржи писмени споразум о вршењу родитељског права и писмени споразум о деоби заједничке имовине (чл. 40.). Споразум о вршењу родитељског права био је предвиђен као услов за споразумни развод и по раније важећем праву, док је споразум о деоби заједничке имовине додатни услов, који супружници морају испунити уколико желе да се разведу по споразуму.

Родитељи се могу одредити за заједничко или самостално вршење родитељског права након развода. Споразум о самосталном вршењу родитељског права обухвата споразум о поверавању заједничког детета једном родитељу, споразум о висини доприноса за издржавање детета од стране другог родитеља и споразум о начину одржавања личних односа детета са другим родитељем. Овим споразумом се преноси вршење родитељског права на родитеља коме је дете поверено, док ће родитељ који не врши родитељско право задржати право и дужност да издржава дете, да са дететом одржава личне односе и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право (чл. 78.).

У време важења ранијег законодавства самостално вршење родитељског права је представљало једини модел родитељског старања после развода брака. Прецизније речено, није било никаквих правних препрека које би онемогућавале фактичко заједничко старање о детету од стране разведених родитеља, али није била експлицитно нормирана могућност закључења споразума о заједничком вршењу родитељског права након прекида потпуне породичне заједнице, нити је суд могао донети одлуку о заједничком старању након развода. Насупрот томе, ПЗ допушта заједничко старање о деци и када родитељи не воде заједнички живот, уколико постигну споразум о овој форми старања. Споразумом о заједничком вршењу родитељског права родитељи детета се писмено саглашавају да ће родитељска права и дужности обављати заједнички, међусобним споразумевањем које мора бити у најбољем интересу детета, а саставни део овог споразума јесте и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета (чл. 76.).

права на тужбу за развод брака, Гласник Правног факултета у Крагујевцу, стр. 115. Поред тога, у породичноправној доктрини је било ставова да се заштита мајке и детета могла боље постићи онемогућавањем развода без сагласности жене за време њене трудноће и док заједничко дете не наврши годину дана, али да би на њен захтев или са њеним пристанком то било могуће и у овом периоду. Видети: О. Цвејић-Јанчић, Да ли треба новелирати одредбе о разводу брака, *op. cit.*, стр. 89.

²⁴ Породични закон Републике Србије (у даљем тексту: ПЗ), „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005.

Споразум супружника о вршењу родитељског права уноси се у изреку пресуде о разводу брака ако суд процени да је он у најбољем интересу детета (чл. 225. ст. 1.). Дакле, суд треба да испита усаглашеност споразума о вршењу родитељског права са најбољим интересом детета, као и да о овоме затражи налаз и стручно мишљење органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима (чл. 270.). У том смислу, судови нису у потпуности лишени контролних овлашћења, али је присутан тренд опадања ауторитативне моћи судова, тако да је њихова моћ, у поређењу са прохујалим временима, далеко мања.²⁵

Споразум о деци инициран је презумпцијом да родитељи најбоље знају ко је од њих у позицији да квалитетније врши родитељско право након развода, будући да су им одлично познате личне, материјалне, здравствене, стамбене и друге прилике у којима се налазе, као и комплекс различитих потреба детета. Осим тога, они најбоље могу проценити емоционалну повезаност, тј. осећајну наклоност детета према једном од њих. Из тог разлога се оправдано очекује да ће родитељи, руковођени љубављу према свом детету, пронаћи оптимално решење у погледу његовог чувања, васпитања и оспособљавања за самосталан живот.²⁶ Стога, у домаћој бракоразводној пракси судови готово без изузетка поклањају поверење споразуму родитеља о вршењу родитељског права, сматрајући да родитељи најбоље знају које решење је у најбољем интересу њиховог детета. У том смислу, судови констатују да је споразум у интересу детета и уносе га у диспозитив пресуде о разводу, без спровођења детаљних истражних радњи и без консултовања органа старатељства.

Егзистенција споразума, међутим, не искључује у потпуности судску интервенцију, с обзиром да суд *ex lege* одлучује о родитељском праву, тако да ће одлука о форми и свим аспектима вршења родитељског права бити садржана у изреци пресуде о разводу брака, док ће чињеница да су родитељи постигли споразум о деци бити видљива из образложења пресуде. Споразум родитеља, иако га суд акцептира на бази претпоставке да је у интересу деце, без спровођења било каквих истраживања и без консултовања органа старатељства, нема моћ да замени судску одлуку, већ је само основ за њено доношење.²⁷

Споразумни развод је у српском позитивном праву конципиран тако да су брачни партнери дужни споразумно уредити своје имовинске односе, чиме се елиминише потреба за вођењем поступака за деобу брачне тековине, што је од изузетног значаја, с обзиром да ови поступци у домаћој судској пракси спадају у ред комплексних, дуготрајних и исцрпљујућих процеса. Овај услов

25 З. Поњавић, Уговорно вршење родитељског права, Правни живот, бр. 10/2008, стр. 236.

26 Детаљније о томе: М. Митић, Поверавање деце након развода брака, Зборник Правног факултета у Нишу, 1986, стр. 9-10.

27 О правној природи и значају споразума родитеља видети детаљније: Г. Ковачек-Станић, Правни израз родитељства, Нови Сад, 1994, стр. 67-70.

је профилисан са намером да се супружници благо дисциплинују и уложе додатни труд како би њихов развод заиста био резултат постигнуте сагласности у погледу најважнијих питања њихових будућих односа.²⁸ Постигнути споразум о подели имовине је показатељ зрелости супружника, будући да су они, упркос конфликтима који несумњиво постоје међу њима, смогли снаге да сами уреде имовинска дејства престанка брака.

Приликом састављања споразума супружници су слободни да деобу имовине изврше у складу са њиховим потребама и жељама. Заједничку имовину, дакле, не морају поделити на једнаке делове, нити су дужни водити рачуна о доприносу сваког од њих у стицању имовине. Тако, на пример, удео супружника који самостално врши родитељско право након развода може бити знатно већи од удела другог супружника, како би се заједничкој малолетној деци обезбедили оптимални услови за живот, раст и развој. При том, суд без преиспитивања уноси постигнути споразум о деоби имовине у изреку пресуде којом се разводи брак по споразуму (чл. 225. ст. 2.).

Међутим, у нашој судској пракси је приметна тенденција непоштовања законске одредбе којом је прописано да је споразум супружника о деоби заједничке имовине услов за споразумни развод брака. Наиме, у предлогу за споразумни развод, као и на самом рочишту за главну расправу, супружници често наводе да током трајања брачне заједнице нису стекли заједничку имовину, па из тог разлога немају шта да деле, мада то није увек у складу са реалним стањем.²⁹ Прецизније речено, уколико брак није дуго трајао, ове тврдње супружника су вероватно истините, с обзиром да је у кратком временском периоду изузетно тешко сопственим радом стећи имовину велике вредности. Поред тога, лоша економска ситуација, која у нашој земљи готово без прекида траје од почетка деведесетих година прошлог века, уз присутну високу стопу незапослености, супружнике додатно оптерећује и отежава им стицање значајнијих имовинских добара. Међутим, уколико се разводи брак који је дуго трајао, има основа за закључак да су супружници стекли заједничку имовину, како покретну тако и непокретну. Код ових супружника је, заправо, присутна жеља да се разведу по убрзаној процедури, на основу споразума о разводу, а да спорна имовинска питања реше у засебном поступку, који ће иницирати након окончања поступка за развод брака.

28 М. Драшкић, *Породично право и права детета*, Београд, 2005, стр. 140.

29 Резултати истраживања које смо почетком 2009. године спровели у Општинском суду у Нишу на узорку од 298 предмета развода брака по споразуму, правноснажно пресуђених у периоду од 1. јула 2005. до 31. децембра 2008. године, показују да се супружници у веома високом проценту (49,43%) изјашњавају да у току трајања брачне заједнице нису стекли заједничку имовину. Детаљније о томе: Т. Китановић, *Споразумни развод брака у домаћем и упоредном праву*, *op. cit.*, стр. 129-130.

При том, домаћи судови прихватају изјаве супружника о непостојању заједничке имовине као истините, и разводе брак по споразуму, не упуштајући се у испитивање тачности навода странака и не тражећи да странке поткрепе своје тврдње одговарајућим доказима.³⁰ Поред тога, супружници често наводе да су заједничку покретну имовину већ поделили, без пружања било каквих доказа о извршеној деоби, док суд, са своје стране, не захтева подношење ових доказа.

Наведена пракса домаћих судова заслужује критику, јер се оваквим поступањем изиграва сврха постојања установе споразумног развода брака. Наиме, смисао егзистенције ове форме развода управо је у споразумном регулисању последица развода од стране самих супружника, чиме се избегава ангажовање судског апарата у овој сфери. С обзиром да наше право предвиђа и развод по тужби једног супружника, требало би у судској пракси инсистирати на стриктном поштовању материјалноправних услова за споразумни развод, и допустити овај вид развода једино ако су испуњени законом прописани услови, односно уколико су супружници постигли, како споразум о вршењу родитељског права, тако и споразум о деоби заједничке имовине.

IV Сугестије de lege ferenda

Модел споразумног развода који је акцептиран у српском позитивном праву намеће супружницима обавезу постизања споразума о вршењу родитељског права и споразума о деоби заједничке имовине, док остала питања која потенцијално могу бити извор сукоба, као што су издржавање необезбеђеног супружника и право становања (*habitatio*), супружници нису дужни уредити својим споразумом. У том смислу, код нас није доследно спроведена идеја о уређењу последица развода споразумом супружника, и није редукована на најмању могућу меру потреба за покретањем поступака за уређење спорних последица развода у будућности.

Уздизањем права на развод на ниво уставног права отворен је пут за слободан излазак из брака, при чему је развод постао брз и једноставан, независно од тога којим иницијалним актом је покренут бракоразводни поступак.³¹ Стога, споразумни развод не треба схватити као модалитет развода који обезбеђује

30 Будући да непокретности и стварна права на њима, због значаја и вредности истих, подлежу евиденцији, било би пожељно експлицитно предвидети обавезу супружника да приложи изводе из одговарајућих јавних регистара (земљишних књига или катастра), на бази којих би суд са сигурношћу могао извести закључак о (не)постојању заједничке непокретне имовине. Додуше, проблематика имовинских односа супружника је далеко сложенија (нпр. може се десити да предметне непокретности уопште нису уписане у јавне регистре или нису уписане на име супружника) и превазилази оквире овог рада. Стога се нећемо бавити њеном даљом елаборацијом.

31 Устав Републике Србије из 2006. године („Сл. гласник РС“, бр. 98/2006) у чл. 62. ст. 1. предвиђа да „свако има право да слободно одлучи о закључењу и раскидању брака“. Овом

лакши и бржи излазак из брака, будући да се брак релативно једноставно може окончати и подношењем тужбе за развод, већ као облик развода који је заснован на споразумном уређењу последица развода од стране самих супружника.

По позитивном српском праву, међутим, споразумни развод није условљен споразумом о издржавању необезбеђеног супружника, мада се у упоредним³² правним системима најчешће захтева од супружника да постигну споразум и о овој последици развода, а тако је и по Принципима Европског породичног права.³³ Ипак, нема никаквих сметњи да супружници постигну договор и о овом питању. У одсуству споразума, постоји могућност истицања алиментационог захтева у поступку за развод брака, али захтев ове врсте може узроковати незадовољство и противљење потенцијалног даваоца издржавања, који може одустати од предлога за споразумни развод и на тај начин осујетити развод по споразуму.

Будући да реализација обавезе издржавања бившег брачног партнера у пракси може бити праћена многобројним тешкоћама, свакако је целисходније захтевати од супружника да ово питање уреде својим споразумом, чиме се ликвидира опасност од настанка сукоба након развода у вези алиментације која је неопходна једном супружнику. У том смислу, Комисија³⁴ за кодификацију нашег грађанског права се определила за корекцију постојећег модела споразумног развода, тако да је у чл. 42. ст. 2. Треће књиге Преднацрта Грађанског законика споразум о издржавању необезбеђеног супружника предвиђен као услов за споразумни развод брака.

одредбом се гарантује слобода развода, тако да одбијање развода у нашој судској пракси више није могуће.

32 Споразум о издржавању је услов за споразумни развод брака по праву Швајцарске, Белгије, Португалије, Бугарске, Немачке, Данске, Мађарске, Холандије итд.

33 Поменути Принципе је формулисала Комисија за Европско породично право (Commission on European Family Law - CEFL), експертска група састављена од професора породичног и компаративног права са истакнутих европских универзитета, основана 2001. године са задатком да ради на креирању теоријских и практичних оквира хармонизације породичног права на европском нивоу. Комисија се, између осталог, бавила и проблематиком развода брака и издржавања супружника по разводу, тако да је формулисала Принципе који би требало да послуже као полазна основа у даљем развоју националних правних система, и да инспиришу законописце приликом креирања нових нормативних решења. Материјали Комисије су доступни на интернет адреси: <http://www.law.uu.nl/priv.cefl>.

34 Влада Републике Србије је 2006. године формирала Комисију за изразу Грађанског законика, у чијем саставу су истакнути универзитетски професори и реномирани стручњаци у области грађанског права. Трећа књига Преднацрта, посвећена породичним односима, презентована је јавности јуна 2011. године. У регулисању породичних односа Комисија је пошла од решења садржаних у важећем ПЗ-у, настојећи да их коригује у складу са потребама нашег друштва, али је пружила и потпуно нова решења актуелних породичноправних проблема, од којих се неки по први пут регулишу у српском праву. Интегрални текст Преднацрта доступан је на сајту Министарства правде: <http://www.mpravde.gov.rs>.

Уколико се определе за опцију споразумног развода, супружници могу својим споразумом конституисати право становања у корист детета и родитеља који врши родитељско право, а на стану или кући у својини родитеља који не врши родитељско право. Споразум о овом питању, међутим, није услов за споразумни развод. Уколико споразум ове врсте изостане, супружник који врши родитељско право, а нема решено стамбено питање, може захтевати од суда да установи право становања. Ипак, чини нам се да је то мало вероватно, с обзиром да неслагање супружника који је власник стана може резултирати његовим одустанком од предлога за споразумни развод.

Како је решење стамбеног питања, односно обезбеђење адекватног стана за становање, од изузетне важности за сваког појединца, а посебно за осетљиво људско биће какво је дете, сматрамо да би било пожељно експлицитно нормирати обавезу родитеља да постигну споразум и о овој последици развода. Уосталом, у савременом упоредном праву се најчешће захтева од супружника да постигну споразум о режиму употребе породичног дома, при чему се овој проблематици, у поређењу са питањем деобе заједничке имовине, придаје већи значај.³⁵ Сматрамо да нема разлога да тако не буде и у нашем праву.

У претходном периоду у српском праву је егзистирала клаузула која је омогућавала одбијање споразумног развода ако то захтевају оправдани интереси заједничке малолетне деце супружника. Међутим, у домаћој бракоразводној пракси ова заштитна клаузула се крајње рестриктивно примењивала. Ипак, она је онемогућавала, макар теоријски, развод брака у ситуацији када је његово очување у интересу деце, тако да је била у складу са начелом правичности. Данас, пак, егзистенција ове клаузуле у нашем бракоразводном систему није ни могућа, с обзиром да представља ограничење права на развод које је уздигнуто на ниво уставног права.

Друштвена контрола развода данас би се, евентуално, могла манифестовати у виду пролонгирања развода за одређени временски период, односно преко нормирања периода за размишљање (*reflection period*), као обавезне фазе поступка за развод брака по споразуму супружника, уколико они имају заједничку малолетну децу, што је у складу са Принципима Европског породичног права.³⁶ Преко периода за размишљање супружници би били у

³⁵ Споразум о породичном дому је услов за споразумни развод брака по праву Швајцарске, Португалије, Бугарске, Немачке, Данске, Мађарске, Холандије итд.

³⁶ Према Принципу 1:5, уколико супружници имају заједничку децу испод 16 година старости и ако су постигли споразум о последицама развода, период за размишљање треба да траје 3 месеца. Међутим, ако супружници имају децу млађу од 16 година, а нису постигли споразум о последицама развода, период за размишљање се продужава, тако да мора трајати 6 месеци. Период за размишљање је неопходан и када супружници немају децу млађу од 16 година, уколико нису успели да уреде правне последице развода, када треба да износи 3 месеца. Период за размишљање није обавезан само онда када супружници немају децу млађу од 16 година, а уредили су све последице престанка брака. Поред тога, период за размишљање губи на значају ако су супружници, пре иницирања бракоразводне процедуре,

прилици да још једном размисле о оправданости развода, као и да, у циљу изналажења оптималног решења, преиспитају споразум о последицама развода.

Мада поједина упоредна права³⁷ најновијим законодавним реформама напуштају период за размишљање, пре свега под притиском јавног мњења, с обзиром да парови који се разводе у већини случајева не гледају благонаклоно на пролонгирање развода, сматрајући га непотребним празним ходом, брак је исувише значајна друштвена установа да би се развод дозволио без било каквих механизма контроле, како је то тренутно у српском праву, мада је крајње дискутабилно да ли је и у којој мери могуће овим инструментом васпитно деловати на супружнике и утицати на смањење вредности диворцијалитета у нашем друштву.

Doc. Tanja Kitanović, LL.D.

Assistant Professor

Faculty of Law, University of Niš

THE EVOLUTION OF THE CONSENSUAL DIVORCE MODEL IN THE SERBIAN LEGISLATION

Summary

In this article, the author explores the institute of divorce by mutual consent in the Serbian legislation, given the fact that the existing consensual divorce model has had a highly interesting evolution in the Serbian family law. In the first part of the paper, the author provides a general overview of the formerly applicable divorce legislation. Further on, the author provides a detailed analysis of the positive legislation in this area. Drawing upon the comprehensive critical analysis of the current normative solutions on this issue, in the final part of the paper the author proposes specific legal solutions which may be applied in eliminating the observed drawbacks and providing for a more adequate regulation on the institute of consensual divorce in the future.

Key words: *consensual divorce, Serbian law, former divorce legislation, positive divorce legislation, proposals de lege ferenda.*

живели одвојено најмање 6 месеци. Пун текст Принципа је доступан на web страници Комисије за Европско породично право: <http://www.law.uu.nl/priv.cefl>.

37 Примера ради, Закон о разводу Француске (Loi No. 2004-439, од 26. маја 2004. године), који је инкорпориран у Француски грађански законик (Code civil - Cc; интегрални текст Законика је доступан на интернет адреси: <http://legifrance.gouv.fr>), напушта период за размишљање као један од услова за споразумни развод брака. Пролонгирање развода је, међутим, неизбежно уколико суд утврди да споразум о последицама развода није у складу са најбољим интересом детета, или је противан интересима једног супружника, када ће оставити супружницима рок од 6 месеци да сами ревидирају споразум, а уколико то не учине, одбиће развод по споразуму (art. 230-232. Cc).

КОМПАРАТИВНА АНАЛИЗА ЕВРОПСКОГ И СИСТЕМА ЗАШТИТЕ ЉУДСКИХ ПРАВА У ПОСТУПКУ ПО УСТАВНОЈ ЖАЛБИ¹

Апстракт: У раду су анализиране сличности и разлике два система заштите људских права. Један је европски, заснован је на Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, и функционише на наднационалном нивоу. Изразито обележје овог система односи се на механизам заштите права, који се реализује подношењем индивидуалних представки Европском суду за људска права. Други систем заштите функционише на националном нивоу, базира се на Уставу као темељном документу, а реализује се подношењем уставне жалбе уставном суду. Одлучивање националног уставног суда по уставној жалби је специфична тачка која повезује поменута два система, јер се уставна жалба појављује као последње правно средство које треба искористити пре обраћања Европском суду. Компаративна анализа два система базирана је основним елементима њихових правозащитних средстава, односно према томе ко је легитимисан за подношење уставне жалбе/представке, шта може бити предмет уставне жалбе/представке, који су услови прихватљивости и какво је дејство пресуде надлежног суда.

Кључне речи: уставни суд, уставна жалба, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, представка.

Уводни део

Заштита људских права се може посматрати са два аспекта-унутрашњег и међународног. Унутрашњи систем заштите људских права је старији, институционално боље изграђен, јер су националне институције готово увек институције заштите. Основ овакве заштите чини устав као темељни документ, као *lex fundamentalis* и *lex superior*. Заштита људских права на наднационалном,

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту “Заштита људских и мањинских права у европском правном простору” бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке

међународном нивоу је новијег датума и интензивно је развијана у периоду након Другог светског рата. Међународни систем људских права настао је и развијао се на подлози која укључује домаћи уставни систем људских права. Основ ове заштите чине међународни уговори који закључују државе, а један од начина реализације права садржаних у овим документима су и међународне институције, пре свега са обележјима судског органа.

Међународни режим људских права, може се манифестовати као глобални и регионални. Глобални режим људских права, тежи да буде мост између различитих вредносних система и да изражава заједничке тежње. Регионални системи људских права, попут европских, могу бити у стању да се у већој мери ослоне на постојеће “заједничке вредности и на јачу политичку вољу”.² Регионални системи заштите људских права имају значајну предност у односу на универзалне, јер је због постојеће блискости држава у политичком, идеолошком, историјском и у другом погледу, било далеко једноставније успоставити “индивидуалну заштиту”³.

Европски систем заштите људских права

Један од најразвијених система међународне судске заштита регионалног карактера функционише у Европи, на простору држава чланица Савета Европе. Ова регионална организација основана је 1949. године са циљем да омогући ближу сарадњу и веће јединство између европских држава које су прихватиле вредности демократије, поштовање људских права и владавине права. Под његовим окриљем настала је Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода. Конвенцију су 4. новембра 1950. године потписале “влада европских земаља које су сличних погледа и имају заједничко наслеђе политичких традиција, идеале, слободе и владавине права” и “потврђујући изнова своју дубоку веру у оне основне слободе, које су темељ правде и мира у свету”⁴. Европски систем заштите права оличен у Европској конвенцији у центру пажње ставља појединца и његова права, за разлику од других сличних уговора који се више баве систематским и масовним кршењима.

Европска конвенција утврђује два механизма заштите људских права: међудржавне и индивидуалне представке. Међудржавна представка регулисана је чланом 33 и она подразумева да свака висока страна уговорница може преко Генералног секретара поднети представку Европском суду за људска права

2 A.von Bogdandy, “Pluralism, direct effect and ultimate say: On relationship between international and domestic constitutional law”; *ICON*, Vol. 6, No. 3 & 4, 2008, pp. 399-401

3 S. Milenković, *Međunarodni nadzor nad primenom paktova o pravima čoveka*, Beograd, 1984. str.220

4 Преамбула Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода (“Службени лист СЦГ-Међународни уговори”, бр.9/2003)

против других држава чланица у вези са повредама одредаба из Конвенције и додатних Протокола. Према Европској конвенцији, држава може да се јави као подносилац међудржавне представке у два случаја. Први случај, је када држава наступа у своје име и у интересу заштите повређених људских права својих држављана. У овом случају, међудржавна представка се у дејству изједначава са индивидуалном представком. У другом случају, држава подноси међудржавну представку услед инкомпатибилности домаћих закона или административних процедура једне државе са Конвенцијом, при чему није неопходно да је то кршење усмерено против неке одређене особе, а то је тзв. апстрактна представка. У овом случају, држава подноси представку као *actio popularis* ради заштите објективног правног поретка формираног Европском конвенцијом и ради заштите европског јавног поретка.⁵

У фокусу нашег интересовања, када говоримо о покретању поступка пред Европским судом за људска права јесу индивидуалне представке, односно право појединаца и организација да оспоре одлуке својих влада обраћајући се међународним органима ради заштите својих права. Европска конвенција је један од првих докумената заснованих на објективним стандардима и на праву појединца да траже заштиту од злоупотреба државних власти. Право индивидуалне петиције је један од највећих искорака који Европска конвенција уноси у систем заштите људских права. Заштиту пред Европским судом за људска права може тражити било које лице, држављанин било које државе чланице Савета Европе, али и лица која то нису: странци, избеглице, емигранти, азиланци и апатриди. Довољно је да се лице позива на пропуст државе у погледу пружања одговарајуће заштите, односно на кршење одредби Конвенције. Члан 34 Европске конвенције (раније члан 25), који уводи право на подношење индивидуалне представке, несумњиво је најпрогресивнија одредба Конвенције. То је први инструмент у области међународног јавног права који појединца чини субјектом међународног права, чиме су укинута ограничења која су у односу на појединца постојала у традиционалном међународноправном систему заштите људских права и тиме је постигнут велики напредак у заштити људских права. Осим тога, како државе често оклевају приликом подношења међудржавних представки, то подношење индивидуалних представки представља готово једини начин за остваривање циља и сврхе Конвенције у осигуравању права и слобода појединаца у односу на државу.⁶

Давање права на индивидуалну представку је било револуционарно у многим видовима, али је то, пре свега, значајно посматрати са аспекта представе о “независном суверенитету државе у области људских права”⁷.

5 Ibidem

6 Ibidem

7 Ф. Лич, *Обраћање Европском суду за људска права*, Београд, 2007, стр. 7

Људска права су веома дуго била у искључивој надлежности држава и сваки покушај интернационализације овог питања је схватан повредом суверених права. Када је прихваћено да се међународним уговорима регулише област људских права, следећи корак који је требало предузети односио се на успостављање ефективног надзора над поштовањем поменутих уговора. Признавање могућности држави уговорници да поднесе саопштење уколико сматра да друга уговорница не извршава одредбе међународног уговора, државе су прихватиле “тешка срца”, али никако нису могле да прихвате непосредан захтев појединца за међународноправном заштитом. Такав акт државе су виделе као непријатељски акт, акт који омогућава мешање у њихове унутрашње послове и атак на њихову сувереност. Са стварањем повољнијих услова у међународним односима слаби и бојазан од неоправданог покретања поступка заштите од стране појединца. Овакав развој могао је да се оствари најпре “у државама блиским по политичким, идеолошким, историјским и другим погледима, јер је постојало узајамно поверење и разумевање, а самим тим и мање бојазни од злоупотреба петиција појединаца”.⁸ Управо такав систем из поменутих разлога је почео да функционише под окриљем Европске конвенције и Савета Европе.

Заштита права у поступку по уставној жалби

Уставна заштита људских права постоји у развијеним демократијама већ деценијама. У свим државама у којима је прихваћена идеја писаног устава постоји сет одредаба о људским правима и слободама, и адекватни инструменти и механизми којима ће зајемчена слобода бити обезбеђена од свих начина њиховог угрожавања. Појава уставног судства представља значајан корак напред у систему заштите људских права и слобода. Уставни судови појављују се као “посебне правосудне институције чији је основни смисао и циљ заштита устава”.⁹ У раду уставних судова доминирају три врсте поступака: апстрактна нормативна контрола, конкретна нормативна контрола и решавање по уставним жалбама грађана. Уставна жалба због повреде Уставом гарантованих права сматра се обликом непосредне уставносудске контроле. Специјална уставноправна заштита основних права, која се на овај начин обезбеђује, потврђује њихов висок ранг и њихову супериорност у односу на обично законодавство. Иако су у поступку нормативне контроле ефекти заштите људских права изражени, “несумњиво је да је највећи домет у заштити права грађана и уставности признавање могућности да се сам грађанин-појединац непосредно обрати Уставном суду ради заштите својих права или Устава”.¹⁰ Успостављање уставне жалбе доприноси да носиоци

8 С. Миленковић, *op.cit.*, стр. 48

9 П. Николић, “Нужност и легитимност уставног судства у демократским системима”, *Правни живот*, бр. 12/1995, стр. 177

10 Р. Марковић, *Покретање уставног спора о уставности нормативних аката*, Београд, 1973, стр. 62

јавних функција буду обазривији и да не прекорачују своја овлашћења, што неминовно јача веру у принцип владавине права.¹¹

У данашњим уставносудским системима, као “репер” заштите Уставом гарантованих права узимају се аустријски и немачки систем. Треба поменути и да је до скоро уставна жалба била доступна у малом броју европских држава, односно поред Аустрије и Немачке још је постојала у Шпанији. Данас, уставна жалба постоји у великом броју држава Централне и Источне Европе. Повећан степен свесности о питањима људских права у овим државама, настао као реакција на злоупотребе државне власти у ранијим режимима, водио је увођењу и експанзији правних механизма за заштиту уставних права и слобода.¹²

У Србији је ситуација била знатно другачија у поређењу са државама бившег социјалистичког блока. Наиме, још је Устав Србије (1963) садржао један вид уставне жалбе.¹³ Од 1974. године уставна жалба није била садржана у уставном систему Републике Србије. Устав Србије (1990) није садржао уставну жалбу, али су Устав СРЈ (1992) и Уставна повеља Државне заједнице Србија и Црна Гора (2003) давали такве могућности нашим грађанима, мада у врло ограниченој мери. Усвајањем Устава Србије (2006), уставна жалба је препозната као посебно средство уставносудске заштите.

Сличности и разлике Европског и система заштите права по уставној жалби

Развој поменута два система заштите права одвијао се и даље се одвија на истом европском простору, и под деловањем истих социјалних, економских, политичких и културних фактора. Данас, након педест година њиховог континуираног развоја анализирамо њихове основне сличности, а указујемо и на основне разлике које међу њима постоје.

Наиме, одлучивање националног уставног суда по уставној жалби појављује се као специфична “тачка везивања” националног заштитног система и система који се успоставља на основу Европске конвенције, посебно ако се има у виду да је уставна жалба последње правно средство које треба искористити пре евентуалног обраћања Европском суду за људска права. Стога, компаративна анализа ових система заснована је на основним елементима

11 R. Barnett, “The Protection of Constitutional Rights in German”, *Virginia Law Review*, Vol. 45, No. 7, 1959, p.1155

12 Више о томе G.Dannemman, “Constitutional Complaints: The European Perspective”, *International and comparative Law Quarterly*, Vol. 43, 1994, pp. 142-153

13 Наиме, према чл. 229 ст. 2 овог устава, Уставни суд је био надлежан да одлучује о заштити права на самоуправљање и другим основним правима и слободама утврђених овим Уставом, када су права и слободе повређене појединачним актом или радњом од стране органа друштвено-политичке заједнице и у другим случајевима када одреди закон, а законом није обезбеђена друга судска заштита.

њихових правозаштитних средстава, односно према томе ко је легитимисан за подношење уставне жалбе/представке, шта може бити предмет уставне жалбе/представке, који су услови прихватљивости и какво је дејство пресуде која се доноси поводом уставне жалбе/представке.

Питање активне процесне легитимације

Подносилац представке, сходно члану 34 Европске конвенције, може бити свако физичко лице, невладина организација или група лица, што зависи од природе самог права. Наиме, на извесна права могу се позивати само појединци и она се не могу проширивати на организације, као нпр. слобода мисли, савести и вероисповести, право на образовање итд. Физичка лица могу да поднесу представку независно од свог држављанства,¹⁴ домицила, старосне доби,¹⁵ психичких или физичких ограничења и слично.¹⁶ Ово право припада и насцитурусу у погледу уживања извесних права из Конвенције.¹⁷ Смрћу физичког лица поступак пред Судом по појединачној представи не обуставља се аутоматски, већ га могу наставити наследници или блиски сродници ако за то имају оправдан интерес или ако решење појединачне представке може да буде од општег интереса. Под оправданим интересом за настављање поступка по представи подразумева се постојање директних или индиректних последица на личност наследника или блиских сродника које имају у вези са утврђењем повреде права из Конвенције.¹⁸

Невладине организације и групе лица, који су означени као подносиоци представке, могу то да чине независно од тога да ли имају страначку способност по свом *lex nationalis*. Под правним лицима се подразумевају искључиво правна лица приватног права, док правна лица јавног права могу да подносе представку која се не тиче вршења њихових државних функција односно јавних овлашћења. Страначку способност имају и државни универзитети и факултети, државне ТВ и радио станице, цркве и остала религиозна удружења, политичке странке, синдикати.

Док се државе могу жалити на “наводно кршење одредби Конвенције од стране друге високе стране уговорнице”, и сходно томе, на национално законодавство или административну праксу *in abstracto*, приликом подношења индивидуалне представке подносилац мора да тврди да је жртва кршења права,

14 ECHR, Winterwerp, presuda od 24.10.1979., Series A, no.33

15 ECHR, Marcks, presuda od 13.6.1979, Series A, no.31, br. 50

16 ECHR, Ahmed, presuda od 17.12.1996, Series, RJD, 1996-VII, br. 31

17 Страначка способност насцитуруса јавља се у вези са заштитом права из чл.1 Протокола бр.1 Видети: F. Abr Jochen , P. Wolfgang, *Europäische menschenrechtskonvention*, EMRK-Kommentar, 2007.

18 Commission, Funke, Decision of 6.10.1988, DR 57, str. 5,24

одређеног Конвенцијом од стране једне од високих страна уговорница. То искључује могућност подношења *actio popularis*, као и подношење апстрактних представки.¹⁹ Подносилац представке мора бити лично угрожен наводним кршењем, односно мора бити жртва повреде права. Према пракси Суда, реч жртва односи се на особу која је директно погођена радњом чињења или нечињења која је у питању.²⁰ Појединац представку може поднети и против закона које постоје у једној земљи позивајући се на супротност ових одредби унутрашњег права са одредбама Конвенције. Подношење индивидуалне представке овде показује сличност са индивидуалном жалбом која се у Немачкој може поднети против закона, што није својствено другим системима. Међутим, у оба случаја неопходан услов јесте да подносилац мора да докаже свој статус жртве, односно да је директно погођен таквим законом, чиме се спречава подношење *actio popularis*²¹.

Питање је да ли подносилац, чији интерес постоји у будућности, може да се сматра жртвом у смислу чл. 25. Ранија пракса Комисије показивала је њену спремност да у одређеним предметима прихвати будући интерес. Поред будуће жртве, можемо говорити о индиректној жртви, када појединац доживи личну повреду која је изазвана кршењем Конвенције против неког другог, али мора имати довољно блиску везу са директном жртвом кршења да би се и сам сматрао жртвом.²² Појам потенцијалне жртве срећемо и у случајевима када појединац подноси представку због тога јер закон крши његова права предвиђена Европском конвенцијом, чак и ако против њега није примењена ниједна конкретна мера. Потенцијалне жртве морају уверити Суд да постоји стварна опасност да они лично буду непосредно погођени тим кршењем.²³ Међутим, није неопходно,

19 Међутим, Комисија је прогласила прихватљивим појединачне представке које су имале делимично апстрактни карактер. Један број представника Северне Ирске поднео је представке против мучења којем су наводно били изложени од стране британских снага у време када су били лишени слободе, док су уз то тврдили да је овакав третман представљао део "систематичне административне схеме која дозвољава и подржава бруталност." Videti: P. Van Dijk, Van Hoof G., *Theory and practice of the European Convention on human rights*, Kluwer Law International, 1998., pp. 43-44

20 Videti predstavku 99/55, X v. Federal Republic of Germany, Yearbook I (1955-1957), str. 160 (161)

21 Више о томе: P. Van Dijk, Van Hoof, op.cit., pp. 46-47

22 Комисија је прихватала представке блиских сродника жртве или било ког трећег лица, уколико дато кршење подједнако изазива штету по то лице и ако постоји лични интерес за окончање тог кршења. При том, и чисто нематеријални интерес је довољан за прихватљивост тврдње подносиоца као индиректне жртве.

23 Videti npr. Open Door i Dublin Woman protiv Irske, br.14234/88 i 14253/88, Serija A; br. 246, 209.10.1992 (1993) 15 EHRR 255, stav 4 i Johnston i ostali protiv Irske, br.9697/82, Serija A, br. 112, 18.12.1986. (1987)) EHRR 203, stav 42.

да је жртва претрпела “штетно” или “погубно поступање” што је битно само у смислу захтева за правичну надокнаду у складу са чланом 41 Конвенције.²⁴

Подношење уставне жалбе може се дозволити сваком ко је носилац уставних права, тако да уживање овог права не мора бити условљено држављанством, а може бити отворено и за правна лица, у мери у којој она могу бити субјект уставних права. Уопштено говорећи, уставну жалбу може поднети само лице које је директно погођено оспореним актом и које има легитиман правни интерес да то учини. У неким правним системима, попут Немачке и Шпаније, утврђена је исцрпна листа права која се могу заштити уставном жалбом, док се у Аустрији препушта судству да дефинише права која су подобна да буду заштићена уставном жалбом.

У Србији, право да изјави уставну жалбу има свако лице које сматра да му је повређено или ускраћено људско или мањинско право и слобода зајемчена Уставом²⁵. Подносилац уставне жалбе може бити свако лице, што значи да то може бити и домаћи држављанин, али и страном лице, ако се појављује као титулар Уставом гарантованог права, као и физичко или правно лице. Уставном жалбом штите се сва људска и мањинска права и слободе, индивидуална и колективна, зајемчена Уставом, независно од њиховог систематског места у Уставу и независно од тога да ли су изричито уграђена у Устав или су у уставноправним систем имплементирана потврђеним међународним уговорима.²⁶

Основно полазиште је да се уставном жалбом штите уставна права, мада се у пракси показало да је врло тешко утврдити прецизну линију разграничења између повреде уставних права и повреде осталих права. При том, сувише уско тумачење може да значајне области права остави без заштите, док општи приступ претвара уставни суд у додатни апелациони суд. Ипак, функција уставне жалбе није да ограничи заштиту индивидуалних права већ да прошири “специфичан механизам судске надокнаде и на објективно уставно право”, односно да “штити објективно уставно право и да подржава његово тумачење и развој”.²⁷ Штитећи своја основна права и спроводећи своје интересе грађанин се бори за остваривање основних уставних принципа. Међутим, често није довољно само тврдити да је дошло до повреде основног права, већ је неопходно да је таква повреда лична, реална и тренутна. Лична повреда значи да се жалилац обраћа Суду само због повреде неког свог основног права, што искључује могућност да се уставна жалба употреби ради заштите права других. Стварна повреда значи

24 Ф. Лич, *op.cit.*, стр. 130

25 Чл. 83 ст.1 Закона о Уставном суду Србије (“Сл. гласник РС”, бр. 109/2007)

26 Став Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби (од 30. 10.1008 и 2.4.2009.)

27 Н. Werner, “Access to the German Federal Constitutional Court”, у *Constitutional Courts in comparison: U.S. Supreme Court and the German Federal Constitutional Court* (R.Rogowski, G: Thomas, eds.).New York, 2002, p.129

да повреда мора да постоји у време када се подноси, и да не може престати у будућности. Тренутна повреда значи да је она директна последица оспореног акта и да није резултат неког каснијег акта.

Посматрајући како је питање активне процесне легитимације решено код подношења уставне жалбе, стиче се утисак да унутрашњи правни системи строже постављају услове за изјављивање уставне жалбе и да се то одражава на круг лица који имају активну процесну легитимацију, који је ужи него код подношења представки Европском суду. Међутим, у оба случаја је искључено подношење *actio popularis*. Наравно, држава се не може појавити у улози подносиоца уставне жалбе, као што таква могућност постоји када су у питању међународне представке које се подnose Европском суду, али су оне ипак далеко мање заступљене и потпуно су превладане индивидуалним представкама, тако да ова разлика, можемо рећи остаје само на нивоу теоријских могућности. Али се једна друга значајнија разлика може уочити. Док уставна жалба у унутрашњим уставним системима има наглашени субјективни карактер, односно служи заштити личног интереса жалиоца, појединачна представка која се подноси Европском суду може да има објективни карактер. Наиме, појединачна представка може да се тиче не само личног интереса подносиоца, већ и да буде поднета у јавном интересу. Стога, раније постојећа Европска Комисија је усвојила став да, на основу опште функције коју има по члану 19, а која се односи на то да осигура поштовање обавеза које су високе стране уговорнице преузеле у овој Конвенцији, јесте надлежна да разматра *ex officio* да ли је било кршења права, односно да не треба да се ограничити на разматрање кршења права које је подносилац изричито навео.²⁸ Још једна импликација објективног карактера присутна је у ставу Комисије да и када подносилац повуче представку или више не показује интересовање за "свој" предмет, поступак може бити настављен у општем интересу. "Интерес којем служи заштита људских права и основних слобода које гарантује Конвенција сеже даље од појединачних интереса датих особа; (...) док, сходно томе, повлачење представке и сагласност одговорне владе за то не могу лишити Комисију надлежности да настави своје разматрање тог предмета."²⁹

Предмет представке и уставне жалбе

Предмет индивидуалне представке је дат у општим терминима, док се детаљнија правила срећу код подношења уставне жалбе. Генерално посматрано, приликом подношења индивидуалне представке подносилац се позива на

28 Видети представку 202/56, X v. Belgium, Yearbook I 81955-1957), str. 190 (192) и обједињене представке Foti, Lentini and Cenerini v. Italy, D&R 14 (1979)

29 Предмет Gericke protiv Savezne Republike Nemačke, predstavka br. 2294/64, Yearbook VIII (1965.), str. 314 (320)

повреду Европске конвенције или Протокола, наводећи одговарајуће доказе за своје тврдње. Како обраћање Европском суду може да уследи тек након што су искоришћена сва расположива правна средства, то је неопходно у представи навести коначну домаћу одлуку, те суд или други орган који је ту одлуку донео. Представке морају бити усмерене против државе, не против појединаца или групе појединаца. Одговорност државе односи се на све њене органе, укључујући и оне који су по закону државе независни о влади, као што је правосуђе. Дакле, индивидуална представка може бити уперена против било ког акта односне државе, али како је претходни услов да буду исцрпљена сва расположива правна средства, онда се у највећем броју случајева у представи подносилац позива на коначну одлуку домаћег суда. Односно представка је уперена против појединачних аката, мада је било случајева да се представка директно подноси против закона. Када је предмет представке инкомпатибилност законодавних мера са Европском конвенцијом, подносилац своје тврдње о инкомпатибилности мора поткрепити одговарајућим доказима.

Акти у односу на које је могуће изјавити уставну жалбу су прецизно наведени у унутрашњим правним системима. У погледу аката који се могу оспоравати уставном жалбом, могуће је обухватити рад свих државних органа, и законодавних, и извршних, и судских, или пак, што је случај у Аустрији, из ове “контроле” могу бити изузети судски акти. У Шпанији, уставна жалба се може поднети против одлука, правних аката или радњи органа јавне власти, али су из жалбеног система искључени закони. Предмет уставне жалбе је најшире постављен у Немачкој и уставна жалба се може поднети против било ког акта или пропуста извршне, судске или законодавне власти.

У Србији, уставна жалба може бити изјављена против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права или слободе зајемчена Уставом. То значи да је уставном жалбом је “обухваћен рад свих државних органа који су носиоци законодавне, извршне и судске власти”.³⁰

Супсидијарна природа представке и уставне жалбе

Представка која се подноси Европском суду за људска права и уставна жалба су по својој природи супсидијарна правна средства и могу се изјавити након што су искоришћена сва друга расположива права средства. Од подносиоца представке очекује се да покаже да се Европском суду обратио, тек након што је, искористио сва расположива правна средства које пружа унутрашњи правни систем односне државе. Правило “исцрпљивања локалних правних лекова” (*épuisement des voies de recours internes*), сматра се општим правилом

³⁰ Ставови Уставног суда у поступку испитивања и одлучивања по уставној жалби (Су бр. I -8/11/09) од 2. априла 2009. године

међународног процесног права. То правило, темељи се на претпоставци, која је изражена у чл. 13 Европске конвенције, да у унутрашњем правном поретку постоји делотворан правни лек који се може применити у случају наводног кршења Конвенције, без обзира на то да ли је Конвенција иначе постала саставни део домаћег законодавства.³¹ Тужена држава може да доказује да они нису искоришћени, тако што ће евентуално указати на онај унутрашњи правни лек који је у околностима конкретног предмета требало да буде искоришћен. Али, у том контексту треба имати у виду да је врло важан и квалитет тог правног средстава. То значи, да држава мора да увери Суд у делотворност датог правног лека, као и то да је дати правни лек био на располагању тужиоцу и да је нудио разумне изгледе на успех. Ако држава укаже да расположиви правни лек који је, по њеном мишљењу, требало искористити, није искоришћен подносилац мора да покаже да је тај правни лек искоришћен или да није делотворан или адекватан, односно да постоје разлози који оправдавају зашто није покушано са коришћењем тог правног лека.³²

Појединац је изузет обавезе исцрпљивања одређених локалних лекова, ако су у околностима његовог предмета ти лекови били неадекватни или неделотворни.³³ Наиме, подносилац представке треба да уложи сва могућа правна средства по свим инстанцама, укључујући и сам Уставни суд у правним системима где постоји уставна жалба или тужба. Тако, обраћање Уставном суду и подношење уставне жалбе треба да претходи обраћању Европског суда за људска права, што је врло значајна тачка пресека на којој се може увидети и ефикасност домаћег механизма заштите људских права. Уосталом, рационални разлог за правило о искоришћености унутрашњих правних лекова ће пружити могућност домаћим властима да исправе кршење Конвенције које су починили домаћи државни органи, пре него што то питање доспе до Европског суда за људска права.

Посматрајући природу уставне жалбе у унутрашњем праву, можемо рећи да се ради о ванредном правном средству. Устав, као највиши закон државе мора бити поштован и примењен од стране свих судова. Стога, подношење уставне жалбе је последње прибежиште, појединац се обраћа Уставном суду ако су сви остали покушаји да се спречи повреда основног права остали неуспешни. Исцрпљеност правних лекова је један од најзначајнијих захтева који у значајној мери смањују обим рада уставног суда, а опет обраћање грађана домаћем уставном суду и захтев да сви унутрашњи правни лекови буду искоришћени је захтев који смањује обим рада Европског суда за људска права. Исцрпљеност правних лекова значи да странка заиста треба да преузме активну улогу и да

31 Видети, нпр. *Agdivar protiv Turske*, br. 21893/93, 16.9.1996., (1997), 23 EHRR 143, stav 65.

32 Видети Ф. Лич, *op.cit.*, стр. 136-137

33 Видети нпр представка 7011/75, *Becker v. Denmark*, D&R 4 (1976), str.215 (232-233), представка 7465/76 *X v. Denmark*, D& R 7 (1977)

искористи сва правна средства, која јој стоје на располагању, а не да се само формално креће кроз правосудни систем. Странка која мисли да је њено основно право повређено мора да скрене пажњу суду на то. То не значи да странка мора експлицитно да упути на своје основно право или чак на одређену одредбу Устава, али мора да укаже на суштину ствари. Ако је случај у току, а жалилац је већ добио одлуку у којој се пориче његов првобитни захтев нпр. у виду међупресуде, уставна жалба се може прихватити ако жалилац тврди да се на тај начин повређују његова основна права или ако се чини неразумним да се захтева да буду у потпуности искоришћени сви правни лекови, јер жалилац трпи озбиљну и неотклоњиву последицу, или је ствар од општег значаја. Са друге стране, исцрпљеност свих правних лекова треба тражити ако правно или чињенично стање није довољно разјашњено.³⁴

У Србији, уставна жалба може бити изјављена ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства или је законом искључено право на њихову судску заштиту.³⁵ У том смислу подносилац уставне жалбе треба да наведе податке о правним лековима који су коришћени, а уколико неки правни лек није искоришћен треба навести зашто то није учињено. Уставна жалба може се изјавити и ако нису исцрпљена правна средства, у случају када је подносиоцу повређено право на суђење у разумном року.

Рок у коме се може изјавити представка /уставна жалба

Европски суд за људска права може узети предмет у поступак, тек када буду исцрпљени сви унутрашњи правни лекови, а уколико је представка поднета у року од 6 месеци, од дана када је поводом њега донета правноснажна одлука. Сврха овог временског ограничења је да спречи, да власти и друга лица дужи временски период буду у стању неизвесности, а и да би се омогућило установљење чињеница у предмету, што би, временом било све теже и теже, и тиме би испитивање питања отворених по Конвенцији постало проблематично.³⁶

Рок почиње да тече један дан по доношењу коначне одлуке у поступку пред домаћим судовима. То обично значи дан изрицања пресуде. Међутим, ако пресуда није изречена јавно, рок тече од датума када је подносилац представке или његов заступник обавештен о одлуци. Ако образложење одлуке уследи после дана објављивања саме одлуке или обавештавања подносиоца представке о њој, рок почиње да тече од тог потоњег датума, уколико су разлози за доношење одлуке важни са становишта примене Конвенције. Ако нема домаћих правних лекова, представку Суду треба поднети у року од 6

³⁴ D. Kommers, *The constitutional jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, Oxford, 2007., p. 429

³⁵ Чл. 82 ст.1 Закона о Уставном суду Србије

³⁶ Van Dijk, Van Hoof, *op.cit.*, p. 143

месеци од догађаја или одлуке на коју се жале, или у року од 6 месеци пошто је, подносилац представке сазнао за њих. Такав приступ Суд ће применити где год је од самог почетка јасно да подносилац представке није имао на располагању ниједан делотворни правни лек. Слично томе, када се подносилац представке жали због одсуства одговарајућих правних лекова против одређене радње за коју наводи да представља кршење Конвенције, рок од шест месеци тече од датума када је та радња извршена. Уколико је разлог за покретање поступка пред Европским судом читав низ догађаја, најсигурније је представку поднети у року од 6 месеци од првог инцидента. Ако су, међутим, ти догађаји повезани, представка се може поднети у року од шест месеци од последњег догађаја у серији. Ако подносилац представке користи правни лек за који се испостави да је неделотворан, рок од шест месеци може тећи од доношења коначне одлуке донете по делотворном правном леку, или од дана када се догодио сам инцидент, ако није било делотворних правних лекова.

Овде се показује да постоји блиска повезаност између захтева да буду искоришћени сви делотворни правни лекови у унутрашњем праву и шестомесечног рока, а подносиоца то може ставити у врло тежак положај. Наиме, ако прво уложи правни лек у унутрашњем праву, за који се касније испостави, да није делотворан, излаже се ризику да његова представка неће бити примљена због прекорачења рока од шест месеци. Ако се пак одмах обрати Европском суду, постоји ризик да таква представка неће бити прихваћена јер нису искоришћена сва средства у домаћем праву. У таквим околностима, подносиоцу је боље да понесе представку Суду и да истовремено тражи дати правни лек. Тако ће у сваком случају испоштовати временски рок, а ако се у међувремену донесе одлука домаћег државног органа, подносилац може поново поднети представку.³⁷ Уколико се ствар, због које се подносилац представке жали, наставља рок не почиње да тече све док кршење не престане да има трајно дејство. Продужено кршење постоји ако се подносилац жали на трајно постојање одређених закона. Европски суд за људска права не може да разматра ниједну представку која је већ поднета некој другој међународној инстанци ради испитивања, односно решавања и која не садржи ниједан битан нови податак (члан 35, став 2, тачка б). Међутим, да би представка по овом основу била неприхватљива њен садржај мора у суштини бити исти и мора је поднети исти подносилац.

Временско ограничење примењује се и у односу на уставне жалбе. Оно треба да осигура да случај буде решен у разумном року и да штити поверење друге стране. Наиме, пошто је уставна жалба ванредни правни лек против коначне одлуке, онда је још јачи императив да се заштити друга страна у иницијалном конфликту. Из тих разлога, временско ограничење не треба да буде сувише дуго, али мора подносиоцу оставити довољно времена да сам напише жалбу или да пронађе адвоката, који би га заступао. Обично се сматра

37 Ibidem

да је период од једног до два месеца довољан, а ако су у питању уставне жалбе против законодавних аката онда тај рок треба продужити и на шест месеци до једне године. Тај дужи рок може се оправдати на следећи начин: са једне стране, тешко је научити нови закон и његов тачан садржај и последице које из тога произилазе, а са друге стране, не постоји потреба за заштитом, јер нико није сигуран да законодавни акт неће бити оспорен у будућности и евентуално бити проглашен неуставним.³⁸

Дејство пресуде

Најизразитије разлике у компаративној анализи два система заштите људских права уочавају се у погледу дејства пресуде (одлуке) коју надлежни суд доноси одлучујући по правозаштитном средству. Пресудом Европски суд за људска права утврђује да ли је држава у односу на коју је поднета представка повредила Европску конвенцију у конкретном случају и она је ‘суштински деклараторне природе’³⁹ Већина одлука Европског суда у којима је утврђена повреда права из Европске конвенције садржи два елемента: став да је повређено индивидуално право и сатисфакциону компоненту. Деклараторни карактер пресуда значи да се њима не могу поништавати одлуке националних судова и других државних органа. Пресуде обавезују односну државу на предузимање одговарајућих мера ради њиховог спровођења, али немају касационо дејство у односу на оне акте за које је Европски суд нашао да представљају повреду Конвенције. Пресуда у којој је Суд утврдио да је дошло до кршења одредби Конвенције намеће туженој држави обавезу да оштећеној страни исплати своте досуђене у виду правичног задовољења, али и да под надзором Комитета министара изабере опште и/или појединачне мере које треба да буду усвојене у њеном унутрашњем правном поретку, како би окончала повреду коју је Суд утврдио и како би се у највећој мери отклонила и исправила последица овог кршења.

Пресуде Европског суда, строго формално посматрано, имају *inter partes* дејство. Међутим, оне се пажљиво анализирају и у државама које нису биле учеснице у поступку, како би се утврдило конкретније значење права и слобода из Европске конвенције. Можемо рећи да оне служе као оријентир другим државама уговорницама, односно да имају тзв. оријентационо дејство (*orientation effect*).⁴⁰

Одлука Уставног суда, по правилу, има касаторно дејство, које је усмерено на укидање појединачних аката којима је повређено Уставом гарантовано право.

38 D. Kommers, *op. cit.*, p. 14

39 Assanidze protiv Gruzije, appl.no.. 71503/01, Presuda od 8.4.2004. stav 202

40 G. Ress, ‘‘The Effect of Decisions and Judgments of the European Court of Human Rights in the Domestic Legal Order’’, *Texas International Law Journey*, Vol. 40, 2004-2005, p.374

Како уставна жалба има наглашен субјективни карактер и служи заштити личног интереса жалиоца, то и одлука која се тим поводом доноси тиче се странака у спору. Одлучујући по уставној жалби, Уставни суд поступа као специјална инстанца по жалбама грађана по принципу *inter partes*.

У Србији, Уставни суд када утврди да је оспореним појединачним актом или радњом повређено или ускраћено људско или мањинско право или слобода зајемчена Уставом, може поништити појединачни акт, осим судске одлуке, забранити даље вршење радње или одредити предузимање друге мере или радње којом се отклањају штетне последице утврђене повреде или ускраћивање зајемчених права и слобода и одредити правичан начин задовољења подносиоца.⁴¹ Уколико је уставом гарантовано право повређено судском одлуком, Уставни суд ће то констатовати у својој одлуци али више није у могућности да тај акт елиминира из правног поретка. Сатисфакција за повређено лице је да позивајући се на одлуку Уставног суда тражи поновно отварање поступка пред судом. Овакве одлуке Уставног суда сада попримају деклараторни карактер, који одликује Европски суд за људска права, што је примерено за један наднационални суд, али не и за један уставни суд. Уз то, додатна сличност јесте и што је Уставни суд сада у прилици да одлучује о накнади штете коју је оштећено лице претрпело. Тиме сатисфакциону компоненту препознајемо и у одлукама Уставног суда Србије.

Закључне напомене

Предмет нашег истраживања су два система заштите људских права, који данас успешно паралелно функционишу на подручју великог броја европских држава. Један је европски систем заштите људских права и он се одвија под окриљем Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Други је национални систем уставносудске заштите људских права и он се одвија под вођством уставних судова.

Спроведена анализа показује да између правозащитних средстава не постоје суштинске разлике у највећем броју посматраних елемента. Појединачна представка, која се подноси Европском суду за људска права, попут уставне жалбе која се подноси националном уставном суду, ставља појединца у центар правне заштите омогућујући му да у једном равноправном поступку стоји насупрот далеко моћнијем "ривалу" односно држави. Са аспекта обичног грађанина оба правна средства имају изузетан психолошки ефекат и чине да се он осећа равноправним чланом друштва, у коме неће бити обесправљен у односу на државу. Оба средства показују да је и на унутрашњем и на међународном плану држави, односно, међународној заједници стало до појединца. Најизразитије разлике манифестују се у погледу дејства одлуке која се доноси поводом

⁴¹ Чл. 33 Закона о измена и допунама Закона о Уставном суду Србије ("Сл. гласник РС", бр. 99/11)

представке/уставна жалбе, али су оне условљене природом суда који по њима одлучује.

Главни и превасходни циљ система који је постављен Европском конвенцијом јесте да се у свакој држави успостави ситуација у којој ће права и слободе бити заштићена у поступку пред националним уставним судом, а да представка пред Европским судом буде коришћена као *ultimum remedium*. То се јасно изражава у захтеву да обраћање међународним судским институцијама може да уследи након што су искоришћена сва расположива правна средства. Европски систем заштите права "активира се" тек након деловања националних уставних судова. То значи да су уставни судови у прилици да, одлучујући по уставној жалби, реагују и отклоне штетне последице и спрече "мешање" Европског суда за људска права. То би било од двоструке користи: на унутрашњем плану, Уставни суд би још више ојачао свој ауторитет, а на међународном плану смањило би се прилив предмета у Европском суду. Дакле да закључимо, циљ европског система заштите није да буде супситут националног система, посебно не оног који се одвија на челу са уставним судом, већ његов суплемент.

Резиме

Заштита људских права може се посматрати са два аспекта-унутрашњег и међународног. Унутрашњи систем заштите права је старији, институционално боље изграђен и заснован на Уставу, као темељном документу. Значајан корак напред у овом систему заштите је уследио након увођења уставног суда, посебно када у његову надлежности укључено и одлучивање по уставним жалбама грађана.

Међународни систем заштите људских права је новијег датума и интензивно је развијан у периоду након Другог светског рата. Основ овакве заштите чине међународни уговори који закључују државе, а може се манифестовати као глобални и регионални. Најразвијенији регионални систем заштите људских права функционише на подручју држава чланица Савета Европе, а под окриљем Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Европска конвенција утврђује два механизма заштите људских права-међудржавну и индивидуалну представку. У фокусу нашег интересовања су индивидуалне представке, које представљају један од највећих искорака на међународном плану заштите људских права.

Одлучивање националног уставног суда по уставној жалби појављује се као специфична "тачка везивања" националног система заштите и система који се успоставља на основу Европске конвенције, посебно ако се има у виду да је уставна жалба последње правно средство које треба искористити пре евентуалног обраћања Европском суду. У том смислу истражене су сличности и разлике између ових правозаштитних средстава, а полазећи од тога ко има

легитимацију за њихово подношење, шта може бити њихов предмет, који су услови њихове прихватљивости и какво је дејство пресуде.

Посматрајући како је питање активне процесне легитимације решено стиче се утисак да унутрашњи правни системи строже постављају услове за изјављивање жалбе, али се у сваком случају искључено је подношење представке /уставне жалбе *actio popularis*. Међутим, још значајније је напоменути да уставна жалба има наглашени субјективни карактер, док представка може имати и објективни карактер.

Предмет представке је дат у општим терминима, а детаљнија и прецизнија правила се срећу код уставне жалбе. Представка може бити уперена против било ког акта односне државе, али је по правилу уперена против појединачних аката, мада је било случајева и да се подноси директно против закона. У погледу аката који се могу оспоравати уставном жалбом, могуће је обухватити рад свих државних органа. Представка и уставна жалба су по својој природи супсидијарна правна средства и могу се изјавити након што су искоришћена сва друга расположива правна средства. Европски суд може узети предмет у поступак тек када су исцрпљени сви унутрашњи правни лекови, а уколико је представка поднета у року од 6 месеци од достављања коначне одлуке. Временско ограничење се примењује и у односу на уставне жалбе и оно треба да осигура да предмет буде решен у разумном року и да штити поверење друге стране.

Најизразитије разлике у компаративној анализи два система уочавају се у погледу дејства одлуке која се доноси поводом датог правозаштитног средстава. У оба случаја можемо говорити о *inter partes* дејству. Међутим, пресуда Европског суда је суштински деклараторне природе и њоме се не могу поништавати одлуке националних суда и других органа. Одлуке уставних судова, по правилу, имају касаторно дејство.

Maja Nastić, LL.D.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

***A Comparative Analysis of the European and Serbian Human Rights
Protection System in the Constitutional Complaint Proceeding***

Summary

In this paper, the author analyses the similarities and differences between two systems of human rights protection: the European and the national system. The European human rights protection system is based on the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, and it operates on the supranational level. A distinctive feature for exercising the protection of human rights within this system is the mechanism which implies lodging individual applications with the European Court of Human Rights. The second human rights protection system operates on the national level and it is put into effect by filing a constitutional complaint with the national constitutional court. The ruling of the national constitutional court on the issue underlying the constitutional complaint is the specific referential point which connects these two systems, particularly given the fact that the constitutional complaint is a legal instrument of the last resort which has to be exhausted within the national legal system prior to lodging an application with the European Court of Human Rights (ECtHR). The author's comparative analysis of these two systems of human rights protection is based on the major elements underlying these legal protection instruments, such as: who is eligible to file a constitutional complaint with the national constitutional court or an application with the ECtHR; what can be the legal issue of a constitutional complaint or an application; what are the requirements for the admissibility of a constitutional complaint or an application; and what are the legal effects of the respective rulings of the competent courts.

Key words: constitutional court, constitutional complaint, European Convention for the Protection of Human Right and Fundamental Freedoms, ECtHR, application

Доц. др Срђан Никезић, доцент
Природно математички факултет Универзитета у Крагујевцу
Доц. др Срђан Владетић, доцент
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Мр Јелена Вучковић, асистент
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

UDK: 005

ЛИДЕРСКЕ КОМУНИКАЦИЈЕ: УСЛОВ ЗА ЕФИКАСНО ЛИДЕРСТВО

***Апстракт:** Ефикасан лидер мора бити у стању да на ефикасан начин комуницира, јер комуникација је размена и проток информација и идеја, са једне особе на другу, која укључује пошиљаоца, пренос идеје или информације до пријемника. Организациона структура треба да омогући процес комуницирања. У свом раду лидер је оријентисан на «ствари» и информације у вези «ствари». Да би се то успешно остварило нужна је ефикасна организација процеса комуницирања и спремност чланова да међусобно комуницирају. За директоре и високо руководство у привреди, партијама, јавном сектору, у свим развијеним индустријским земљама, вештина ефикасног комуницирања је особина коју мора да поседују. Лидери већину свог времена проводе у комуникацијама са својим сарадницима или окружењем. Комуникација подразумева међусобно разумевање лидера и следбеника, односно слушалаца, што захтева лидерску самосвест, као и повећање свести о потребама других, односно развијену емотивну интелигенцију. Код етичког кодекса врло је важно да лидерски спољашњи став у процесу комуникације буде компатибилан са његовим унутрашњим карактером.*

***Кључне речи:** лидерство, комуникације, ефективност и ефикасност, емотивна интелигенција, етички контекст, информације.*

Увод

Комуникација је, размена и проток информација и идеја са једне особе на другу, која укључује пошиљаоца, пренос идеје, информације или знања до пријемника.¹ Ефективна комуникација се успоставља само ако прималац тачно разуме информације или идеје које је пошиљаоц намеравао да пренесе. Многи од проблема који се јављају у организацији или окружењу директан су резултат неуспешног процеса комуникације, који доводи до забуне и пропасти добрих планова, циљева и задатака.² Једна од ранијих студија о лидерској комуникацији показала је да лидери проводе већину свог времена у комуникацијама. Комуникације заузимају 70-90% времена лидеру сваког дана.³ Мобилним телефонима, мејлом и текстуалним порукама, ако би се иста студија урадила данас, проценат би био још већи. Количина времена коју лидер проведе у комуницирању наглашава важност комуникационих вештина за лидера, посебно оног који жели да напредује. За таквог лидера комуникације представљају лидерски приоритет за руковођење организацијом, партијом или компанијом у јавном или приватном сектору, као и у успостављању контакта са спољним окружењем: медијима, купцима, добављачима, државом, стејкхолдерима итд.⁴ Процес комуницирања састоји се из пет елемената а то су: комуникатор, порука, медијум, прималац (receiver) и повратна спрега. Другим речима: ко, шта коме, на који начин, и са којим ефектом.⁵ Комуницирање је, дакле, процес преношења информација и разумевања путем употребе заједничких симбола. Заједнички симболи могу да буду вербални и невербални.⁶ Shannon, Weaver и Schramm описали су општи модел комуницирања који може да се користи у свим ситуацијама.⁷ Основни елементи комуникационог модела су: комуникатор, енкодер, порука и медијум, декодер, и прималац.⁸

Комуницирање је виталан процес сваке структуре. Комуницирање обезбеђује одговарајућој организационој структури да ефикасно извршава своје

1 U.S. Army Military Leadership, FM 22-100, Government Printing Office, Washington, DC, 1983.

2 Mistry K., Jagers J., Lodge A., Alton M., Mericle J., Frush K., Meliones J., *Using Six Sigma Methodology to Improve Handoff Communication in High Risk Patients*, Advances in Patient Safety: New Directions and Alternative Approaches. Vol. 3. Performance and Tools. AHRO Publication, Rockville, 2008.

3 Mintzberg H., *The Nature of Managerial Work*, Harper & Row, New York, 1973.

4 Baret D., *Leadership Communication*, McGraw-Hill, New York, 2006.

5 Gibson J., Ivancevich J., Donnelly J., *Organizations: behavior, structure, processes*, Business Publications, 1982, pg. 532.

6 Ibid, pg. 532.

7 Ibid, pg. 533.

8 Стефановић Ж., Менаџмент, Економски факултет у Крагујевцу, 2003, стр. 225.

здатке, а лидеру да доноси праве одлуке. Квалитет лидерских одлука, између осталог, зависи од расположивих информација, од ефикасности комуникационог система и спремности следбеника да сарађују у систему комуницирања. Сваки следбеник (у организацији, у партијској структури, медијима, државним институцијама, итд.) је комуникатор (и прималац) чије су поруке од значаја за функционисање целокупног система.

Повезаност лидерства и комуникација

Лидерство се може дефинисати на разне начине, али већина истраживача се слаже да су лидери појединци који управљају, руководе, мотивишу и инспиришу друге. Они су мушкарци или жене који утичу на друге у организацијама или заједницама. Лидери имају способност да убеди друге да их следе како би се остварили циљеви које су лидери дефинисали. Они, истовремено, контролишу и целокупну ситуацију побољшавајући перформансе организације како би се остварили зацртани резултати.⁹

Кроз ефикасну комуникацију лидер води следбенике. Добра вештина комуницирања омогућава, негује и ствара разумевање и поверење неопходно да се подстакну други да следе лидера. Без ефикасне комуникације, менаџери остварују мало. Без ефикасне комуникације менаџер не може да постане ефикасни лидер.¹⁰

Ефикасно комуницирање омогућава менаџеру да оствари своју лидерску позицију у организацији или заједници. Једна од првих Харвардских студија школе бизниса као један од кључних елемената потребних да се оствари успех наглашава и значај комуникација полазећи да лидер који жели да напредује на послу „је у стању да комуницира, доноси важне одлуке, и ствари уради са и преко људи“.¹¹ Што је комуникација ефикаснија и ефекти у остваривању циљева преко и са другим људима су већи.

Комуникациони процес

Изучавање комуникационих процеса важно је јер омогућава обезбеђење ланца разумевања између свих учесника интегрисаних у организацију од врха до дна, односно од дна до врха, прожимајући процес кроз целокупну организациону структуру.

⁹ Baret D., *Leadership Communication: A communication Approach for Senior-Level Managers*, Handbook of Business Strategy, Emerald Group Publishing, 2006, pg. 385-390.

¹⁰ Ibid, pg. 385-390

¹¹ Bowman W., Jones W., Peterson A., Gronouski A., Mahoney M., *What helps or harms promotability?* Harvard Business Review. 42(1), 1964, pg. 6-18.

Комуникација је оно што лидер покушава да уради разговарајући са следбеницима. За комуникациони процес неопходно је дефинисати неколико појмова и њихову улогу:

Мисао-информација постоји у уму пошиљаоца. Може да буде концепт, идеја или осећај.

Кодирање-порука се шаље до пријемника речима или неким другим симболима.

Декодирање-пријемник преводи речи или симболе у концепт или информације које може да разуме.

Током преношења поруке, прималац декодира два елемента: садржај и контекст. Садржај представљају неке актуелне речи или симболи поруке-говорне или писане речи комбиноване у фразе које чине сематичку и граматичку целину. Прималац поруке може и наједноставнију поруку користити и интерпретирати различито од основног значења поруке. Речи које имају различито значење такође могу збунити примаоца поруке. Заједнички симболи могу да буду вербални и не вербални.

Контекст је начин којим се порука испоручује познат и као парајезик-то су невербални елементи у говору као што су: тон гласа, поглед у очима пошиљаоца, говор тела, гестови рукама, као и стање емоција (љутња, страх, несигурност, самопоуздање, итд.) које се може детектовати. Иако су примарни начин комуникације, речи су често недовољне да би се исказала осећања, ставови и намере пошиљаоца. Говор тела и знаци који се шаљу могу, често, да буду поузданији од онога шта се прича. Сигмунд Фројд је тврдио да „не постоји смртник који је способан да сакрије тајну. Ако су му уста нема, он прича врховима прстију, издаја цури из сваке његове поре“. Lillian Glass вештину дешифровања невербалних знакова дефинише кроз процес савладавања четри „комуникацијске шифре“, односно на основу говора, лица, тела и гласа.¹²

Контекст може погрешно да се схвати и да прималац више верује оном што види, него оном што је чуо. Контекст је ипак моћни комуникатор који нам помаже да разликујемо једни друге. Често се невербалном понашању верује више од вербалног. Бихејвористички приступ полази од претпоставке да се у процесу комуникације саговорник највише може оценити преко израза лица, које је, по истраживањима, најважнији елемент невербалне комуникације, јер око 55% те комуникације чини мимика лица. Краткотрајне спонтане промене у изразу лица као што су покрет ока, ширење или скупљање зеница, изненадне боре на челу, нехотичан смех, су невербални елементи из којих се могу прочитати намере, ставови, циљеви, жеље и будуће реакције саговорника. Дешифровање погледа саговорника је, некад, прецизније од декретора лажи, јер очи имају сопствену емоцију, у њима се види радост и туга, умор, страхови и сумње. Очи имају

12 Glass L., *I know what you're thinking: Using the four codes of reading people to improve your life*, Wiley, 2003.

„сопствену вољу“ и не могу се натерати да лажу. Говор саговорника може да буде добра основа за утврђивање његовог карактера. Лакоћа и једноставност у говору или оптерећење говора страним изразима, компликованим речима и фразама може да да важне податке о саговорнику. Ако саговорник стално оговара друге, а слабо прича о себи, у питању је несигурна, али амбициозна личност. Особа која омаловажава друге покушава себе да покаже као особу вредну пажње. Они који превише истичу себе, да су паметни и најбољи, нарцисодне су личности које желе да буду у центру пажње. Особине гласа говоре о стању особе, о њеном душевном здрављу као и о њеним скривеним намерама. Интезивне емоције врло је тешко сакрити и оне се најлакше примећују у гласу. Љутња, бес и узбуђење мењају боју гласа и ритам говора. Код лажи често долази до успореног начина говора, док се срећа исказује кроз убрзан ритам говора. Идеалан говор је онај који није ни превише брз, ни превише спор. У говору најбољи утисак се оставља ако се 3,5 речи изговори у секунди. Ритам говора треба да буде једноличан, без превеликих осцилација, али са наглашавањем битних детаља у излагању или комуникацији. Говор тела може да покаже симпатије или антипатију према слушаоцу. Начин на који стојимо показује шта мислимо о саговорнику. Нагињање према саговорнику је знак симпатије, а удаљавање или окретање леђа показује знак несимпатије, али и непристојности. Самоуверени говорници стоје усправно, док се некомпетентност показује погуреним држањем тела. Руке на куковима показују љутњу говорника, да није најбоље расположен, и да својим ставом прети, док говорник који руке држи иза леђа је отворен, сигуран у себе, безбрижан. Људи са рукама у џеповима, који ходају погнуто склони су депресији. Ноге је теже контролисати од руку.¹³

Често се истиче како је руковање један од веома битних детаља у невербалној комуникацији, а најновија истраживања то и потврђују. Резултати студије, која је спроведена на 2000 особа, показали су да многи због слабог стиска руке остану и без запослења, јер тако остављају лош утисак на послодавце. Истраживање је показало да сваки четврти човек има слаб стисак руке, због чега често не пролази добро на разговорима за посао. Код послодавца влада мишљење да ове особе имају мањак самопоуздања, да су нервозне и затворене. Слаб стисак открива збуњену и расејану особу, недовољно сигурну у себе. Руковање је битан део у пословној комуникацији, јер стисак руке открива нечију храброст, поузданост, искреност, али и здравствено стање. Чврсто руковање оставља добар утисак на потенцијалне партнере, али није пожељно имати претерано чврст стисак, јер се у том случају оставља утисак претерано амбициозне особе која воли да доминира. Руковање је одраз културе, понашања и поверења, и зато стисак треба да буде умерен, испраћен благим смешком и гледањем у очи. Предуго руковање указује на досадну, захтевну и напорну особу, па и о томе треба водити рачуна. Довољно је да се руком климне 2-3 пута, и при

13 Ibid.

томе не треба користити обе руке, као што често чине политичари, јер такво понашање делује неукусно и претерано. Основно правило је да се увек рукује десном руком, јер и у најопуштенијим ситуацијама испружена лева рука одаје утисак неозбиљности и неодговорности.

Први утисак је увек важан, а често и пресудан за даље разговоре о послу. Најновија истраживања показују да је довољно само неколико секунди да креирамо слику о некоме, и да при томе, није важна комуникација речима, већ очима, покретима и држањем. Поруке које шаљемо при првом сусрету не треба да буду контрадикторне, изговорене речи да буду у супротности са изразом лица или говором тела. Интуиција, као збир свих претходних искустава, представља предуслов да прве импресије у комуникацијама буду позитивне или негативне. Врло често, први утисак у комуникацији може да буде подложен и нашем тренутном финансијском, емоционалном и неком другом ситуацијом која може да утиче да немамо довољан контакт са реалношћу, и да у особи са којом комуницирамо тражимо сарадника који треба да нам помогне да пребродимо негативну ситуацију. Прва импресија може да буде оптерећена и нашим ранијом представом о неком, на кога особа коју упознајемо, личи или нас подсећа. Таква сличност може бити физичка, али може да буде и побуђена неким гестом, бојом гласа, начином на који се смеје. Тада наша импресија није реалистична, већ је под утиском неког кога већ знамо. Брзо прихватање, отвореност, некритичност или антипатија, одбијање или претерана критичност углавном су последице нереалистичне представе, која је одговорна за погрешан први утисак и погрешну процену особе коју упознајемо. Људи су често склони генерализацијама и тражењу сличности, али је то, на жалост, и чест извор грешака у процени саговорника.

Невербални сигнали који често нисмо ни свесни садрже скривену психолошку поруку на коју околина реагује много пре и много интензивније него на вербалну. Начин представљања у пословној комуникацији треба да омогући лидеру да уочи адуте саговорника као што су: тачност, искреност, љубазност, спонтаност, спремност за учење, емпатију, прецизност и дисциплину.¹⁴

Поједини лидери верују да је довољно да у комуникацији издају налоге следбеницима и да је процес комуникације преношења поруке завршен. Проблем се јавља када следбеници погрешно разумеју поруку. Порука није ни саопштена, ако је следбеници нису правилно декодирани. Двосмерна комуникација или повратна информација неопходна је у комуникационом процесу. Повратна информација обавештава лидера да су следбеници разумели поруку, ниво њене важности и шта треба да ураде са њом. Комуникација је размена, а не само наредба, јер обе стране морају да учествују у позитивном завршетку размене информација које су од кључног значаја за организацију или друштвену заједницу.

¹⁴ Крсмановић Д., Моћ првог утиска, Новости, Београд, 11. март 2012.

Баријере за ефикасно комуницирање

Комуникација је трансмисија одређеног значења са једне особе на другу особу или више других људи, вербална или невербална. Комуникација између једне особе са другом се обично описује као једноставан троугао састављен од контекста, пошиљаоца, поруке и примаоца.

Ово је облик једноставне и идеалне комуникације. Код ове комуникације, по правилу, нема неспоразума или лошег комуницирања. Пошиљалац разуме контекст поруке и изабраће одговарајући медији, како би послао поруку коју ће прималац разумети, баш у контексту који је пошиљалац желео. У стварности сметње које настају у процесу комуницирања имају за последицу кашњење у преношењу порука и доношењу одлука. Отуда је нужно да сви елементи процеса комуницирања буду усклађени и оријентисани на «сарадњу» и отклањање уочених сметњи и недостатака. Нужно је, на почетку, установити адекватан оквир комуникационог односа и да се кроз процес комуницирања прослеђују управо поруке, чији је обим, садржај, значај и сврха у оквиру познатог и прихваћеног дијапозона. На неки начин, то подразумева извесно слагање «поља искуства» онога ко шаље и прима поруке и слагање «поља искуства» процеса кодирања и декодирања - у систему комуницирања.¹⁵

Поред ових баријера појављују се још и: селективно слушање, вредност закључивања, извор кредибилитета, семантички проблеми, филтрирање, језик у групи, статусне разлике, притисак времена и комуникациона преоптерећеност.¹⁶

Селективно слушање, настаје из више разлога, али пре свега због тога што је примљена порука супротна ономе што желимо и ономе што верујемо. Селективно слушање настаје и због чињенице да у систему комуницирања нема довољно отворености за нове идеје и поруке или између лидера и следбеника нема довољно поверења. Селективно слушање блокира систем комуницирања и ствара погрешну слику о стварном стању у организацији, партији... Селективно слушање може да створи уверење да је све уреду иако, то стварно није. Систем комуницирања је «болестан», ако учесници у њему само слушају оно што желе да чују.

Вредност закључивања, игра значајну улогу у релаксираном систему комуницирања између лидера са следбеницима у организацији и ван организације. Вредност закључивања може да се заснива на процени комуникатора (лидера) од стране онога ко прима информацију, искуству које има са пошиљаоцем информација, или антиципирање значења примљених

¹⁵ Arsovski S., Nikezić S., *Leadership communications and quality*, 5th International Conference "SCIENCE AND HIGHER EDUCATION IN FUNCTION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT", High Business-Technical School of Uzice, Serbia, 2012.

¹⁶ Gibson J., Ivancevich J., Donnelly J., *Organizations: behavior, structure, processes*, Business Publications, 1982, pg. 544-548.

порука. Осим тога, вредност закључивања зависи од искуства учесника у комуницирању, од сигурности које имају у послу, и услова у којима се шаљу и примају информације. Склоност ка негативној вредности закључивања има за последицу неефикасан систем комуницирања, који блокира акције лидера. Истина и поверење међу учесницима система комуницирања играју значајну улогу у развоју кредибилитета. Прималац порука треба да верује лидеру - да верује његовој речи, идеји или акцији.

Систем комуницирања, одвија се уз помоћ заједничких симбола. Међутим, како исте речи могу да имају различито значење за различите људе то може да изазове појаву семантичких проблема. Таква врста "неразумевања", има за последицу неефикасан систем комуницирања између лидера и следбеника.

Филтрирањем се задржава део поруке који може да буде важан у процесу доношења одлука; или се део порука задржава да би се остварила одређена контрола над информацијама, да би се манипулисало са следбеницима који немају одређену поруку.

Језик групе, који се користи код професионалних тимова, појединих експерата, може да лимитира процес комуницирања, тако што га «затвара» и што није погодан за разумевања или коришћење од стране појединих група и чланова група. Поједине фразе, изрази, речи или асоцијације користе се у групи као уобичајан начин међусобног комуницирања и разумевања, али нису погодни за пренос и као порука за друге учеснике.

Статусне разлике, најчешће се «обележавају» различитим симболима који се преносе кроз систем комуницирања. Примаоци могу да изражавају извесну одбојност на такве симболе, што може да утиче на ефикасност комуницирања. Осим тога, извесна одбојност може да настане због статусних разлика и привилегија које оне саме по себи носе. То омета систем, успорава пренос информација и утиче на резултате рада и одлучивања. У клими оштрог истицања и позивања на статусне разлике (ауторитет позиције), систем комуницирања може да функционише у «форми» директиве, високог формализма и контроле учесника. Одржавање такве климе у комуникацији појачава комуникациони геп међу учесницима и води дисфункционалним последицама које прете уништавању комуникационог процеса.

Кратко време и оптерећеност учесника у систему комуницирања утиче на његове ефекте. «Згуснуто» време отежава пријем, пренос и разумевање појединих порука. Искакање појединих учесника у процесу комуницирања, по правилу, надокнађује се накнадним укључивањем што отежава комуницирање. Отуда је нужно формално прописивање улога и начина деловања и дисциплина у успостављање и очувању система комуницирања. Велики број добијених порука прети да доведе појединце у ситуацију да нису у стању да их апсорбују.¹⁷

17 Стефановић Ж., Менаџмент, Економски факултет у Крагујевцу, 2003, стр. 230-231.

Ништа није тако једноставно да не може бити погрешно схваћено. Све што спречава разумевање поруке је препрека за комуникацију. Поред наведених постоје и физичке и психолошке баријере:

Култура, прошлост и пристрасност - Лидери често дозвољавају да њихова прошла искуства промене значење поруке. У суштини, лидери морају да своју културу, прошла искуства и непристрасност користе као позитивне перформансе у комуникационим процесима, стварајући позитивну атмосферу за нове организационе продоре на тржиште путем квалитета, нових технологија и новог ресурсног односа према следбеницима и окружењу.

Бука - Јасну комуникацију често може да омете бука из саме организације или окружења. Пошиљалац и прималац морају бити у стању да се концентришу на поруку које шаљу једни другима.

Интроспекција - Често може бити пресудан фактор за добро комуницирање. Позитивно фокусиран лидер доприноси коректном комуникационом процесу, а негативно фокусирање лидера на самог себе, а не на организацију и следбенике, може довести до конфузије и сукоба. Неки од фактора који доводе до тога су дефанзивност (осећај да је лидер угрожен), супериорност (осећање супериорности у поседовању експертске и референтске моћи), и его (осећај лидера да је у центру активности и моћи).

Перцепција - Следбеници перципирају лидерски начин говора, јасноћу, тачност и на основу тога одлучују да прихвате или не прихвате комуницирање са њим. Такође, лидерски изнети ставови утичу на спремност следбеника да слушају и подрже лидера. Следбеници, на жалост, често, не критички прихватају ставове лидера са високим статусом у хијарархији, а не прихватају ставове лидера са ниским статусом.

Порука - Врло често лидерска порука наилази на сметње када је фокусирана на чињенице, а не на идеју. Семантичке сметње настају када се користи реч другачија од очекиване. На пример, ако се фокусирамо на реч председник компаније и цитирамо његове изјаве, а не на речи «председничких идеја», следбеници погрешно могу да прате речи председника компаније, а не његову суштинску поруку.

Окружење - Бритка, атрактивна особа, необично позитивна и елоквентна може да буде препрека за преношење позитивне и јасне идеје или информације.

Замагљивање - Често следбеници лидерске информације прихватају без икаквих баријера, иако оне могу бити недоречене, конфузне и доводе до тога да неке раније коректне информације изгубе вредност.

Стрес - Када су под стресом: проблем око посла, отпуштања, смањења плата, промена радног места и др., следбеници негативно утичу на процес комуникација. Оно што видимо или верујемо у датом тренутку може за запослене да буде погрешно, односно под утицајем јаког психолошког оптерећења. Процес

комуникације није исти као у нормалним условима. Све је на преиспитивању: веровања, вредности, знања, искуства и циљеви организације.

Све ове баријере могу се посматрати као филтери којима се порука од пошиљаоца, пролазећи кроз наведене филтере стиже до пријемника. Задатак лидера је да преко филтера превазиђе баријере кроз активно слушање и повратну информацију, односно међусобно комуницирање између лидера и следбеника које је двосмерно и стално.¹⁸

Активно слушање и повратне информације

Чути и слушати у комуникационом процесу нису иста ствар. Чути је чин перцепције звука и односи се на пријем слушних стимуланса.

Слушање је селективна активност која подразумева пријем и тумачење слушних стимуланса. Истовремено то је и активност дешифровања звука у одређено значење. Слушање се може поделити у две основне категорије: пасивно и активно. Пасивно слушање је само мало већа активност од чујног процеса: прималац поруке има мало мотивације да пажљиво слуша, као када слуша музику која га интересује, телевизијски програм који је занимљив за њега или када жели да буде љубазан са неком особом или запосленима.

Људи изговоре од 100 до 175 речи у минути, али могу да слушају од 600 до 800 речи у минути. Ефективан лидер, док слуша запослене или комуницира на састанку, може већи део времена, као разлику између броја речи које може да слуша у минути и броја изговорених речи, користити за размишљање о другим стварима, иако, практично, слуша сарадника.

Активно слушање је слушање са сврхом. У току комуникационог процеса добијају се значајне информације, разумеју мотиви комуникације запослених и брзом интеракцијском разменом решавају проблеми. Лидер активним слушањем може да перципира како се друге особе осећају, покаже подршку запосленима и конципира упутства. То од лидера захтева пажљиво слушање саговорника, његово активно присуство, коришћење и леве и десне стране мозга, да би разумео поруке пошиљаоца. Зато је потребна иста или већа количина енергије него када се говори. То захтева од лидера да чује различите поруке, разуме њихово значење, а затим да да повратне информације.¹⁹

Унапређењем система комуницирања и стварањем личних комуникационих преференција лидер стиче моћ. Моћ настаје оног тренутка када разлика између социјалних актера није једнака. Поједни чланови у процесу

18 Arsovski S., Nikezić S., *Leadership communications and quality*, 5th International Conference "SCIENCE AND HIGHER EDUCATION IN FUNCTION OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT", High Business-Technical School of Uzice, Serbia, 2012.

19 Lyne de Ver H., *Conceptions of Leadership*, Developmental Leadership Program, University of Bristol, 2009.

комуникације имају инфериоран положај и зависе од лидера који располаже користима, односно одређеним ресурсима. Чланови који имају информације (ресурсе) имају и моћ. На тај начин, могу да произведу жељено понашање других појединаца. Са становишта комуникационог процеса, информације су услов за одржање и развој лидерске моћи. Отуда, лидери истовремено имају контролу над другим социјалним актерима или социјалним групама, као и контролу над информацијама, па преминутоме и одређену, врло значајну, моћ. Централизацијом комуникационог система, лидер располаже ресурсима и од њега зависи начин и услови рада у организацијама, партијама, државним институцијама и др. Лидер је, дакле, центар моћи, са највећим и пресудним утицајем на систем рада и понашање других људи и социјалних актера.²⁰

Да би стекао моћ, као референтну и експертску категорију и улогу демократе, лидеру је потребно да поседује, као активни слушалац, следеће особине:

У контакту са сарадницима више времена проводи слушајући него причајући.

Не завршава реченицу следбеника.

Не одговара питањем на питање следбеника.

Свестан је предрасуда, јер их сви имају и мора да их контролише.

Никада не постаје преокупиран сопственим мислима када други говоре.

Препушта сарадницима да говоре. Не доминира састанцима.

Прави план реакције на говоре следбеника, и говори када су сви завршили са излагањем, не прекидајући друге.

Обезбеђује повратне информације, на коректан и професионалан начин, не прекидајући непрестано сараднике.

Анализира све релевантне факторе, пита сараднике око отворених проблема, пролазећи током састанка све спорне тачке и на крају сумира суштинске поставке.

Усмерава састанак или разговор на теме о којима сарадници причају, а не на оно шта их интересује.

Води кратке белешке о току састанка. То тражи и од сарадника концентришући их на тему.²¹

Невербалним и вербалним одговорима на поруке успоставља се информативна веза између комуникатора. Повратном информацијом се парафразирају речи пошиљаоца као потврда разумевања суштине поруке. Још

20 Nikezić S., Purić S., Bojić B., Grabovica E., *Leadership and power: source and effects*, 12th International Conference „RESEARCH AND DEVELOPMENT IN MECHANICAL INDUSTRY“ RaDMI 2012, SaTCIP (Scientific and Technical Center for Intellectual Property) Ltd. and High Technical-Mechanical School Trstenik, Vrnjačka Banja, Serbia, 2012.

21 Lyne de Ver H., *Conceptions of Leadership*, Developmental Leadership Program, University of Bristol, 2009.

Confucius (Kung Fu Tzu) је рекао: «Када нешто знаш, реци да знаш, када нешто не знаш, кажи да не знаш. То је знање.» Климање главом или стезање песница, оборене обрве или спуштен поглед показују да прималац није разумео лидерску поруку.

Carl Rogers наводи пет главних категорија повратне информације, независно од редоследа у којем се најчешће дешавају у свакодневним разговорима. Често у комуникацијама лидери или следбеници закључују пре него што покушају да разумеју:

Проценом: Закључују о вредносном суду, доброты или сврсисходности изјаве саговорника.

Интерпретацијом: Парафразирањем се покушава објаснити значење изјаве друге особе.

Подстицањем: Покушавају да помогну или подсети другог саговорника.

Сондирањем: Покушавају да добију додатне кључне информације, настављају дискусију или разјашњавају суштину.

Разумевање: Покушавају да утврде комплетно значење и мишљење саговорникових изјава.²²

Циљ лидерске комуникације са следбеницима је да у дневним брифинзима разумеју следбенике, пре него што покушају да процене шта они говоре. Пре састанка лидер треба да разреши дилему: да ли је стекао поверење, поштовање и подршку следбеника? Да би то остварио неопходно је да успостави ефикасан систем комуницирања кроз читаву организациону структуру, као и ефикасан систем комуницирања са окружењем, добављачима, купцима, медијима, финансијским институцијама, државним органима и др. Одлучујућу улогу у комуникационом процесу има створено узајамно поверење које треба да буде у функцији спровођења промена, нарочито ако су оне радикалне и са драстичним последицама.²³

У приступу унапређења процеса комуникације, лидер треба да користи позитивне и истините податке и информације како се не би десило да манипулише сарадницима и преноси им двострука значења стварајући конфузију. Комуникациони процес је процес узајамног поверења како би се остварио заједнички циљ и постављена лидерска визија. Лидер у обраћању сарадницима користи вештину причања која се заснива на следећем:

Када говори или објашњава нешто сарадницима или запосленима, лидер треба да пита слушаоце да ли га прате.

²² Rogers C., *Freedom to Learn: A View of What Education Might Become*, Charles E. Merrill Publishing, 1969.

²³ Nikezić S., Vladetić S., *Effective leadership and quality: portal for the implementation of the four elements concept leadership-Xerox case study*, 6th International Quality Conference, University of Kragujevac, Faculty of Engineering, Kragujevac, Serbia, 2012.

Лидер треба да обезбеди услове да следбеници имају прилику да се изјасне или поставе питања.

Лидер треба да покуша при говору да се стави у стање следбеника, да размотри њихова осећања приликом сопственог говора.

Треба да буде јасан у излагању онога о чему говори.

Лидер погледом на сараднике може да утврди позитиван или негативан став према сопственом говору.

Лидер не треба да игнорише знаке конфузије, галаме и добацавања.

Унапређење позитивне лидерске комуникације

Лидерске комуникације треба да пројектују позитиван имиџ, односно позитиван став унутар организације и ван ње. Харизма је термин који се често користи да опише неког ко има способност да убеди друге да прихвате његове идеје. Она се заснива на ставовима да харизматска личност има посебне особине, наглашену структуру понашања, ослоњену на изворе референтних моћи и утицаја и одређену дискретно испољену склоност да утиче на друге, да их репрезентује и води према реалним и перципираним условима.²⁴ Харизматски лидери имају висок ниво стручности и поуздања, амбицију, вољу и убеђење, шарм и склоност доминацији, отвореност и потребу да делују зарад виших интереса.²⁵

За разлику од харизме, став има квалитет дубине и суштине. Да би се разумело етимолошко порекло саме речи став треба поћи од дефиниције грчког филозофа Аристотела. Став је везан за саму суштину лидерског карактера. Харизма је слична ставу, али разликује се по томе што лидер утиче на следбенике више емоцијом, него разумом. Десном страном мозга и срца, а не левом логичком страном мозга. Харизматски лидери били су Mahatma Gandhi, Martin Luther King, Ernesto "Che" Guevara... Харизма може да опише лидера, али пошто је став директно везан за његов карактер он боље позиционира позитивне особине које лидер треба да поседује. Пројектовање позитивног става, боље дефинише циљ менаџера који кроз комуницирање тежи лидерству. Позитиван став дугорочно утиче на следбенике и њихово прихватање лидерских порука, док негативан став представља једну од највећих препрека ефикасног комуницирања. Успешна комуникација зависи од успешног лидерског пројектовања позитивног става.

Кређибилитет је један од основних услова који инспиришу следбенике да имају поверење у лидера и прихвате његове циљеве као своје. У истраживању о лидерству James Kouzes и Barry Posner, утврдили су да је кређибилитет један

24 Nikezić S., Увод у организацију и менаџмент, Нови Пазар: Државни универзитет у Новом Пазару, 2009.

25 Nikezić S., Marković S., *Transformational leadership as a factor profound changes*, 11th International Conference „RESEARCH AND DEVELOPMENT IN MECHANICAL INDUSTRY“ RaDMI 2011, SaTCIP (Scientific and Technical Center for Intellectual Property) Ltd., Sokobanja, Serbia, 2011.

од разлога због кога следбеници прихватају лидерско циљево. Кредибилитет је есенцијална основа позитивног става.²⁶ Ефективни лидер мора да има кредибилитет код следбеника да би успешно водио организацију. Кредибилан лидер за следбенике треба да буде оличење знања, ауторитета, поузданости, искрености и узајамног поверења. Знање и ауторитет, лидер стиче напорним радом и положајем у хијерархији организације. Лидери у својим презентацијама о било којој теми од интереса за организацију морају да зраче поверењем, тако што је добро припремљен за излагање, са егзактним чињеницама и знањем у свом излагању. Они, чак могу да створе ауру поштења и поузданости ефектним техникама као што су контакт очима, присност са слушаоцима и добра припремљеност за излагање. Ако су у немогућности да одговоре на питање могу да кажу: «ја не знам, али сазнаћу за вас».²⁷ На тај начин, граде већи кредибилитет и успостављају позитиван став са слушаоцима, односно следбеницима.

За изградњу позитивног става, лидер мора да осети како их други доживљавају. Истраживања о способности лидера да оцене како их други виде показала су да «већина лидера значајно прецењује свој кредибилитет».²⁸ Мало лидера себе види како их други прихватају. Када се две особе сретну, шест људи је практично присутно:

- како свака особа себе види (2 особе),
- како друга особа види прву (1 особа),
- како прва особа види другу (1 особа), и
- међусобна перцепција кроз комуникацију (2 особе).²⁹

На овом примеру се види сложеност перцепције и самоперцепције. Ако у тој комуникацији једна особа жели да утиче на другу, онда је перцепција друге особе пресудна да ли ће доћи до утицаја или не. Посебно је важно да појединац који врши утицај зна да ли је или не тако доживљен.

Ефективни лидери морају да имају исправну перцепцију о томе шта о њима мисле њихови следбеници. Зато је потребан стални развој емотивне интелигенције. Емотивна интелигенција је способност да се разумеју сопствене емоције као и емоције следбеника. Десна мождана страна чува и користи смисаоне обрасце склоне уметности и свој рад заснива на сањарењу сликовитим мислима, бојама, музици и ритму. Код већине људи је успавана. Емотивна

26 Roberts R., (trans). *Rhetorica: The Works of Aristotle*, Vol.11. Oxford: Clarendon Press. Rpt. 1954 in Aristotle, «Rhetoric» and «Poetics» (trans. Roberts & Ingram Bywater). New York: Modern Library, 1924.

27 Baret D., *Leadership Communication: A communication Approach for Senior-Level Managers*, Handbook of Business Strategy, Emerald Group Publishing, 2006, pg. 385-390.

28 Conger J., *The necessary art of persuasion*, Harvard Business Review, Vol 76 No 3, 1998, pg. 88.

29 Barnlund D., *Toward a meaning-centered philosophy of communication*, Journal of Communication, Volume 12, Issue 4, 1962, pg. 197-211.

интелигенција (EI) представља организовани ментални одговор десне мождане стране на догађаје, који имају психолошке, искуствене и когнитивне аспекте. Емотивна интелигенција је данас, више него икада, потребна лидерима да би остварили своје визије. Међутим, анализе, посебно код руковођења великим корпорацијама, показују да и код мушкараца и код жена који су лидери у овим корпорацијама ординарно истовремено ради и лева и десна страна мозга. Код ових лидера подједнако се стимулишу информације које стижу из леве стране мозга (логичка размишљања), као и из десне стране (емоције). У мозгу постоји посебан нерв за везу, односно комуникацију између десне и леве стране. Складним радом омогућено је коришћење и логичне интелигенције (IQ) и емотивне интелигенције (EI). Хипокампус је заслужан за стварање емотивних реакција, али се доношење одлука не може засновати само на интуицији, већ и на чињеницама.³⁰

Лидери увек треба да траже искрену повратну информацију о себи од следбеника. На тај начин боље ће разумети и самог себе. Такав приступ донеће лидеру већу самосвест неопходну да прецизније препознаје сигнале следбеника, често не само у њиховим речима, већ и у говору тела и другим реакцијама. Лидери побољшавају своју способност да пројектују позитиван став изградњом позитивне репутације, побољшавајући сопствени професионални изглед, пројектујући веће поверење кроз учење и ефикаснију комуникацију.

Етички став у лидерским комуникацијама

Лидер може да контролише или развија неке од спољних манифестација за стварање позитивног става о њему, али је то у основи тешко, јер мора да свој основни карактер прилагоди следбеницима са којима комуницира. Проблем у комуникацији је утврђивање правог карактера који поседује лидер. У идеалним случајевима, лидерски спољашњи став је компатабилан са његовим снажним унутрашњим карактером и високим етичким стандардима. Пракса показује да пројектована спољна слика о лидеру није увек реална. Став и етика нису увек компатибилни. Лидер може у комуникацији да пројектује позитиван став, као поштен и поуздан, али иза те пројекције је мало или нимало позитивних етичких стандарда. Токсични лидери вешто могу да поведу следбенике у заблуду и да их преваре. Одсуство поштења и интегритета није увек видљиво слушаоцима. Лидер у комуникацијама треба да испољи позитивне карактеристике да би задобио поверење следбеника: приврженост и образованост, мисионарски дар,

³⁰ Никезић С., Контроверзе лидерства-услов опстанка, Трећи национални конгрес о деци и наталитету, Удружење "Опстанак" и Скупштина општине Ражањ, Ражањ, 2012.

високо постављене циљеве, комуникационе и организаторске способности и екселентне контакте са окружењем.³¹

Ефикасна лидерска комуникација у великој мери зависи од пројектованог става. Лидери морају да имају сопствену одговорност за свој унутрашњи етички стандард. James Kouzes и Barry Posner су у својим истраживањима о лидерству доказали да следбеници или слушаоци који прате лидера у излагању или у остваривању организационих или партијских циљева, прво желе да се увере да је та особа вредна њиховог поверења. Они желе да знају да је лидер искрена и морална личност.³²

Лидери који воде организације и партије морају да се критички осврну на своје личне мотивације и значење изговорених речи. Треба да створе позитиван став о себи код других, да буду етички лидери и да ту етичност докажу кроз учешће у интерперсоналним комуникацијама. Њихов лични етички став мора да кореспондира са «поштењем, хармонијом и међусобном добити за све сараднике, лидера, организацију, заједницу, партију и цело друштво».³³

Лидерски став је можда најважнији алат који комуникатор поседује. У данашњем пословном свету лидерима је због бескрупулозности бизнис пословања тешко да се позитивно позиционирају, као поштени и поуздани. Међутим, то је једини прави пут који лидеру и његовој компанији, партији или организацији обезбеђује углед и имиџ да се посао добро ради са коришћењем нових знања и личног самопоуздања и кредибилитета. Спремност појединаца на отвореност, толеранцију и сарадњу, кључни су аспекти за стварање атмосфере поверења и помоћи члановима организације или партије кроз екселентно функционисање комуникационог система. За унапређење система комуницирања важну улогу имају лидери чије комуникационе преференције треба да буду позитивно оријентисане ка «структури» разменљивих, разумљивих и лако преносивих информација, на начин који не рефлектује статусне симболе, већ стварне потребе и захтеве сарадника.

Значај емотивне интелигенције у лидерским комуникацијама

Значај емотивне интелигенције у лидерским комуникацијама поменут је у раду. Лидерска комуникација подразумева разумевање између лидера и следбеника у свим фазама остваривања зацртаних лидерских циљева и

31 Nikezić S., Bataveljić D., *Elements of leadership in infrastructure management corporation quality in Traval*, 6th International Quality Conference, University of Kragujevac, Faculty of Engineering, Kragujevac, Serbia, 2012.

32 Kouzes M., Posner Z., *Credibility: How Leaders Gain it and Lose it, Why people Demand it*, Jossey-Bass, 1993.

33 Solomon R., *Ethical leadership, emotions and trust: Beyond 'Charisma'*, in *Ethic, the Heart of Leadership*, Wesport, CT: Quorum Books, 1998, pg. 93.

лидерске визије. Позитивно мотивисани следбеници представљају ослонац за остваривање лидерске визије. Међусобно разумевање захтева лидерску самосвест, као и повећану свест о потребама других, односно, укључивање емотивне интелигенције у интерперсоналне односе. Лидерска порука или став могу бити пријемчиви или неприхватљиви за следбенике. Да би порука или став били прихваћени потребно је да «лидер савлада уметност убеђивања следбеника, разумевања шта мотивише друге да слушају и да делују ускладу са лидерским циљевима».³⁴

Без коришћења емотивне интелигенције лидери не могу да комуницирају са другима и ефикасно управљају организацијом, партијом или компанијом. Reuven Bar-On, развио је концепт емотивног количника 1988. године, и дао техничку дефиницију емотивне интелигенције. Емотивни количник (интелигенција) је емотивно социјално знање и способност да:

- Будете свесни, разумете и изразите себе,
- Будете свесни, разумете и успоставите односе са другима,
- Остварите сопствену унутрашњу контролу између јаких емоција и сопствених импулса,

Прилагоде се променама и реше проблеме личне или социјалне природе.³⁵

Дефиниција сугерише потребу да се емоције идентификују, са њима управља у односима са другима, али такође и да оне представљају основу за промене и акцију чиме се показује флексибилност и способност у решавању личних и друштвених проблема у организацији и друштву.³⁶ За лидерске комуникације емотивна интелигенција је посебно важна као вештина развоја стратегије, писања и говора (причања). Емотивна интелигенција (EI) чини 85% онога што разликује ефективног лидера од осталих.³⁷ Емотивна интелигенција омогућава лидерима да у комуникацијама са сарадницима буду ефикасни и од суштинског је значаја за међусобне интеракције и вођење следбеника. Основа сваке интеракције је комуникација. Без комуникације, слике, знакова, говора тела, мејла и личног разговора, нема ни успостављања интерперсоналних веза. Значај вештине ефективне комуникације кроз емотивну интелигенцију је круцијална, а њена вредност у организацији је непроцењива.³⁸ Знање помаже лидерима да створе позитиван став, који ће их у комуникацији учинити још

³⁴ Cialdini R., *Harnessing the science of persuasion*, Harvard Business Review, Vol 79, No 9, 2001, pg. 72-80.

³⁵ Bar-On, R & Parker, J. D. A., *Handbook of Emotional Intelligence*, Jossey-Bass, 2000.

³⁶ Baret D., *Leadership Communication: A communication Approach for Senior-Level Managers*, Handbook of Business Strategy, Emerald Group Publishing, 2006.

³⁷ Gary L., *Quoting Goleman in "Becoming a Resonant Leader"*, Harvard Management Update, Vol 7 No 7, 2002, pg. 4-6.

³⁸ Weisinger H., *Emotional Intelligence at Work: The Untapped Edge for Success*, Jossey-Bass, 2000.

убедљивијим. Ослањање на емотивну интелигенцију као извор убеђивања може се у комуникацији показати важнијим од сувопарних докумената, бројки и слика у многим ситуацијама.³⁹

Аргумент, сам по себи, само је један део једначине. Други фактори, исто толико битни, су кредибилитет и способност стварања узајамних позиција поверења са сарадницима, активирање десне стране мозга, којом се обезбеђује динамичка језичка комуникација која аргументе чини апсолутно прихватљивим за следбенике. Лидерски стил, када ситуација то дозвољава, може да варира, али емотивна интелигенција омогућава лидеру да изабере најефикаснији стил за конкретну ситуацију. Лидер треба правилно да процени ситуацију и да у складу са слушаоцима одабере најефективнији и најефикаснији начин излагања. Недостатак емотивне интелигенције може да доведе до комуникационе грешке и проблема у корпоративној култури организације.

Лидер, у начелу, треба да верује својим инстинктима. Емоције је тешко имитирати. Када је лидер задовољан, мишићи који се користе за смех контролишу се преко лимбичког система и других делова мозга, који нису под добровољном контролом. Када нема смеха користи се други део мозга - церебрални кортекс (под добровољном контролом). То је разлог што се незадовољан следбеник, који нема интереса у послу, лажно осмехује. Неки лидери, а и следбеници, науче да све мишиће свог лица, користећи прошла емотивна искуства, користе у приказивању жељених емоција. Лажне емоције лидерима могу нанети више штете него користи.⁴⁰ Лидери се код доношења одлука не могу водити само емоцијама, али их могу саопштавати другима да им помогну у доношењу кључних одлука.

Сређином 60-тих година прошлог века, Paul Ekman је истражујући људске емоције дефинисао шест израза лица: радост, туга, љутња, страх, гађење и изненађење. Иако је у почетку ова подела била спорна, данас је широко прихваћена. Проблем може настати у практичним случајевима:

Лидер излаже добру идеју са реалним циљем који се може остварити и донети профит организацији или успех партији на изборима. Лидер сарадницима представља идеју као сјајну, али гледа на њих намрштено, као да размишља о нечем другом. Идеја је одлична. Лидер је то вербално потврдио, али мрштећи се. Проблем је ако његово испољено осећање треба да евоцира сараднике на исти одговор као и израз његовог лица.

Лидер излаже идеју која не коренсподира са циљевима свих сарадника, већ је мотивисана његовим личним интересима. Осмех и оптимизам у вербалном

39 Conger J., *The necessary art of persuasion*, Harvard Business Review, Vol 76 No 3, 1998, pg. 88.

40 Pinker S., *How the Mind Works*, W. W. Norton & Company, 1997.

излагању могу код сарадника да изазову исте позитивне реакције које виде на лицу лидера.⁴¹

На радним местима, а и у друштву, емоције треба да се деле са великим степеном разумевања између лидера и његових следбеника. Лидер мора да буде узор следбеницима. То значи да све оно што тражи од других мора и сам да поседује. Поверење мора да буде узајамно. Бројна истраживања су показала да је код следбеника кључна реч која их као компонента повезује са лидерима поверење. Без поверења нема ни ефикасности ни ефективности у пословању. Свака ауторитарност има за последицу лоше интерперсоналне односе, међусобне конфликте, а крајњи епилог су демотивисаност, пад продуктивности, рентабилности и економичности и девастација компаније, партије и других организација. Хуманизација односа и присуство емотивне интелигенције где се следбеници посматрају као кључна компонента раста и развоја компаније, партије и друштва, представљају прави пут за позитиван компетитиван приступ тржишту, у друштвеним односима и окружењу у целини.⁴²

41 Ekman P., *Emotions Revealed*, Orion Paperbacks, 2004.

42 Никезић С., *Контрверзе лидерства-услов опстанка*, Трећи национални конгрес о деци и нагалитету, Удружење "Опстанак" и Скупштина општине Ражањ, Ражањ, 2012.

Doc. Srđan Nikezić, PhD

*Assistant Professor,
Faculty of Science, University of Kragujevac*

Doc. Srđan Vladetić, PhD

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

Jelena Vučković, LL.M.

*Assistant,
Faculty of Law, University of Kragujevac*

Leadership Communications: Conditions for Effective Leadership

Summary

An effective leader must be able to effectively communicate, because communication is the exchange and flow of information and ideas from one person to another, which includes the sender, ideas or information transmission to the receiver. The organizational structure should facilitate the process of communication. In their work, the leader is focused on "things" and "information about things". In order to successfully accomplish the efficient organization of the communication process and the willingness of members to communicate with each other. For directors and senior management of the economy, political parties, the public sector in all developed countries, effective communication skills, a trait must possess. Leaders of most of their time communicating with their co-workers or circulation. Communication involves mutual understanding and sleddbenika leaders and listeners, which requires leadership self-awareness, and increase awareness of the needs of others, or developed emotional intelligence. In the code of ethics is very important that the external leadership position in the communication process is compatible with its internal character.

Key words: *leadership, communication, efficiency and effectiveness, emotional intelligence, ethical context, information.*

РОДНИ СТЕРЕОТИПИ О ЖЕНАМА И МУШКАРЦИМА У ПОЛИТИЦИ

Апстракт: *Модели особина мушког и женског стереотипа (мушкарци су: рационални, агресивни, мудри, амбициозни, и др., а жене су: емоционалне, лабилне, лукаве, слабе, и др.) означавају круте, отпорне на промене, поједностављене представе и веровања о групама људи, али и о сваком поједином представнику групе. Дакле, стереотипи су основа предрасуда о другима и различитима, И рекли бисмо, једна од претпоставки са које се настоје оправдавати разни видови дискриминације, на пример, дискриминација жена или подзаступљеност жена у политици и политичким институцијама друштва.*

*Политика је једна од области људског деловања у којој се мушкарци и жене процењују и вреднују према стереотипима пола/рода. Када су у питању гласачи (грађани/грађанке) сматра се да они »баратају«
низом стереотипа који се заснивају на роду политичких кандидата/кандидаткиња – од личних карактеристика, па до њихових способности за политичким руковођењем. На пример, жене политичарке се перципирају по њиховим »типично«
фемининим особинама, као што је бити топла и сензибилна, и стога се претпоставља да су жене експерти за тзв. "женске области", као што је образовање и/или женска питања. За мушкарце политичаре се сматра да поседују »типичне«
маскулине црте, као што је бити поуздан и снажан, и претпоставља се да је добро да управљају тзв. мушким питањима - криминал и одбрана. На том нивоу анализе наш рад је усмерен ка идентификацији и мапирању родних стереотипа, оних који се приписују мушкарцима и женама у политичкој партиципацији и који дефинишу њихов статус и политички утицај.*

Кључне речи: *родне улоге; родни стереотипи; политика/политичка партиципација; родна сегрегација у политици.*

РОДНИ СТЕРЕОТИПИ У ПОЛИТИЦИ¹

1. Уводне напомене. Политика је као репрезентативна област јавног живота одувек била доминантан и привилегован мушки простор, који је обележен значајном родном стратификацијом. Међутим, у последњим деценијама 20. века и првој деценији 21. века “лице политике се мења” и њена битна одлика постаје пораст броја жена на местима одлучивања.² То, дакле, значи да су жене данас, више него икада у прошлости, ушле заједно са мушкарцима у јавну сферу политике, доспеле до изборних положаја и заузеле “извесно” место на лествици политичке моћи. Очигледно је да се у 21. веку мења слика родне структуре у политичким институцијама и организацијама, што указује на нову родну динамику у политичком животу. Политиколози и социолози у теоријским и емпиријским истраживањима модерних политичких процеса указују на постепено и стално побољшање положаја жена у политици. Са друге стране, сва релевантна истраживања такође наглашавају друштвену чињеницу недовољне видљивости жена у политичком животу, односно, њене још увек маргиналне позиције по броју и утицају.³

Анализе и статистички подаци, из неколико упоредних извора још од педесетих година XX века, показују да је политика, као јавно поље партиципације и рада, област у којој је друштвена промоција жена најмања. Присутност жена у политичком животу, на релацији од формалног манифестовања до суштинског остваривања политичких права жена, по правилу се смањује уколико се иде од дна ка врху политичке пирамиде, односно од гласачког тела до владиних институција.⁴ Просечан број жена у парламентима у 2009. години износио је 24%, што је дупло више него у 2005. години. Изнад 35% жена присутно је у парламентима Шпаније, Данске, Белгије и Финске, а преко 40% у Холандији и Шведској. Међутим, тај број креће се испод 15% у Ирској, Мађарској и Румунији, а није већи од 10% на Малти. Међу министрима у владама учешће жена је порасло са 22% у 2005.

¹ Рад је део истраживачког рада на пројекту *Заштита људских и мањинских права у Европском правном простору*, бр. 179046, финансиран од стране Министарства за науку и технологију Републике Србије.

² Krook, M. L., Child, S., *Women, Gender, and Politics: a reader*, University Press, Inc. Oxford, 2010, стр3.

³ Више о томе у: Krook, M. L., and Child, S. Krook, M. L., Child, S., *Women, Gender, and Politics: a reader*, University Press, Inc. Oxford, 2010; Childs S., Lovendusku J. and Campbell R., *Women at the Top 2005 – Changing Number, Changing Politics?*, Hansard Society, London, 2005; Inglehart R., and Norris, P., *Rising Tide: Gender Equality And Cultural Change Around the World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003; Ballington, J. and Karam, A., *Women in Parliament: Beyond Number, A Revised Edition*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2005.

⁴ Ballington, J., *Equality in Politics: A Survey of Women and Men in Parliament*, Inter – Parliamentary Union (IPU), 2008.

години на 26% у у 2009.години. Повећање је било веће од 10% у Словачкој, Италији, Финској и Данској, више од 15% у Пољској и Словенији, а у Француској и 20%.⁵ Неједнакост у политичком појављивању и утицају мушкараца и жена има како институционалне и структурне разлоге, тако и културолошке корене и објашњења. П. Норис и Р. Инглхарт “оскудицу” жена у политици и на лидерским позицијама виде као последицу културних баријера, односно традиционалних ставова који постоје према родним улогама мушкараца и жена, а који доприносе смањењу или повећању родне равноправности.⁶ Такође, истраживања ИПУ показала су да у многим земљама постоје изразито негативни ставови према политичкој партиципацији жена и да је то једна од главних препрека за укључивање жена у политички живот.⁷ Истраживања Еуробарометар из 2009. године о распрострањености полних/родних стереотипа, показује да већина Европљана сматра да се они најчешће срећу на рандом месту (54%), у рекламама (34%), медијима (25%) И политици (24%). Занимљиво је да само 4% испитаника/ца каже да стереотипи не постоје.⁸ Политика је једна од области људског деловања у којој се мушкарци и жене процењују и вреднују, између осталог, према стереотипима пола/рода. Намера нам је да анализу усмеримо ка идентификацији и мапирању родних стереотипа у политичкој партиципацији, зато што они доприносе стварању ставова и модела на основу којих се дефинишу женске и мушке улоге у политици, а онда и њихов политички статус и утицај.

2. Род и социјализација. Из перспективе појединца, социјализација је процес кроз који креирамо сопствену друштвеност и осећај привржености друштву - кроз наше учешће у њему и кроз нашу интеракцију са другима. Другим речима, процес којим појединци уче културу свога друштва или као етапу у развоју у којој се људска бића социјализују за улоге које се културолошки од њих очекују.⁹ У том смислу социјализација представља најзначајнији пут за трансфер културе кроз генерације и кроз време. Социјализација почиње моментом рођења особе и очекивања која се онда имају нису иста за дечаке, као за девојчице.¹⁰ У самим основама социјализације, као корену диференцијације полних/родних улога, стоје различито друштвено дефинисани културни обрасци, ставови, вредности, а

⁵ *Report on equality between women and men 2010*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.

⁶ Norris, P., and Inglehart, R., *Women and Democracy: Cultural Obstacles to Equal Representation*, „Journal of Democracy“, 2001/ 3, стр. 58.

⁷ *Politics: Women's Insights*, Inter-Parliamentary Union (IPU), Geneva, 2000.

⁸ *Gender Equality in Politics*. Special Eurobarometar 2009.

⁹ Giddens, A., *Sociology*, Polity Press, Cambridge, 1989, стр. 162.

¹⁰ Andersen, M. L., and Taylor, H.F., *Sociology: understanding a diverse society*, Thomson Learning, Inc., 2006, стр. 99.

онда и карактерне особине и понашања примерене дечацама и девојчицама, односно мушкарцима и женама.

Родна социјализација као социјални процес “оспособљава” дечаке и девојчице да се понашају различито, па се тако и родне улоге као социјалне активности »додељују« мушкарцима и женама на основу претпостављених разлика. Наиме, »друштво конструише две одвојене родне културе, и веровања, друштвене праксе, и институције«¹¹ што показује и реално разликовање мушкарца и жене у свим сегментима друштвеног живота. Социолози употребљавају појмове пол/сех И род/гендер, како би разликовали биолошки полни идентитет од научених родних улога.¹² Зато род не постоји изван културе, односно, много важније, култура именује понашања као родна и тако их вреднује. Утолико је род социјална конструкција која је смештена у одређени историјски контекст И не постоји ништа што је елемент биолошког/природног, а у релацији је са родом.¹³ Род се производи унутар утицаја сложених међудејстава социјалних, економских политичких И психолошких чинилаца, који показују колико је он високо контекстуализован и мултифункционалан скуп феномена И процеса.¹⁴ Родне улоге проистичу из поделе рада између мушкараца и жена, а затим обухватају нормативне процесе којима се, другим људима, преносе очекивања на основу пола. Наиме, људи имају различита уверења (убеђења) о томе шта један пол може и треба да ради.¹⁵ Породица као елементарни агенс социјализације и први “политички режим владања” који се деци усађује, често је пуна родних норми које преносе поруке о одговарајућим улогама за жене и мушкарце. У периоду детињства породица је жижна тачка процеса социјализације и њен најмоћнији трансфер културе. Можемо препознати начин на који васпитни модели, узор и стилови обликују наша понашања и како се она у различитим друштвеним контекстима и релацијама препознају и дефинишу као »типично женско« или »типично мушко«. Кроз родно диференцирајуће утицаје социјализације код женског пола (у скали различитог доба старости) подржавају се и афирмишу одређени начини понашања, као што су »хуманитарни ангажман«, »социјални рад«, »способност саосећања«, »спремност на пожртвовање« итд., а супротно, код мушког пола (у скали

¹¹ Levit, N., *Men, Women and the Law*, New York University Press, New York, 1998, стр. 15.

¹² Andersen, M. A., Taylor, F. H., op. cit., стр. 302.

¹³ Треба напоменути да је у литератури на енглеском језику “устаљена разлика између онога што је биолошка одредница женске или мушке особе (сех), и онога што је одредница социјалног миљеа у којем особа живи (гендер). За прво значење је у нашем језику пол, а за друго може бити и пол и род.« (Савић, С., *Језик и пол (III), Истраживања код нас*, „Женске студије“, 1995/2-3.

¹⁴ La France, M., „Gender and Social Interaction“, u: Unger K. R., ed., *Psychology of Women and Gender*, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2001, стр. 254.

¹⁵ Wood, W. And Eagly H. A. „Gender“, u: Fiske, T. S., at all, *Handbook of Social Psychology*, Volume One, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2009, стр. 631.

различите старосне доби) подупиру се »способност реализације« и одређени агресивни начини понашања.¹⁶ Тако да се одређена подручја позива и занимања означавају као »типично женска« или »типично мушка«. У тој ”родној подела рада“ улоге и задаци се »дају« женама и мушкарцима на основу предпостављених особина и атрибута - уместо способности и вештина. Формирање ”женске природе” као трпељиве, спремне на одрицање, стрпљиве, окренуте бризи и неговању других, неспремне за ризик, и ”мушке природе” као независне, амбициозне, радне, умне, смеле и самоуверене, врши се процесом учења и зато се род, мушки или женски, односи на друштвено научно/детерминисано понашање. Родне норме и стереотипи који чине неједнакости вечитим дубоко су уграђене у друштвену и индивидуалну свест, и као такве су отпорне на промене.¹⁷ Нарочито се родна неједнакост споро превазилази у традиционалним друштвеним контекстима.

3. Стереотипи о женама и мушкарцима. Стереотипи о којима је у овом контексту реч, у стандардном социолошком смислу, користе се за означавање крутих, отпорних на промене, поједностављених представа и веровања о групама људи, али и о сваком поједином представнику групе. Социолошка и психолошка истраживања показала су да родни стереотипи произилазе из дистрибуције мушких и женских социјалних улога. Родне улоге се огледају у друштвеним стереотипима о мушкарцима и женама.¹⁸ Извесно је да они снажно утичу на интерпретацију мушког и женског понашања, а онда и креирање одговарајућих друштвених улога. Као такви, стереотипи су основа предрасуда о другима и различитима, па тако и основа са које се настоје оправдати разни видови дискриминације. М. Барет каже да се стереотипним значењима, труизмима и »прећутним претпоставкама« који се тичу мушких и женских родних улога производи друштвена свест полне дискриминације, која постаје ”алиби” за праксу неравноправности мушкараца и жена.¹⁹ Дакле, мислимо да је анализа целокупног социјалног инструментарија за производњу стереотипа, предрасуда и »готових истина«, нужна за разумевање механизма којима се репродукује родна неједнакост. Многа истраживања²⁰ која се баве

¹⁶ Wisniewski, R. und Kunst, H., eds., *Handbuch für Frauenfrage: Zur Stellung der Frau in der Gegenwart; Informationen – Analysen – Anregungen*, Verlag Bonn Aktuell GmbH, Stuttgart, 1988, стр. 226.

¹⁷ Seguíno, S., *Plus Ça Change? evidence on global trends in gender norms and stereotypes*. "Feminist Economics", 2007/13-2, стр. 1.

¹⁸ Више о томе у: Eagly H. A., and Karau, J. S., *Role congruity theory of prejudice toward female leader*, "Psychological Review", 2002/109-3; Eagly H. A. and Steffen J. V., „Gender Stereotypes Stem From the Distribution of Women and Man Into Social Roles“, у: Stangor, Charles, ed., *Stereotypes and prejudice: essential reading*, Psychology Press, 2000.

¹⁹ Барет, М., *Потчињена жена*, Радничка штампа, Београд, 1983, стр. 88.

²⁰ Више о томе у: Sapiro, V., *The Political Integration of Women: Roles, Socialization, and Politics*, University Illinois Press, Urbana, 1983, стр. 28-33; Whitaker, L. D., ed., *Women in*

питањем диференцијације између мушкараца и жена говоре »о екстремно високом вредновању утицаја социјализације на уочене родно-специфичне разлике.« Један од најважнијих механизма културе јесу стереотипна схватања о карактеристикама мушког и женског пола²¹, која стварају две различите друштвено легитимисане идеологије – идеологију мушког пола (мушкарци су: рационални, агресивни, мудри, амбициозни, и др.) и идеологију женског пола (жене су: емоционалне, лабилне, лукаве, слабе, и др.), или, идеологију доминације и идеологију субординације.

У својим радовима А. Игли и С. Керо наводе обимне доказе како би показали да је пол најјаче лично својство категоризације људи, чак и када се пореди са расом, старашћу и занимањем. Кажу да је то сочиво кроз које гледамо друге, и у одсуству специфичних детаља о појединцу/ки, лако и аутоматски враћамо се на стереотипне мисли којима попуњавамо празнине.²² Колика је моћ полних/родних стереотипа, односно, да ли пол политичара утиче на начин на који грађани оцењују различите аспекте квалитета политичког говора, можемо видети из истраживања Т. Алберга и А. Јенсена. Наиме, они су користили видео траке истинских политичких говора који су извели глумци, мушкарац и жена. Њихов основни налаз је да је мушкарац "политичар" процењен да има више знања, да је поуздањи и убедљивији од жене "политичарке", иако су испитаници/це слушали дословно исти политички говор.²³ Занимљиво је, ако погледамо Србију, да се савремени стереотипи о жени не разликују много од традиционалне представе о жени, коју можемо да реконструисамо кроз нашу народну књижевност. Жарко Требјашанин каже да "емпиријска истраживања вршена у данашње време показују да се стереотипна представа о жени у својој бити не мења вековима".²⁴ Он даје примере истраживања обављених код нас, где су, по једном, пожељне особине жене: осећајна, воли децу, нежна, пријатна, љубазна, док се друго истраживање бави анализом позитивног културног стереотипа жене, по коме је она: искрена, попустљива, уредна, нежна, вредна,

Politics – Outsiders or Insiders, Prentice Hall, New Jersey, 1999, str. 33-43; Levit, N., op. cit., стр. 16-22.

²¹Р. Вишњевски је побројала главне сексистичке предрасуде, које још увек, али са опадајућом тенденцијом, егзистирају не само у главама мушкараца већ, сасвим нерелевантно, и у свести жена. Једна од њих је да су логичка, умска, духовна активност, способност руковођења и одлучивања, свест о одговорности и креативно делање преовлађујућа својства мушкараца и она захтевају и његову водећу улогу у породици, друштву и држави, где би једнака овлашћења жена у заповедању и одлучивању водила напреду (подвукла Н.Ж.). (Wisniewski, R. und Kunst, H., op. cit., стр. 471-472.)

²² Eagly, H. A., and Karau, S. J., op. cit., стр. 580.

²³ Aalberg, T., & Janssen, T. A., *Gender Stereotyping of Political Candidate. An Experimental Study of Political Communication*. »Nordicom Review«, 2007/28-1, стр. 17-32.

²⁴ Требјашанин, Ж., *Стереотипи о жени у српској култури*, "Нова српска политичка мисао", 2/2002, стр. 56.

скромна, привржена породици, и др. Истраживање које је урадио Н. Хавелка показује да се циљеви социјализације разликују за дечаке и девојчице. “Добар дечак” је онај који ће постати аутономан појединац, и бити храбар, издржљив, самосталан и самопуздан мушкарац, а бити “добра девојчица” значи успешно играти улогу мајке, супруге и домаћице, која ће бити зависна и подређена мужу.²⁵ Анализа приручника за Грађанско васпитање за ниже разреде основне школе, утврдила је да се у приличној мери задржала стереотипна полна подела породичних улога: у улогама родитеља доминирају женски ликови, а деца и унуци су махом дечаци, док су преовлађујуће професионалне улоге учитељи/це, представљени углавном као женски ликови. У приручницима за више разреде основне школе и средњу школу преовлађују улоге у јавној сфери (политичке и професионалне улоге) којима доминирају мушки ликови. Ретки женски ликови приказани су у улози ученица или наставница. Активности које обављају ликови представљени у приручницима Грађанског васпитања углавном су стереотипно подељени: женски ликови (тамо где их има) су приказани у активностима бриге, неге, подучавања и васпитавања, а мушки у подучавању, одлучивању, спортским активностима и низу активности везаних за разноврсне улоге у јавној сфери. У нижим разредима основне школе видан је покушај да се и дечацима и девојчицама приписују сличне личне особине, међутим, још увек преовладавају стереотипни описи девојчица као плачљивих, манипулативних и пасивних, а дечака као предузимљивих, радозналих, храбрих, дрских, и неодговорних, и тако даље. Све познате особе представљене у анализираним приручницима за више разреде основне школе су мушкарци – мислиоци, научници, писци, просветитељи, владари; слично је и у приручницима за средњу школу.²⁶

Када су у питању грађани/ке Србије, већина њих не сматра да треба да постоји разлика између дечака и девојчица у процесу преношења вредности социјализације. Међутим, анализе показују да испитаници приписују неке карактеристике одређеном полу. Више се очекује од девојчица да буду послушне, пристојно се понашају, изражавају осећања, обављају кућне послове и воде бригу о другима. Једина родно специфична вредност за дечаке је спортска активност. Мушки, старији, мање образовани и испитаници са више традиционалним друштвеним улогама, више су склони традиционалним обрасцима родних улога. Мушкарци сматрају да су за дечаке важнији независност (12%), бављење спортом (18%), а девојчице треба да буду послушне (14%), пристојно се понашају (10%), обављају кућне послове (31%), изражавају осећања (15%), брину о другима (11%). Жене такође релативно

²⁵ Хавелка, Н., *Социјална перцепција*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2001.

²⁶ Ђорић, Г., Жунјић, Н., Обрадовић-Тошић, Т., *Образовање за родну равноправност: анализа наставног материјала за Грађанско васпитање*, УНДП, 2010, стр. 119.

често наглашавају своја очекивања да девојчице обављају кућне послове (24%), показују емоције (11%), буду послушне и брину о другима (оба 9%).²⁷

Истраживање родних улога у друштву и породици спроведено у Хрватској (са којом, као и осталим народима, делимо и структуришемо културу Балкана), показује да се “женском” професијом првенствено сматра рад у дечјим вртићима, што жене и мушкарци тврде у подједнаком броју случајева – жене у 93%, а мушкарци у 97%. Затим долазе административно-секретарске функције, са чиме се слаже 83% жена и 84% мушкараца. Изразито “мушке” професије су: политика - 86% жена и 88% мушкараца, директорске и менаџерске функције – 69% жена и 74% мушкараца, а у нешто нижем постотку судство – жене и мушкарци – 54%. Ове податке потврђује и истраживање “Ставови према женама” из 1995. године, у коме је нађено како је за већину жена и мушкараца у Хрватској свеједно да ли је лекар специјалиста, односно универзитетски професор, жена или мушкарац, док би у случају успешног директора великог предузећа или председника политичке странке, ипак имали више поверења у мушкарца.²⁸ Дакле, одговори о типично мушким или женским професијама потврђују полне стереотипе (жена се искључиво види у улози мајке, одгајатељице или помоћнице у послу, а мушкарац је онај који влада, одлучује или руководи, зарађује, пресуђује, штити или кажњава) као елементарне чиниоце родне сегрегације у друштву и породици. Можемо претпоставити да ће средина која оштро разликује типично мушка и женска занимања и улоге и унутар породице прихватити такву поделу. Такође, односи у породици су “мера” за понашање и разумевање улога појединца у друштву. Једно је сигурно, “јавна” и “приватна” сфера само су лице и наличје истог феномена, који циркуларно ствара и подржава одређене стереотипе о такозваним мушким и женским животним улогама, задацима и аспирацијама.

4. Родни стереотипи у политици. Заговорници традиционалне социјализација полова одувек су инсистирали на усвајању стереотипних маскулиних и фемининих полних улога и особина, са циљем да се и једни и други што боље структуришу у одговарајући културни и политички систем. Такође, постоји јасна разлика у социјализацији полних улога која, извесно је, има и политичке ефекте. Истраживања показују да „норме понашања научене у детињству могу створити код одраслих мушкарца и жена различите ставове о томе шта су одговарајуће родне улоге, о значају политике, вредностима партиципације и др.“²⁹ У широком пољу социјализације одвија се симултано и

²⁷ Емпиријско истраживање ставова грађана Србије о родној равноправности, Институт друштвених наука – Центар за политиколошка истраживања и јавно мњење, Београд, 2010.

²⁸ Leinert Novosel, S., *Žene na pragu 21. stoljeća*, Ženska grupa TOD, Zagreb, 1999, стр. 94.

²⁹ Mayer, J. D., and Schmidt, H. M., *Gendered political socialization in four contexts: political interest and values among junior high school students in China, Japan, Mexico, and the United States*, „The Social Science Journal“, 2004/ 41, стр.399

политичка социјализација, као процес или скуп процеса у коме људи уче о политици и усвајају политичке вредности, односно стичу политичка знања, ставове и понашања. В. Сапиро каже да је политичка социјализација „начин на који се развијају индивидуална понашања и оријентације у контексту и вези са одређеним политичким и социјалним миљеом.“³⁰ Агенси социјализације (породица, школа-школска лектира и уџбеници, медији, закони, религија, раса, род, године, и др) утичу, на једном или другом нивоу, на индивидуална политичка убеђења. Ови фактори, они који су уведени, као и они са којима се одраста, утичу на политичке погледе кроз остатак живота, с тим што се највећи део политичких мишљења формира у детињству под јаким утицајем породице и школе. Изражавањем веровања, родитељи сопствене идеје преносе на децу, што подразумева да се политичка социјализација не дешава у вакуму, она је само мањи део већег социјализацијског процеса који је такође подстакнут културним чиниоцима. То даље подразумева да се у интеракцији рода и културе производе појединци, социјализовани да се ангажују у политичкој сфери на посебне и/или различите начине.

За истраживаче који се баве питањима рода и политике, социјализација традиционалних полних улога играла је истакнуту улогу у објашњењу слабе укључености жена у изборну политику. По тим анализама »традиционална породична структура и социјализација полних улога имају утицаја на мушкарце и жене који учествују у изборима«.³¹ Перцепција да политика треба да буде поље у коме су мушкарци посебно моћни, предрасуда је утемељена у многим културама, а која се наслања на чињеницу да момци и девојке, мушкарци и жене, више вреднују мушкост од женскости. Тако се карактеристике родно обележене политичке партиципације доводе у везу са родном социјализацијом, наиме, она може да произведе девојке које имају мање самопоштовања према могућностима самореализације, па су упућене на »живот од дужности«, док је дечама допуштен независтан, самосталан и активан живот.³² Резултати истраживања, које је обављено међу припадницима/цама различитих култура, говори о томе да »дечаци и девојчице приказују своје очеве као много боље обавештене о политици, чак и онда када су мајке доминантне у другим не-политичким аспектима социјализације«.³³ Са тим, неоспорно, у вези је и чињеница да су »жене у поређењу са мушкарцима мање заинтересоване и мање обавештене о политици и да себе доживљавају политички мање ефикасним«.³⁴ Жене

³⁰ Sapiro, V., op. cit., 33.

³¹ Fox, R. L., and Lawless, J. L., Family Structure, Sex-Role Socialization, and the Decision to Run for Office. "Women & Politics", 2003/24, стр. 22.

³² Ibidem, стр.22.

³³ Mayer, J. D., and Schmidt, H. M., op. cit., стр. 398.

³⁴ Burns, N., Schlozman, K. L., and Verba, S., *The Private Roots of Public Action: Gender, Equality, and Political Participation*, Harvard University Press, 2001, стр. 100.

политичарке се перципирају по њиховим »типично« фемининим особинама, као што је бити топла и сензибилна, и стога се претпоставља да су жене експерти за тзв. женске области, као што је образовање и/или женска питања. За мушкарце политичаре се сматра да поседују »типичне« маскулине црте, као што је бити поуздан и снажан, и претпоставља се да је добро да управљају тзв. мушким питањима - криминал и одбрана. “Проблем” настаје када се јаве предрасуде према женама лидеркама које раде у професијама које не одговарају њиховим родним улогама. По теорији улоге подударности предрасуда према женама лидеркама,³⁵ неподударност између женских родних улога и улога лидерства доводи до два облика предрасуда: (а) неповољније прихватање жена од мушкараца, као потенцијалних носилаца лидерских позиција и (б) онда када се ради о прописима за лидерску улогу неповољније се вреднује понашање жена. Једна од последица је да су ставови према лидерима и потенцијалним лидерима мање позитивни када су у питању жене, него онда када се ради о мушкарцима. Даље, показује се да је теже за жене да постану лидерке и да постигну успех у улози лидера (лидерке). Актуелна истраживања су тестирала принципе теорије улога подударности предрасуда и она су показала да предрасуде проистичу из неподударности групних стереотипа и карактеристика друштвене улоге (особина и понашања која су прописана друштвеним улогама). Односно, предрасуде према женама лидеркама дешавају се зато што постоје недоследности између особина које се односе на женске родне стереотипе и особина које су у вези са типичном лидерском улогом. Потенцијал за предрасуде против жена лидерки, који је у вези са родном улогом жене, произилази из различитих очекивања која људи обично имају о лидерима. Када се разматра културни контекст унутар кога се мушкарци и жене политички социјализују, показује се да разноврсни социокултурни фактори могу да произведу различите последице. Различите културне норме могу се, дакле, применити на различите акте политичке партиципације или ангажмана. Политичка социјализација узима различите форме у зависности од контекстуалних фактора. Они могу директно комуницирати са широм родном социјализацијом унутар посебне културе, резултирајући женским прихватањем ограниченијег погледа на сопствено политичко биће, које може бити рефлексивна полних стереотипа, с обзиром на то шта је прикладно за жене и мушкарце у друштву (на пр. културна норма о „мушкој конструкцији лидерства“). Међутим, треба нагласити да политичка социјализација може произвести различите ефекте међу женама у зависности од њиховог културног положаја. Суштински став је да нам политичка социјализација делом може помоћи, да разумемо како и зашто жене у неким културама постају више или мање политички ангажоване у односу на мушкарце. Социјализација, наиме, једним делом објашњава наше политичке

³⁵ Eagly, H. A., and Karau, S. J., op. cit., стр. 573-598.

ставове и како ћемо бити политички активни када одрастемо. „На пример, знамо да је за жене које су одрасле у кућама у којима су њихове мајке имале релативно активну улогу у политици, вероватније да ће гласати и имати активнију улогу у политици.“³⁶ Када су у питању гласачи (грађани/грађанке) сматра се да они »баратају« низом стереотипа који се заснивају на роду политичких кандидата/кандидаткиња – од личних карактеристика, па до њихових способности за политичким руковођењем. У Америци нека истраживања показују да “гласачи желе кандидате који поседују одлучност мушкарца и нежност (додир) жене”.³⁷

Дакле, родне улоге и друштвено одобрена позиција жене у политичком свету део су вредности сваког друштва и дубоко су усађене у његову структуру. Постојање реалне разлике између мушкараца и жена у социјалном контексту показује да је свет у коме живимо још увек подељен. То се најбоље уочава у постојању различитих оријентација родних улога, као и у социјалној дистрибуцији родних улога у породици/приватно и политици/јавно. Родне разлике које постоје с једне стране, када је у питању однос самих жена према политици и с друге стране, родно негативно обележен социјални консензус према женама у политици и на местима одлучивања, јасно говоре колика је распрострањеност стереотипа повезаних са традиционалним ставовима о женама у политици. Како наводе Л. Фох и Ј. Лавлесс теорије социјализације родних улога указују на значај традиционалних културних образаца у оквиру парадигме приватно-јавно и предрасуда о жени, које утичу на одлуке жена о политичком ангажману, али и на прихватање њихове политичке каријере од стране политичара и медија. Негативан однос према кандидовању жена за политичке функције је велика психолошка препрека, која за последицу има губитак самопоуздања и значајних политичких амбиција.³⁸

5. Закључно разматрање. Обимна истраживања и емпиријска евиденција показују да „мушкарци и жене улазе у политички живот са различитим врстама информација, искуства и приоритета“. (Толлесон-Ринехарт, С. анд Јосепсхон, Ј. Ј., 2000: 3) Перцепција да политика треба да буде поље у коме су мушкарци посебно моћни, спада у предрасуде које су утемељене у многим културама. Па се на том нивоу перцепције одређена подручја позива означавају као »типично женска« или „типично мушка“. Обзиром да стереотип умањује и угрожава допринос било које групе чије су могућности негативно стереотипизирани, највећи део радно активних жена концентрише се на она позивна поља која одговарају стереотипу родних

³⁶ Whitaker, L. D., ed., *Women in Politics – Outsiders or Insiders*, Prentice Hall, New Jersey, 1999, стр. 30.

³⁷ Bos, L. A., *Out of Control: Delegates' Information Sources and Perceptions of Female Candidates*, "Political Communication", 2011/28-1, стр. 98.

³⁸ Lawless, J., and Fox, R., op. cit., стр. 54.

улога. У том смислу политика је традиционално најзатворенија област за ангажованост жена и у њој су жене најмање присутне.

Традиционална парадигма о пожељним улогама за мушкарце и жене (које они обављају у различитим друштвеним сферама), дефинише и дистрибуира субјективне и објективне полне/родне претпоставке и могућности за бављење политиком. Истраживања која је П. Норис навела у својој књизи „Жене, медији и политика“ показују да у медијима доминира слика жене политичарке у коју се има мање поверења, поготово када је реч о традиционално „родно-типизираним“ питањима као што су одбрана и криминал. Мада, у исто време жена политичарка може бити представљена и као особа у коју се може имати више поверења када се ради о тзв. питањима „саосећања/бриге“, као што су породица, социјално старање и образовање.³⁹ У том смислу се увек може очекивати, као што је и пракса, да родни стереотипи буду посебно истакнути у политичкој арили минимизирајући тако статус жена у јавном животу. Зато су, веома дуго, многе теоретичарке феминизма биле критичне према доминирајућем начину представљању жена политичарки, доказујући да то подржава и охрабрује стереотипе полних улога и на тај начин одржава немоћ жена.

Више него било која друга област друштвене праксе, политика је обележена, у историјском смислу, јасним мушким идентитетом. На таквом идеолошком концепту мушкарци доминирају политичким пољем у великом броју земаља света и то упркос огромним разликама у политичким системима, културама, религијама, егалитарном наслеђу или традиционалним вредностима одређеног националног простора. Истраживања кажу да статистички значајне родне разлике постоје у оквиру психолошког укључивања у политику. Са тим у вези је чињеница, о којој у својој студији говоре Н. Барнс, К. Л. Шлоцман и С. Верба, да су »жене у поређењу са мушкарцима мање заинтересоване и мање обавештене о политици и да себе доживљавају политички мање ефикасним«. Оваква тврдња се наслања на суд да је партиципација „блиско повезана са разноврсношћу психолошких оријентација, то производи да неко *жели* да узме учешћа у политичком животу”.⁴⁰ Друга истраживања говоре о томе, да су мушкарци више од жена заинтересовани за националну политику или политику уопште. Односно да жене, без обзира на године, волонтирање у удружењима, приходе и професију, значајно мање од мушкараца испољавају заинтересованост за јавне функције. Заправо, жене себе виде као значајно мање квалификоване од мушкараца да би се кандидовале за политичке функције. Поред тога, на нивоу структуре партијског живота, жене се мање охрабрују за кандидатуру од лидера партија, изабраних представника и политичких активиста.⁴¹ Могли

³⁹ Norris, P., ed., *Women, Media and Politics*, Oxford University Press, New York, 1997, стр. 12.

⁴⁰ Burns N., Schlozman K. L. and Verba S., op. cit., стр. 99 – 100.

⁴¹ Delli Carpini, M. and Keeter, S., “Gender and Political Knowledge”, in: Tolleson-Rinehart, Sue and Josephson, Jyl J., eds., *Gender and American Politics: Women, Men, and the Political Process*, M.E. Sharpe, Armonk, 2000, стр. 25.

бисмо у овом контексту да парафразирамо Керол Гилиган и да се упитамо да ли жене говоре “различитим језиком” у политици?⁴² Женски и мушки политички ставови заиста се разликују око питања примене силе (рат, контрола права ношења оружја, смртна казна), бриге за околину или подршке социјалним програмима. Једно од истраживања је утврдило да без обзира што жене имају различите карактеристике и поседују друге идентитете (расни, класни/статусни и религијски), као група оне ће више од мушкараца бити чврсте истомишљенице и више демократски и либерално настројене приликом гласања.⁴³ Упркос овим разликама, „женски различити гласови“ како их је Гилиган назвала, могу бити потпуно неми, пригушени, зато што се жене мање баве јавним политичким говором. Жене не разговарају тако често о политици са пријатељима и породицом, и нађено је да значајно мање од мушкараца покушавају да убеду друге како да гласају.⁴⁴ Одговор на питање разлике и питање родног дизбаланса у политици је питање зашто се разумевање политике мушкараца разликује од разумевања политике жена? Тај одговор можемо потражити у даљим спецификованијим анализама улога националних култура, религије и нивоа модернизације, на сам процес политичке социјализације родних вредности или родних норми. Наиме, политичка социјализација виђена у другом културном контексту може заиста створити ситуацију у којој жене постају политички више укључене од мушкараца (пример Норвешке и осталих нордијских земаља). Културни контекст има могућност да подигне политички статус и активност жена.⁴⁵ Међутим, значајно је, такође, да се препознају штетни ефекти родне социјализације – специјално негативан утицај на развој самопоштовања и самореализације међу девојкама и уопште међу женама. На пример, каква се слика о жени у друштви и жени на јавним функцијама промовише, односно, да ли се у јавности жена најчешће приказује као супруга, мајка или жртва, а сасвим ретко као експерткиња за политику, лидерка или особа од ауторитета. Да ли је „слика жене“ фокусирана на њен изглед или на њено постигнуће, на њену личност или на њену политичку опцију, на пол или на статус. Каква је слика (колико негативна и каква се порука политичке природе шаље) коју у јавности имају жене политичарке, феминизам и/или женски покрет? Социо-културни оквир у коме је на овај начин проблематизована „слика жене“ можемо да идентификујемо у скоро глобалним димензијама.

⁴² Више о томе у: Gilligan, C., *In a Different voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University press, 1992, стр. 5-24.

⁴³ Више о томе у: Verba, S., *Culture, Calculation, and Being a Pretty Good Citizen: Alternative Interpretations of Civil Engagement*, Center for the Study of Democracy, Harvard University, 2001.

⁴⁴ Whitaker, L. D., *op. cit.* стр. 30.

⁴⁵ Ahmed, Z., *Bridging the Gap Between Gender Socialization and Gendered Political Behavior*, 2006. Prepared for the 2006 Meeting of the American Political Science Association. Retrived June 23, 2011 from the World Wide Web //www.allacademic.com/meta/p153662_index.html

Коришћена литература

- Aalberg, T., & Jenssen, T. A., *Gender Stereotyping of Political Candidate. An Experimental Study of Political Communication*. »Nordicom Review«, 2007/28-1.
- Abercrombie, N., Hill, S. and Turner, B., *The Penguin Dictionary of Sociology*, Penguin Books, London, 1988.
- Ahmed, Z., *Bridging the Gap Between Gender Socialization and Gendered Political Behavior*, 2006. Prepared for the 2006 Meeting of the American Political Science Association. Retrived June 23, 2011 from the World Wide Web //www.allacademic.com/meta/p153662_index.html
- Andersen, M. L., and Taylor, H.F., *Sociology: understanding a diverse society*. Thomson Learning, Inc., 2006.
- Badenter, E., *Jedno je drugo*, Svjetlost, Sarajevo, 1986.
- Ballington, J. and Karam, A., *Women in Parliament: Beyond Number, A Revised Edition*. International Institute for Democracy and Electoral Assistance, Stockholm, 2005.
- Ballington, J., *Equality in Politics: A Survey of Women and Man in Parliament*. Inter – Parliamentary Union (IPU), 2008.
- Berger, L. P., *Invitation to Sociology: A Humanistic Perspective*, Doubleday, New York, 1963.
- Burns, N., Schlozman, K. L., and Verba, S., *The Private Roots of Public Action: Gender, Equality, and Political Participation*, Harvard University Press, 2001.
- Bos, L. A., *Out of Control: Delegates' Information Sources and Perceptions of Female Candidates*, "Political Communication", 2011/28-1.
- Childs S., Lovenduski J. and Campbell R., *Women at the Top 2005 – Changing Number, Changing Politics?*, Hansard Society, London, 2005.
- Delli Carpini, M. and Keeter, S., "Gender and Political Knowledge", in: Tolleson-Rinehart, Sue and Josephson, Jyl J., eds., *Gender and American Politics: Women, Men, and the Political Process*, M.E. Sharpe, Armonk, 2000.
- Gender Equality in Politics*, Special Eurobarometar 2009.
- Giddens, A., *Sociology*, Polity Press, Cambridge, 1989.
- Gilligan, C., *In a Different voice: Psychological Theory and Women's Development*, Harvard University press, 1992.
- Eagly H. A., and Karau, J. S., *Role congruity theory of prejudice toward female leaders*. "Psychological Review", 2002/109-3.
- Eagly H. A. and Steffen J. V., „Gender Stereotypes Stem From the Distribution of Women and Man Into Social Roles“, in: Stangor, Charles, ed., *Stereotypes and prejudice: essential reading*. Psychology Press, 2000.
- Емпиријско истраживање ставова грађана Србије о родној равноправности*, Институт друштвених наука – Центар за политиколошка истраживања и јавно мњење, Београд, 2010.
- Fox, R. L., and Lawless, J. L., *Family Structure, Sex-Role Socialization, and the Decision to Run for Office*, "Women & Politics", 2003/24.
- Report on equality between women and men 2010*, European Commission, 2009.

- Inglehart R., and Norris, P., *Rising Tide: Gender Equality And Cultural Change Around the World*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003.
- Krook, M. L., Child, S., *Women, Gender, and Politics: a reader*, Oxford University Press, Inc., 2010.
- La France, M., „Gender and Social Interaction“, u: Unger K. R., ed., *Psychology of Women and Gender*, John Wiley & Sons, Inc., New Jersey, 2001.
- Lawless, J., and Fox, R., *It Takes a Candidate: Why Women Don't Run for Office*, Cambridge University Press, New York, 2005.
- Leinert Novosel, S., *Žene na pragu 21. Stoljeća*, Ženska grupa TOD, Zagreb, 1999.
- Levit, N., *Men, Women and the Law*, New York University Press, New York, 1998.
- Mayer, J. D., and Schmidt, H. M., *Gendered political socialization in four contexts: political interest and values among junior high school students in China, Japan, Mexico, and the United States*, „The Social Science Journal“, 2004/ 41.
- Хавелка, Н., *Социјална перцепција*, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 2001.
- Norris, P., ed., *Women, Media and Politics*, Oxford University Press, New York, 1997.
- Norris, P., and Inglehart, R., *Women and Democracy: Cultural Obstacles to Equal Representation*, „Journal of Democracy“, 2001/ 3.
- Politics: Women's Insights*, Inter-Parliamentary Union (IPU), Geneva, 2000.
- Report on equality between women and men 2010*, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2010.
- Tolleson- Rinehart, S. and Josepshon, J. J., „Introducion: Gender, Sex, and American Political Life“, U: Tolleson- Rinehart, S., and Josepshon, J. J., ed., *Gender and American Politics – Women, Man and The Political Process*, Armonk, New York, 2000.
- Sapiro, V., *The Political Integration of Women: Roles, Socialization, and Politics*, University Illinois Press, Urbana, 1983.
- Seguino, S., *PlusÇa Change? evidence on global trends in gender norms and stereotypes*. „Feminist Economics“, 2007/13-2.
- Савић, С., *Језик и пол (III), Истраживања код нас*, „Женске студије“, 1995/2-3.
- Требјешанин, Ж., *Стереотипи о жени у српској култури*, „Нова српска политичка мисао“, 2/2002.
- Верба, С., *Културе, Цицулатион, анд Беинг а Претту Гоод Цитизен: Алтернативе Интерпретатионс оф Цивил Енгагемент*, Центер фор тхе Студу оф Демоцрацу, Харвард Университу, 2001.
- Вхитакер, Л. Д., ед., *Вомен ин Политицс – Оутсидерс ор Инсидерс*, Прентице Халл, New Jersey, 1999.
- Висниевски, Р. унд Кунст, Х., едс., *Хандбуцх фйр Фрауенфраге: Зур Стеллунг дер Фрау ин дер Гегенварт; Информатионен – Аналусен – Анрегунген*, Верлаг Бонн Актуелл ГмбХ, Стуттгарт, 1988.
- Вуд, В. Анд Еаглу Х. А. „Гендер“, у: Фиске, Т. С., ат алл, *Хандбоок оф Социал Псуцхологу*, Волуме Оне, Јохн Вилеу & Сонс, Инц., New Jersey, 2009.
- Ђорић, Г., Жункић, Н., Обрадовић-Тошић, Т., *Образовање за родну равноправност: анализа наставног материјала за Грађанско васпитање*, УНДП, 2010.

Natalija Žunić, MA

Teaching Assistant

Faculty of Law, University of Niš

Gender Stereotypes on Women and Men in Politics

Summary

Male and female stereotypes are modeled upon specific gender characteristics; (men are often perceived as rational, aggressive, shrewd, ambitious, etc; women are seen as emotional, emotionally unstable, sly, fragile, etc). These stereotypes signify very rigid, simplified and change-resistant conceptions and beliefs about certain social groups as well as about every single individual in the group. Hence, stereotypes are the basic assumption for developing bias not only towards entire groups but also towards individuals who are different from others. Moreover, they are one of the postulates for justifying different forms of discrimination, such as women discrimination or their insufficient participation in politics and under-representation in the political institutions of the state.

Politics is one of the human activities where men and women are judged and evaluated according to gender stereotypes. This paper is aimed at identifying and mapping the gender stereotypes which are associated with men and women's participation in politics; these stereotypes ultimately define their social status and political influence. Citizens (voters) are considered to be "hinging" on a wide range of stereotypes which are based on the politicians' gender, starting from their personality traits to their aptitude for political participation. For example, women politicians are frequently perceived on the grounds of their "typically" feminine characteristics (such as affection and sensibility), for which reason women are assumed to be experts in managing the so-called "female" public affairs, such as education and/or gender issues. Male politicians are considered to have "typical" masculine traits (such as reliability and strength) which make them suitable for administering the so-called "male" public affairs, such as criminal issues and defence.

Key words: *women; men; gender stereotypes; gender roles; politics/political participation; gender segregation in politics.*

БИОЕТИКА И ЉУДСКЕ ВРЕДНОСТИ - ОСТВАРИВАЊЕ И ЗАШТИТА ЕТИЧКИХ ПРИНЦИПА И ПРАВА ПОЈЕДИНАЦА У ОБЛАСТИ МЕДИЦИНЕ¹

***Апстракт:** Несагледиве могућности употребе научног знања ставиле су пред правничку јавност одговоран задатак одређивања правног оквира за научни развој, посебно за учешће људских испитаника у истраживачким огледима. Друштвена заједница такође је заинтересована за увид у начин на који се одвија научноистраживачки процес, свесна чињенице да се прописивањем услова за учешће људских испитаника у огледима и стандарда поступања према њима обезбеђује приоритет интереса и добробити појединаца над научним императивима. Правно уређење ове области рада медицинских посленика и научника и њима је користан: указивањем на значај нормом заштићене вредности, правно или етичко правило указује на решење дилеме шта је од научно могућег истовремено и морално допуштено.*

Настојали смо да у раду укажемо на вредности и лична права појединаца којима се у пољу биомедицине пружа посебна заштита и стандарде прихватљивог поступања субјеката укључених у научноистраживачки рад, који су утврђени у УНЕСКО-вим декларацијама (са нагласком на Универзалну декларацију о биоетици и људским правима), актима Светске медицинске организације (Хелсиншком декларацијом, пре свега) и Савета Европе, чијим се радом усмеравају национално законодавство и пракса чланица Европске уније у пољу биоетике (са полазиштем у Конвенцији о људским правима и биомедицини).

***Кључне речи:** лична добра, биоетика, УНЕСКО, научно-истраживачки рад, Универзална декларација о биоетици и људским правима, Хелсиншка декларација, Конвенција о људским правима и биомедицини.*

¹ Чланак је настао у оквиру пројекта Медицинског факултета Универзитета у Нишу, „Превентивни, терапијски и етички приступ преклиничким и клиничким истраживањима гена и модулятора редокс ћелијске сигнализације у имунском, инфламаторном и пролиферативном одговору ћелије“, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја, под бројем 41018.

Увод

*„Све што је технички могуће и изводљиво,
није истовремено и морално оправдано.“
Van Rensselaer Potter (1911-2001)*

Ову идеју биохемичара Потера (Van Rensselaer Potter) можемо узети за полазиште разматрања потребе правно-етичког уређења фундаменталних наука које се баве живим системима (*life science*), попут медицине, генетике, биотехнологије, и других дисциплина у којима се изучава одређени аспект човековог живота и здравља.

Правна заштита основних људских вредности – живота, телесног и психичког интегритета, достојанства и аутономије, све је актуелнија услед убрзаног развоја биолошких наука и медицине. Свакодневно се долази до нових сазнања, у вези са чијом практичном применом се постављају бројни етички и правни проблеми, и основно питање о њиховом стварном утицају на човека. Многа научна достигнућа непосредно задиру у вредности човека које су правно заштићене као његова основна људска права (право на живот, аутономију, на интегритет, неприкосновеност људског достојанства и обавеза свих да га поштују), а нека достигнућа, да би се унапређивала, захтевају експерименталну употребу човека, у којој је он објекат на коме се испитује научна заснованост и практична употребљивост сазнатог. Постојећа правна регулатива није довољна (у неким областима научног истраживања ње и нема) да би разрешила ове и бројне друге етичке дилеме повезане са развојем научних сазнања (област експериментисања на човеку, генетског инжињеринга, трансплантације ткива, органа, ћелија, вештачки потпомогнуте репродукције, само су неке од идентификованих области које представљају правно-етички изазов због могуће повреде испитаника и корисника њихових резултата или због њихове злоупотребе).

Неспорно је да развој науке служи људској врсти. Открића у области медицине променила су живот савременог човека и учинила га мање зависним од природног окружења. Неке болести су искорењене, а неке се успешније и брже лече, док је живот пацијената оболелих од (још увек) неизлечивих болести учињен квалитетнијим. Оваквих подвига не би било без научника довољно храбрих да испробају нове начине лечења, и то на људским испитаницима као њиховим крајњим корисницима. Укључивање у истраживачки процес човека у својству испитаника није новина, али је након II светског рата све више под будним оком јавности, заинтересоване да се ова област научног рада прецизно уреди, дефинисањем права и обавеза свих који у њој учествују. Традиционално су етичка и правна правила утврђивале државе, па је и њихово важење било одређено границама простирања државног империјума. За научно-

истраживачке пројекте наднационалног карактера, а таквих је све више, то се ипак показује недовољним. Неопходан је међународни консензус о правном уређењу области научног истраживања, којим ће се, са једне стране, испитаници заштитити од неетичког поступања и злоупотребе у научне сврхе, а са друге омогућити несметани развој науке и биотехнологије. Увек се полази од тога да су напори научника усмерени на побољшање човековог живота и здравља и да су могућности развоја биотехнологије и користи које друштво може имати од тога несагледиве. Зато ни правна регулатива не сме да буде препрека слободи научно-истраживачке делатности, али ни да потпуно занемари њене етичке импликације на људско друштво. Упоредо са користима, научни напредак носи потенцијалну опасност нарушавања основних људских вредности (људских права), чија је неприкосновеност након II светског рата постала међународни и национални правни императив.

У овом раду указаћемо на најзначајније правне документе којима су постављени принципи и стандарди поступања у области биомедицинских истраживања, истовремено објашњавајући разлоге који су подстакли њихове писце да се одреде за дефинисано решење. Већина докумената о којима је реч нема правну снагу законског акта, већ изражава током времена изграђене моралне ставове заједнице о допуштеном задирању у најзначајније људске вредности. Управо ова – етичка основа, дефинисаним принципима даје ванвременску и обавезујућу снагу, чијим се поштовањем омогућава да научна достигнућа у пољу медицине буду употребљена зарад добробити човека. С обзиром да су окренута заштити вредности које су, или основна права човека, или из њих произлазе, излагање ћемо почети управо од тих вредности.

Заштићена права појединаца у пољу медицине и у научноистраживачком процесу

Груба повреда човекових личних добара – живота, здравља и достојанства - у II светском рату, пресудно је утицала на подизање стандарда правне заштите основних људских права. Поуке из суђења ратним злочинцима, посебно из Нирмбершког процеса, требало је преточити у правне норме обавезујућег карактера и превентивног дејства, како се не би поновили сурови експерименти извођени у нацистичким лабораторијама, којима су погажена темељна права која појединац има самим тим што је људско биће.

О којим је вредностима – правима реч и зашто су оне важне за правно уређење медицинске делатности и научног истраживања?

Ради се о четири лична добра, која можемо назвати и темељним вредностима – живот, аутономија, достојанство, интегритет људског бића, из којих се изводе сви правни и етички принципи и правила (међународног,

регионалног и националног ранга) о поступању са човеком када се налази у положају корисника здравствене услуге, терапијске или нетерапијске природе, или у положају испитаника у научном огледу.² Аутономном наднационалном заштитом сваке од ових вредности, заправо се ојачава заштита оних личних права којима прети повећана опасност од повреде, за чије отклањање нису довољни постојећи правни акти, ни међународног ни националног ранга.

Право на живот често се означава као основно право човека, без кога би промоција свих осталих права имала мало смисла. Гарантовање и заштита права на живот почива на етичком принципу светости живота, по коме је сваки живот вредност по себи и мора се поштовати, без обзира на његово трајање или квалитет.

Упркос ставу о неприкосновености живота, која је за већину људи неспорна, за његову квалитетну правну заштиту важно је одредити када људски живот почиње а када престаје, што су питања без једноставних и једногласних одговора. Напретком медицине пред правнике су изнете нове чињенице које треба правно уредити и већина захтева сарадњу са биоетичарима. Једна од таквих чињеница јесте зачеће, које, осим природног (*in vivo*), може бити и применом методе вантелесне оплодње (*in vitro*). Право треба да да одговор на питање правног и моралног статуса ембриона, али не независно од етичког, друштвеног и верског контекста. Отуда се правна заштита нерођеног детета разликује у земљама под јаким утицајем религије (попут Ирске, у којој прекид трудноће није дозвољен) од земаља у којима је одвојеност државе од цркве доследно спроведена, па су и њихове норме либералније. Морални статус зачетог а нерођеног детета опредељује став и о другим правно-етичким дилемама: о неприкосновености заштите зачетка ако су угрожени интереси мајке или о допуштености експериментисања на ембриону³.

2 Аутори који се медицинским правом баве са аспекта људских права, ослоњем на Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода из 1950., указују на четири категорије, у оквиру којих је по неколико посебно заштићених права. То су: права повезана са приватношћу, изведена из чланом 8 Конвенције дефинисаног права на поштовање приватног живота (право на самоодређење, телесни интегритет и поверљивост); право на живот, заштићеног чл. 2 Конвенције (право на лечење); право на достојанство, које је чл. 3 Конвенције заштићено забраном нехуманог и понижавајућег поступања (право да се не буде изложен нечовечном поступању) и право на репродуктивну аутономију, коме је правни извор у чл. 12 Конвенције и праву на заснивање породице (право на рађање и право на нерађање). В., Е. Wicks, *Human Rights and Healthcare*, Hart Publishing, Oxford, 2007, стр. 12-15.

3 На пример, да ли је допуштено стварати ембрионе искључиво у експерименталне сврхе или се једино могу користити прекобројни ембриони (створени у прокреативне сврхе али неимплементирани). У Немачкој прва опција није допуштена, али је дозвољен увоз прекобројних ембриона и истраживање на њима. О употреби ембрионалних ћелија у научноистраживачке сврхе више у: З. Кандић Поповић, „Право и ембрионална стем ћелијска истраживања“, *Правни живот*, бр. 9/2003, стр. 287-306.

На другом крају границе права на живот стоји питање када престаје људски живот. Преовлађујући медицински стандард је мождана смрт као поуздани показатељ смрти, а она настаје умирањем можданог стабла. Пошто мождану смрт не мора да прати и престанак кардио-респираторних функција (рад срца се може успоставити употребом медицинских апарата, а дисање се може помоћи вештачким плућима), потребно је, и са етичке и са правне стране, осветлити проблеме: докле се може ићи у продужавању живота уколико је особа потпуно несвесна себе и околине (у вегетативном је стању), да ли је наличје права на живот право на смрт,⁴ да ли и какву еутаназију (пасивну или активну) неизлечивих пацијената допустити и како се односити према пацијентовом тестаменту⁵, да ли је допуштено узимање органа, ћелија и ткива са кадавера у циљу пресађивања и да ли је допуштено користити у научне сврхе тело умрлог? Наведена су само нека спорна питања, пре свега етичког карактера, која се морају, и у многим земљама јесу правно уређена, али не једнообразно, јер ставови о питањима произлазећим из принципа неприкосновености живота нису у свим заједницама исти.⁶

Аутономија личности подразумева могућност човека да сам, слободно и независно од туђег утицаја, створи правило по коме ће поступати, али које ће га и обавезивати. Аутономна је она личност која је способна да разуме суштину и значај чињеница, вредности и других чинилаца на основу којих доноси одлуку, да разуме последице своје одлуке и да их прихвати. У основи аутономије, или слободе делања, лежи право на самоодређење и самоодлучивање.

Поштовање аутономије пацијента испољава се кроз више обавеза лекара, од којих је најважнија обавеза прибављања сагласности пацијента пре предузимања било какве медицинске мере, терапијског или нетерапијског

4 О питању права на смрт, као друге стране права на живот, судови су имали прилике да се изјасне поводом захтева умирућих пацијената који нису способни на самоубиство да буду аболиране од кривичног гоњења особе које би им у томе помогле. Познат је случај *Diane Pretty*, енглеске држављанке, у коме је Европски суд за људска права одбио њен захтев да се утврди да јој је повређено право на живот из чл. 2 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Суд је заузео став да право на живот, дефинисано чл. 2 Конвенције, не укључује и право на смрт, која би у случају Дајен Прети морала бити помогнута. В., *Case of Pretty v. United Kingdom* (Application No. 2346/02), доступно на сајту: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-60448>.

5 Видети В. Клајн Татић, *Лекарева помоћ неизлечиво болесном пацијенту – етички и правни проблеми*, Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 2002, стр. 65-104.

6 Препоручујемо за продубљењу анализу: S. Michalowski, „Sanctity of life: Are some lives more sacred than others?“, *Legal Studies*, Vol. 22, 3/2002, стр. 379-399; Gregory E. Pence, *Класични случајеви из медицинске етике* (превод: Р. Јовановић и М. Анђелковић), Службени гласник, Београд, 2007; E. Wicks, нав. дело, стр. 139-274,

карактера.⁷ Овој обавези одговара право пацијента на информисани пристанак, што је основни стандард поступања лекара *lege artis* и етички принцип свих правних докумената у области биоетике.⁸ Прибављање пристанка неопходан је услов и за учешће појединца у научном истраживању, коме, такође, треба да претходи одговарајуће обавештење о природи, циљевима, ризицима и могућим нелагодностима, као и о праву на одустајање у било којој фази истраживања, без икаквих негативних последица.

Оспег информисања пацијента/испитаника једно је од најсложенијих питања медицинског права, на које се одговор може дати са позиције лекара или правника. Лекари су склони примени критеријума разумне процене лекара (*reasonable doctor standard*), по коме је опсег обавештења одређен добром лекарском праксом и тежњом да пацијент донесе одлуку која је најбоља за његово здравствено стање. Критеријум процене разумно обазривог пацијента (*reasonable/prudent patient standard*) шири опсег информација на све чињенице које би разумно обазрива особа, да се налази у истом положају као и конкретни пацијент, желела да зна пре него што прихвати или одбије предложено интервенцију. Поштовање и заштита пацијентове (испитаникове) аутономије боље се остварује применом овог критеријума, што је у савременој медицини преовлађујући стандард по коме треба поступати.⁹

Уважавање аутономног избора пацијента/испитаника омогућава се и обавезивањем лекара да пацијенту говори истину, да поштује његову приватност, да чува поверљивост информација о пацијентовом здравственом стању и,

7 „Поштовање аутономије није само идеал коме треба тежити у здравственом систему; то је професионална обавеза. Право на аутономан (самосталан и слободан) избор право је пацијента, а не његова дужност“, Т. Л. Beauchamp, Ј. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, Oxford University Press, 2001, стр. 63.

8 Видети, нпр., чл. 6 Универзалне декларације о биоетици и људским правима (УНЕСКО, 2005), чл. 5 Европске конвенције о заштити људских права и достојанства људског бића у вези са применом биологије и медицине (Савет Европе, 1997), чл. 31 Закона о здравственој заштити, („Сл. гласник РС“, бр. 107/2005).

9 О појму информисаног пристанка више у: Ј. Радишић, „Дужност лекара да пацијента обавести о ризицима операције“, *Медицинско право* (зборник радова), Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 1998, Т. Л. Beauchamp, Ј. F. Childress, нав. дело, стр. 27-45; 77-88; Ј. McHale, М. Fox, М. Gunn, S. Wilkinson, *Health Care Law, Texts and Materials*, Second Ed., Sweet and Maxwell, London, 2007, стр. 349-403; Ј. K. Mason, G. T. Laurie, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, Eight Ed., Oxford University Press, New York, 2011, стр. 65-75; И. Симоновић, „Право на самоодређење, аутономија воље и право пацијента на информисани пристанак“, *Заштита људских и мањинских права у европском правном простору* (зборник радова), књ. прва, Правни факултет у Нишу, 2011, стр. 455-472.

уколико се од њега тражи помоћ у доношењу одлуке о предложеној мери – да је пружи.¹⁰

Достојанство, као етичка вредност, указује да је сваки човек вредан као људско биће, без обзира на друштвени положај, заслуге, личне и професионалне квалитете, и да је наша обавеза да га поштујемо. Сви људи се рађају слободни и једнаки у свом достојанству и својим правима, записано је у Универзалној декларацији о људским правима. Из људског достојанства изводе се сва права која припадају човеку, независно од боје коже, полне, националне, верске, друштвене припадности. Обавеза поштовања достојанства човека забрањује било који облик дискриминације или стигматизације, јер „...сви се људи рађају једнаки...“.

У систему здравствене заштите пацијент има право на достојанствен третман, у коме му је омогућено остварење свих права гарантованих актима међународног и националног значаја. У Универзалној декларацији о биоетици и људским правима људско достојанство је начело из кога деривирају сва права њоме призната у чл. 5-15. На поштовању људског достојанства и људских права заснована је и прокламација о приоритету интереса и добробити појединца над интересом науке или друштва (чл. 3 ст. 2 Декларације), што се додатно наглашава у вези са учешћем човека у истраживању, посебно деце, палијативном негом умирућих болесника и положајем старијих и хендикепираних особа, које треба додатно заштити од могуће дискриминације у пружању здравствене заштите и од злоупотребе у научноистраживачке сврхе.¹¹

Интегритет значи неповредивост људског бића. Овај етички императив намеће нам обавезу поштовања туђе приватности и интимне сфере, њеног схватања властитог живота и здравља, на које не смемо утицати. Право на приватност је, пре свега, одбрана појединца од непотребног задирања јавне власти, али и свеколике јавности, у домен који треба да остане изван њиховог интересовања. То је право да се буде остављен на миру, да се буде слободан

10 Допуштено је одступити од принципа поштовања аутономије уколико то захтевају значајнији интереси или морални обзир, нпр., интерес заштите јавног здравља или здравља особа блиских пацијенту које непосредно угрожава донета одлука, интерес правичне и оптималне расподеле ограничених средстава здравствене заштите. Свакако значајно ограничење представља и терапеутска привилегија – право лекара да пацијенту ускрати информације које га излажу већој опасности него што је ризик предложене мере (озбиљно психичко узнемирење које би пацијента одвратило од хитно потребног третмана). Видети и чл. 34 Закона о здравственој заштити о условима предузимања хитне мере над пацијентом који није у стању да саопшти свој пристанак.

11 Видети Хелсиншку декларацију о етичким принципима медицинског истраживања на људским испитаницима (Светска медицинска организација, 1975) и Додатни протокол о биомедицинском истраживању уз Конвенцију о људским правима и биомедицини Савета Европе (2005, CETS 195), којом је посебно уређена заштита достојанства и идентитета појединца када се налази у положају испитаника биомедицинског истраживања.

у највећој могућој мери како би наши поступци и одлуке били израз нашег аутентичног избора. Поље аутономног делања сваког од нас одређено је, између осталог, и одређивањем појма приватности и квалитетом њене заштите.

Право на поверљивост приватних, посебно здравствених информација један је аспект права на приватност и интегритет. На обавези њиховог уважавања изграђен је однос лекар-пацијент и дужност лекара да поштује аутономан избор и одлуку оног кога лечи. Пацијент очекује лекареву дискрецију у вези са саопштеним личним подацима, посебно оним који се тичу његовог здравља, што је правно изражено у већини правних аката у пољу медицине и биоетике.¹² О заштити здравствених података имао је прилике да се изјасни и Европски суд за људска права, схватањем да су подаци о ХИВ статусу „посебно осетљиви здравствени подаци“ и да је њихово неовлашћено саопштавање у кривичном поступку повреда права на поштовање приватног живота, гарантованог чл. 8 Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода.¹³

Генетске информације уживају посебну заштиту, прописивањем строгих претпоставака генетског тестирања, рестриктивношћу приступа генетским подацима, формалношћу пристанка субјекта на тестирање.¹⁴

Заштитом права на живот, аутономију, достојанство, интегритет и приватност, правни поредак признаје да је човек рањиво биће, коме научни напредак свакако помаже, чинећи његов живот квалитетнијим, али га може учинити и рањивијим. У чл. 8 Универзалне декларације о биоетици и људским правима исказан је захтев за уважавање угрожености људских бића, која је доведена у везу са обавезом поштовања личног интегритета особа са посебним потребама, које заслужују појачану заштиту.

12 Почев од Хипократове заклетве, поштовање лекарске тајне је један од чинилаца на коме се не гради само однос поверења између лекара и пацијента, већ и поверење јавности у целокупан здравствени систем. Прикупљени подаци у процесу лечења или истраживачком процесу не могу да се употребе у друге сврхе осим оних за које су прибављени, нити се учинити доступним јавности. Објављивање здравствених података без сагласности особе на коју се односе представља грубу повреду права на аутономију, приватност и њен интегритет, санкционирано обавезом надокнаде штете. Видети, нпр., чл. 31 Додатног протокола о биомедицинском истраживању уз Конвенцију о људским правима и биомедицини Савета Европе, којим је установљено право на надокнаду сваке штете претрпљене због учешћа у истраживању, па и због повреде поверљивости.

13 Случај *Z v. Finland* (1997 EHRR 371), в., Е. Wicks, нав. дело, стр. 124-125.

14 В., З. Кандић Поповић, *Правна заштита основних људских вредности у Централној и Источној Европи и модерна биотехнологија: ка европској хармонизацији*, Open Society Institute, Будимпешта, 1999, стр. 73-74. Она наводи две димензије заштите генетске приватности: заштиту телесног интегритета и права на самоодређење (прибављањем јасно израженог пристанка испитаника) и заштиту социјалног интегритета (забраном дискриминације по основу генетских карактеристика, што је прописано и чл. 6 Универзалне декларације о људском геному и људским правима).

Угроженост (рањивост), постављена као етички принцип, тиче се изложености човека утицају различитих чинилаца - биолошких, социјалних, економских, природних - који неповољно утичу на његов живот и здравље. Обавеза је свих субјеката здравственог система или научног истраживања да уважавају посебно осетљиво стање и изложеност пацијента и учесника у научном огледу, па и да предузимају мере да се такво стање отклони или ублажи. Неки облици људске рањивости (попут старења, умирања, физичког или менталног хендикепа трајне природе) не могу се отклонити. Могуће је, ипак, предузети мере за унапређење положаја особа које су њима погођене (палијативна нега, посебна заштита старих, укључивање особа са било којим видом хендикепа у друштвени живот само су неке од мера).¹⁵

Поштовање аутономије, интегритета и достојанства и уважавање рањивости/угрожености живих бића јесу најзначајнији етички принципи који треба да усмеравају правно уређење развоја медицине и биотехнологије, посебно употребу њихових истраживачких резултата. На примерима УНЕСКО-ве Универзалне декларације о људском геному и људским правима и Конвенције Савета Европе о људским правима и биоетици можемо видети да се нарочитом заштитом ове четири вредности, када су изложене утицајима биомедицинског развоја, остварује принцип приоритета интереса и добробити појединца над интересима друштва и науке.¹⁶

Зачеци успостављања правних принципа и стандарда у области медицине и научне делатности

Пре II светског рата није постојао ниједан међународни документ у коме би били садржани етички принципи научног истраживања, а чини се да није било ни неког тела међународног ранга које би се бавило овом темом. Недостајали су и национални прописи и, мада може деловати чудно, историја бележи неке правне акте и упутства у вези са научним истраживањима држава, од којих су неке касније припадале Силама осовине. Поменућемо једну смерницу пруског министра за верска, просветна и медицинска питања, која се дотицала питања

15 Видети УНЕСКО-ов *Bioethics Core Curriculum*, у коме су, појединачно за сваки члан Универзалне декларације о биоетици и људским правима, означене етичке вредности које треба промовисати и заштитити. *Bioethics Core Curriculum, Section I: Syllabus Education Programme*, UNESCO, Sector for Social and Human Sciences, Division of Ethics of Science and Technology, 2008.

16 Чланом 10 Универзалне декларације о људском геному и људским правима прописано је да се истраживању у вези са људским геномом и примени истраживачких резултата, посебно у пољу биологије, генетике и медицине, не сме дати предност у односу на људска права, основне слободе и достојанство појединаца и група. У чл. 2 Европске конвенције о људским правима и биомедицини записано је да интерес и добробит људских бића треба да имају приоритет у односу на интересе друштва и науке.

етичке заснованости научних истраживања (1900), затим циркуларно писмо министра Вајмарске републике из 1931., са упутствима везаним за поступање према пацијентима и у научним истраживањима, у коме се истиче да је слободан пристанак услов учешћа појединца у научном истраживању, као и резолуцију медицинско-научног одбора совјетске републике (1936).¹⁷

Нацисти су прекршили сва правила хуманог односа према човеку. Поступање према Јеврејима, Ромима, припадницима словенских народа и ратним заробљеницима у II светском рату, које је укључивало и вршење експеримената над њима, као и поуке извучене из суђења ратним злочинцима у Нирмбершком процесу, суочили су међународну заједницу са неопходношћу формулисања, макар, минимума правних и етичких правила која се морају поштовати у свакој етапи научног истраживања, и која би заштитила људско достојанство и интегритет. Напори на уређењу области научног истраживања изнедрили су више међународних декларација и конвенција којима су постављени стандарди поступања према учесницима научних истраживања са својством испитаника.

Први међународно прихваћен скуп етичких смерница за вршење експеримената на људима био је Нирмбершки кодекс, настао на основу пресуда ратним злочинцима у II светском рату. Формулисан је 1947. године, у облику десет принципа, који су развијани у касније донетим декларацијама и конвенцијама, поставши тако темељ на коме ће се установљавати правила хуманог поступања, не само према испитаницима, већ и према корисницима здравствених услуга. Десет принципа (заповести) Нирмбершког кодекса су: пристанак испитаника на учешће у експерименту;¹⁸ допуштеноост експеримента од кога се очекује корист за цело друштво, коју није могуће остварити другим методима, и која не сме бити случајна или непотребна; оправданост експеримента треба да произлази из стечених сазнања (експериментисањем на животињама или проучавањем тока и природе болести); избећи наношење физичког или психичког бола испитанику или његово повређивање; забрањен је експеримент за који се унапред може утврдити да ће исходити смрћу или тешком повредом испитаника; ризик не сме превазићи значај проблема који се експериментом жели решити; експеримент, коме мора претходити темељна припрема како би се избегла смрт или повређивање испитаника, смеју да изводе само научници

17 D. Human, S. V. Fluss, *The World Medical Association's Declaration of Helsinki: Historical and Contemporary Perspectives*, стр. 4, доступно на: http://www.wma.net/en/20activities/10ethics/10helsinki/draft_historical_contemporary_perspectives.pdf.

18 Већ су овде установљени стандарди информисаног пристанка, захтевом да се испитанику објасни природа, сврха и трајање експеримента, метод и средства која ће се употребити, непријатности и ризици које испитаник може да очекује и ефекти по његово здравље или телесни интегритет. Треба саопштити оне чињенице од којих зависи пристанак или одбијање учешћа, и то је обавеза оног ко организује, спроводи и одговоран је за експеримент, без могућности њеног делегирања.

одговарајуће квалификације, који су дужни показати највиши стандард пажње и старања о испитаницима; испитаници имају право да одустану од даљег учешћа у експерименту, уколико им је постао физички или психички неподношљив; научник треба да оконча експеримент, без обзира на стадијум у коме се налази, уколико, на основу стручне процене и брижљивог разматрања, закључи да би његов наставак довео до смрти или повређивања испитаника.

Нирмбершким кодексом дефинисане смернице постале су златни стандард, али то је био само минимум етичких принципа и правила која се морају поштовати и промовисати. У наредним деценијама велики број држава прописима је најпре уредио положај корисника здравствених услуга, дефинисањем права пацијената, али су неке правно уредиле и поједине области биомедицине. Истовремено је текао и процес интернационализације, у коме је требало формулисати заједничке принципе и правила за решавање проблема које је донео развој медицине и биологије. Неки од усвојених докумената су општег карактера, јер су њихова начела применљива у свакој области научног истраживања (нпр., УНЕСКО-ва Универзална декларација о биоетици и људским правима из 2005), а некима се уређује заштита испитаника у одређеној области науке или у вези са одређеним типом научног истраживања (најчешће се ради о протоколима који прате неку конвенцију и којима се покрива тачно одређена научна област или истраживање; добар пример таквих аката су протоколи уз Конвенцију Савета Европе о људским правима и биомедицини из 1997., који се односе на клонирање, трансплантацију, биомедицинско истраживање, људски ембрион и фетус и људску генетику).

У промовисању биоетике у свету истакнуту улогу има УНЕСКО, који је у Сектору друштвених и хуманистичких наука, Одсек за етику науке и технологије, 1993. године основао посебан Биоетички програм. Циљ ово програма је стварање општег оквира за развој биоетике, формулисањем етичких стандарда као основе за законодавни рад држава, међународних и регионалних организација које се баве неким аспектом биоетике; подстицање дискусије о утицају научно-технолошког развоја (посебно биологије и медицине) на друштво, етику, право и културу; подстицање образовања одбора за етику; промовисање значаја изучавања биоетике.¹⁹ Прво значајније потврђивање УНЕСКО-ве водеће улоге

¹⁹ Три су циљне групе едукативног рада УНЕСКО-а. Пре свега, подстиче се изучавање биоетике на факултетима: повезивањем факултета на којима је биоетика део наставног програма и разменом стручњака у овој области; факултетима који су заинтересовани да биоетику уврсте у курикулум, УНЕСКО помаже логистички, снабдевањем материјалом за рад, семинарима за будуће предаваче. Другу циљну групу чини општа јавност, коју треба заинтересовати за значај друштвене дебате о етичким импликацијама научног напретка, а трећу – научници, истраживачи, правници, новинари и особе у позицији да доносе одлуке обавезујуће правне снаге, које треба сензибилисати за правно уређење биоетике и њен развој. Видети: <http://www.unesco.org/new/en/social-and-human-sciences/themes/bioethics/about-bioethics/>.

у биоетичким питањима било је 1997., усвајањем Универзалне декларације о људском геному и људским правима, једине међународне декларације у пољу биоетике коју је подржала и Генерална скупштина Уједињених нација.

Међународног значаја су и акти Светске медицинске организације, којима се промовише добра клиничка пракса у сваком пољу рада медицинских посленика, укључујући и рад превасходно научног усмерења. Једна од њених најзначајнијих декларација је Хелсиншка декларација (Етички принципи медицинских истраживања на људским испитаницима), донета 1964. г., којом су постављени етички стандарди поступања истраживача када се огледи изводе на људима или људском материјалу и подацима чије се порекло може установити.

Поред аката међународног карактера, на утврђивању базичних биоетичких принципа ангажован је и Савет Европе. Неколико конвенција овог тела Европске уније изражава идеју држава о неопходном усклађивању развоја науке и биомедицине са међународним и националним прописима о људским правима (пре свега, са Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода); полазиште је да су људска права неприкосновена и не смеју се жртвовати зарад научног напретка. Иако су ови акти регионалног карактера, јер обухватају чланице Уније, веома су значајни и за нашу земљу, којој недостају прописи из области биомедицине и биомедицинских истраживања. Стандарди утврђени у конвенцијама Савета Европе и додатним протоколима, представљају правни оквир у коме ће се кретати и наш законодавац у будућем уређењу ове области. Важно је поменути да је рад Савета Европе, преко кога Европска унија формулише заједничку политику својих чланица у пољу биоетике, утемељен на принципима аутономије, достојанства, интегритета и рањивости, које се промовишу и штите актима које ово тело усваја.²⁰

Потреба за правном регулативом у области биомедицине родила је идеју о стварању нове гране права – *биоправа*, које би објединило правне и етичке стандарде и норме у области медицине, биологије, хумане генетике и других фундаменталних наука. Ове норме су увелико прерасле оквир медицинског и здравственог права. Предмет медицинског права су норме којима је уређено вршење медицинске делатности, (заштита здравља), у чијем средишту је однос лекар-пацијент и правила о њиховим међусобним правима и дужностима.

20 У Европи се дискусијом о етичким последицама напретка науке промовишу солидарност и одговорност – друштвеном одговорношћу се наглашавају обавезе државе да сваком обезбеди социјалну сигурност, а индивидуалном дужност појединаца на међусобно уважавање и поступање сходно Кантовом принципу да је сваки човек сврха за себе. У Сједињеним Америчким Државама етички дискурс је заснован на принципима поштовања аутономије, добробити, ненаношења патње другоме и правичности, што су, уједно, и објекти заштите правних правила којима је уређена биоетика. О принципима медицинске и биоетике и медицинске праксе, в., Т. L. Beauchamp, J. F. Childress, *Principles of Biomedical Ethics*, стр. 12; Р. Kemp, J. D. Rendtorff, „The Barcelona Declaration, Towards an Integrated Approach to Basic Ethical Principles“, *Synthesis Philosophica*, Vol. 46, No. 2/2008, стр. 239-241.

Полазећи од дефиниције здравља Светске медицинске организације, као стања потпуног телесног, духовног и друштвеног добростања, здравствено право је окренуто нормирању поступања у оквиру здравственог система; његове норме имају и јавноправну компоненту, јер уређују положај здравствених установа и право државе на предузимање здравствених мера у јавном интересу и зарад очувања животне средине.²¹

Предмет интересовања биоправа је шири. Биоправо, својим начелима и правним правилима, треба да изрази визију садашњих генерација о будућој заштити човековог физичког и психичког интегритета у процесу развоја науке. То подразумева право човека да зна своје биолошко порекло, право на самоодређење у односу на своје тело, поштовање човековог генетског склопа и човековог идентитета.²² Ову општу тенденцију у развоју биоправа можемо тумачити као конкретизацију основних принципа о човековој аутономији, достојанству, интегритету и рањивости, и то етичким и правним правилима која треба да их заштите од могућих негативних последица научног развоја.²³ Дефинисани принципи уграђују се у норме којима се гарантују и штите права и слободе појединаца у области биомедицине, и садржане су у неким од правних докумената које ћемо обрадити у наставку.

Заједничко свим савременим етичким кодексима јесте уважавање друштвеног значаја научног развоја, незамисливог без истраживачког процеса, у коме је могућ сукоб циљева који се желе постићи са заштићеним правима испитаника, најчешће правом на самоодређење. Општи је став да прихватљивост нарушавања интегритета испитаника зависи од његовог пристанка, а да се принцип приоритета добробити појединаца над интересима науке остварује сталном контролом ризика научноистраживачког процеса и њиховим упоређивањем са очекиваним користима. Обавеза је истраживача да прекину истраживање уколико ризик надвладава корист за испитаника и повређује његова заштићена добра (живот, аутономија, достојанство, интегритет) преко мере која се може оправдати значајем и резултатима истраживања.

21 E. Deutsch, A. Spickhoff, *Medizinrecht (Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht)*, 6. Auflage, Springer, Berlin-Heidelberg, 2008, стр. 4.

22 З. Кандић Поповић, *Ibid*, стр. 1.

23 У Извештају Савета Европе из 1996. г., којим се објашњава циљ усвајања Конвенције о људским правима и биомедицини, наводи се да научни прогрес показује своју светлу или тамну страну, зависно од тога како се користе његова достигнућа. Да би преовладали позитивни ефекти, неопходно је националној регулативи додати наднационалну, утврдити заједничке вредности које треба заштитити и хармонизовати постојећа правила тако да буду једнообразно примењивана, без обзира на географско подручје или научну област. Испуњавању овог задатка посветио се Савет Европе од 1990., усвајањем неколиких конвенција и додатних протокола. Међу њима је и поменута Конвенција о људским правима и биомедицини (по месту усвајања, позната и као Овиедо конвенција).

Правни акти универзалног значаја и примене²⁴

*Хелсиншка декларација Светске медицинске организације – Етички принципи за медицинско истраживање које укључује људске испитанике.*²⁵ Донета је 1964., касније више пута ревидирана, а последња ревизија учињена је 2008.

Етички принципи Хелсиншке декларације, која полази од Нирмбершког кодекса, представљају смернице упућене пре свега лекарима, којих би требало да се придржавају у спровођењу научног истраживања које укључује људске испитанике. Светска медицинска организација је позвала и остале учеснике у научном истраживању да усвоје принципе из Декларације и да на њима заснивају свој научноистраживачки рад.

Хелсиншка декларација није обавезујући правни акт, већ морална препорука добре клиничке праксе у једном посебном сегменту медицинског рада у коме је повећана опасност повреде најзначајнијих човекових добара. Писци ове декларације тога су свесни, али и чињенице да се савремена наука не може развијати без клиничких истраживања на људима, ради бољег разумевања узрока, природе, тока и последица болести и унапређења постојећих превентивних, дијагностичких и терапијских метода и средстава лечења.²⁶ Стално преиспитивање стеченог знања и искустава нужан је процес, у који се морају укључити и људски испитаници, а њихова заштита постиже се спровођењем истраживања у складу са правилима струке и етичким смерницама ове декларације. Значај Хелсиншке декларације потврђен је уграђивањем њених правила у друге међународне и националне правне акте, етичке кодексе и водиче добре клиничке праксе.²⁷ Она није једноставан скуп етичких принципа, већ водич за поштовање људских права у извођењу огледа на људима.²⁸

24 Документи су наведени хронолошким редоследом, према времену доношења.

25 World Medical Helath Association Declaration of Helsinki, Ethical Principles for Medical Research Involving Human Subjects, доступна на сајту СМО, [http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html.pdf?print-media-type&footer-right=\[page\]/\[toPage\]](http://www.wma.net/en/30publications/10policies/b3/index.html.pdf?print-media-type&footer-right=[page]/[toPage]).

26 Члан 7 Хелсиншке декларације.

27 На пример, УНЕСКО-ва Универзална декларација о биоетици и људским правима, Међународни етички водич за биомедицинска истраживања на људима (1993, Council for International Organisations of Medical Science, CIOMS, непрофитно и невладино тело основано од стране СМО и УНЕСКО-а). Снага Хелсиншке декларације произлази и из ауторитета тела које је усвојило. То је светско удружење лекара, чије се мишљење може сматрати ауторитативним, стога и бити прихваћено као стандард понашања. У многим медицинским часописима дозвољено је објављивање резултата истраживања само ако је спроведено у складу са принципима ове декларације, и то додатно наглашава њен значај.

28 D. Human, S. V. Fluss, *The World Medical Association's Declaration of Helsinki: Historical and Contemporary Perspectives*, стр. 3.

Лекарима се примарно упућује заповест заштите и унапређења здравља пацијената. Овој обавези додати су и обавезујући принципи за свако медицинско истраживање, од којих наводимо: обавезу заштите живота и здравља, достојанства, интегритета, права на самоодређење, приватности и поверљивости личних података испитаника; обавезу спровођења медицинског истраживања у складу са општеприхваћеним научним принципима, обавезу његове заснованости на научно провереним сазнањима; обавезу спровођења истраживања на основу протокола, који треба да садржи податке одређене Декларацијом и да буде одобрен од стране етичког комитета; посебну заштиту рањиве популације; процену ризика и користи од истраживања. Декларација садржи и додатне принципе који се примењују у истраживањима у којима су пацијенти испитаници.

Декларацијом су обухваћена истраживања на људима и људском материјалу и подацима који се могу идентификовати. Испитаници могу бити особе из опште популације (здраве особе) или пацијенти на лечењу, у ком случају важе додатна правила поступања. Испитаници из опште популације део су тзв. нетерапијског или научног огледа, којим се обogaћује укупан фонд знања о испитиваној појави, па није непосредно усмерен на побољшање здравственог стања испитаника.²⁹ Пацијенти на лечењу укључени су у терапијске огледе, са очекиваном непосредном здравственом користи за испитаника.³⁰ Над њима се истовремено спроводи и медицински третман и истраживање, па је неопходно обезбедити да исход огледа не нашкоди пацијенту-испитанику, погоршањем његовог здравља. Допуштено је пацијента-испитаника подврћи и недовољно провереној методи лечења (која није прихваћена као медицински стандард за ту врсту болести или стања пацијента) или новом леку, уколико примењиване и проверене мере нису биле ефикасне. Пристанак пацијента свакако је предуслов, на који се морају надовезати и: прибављање стручног мишљења и разумна процена лекара да нови метод лечења даје наду за спас пацијента или успостављање доброг здравственог стања или, макар, ублажавање бола који трпи.³¹

Универзална декларација о људском геному и људским правима (УНЕСКО, 1997)³² полази од људског генома као основног чиниоца који повезује све људе,

29 У Декларацији није употребљен израз „нетерапијски оглед“, већ су правила која се односе на овакво истраживање насловљени „Принципи важећи за сва истраживања“ (Део Б). Правила о терапијским огледима садржана су у последњем делу, под Ц – „Додатни принципи за истраживање повезано са лекарском негом“.

30 В. Клајн Татић, „Етичке и правне контроверзе око употребе плацеба у клиничким огледима на људима“, *Правни живот*, Београд, бр. 9/2008, стр. 318.

31 Чланови 31-35 Хелсиншке декларације.

32 *Universal Declaration on the Human Genome and Human Rights*. Декларација је усвојена 11. новембра 1997. године, на 29-ом заседању Генералне конференције УНЕСКО-а.

и наглашава обавезу поштовања људског достојанства и људске различитости. Сваки човек има право на поштовање свог достојанства и својих права, без обзира на своје генетско порекло и карактеристике. На основу овог принципа, у Декларацији се утврђују правила на основу којих сме да се обавља истраживање, лечење или дијагностички поступак којим се утиче на људски геном, принципи истраживања на људском геному и услови за извођење научног истраживања.

Правилима Универзалне декларације о људском геному и људским правима утврђен је општи оквир заштите људског генома у поступцима истраживања, лечења или дијагностификовања. Полазећи од права на достојанство, којим се појединац штити од дискриминације по основу своје генетске структуре, овом се декларацијом забрањује манипулација геномом предузета искључиво у еугеничке сврхе; забрањена је медицинска интервенција којом се мењају генетске карактеристике, јер то може водити вештачком одабиру способнијих појединаца и тзв. генетском редукционизму. Људски геном је добио статус баштине читавог човечанства, завештања садашње генерације будућим, због чега је важно заштитити човеков генетски интегритет.³³

Међународна декларација о људским генетским подацима (УНЕСКО, 2003)³⁴ поставља правила у вези са прикупљањем, обрадом, употребом и чувањем генетских података човека, чијим се поштовањем обезбеђује заштита људског достојанства, људских права и основних слобода.

Универзална декларација о биоетици и људским правима (УНЕСКО, 2005)³⁵ промовише петнаест биоетичких принципа, који имају значај универзалних смерница, препоручених државама за стварање правног оквира биоетике. Овом се декларацијом утврђује глобални правац у коме је пожељно да се државе крећу у законодавном процесу уређења биоетике, али и стандард понашања свих субјеката непосредно укључених у научно-технолошки развој или оних који су корисници резултата овог развоја. Можемо је сматрати најважнијим

33 Генетски интегритет је постао нова димензија личног права на интегритет, којим треба да се очува генетска структура појединаца од намерних промена, без медицинских индикација, већ искључиво еугеничких. У неким земљама, попут Аустрије и Норвешке, законом су регулисана правна питања у вези са статусом и допуштеношћу генске технологије, посебно допуштеношћу генетског тестирања. Допуштено је појединачно генетско тестирање предузето у дијагностичке или терапеутске сврхе, ради дијагнозе болести и откривања или искључивања носилаца генетске болести које се могу испољити у будућим генерацијама. Није допуштено употребити генетско тестирање ради одабира пола детета. Друга врста генетског тестирања је групно генетско тестирање (*genetic screening*) и научног је усмерења. В. З. Кандић Поповић, *Правна заштита основних људских вредности у Централној и Источној Европи и модерна биотехнологија: ка европској хармонизацији*, стр. 76-77.

34 International Declaration on Human Genetic Data. Усвојена је 16. октобра 2003., на 32-ом заседању Генералне конференције УНЕСКО-а.

35 Universal Declaration on Bioethics and Human Rights. Усвојена је 19. октобра 2005, на 33-ем заседању Генералне конференције УНЕСКО-а.

документом у области биоетике, која има општи карактер и чије су биоетичке стандарде, посредно или непосредно, преузеле све касније донете декларације, конвенције, препоруке у некој области биомедицине.

Принципи Декларације су: људско достојанство и људска права; добробит и штета; аутономија и лична одговорност; пристанак (сагласност); заштита особа које немају способност пуноважног саглашавања (са медицинским третманом или учешћем у истраживању); поштовање људске угрожености (рањивости) и личног интегритета; приватност и поверљивост; једнакост, правда и правичност; недискриминација и нестигматизација; поштовање културне различитости и плуралитета; солидарност и сарадња; социјална одговорност и здравље; расподела користи; заштита будућих генерација и заштита животне средине, биосфере и биодиверзитета.

Сваки од наведених принципа изражава једну или више вредности које су општеприхваћене као темељ свих биоетичких правила, не само ове, већ и осталих докумената. С обзиром да су универзално прихваћена, о овим правилима говоримо као о принципима; њима се изражавају одређене вредности и правила понашања која су општеприхваћена, јер су корисна за друштво, његов опстанак и развој. Поставши принцип, она су извор нових, конкретнијих правила.

Принципи Декларације су универзални и на њеном су темељу су написани и други биоетички документи. Тако је ова декларација генератор за нова правила којима се најчешће уређује ужа област биоетике или положај човека у одређеном сегменту здравствене заштите. Наведених петнаест принципа нису нови, јер се од њих полазило и у ранијим правним актима, али је њихов домаћај био скромнији. Значај ове декларације произлази из њене универзалности: она даје општи оквир начела и смерница, прихватљив за све државе света, којима треба да се руководе у креирању националне законодавне политике, али и у практичној примени правних аката и других инструмената у области биоетике и биомедицине.

Ратификацијом Декларације, држава се обавезује да спроводи принципе Декларације тако што ће на њима засновати своју правну регулативу у биоетици, да промовише изучавање биоетике, да је популарише у средствима јавног информисања, да едукује становништво о утицају техничко-технолошког и научног развоја на постојеће и будуће генерације и живот на земљи. У циљу надзора над применом биоетичких принципа Декларације, држава треба да подстиче оснивање и рад етичких и биоетичких комитета, као независних и мултидисциплинарних тела. Србија има Национални комитет за биоетику при САНУ.

Биоетичке принципе Декларације треба тумачити повезано, јер неки од њих деле исте вредности. Са друге стране, понекада се примена одређених принципа ограничава или прилагођава околностима конкретног случаја, у коме је потребно дати предност другом принципу, јер одређеном пацијенту

доноси већу здравствену добробит. То нам потврђује нужност прилагођавања принципа конкретном случају да би се вредност, коју принцип изражава, остварила у највећој могућој мери. Уколико у поступку лечења/истраживања треба упоређивати сукобљене вредности, настаје етичка дилема, која је теже решива уколико поредимо вредности припадајуће различитим пацијентима. Право је пацијената на оптималну здравствену негу, али исходи третмана по њихово здравље не морају бити чак ни приближно исти. Што су ресурси оскуднији, избор је тежи: да ли предност дати теже оболелом пацијенту или оном код кога примењена мера пружа боље изгледе на успех? Сваки случај тражи индивидуалан приступ и ту нема припремљених решења, али ће одлучивање бити лакше уколико се следе принципи Декларације.

Многи од принципа Декларације уобличени су тек после II светског рата. Пример је принцип (информисаног) пристанка, који је напредовао од патерналистичког поимања до савременог (аутономистичког³⁶), по коме је лекар пацијентов саветник у доношењу одлуке о третману и помаже му својим стручним знањем. Одлуку доноси пацијент и лекар је дужан да је поштује и да уважи вредности на којима је пацијент засновао (*salus et voluntas aegroti suprema lex est*). Поштујући пацијентову одлуку, лекар поштује и аутономију његове воље, право на самоодређење, избор и самоодлучивање, речју – достојанство свог пацијента. Ови етички императиви су изражени у неколико принципа Декларације: поштовање људског достојанства и људских права (чл. 3); пристанак (чл. 6); уважавање људске угрожености (рањивости) и личног интегритета (чл. 8); приватност и поверљивост (чл. 9) и културна различитост и разноврсност (чл. 12).

Лекар је дужан да уважава пацијентове моралне вредности, али шта ако се неповредивоост пацијентовог интегритета и аутономије у одлучивању сукобљава са лекаревом основном дужношћу да не штоди свом пацијенту (*primum nil nocere*)? Свака медицинска интервенција, чак и она рутинска, носи одређени ризик, који се не може предвидети или савладати чак и ако је лекар поступао са потребном пажњом (пажња доброг стручњака) и по правилима струке (*lege artis*). Остварење ризика значи повреду пацијента (погоршање здравља), због чега се лекар често налази у дилеми да ли да обави захват или да од њега одустане, због могућих неповољних последица. Лекареву дилему појачава изложеност професионалној одговорности, чак и за поступке изведене у складу са добром лекарском праксом. Да би донео одлуку или саветовао пацијента, лекар треба да упореди очекивану корист од интервенције са њеним могућим ризицима, и обави захват уколико корист претеже над штетом. Лекарева процена ограничава аутономију пацијента, а вредности којима се

36 Х. Мујовић Зорнић, „Појам и развој пацијентових права“, *Пацијентова права у систему здравства; Србија и европске перспективе* (зборник радова), Институт друштвених наука, Центар за правна истраживања, Београд, 2010, стр. 11.

лекар руководи у процени изражене су принципима: корист и штета (чл. 4); забрана дискриминације и стигматизације (чл. 11); заштита животне средине, биосфере и биодиверзититета (чл. 17).

Правичност у доступности здравствене заштите и расподела средстава, изражена у чл. 15. Декларације, представља још једно могуће ограничење пацијентове аутономије. Напредак у медицини увећава трошкове здравствене заштите до те мере да одређене особе, или читава група људи, нису у стању да себи приуште ни основну здравствену заштиту. Финансијска немогућност сношења трошкова лечења намеће проблем остваривања правде у здравственом систему и тражи адекватно решење којим би се омогућила здравствена заштита свима којима је потребна, под једнаким и правичним условима, и правична расподела оскудних ресурса. Међународна заједница апелује и на правично учешће свих у добробити која произађе из било којег научног истраживања, свесна опасности којој су изложене неразвијене или државе у развоју. Разлике у економској снази и развијености не смеју да буду разлог искључивања ових држава (чији буџети не могу довољно да подрже научноистраживачки рад), већ подстицај економски снажним државама да омогуће коришћење својих научних иновација свима, без дискриминације. Моралне дилеме које намећу разлике у економској развијености земаља решавају се на основу принципа: правда, правичност и једнакост (чл. 10); забрана дискриминације и стигматизације (чл. 11); поштовање културне различитости и разноврсности (чл. 12); солидарност и сарадња (чл. 13); социјална одговорност и здравље (чл. 14); учествовање у расподели добити (чл. 15); заштита будућих генерација (чл. 16) и заштита животне средине, биосфере и биодиверзититета (чл. 17).

Нашу моралну обавезу, поред обавезе да другима не чинимо зло, представља и обавеза да помажемо другима. Учинити најбоље за здравље пацијента одувек је била основна етичка заповест за лекаре, али у савременој медицини се здравствена добробит не процењује искључиво са позиције лекара. Предност има пацијентова процена, а она није вођена само медицинским разлозима, већ и чиниоцима из породичног, социјалног или радног окружења пацијента. *Primum nil nocere* добија нову, савремену интерпретацију: учинити све што је у интересу пацијентовог здравља, али на непатерналистички начин. Изражавају је принципи: добробит (корист) и штета (чл. 4); заштита пацијентата који нису способни да дају пристанак (чл. 7) и равноправност, правда и правичност (чл. 10).

Правни акти регионалног значаја и примене – Европска унија

У овом делу размотрићемо рад органа Европске уније на усклађивању националних активности држава-чланица у области биоетике и пацијентових права.

Еволуција и напредак биоетике и здравствене политике у Европској унији пре свега је у надлежности држава чланица ЕУ. Последње деценије XX века ипак су донеле неке промене: органи Уније, пре свих Савет Европе, постају заинтересовани за утврђивање минималног нивоа здравствене заштите (на коју има право сваки пацијент, без обзира у којој држави се лечи) и формулисање одређених стандарда у креирању и спровођењу здравствене политике, обавезујућих за чланице ЕУ. Говоримо о *глобализацији права*, као последици опште глобализације у свету.³⁷

Јединствену здравствену политику ЕУ највише опредељују четири чиниоца: покретљивост пацијената и медицинских посленика (грађани ЕУ могу да користе здравствене услуге у било којој држави чланици); развој нових технологија, посебно у области биотехнологије и медицинске опреме; слободна трговина на јединственом европском тржишту; повећање броја националних правних прописа у области здравља (нпр., правно уређење контроле пушења, управљање здравственим кризама, попут епидемија, пандемија, САРС-а, птичјег грипа или дечје гојазности).

У разматрању европске здравствене политике, неизбежно је поћи од чињенице да је Унија настала као економска заједница, ради остварења заједничких економских интереса њених чланица, тако да јединствена економска политика и интереси тржишта одређују и начин на који ће она спроводити своју политику у свим сегментима у којима су чланице повезане истим интересима. Данас се говори о европском здравственом тржишту (*European market for health*), у смислу успостављања, за све државе чланице, заједничког и јединственог оквира права и обавеза учесника у здравственом систему, најчешће обавезујућег карактера.³⁸ Европска унија је прогласила заштиту и унапређење здравља значајним сегментом своје политике и законодавне активности (чл. 168 Уговора о ЕУ прописује обавезу *управљања заштитом здравља*).³⁹

Здравствена политика ЕУ осмишљена је као допуна националним политикама у овој области. Не замењује их, већ утврђује минимум стандарда, правила или смерница којима се побољшава јавно здравље и спречавају болести и заразе. Државе чланице су прихватиле тзв. *right-based approach*, приступ здрављу и креирању здравствене политике са аспекта права која припадају учесницима здравственог система, посебно пацијенту. Једно од основних пацијентових права у ЕУ је право на доступност здравствене заштите високог нивоа, без

37 J. K. Mason, G. T. Laurie, *Mason and McCall Smith's Law and Medical Ethics*, Eight Edition, Oxford University Press, New York, 2011, стр. 48-49.

38 *Ibid*, стр. 49.

39 Члан 168 Уговора (Treaty on the Functioning of the European Union, Official Journal of European Union, C 115).

дискриминације,⁴⁰ чиме се спроводи једно од основних начела Универзалне декларације о биоетици и људским правима – забрана дискриминације, али и принципи правде, правичности и једнакости.

Европска здравствена политика је уобличавана под јаким утицајем искустава из II светског рата и поука из суђења ратним злочинцима у Нирмбергу. Научене лекције посебно су видљиве у прокламовању неприкосновености људског достојанства. Од ове прокламације полази се у уређењу положаја пацијента у свим сегментима здравственог система, а она је видљива и у постављању етичких граница биомедицини, ради спречавања неповољног утицаја на човека, биљни и животињски свет.⁴¹

Претенциозна је тврдња да су чланице Уније постигле сагласност у свим питањима здравствене политике. Овде, више него у било којој другој области заједничког рада, консензус је отежан националним разликама у социјалној, културној, верској, правној и економској области. Тешко је, нпр., постићи договор о праву на активну еутаназију, јер се став друштва према допуштености лекару да олакша патње умирућем или тешко болесном пацијенту формира претежно под утицајем верских осећања и цркве. Еутаназија је декриминализована у Холандији, Белгији и Француској (реакција на случај *Humbert* из 2005), али је забрањена у Италији, Шпанији и Пољској, у којима је јак утицај Католичке цркве. Исто се дешава и са легализацијом права на абортус, правним уређењем вештачке оплодње, права нежељеног или детета рођеног са тешким деформитетима да тужи лекара или родитеље због рођења са хендикепом или због несрећног живота (*wrongful life* и *wrongful birth*).⁴²

Данас се јединствена европска здравствена политика, са променљивим успехом, спроводи у областима: утврђивања права пацијената⁴³; утврђивања стратегије на основу које ће државе чланице креирати националну здравствену политику (утврђује се минимални ниво здравствене заштите, на који има право сваки грађанин ЕУ); правног уређења одређеног сектора здравствене заштите или научног истраживања (установљавањем добре лекарске праксе у спровођењу

40 Чланови 2 и 8 Европске повеље о пацијентовим правима, European Charter of Patients' Rights (Basic Document), Рим, новембра 2002..

41 В., т. 14 и 15 Преамбуле Конвенције СЕ о људским правима и биомедицини.

42 Различито правно уређење важних права у области здравља утицала су на појаву тзв. медицинског туризма, где пацијенти траже здравствену услугу у другој држави чланице, јер им у њиховој земљи није правно допуштена (нпр., абортус) или се обавља мање квалитетно или скупље. Државе нерадо покривају трошкове лечења својих држављана у иностранству, јер то смањује јавне приходе, па настоје да их административним препрекама усмере на лечење у земљи, осим ако се тако смањују листе чекања. Обављена истраживања показују да се мали број пацијената одлучује да здравствену услугу потражи изван матичне земље управо због сложене процедуре добијања дозволе. По ставу Европског суда правде, тиме се повређује право грађана ЕУ на слободно кретање. В., Ј. К. Mason, G. T. Laurie, стр. 51.

43 Х. Мујовић Зорнић, нав. дело, стр. 30-34.

клиничких истраживања на производима намењеним људској употреби или истраживања са људским испитаницима, уређењем области трансплантације и донирања органа, ткива и ћелија, употребе људске крви и плазме); уређење фармацеутске делатности, посебно тзв. интернет фармације; обједињавање здравствених података грађана ЕУ у једну електронску базу података, којом се омогућава брз увид у здравствени картон пацијента, без обзира где се лечи.

Посебну област интересовања представља област биотехнологије и биомедицинских истраживања. У овој области је Савет Европе усвојио неколико значајних правних докумената, којима се постављају етички стандарди, заправо услови, под којима треба да се врши научноистраживачки рад са учешћем људских испитаника. Поштовање ових принципа омогућава одрживи развој науке – највећу добробит за друштво, уз најмање штетног утицаја на садашње и будуће генерације.

Истичемо *Конвенцију за заштиту људских права и достојанства у вези са применом биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини Савета Европе*⁴⁴ из 1997., која са пет додатних протокола (о биомедицинском истраживању, клонирању, трансплантацији, људском ембриону и фетусу и људској генетици⁴⁵), изражава суштину европског погледа на развој биомедицине, без непожељних импликација по човека. Примена Конвенције и њених протокола под сталним је надзором; државе чланице су обавезне да периодично извештавају о њеној примени кроз националне прописе. Значај и снагу Конвенције додатно обезбеђује Европски суд за људска права, који може дати саветодавно мишљење о тумачењу одредаба Конвенције, на захтев државе чланице или биоетичког комитета, док је на захтев Генералног секретара Савета Европе, овлашћен да од држава чланица затражи додатни извештај о имплементацији Конвенције и евентуалним проблемима у њеној примени.⁴⁶

Европска комисија је оформила и посебно саветодавно тело за етичка питања и етичке аспекте утицаја на здравље и животну средину научних достигнућа и нових технологија. То је *Европска група за етику у науци и новим технологијама*, која помаже у припреми правних аката органа ЕУ у пољу здравствене заштите, прати развој медицине и науке и о томе обавештава јавност. На основу њених извештаја могу се идентификовати утицаји различитих интересних група, које, финансирањем одређеног истраживања, стичу и

44 Convention for the Protection of the Human Rights and Dignity of the Human Being with Regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine (ETS No. 164), Овиједо, 1997, ступила на снагу 1. децембра 1999., доступна на: <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Html/164.htm>.

45 The Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings (1998); The Additional Protocol on Organs and Tissues of Human Origin (2002); The Additional Protocol on Biomedical Research (2005); The Additional Protocol concerning Genetic Testing for Health Purposes (2008).

46 X. Мујовић Зорнић, нав. дело, стр. 32.

могућност одређивања праваца биотехнолошког развоја. Група истиче да друштво нема довољно увида нити контроле над утицајем научног напретка на друштво, а нема их ни Европски парламент, једино изборно тело Уније.⁴⁷

Закључак

Научни напредак, пре свега медицине као примењене научне дисциплине чија су достигнућа непосредно корисна за живот и здравље појединаца, суочио је друштво са новим етичким дилемама и проблемом да ли научном напретку треба поставити границе, па, ако је одговор потврдан, где оне треба да буду и зарад којих (пречих) интереса.

Етичке дилеме су бројне (да ли је и када лекару дозвољено да ускрати третман спасавања тешко оболелог или умирућег пацијента, треба ли легализовати добровољну еутаназу или омогућити комерцијално располагање органима ако се тиме повећава доступност трансплантибилних органа и број пацијената спасених трансплантацијом, да ли треба дозволити да научници стварају ембрионе искључиво у експерименталне сврхе, имају ли родитељи право избора пола детета), а њихово решавање зависи од преовлађујућег менталитета чланова заједнице, њихових религијских, моралних и културних схватања. Чини се да пресудну улогу има увиђање да, у зависности од тога како се користе, научна достигнућа могу бити од неспорне користи за људско друштво, али и потенцијално опасна за најзначајније човекове вредности, и да је потребно ову област правно уредити. Регулатива треба да буде одмерена: са једне стране, да заштити човекова најзначајнија добра, а са друге да не спута истраживачки дух и визионарство научника, јер су њихови напори најчешће вођени дубоко хуманим мотивима.

Уколико погледамо добра која треба да буду предмет правне заштите – живот, аутономија, достојанство и интегритет, видећемо да су права на њима гарантована у форми личних права, заштићених националним прописима и међународним актима о основним људским правима. Ова заштита је општа, јер човека штити у свакој области живота и рада, што је недовољно уколико је појединац пацијент или испитаник у научном огледу. Након II светског рата,

⁴⁷ У оквиру програма јавног здравља, Европска комисија је 2005. г. позвала на идентификовање проблема у пољу генетског тестирања како би се утврдили стандарди добре праксе за примену ове технике, прихватљиви у свим државама чланицама ЕУ. Повод овој иницијативи били су случајеви злоупотребе генетских података у запошљавању или осигурању и дискриминације појединаца по овом основу, након чега су неке земље, попут САД, законом забраниле генетску дискриминацију (The Genetic Nondiscrimination Act, 2007). Један од исхода ове јавне расправе је усвајање додатног протокола уз Овиједо конвенцију (Additional Protocol concerning Genetic Testing for Health Purposes), чијим се чл. 4 забрањује сваки облик дискриминације или стигматизације појединаца или група по основу генетских особина и налаже предузимање потребних мера да се оне спрече.

интернационализацију људских права пратила је и интернационализација моралних дилема са којима се лекари и истраживачи сусрећу у свакодневном раду. Показало се неопходним постојање етичких принципа као стандарда на основу којих се има одлучивати шта је од, у науци могућег, истовремено и морално допуштено, како употребити знање у човекову корист и његов опстанак на земљи.

Превасходно усмерена на вредности у односу лекар-пацијент и етику добре лекарске праксе, медицинска етика није у стању да обухвати и дилеме о последицама научно-технолошког развоја. У том контексту родила се биоетика, облик примењене етике у којој се промишљају етички принципи за усмеравање развоја науке у правцу највеће добробити за садашње и будуће генерације. Теме којима се баве биоетичари имају наглашену јавну и друштвену димензију, јер заједница жели да учествује у одређивању приоритета и праваца научног развоја, а понајвише у одређивању граница прихватљивог поступања свих субјеката, били они истраживачи, научници, лекари, пацијенти, испитаници, па и сама држава. У том додиру науке са свакодневним животом, створен је простор за правну интервенцију, националну и интернационалну, зато што има истраживачких подухвата у којима учествују научници и испитаници из различитих делова света и зато што корист од научног развоја треба да је свима доступна. Правни акти УНЕСКО-а, Светске медицинске организације, Савета Европе и других тела ангажованих на утврђивању стандарда добре клиничке праксе, најчешће немају правну санкцију, али то не умањује њихов значај. Снага им је у ауторитету тела која су их усвојила, увиђању истраживача да су користан водич у решавању моралних дилема и бољем разумевању разлога због кога је понекада потребно да наука устукне пред значајем заштићене вредности (живот, аутономија, достојанство, интегритет), али и заинтересованости друштва да учествује у креирању оквира у коме су могући и одрживи развој и научни напредак.

Резиме

Научни напредак, пре свега медицине као примењене научне дисциплине чија су достигнућа непосредно корисна за живот и здравље појединаца, суочио је друштво са новим етичким дилемама и проблемом да ли научном напретку треба поставити границе, где их поставити и зарад којих (пречих) интереса.

Етичке дилеме су бројне, а њихово решавање зависи од преовлађујућег религијског, моралног и културног контекста у коме се оно одвија. Чини се да пресудну улогу има увиђање да, у зависности од тога како се користе, научна достигнућа могу бити од неспорне користи за људско друштво, али и потенцијално опасна за најзначајније човекове вредности, и да је потребно ову област правно уредити. Регулатива треба да буде одмерена: са једне стране,

да заштити човекова најзначајнија добра, а са друге да не спута истраживачки дух и визионарство научника, јер су њихови напори најчешће вођени дубоко хуманим мотивима.

Предмет правне заштите су живот, аутономија, достојанство и интегритет, и на њима су права већ гарантована у форми личних права, заштићених националним прописима и међународним актима о основним људским правима. Заштита је општа, јер човека штити у свакој области живота и рада, што је недовољно уколико је појединац пацијент или испитаник у научном огледу. Након II светског рата, показало се неопходним постојање етичких принципа као стандарда на основу којих се има одлучивати шта је од, у науци могућег, истовремено и морално допуштено, како употребити знање у човекову корист и његов опстанак на земљи.

Биоетика, као облик примењене етике, промишља етичке принципе за усмеравање развоја науке у правцу највеће добробити за садашње и будуће генерације. Теме којима се баве биоетичари имају наглашену јавну и друштвену димензију, јер заједница жели да учествује у одређивању приоритета и праваца научног развоја, а понајвише у одређивању граница прихватљивог поступања свих субјеката, били они истраживачи, научници, лекари, пацијенти, испитаници, па и сама држава. У том додиру науке са свакодневним животом, створен је простор за правну интервенцију, националног и интернационалног карактера. Интернационализацију биоетике обележиле су активности УНЕСКО-а, Светске медицинске организације, Савета Европе и других тела ангажованих на утврђивању стандарда добре клиничке праксе. Њихове декларације, смернице или препоруке најчешће немају правну санкцију, чиме им значај није умањен. Снагу црпе из ауторитета тела - својих доносилаца, увиђања истраживача да су користан водич у решавању моралних дилема и бољем разумевању разлога због кога је понекада потребно да наука устукне пред значајем заштићене вредности (живот, аутономија, достојанство, интегритет), али и заинтересованости друштва да учествује у креирању оквира у коме су могући и одрживи развој и научни напредак.

Ivana Simonović, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

**BIOETHICS AND HUMAN VALUES:
Exercise and Protection of Ethical Principles and Individual Rights in Medicine**

Summary

Taking into consideration the huge prospects of scientific knowledge in medicine, the legal public has been given a responsible task to determine the legal framework for scientific development, particularly in terms of participation of human respondents in experimental projects. There is a general interest of the social community to have an insight into the methodology of scientific research processes, which is based on the awareness that prescribing conditions and standard procedures for the participation of human beings in experiments ensure the priority of interests and safeguard the general welfare of individuals in relation to the scientific imperatives. The legal regulation of this area of medicine is also useful for medical professionals and scientists given the fact that such regulation points out to the significance of the protected value whereas the provided legal or ethical rule brings about a possible solution to social problems and resolves the dilemma which scientific developments are also morally acceptable.

In this paper, the author has attempted to point out to the social values and personal rights of an individual which enjoy special protection in the field of bioethics. Moreover, the author explores the standards of acceptable behaviour of the participants included in the scientific research activities; these legal standards have been laid down in a number of the UNESCO declarations (primarily in the Universal Declaration on Bioethics and Human Rights), in the legal documents of the World Health Organization (primarily the Helsinki Declaration), and in the legal documents of the Council of Europe which are used as guidelines for the national legislations and judicial practice of the EU Member States in the field of bioethics (primarily the Convention on Human Rights and Biomedicine).

Key words: *personal property, bioethics, UNESCO, scientific research, Universal Declaration on Bioethics and Human Rights, Helsinki Declaration, Convention on Human Rights and Biomedicine*

**ЗАШТИТА ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО ПОВРЕЂЕНОГ
ПРЕКОМЕРНИМ ПОКЛОНИМА У НАШЕМ ПРАВУ
DE LEGE LATA И DE LEGE FERENDA¹**

Апстракт: Право на нужни део може бити повређено прекомерним завештајним располагањима или поклонима које је оставилац чинио за живота. Када до повреде дође, у диспозицији је нужних наследника да ли ће захтевати намирење свог нужног дела. Закон о наслеђивању детаљно регулише редослед корака у поступку заштите нужног дела, као основно правило дефинишући да се нужни део најпре намирује из завештајних располагања, а ако њихова вредност није довољна, и из поклона. У раду се разматра начин намирења нужног дела из поклона, када је оно облигационоправног и наследноправног карактера. Аутор настоји да кроз критичку анализу законских решења у погледу улоге поклона у повреди и намирењу нужног дела, пружи одговоре на нека спорна питања која су као таква у раду идентификована, и да изнесе неке нове идеје у погледу начина намиривања нужног дела из поклона *de lege ferenda*.

Кључне речи: нужни део, поклони, завештање, повреда, заштита нужног дела.

Увод

У животној свакодневици неретко бива да добротним правним пословима оставилац располаже својом имовином, односно заоставштином, на начин којим угрожава интересе неких њему блиских лица. Когентним нормама које регулишу наследноправне односе, у правима европскоконтиненталног

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.

круга, установом нужног дела постављене су границе слободи бесплатно располагања имовинским правима.² Према се појам нужног дела формирао се првенствено „као антитеза потпуне слободе тестаментарног располагања имовином од стране оставиоца“,³ и представља „садржински најефикасније ограничење слободе тестирања“,⁴ савремена права установом нужног дела у мањој или већој мери ограничавају и слободу добротиних располагања оставиоца правним пословима *inter vivos*.⁵

Законске норме које уређују нужно наслеђивање прецизирају начин и редослед намирења нужног дела из оставиочевих добротиних располагања. Иако се нужни део првенствено намирује из завештајних располагања, па тек потом из поклона, законодавац поклонима придаје значајну пажњу, дефинишући њихов утицај на повреду нужног дела и правне путеве намирења нужног наследника из поклоњених добара

У овом раду пажњу ћемо усмерити ка проучавању правне заштите нужног дела повређеног поклонима, како је види наш законодавац, домаћа судска пракса и теорија. Критички анализирајући постојећа решења, настојећемо утврдити има ли места њиховом побољшању, и у том смислу изнећемо идеје о правцима њиховог преобликовања, у циљу успостављања адекватног баланса између заштите интереса нужних наследника са једне, и интереса поклонопримаца, са друге стране.

2 Видети нпр.: чл. 913-930 Француског грађанског законика (*Code Civil*, даље: *CC*), §2303-2345 Немачког грађанског законика (*Bürgerlichen Gesetzbuches*, *RGBl. S. 195*; даље: *BGB*), §762-796 *Аустријског грађанског законика* (*Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*, *JGS Nr. 946/1811*; даље: *ABGB*), чл. 27-47 *Закона о наслеђивању Црне Горе* („*Službeni list CG*», бр. 74/2008), чл. 30-50 *Закона о наслеђивању Хрватске* („*Narodne novine*“, бр. 48/03), чл. 25-45 *Закона о родовању Словеније* („*Uradni list SRS*“, бр. 15/76, 23/78, „*Uradni list RS*“, бр.17/91-*ZUDE*, 13/94-*ZN*, 40/94 *Odl. US*, 82/94-*ZN-B*, 117/00 *Odl. US*, 67/01, 83/01-*OZ*), чл. 30-49 *Закона за наслеђивање Македоније* („*Сл. весник на РМ*“, бр. 47/96).

3 Б. Марковић, *Закон о наслеђивању – са објашњењима и напоменама*, Београд, 1955, стр. 113.

4 О. Антић, *Слобода завештања и нужни део*, докторска дисертација, Београд, 1983, стр. 19.

5 У том смислу треба схватити и одредбу чл. 40 ст. 1 *Закона о наслеђивању Републике Србије* („*Сл. гласник РС*“, бр. 46/1995 и 101/2003 – у даљем тексту: *ЗОН*) којом се нужни део дефинише као онај део заоставштине којим оставилац није могао располагати. Сагледано у контексту осталих норми које уређују нужно наслеђивање, под заоставштином се овде сматра тзв. обрачунска вредност заоставштине, чије је израчунавање регулисано чл. 48, док појам „располагање“ инкорпорира завештајна располагања и поклоне.

УКРАТКО О ПОВРЕДИ ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО

Нужни део може бити повређен делимично или у потпуности само завештајним располагањима, кумулативно и завештајним располагањима и поклонима, или само учињеним поклонима.

Да би се утврдило постојање повреде нужног дела, мора се најпре приступити израчунавању обрачунске вредности заоставштине (ОВЗ). Величина нужног дела одређује се од законског дела сваког нужног наследника, у облику разломка,⁶ а његова вредност изражава се у утврђеном проценту од обрачунске вредности заоставштине.

Према слову закона, нужни део је повређен ако је вредност завештајних располагања и поклона учињених нужном наследнику, или лицу уместо кога он долази на наслеђе, мања од вредности нужног дела.⁷ Овакво одређење непотпуно је и недовољно прецизно. Оно несумњиво апсорбује ситуацију када нужни наследник ништа није добио од оставиоца, који је бесплатним правним пословима *inter vivos* или *mortis causa* располагао својим имовинским правима.⁸ Међутим, нужни део не мора бити повређен чак ни када нужни наследник ништа бестеретно није стекао од оставиоца, ако је вредност заоставштине довољна да може бити намирен у виду законског наследног дела.⁹ Осим тога, у случају када је оставилац наложио да се нужном наследнику у наследни део не урачунавају поклони и испоруке,¹⁰ оне неће бити узете у обзир при утврђивању постојања повреде нужног дела, без обзира на њихову вредност, те ће се сматрати да је нужном наследнику повређен нужни део.¹¹ Повреде нужног дела нема ни у случају када је нужни наследник дуговао оставиоцу вредност једнаку или

6 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.

7 Видети: чл. 42 ЗОН. При томе, није од значаја да ли је нужни наследник намирен као поклонопримац, завештајни наследник или испорукопримац, као институт или супститут, или му је нужни део намирен прираштајем наследног дела завештајног наследника који неће или не може да наследи.

8 У том правцу упућују се критике оваквој формулацији због њене непотпуности. Видети: Н. Стојановић, Како се остварује и штити право на нужни део, повређено прекомерним завештајним располагањима и учињеним поклонима, „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, тематски зборник радова, Ниш, 2009, стр. 164.

9 У том смислу: Д. Ђурђевић, Институције наследног права, Београд, 2010, стр. 231.

10 Видети: чл. 67-69 ЗОН.

11 Тако и: О. Антић, З. Балиновац, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 228. Нужни наследник задржаће вредност поклона и испорука само уколико њима није повређен нужни део осталих нужних наследника.

већу од вредности његовог нужног дела, у случају постојања захтева осталих санаследника да му се у наследни део урачуна оно што је оставиоцу дуговао.¹² Са друге стране, завешталац може нужном наследнику завештати аликвотни део заоставштине који процентуално одговара или је већи од висине нужног дела, посматрано у односу на активу заоставштине, а да и поред тога нужни део не буде подмирен. Таква ситуација постојаће када је услед учињених поклона другим лицима, вредност добијеног дела заоставштине мања од вредности нужног дела.

Повреда нужног дела, дакле, постоји када нужни наследник ни као завештајни наследник, ни као испорукопримац или поклонопримац, нити кроз законски наследни део, не добије део обрачунске вредности заоставштине који вредносно одговара величини његовог нужног дела, осим у случајевима када је оставилац наредио да се нужном наследнику у наследни део не урачунавају испоруке и поклони чија је вредност једнака или већа од нужног дела, и када је вредност дугова нужног наследника према оставиоцу једнака или већа од нужног дела.¹³ Сматрамо да је у том смислу потребно кориговати одредбу чл. 42 ЗОН-а, како би се прецизније дефинисало када повреда нужног дела постоји.

ПОВРЕДА ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО ПОКЛОНИМА

Нужни део може бити повређен само оним добротиним располагањима чија се вредност узима у обзир приликом израчунавања обрачунске вредности заоставштине, као основице за вредносно исказивање нужног дела. Добротина давања која се не урачунавају у ову рачунску категорију, када год да су учињена, нису основ повреде нужног дела, нити се из њих нужни део може намирити.

Када је о поклонима реч, ЗОН предвиђа да у обрачунску вредност улазе поклони учињени било када током живота законским наследницима, без обзира у ком се наследном реду налазе, да ли хоће или могу да наследе, као и поклони учињени трећим лицима у последњој години живота.^{14,15} Из одређених правно-политичких разлога, нека оставиочева добротина давања изузета су из

12 Арг. из чл. 74 ЗОН.

13 Упор. В. Ђорђевић, Наследно право, Ниш, 1997, стр. 289. Треба приметити да ће повреда нужног дела постојати и када је оставилац са нужним наследником, као даваоцем издржавања, закључио уговор о доживотном издржавању, којим је располагао тачно наведеним имовинским правима (без обзира на њихову вредност), а преосталим делом имовине бесплатно располагао у корист других лица. Овакав закључак произлази из чињенице да је нужни наследник-давалац издржавања стекао имовинска права на основу теретног правног посла, као сингуларни, а не универзални сукцесор, те је бестеретним располагањима оставиоца остао ускраћен за нужни део.

14 Видети: чл. 48 ст. 3 ЗОН.

15 Члан 50 ЗОН дефинише да се под поклоном сматра свако одрицање од права, па и одрицање од наслеђа у корист санаследника, отпуштање дуга, оно што је оставилац за живота

прирачунавања у обрачунску вредност заоставштине: добра стечена уговором о уступању и расподели имовине за живота, поклони учињени у добротворне и друге општекорисне сврхе, мањи уобичајени поклони, као ни вредност коју је оставилац утрошио на издржавања и школовање законских наследника.¹⁶

Нужни део бива повређен оним добротворним правним пословима чија вредност превазилази тзв. расположиви део заоставштине. Приликом одређивања о којим се то правним пословима ради, као примарни критеријум није узета вредност располагања, мада она свакако није без значаја, већ врста правног посла и моменат од када он производи дејство. Због тога се може догодити да нужни део буде повређен и у потпуности намирен из располагања мање вредности, а да располагања која су по вредности већа не дођу под удар закона, ако су била у границама расположивог дела заоставштине.

Првенствено, нужни део бива повређен завештајним располагањима. Полази се, наиме, од тога да се нужни део вређа по дејству најдоцнијим бесплатним правним пословима. Како је завештање правни посао *mortis causa*, завештајна располагања увек се сматрају последњим добротворним располагањима. Нужни део биће повређен и поклонима када поред завештајних располагања и вредност поклона премаша расположиви део. У том случају поклони (један или више њих) учествују у повреди нужног дела само у мери у којој се крећу ван граница расположивог дела заоставштине.

Нужни део може бити повређен и само поклонима које је оставилац чинио. Таква могућност постоји када оставилац није сачинио завештање, или је утврђено да је сачињено завештање неважеће; када су повериоци оставиоца, који имају првенство у намирењу, наплатили своја потраживања из завештајних располагања,¹⁷ као и у ситуацији када је завештањем неком од нужних наследника остављена вредност мања или једнака вредности његовог нужног дела, у ком случају се преостали нужни наследници не могу намирити, ни делимично, из таквих завештајних располагања.

По правилу, нужни део неће бити повређен свим поклонима који улазе у ОВЗ. За разлику од завештајних располагања која, без обзира на број завештања, имају идентичан третман, код поклона је ситуација другачија. Наиме, нужни део најпре бива повређен последње учињеним поклонима (а то ће редовно бити *donatio mortis causa*), и тако редом обрнутим редоследу чињења поклона. Нужни део може бити повређен свим учињеним поклонима само када је вредност доцније учињених поклона недовољна за намирење

дао наследнику на име наследног дела или због оснивања или проширења домаћинства, или обављања каквог занимања, као и свако друго бестеретно располагање.

16 Видети: чл. 49 ЗОН.

17 Арг. из чл. 41 ст. 1 ЗОН.

нужног дела, те ће се нужни део у том случају делимично намирити (допунити) и из вредности најраније учињеног поклона који улази у ОВЗ.

ЗАШТИТА ПРАВА НА НУЖНИ ДЕО ПОВРЕЂЕНОГ ПРЕКОМЕРНИМ ПОКЛОНИМА

Путеви и начини остваривања и заштите права на нужни део бројни су и различити.¹⁸ Правне механизме који стоје нужном наследнику на располагању диктирају околности конкретног случаја, као и чињеница да ли је до повреде нужног дела дошло, или само прети опасност да до ње дође.

Када постоји опасност да нужни део буде повређен услед чињења поклона, нужни наследник, коришћењем различитих правних средстава, може не само исходити намирење нужног дела, већ добити и читав законски наследни део. То се може постићи урачунавањем поклона у законски наследни део¹⁹ и нужни део,²⁰ доказивањем неважности једног или више учињених поклона,²¹ а Преднацрт Грађанског законика Републике Србије предвиђа и могућност опозива поклона од стране наследника због грубе незахвалности поклонопримца.²²

Када је нужни део повређен, у диспозицији нужног наследника је да ли ће своје право реализовати, истицањем захтева у законом омеђеним временским

18 О различитим правним средствима за остваривање и заштиту права на нужни део детаљно: С. Марковић, *Наследно право*, Београд, 1981, стр. 208-222; С. Сворцан, *Наследно право*, Крагујевац, 2006, стр. 183-190; Н. Стојановић, *Наследно право*, Ниш, 2011, стр. 172-187.

19 Детаљно о овом институту: В. Ђорђевић, *Урачунавање поклона и легата (Collatio Voporum) у наследни део*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 16/1976, стр. 339-351.; Н. Стојановић, *Остваривање и заштита права на нужни део урачунавањем поклона и испорука у законски наследни део и нужни део*, Тематски зборник радова „Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије“, Ниш, 2008, стр. 242-246; Н. Стојановић, *Collatio Voporum у савременом праву*, *Правни живот*, бр. 11/2008, стр. 389-410;

20 О урачунавању поклона и испорука у нужни део више: Задор, Андрија, *Урачунавање у нужни део поклона у новцу*, Гласник адвокатске коморе Војводине, 1956; Н. Стојановић, *Остваривање и заштита права на нужни део урачунавањем поклона и испорука у законски наследни део и нужни део*, стр. 246-248.

21 Разлози ништавости правног посла предвиђени су чл. 47, 52, 66, 70 и 103 Закона 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). Разлози за поништај рушљивог уговора о поклону предвиђени су у чл. 111 у вези са чл. 56 и у чл. 60-65 ЗОО.

22 Видети: чл. 671 Преднацрта Грађанског законика. Текст је доступан на интернет страници: <http://www.mpravde.gov.rs/cr/articles/zakonodavna-aktivnost/gradjanski-zakonik>. Посета сајту: 05. 11. 2012.

границама.²³ С обзиром да тренутком делације нужни наследник *ipso iure* стиче право на нужни део, истицање и остварење захтева не представља претпоставку, већ последицу стицања права на нужни део.²⁴ Међутим, ако крене путем побијања оставиочевих лукративних располагања, односно наплате новчане противвредности нужног дела, редослед корака које нужни наследник мора предузети законом је одређен.²⁵

Правила у погледу редоследа намирења нужног дела из доброчиних располагања оставиоца дефинише, дакле, законодавац. Сва бесплатна располагања немају једнак третман, већ се успоставља принцип следореда, у том смислу да се нужни део најпре намирује из завештајних располагања, уколико постоји пуноважно завештање, а тек уколико вредност завештајних располагања није довољна, под удар закона доћи ће и поклони.²⁶ Правила о редоследу важе и када се у једној особи стичу поклонопримац и завештајни наследник, као и у ситуацији када је једном лицу у различитим временским интервалима оставилац учинио више поклоне.

Ако завештања нема, или се из завештајних располагања не могу намирити нужни наследници, повређени нужни део биће намирен из поклоњених добара редоследом обрнутим од редоследа којим су поклони чињени, односно сразмерно вредности поклоне, ако је више поклоне учињено истовремено.²⁷ Под удар закона долазе само они поклони који су по вредности довољни за подмирење нужног дела, у мери у којој је то неопходно. Тако ће поједини поклонопримци бити дужни да у заоставштину врате или исплате нужном наследнику на име нужног дела целокупну вредност поклоне, док ће остали поклонопримци то учинити само делимично, или уопште неће учествовати у намирењу нужног дела. Кроз овакво привилеговање поклонопримаца који су поклон примили раније, очитује се интенција законодавца да се у што је могуће мањој мери задира у правна стања која су давно заснована.

23 Право да захтева нужни део има само нужни наследник. Од овог правила ЗОН чини један изузетак. У случају када потомак нужни наследник умре у току трајања поступка за расправљање заоставштине не тражећи нужни део, то право прелази на његове наследнике у року од шест месеци од смрти нужног наследника (чл. 60 ст. 2). Критику овог решења видети код: Н. Стојановић, Н. Крстић, Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у праву Републике Србије *de lege lata* и *de lege ferenda*, „Актуелна питања грађанске кодификације“, зборник радова, Ниш, 2008, стр. 227.

24 N. Gavella, V. Belaj, *Nasljedno pravo*, Zagreb, 2008, стр. 228.

25 Слично: *ibid.* стр. 231.

26 Уколико је сачињено више завештања, сва имају идентичан третман, с обзиром да сва производе дејство у моменту делације завештаоца, под претпоставком да касније сачињеним завештањем није опозвано раније.

27 Видети: чл. 56 ЗОН.

За квалификацију да ли је неки поклон млађи или старији, меродаван је моменат када је поклонопримац стекао својину на поклоњеној ствари. Стога ће се поклон за случај смрти увек сматрати последњим поклоном, те ће нужни део првенствено бити намирен из његове вредности.²⁸ Иако и *donatio mortis causa*, као и завештање дејство производи након смрти оставиоца, положај поклонопримца привилегован је у односу на завештајне стицаоце услед чињенице да поклоњена добра не чине саставни део активе заоставштине,²⁹ за разлику од завештајних располагања.³⁰

Поставља се питање да ли оставилац може утицати на редослед намирења између завештајних стицалаца са једне, и поклонопримаца са друге стране, односно да међу поклонопримцима предвиди редослед другачији од законом дефинисаног. Иако у доктрини има различитих мишљења, утисак је да таква могућност не произилази из норми Закона о наслеђивању.³¹ Императивне норме јасно и недвосмислено утврђују редослед поклонопримаца дужника намирења нужног дела, те се овде не може применити аналогија са овлашћењем поговора завештајних наследника или испорукопримаца, које произилази из закона.

У циљу остваривања правне сигурности и извесности у правном промету, законом су предвиђени рокови, по својој природи застарни, у којима се може тражити намирење нужног дела.³² Рокови су објективног карактера, а у зависности од тога којим правним послом је нужни део повређен, почињу тећи од наступања различитих чињеница. Када је до повреде нужног дела дошло завештајним располагањима, нужни део може се тражити у року од три године од проглашења завештања. Када је нужни део повређен поклонима, право на истицање захтева застарева у року од три године од *delatio hereditatis*

28 О дејствима овог правног посла: Н. Стојановић, *Present in Case of Death in our Law, Facta Universitatis, Series Law and Politics*, Vol. 1, 6/2002, стр. 719-726; М. Ђурђевић, Уговор о поклону за случај смрти, *Зборник радова Правног факултета у Новом Саду*, бр. 1/2011, стр. 241-255.

29 У аустријском праву, поклон за случај смрти сматра се саставним делом заоставштине, те сходно томе представља објект из којег се примарно намирују нужни наследници. Д. Ђурђевић, *op. cit.* стр. 239, фуснота 113.

30 У теорији има мишљења да, када се поклоном за случај смрти вређа нужни део, нужни наследник може приговором повреде нужног дела одбити захтев поклонопримца за предајом поклона. *Ibid.* стр. 241.

31 Тако и: Б. Благојевић, *Наследно право у Југославији*, Београд, 1976, стр. 395; Н. Стојановић, *Наследно право*, стр. 182. Супротно: С. Сворцан, *Коментар Закона о наслеђивању*, са судском праксом, Крагујевац, 2004, стр. 129.

32 У теорији и судској пракси постоје и мишљења, са којима се никако не можемо сагласити, да се овде ради о преклузивним, а не застарним роковима. И. Бабић, *Коментар Закона о наслеђивању Републике Србије*, Београд, 2005, стр. 123-124; Одлука Врховног суда Србије, Гзз. 115/94, од 31. 08. 1994. Наведено према: *ibid.* стр. 125.

поклонодавца.³³ Међутим, ако је нужни наследник учествовао у поступку расправљања заоставштине, а пропустио је да истакне захтев за намирењем нужног дела, биће везан правноснажним решењем о наслеђивању, и више неће моћи да тражи нужни део.³⁴

Начин намирења нужног дела, процесна средства која нужним наследницима стоје на располагању, као и последице намирења, значајно се разликују од тога да ли је природа нужног дела облигационоправног или наследноправног карактера.

Намиревање нужног дела као облигационог права

Законска правила о начину одређивања правне природе нужног дела постављена су као *praesumptiones iuris tantum*, и примениће се ако из завештања не следи што друго. У диспозицији завештаоца је, дакле, како ће бити намирен нужни део нужном наследнику.³⁵ Важећим Законом о наслеђивању као законска претпоставка постављено је да нужном наследнику, на име нужног дела, припада одговарајући новчани износ.³⁶ Вредност нужног дела добија се када се обрачунска вредност заоставштине подели са величином појединачног нужног дела сваког нужног наследника.

Нужни наследник најпре се намирује из заоставштине, тачније оног дела заоставштине који преостане након што потраживања оставиочевих поверилаца буду исплаћена. Када нужни део исплаћују завештајни стицаоци, законом је

33 Видети: чл. 58 и 59 ЗОН.

34 Тако и N. Gavella, V. Belaj, *op. cit.* стр. 232, фуснота 47. Једино у случају када су испуњени услови за понављање поступка по правилима парничне процедуре, нужни наследник би у законским роковима могао тражити исплату нужног дела, али у парници, будући да се оставински поступак не може понављати. Видети: чл. 131 Закона о ванпарничном поступку („Сл. гласник СРС“, бр. 25/1982 и 48/1988, „Сл. гласник РС“, бр. 46/1995-др. закон и 18/2005-др. закон. Даље: ЗВП) у вези са чл. 426 Закона о парничном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011).

35 То несумњиво произилази из чл. 43 ст. 3 ЗОН. Трансформација правне природе права на нужни део из облигационоправне у наследноправну могућа је и на основу одлуке суда, када суд нађе да је оправдан захтев нужног наследника да му на име нужног дела припадне одређени део ствари и права из заоставштине (чл. 43 ст. 2 ЗОН). Видети о томе више: N. Gavella, V. Belaj, *op. cit.* стр. 218. Аутори сматрају да одредба у завештању не може променити природу права на нужни део, прописану императивним нормама.

36 Видети: чл. 43 ст. 1 ЗОН. За разлику од важећег закона, у ЗОН-у из 1955. (чл. 32) и ЗОН-у из 1974, као законска претпоставка било је предвиђено да нужном наследнику на име нужног дела припада одређени део сваке ствари и права из заоставштине. Важећи закон определио се за модерниј концепцију правне природе нужног дела. У прилог оваквом решењу могу се изнети бројни аргументи. Видети. О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 231-232; Ј. Видић, Право на нужни део према Закону о наслеђивању Србије, Правни живот бр. 10/2004, стр. 337.

предвиђена солидарна обавеза свих завештајних наследника и непосредних испорукопримаца.³⁷ У случају да вредност завештајних располагања није довољна, или завештање није ни било сачињено, повређени нужни део обезбеђује се из поклона (44 ст. 2 ЗОН). Обавеза поклонопримаца, међутим, није солидарна, нити је сразмерна вредности поклона, већ је у директној зависности од чињенице када је поклон учињен. Вредност, односно допуну нужног дела, најпре ће бити дужан да исплати поклонопримац коме је поклон најкасније учињен, до висине вредности поклона. Уколико тај износ није довољан, допуну нужног дела извршиће онај поклонопримац који је поклоњено добро стекао непосредно пре њега, и тако редом. Одговорност поклонопримаца-нужних наследника омеђена је вредношћу њиховог нужног дела.

Ако су два или више поклона учињена истовремено, поклонопримци ће исплату нужног дела дуговати сразмерно вредности поклона. У таквој ситуацији износ који је дужан сваки поклонопримац исплатити могао би се утврдити формулом:

$$П_1 * X + П_2 * X + \dots + П_n * X = НД$$

где је П вредност поклона, X - проценат од вредности поклона који треба утврдити, а који би сваки поклонопримац био дужан платити, а НД – вредност нужног дела. Унеколико се ситуација компликује када је поклонопримац нужни наследник, с тим што би се тада за вредност поклона који је њему учињен узела само вредност која премаша његов нужни део.

По правилу, нужни наследник свој захтев за намирењем нужног дела истиче у оставинском поступку, давањем позитивне наследничке изјаве усмерене на добијање нужног дела. Тиме се од суда захтева да утврди да је право на нужни део повређено, колика је вредност нужног дела, новчани износ који нужном наследнику треба бити исплаћен до вредности нужног дела (уколико је нужни наследник од оставиоца бесплатно добио одређену вредност) и колики износ је сваки од дужника дужан исплатити.³⁸

Када је нужни део повређен (и) поклонима, нужни наследник може у оставинском поступку истаћи захтев само против оних поклонопримаца који у поступку учествују. Уколико је нужни део повређен поклонима учињеним лицу које није учесник поступка за расправљање заоставштине, захтев против њега може се истаћи само у парници.³⁹ С обзиром да је редослед намирења нужног дела поклоном, самим тим и редослед истицања

37 Видети: чл. 41 ст. 1 ЗОН.

38 Слично: М. Крећ, Ђ. Павић, *Komentar Zakona o nasljeđivanju*, Zagreb, 1964, стр. 127; С. Сворцан, *Коментар...*, стр. 130.

39 Сматра се да, када је очигледно да се нужни део не може намирити од учесника оставинског поступка (завештајних наследника, испорукопримаца и поклонопримаца), нужни наследник може паралелно са оставинским поступком покренути и парницу према

захтева према поклонопримцима, законом установљен, може се догодити да поклонопримац који је дужан исплатити нужни део није учесник оставинског поступка (нпр. треће лице које је поклон стекло у последњој години живота оставиоца), а да остали поклонопримци јесу. У том случају, нужни наследник да би остварио своје право, мора најпре подићи тужбу против поклонопримца који има примарну обавезу за исплату дуга. Ако захтев управи према осталим поклонопримцима, они могу истаћи приговор непоштовања законом утврђеног редоследа за подмирење нужног дела.

Право на нужни део може бити остварено у оставинском поступку уколико међу учесницима поступка постоји сагласност око висине и начина исплате.⁴⁰ Када се међу учесницима поступка јави спор о некој битној чињеници која се тиче права на нужни део, суд ће решењем странке упутити на парницу да спор реше, а по покретању парничног поступка прекинуће поступак за расправљање заоставштине.⁴¹

Уколико новчана вредност нужног дела утврђена решењем о наслеђивању не буде исплаћена, нужни наследник ће своје потраживање моћи да оствари само у парници, будући да решење о наслеђивању, као декларативна одлука, није подобна за принудно извршење. Облигационом тужбом, кондемпнаторног карактера, нужни наследник ће од суда захтевати да утврди право на нужни део (ако није утврђено решењем о наслеђивању) и да се дужници осуде на чинидбу – исплату новчане противвредности нужног дела.⁴² Када се тужба управља против поклонопримаца, тужени је само последњи поклонопримац, а више њих може бити обухваћено једним тужбеним захтевом само ако је очигледно да вредност последњег поклона није довољна за наплату нужног дела. Рок за подизање тужбе је три године од правноснажности решења о наслеђивању, с обзиром да од тог тренутка рок застарелости изнова почиње да тече.⁴³

Када је нужни део повређен само поклонима, а оставински поступак није ни покренут, или је обустављен, нужни наследник ће и према поклонопримцима који су били учесници обустављеног поступка моћи да захтева исплату нужног дела у парници.

Поставља се питање како суд да поступи када поклонопримац према коме је истакнут захтев за исплатом нужног дела, тражи од суда да уместо

поклонопримцима који нису учесници оставинског поступка, а који ће бити дужни да исплате допуну вредности нужног дела. О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 273.

40 Н. Стојановић, *Наследно право*, стр. 185.

41 Видети: чл. 119 ЗВП. Тужба је декларативног карактера, а у улози тужиоца наћи ће се лице које нужном наследнику оспорава право на нужни део. О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 270-271.

42 Ако ни након доношења осуђавне пресуде дужник добровољно не исплати нужни део, он ће бити наплаћен принудним путем у извршном поступку.

43 О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 271-272.

плаћања новчаног износа врати поклон који је стекао? У ЗОН-у нема нормe која регулише овакву ситуацију. Становиште да овакав захтев суд мора прихватити (без обзира на стање покљоњене ствари), изнето у нашој доктрини, сматрамо погрешним.⁴⁴ Таква обавеза за суд не проистиче ни из једне законске одредбе. Прихватање оваквог захтева могло би бити дубоко неправично према нужним наследницима, нарочито када се ради о стварима које су услед дугогодишњег коришћења похабане, оштећене или чак неупотребљиве. Облигациона природа нужног дела законом је утврђена као правило, а одступања су могућа само вољом завештаоца и одлуком суда, али на захтев нужних наследника, никако не и поклонопримаца. Чини нам се да би изузетак могао постојати само у ситуацији када би се са захтевом поклонопримаца сагласио нужни наследник.

У теорији се указује да се проблем око намирења нужног дела може у одређеним ситуацијама нарочито компликовати.⁴⁵ За потребе овог рада указаћемо само на специфичну ситуацију која може настати проналажењем и проглашењем завештања, након што је нужни део исплаћен од стране поклонопримаца. Наиме, може се испоставити да је завешталац завештајним располагањима намирио нужни део нужног наследника, а и када то није случај, проблем постоји са редоследом дужника облигације нужног дела. Сматра се да би у оваквом случају нужни наследник био дужан да поклонопримцу врати износ који му је исплаћен, и да намирење нужног дела захтева од завештајних наследника и испорукопримаца, као лица чија је дужност намирења нужног дела примарна.⁴⁶

Намиривање нужног дела као наследног (стварног) права

Када је право на нужни део наследноправне природе, нужни наследник има положај универзалног сукцесора, у правом смислу те речи – он наслеђује *in natura*, припада му аликвотни део заоставштине, као и осталим наследницима.

У циљу намирења нужног дела сва завештајна располагања, без обзира када су учињена, каква је њихова природа и обим, редукују се у истој сразмери,⁴⁷ осим када завештањем нису привилеговани неки завештајни наследници или испорукопримци.⁴⁸ Уколико се смањењем завештајних

44 С. Сворцан, Коментар..., стр. 129.

45 Детаљно о томе: О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 274.

46 *Ibid.*

47 Видети: чл. 54 ст. 1 ЗОН. О начину спровођења редукације и процентуалном умањењу завештајних располагања када нужном наследнику завештањем није остављено ништа и када му је остављена вредност мања од нужног дела видети: М. Митић, Повреда нужног дела, Правни живот, бр. 12/1955, стр. 8-10.

48 То произилази из чл. 54 ст. 1 *in fine* и ст. 2 ЗОН.

располагања не може намирити нужни део, вратиће се поклони у мери у којој је то потребно, обрнутим редом од редоследа којим су учињени. Поклони учињени истовремено враћају се сразмерно,⁴⁹ према формули коју смо навели. Оставински суд може одлучивати само о враћању поклона који су учињени учесницима оставинског поступка.⁵⁰

Буде ли заштиту свога права на резервисани удео у заоставштини против поклонопримаца морао тражити у парници, нужни наследник ће подићи тужбу (*actio Supletoria*) којом ће побијати поклоне. У том случају, мораће поштовати законом утврђени редослед побијања, те ће тужба бити управљена против последње учињеног поклона, јер нужни наследник нема могућност избора поклона из кога би намирио нужни део.⁵¹ Тужба је кондемпнаторног карактера и њоме се добročина располагања побијају само у мери потребној за обезбеђење нужног дела, а процес реституције зауставља се код оног поклона којим се обезбеђује нужни део. При свему томе, мора се водити рачуна да не дође до вређања нужног дела неког од поклонопримаца чији се поклон враћа.

Када се нужни део намирује из поклона, може доћи до њиховог делимичног или потпуног враћања у заоставштину. До делимичног враћања долази када је вредност поклона већа од вредности потребне за намирење нужног дела, у мери у којој је то потребно да би се нужни део намирио или допунио. Начин на који се врши делимични повраћај поклона зависи од тога да ли је предмет поклона дељива или недељива ствар. Када је предмет поклона дељива ствар, враћа се одговарајући део поклоњене ствари, а уколико је ствар недељива, нужни наследник постаје сувласник на поклоњеној ствари.^{52,53} Уколико учињени поклон целом својом вредношћу превазилази расположиви део заоставштине, поклон ће се у потпуности вратити, и припасти у наследство нужном наследнику који је такав поклон побијао.

Уколико се нужни део враћањем по дејству најдоцнијег поклона не може намирити, у једној тужби могу се кумулирати захтеви и против два (или више)

49 Видети: чл. 56 ст. 2 ЗОН.

50 „Нужни наследник може тражити враћање дара у оставинском поступку само ако је захтјев усмјерен против сунаследника и ако сунаследници добровољно пристају да ствар врате. У противном захтјев за враћање дара може се остваривати само у парници“. Одлука Врховног суда Хрватске, Гж. 40/82, од 23. 07. 1982. Наведено према: Н. Стојановић, Практикум за наследно право, Ниш, 2012, стр. 57.

51 Видети: Пресуда ВСС, Рев. 1717/95, од 15. 04. 1995, Избор судске праксе, бр. 7-8/1996, стр. 37.

52 В. Vizner, О правној судбини нужног дијела у случају одрицања нужног наследника од наследства, Правни живот, бр 6/1967, стр. 285; О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 267. Када се ради о стварима одређеним по роду, враћа се иста количина исте врсте ствари.

53 О правној природи наследничке заједнице видети: Н. Стојановић, Наследничка заједница, Ниш, 2009, стр. 10-14.

поклонопримца, уз поштовање редоследа предвиђеног законом. У том случају, последње учињени поклон вратиће се у потпуности, а следећи само у мери потребној за допуну нужног дела. Сматра се да се тужбом може побијати и раније учињени поклон, без побијања потоњег, с тим да се он враћа само у мери којом се њиме нужни део вређа.⁵⁴ Побијати се могу само они поклони чија вредност превазилази расположиви део заоставштине. Ако је немогуће да се касније учињени поклон врати (због пропасти ствари или инсолвентности поклонопримца), побијање раније учињених поклона којима се оставилац кретао у границама расположивог дела неће бити могуће, те ће нужни део остати ненамирен.

Битно питање које се поставља код намирења нужног дела враћањем поклона јесте питање савесности поклонопримца, с обзиром да од тренутка поклањања до тренутка враћања у заоставштину може проћи дуг временски период, у оквиру кога могу наступити значајне промене у стању поклоњеног добра. Закон као обориву претпоставку поставља да се поклонопримац сматра савесним држаоцем све док не сазна за захтев за враћањем поклона.⁵⁵ Релевантан гранични тренутак не одређује се, дакле, према тражењу нужног дела, већ према сазнању поклонопримца за захтев који је усмерен ка реституцији конкретног поклона.⁵⁶ За чињеницу (не)савесности везују се бројне правне последице.⁵⁷ Овом приликом само желимо напоменути да ће, независно од савесности, у случају отуђења ствари од стране поклонопримца доћи до реалне суброгације, те ће он бити дужан да нужном наследнику преда ствар коју је добио као противвредност.⁵⁸ Међутим, ако је савесни држалац бестеретно отуђио поклоном стечено добро, сматрамо да принцип *bona fides* мора надјачати интерес намирења нужног дела, те да у том случају поклонопримац неће бити дужан да вредност поклона исплати нужном наследнику.

Треба истаћи да се у пракси домаћих судова поклони, којима се нужни део вређа, делимично или у потпуности поништавају (тачније, утврђује се њихова ништавост), са образложењем да су ови правни послови противни

54 О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 266.

55 Видети: чл. 57 ЗОН.

56 Правни положај савесног држаоца регулише чл. 38, а несавесног чл. 39 и 40 Закона о основама својинскоправних односа („Сл. лист СФРЈ“, бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ“, бр. 29/96 и „Сл. гласник РС“, бр. 115/2005 - др. закон).

57 О томе детаљно: М. Крећ, Ђ. Рајић, *op. cit.* стр. 121-123; Н. Стојановић, Како се остварује штити право на нужни део, повређено прекомерним завештајним располагањима и учињеним поклонима, стр. 171-174.

58 М. Крећ, Ђ. Рајић, *op. cit.* стр. 122; О. Антић, З. Балиновац, *op. cit.* стр. 267; Н. Стојановић, Наследно право, стр. 181.

императивним нормама које регулишу нужно наслеђивање.⁵⁹ Овакву праксу домаћих судова сматрамо погрешном. Разлози неважности једног правног посла морају постојати још у тренутку његовог настанка, што овде није случај. Поклони којима се нужни део вређа пуноважни су правни послови који су произвели дејство. У тренутку чињења поклона не зна се ко ће кога надживети, нити ко ће бити нужни наследници поклонодавца и колики ће бити нужни делови, не зна се ни колика ће бити вредност заоставштине, нити да ли ће бити још бесплатних располагања, свакако ни да ли се учињеним поклонима поклонодавац кретао у границама расположивог дела или не, а није познато ни да ли ће поклон у међувремену бити опозван. Самим тим, не зна се ни да ли ће учињеним поклоном нужни део неком нужном наследнику бити повређен или не. Противни когентним нормама они могу постати тек од момента делације, ако се њима вређа нужни део. Па и тада, питање њиховог опстанка у правном животу поставља се тек уколико неко од нужних наследника, оглушујући се о вољу оставиоца, захтева намирење нужног дела. Уколико нужни наследник не истакне захтев у законом омеђеним роковима, поклони ће „конвалидирати“, тачније наставиће да производе пуно правно дејство. Чак и када је такав захтев истакнут, суд може одлучити да одбије захтев за „поништењем“ завештања или поклона, и да нужном наследнику припадне новчана противвредност нужног дела.

С обзиром да суд о постојању повреде нужног дела не води рачуна по службеној дужности, и да захтев за враћањем поклона могу у законским роковима истаћи само лица која имају непосредан правни интерес, ови правни послови приближавају се рушљивим пословима. Сматрамо, међутим, да ни о томе не може бити речи, јер недостаје иницијална неважност. Такође, код поништења неког правног посла ниште се и све његове последице, што овде често није случај (нпр. савесни поклонопримац из „неважећег“ поклона није дужан вратити плодове и користи које је од поклоњеног добра стекао). Уз то, повреда стриктних норми није разлог рушљивости правног посла.

Из свега наведеног, сматрамо да тужбеним захтевом нужни наследник треба захтевати од суда да утврди да уговор о поклону не производи дејство, у мери неопходној за намирење нужног дела из конкретног доброчиног располагања, а не да, као што је пракса до сада била, захтев буде усмерен ка утврђивању делимичне или потпуне ништавости правног посла.

Намиривање нужног дела из поклона *de lege ferenda*

Два су могућа начина намирења нужног дела за које се законодавац може одредити: да се нужни део намири само из појединих поклона према

⁵⁹ Видети нпр. Пресуда ВСС, Рев. 2757/2005, од 16. 11. 2005. Извор: ParagrafLex; Пресуда ВСС, Рев. 1752/06, од 21. 10. 2006, Избор судске праксе бр. 6/2008, стр. 42, одл. бр. 57.

одређеном редоследу, или из свих поклона, сразмерно њиховој вредности. У нашем праву усвојено је прво решење, с тим што је редослед намирења обрнут у односу на редослед чињења поклона. Овакво решење за полазиште има став да се нужни део вређа тек последње учињеним поклоном/поклонима, те се из њих треба и намирити. У концепту наследноправне природе нужног дела, као што је то био случај у нашем праву до доношења важећег ЗОН-а, овакво решење могло се оправдати и практичним разлозима. Намирење из свих поклона сразмерно њиховој вредности могло би довести до тога да нужни наследници и поклонопримци постану сувласници на свим поклонима, са често малим уделом нужног наследника у сваком од њих. То би значајно компликовало правне односе међу нужним наследницима и поклонопримцима, створило читав низ практичних проблема и нарушило правну сигурност.

Ипак, постојеће решење суштински је неправично. Оно ставља у знатно повољнији положај поклонопримце којима је поклон раније учињен, узимајући у обзир само ту чињеницу као једину релевантну. Став да нужни део бива повређен тек доцније учињеним поклонима и те како је подложен критици. Иако је чињеница да се ранијим располагањима оставилац кретао у границама расположивог дела (што је у тренутку чињења поклона најчешће непознато поклонодавцу, и подложно променама, због могућности измена имовинских прилика до отварања наслеђа), чињеница је и да су ти поклони допринели повреди нужног дела. Да тих поклона није било, најкасније учињеним поклонима нужни део најчешће не би ни био повређен, или би био повређен у мањем обиму. Сви поклони, саобразно својој вредности, доприносе повреди нужног дела. Сматрамо, стога, крајње неправичним да се поклонопримци стављају у неравноправан положај само због тренутка стицања поклона, с обзиром да се често може догодити да последњи поклонопримац изгуби целокупну вредност поклона, а остали своје поклоне у потпуности задрже.

Аргументи којима се могао бранити став законодавца када је нужни део стварноправног карактера, више не стоје у облигационој концепцији нужног дела, која је од доношења актуелног ЗОН-а правило у нас. Оваквим опредељењем законодавца, осим што се доследније поштује воља завештаоца, мање се задире у раније заснована правна стања и побољшава положај поклонопримаца. С обзиром да се поклони (најчешће) више не враћају да би се нужни део намирио, нити се заснивају сувласнички односи међу повериоцима и дужницима нужног дела, сматрамо да би било правично законом предвидети дужност свих поклонопримаца да учествују у исплати вредности нужног дела, сразмерно вредности поклона. Овакво решење одликовало би се правичношћу, све поклонопримце ставило би у равноправан положај, критеријум момента стицања поклона у погледу дужности поклонопримаца да учествују у намирењу нужног дела био би елиминисан, а за основни критеријум узела би се вредност поклона. Такво решење било би и логично, с обзиром да се мера повреде нужног

дела и утврђује вредносно у односу на обрачунску вредност заоставштине, самим ти и у односу на вредност поклона.

Закључна разматрања

Регулама које уређују установу нужног дела непосредно се ограничава слобода завештајних располагања, а делимично и слобода уговарања. Настојећи да вољу оставиоца субординира интересима нужних наследника, а у намери да оставиоца спречи да добротиним располагањима *inter vivos* изигра интересе нужних наследника, законодавац предвиђа могућност да нужни део буде намирен и из поклона које је оставилац чинио током живота, јасно дефинишући правне путеве који у том смислу стоје на располагању нужним наследницима.

Према постојећем решењу, повређени нужни део се намирује само из оних поклона чија вредност превазилази тзв. расположиви део заоставштине. При томе, намирење нужног дела у новцу или *in natura* поклонопримци не дугују сразмерно вредности поклона, већ је између поклона успостављен принцип следоред, у смислу да намирење нужног дела дугују најпре поклонопримци који су поклон најдоцније стекли, и тако редом обрнутим од редоследа чињења поклона. Овакво решење одише значајном дозом неправичности, јер се њиме очигледно у неравноправан положај доводе поклонопримци који су примили поклон најближе тренутку смрти поклонодавца. Овом решењу могло би се наћи оправдање у концепту наследноправне природе права на нужни део, прихваћеном у раније важећим законима, с обзиром да би се услед делимичног враћања свих поклона у заоставштину зарад намирења нужног дела, значајно компликовали правни односи међу нужним наследницима и поклонопримцима, и тиме угрозила правна сигурност. Настојећи да изложимо критици постојеће решење законодавца, које раније поклонопримце ставља у знатно повољнији положај, и потпуније штити њихову правну позицију, а нарочито имајући у виду да је у актуелном ЗОН-у као правило одређено да се нужни део исплаћује у новцу, изнели смо аргументацију да би се *de lege ferenda* требало усвојити решење којим би се нужни део намиривао из свих поклона који чине обрачунску вредност заоставштине, сразмерно вредности поклона.

Сагледавајући ставове домаће јудикатуре у вези намирења нужног дела враћањем поклона, указали смо на погрешну праксу домаћих судова у погледу утврђивања делимичне или потпуне ништавости поклона којим се нужни део вређа, са аргументацијом да су таква оставиочева располагања противна когентним нормама које регулишу нужно наслеђивање. Имајући у виду да разлози неважности једног правног посла морају постојати још у тренутку његовог закључења, што овде није случај јер се у тренутку чињења поклона не зна да ли ће њиме бити повређен нужни део или не, изнели смо став да тужбеним захтевом нужни наследник треба захтевати од суда да утврди

да уговор о поклону не производи дејство, у мери неопходној за намирење нужног дела из конкретног добродиног располагања, те да се и судска одлука мора кретати у том правцу, а не ка утврђивању делимичне или потпуне ништавости правног посла.

Резиме

Право на нужни део може бити повређено прекомерним завештајним располагањима и/или поклонима. Законодавац дефинише постојање повреде нужног дела на непотпун и недовољно прецизан начин. У том смислу неопходно је кориговати законску норму, како би се обухватили сви могући случајеви повреде нужног дела. Повређени нужни део ће бити намирен из поклона само ако завештања нема, односно када не производи дејство, или ако је вредност завештајних располагања недовољна за намирење нужног дела. Нужни део може бити намирен само из поклона који улазе у обрачунску вредност заоставштине, и то оних чија вредност прелази границе расположивог дела заоставштине. Поклонопримци су по правилу дужни да вредност нужног дела исплате у новцу, а биће дужни да поклон врате у заоставштину само уколико је то предвидео завешталац, или је одобрио суд на захтев нужних наследника. Погрешно је становиште домаћих судова којима се утврђује ништавост поклона којима се вређа нужни део, због непостојања иницијалне неважности правног посла, већ би у будуће судови требали доносити одлуку којом се утврђује да уговор не производи дејство, у мери неопходној за намирење нужног дела. Критикујући као изразито неправично решење законодавца по коме се нужни део из поклона намирује не у зависности од вредности поклона, већ према редоследу обрнутом пријему поклона, изнели смо став да би у будуће требало предвидети намирење нужног дела из свих поклона који чине обрачунску вредност заоставштине, сразмерно њиховој вредности.

Novak Krstić, LL.M.
*Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš*

***Protection of the Right to Forced Portion Violated by excessive Donations
in the Serbian Legislation de lege lata and de lege ferenda***

Summary

The right to forced portion may be violated by excessive testamentary distributions or donations which the decedent has made in his lifetime. In that case, forced heirs are entitled to request the settlement of their forced portion. The Inheritance Act provides a detailed regulation on the stages in the proceeding for the protection of the forced portion. As a rule, the forced portion is first settled from the testamentary dispositions; in case the testamentary disposition amount is insufficient, the forced portion is settled from donations. In this paper, the author discusses the settlement of the forced portion from donations under the law of obligations and contract law. The author identifies some disputed issues pertaining to the role of gifts in the violation and settlement of the forced portions, and provides a critical analysis of the current legal solutions. In an attempt to address some of the disputed issues, the author suggests some new solutions de lege ferenda for settling the forced portion from donations.

Key words: forced portion, donations, testamentary disposition, violation, protection of forced portion

НОВИНАРСКА ПАЖЊА¹

Апстракт: *Лезиони потенцијал дезинформација објављених у медијима непрестано расте, па је грађанскоправна одговорност новинара и медија врло актуелна тема. Право на одштету зависи од новинарске пажње, правног стандарда праћеног бројним дилемама у правној теорији и судској пракси. Како утврдити да ли је новинар проверио истинитост информације са дужном пажњом? Од којих фактора зависи да ли ће се одређена информација сматрати потпуном? Зашто је порекло информације правно релевантно и која пажња се дугује приликом објављивања туђих информација? Предмет овог рада су још и: терет доказивања кривице новинара, непажња и намера у грађанском сегменту медијског права као и критеријуми за процену новинарске пажње потврђени у упоредном, али још недовољно афирмисани у домаћем праву. У закључку су, поред конкретних предлога намењених будућој редакцији медијског закона, наведене и примедбе теоретског карактера везане за ограниченост законске дефиниције новинарске пажње, противправност и професионалну одговорност.*

Кључне речи: *професионална одговорност, новинар, пажња, степен кривице, штета, медијско право.*

Увод

Слобода медија је од непроцењивог значаја за развој и опстанак демократије. Медији, „четврта полуга власти“, никада нису били заштићенији. Њихова моћ да објављују информације најширем аудиторијуму, захваљујући техничком прогресу, расте свакодневно. Свака слобода повлачи и одговорност, па то свакако важи и за „седму силу“. Објављивање дезинформација је, само

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 пројекта је 179046).

по себи, за друштво бескорисно и непожељно. Уколико се тиме још и неком субјекту проузрокује штета, Медијско и Одштетно право гарантују му одштету.² Кривица, основ субјективне одговорности, јавља се у два облика: намера и непажња. Непажња је блажи степен кривице, али у грађанском праву сасвим довољан да штетника учини одговорним. Предмет овог рада је новинарска (не) пажња као претпоставка грађанске одговорности. То је облик професионалне пажње, у грађанским законима дефинисане као пажња доброг стручњака који поступа према правилима струке и обичајима.

Општи режим одговорности регулисан Законом о облигационим односима, модификован је и допуњен одредбама Закона о јавном информисању,³ у складу са начелима и захтевима Медијског права. У раду је најпре анализирана модификација која се односи на круг одговорних лица и терет доказивања кривице, а затим допуна везана за степен кривице. Након тога, детаљно су представљени критеријуми за процену новинарске пажње. Већину њих је установила судска пракса, из потребе да се генералне законске норме, као нпр. она која захтева „пажњу примерену околностима“, примене на конкретни случај.

Пре детаљније обраде теме, нужно је указати на основ одговорности. У медијском праву се за штету, у начелу, одговара по основу кривице. Она се може и претпоставити, али се не може напуштати терен кривице.⁴ Без ње нема одговорности, што лепо илуструје сентенца да нема право на накнаду штете лице чије су име и презиме случајно идентични са именом и презименом лица на које се односи објављена информација.⁵ Постоје и другачија мишљења, неки аутори заговарају објективну одговорност због дихотомије критеријума одговорности оснивача гласила као послодавца, сматрајући да су медији опасне ствари, а објављивање информација опасна делатност.⁶

2 Медији могу проузроковати штету и повредом приватности, објављивањем недопуштених информација (нпр. говор мржње), коментарима - вредносним судовима, али ови случајеви нису предмет наше анализе фокусиране на чињеничне тврдње, подложне доказивању.

3 Закон о облигационим односима («Сл. лист СФРЈ», бр. 29/78, ... «Сл. лист СЦГ», бр. 1/2003 - Уставна повеља) у наставку ЗОО; Закон о јавном информисању («Сл. гласник РС», бр. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 - одлука УС и 41/2011 - одлука УС) у наставку ЗЈИ.

4 Алдо Радоловић, Однос права особности и медијског права, Зборник Правног факултета свеучилишта у Риједи, Vol. 28, бр. 1/2007, стр. 298.

5 Аутор сентенце: Владимир Бешлин, Билтен Вишег суда у Новом Саду, број 2/2011, стр. 111. и 114.

6 Више: Тихомир Ковачић, Одговорност за штету због повреде права особности правне особе објавом информације у медијима, Право и порези, бр. 9/2008, стр. 33; Андреј Абрамковић, Одговорност за штету насталу објавом информације, Хрватска правна ревија, бр. 6/2004, стр. 34. и 35.

1. Терет доказивања кривице

На основу општих правила одштетног права и ЗОО, кривица штетника се претпоставља - ко другоме проузрокује штету дужан је накнадити је, уколико не докаже да је штета настала без његове кривице.⁷ Законом о јавном информисању, модификована су општа правила јер је прописано да аутор информације „који је новинар“, одговара за штету насталу објављивањем неистините, непотпуне или друге информације чије је објављивање недопуштено, једино ако се докаже да је штета настала његовом кривицом.⁸ Одговорност новинара се заснива на доказаној кривици, а терет доказивања носи тужилац.⁹ Дискутабилно је да ли ова бенефиција важи и за уредника. Са једне стране, он је по професији, најчешће, и сам, новинар. Са друге стране, он није аутор истог ранга као новинар - потписивач спорног текста, мада као његов претпостављени може, у одређеном обиму, мењати објављени садржај.

За штету проузроковану објављивањем информације, поред новинара солидарно одговарају и одговорни уредник и оснивач јавног гласила (чл. 80. ЗЈИ), али се према слову закона, бенефиција у погледу терета доказивања односи само на „аутора информације који је новинар“. Према томе, постоји један режим одговорности за новинара (тражи се доказана кривица), а други за уредника и оснивача (кривица се претпоставља). Различит режим одговорности за солидарне дужнике на први поглед изгледа необично, мада се слично решење среће и у другим случајевима одговорности за другог (нпр. малолетник од 7. до 14. године одговара ако се докаже да је при проузроковању штете био способан за расуђивање (доказана кривица), док се кривица родитеља претпоставља; неспособни за расуђивање који у „светлим тренуцима“ проузрокују штету одговарају ако се њихова кривица докаже, док се кривица њихових надзорника претпоставља).¹⁰

Последице различитог терета доказивања су следеће: А. Ако тужилац докаже кривицу новинара, уредник се може ослободити одговорности ако обори претпоставку своје кривице (оснивач одговара увек кад је новинар, његов запослени, крив). Б. Ако тужилац не успе да докаже кривицу новинара, уредник и оснивач ипак могу одговорати уколико не оборе претпоставку своје кривице. Могуће су дакле, четири комбинације: 1. одговарају сви, 2. одговара новинар, али не и уредник (нпр. новинар је знао за нетачност информације, али

⁷ Чл. 154. ЗОО.

⁸ Чл. 81. ЗЈИ. Наслов изнад члана је „Одговорност новинара“, али би прикладнији наслов био: „Терет доказивања кривице“.

⁹ Више о терету доказивања: Анђелија Адамовић, Поступак у парницама за објављивање исправке неистините, непотпуне или нетачно пренете информације, Зборник радова са конференције „Медији и људска права“, Ниш, 2012, стр. рада 9.

¹⁰ Видети ЗОО: чл. 160. ст. 2. и чл. 165. ст. 4; чл. 164.

је уреднику исту представио као истиниту); 3. одговарају уредник и оснивач, али не и новинар (нпр. зато што су изменили рукопис новинара); 4. не одговара нико. Не треба везивати кривицу новинара за кривицу уредника, односно оснивача, односно занемаривати могућност 2. и 3., тим пре што и закон предвиђа различит режим одговорности ових лица.

Формулација законске норме „аутор информације који је новинар“ није најадекватнија, јер Законом о јавном информисању није дефинисано које физичко лице се сматра новинаром (да ли су то искључиво лица у радном односу са оснивачем или су бенефицијом обухваћена и лица ангажована по уговору о делу или се овде убрајају сва лица која су по професији новинари). Треба приметити и да сама бенефиција није нарочито велика - наиме и у општем режиму одговорности, претпоставља се само обична непажња, док је теже облике кривице такође потребно доказивати.

2. Облик кривице

2.1. Непажња

Да не постоји ЗЈИ, у највећем броју медијских спорова примењивала би се правила ЗОО о одговорности послодавца за запослене. За штету би одговарао оснивач јавног гласила, осим ако докаже да су запослени (уредник и новинар) у датим околностима поступали онако како је требало. Оштећени би могао да захтева накнаду непосредно од радника (новинара) само ако је штета проузрокована намерно (чл. 170. ЗОО).

Овај општи режим одговорности допуњен је члановима 80. и 83. ЗЈИ. Чланом 80. прописано је: „Новинар, одговорни уредник и правно лице - оснивач јавног гласила који су пре објављивања с пажњом примереном околностима могли утврдити неистинитост или непотпуност информације, солидарно одговарају за материјалну и нематеријалну штету проузроковану објављивањем информације“. Произилази да је за одговорност довољна обична непажња (*culpa levis* - пажња мања од просечне односно мања од пажње доброг стручњака). Овакво решење је без утицаја на правни положај оснивача јавног гласила, али отежава положај новинара и главног уредника (у општем режиму, као запослени, одговарали би само за намеру). Члан. 80. важи и за случајеве у којима није дошло до повреде угледа и части оштећеног (нпр. објављена је нетачна информација да је одређени производ неисправан, или погрешно упутство због кога је лице претрпело телесну повреду).

Ако је објављена информација повредила углед или част, релевантан је чл. 83. ЗЈИ којим је проширена одговорност из члана 198. ЗОО: ...ко износи или преноси неистините наводе о прошлости, знању, о способности другог или о чему другоме, а зна или би морао знати да су неистинити, и тиме му

проузрокује материјалну штету дужан је надокнадити је. Члан 83. ЗЈИ проширује одговорност на аутора, одговорног уредника и оснивача јавног гласила који су „са пажњом примереном околностима могли утврдити неистинитост или непотпуност информације“. Формулација из ЗОО се односи и на намеру и на непажњу („зна или би морао знати“). Синтагма из ЗЈИ („могли утврдити“) је нешто оштрија, али такође значи да је за одговорност довољна непажња. Норма набраја и „аутора“, али ЗЈИ не садржи прецизније објашњење на ког субјекта се мисли. Да ли аутор (који није новинар, нпр. гост у емисији уживо) одговара солидарно са уредником и оснивачем? Солидарност се никада не претпоставља, а члан 80. ЗЈИ у круг солидарних дужника укључује само „новицара“.

Треба приметити да се члан 198. ЗОО, па самим тим и чл. 83. ЗЈИ односе само на материјалну штету,¹¹ наслови чланова су: „посебно о накнади материјалне штете у случају повреде части и ширења неистинитих навода“, и „проширење одговорности из члана 198. ст. 1. и 2. ЗОО“. Из норми није јасно који субјекти одговарају за нематеријалну штету, а управо је она редовна последица повреде угледа и части.

2.2. Намера

У грађанском медијском праву мишљења о улози и месту намере (умишљаја), као тежем облику кривице, су подељена. Поједини аутори истичу да је нужна кулпозна одговорност медија. Највећи број задирања у личну сферу људи догађа се управо нехајно, без намере. Зато би, уз евентуално постојање само доложне одговорности (као у кривичном праву), највећи број штетника избегао санкцију.¹² Са друге стране, удружења новинара пропагирају супротно становиште. Они сматрају да је неопходно, и крајње корисно, да се у сам Закон о јавном информисању унесе одредба која изричито искључује одговорност медија и новинара за накнаду штете, осим у случајевима постојања очигледне зле намере, приликом објављивања изјава трећих лица, односно интервјуа који садрже идеје, информације и мишљења о појавама, догађајима и личностима о којима јавност има оправдани интерес да зна.¹³

Узор оваквог предлога, вероватно је „The Public Figure Doctrine“, из америчког права, изграђена на преседану *New York Times Co. против Sullivan*. По овој теорији, познатој као „одсуство зле намере“, у медијским парницама примењује се специјално правило које олакшава процесни положај

11 За накнаду нематеријалне штете релевантни су чл. 200. ЗОО и поменути чл. 80. ЗЈИ. Члан 200. ЗОО: За претрпљене душевне болове (...) због повреде угледа и части, слободe или права личности, (...) суд ће досудити правичну новчану накнаду, независно од накнаде материјалне штете као и у њеном одсуству.

12 Алдо Радоловић, Однос права особности и медијског права, стр. 294.

13 АНЕМ, Сугестије за додатне мере које би требало да прате декриминализацију клевете и увреде, Београд, 2011, тачка 5, www.anem.rs.

туженог. Наиме, уколико је објављена информација о јавном званичнику или јавној личности, тужилац, да би победио, мора доказати да је тужени знао за неистинитост информације, односно да је безобзирно занемарио истину. Овај доказ је тешко извести, те оштећени често остају без накнаде, иако је информација противправна. Постоје два оправдања ове доктрине. Прво, Врховни суд САД сматра да се појединац који обавља јавну функцију, као и други који се могу сматрати јавним личностима, својевољно излажу ризику експонираности више него друга лица. Друго, јавне личности имају бољи и лакши приступ медијима од обичних грађана, што могу искористити као самопомоћ ради заштите своје репутације.¹⁴

У неким европским државама, законом је прописано да се накнада нематеријалне штете може досудити само ако се утврди зла намера новинара.¹⁵ Зла намера дефинисана је као решеност да се информација објави иако је новинар или уредник знао за неистинитост и предвидео штетне последице.¹⁶ Стил изражавања новинара и начин на који је информација саопштена, такође могу указивати на тежи облик кривице. Тако је нпр. Европски суд за људска права у једном случају утврдио да је спорни новински текст претежно вид одмазде према особи која је довела у питање професионализам медија, да тон текста указује на изругивање, док се у тексту инсинуира и наводна интимна веза између директора и наставнице, без навођења доказа, и без обзира према угледу и ауторитету који наставници треба да уживају у очима својих ученика.¹⁷ Ако су информације изузетно осетљиве, нужан је највећи могући опрез и умереност приликом њиховог саопштавања. Њихово појачавање, које их чини драматичнијим него што јесу, није дозвољено.¹⁸

У нашем праву, медијском и одштетном генерално, облик кривице је без утицаја на одговорност и висину накнаде. „Медијски“ штетник одговара једнако, без обзира да ли је штета проузрокована намером или непажњом.

3. Критеријуми процене новинарске пажње

Новинарска пажња везује се за три дужности. Новинар и одговорни уредник јавног гласила дужни су да пре објављивања информације о одређеном догађају, појави или личности, са пажњом примереном околностима, провере

14 Peled Elad, Constitutionalizing Mandatory Retraction in Defamation Law, *Hastings Communications and Entertainment Law Journal*, Vol. 30, 2007, стр. рада 14. и 15.

15 Article 19, *Defamation Law And Practice In Belarus, Moldova And Ukraine*, London, 2006, стр. 15.

16 Ibid., стр. 17.

17 Flux против Молдавије (бр. 6), 2008, ст. 30.

18 Радио Франце и остали против Француске, 2004, ст. 39.

њену истинитост, потпуност и порекло.¹⁹ Прописивање ових дужности служи, с једне стране, заштити јавности од неистинитих информација, а с друге стране, заштити личности на коју се информација односи.²⁰

За новинарску пажњу важи тзв. клизни критеријум. Испитивање информација пре објављивања мора бити примерено тежини могућих последица,²¹ што значи да новинар мора бити свестан потенцијалне штете. Клизни критеријум усвојен је и у домаћој и у страниј судској пракси. Правни стандард новинарске пажње директно је сразмеран тежини повреде права, или интереса коју би објављивање могло изазвати, што значи да је потребна толико већа пажња и брижљивија провера чињеничне основе информације, колико су теже оптужбе које информација садржи.²² У једној пресуди Европског суда за људска права наводи се да, иако улога медија свакако подразумева обавезу обавештавања јавности о постојању сумње у проневере локалних изабраних представника и јавних службеника, јавно оптуживање конкретних појединаца прозивањем по имену и функцији поставља пред новинаре обавезу да пружи довољну чињеничну основу за такве тврдње, поготово јер су оптужбе биле такве природе да би, да су тачне, чиниле поменута лица кривично одговорним.²³

С обзиром на „клизни критеријум“ и чињеницу да се ради о флексибилном, пластичном правном стандарду подложном различитим интерпретацијама, удружења новинара захтевају да се у Закон о јавном информисању унесу одредбе које изричито налажу да образложења судских одлука у којима је утврђена повреда новинарске пажње, морају нужно да прецизирају шта је стандард пажње примерене околностима, по налажењу суда, подразумевао у конкретном случају.²⁴ У том смислу, новинарску пажњу сагледаћемо кроз појединачне дужности.

3.1. Провера истинитости информације

Истина је темељ новинарства. Вест је или истинита, или није вест. Неистинита информација не одговара стварности, у том смислу што је стање онога на шта се она односи другачије. И претеривања, као и похвалне информације, спадају у ову групу. Неистинитом информацијом повређују се првенствено лична добра тиме што се неосновано приписује (импутира)

19 Чл. 3. ЗЈИ.

20 Владимир Водинелић, Право медија с Моделом Закона о јавном информисању, стр. 138.

21 Prager i Oberschlick против Аустрије, 1995, ст. 37.

22 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 2898/2007 од 13.3.2008. Правна база Параграф.

23 Cumpăna i Mazare против Румуније, 2004, ст. 101.-102.

24 АНЕМ, Сугестије за додатне мере које би требало да прате декриминализацију клевете и увреде, тачка 7, www.anem.rs.

или одриче (ампутира) лицу нешто што је његово својство, догађај, радња, постигнуће итд. Неистинита информација погађа и разне имовинске интересе.²⁵

Пажња примерена околностима јесте пажња коју су новинару допуштале и налагале околности конкретног случаја. Да ли је истинитост информације проверена довољном пажњом анализира се у контексту разумних, новинару доступних мера и средстава. Ово питање мора се разматрати у светлу ситуације у којој се новинар нашао у критичном тренутку пре објављивања, а не с накнадном памећу.²⁶

Дужност провере не значи да је допуштено објављивање само ако је новинар стекао потпуно уверење о истинитости. Информације су „роба која нестаје и одлагање објављивања, макар и за кратак период, може им одузети сву вредност и занимљивост“.²⁷ Зато се и информације у погледу којих је остала одређена сумња, ипак могу објавити уколико постоји оправдани јавни интерес, с обавезом да се публици укаже на ту сумњу: оно што је неизвесно и несигурно, не сме се приказивати као извесно и поуздано, а друге садржаје не треба градити на таквој основи.²⁸ Важан је и начин презентовања материјала, нпр. да ли је употребљен упитни облик реченице. Ако новинар пропусти да укаже да је информација непотврђена, не поступа са дужном пажњом.

Инсистирање на превисоком степену провере би онемогућило новинаре да квалитетно врше свој посао информисања грађана. Од новинара се не може захтевати утврђивање истинитости чињеница као у судском поступку (подударност са стварношћу и отклањање сваке разумне сумње), а за слободу изражавања и објављивања чињеничних исказа није нужно постојање доказа њихове апсолутне истинитости већ је довољно слободно изразити и објавити информацију пошто се она претходно провери.²⁹

Ипак, у судској пракси се срећу и ригорознији критеријуми. Када то захтевају околности случаја, обавеза новинарске пажње налаже, да се пре објављивања информације њена истинитост провери преко надлежних државних органа. Из пресуде: Аутор текста се није потрудио да ступи у контакт са тужиоцем да би чуо и другу страну, иако је неколико дана провео у В. истражујући случај, нити је, тражио званичне информације из полиције, које би указале на невиност тужиоца (да је „прошао“ на полиграфу, да на заплењеној

25 Владимир Водинелић, *Право медија с Моделом закона о јавном информисању*, Београд, 1998, стр. 139. и 140.

26 Бладет Тромсо и Стенсаас против Норвешке, 1999, ст. 66.

27 *Sunday Times* против Уједињеног Краљевства, бр. 2, 1991.

28 Радна група НВО Акција за људска права, Предлог реформе одговорности за повреду части и угледа у Црној Гори, Подгорица, 2010, стр. 73.

29 Пресуда Врховног суда Србије, Рев. 3139/2007 од 19.3.2008; Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 745/2011 од 2.3.2011. Правна база Параграф.

супстанци нису пронађени биолошки трагови тужиоца и његовог брата), те није проверио истинитост информација о хапшењу са дужном пажњом.³⁰

Поставља се питање каква је дужност провере ако је одједном објављено више информација различите природе? Прописи и судска пракса нуде различита гледишта. Законом о клевети БиХ прописан је изузетак од одговорности ако је изражавање у суштини истинито, а нетачно само у небитним елементима. Чак и најбољи новинари праве мање грешке, тако да, ако би се одговарало за сваку нетачну тврдњу, то би значајно угрозило јавни интерес за добијањем правовремених информација.³¹ Дакле, нису све информације исте, оне мањег значаја не треба проверавати. По супротном становишту, све информације треба једнако третирати, а пажња се мора посветити свакој појединачно. Из пресуде: Провера истинитости обухвата све наведене догађаје и појаве у вези са тужиоцем, тим пре што се у спорном тексту не наводе само информације везане за његов радни однос и професионалну делатност, већ и за његов приватан живот. Стога је суд приликом оцене тачности тј. истинитости и потпуности садржине спорног текста морао посебно да утврди порекло, истинитост и потпуност сваког догађаја и појаве поменуте у објављеном тексту. Међутим, првостепени суд није тако поступио, већ је паушално и уопштено утврдио порекло података, а само делимично њихову истинитост тј. тачност и потпуност.³²

3.2. Утврђивање потпуности информације

Посебна врста некоректне информације јесте непотпуна информација. Таква информација изоставља, прећуткује, не саопштава једну или више чињеница. Она сама није неистинита, него је погрешна представа која се на основу ње стиче (нпр. тачно је да одређено лице није дало добровољни прилог у хуманитарној акцији, али је изостављено да у није било у прилици то да учини јер је било у иностранству).³³ Зато дужност новинарске пажње обухвата и проверу потпуности информације.

Непотпуне информације најчешће су последица занемаривања правила „Audiatur et altera pars“. Пре објављивања, новинар је дужан да се обрати субјекту информације, ради његовог коментара. Новинар поступа непрофесионално, ако износи тешке оптужбе (нпр. о корупцији) на рачун субјекта информације, а претходно није ни покушао да добије његову изјаву. Посебан опрез потребан је када озбиљне наводе и оптужбе износи једна од страна у неком сукобу. У

30 Пресуда Округног суда у Ваљеву, Гж. 1001/2009 од 2.7.2009. Правна база Параграф.

31 Peter Noorlander, Најбоља пракса обезбеђења примене стандарда из праксе Европског суда за људска права у домаћем правном поретку, Реформа одговорности за клевету и увреду, Подгорица, 2010, стр. 31.

32 Аутор сентенце: Драгиша Слијепчевић, из решења Врховног суда Србије, Гж. 167/06 од 27. децембра 2006. Билтен Врховног суда Србије, бр. 4/2006, стр. 73.-74.

33 Владимир Водинелић, Право медија с Моделом закона о јавном информисању, стр. 140.

таквим ситуацијама новинари, уместо да аутоматски верују наводима, треба да потраже додатне информације и, ако је потребно, да саслушају верзију супротне стране.³⁴ У испуњењу дужности провере потпуности информације, јављају се разне варијације, које би требало узети у обзир:

1. Недовољно ангажовање новинара. Ако новинар није ни покушао да ступи у контакт са субјектом, нити са сведоцима догађаја на који се објављене информације односе, није поступио са дужном пажњом јер није испоштовао принцип „да се чује и друга страна“.³⁵

2. Новинар је покушао, али није остварио контакт; један извор. У једном случају, суд је утврдио да из објављеног текста произилази како је тужила одговорна што је једномесечној беби за време лечења у Дечијој болници, сломљена носна хрскавица, јер се најпре наводи да је до повреде дошло на одељењу за новорођенчад, а затим и да је тужила начелник тог одељења. Да се одговорност за наведени догађај спорним текстом приписује тужилји, произилази и из чињенице да се у истом, од медицинског особља, једино помињу њено име и презиме, и то болдовано, при чему се делом текста инсинуира да је оправданост преписане терапије под знаком питања, а самим тим и стручност и савесност тужилје као лекара. Овоме треба додати да поднаслов чланка гласи: „Немар доктора у Дечијој болници“. Објављена информација је нетачна, јер тужила у критичном тренутку није била начелник одељења за новорођенчад, већ начелник Одељења за мајке, па није могла сносити одговорност за рад тог одељења. Новинарка није са пажњом примереном околностима проверила истинитост и потпуност информације, јер се није обратила тужилји, а што је морала учинити, с обзиром да се за њено име, и визуелно и суштински, везује спорни текст. Она је само покушала да телефонским путем добије неког у болници, али чак ни у томе није успела, јер се нико није јављао на телефон, па је информацију објавила само на основу разговора са поменутом Г.С. Да је пре објављивања спорне информације обавила разговор са тужилјом, новинарка је могла благовремено утврдити да је спорна информација неистинита или најмању руку непотпуна.³⁶

Напомињемо да постоји и супротно становиште по којем, ако се ни са разумним настојањем да се ступи у контакт „субјектом информације“, није могло претходно утврдити да је она неистинита, објављивање је допуштено.³⁷

34 Еуропресс Холдинг против Хрватске, ст. 68.

35 Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 745/2011 од 2.3.2011. <http://www.ns.ap.sud.rs>.

36 Аутор сентенце: Владимир Бешлин, Пресуда Вишег суда у Новом Саду посл. бр. П. 44/11 од 29.06.2011; жалба одбијена пресудом Апелационог суда у Новом Саду посл. бр. Гж.3045/11 од 01.09.2011, <http://www.ns.vi.sud.rs>.

37 Радна група НВО Акција за људска права, Предлог реформе одговорности за повреду части и угледа у Црној Гори, стр. 74.

3. Новинар је покушао да оствари контакт у чему је делимично успео; више других извора. Из образложења пресуде: Након што је добио изјаву од Н., новинар је покушао да добије изјаву од заступника државног капитала и од две жене које су биле присутне када се инцидент догодио, али ова лица нису желела да дају изјаву. Новинар се обратио полицијској управи, одакле је добио усмену потврду да је дошло до инцидента. Новинар је покушао да ступи у контакт са тужиоцем, у томе није успео, али је од Ј. Ч., у име тужиоца, добио одговор да ће му касније бити дата тражена информација. Новинар је поступио с професионалном пажњом, у свему у складу са одредбама Закона о информисању, односно са пажњом примереном околностима, проверио порекло информација, њихову истинитост и потпуност, јер је осим од Н., покушао је да добије информације и од других учесника или сведока догађаја, као и од надлежних у полицијској станици. Текст представља искључиво објективно и непристрасно преношење чињеница о одређеном догађају, уз цитирање речи једног од актера који је дао изјаву за новинаре.³⁸

3.3. Порекло информације, одговорност за „туђе“ информације

Горе наведен став 1., члана 3. ЗЈИ, ближе одређује новинарску пажњу за „сопствене“ информације, док се став 2. односи на туђе информације. Новинар и одговорни уредник јавног гласила дужни су да туђе информације, идеје и мишљења пренесу и објаве веродостојно и потпуно, а уколико је информација пренета из другог јавног гласила, постоји још једна додатна дужност - навођење гласила из којег је она пренета. Верно преношење значи да смисао пренешеног није промењен новинарском обрадом.

3.3.1. Преношење информација из других медија и обавеза провере истинитости

У судској пракси отворено је питање какав је однос између 1. и 2. става члана 3. ЗЈИ. Тужени су тумачили наведене одредбе одвојено, сматрајући да пажљиво поступају ако су информацију пренели веродостојно и потпуно, уз навођење гласила порекла. Међутим, судови су заузели став да ставове 1. и 2. треба тумачити као целину, односно да обавеза провере истинитости није искључена када информација потиче од другог гласила. Чињеница да је информацију објавило неколико медија, не утиче на одговорност туженог. Из ЗЈИ не може се извести закључак да навођење гласила од којег је информација преузета искључује одговорност преносиоца.³⁹ У случају преношења агенцијске информације, такође, постоји обавеза провере истинитости, односно потпуности

³⁸ Аутор сентенце: Марија Козомара, Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. 4508/10 од 17.03.2010, Билтен судске праксе бр. 2/2011. стр. 63-67.

³⁹ Пресуда Апелационог суда у Новом Саду, Гж. 745/2011 од 2.3.2011. <http://www.ns.ap.sud.rs>.

информације, без обзира што се медиј „позвао на агенцијски извор“.⁴⁰ Овакав закључак судова је исправан, рециркулација нетачних информација не чини их истинитим, већ напротив увећава штету. Услов да се јасно назначи да је информација пренета из другог гласила, а не да потиче од медија који је објављује, оправдан је и спречава да се спорни садржај шири даље без последица.

3.3.2. Преношење информација других лица

По најлибералнијем схватању, одговорност за преношење туђих информација од јавног интереса је неоправдана. Новинар није одговоран ако је верно пренео информацију од јавног интереса коју му је други саопштио, а одговорност се у таквом случају може правдати само нарочито јаким разлозима.⁴¹

По умеренијем гледишту, када се разматра одговорност новинара за туђе информације, треба узети у обзир врсту медија. Уколико се ради о телевизији или радију, неистините тврдње које је давалац изјаве или интервјуа изнео (пренос неког догађаја, емисија у студију, контакт емисија и сл.), не повлаче одговорност новинара тј. гласила.⁴² Порекло спорне информације је неспорно, публика види актере, или их бар чује. Иако је њихов утицај директан и широк, већа толеранција је оправдана зато што је могућност ТВ или радио новинара да исправе, квалификују или коментаришу туђе информације ограничена у односу на новинаре штампаних медија.

Са друге стране, ако је емисија таква да постоји могућност провере, толеранције нема. У једном случају из Србије, тужена телевизија је дуже од месец дана, на програму емитовала SMS поруке гледаоца (кајрон) са садржином: „Докторе Н. сви пацијенти су ти помрли, иди у портуре“. Поред ове поруке, емитоване су и друге SMS поруке у којима се помиње доктор Н. Суд је закључио да емитовање порука мобилне телефоније извршено путем телевизијске станице представља информацију којом се може нанети материјална и нематеријална штета лицу на које се порука односи. Поруке, које се шаљу мобилним телефонима телевизијској станици не смеју се емитовати директно у програм, већ се морају претходно проверити од стране одређеног лица како би се извршила њихова селекција и зауставиле непристојне или увредљиве.⁴³

Када се ради о штампи, због начина презентовања материјала (текст, евентуално фотографија), потребан је опрезнији приступ. Судови захтевају дистанцирање од туђих информација. У пресуди Europress Holding против Хрватске, Европски суд за људска права је констатовао: „Текст је написан на

40 Решење Вишег суда у Ваљеву, Гж. 618/2010 од 27.5.2010. Правна база Параграф.

41 Jersild против Данске, 1994, ст. 35, Pedesen и Vaadsgard против Данске, 2004, ст. 77.

42 Радна група НВО Акција за људска права, Предлог реформе одговорности за повреду части и угледа у Црној Гори, стр. 82.

43 Пресуда Врховног суда Србије, Гж. 13/2004 од 12.2.2004, Билтен судске праксе Врховног суда Србије, бр. 1/2004, стр. 87.

начин који читаоцу не оставља сумњу у истинитост објављених информација, и не наводи било који њихов извор. Дакле, не може се рећи да је новинар који је то написао само извештавао шта су други рекли и да је просто пропустио да се дистанцира од информација. Уместо тога, он је усвојио спорне наводе као своје, па је компанија која је објавила наводе одговорна за њихову истинитост⁴⁴. О висини оградe од туђих информација, судска пракса је неуједначена. Понекад је довољно да се користе цитати са знацима навода: новинар, који у новинском чланку веродостојно и потпуно наведе изјаву другог лица, уз назнаку да се ради о цитату, не сноси одговорност за садржину цитиране изјаве,⁴⁵ слично: „помињући да се ради о цитату, новинар је предузео довољне мере предострожности“.⁴⁵ У другим одлукама судови су захтевнији, па сматрају новинара одговорним уколико се није дистанцирао тако што је оспорио истинитост информације, или критиковао тврдњу трећег.⁴⁶

Европски суд за људска права сматра да општи услов да се новинари систематски и формално дистанцирају од туђих навода који би могли да увредe или провоцирају друге или оштете њихов углед, није у складу са улогом штампе да пружи информације о актуелним дешавањима, мишљењима и идејама.⁴⁷ Посебно је важно нагласити искључење одговорности за штету у случајевима када је спорна информација објављена у оквиру ауторизованог интервјуа. Ако се медиј, међутим, на било који начин придружио туђој тврдњи прихватајући је као своју (нпр, коментаром, редакцијском опремом, поднасловом и сл.), сматраће се да је објављена тврдња његова сопствена.⁴⁸ Објављивање информација из анонимних писама редакцији, макар се оне тичале јавног интереса, захтева претходну проверу истинитости и контакт са субјектом информације.⁴⁹

Проблем одговорности за туђе информације, нарочито је сложен у случају тзв. нових медија. Електронска издања јавних гласила имају карактеристике штампаних медија, али Интернет омогућава већу интерактивност са публиком него ТВ или радио. Новинарска удружења истичу да је неоправдано да медији и за сопствене садржаје, над којима постоји ефективна уређивачка контрола, и за садржаје трећих лица на својим Интернет сајтовима над којима таква контрола

44 Аутор сентенце: Марија Козомара, Пресуда Апелационог суда у Новом Саду Гж. 4508/10 од 17.03.2010. Апелациони суд у Новом Саду, Билтен судске праксе бр. 2/2011. стр. 63.-67.

45 *Thoma против Луксембурга*, 2001, ст. 64.

46 Пресуда Врховног суда Србије, Узз. 7/2004. од 30.3.2006. Правна база Параграф.

47 *Thoma против Луксембурга*, 2001, ст. 64.

48 *Euroapress Holding против Хрватске*, ст. 60.

49 Група аутора, *Freedom of Expression and Defamation: Legal Provisions and Actual Practice*, стр. 19.

објективно не постоји, одговарају на исти начин.⁵⁰ Ово је посебно неприхватљиво у случајевима када медиј није претходно упозорен на неприхватљиве садржаје и када му није остављено довољно времена да такве садржаје, уколико за њих не жели да преузме одговорност, уклони.⁵¹

У класичном енглеском праву, објављиваље туђих неистинитих информација повлачи одговорност изједначену са одговорношћу лица од кога су информације потекле. Штавише, због тзв. правила репетиције, онај који је информације поновио не може се ослободити одговорности, без обзира што је информације приписао поузданом и информисаном извору. Без понављања, штета би била неупоредиво мања од штете проузроковане њиховим ширењем у јавност.⁵² Међутим, у новијем енглеском праву развијена је доктрина репортаже (Doctrine of Reportage), која представља одбрану медија у случају преношења туђих информација уколико се ради о стварима од јавног интереса. Тежиште одбране није на истинитости, него идеји да је медиј једноставно фокусирао пажњу јавности на информације трећег, не приказујући његове наводе као чињенице.⁵³ Медији могу успешно користити одбрану под следећим условима: 1. објављена информација је од јавног интереса; 2. извор информације је једна од сукобљених страна или актер полемике, а информације се односе на противника; једнак третман сукобљених страна није обавезан; 3. публикација, оцењена као целина, има за циљ непристрасно и правично извештавање о чињеници да је једна страна изнела информације о другој, укључујући и њихову садржину; 4. информације су приписане извору; 5. медиј није усвојио или мењао информације.⁵⁴ Опште је мишљење да ова доктрина представља добродошлу новину.

3.3.3. Информација потиче од државног органа

Закон о јавном информисању искључује одговорност ако је неистинита или непотпуна информација верно пренета из јавне скупштинске расправе или јавне расправе у скупштинском телу, из судског поступка или из документа надлежног државног органа.⁵⁵ У појединим предлозима медијског закона

⁵⁰ О одговорности за противправни садржај трећих лица на Интернету опширније: Михајло Цветковић, Одговорност пружаоца услуга информационог друштва за штету коју проузрокују њихови корисници противправним садржајем, Зборник радова Правног факултета у Нишу бр. 58/2011, стр. 249-265.

⁵¹ АНЕМ, Сугестије за додатне мере које би требало да прате декриминализацију клевете и увреде, тачка 1, www.anem.rs.

⁵² Jason Bosland, Republication of Defamation under the Doctrine of Reportage -The Evolution of Common Law Qualified Privilege in England and Wales, Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 31, бр. 1/ 2010, стр. 93.

⁵³ Ibid., стр. 91.

⁵⁴ Ibid., стр. 100.

⁵⁵ Чл. 82. ЗЈИ: искључење одговорности.

границе искључења одговорности постављене су шире, те обухватају и седнице органа законодавне, извршне или судске власти, седнице тела јединица локалне самоуправе, информације са јавног скупа као и акте јавних установа и других правних лица којима су поверена јавна овлашћења.⁵⁶

Поставља се питање да ли оваква законска решења суспендују дужност провере информација? Европски суд је заузео потврдни став, закључивши у једној пресуди, да се тужени лист разумно ослонио на званични извјештај и да није постојала потреба да се посебно проверава тачност чињеница из званичног извештаја.⁵⁷ Домаћи суд заузео је исто становиште: „наводи објављеног саопштења да је тужилац извршила покушаја ликвидације и да је члан криминалне групе, која је извршила најтежа кривична дела, је верно пренета информација из саопштења МУП-а, који у оквиру своје надлежности води евиденцију осуђених и процесуираних лица, услед чега се изостанак провере тачности објављених података не може сматрати пропустом дужне новинарске пажње туженог. Ради се о дословно пренетој информацији без додатних коментара и придруживања тврдњи МУП-а РС. Извештавање о спречавању тешког кривичног дела представља информацију, којом се остварује јавна улога медија. Ради се о информацији која се тиче општег интереса и служи остваривању легитимног циља“.⁵⁸ На основу оваквих судских одлука, сматрамо да би у будући медијски закон требало унети одредбу да се медији изричито ослобађају обавезе провере истинитости у оваквим случајевима.

Поставља се и питање како решити случајеве када информација потиче из документа државног органа, али медији до њега нису дошли званичним путем (нпр. на конференцији за штампу). Ово питање нарочито је актуелизовано развојем истраживачког новинарства и све чешћим „инсајдерским“ методама. Поједини страни аутори сматрају да у овим случајевима нема искључења одговорности.⁵⁹ Дикција члана 4. ЗЈИ алудира на супротно решење. Наведеним чланом је прописано да информације о којима јавност има оправдани интерес да зна могу да се објављују слободно без обзира на начин њиховог прибављања. Ипак сматрамо да тема заслужује анализу која превазилази оквире овог чланка.

4. Фактори „одговорног новинарства“

У англосаксонском медијском праву, процена новинарске пажње врши се на основу незатворене листе од десет елемената, познате као Reynolds

⁵⁶ Радна група НВО Акција за људска права, Предлог реформе одговорности за повреду части и угледа у Црној Гори, стр. 79.

⁵⁷ Бладет Тромсо и Стенсаас проитив Норвешке, 1999, ст. 68. и 72.

⁵⁸ Пресуда Апелационог суда у Београду, Гж 14173/100, 6.10.2010, <http://www.bg.ap.sud.rs>.

⁵⁹ Група аутора, Freedom of Expression and Defamation: Legal Provisions and Actual Practice, стр. 39.

фактори. Они олакшавају посао судији приликом испитивања да ли је новинар предузео адекватне кораке пре објављивања. Њихов циљ је промовисање истине у медијској делатности, али ако је новинар поступао одговорно, биће му опроштено и за неистине. Фактори које треба узети у обзир су следећи:⁶⁰

1. Тежина повреде. Што је нетачност информација грубља, јавност је озбиљније дезинформисана, а тужилац више оштећен.

2. Јавни интерес. Каква је природа информације и да ли постоји јавни интерес за њеним објављивањем? То што је одређена информација актуелна или интересантна не чини је аутоматски информацијом значајном за јавност. Треба разликовати популарне теме од тема подобних за јавну дебату. Нема јавног интереса у ширењу гласина и интригама.

3. Новинарски извори. Сазнања извора могу бити директна или посредна. Да ли су они пристрани због евентуалног сукоба интереса или објективни и независни сведоци одређеног догађаја? Колики је број извора и какав је њихов међусобни однос? Један извор је најчешће недовољан, ма како поуздан био.

4. Провера. Које кораке је новинар предузео у циљу провере тачности информације и поузданости извора?

5. Статус информације. Да ли су објављене информације тврдње без упоришта или су резултат претходног истраживања? Којим информацијама је новинар располагао пре објављивања? Новинари морају бити нарочито обазриви са нагађањем и инсинуацијама.

6. Хитност. Да ли су постојали разлози за хитно објављивање информације (нпр. да је одређени прехранбени производ неисправан). Поштовање кратких редакцијских рокова или преурањена ексклузивност, ради предности над конкуренцијом, нису оправдање.

7. Коментар субјекта информације. Он поседује податке које други извори немају или их скривају. Новинар је дужан да саслуша „обе стране“. Да ли је субјект информације заиста имао прилику да се изјасни пре објављивања? Испуњење овог захтева није увек нужно и могуће.

8. Контекст информације. Проценити централну идеју и тежиште спорног чланка у целини.

9. Тон. Новинар се може задржати на једноставној презентацији информација, али и отворити питања, па и захтевати истрагу надлежних органа. Да ли је чланак сензационалистички или неутралан?

10. Околности везане за време објављивања. Да ли је постојао посебан разлог што је информација објављена у конкретном тренутку?

⁶⁰ Група аутора, *Developments in the Law: The Law of Media*, Harvard Law Review, Vol. 120, 4/2007, стр. 1048.

Закључак

У правној литератури чији је предмет грађанска одговорност за објављену информацију, углавном је тежиште на повреди неимовинских добара. Међутим, треба имати у виду да неистинита или непотпуна информација могу проузроковати и искључиво материјалну штету.

Закон о јавном информисању својим одредбама мења општи режим одговорности уређен ЗОО. Неке од тих промена, као што је она везана за терет доказивања, иду у прилог слободи медија. Уместо претпостављене, новинар одговара за доказану кривицу. Из ЗЈИ није јасно да ли се бенефиција односи и на уредника, што би у будућем медијском закону требало прецизирати.

Није исправно условљавати одговорност уредника, одговорношћу новинара и обрнуто, јер постоји могућност да је само један од њих крив. По Закону о јавном информисању солидарно са њима одговара и оснивач гласила, али с обзиром да је то правно лице неспособно за кривицу, на основу правила ЗОО о одговорности послодавца за запослене, сматрамо да је основ његове одговорности кривица његових радника. Било да је крив новинар или уредник, увек ће одговарати и оснивач; супротно уколико су они поступали пажљиво, неће одговарати нико.

У односу на друге запослене који одговарају само ако су штету проузроковали намерно, новинари одговарају и за непажњу. На први поглед, то је строго, али треба имати у виду и оштећеног. Ако њему не пође за руком да докаже како је новинар у конкретном случају поступао испод стандарда новинарске пажње, остаће без накнаде, иако је штетна информација нетачна. Чини се да је новинар, у односу на друге штетнике, привилегован. Када од одређене делатности прети прекомерна штета, третираће се као опасна, што ће штетника изложити објективној одговорности. Упркос чињеници да је лезиони потенцијал неких информација огроман, нема говора о објективној одговорности новинара или медија, вероватно због историјског развоја слободе изражавања и улоге медија у грађанском друштву.

Законско одређење новинарске пажње преко дужности провере истинитости потпуности и порекла информација је ограниченог домашаја јер је применљиво само на чињеничне тврдње. Законодавац не говори какву пажњу новинар дугује када објављује идеје, вредносне судове или своје мишљење. По овом питању ни правна теорија није издашна, па формулисање ширег концепта новинарске пажње остаје изазов.

Дефинисање новинарске пажње преко дужности вршења фактичких радњи, засметаће ауторима који заговарају тзв. објективну теорију противправности (Ј. Радишић). Они сматрају да је кривица (тј. непажња) субјективна категорија, суд о штетнику, док се противправност, као посебна претпоставка одговорности,

тиче саме штетникове радње. Ову теорију не треба запоставити јер се њоме може објаснити зашто новинар неће одговарати за штету у случајевима када је:

1. Објављена информација неистинита или непотпуна, али је новинар поступао пажљиво - иако постоји противправност не одговара зато што нема кривице.

2. Намерно објављена штетна, мада истинита информација - не одговара зато што нема противправности, упркос тежем облику кривице.

Иако се и у Медијском и у Медицинском праву говори о професионалној пажњи, чини се, из домаће легислатуре, јудикатуре и јурспруденције, да ови појмови немају додирних тачака. Новинарска пажња је преко конкретних дужности много прецизније одређена. Стандард лекарске пажње је магловитији, у литератури се начелно говори о пажњи доброг стручњака, који поступа по правилима медицинске струке. Лекар дугује пажњу која се може очекивати од лекара исте специјализације, ранга и стажа, напротив, индивидуалне карактеристике новинара се не помињу. Критеријуми се неоправдано разликују, што је последица методолошког приступа. Зато уместо деконструкције Одштетног, односно Облигационог права, треба одабрати синтезу, интегративни и идуктивни метод. Дефинисање појма професионалне пажње свакако би помогло.

У будућој редакцији медијског закона потребно је дефинисати „новинара“ и „аутора који није новинар“, да би се избегли проблеми око утврђивања круга солидарних дужника. Поред тога, наслов члана 83. треба променити јер је њиме везан за члан 198. ЗОО који је ограничен на материјалну штету, иако је главна последица повреде угледа и части нематеријална штета.

У страном медијском праву, приликом процене одговорности новинара, велики значај се поклања јавном интересу. Ако се ради о информацији од јавног интереса, аршини са процену новинарске пажње мењају се у корист новинара. Исто важи за информације о јавним личностима, нарочито државним функционерима. Закон о јавном информисању, у одсеку о накнади штете, не садржи одредбе којима би оваква позитивна пракса добила законски основ.

Mihajlo Cvetković, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Journalists' Duty of Care

Summary

The civil accountability of journalists and the media is a significant contemporary issue considering the potential harm from the growing number of disinformation published in the media. The right to seek damages is based on the legal standard governing the journalists' professional duty of care. However, this legal standard gives rise to a number of issues which have to be resolved both in legal theory and in judicial practice. What does the legal standard of due diligence imply? How can the competent authority established whether a journalist has exercised due professional care and checked the veracity of information? What are the essential elements for determining whether some information is regarded to be complete? What makes the source of information legally relevant and what kind of due diligence is owed when publishing information about another? In this article, the author also explores the following issues: the burden of proof in determining the journalists' civil liability (culpability), the difference between a negligent and an intentional act of violating the professional duty of care (as a civil segment within media law) and the specific criteria for assessing journalists' duty of care, particularly given the fact that these criteria are fully recognized in the comparative law but still insufficiently acknowledged in the national legislation. In conclusion, the author provides theoretical commentary on the narrow legal definitions of journalists' duty of care, unlawful conduct and professional responsibility. Finally, the author makes specific suggestions for prospective changes in the field of media law.

Key words: *professional responsibility, journalist, journalists' duty of care, degree of culpability, damages, media law*

ПОЛИТИКА СУЗБИЈАЊА ХОМИЦИДА

Апстракт: Кривичноправна репресија, као део криминалне политике, не даје одговарајуће резултате у смањењу укупног обима криминалитета уопште, као и криминалитета насиља (убиства). Због тога је потребно радити на спровођењу превенције вршења истих кроз неформално дејство од стране мас-медија и школа. Полазећи од тога, аутор је посебну пажњу у раду посветио примерима употребе мас-медија и школе у превенцији криминалитета насиља (са смртним последицама).

Кључне речи: мас-медији, школа, криминалитет насиља, убиства.

Увод

Криминална политика се састоји од кривичноправне борбе против криминалитета и делинквенције, али и од превенције криминалитета и делинквенције, као израз да кривичноправна репресија не даје адекватне резултате. На криминалну политику једне земље утичу на одређени начин демографске, економске, националне, историјске, културне, политичке, психолошке и друге особености дате земље.¹ Другим речима, криминална политика обухвата планирани и координирани систем друштвених делатности, садржајно различитих и са различитим субјектима као њиховим носиоцима, али обједињених кроз јединство циља, при чему се може прихватити подела криминалне политике на мере превенције и мере репресије. За прве мере се каже да се примењују *ante delictum*,² чији је циљ

¹ Милутиновић, М., *Актуелна ситуација и тенденција криминалне политике у Југославији*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Савез удружења за кривично право и криминологију Југославије и Институт за криминолошка И социолошка истраживања, Београд, 1986. година, стр.14.

² Идеју о мерама *ante delictum* први су заступали италијански позитивисти Фери и Гарофало. Они су, полазећи од тзв. појма темибилитета, кога су одређивали као вероватноћа да одређена особа изврши кривично дело, пропагирали употребу једне

отклањање узрока и услова који изазивају криминално понашање, док се друге мере примењују *post delictum* са циљем деловања на криминалца да не учини ново кривично дело.³

Једна од могућих дефиниција мера превенције је дата од стране Европске мреже за превенцију криминалитета (EUCPN): „То су мере којима се смањује или на други начин придонноси квантитативном и квалитативном смањењу криминала и осећања несигурности код грађана, било кроз директно одвраћање од криминалних активности или кроз политику и интервенције осмишљене у циљу смањења потенцијала за криминал и фактора криминала. То укључује рад Владе, надлежних власти, институција за кривично право, локалних власти, удружења стручњака, приватног, добровољног и цивилног сектора, научника, шире јавности и медија“.⁴ Мере превенције се могу поделити на: опште, посебне и индивидуалне. Тако се под општом превенцијом подразумева свеукупност друштвених активности социјалног, економског, здравственог, образовног, културног, идејног и другог карактера, којима се утиче на отклањање или ублажавање општих друштвених криминогених фактора вршења кривичних дела. Такође, посебна превенција обухвата исте мере као и опште превенције, али се од ње разликује по непосреднијем деловању на отклањање одређених криминогених фактора у одређеним областима друштвеног живота. Индивидуална превенција се односи на конкретну ситуацију у којој постоји опасност вршења кривичног дела.⁵

Слична претходној подели је класификација мера превенције криминалне политике у три области: примарни, секундарни и терцијарни. Примарна област је превентивни део криминалне политике који идентификује физичке и друштвене услове, чијим постојањем долази до стварања услова за вршење кривичних дела, како би се успешно борила против вршења истих.⁶ Другим речима, примарна област је фокусирана на само кривично дело.⁶

потпуно нове врсте кривичних санкција под именом мере безбедности. Увођењем мера безбедности настао је дуалитет кривичних санкција. Видети: Игњатовић, Ђ., *Циљеви криминалне политике*, Анали правног факултета у Београду, Правни факултет у Београду, Београд, 1986. година, стр. 68.

³ Лазаревић, Љ., *Југословенска криминална политика и њена научна заснованост*, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Савез удружења за кривично право и криминологију Југославије и Институт за криминолошка И социолошка истраживања, Београд, 1988. година, стр. 8.

⁴ Република Србија Министарство унутрашњих послова Полазни оквир Националне стратегије превенције криминала Београд 2009. година, *Полазни оквир Националне стратегије превенције криминала*. Видети: http://www.ccmr-bg.org/upload/document/polazni_okvir_nacionalne_stret.pdf, приступ 01.10.2011. године

⁵ Ibidem

⁶ Lab, S., *Crime Prevention: Approaches, Practices and Evaluations*, Matthew Bender & Company, 2010, pp. 27.

Међутим, секундарна област се односи на што ранију идентификацију потенцијалних извршиоца кривичних дела и примену таквих мера који би их одвратили од вршења кривичних дела.⁷ Последња област превентивне криминалне политике, терцијарна област, бави се извршиоцима кривичних дела, примењујући према њима мере третмана како у будућности не би вршили кривична дела.⁸ Иако је примена мера превенције криминалитета новијег датума, током историје су постојали појединачни примери примене одређених мера криминалне политике, посебно превенције криминалитета.⁹

Поред тога што убиство спада у једно од најтежих кривичних дела, постоји мало радова који се искључиво баве мерама криминалне политике у борби против убистава.¹⁰ У даљем раду аутор ће се бавити одређеним аспектима криминалне политике, који се манифестују у виду превентивних мера у циљу смањења стопе криминалитета насиља (убиства) кроз неформалну контролу.

Мас-медији и убиства

Бројна истраживања, која су спровођена од стране криминолога, су показала да медији могу имати утицај на повећање стопе криминалитета насиља (самим тим и убиства као његовог најтежег облика). Међутим, криминолози су схватили да се масовни медији могу, уједно, користити за превенцију криминалитета насиља. Иако не постоји конкретна употреба масовних медија у превенцији убиства, они омогућавају брзу и laku доступност одговарајућих програма превенције насиља широким масама. Лидери у тзв. анти-насилном покрету показују повећано интересовање за коришћењем мас-медија као средства, које, поред превентивних програма у школи и локалној заједници, треба да утиче на редукцију насиља. Пре него што анализирамо могућност употребе мас-медија, треба напоменути да је интерперсонално насиље веома сложено понашање, које се учи током детињства, уз насилно културно окружење. Због овога, учење нових начина решавања конфликта

⁷ Cronje, S., Zietsman, J., *FCS Criminology L3*, 2009. година, Pearson Education, Cape Town, pp. 150.

⁸ Hiss, D., Horner, B., Pressler, R., Swanepoel, G., *FCS Principles of Criminal Justice L2*, Pearson Education, Cape Town, 2009, pp. 59.

⁹ Костић, М., *Превенција криминалитета – појам и историјски развој*, Зборник радова Правног факултета у Нишу, Правни факултет у Нишу, Ниш, 2010. година, стр. 91.

¹⁰ Антички филозоф Платон је у свом делу “*Nomoi*” писао о кажњавању преступника због крађе и убиства. По њему законодавац треба да води рачуна о томе из којих разлога је дошло до извршења кривичног дела. Тако, на пример, кривично дело извршено из слабости или незнања доводи до блажег кажњавања. Када је лице изврши убиство потребно је утврдити да ли је оно извршено из срџбе или са предумишљајем, из непромишљености, у гневу, на округан начин, због унутрашњих немира или под утицајем других околности. Видети: Ibidem

међу људима је веома тешко, али не и немогуће. Потребно је спроводити такав програм мера превенције путем масовних медија да се програм одликује континуитетом.

Масовни медији се могу употребљавати у едукацији грађана о природи и суштини криминалитета насиља, уз стално држање овог проблема на врх јавне агенде. Ипак, веома често новинари тражећи сензационалистичке вести, објављују чињенице о несвакидашњим убиствима, занемарујући убиства у породици, између пријатеља или познаника. Такође, мас-медији се користе ради информисања грађана о активностима локалне заједнице у погледу превенције насиља. На овај начин проширују се информације о тзв. анти-насилним локалним групама, разним едукативним пројектима и догађајима попут маршева против насиља. О школским и локалним програмима мера превенције против насиља се праве посебне емисије, које се емитују на тв станицама ради прикупљања додатних новчаних средстава. Емисије о школским и локалним програмима се не приказују на телевизијским станицама због финансијске помоћи, већ и због појачавања утицаја мера превенције из програма. Следећа употреба масовних медија се огледа у томе да се одговарајућим кампањама емитованим на телевизији врши притисак на законодавца и друге институције (полиција и судство) да се што ефикасније обрачунају са растућом стопом криминалитета насиља, уз примену неких алтернативних мера.¹¹

Као реакција на повећање стопе криминалитета насиља у Бостону је покренут програм под називом „*Boston Violence Prevention Project*“, при чему су постојале посебне области које су биле предмет фокуса – Роксбури и Јужни Бостон. Током трогодишњег периода локални медији су коришћени ради повећавања свести локалног становништва о томе да млади људи морају да науче како да се носе са конфликтним ситуацијама на ненасилан начин. У оквиру ове кампање бостонска агенција за маркетинг Hill, Holiday, Connors and Cosmopolos, заједно са Advertising Club of Greater Boston, је направила две телевизијске рекламе са темом „*Friends for life don't let friend fight*“. Фокус реклама је био на трагичним последицама туче и одговорности, коју имају пријатељи, за спречавање туче. Сценарио прве рекламе се састојао у томе што један младић стоји изнад тела свог мртвог друга, који је управо био погођен. Јадикуюћи због тога што је терао свог друга да се туче, он виче како није знао да други младић има пиштољ. Друга реклама се односила на ситуацију убијеног момка девојка, која њему рекла да је неки други момак долазио код ње. Медијска кампања је обухватала, поред емисија на телевизијама, и одређење поруке на радио станицама, као и штампање постере, брошура и мајица. Такође, водећи принцип спровођења превентивних мера у виду

¹¹ DeJong, W., *Preventing Interpersonal Violence Among Youth: An Introduction to School, Community and Mass Media Strategies*, National Institute of Justice, Chicago, pp. 42-43.

медијске кампање је био повећање значаја мера превенције, спроведених од стране школа и локалне заједнице. После једне године од почетка спровођења овакве медијске кампање, извршено је једно истраживање, које је показало да 43% адолесцената Бостона препознаје слоган „*Friends for Life*“. Једна од садашњих активности у оквиру медијске кампање против насиља међу младим људима је и рад на малој брошури под називом „*Friends High*“, која ће садржати начине, презентоване кроз једноставне приче, како да млади људи науче да реше своје проблеме, избегавајући употребу насиља.¹²

Слична медијска кампања о превенцији криминалитета насиља „*Violence Prevention Initiative*“ (VPI) спроведена је у Калифорнији почев од 1993. године. Кроз овај Програм, у којем је учествовало преко 18 различитих организација, подстицани су локални трговци одговарајућим спотовима да не врше промоцију алкохолних пића у циљу продавања истих деци. Такође, медијском кампањом вршен је притисак на савезну државу да онемогући лако набављање ватреног оружја. Треба напоменути да се у оквиру овог Програма пратило шта објављују локалне новине. Другим речима, анализирани су новински чланци о постојећим трендовима о криминалитету насиља, кривичном правосуђу, употреби ватреног оружја и програмима превенције. Циљ проучавања новинских чланака је био сазнавање адекватних чињеница како би волонтери овог Програма дали адекватан допринос у политичким дебатама. Волонтери VPI-а су консултовани о примени медијске стратегије о превенцији криминалитета насиља, при чему су се водиле расправе о правилном начину вођења разговора новинара ради прикупљања података о кривичним делима. Исто тако, волонтери су добили могућност да користе медије у циљу спровођења специфичне анти-насилне превентивне политике. Локални адвокати су пролазили одређене тренинге како би знали на који начин да одговоре новинарима на најизазовнија питања у вези насилних кривичних дела, чије извршиоце они бране. „Последица“ једног оваквог тренинга је добијање обучених и искусних адвоката, који се залажу за превенцију насиља.¹³

Године 1991. у округу Вејн у Мичигену покренута је медијска кампања „*Walk Away from Violence*“ од стране Департмана за јавно здравље. Полазна основа кампање је био став да јављање насиља у локалној заједници одговорност свих грађана. Створена да промени однос јавности према насиљу, медијска кампања је била заснована на веровању да насиље могуће избећи и спречити кроз појединачне и заједничке напоре. Спецични циљеви су се огледали у привлачењу пажње на проблем интерперсоналног насиља, уз повећање свести грађана да постоје посебне организације, које пружају помоћ

¹² DeJong, W., op. cit., pp. 50.

¹³ *Violence Prevention Initiative*. Видети: <http://www.bmsg.org/proj-violence-prevention.php>, приступ 15.10.2011. године

код случајева насиља. Ипак, како су млади људи највише укључени у примену насиља, па и оних са најтежом последицом, посебан циљ је био скретање пажње младих људи да постоје алтернативни начини решавања конфликта. На спровођење медијске кампање потрошено је укупно 125 хиљада долара како би се одговарајуће анти-насилне рекламе биле емитоване у највише гледаним телевизијским терминима. Касније, локалне тв станице су пуштале ове рекламе без одговарајуће новчане надокнаде. У оквиру кампање одштампано је преко 10.000 постера, који су дистрибуирани у средње школе и полицијске станице. За све потребне информације о превенцији насиља уведена је посебна телефонска линија. Током тромесечног периода било је око 100 позива људи, као што су професори, свештеници и и други, који су били заинтересовани да се укључе у ову кампању. Истраживање о ефектима медијске кампање, спроведено случајним одабиром 300 особа мушког пола старости од 14 до 20 година, је показало да само нешто мање од једне трећине је могло да опише телевизијске спотове. Међутим, када су их истраживачи подсетили о садржају анти-насилних тв спотова, њих 90% је могло да опише суштину тога шта си видели.¹⁴

Такође, једна медијска кампања против криминалитета насиља покренута је као последице вршења пљачки, физичких напада и убистава на концерту реп музике 10. септембра 1987. године на Лонг Ајленду. Медији су окривили за вршење ових кривичних дела људе, који слушају реп музику, у којој се пропагира насиље. Музичка индустрија је увидела да је потребно сачувати углед реп музике, али и радити и на превенцији насиља кроз ту исту музику. Музички продуценти из Jive Records су урадили песму под називом „*Self-Destruction*“ и направили спот. Уједно, написана је књига „*Stop the Violence*“. Продавањем књиге и пуштањем музичког спота скупљена су финансијска средства (преко 200.000 америчких долара), која су донирана „*National Urban League*“ како би се подржала кампања против насиља Афро-Американаца. Куриозитет је чињеница да је песма пуштена на дан рођендана Мартина Лутера Кинга 1989. године. Песмом, њени ствараоци, су хтели да скрену пажњу младим људима црне пути да насиље води на крају ка самоуништењу. У реповању учествовали су најпознатији музичари овог правца тога доба попут: Heavy D, Kool Moe Dee, M. C. Lyte, Public Enemy, Young MC и други. Тескт појединих строфа песме гласи: „*We got ourselves together so that you can unite and fight for what's right. Not negative 'cause the way we live is positive. We don't kill our relatives. I heard a brother shot another. It broke my heart. I don't understand the difficulty, people love your brother, treat him as an equal. Do a crime end up in jail and gotta go cause you could do crime and get paid today. And tomorrow you're behind bars in the worst way.*“¹⁵

¹⁴ DeJong, W., op. cit., pp. 50-51.

¹⁵ *The Stop The Violence Movement Lyrics*. Видети: <http://www.lyricsondemand.com/s/stoptheviolencemovementlyrics/selfdestructionlyrics.html>, приступ 17.10.2011. године

Књига „*Stop the Violence*“ је садржала, поред текста песме, разлоге укључивања реп музичара у ову медијску кампању. Поред тога, у књизи су се налази циљеви, који су се желели постићи, статистика криминалитета насиља међу Афро-Американцима, утицај психоактивних супстанци на понашање људи и писма младих људи о насиљу. Исто тако магазин „*Word up!*“ се укључио у кампању, објављивањем текстова о дрогама. Као део медијске кампање „*National Urban League*“ је покренуо акцију „*National Stop the Violence Awareness Week*“. Овом акцијом се у неколико наредних година промовисала идеја о другачијем начину реакције на насиље међу људима. Као део ове акције покренут је тзв. форум младих људи, који се састојао од окупљања и двочасовне шетње. На овај начин адолесценти су се упознавали са могућим улогама у елиминисању насиља.¹⁶

Школа и убиства

Конфликт и примена насиља, чак и са смртним исходом, део су нашег свакодневног живота. Суочени са проблемима млади људи често прибегавају насиљу, као методу решавања проблема, или превазилазе дате ситуације на тај начин што их избегавају, при чему код њих нагомилава страх и бес. Иако су ови одговори, по Роџерсу, природни, они су у дужем временском периоду неодговарајући и могу изазвати далеко теже последице.¹⁷

Млади људи морају научити да је неслагање са другим људима неизбежно и да решавање конфликта само по себи је немогуће. Због тога треба научити како деескалирати конфликт, управљати њиме и на крају га решити. Један од начина савлађивања ових вештина је спровођење одговарајућих програма превенције против насиља у школама. Мере превенције у школама морају имати подршку локалне заједнице. Да би програм превенције насиља, који се спроводи у школама, дао резултате, потребно је да учитељи, професори, администратори и друго школско особље прођу обуку о начинима решавања конфликта и медијацији, као једном од тих начина. Након учествовања школског особља на оваквим семинарима, може доћи до примене ових вештина и у учионицама, школском дворишту, теретани, ходницима, кафетерији и тако даље. Што већом употребом медијације у школама, она постаје део школске средине. Употреба ових вештина се проширује и на друге области, што даље доводи до превенције насиља.¹⁸ Тако је, истраживачица Алиса Хаусман је, заједно са својим колегама, покренула пројекат превенције насиља међу младим људима „*Violence Prevention Curriculum*“, у којем су вештине стечене у школи

¹⁶ DeJong, W., op. cit., pp. 52-53.

¹⁷ *The Journal of at-risk issues*, National Dropout Prevention Center and the National Dropout Prevention Network, USA, 2000, Volumes 7-9, pp. 34.

¹⁸ Schargel, F., Smink, J., *Strategies to help solve our school dropout problem*, Eye on education, Larchmont, 2001, pp. 220.

најважније за његову редукацију. Учесници Пројекта су посећивали одређена предавања, при чему су дискутовали о насиљу вежбајући одређене улоге. На часовима од 40 минута, студенти су учили одређене вештине, које им могу помоћи сутра у избегавању насилних ситуација. Упоређивањем ове групе студената са контролном групом увидело се да студенти, који су прошли курс, су 4 пута мање кажњавани у односу на студенте из контролне групе за насилно понашање.¹⁹

Веома интересантан програм мера превенције насиља, у којој је школа носилац таквих мера, је „*Resolving conflict creatively program*“ (RCCP) у којем је учествовало у Њу Јорку 70.000 студената из 180 школа. Основна карактеристика Програма је постојање тзв. студената медијатора. Они студенти, који буду изабрани јавним или тајним гласањем, пролазе тродневни интензивни курс, учећи при том како да активно слушају, рефлектују осећања, парафразирају оно што је свака страна рекла и да поставља питања како би стране постигле обострано прихватљив договор. У основним школама, обухваћеним пројектом, медијатори носе мајцу са видно обележеним знаком. Њихов задатак је да за време одмора и ручка мотре на друге ученике како би видели било какав знак будућег сукоба и примене (екстремног) насиља. Уколико се једна оваква ситуација догоди, студент медијатор прилази странама, питајући их да ли желе посредовање. Када сагласност постоји, они се повлаче у мирну просторију како би поступак медијације почео.

За разлику од основне школе, медијатори у средњим школама добијају информације у потенцијалним сукобима професора и ђака. Резултати спровеђена Програма су били импресивни. У пет школа, којима је спроведена евалуација, током 1988. и 1989. године, било је по 107 успешних медијација. Шире посматрано, у свим школама било је преко 1000 поступака посредовања, при чему је сигурно спречено на десетине сукоба, који би водили до примене насиља (можда чак и са смртних исходом). Исто тако, преко 80% професора и ђака је било уверено да је медијација успешан начин превенције конфликта и насиља.²⁰

Полазећи од искустава у Америци, наше школе треба да буду носиоци примене мера превенције против насиља. Наиме, насиље је свакодневна појава међу ученицима о чему најбоље сведоче подаци добијени од стране UNICEF-а.²¹ Ти сукоби често се преносе ради насилног разрешења сукоба и

¹⁹ Richard Robbins, P., *Anger, aggression, and violence: an interdisciplinary approach*, McFarlnad & Company, North Carolina, 2000, pp. 150-151.

²⁰ Richard Robbins, P., *op. cit.*, pp. 151-152.

²¹ “Истраживање спроведено од стране UNICEF-а помоћу упитника на 26,628 ученика од 3. до 8. разреда у 50 основних школа широм Србије у пролеће 2006. године показало је да је у периоду од три месеца 65.3% ученика, судећи по њиховим изјавама, доживело неки облик вршњачког насиља (проценти се зависно од школе крећу од 48% до 80%). Ако се анализирају случајеви поновљеног насиља, онда се 20.7% ученика могло класификовати у

ван школе, што у крајњем случају доводи до вршења екстремног насиља (убистава). Иако UNICEF у Србији спроводи пројекат по имену „Школа без насиља“,²² овај пројекат не предвиђа конкретан поступак за решавање одређених конфликта, који постоје како између ученика, тако и између ученика, са једне стране, и наставног кадра, са друге стране. Због тога је потребно радити на развијању пројеката, попут медијације у основним и средњим школама, јер примена укора, као санкције за насилно понашање у школи, показало сву своје неефикасност. Применом поступка медијације промовисао би се другачији пут реаговања на насиље међу малолетницима. Без обзира што би се медијација примењивала само у школама обухваћеним пројектом, медијација би подстакла ученике да не посезају за насилем приликом решавања сукоба не само у школама, већ и ван њих. Из овога као циљ спровођења медијације у основним и средњим школама могли бисмо да поставимо прихватање од стране ученика да своје међусобне несугласице могу решавати на један алтернативни начин, кроз разговор уз међусобно уважавање, без употребе насиља и оружја. Неопходни кораци, које је потребно предузети у циљу изградње поступка медијације, су:

1. Потребно је путем анкета о виктимизацији и анкета о самопријављивању утврдити стопу насиља у школама обухваћеним узорком. Анкету треба да саставе и спроведу стручна лица која су се раније бавила проблемом насиља у школи.

2. Психолози основних и средњих школа морају проћи обуку о медијацији која ће бити одржана од стране релевантних стручњака из области медијације. Успешним завршетком семинара психолози би добили диплому о оспособљености примене медијације у основним и средњим школама као реакције на насиље у школама.

3. Стручњаци за посредовање ће израдити правилник којим би се регулисао поступак медијације у основним и средњим школама. Такође, правилником би било предвиђено ко су надлежни психолози за спровођење медијације. Уколико поступак медијације не би довео до помирења између укључених страна у поступак медијације, спроводио

жртве, 3.8% у насилнике и 3.6% у жртве/насилнике. На насиље одраслих жалило се 35.7% ученика, а 42% ученика били су сведоци вербалне агресивности ученика према наставницима. Најчешћи облици вршњачког насиља били су вређање (45.6%) и сплеткарење (32.6%). Дечаџи су се нешто чешће од девојчица изјашњавали као насилници и нешто чешће су били изложени насиљу вршњака и одраслих. Старији ученици су чешће били насилни и чешће су се жалили на насиље одраслих, док су узрасне разлике у изложености насиљу биле минималне.” Попадић, Д., Плут, Д., *Насиље у основним школама у Србији – облици и учесталост*, Психологија, Вол. 40 (2), 2007. година, стр. 309.

²² Програм „Школа без насиља” у Србији. Видети: http://www.unicef.org/serbia/support_3041.html, приступ 29.10.2011. године

би се поступак изрицања санкција предвиђене одговарајућим актима школе.

4. Потребно је промовисати овакав концепт реакције на насиље у школи међу самим ученицима како би они увидели предност спровођења једног оваквог поступка.

5. Последњи корак у спровођењу овог пројекта се односи на саму примену поступка медијације од стране психолога као начина реакције на насиље у школи.

Поступак медијације је потребно спровести прво као пилот пројекат у једној основној и средњој школи, који би трајао годину дана. Због узраста ученика основне школе и због њихове немогућности да схвате поступак медијације, као кориснике овог пројекта из основне школе треба обухватити само ученике од петог до осмог разреда. Корисници поступка медијације из средње школе су сви ученици свих разреда средње школе обухваћене пројектом. Такође, постоје одређени предуслови, који морају бити испуњени. Први предуслов се односи на одабир једне основне и средње школе на територији града Ниша, које би потписале протокол о учешћу у овом пилот пројекту. Затим је у датим школама потребно обезбедити просторију у којој би се поступак медијације спроводио. Ангажовање стручњака, који би обучили психологе вештинама вођења поступка медијације, је последњи предуслов. Као ризик за успешно спровођење пројекта може се јавити неспремност ученика да пристану да буду учесници поступка медијације. Због тога је веома важно спровести ефикасну кампању преко које би се ђаци информисали да постоји један другачији начин решавања сукоба између њих и уједно би били информисани о предностима једног оваквог поступка.

Објективност, као један од кључних принципа за успешно спровођење поступка медијације, обезбедио би се тиме што би психолог, који је претходно прошао одговарајућу обуку при чему ради у основној школи, спроводио дати поступак у средњој школи, док би психолог из средње школе, руководио поступком медијације у основној школи. Након једногодишњег спровођења пројекта потребно је спровести анкете о виктимизацији и о самопријављивању како би се утврдила стопа вршњачког насиља и упоредила са резултатима предходне анкете. Такође, потребно је спровести анкету о томе шта ученици, који су учествовали у поступку посредовања, мисле о предностима и манана поступка медијације и да ли им је овај поступак помогао да примене дате вештине у избегавању насиља ван школе, приликом решавања свакодневних проблема и конфликта. Примена поступка медијације ће имати све услове да буде самоодржива, јер за наставак спровођења медијације у основним и средњим школама није потребно обучавати нове психологе и није потребно спроводити додатну кампању о предностима спровођења поступка медијације, након истека прве године спровођења пројекта.

Закључак

У Републици Србији до сада није покренута медијска акција у циљу промовисања начина превенције криминалитета насиља (убистава). Бројност масовних медија омогућава брзо слање порука да постоје алтернативни начини решавања сукоба. Због тога наша држава треба да усвоји такву медијску стратегију, у којој би промовисање ненасиља био један од задатака. Медијском кампањом, која даје добре резултате у превенцији криминалитета насиља, Република Србија би уштедела и велика новчана средства, јер цена коштања издржавања казна затвора за једног осуђеника по дану 15 евра.

Такође, школе, као носиоци процеса образовања, могу утицати на промену понашања деце и малолетника. Иако су спровођења истраживања у Србији о односу школе и насилног понашања, она се нису бавила могућношћу употребе школе као средства у превенцији криминалитета насиља. С тога је потребно да надлежно министарство донесе одговарајуће акте којим би се створила основа за овако нечим.

Darko Dimovski, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

The Policy of Counteracting Homicide

Summary

Being an integral part of criminal policy, repression does not seem to produce appropriate results either in reducing the overall crime rate or in diminishing criminal violence (such as, murder). For this reason, it is necessary to take appropriate action aimed at preventing the commission of these criminal offences, which may most efficiently be done by means of mass media and the educational system (schools). Starting from this assumption, the author focuses on the specific examples illustrating the use of mass media and schools in the prevention of violent crimes with lethal consequences.

Key words: *mass media, educational system (school), violent crime, murder*

РЕВИЗИЈА ПРОТИВ ПРЕСУДЕ – КРИТИЧКИ ОСВРТ НА НОВА ЗАКОНСКА РЕШЕЊА¹

Апстракт: Предмет рада је критички приказ појединих законских решења о ревизији против пресуде као и анализа одређених одлука Врховног касационог суда у вези овог правног лека. Акцент ће бити стављен на могућност изјављивања ревизије у неимовинским споровима, субјекте који могу да изјаве ревизију и правила о обавезном адвокатском заступању. Ауторка ће се, такође, осврнути и на нова законска правила у вези разлога за изјављивање ревизије и супсидијарни вид ревизије – посебну ревизију.

Кључне речи: ревизија, ванредни правни лек, инстанциони поступак, неимовински спорови.

Уводне напомене

Република Србија је, трећи пут у мање од десет година, извршила парцијалну реформу цивилне процедуре, а у намери да своја решења додатно хармонизује са препорукама Савета Европе и поступак учини ефикаснијим и економичнијим. Овом реформом нису уздрмани темељи парничног поступка, нити је битно промењена систематика процесног закона, већ су измењени поједини институти процесног права или уведена нека решења која домаће законодавство до сада није познавало.

Значајне промене препознају се у домену ванредних правних лекова. Поједини правни лекови измењени су у погледу услова за допуштеност и разлога из којих се могу побијати, други су изостављени из система правних лекова, а на место трећих дошао је нови правни лек.

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 пројекта је 179046).

Предмет овог рада биће поједина правила Закона о парничном поступку² која се односе на ревизију, ванредни правни лек чија су се обележја током историје југословенске и српске цивилне процедуре суштински мењала. Кроз промене у уређењу ревизије, могу се пратити ставови законодаваца о вишестепености у одлучивању, остваривању принципа правне сигурности, могућностима контроле законитости судских одлука и остваривању, међународним и домаћим актима прокламованог, права на правни лек.³ Ревизија је, пратећи Законе о парничном поступку и њихове измене из 1956, 1965, 1976, 2004. и 2009. године, трансформисана из редовног у ванредни правни лек, код кога су услови за изјављивање и разлози за допуштено мењани током времена, што је као последицу имало различит реалан домашај овог правног лека у пракси.⁴

Циљ овог рада није да детаљно представи сва обележја овог института, будући да та тема заслужује много више пажње него што у овом раду има простора, већ да скрене пажњу на поједине недоумице које се појављују у пракси и теоријске дилеме које заокупљају пажњу процесуалиста.

Карактеристике ревизије

Према актуелним правилима процесног права, ревизија је ванредан, ограничен, преклузиван, деволутиван и двостран правни лек.

Ревизија је ограничен правни лек јер се може изјавити само против одређених одлука и из тачно наведених разлога. Ревизија може бити изјављена само против правноснажних пресуда донетих у другом степену. Није дозвољено изјавити ревизију против пресуда које су правноснажност стекле већ у првом степену, у ситуацији када ниједна од странака није изјавила жалбу, или се одрекла права на изјављивање правног лека или је повукла већ изјављени правни лек. Поставило се питање да ли ревизију може изјавити странка која није напала

2 Закон о парничном поступку, „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, у даљем тексту и ЗПП.

3 Устав Републике Србије „Сл. гласник РС“ бр. 98/2006, чл. 36: Свако има право на жалбу или друго правно средство против одлуке којом се одлучује о његовом праву, обавези или на закону заснованом интересу; Универзална декларација о људским правима, усвојена 10. децембра 1948, чл. 8: Свако има право на делотворни правни лек пред надлежним националним судовима против дела којима се крше основна права која су му призната уставом или законима; Међународни пакт о грађанским и политичким правима „Сл. лист СФРЈ“ (међународни уговори) 7/71, чл. 14. ст. 5: Свако ко је оглашен кривим за неко кривично дело има право да његову кривицу и осуду размотри виши суд у складу са законом. Закон о ратификацији Конвенције о заштити људских права и основних слобода, „Сл. лист СЦГ“ (међународни документи), чл. 13: Свако коме су повређена права и слободе предвиђени у овој Конвенцији има право на делотворан правни лек пред националним властима, без обзира јесу ли повреду извршила лица која су поступала у службеном својству.

4 Опширније: Ракић - Водинелић В, Ревизија против пресуде (докторска дисертација), Београд, 1981; Адамовић А, Тенденције у развоју ревизије у српском грађанском процесном праву, у: Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 56, Ниш, 2010, стр. 253 – 271.

првостепену пресуду, ако је жалба противне странке одбијена.⁵ Преовлађује став да нема законских ограничења да и ова странка, иако није искористила редован правни лек који јој стоји на располагању, изјави ревизију.⁶ Сагледавајући актуелно законско решење, заиста нема никаквих ограничења, те нема видљивих препрека да се изјави ревизија.

Ипак, ако се проблем сагледа мало шире, може се поставити и питање злоупотребе процесних овлашћења у парничном поступку.⁷ Питање је да ли парничар може да употребљава сва правна средства које му закон ставља на располагање за остваривање његових права или за одбрану од противникових захтева, а да се при томе од њега не може тражити да положи рачуне о

5 Ова дилема постоји само у следећем примеру за илустрацију: тужилац је истакао тужбени захтев за исплату поражавања од 800 000 евра. Тужбени захтев усвојен је у делу од 101 000 евра а одбијен у делу од 699 000. Само је тужилац изјавио жалбу, а другостепени суд је потврдио првостепену пресуду. Ревизију је онда изјавила тужена странка, и то искључиво због погрешне примене материјалног права, апсолутно битне повреде одредаба парничног поступка или погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, када је то посебним законом дозвољено. У случају да је тужени изјавио ревизију због битних повреда одредаба парничног поступка које су учињене у другостепеном поступку, ова дилема је беспредметна. Исто важи и за ситуацију када је другостепени суд преиначио првостепену пресуду у корист тужиоца.

6 Познић Б, Ракић - Водинелић В, Грађанско процесно право, Београд, 2010, стр. 418 – 419; Мандић Љ, Ревизија против пресуде, у: Зборник радова Правног факултета у Приштини, Приштина, 1996, стр. 190; Кеча Р, Грађанско процесно право, Београд, 2012, стр. 354. У литератури се, пак наводе и ставови и пресуде судова у којима се заступа супротно становиште. Тако, странка која није изјавила жалбу нема право на ревизију против пресуде којом је жалбени суд одбио жалбу њезиног противника (ВсМ Рев 82/84 – СП 6/84-51, наведено према Triva S, Dika M, Грађанско парнично процесно право, Zagreb, 2004, str. 720 или Закључак бр. V на саветовању врх. судова, 14. и 15. 9. 1983, ЗСП 1984/48, стр. 57, бр. 4677, наведено према Познић Б, Ракић - Водинелић В, *ibid*, уз напомену аутора да је пракса напустила ово становиште) Занимљиво је да поједини аутори наводе исту референцу (Познић Б, Ракић - Водинелић В, Грађанско процесно право, Београд, 2010, стр. 418) да би поткрепили супротан став, вероватно имајући у виду навод „у погледу овлашћења за изјављивање, ревизију може да изјави странка, под условом да, према другостепеној пресуди, није успела у спору (ако је спор имовински, онда да није успела за иснос виши од ревизијске суме) и под условом да није одустала од изјављене ревизије“ (Референца наведена према Палачковић Д, Ванредна ревизија – или ревизија по допуштењу, у: Правни живот, бр. 12, 2010, стр. 71). Аргумент за став да је ревизија недозвољена јесте недостатак правног интереса за њено изјављивање (Познић Б, Коментар Закона о парничном поступку, Београд, 2009, стр. 954, наводи се као мање убедљиво становиште).

7 Злоупотреба права у грађанском процесном праву јесте коришћење једног овлашћења, једног формалног законског прописа, у другом неком циљу, а не у ономе у коме је то овлашћење било дато титулару, односно у коме је законски пропис био донет (Марковић М, Злоупотреба права у грађанском парничном поступку, у: Архив за правне и друштвене науке, Београд, 1937, стр. 55).

томе на који их је начин и у ком циљу употребио?⁸ У литератури се наводи да странка, да би „беспрекорно вршила процесна овлашћења“, мора најпре да верује у објективну исправност интереса чијој заштити та радња треба да послужи.⁹ Да је веровала у неисправност првостепене одлуке, странка је могла да искористи правно средство које јој стоји на располагању - редован и, још важније, неограничен правни лек у коме је могла да истиче материјалне, материјалноправне и процесне повреде. Пропуштајући да изјави правни лек, странка се, у неком смислу, и конклюдентно сагласила са донетом одлуком. Када је одлука већ постала правноснажна, странка је, незадовољна тек другостепеном потврђујућом одлуком одлучила да поднесе ревизију. Овакво понашање странака може довести до слабљења поверења у правосудни систем и отворити врата редовној тростепености у суђењу.

Решење законодавца, или прецизније, непостојање јасног решења, донекле чуди, имајући у виду његову интенцију да ограничи изјављивање ревизије постављањем високог имовинског цензуса, обавезом адвокатског заступања и најновијим ограничавањем разлога за изјављивање ревизије. Сматрам да би, *de lege ferenda*, ово питање требало да се регулише на експлицитан начин, имајући у виду недоумице и опречна схватања која изазива.

Законодавац остаје доследан у одређивању ограничења *rationae valoris* за одређене спорове, те прописује да ревизија није дозвољена у имовинскоправним споровима када се тужбени захтев односи на утврђење права својине на непокретностима или потраживање у новцу, на предају ствари или извршење неке друге чинидбе, ако вредност предмета спора побијеног дела не прелази динарску противвредност 100 000 евра по средњем курсу Народне банке Србије на дан подношења тужбе.¹⁰

У процесној литератури заузето је становиште да је, што се неимовинскоправних спорова тиче,¹¹ ревизија увек допуштена, осим када је изричито забрањена.¹² Иако се може сматрати да је то јасно и неспорно питање,

8 Ibid, стр. 50.

9 Марковић М, Основна начела парничног поступка, Нови Сад, 1977, стр. 147.

10 О једном песимистичном начину на који би се одредбе о ревизији могле тумачити, а по коме би ревизија била допуштена само када је то посебним законом одређено и у имовинскоправним споровима када вредност предмета спора прелази 100 000 евра, а коју сама ауторка назива „законодавна подлост“, детаљније: Ракић - Водинелић В, Закон о парничном поступку Србије 2011, у: Правни записи, год. 2, бр. 2, 2011, стр. 551.

11 У литератури се може срести и мишљење да не би требало ни за један предмет, с обзиром на врсту спора, без имовинског цензуса прописати дозвољеност ревизије, већ да се уместо ревизије могу употребити неки други инструменти (нпр. социјалне политике, када је законско издржавање у питању)(Радованов А, Гласник Адвокатске коморе Војводине, књ. 63, бр. 4, 2003, стр. 133).

12 Ракић - Водинелић В, Ревизија против пресуде (докторска дисертација), op. cit, стр. 131 – 133; Петрушић Н, Симоновић Д, Коментар Закона о парничном поступку, Београд, 2012, стр. 756.

ипак бих се сложила са констатацијом да „не би било сувишно да је законодавац то сасвим одређено рекао“.¹³

Одређујући да је ревизија увек допуштена према правилима појединих закона, законодавац је одређеним врстама спорне ствари дао посебан друштвено политички значај. У тим правним стварима, чак и ако вредност предмета спора не прелази 100 000 евра, а тужбени захтев се односи на одређено потраживање, предају ствари или неку другу чинидбу на пример, ревизија је увек дозвољена. Законодавац је, дакле, у овим парницама дерогирао одредбу по којој је неопходно да вредност предмета спора прелази 100 000 евра.

Стиче се, пак, утисак, да пракса није најбоље разумела сврху допуштења ревизије у одређеној врсти парница. Из појединих одлука Врховног касационог суда види се да се ова одредба о допуштености ревизије остаје мртво слово на папиру. Тако, одлукама *Рев 146/12*¹⁴, *Рев 1292/11*¹⁵ и *Рев 306/11*¹⁶ ревизија је у медијским парницама за накнаду штете одбачена као недопуштена јер вредност предмета спора не прелази 100 000 евра, иако је Законом о јавном информисању она у овим парницама увек допуштена. У образложењу одлуке чланови већа се уопште нису позвали на Закон о јавном информисању,¹⁷ иако су подносиоци ревизије то учинили, већ само на Закон о парничном поступку. Своју одлуку образложили су тиме да према општим правилима парничног поступка ревизија није дозвољена када вредност предмета спора не прелази 100 000 евра.¹⁸

13 Ракић - Водинелић В, *ibid*.

14 Тужиља А.А. тужила је новинарку Б.Б. и главног и одговорног уредник листа „Ц“ В.В. за накнаду нематеријалне штете настале услед објављене информације. Првостепени суд је делимично усвојио тужбени захтев и наложио туженима да тужиљи исплате износ од 200 000 динара на име нематеријалне штете због повреде угледа и части и накнаде трошкове парничног поступка. Другостепени суд је преиначио одлуку првостепеног суда, одбио тужбени захтев као неоснован и досудио тужиљи да накнади туженима трошкове парничног поступка. У току је поступак по уставној жалби.

15 Тужиља Г.Г. тужила је Д.Д. новинарку, главног и одговорног уредника листа „Ф“ Ђ.Ђ. и лист „Ф“ за накнаду нематеријалне штете настале као последица објављене информације. Првостепени суд одбио је као неоснован тужбени захтев тужиље, а другостепени суд потврдио је ову одлуку, а тужиљи је наложено да накнади туженима трошкове поступка. У току је поступак по уставној жалби.

16 Тужиоци Е.Е. и Ж.Ж. тужили су З.З. новинарку, главног и одговорног уредника листа „И“ Ј.Ј. и лист „И“ за накнаду нематеријалне штете настале као последица објављене информације. Првостепени суд одбио је као неоснован тужбени захтев тужиље, а другостепени суд потврдио је ову одлуку и тужиљи је наложено да накнади туженима трошкове поступка.

17 Чл. 89. Закона о јавном информисању, „Сл. Гласник РС“, бр. 43/2003, 61/2005, 71/2009 и 89/2010 – одлука УС и 41/20 11 – одлука УС.

18 Ситуација је још занимљивија када се има у виду да поводом овог члана Закона о јавном информисању постоји и сентенца Врховног касационог суда, да се у спору за накнаду штете по Закону о јавном информисању ревизија изјављује у року од 15 дана од

Да је законодавац имао такво значење норме на уму, он уопште не би прописивао да је у појединим парницама ревизија увек дозвољена. Уколико су то неимовинскоправне парнице, изјављивање ревизије би увек било допуштено, у складу са напред наведеним схватањем правних теоретичара, а ако оне имају имовинскоправни елемент, онда важи опште ограничење *rationae valoris*, што овим парницама одузима било какву изузетност.

Закон о јавном информисању само је један је посебних закона који прописује да је ревизија увек дозвољена.¹⁹ Овај закон, чак, не допушта изјављивање ревизији у свим парницама из области медијског права (нпр. у парницама за објављивање одговора на неистиниту, непотпуну или нетачно пренету информацију) али експлицитно дозвоља изјављивање ревизије управо у парницама за накнаду штете настале објављивањем, односно необјављивањем одређене информације. Слична се ситуација може догодити и у другим поступцима у којима се може тражити надокнада штете, као што су поступак за заштити од дискриминације према правилима Закона о забрани дискриминације²⁰ и Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом.²¹ Закон о парничном поступку из 2004. године, вођен критеријумом *rationae materiae*, таксативно је набрајао у којим парницама је ревизија дозвољена иако вредност предмета спора не прелази прописани износ.²² Овакво решење олакшава рад судијама са једне стране, али поставља нереална очекивања да се закон мења са сваком променом друштвених односа или посебних закона којима је ревизија допуштена. Изменама и допунама

дана достављања другостепене пресуде (Решење Врховног касационог суда, Рев. 1183/2010. од 11.5.2010. године).

19 Ревизија је, на пример, увек дозвољена у поступцима у вези са породичним односима, осима ако Породичним законом није другачије одређено (Чл. 208. Породичног закона, „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005 и 72/2011 – др. закон). Према чл. 227. ст. 2. овог закона, правноснажна пресуда у брачном спору не може се побијати ванредним правним лековима у погледу дела у коме је донета одлука о поништењу или разводу брака. Ревизија је, такође, увек дозвољена у парницама о споровима о заснивању, постојању и престанку радног односа (Чл. 441. ЗПП).

20 Чл. 41. Закона о забрани дискриминације, „Сл. Гласник РС“, бр. 22/2009.

21 Чл. 44. Закона о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом, „Сл. Гласник РС“, бр. 33/2006.

22 Закон о парничном поступку, „Сл. Гласник РС“, бр. 125/2004 и 111/2009, (у даљем тексту и ЗПП 04) чл. 394. ст. 4: Изузетно, ревизија је увек дозвољена: 1) у парницама о праву на издржавање или о праву на укидање издржавања; 2) у споровима о праву на накнаду штете убог изгубљеног издржавања услед смрти даваоца издржавања; 3) у имовинским споровима који настану из противуставних и противзаконитих појединачних аката и радњи којим се правна или физичка лица зависно од седишта, односно пребивалишта стављају у неравноправан положај на јединственом тржишту или на други начин нарушава јединство тржишта, укључујући и парнице о накнади штете која се тим проурокује; 4) у споровима због повреде ауторског права, заштите и употребе проналаска и техничких унапређења, узорака, модела и жигова, фирме или назива, као и у споровима из нелојалне утакмице и монополистичких понашања кад се не односе на имовинскоправни захтев.

ЗПП 04 из 2009. године, ова одредба је замењена одредбом да је ревизија увек дозвољена када је то посебним законом одређено.

Разлози за изјављивање ревизије

Ревизија се може изјавити због битне повреде одредаба парничног поступка, погрешне примене материјалног права, прекорачења тужбеног захтева, ако је та повреда учињена у поступку пред другостепеним судом и погрешно или непотпуно утврђеног чињеничног стања, када је ревизија допуштена посебним законом.²³

Битне повреде одредаба парничног поступка, када је о разлозима за изјављивање ревизије реч, могу се класификовати у три групе – оне које се могу истицати увек; друге, на које се подносилац ревизије може позвати под условом да су истицане у жалби, односно да су учињене у поступку пред другостепеним судом; треће, тзв. релативно битне повреде парничног поступка,²⁴ које су учињене у поступку пред другостепеним судом.

Подносилац ревизије може увек истицати да је одлучено о захтеву који не спада у судску надлежност, односно да је суд одбио да одлучује о захтеву за који је био надлежан.²⁵ То је уједно и једина процесна претпоставка о којој суд води рачуна по службеној дужности у току целог поступка, а у поступку по ревизији и кад странка није указала на ову повреду. Према ЗПП 04, спектар повреда због којих се безусловно могла изјавити ревизија био је далеко шири. Обухватао је све повреде због којих се могла изјавити жалба, осим оне да је суд одлучио о захтеву за који је стварно надлежан виши суд исте врсте, суд друге врсте, или ако је поводом приговора странака суд неправилно одлучио да је

23 Разликовање чињеничног и правног питања представља једну од дилема процесног права. У литератури се, као пример спорних питања, наводи да тзв. неодређени појмови и одмеравање накнаде штете слободном оценом представљају правно питање, а да су тумачења изјаве воље, садржина изјаве и воља странака чињенична питања (Познић Б, Ракић - Водинелић В, *op. cit.*, стр. 420 – 421). Одређивање садржаја неких правних норми има значај правног питања и изражава се као проблем њиховог тумачења, интерпретације, због којег је допуштено изјавити ревизију (Кеча Р, *op. cit.*, 2012, стр. 357). О овом проблему детаљно: Палачковић Д, Правно питање у поступку по ревизији пресуде парничног суда, у: Правни систем Србије и Стандарди Европске уније и Савета Европе, књ. 5, Крагујевац, 2010, стр. 203 – 219; Бодирога Н, Чињенично и правно питање у ревизији, у: *Анали*, год. 53, бр. 1, 2005, стр. 132 – 151.

24 Све процесне повреде могу се поделити у две групе: повреде одредаба парничног поступка које имају значај по самом закону (тзв. апсолутно битне повреде) и повреде одредаба парничног поступка које су битне по оцени суда (тзв. релативно битне повреде) (Станковић Г, Грађанско процесно право, св. 1, парнично процесно право, Ниш, 2010, стр. 489 – 490).

25 О апсурдности решења да повреда постоји ако је суд одбио да одлучује о захтеву за који је надлежан детаљно: Ракић - Водинелић В, Закон о парничном поступку Србије 2011, *op. cit.*, стр. 546 – 547.

стварно надлежан. Овако драстично сужење разлога за безусловно изјављивање ревизије може се довести у везу са тенденцијом законодавца да ограничи могућност изјављивања ревизије, кроз висок имовински цензус и смањен број разлога из којих се ревизија може изјавити.

Другу групу разлога чине битне повреде одредаба парничног поступка под условом да су истицане у жалби, односно да су учињене у поступку пред другостепеним судом. То нису све апсолутно битне повреде, већ је законодавац издвојио следеће, довољно значајне да се о њима одлучује у поступку по ревизији: ако је противно одредбама ЗПП суд донео пресуду на основу признања, пресуду на основу одрицања, пресуду због пропуштања или пресуду због изостанка; ако је противно одредбама закона суд одбио захтев странке да у поступку слободно употребљава свој језик и писмо или ако парнични поступак није вођен на службеном језику националне мањине иако су за то биле испуњене законске претпоставке; ако је одлучено о захтеву о коме је раније правноснажно пресуђено или о коме је раније закључено судско поравнање или је противно закону била искључена јавност на главној расправи. У контексту последњег наведеног ревизијског разлога, у теорији се наглашава да је значење искључења јавности са главне расправе као разлога за ревизију битно релативизовано непридавањем истог значења неодржавању расправе јер би се могло тврдити да повреде јавности не може бити ако није одржана расправа на којој треба бити зајемчена.²⁶ ЗПП 04 није посебно издвајао апсолутно битне одредбе парничног поступка које су од значаја само ако су истицане у жалби или учињене у другостепеном поступку.

Подносилац ревизије се може позвати, као и према ЗПП 04, на релативно битне повреде одредаба парничног поступка, само ако су учињене у поступку пред другостепеним судом. Суд више не води рачуна по службеној дужности да ли су у поступку биле испуњене поједине процесне претпоставке које се тичу странака.²⁷

26 Са друге стране, могло би се заступати и становиште да би се неодржавање расправе посредно могло санкционисати као разлог за ревизију тако што би се узело да је постулат јавности увек повређен кад није одржана јавна расправа. Прихватањем другог становишта онемогућило би се изигравање примене јавности у суђењу искључењем могућности да се другостепена пресуда побија због неодржавања расправе; то би становиште у већој мери јамчило остваривање Уставом и конвенцијама признатог права на јавност расправљања пред судом (Dika M, *Грађанско парнично право: правни лијекови*, Zagreb, 2010, str. 274).

27 Чл. 374. ст. 2. т. 9. ЗПП: Ако је у поступку као тужилац или тужени учествовало лице које не може да буде странка у поступку или ако странку која је правно лице није заступало овлашћено лице или ако парнично неспособну странку није заступао законски заступник или ако законски заступник, односно пуномоћник странке није имао потребно овлашћење за вођење парнице или за поједине радње у поступку, осим ако за вођење парнице, односно вршење појединих радњи у поступку није било накнадно одобрено.

Поступак по ревизији

У поступку по ревизији обавезно је адвокатско заступање. Ово правило представља одступање од принципа слободног адвокатског заступања, који је заступљен у највећем броју парница. Према ЗПП, пуномоћник може бити само адвокат. Изузетно, пуномоћник правног лица може бити дипломирани правник са положеним правосудним испитом, који је стално запослен у том правном лицу. У теорији се среће и мишљење да, осим адвоката, у поступку по ревизији странку која је правно лице може заступати и дипломирани правник са положеним правосудним испитом, уколико је стално запослен у том правном лицу.²⁸ Сматрам, ипак, да формулација „странку мора да заступа адвокат у поступку по ванредним правним лековима, изузев ако је сама адвокат“, која је место нашла одмах испод става о пуномоћницима – дипломираним правницима у правном лицу, отклања све недоумице, те да овој теоријској дилема нема места.

Ревизија се подноси суду који је донео првостепену пресуду. Тај суд одбацује неблагоприятну, непотпуну или недозвољену ревизију без одржавања рочишта. У закону су таксативно набројани разлози који ревизију чине недозвољеном.²⁹

Првостепени суд је дужан да у року од 15 дана, преко другостепеног суда, достави списе предмета Врховном касационом суду.³⁰

О ревизији одлучује Врховни касациони суд без расправе. Уколико одбије ревизију као неосновану³¹ због непостојања разлога због којих је ревизија изјављена или разлога на које пази по службеној дужности, суд неће детаљно образлагати пресуду ако закључи да то није потребно због тога што се у ревизији понављају жалбени разлози или кад се образлагањем ревизије којом се ревизија одбија не би постигло ново тумачење права нити допринело уједначеном тумачењу права.

²⁸ Радованов А, Закон о парничном поступку: критички приказ, објашњења и тумачења, Нови Сад, 2012, стр. 24.

²⁹ Чл. 410. ст. 2: Ревизија је недозвољена ако: 1) је ревизију изјавило лице које није овлашћено на подношење ревизије; 2) ревизија није изјављена преко пуномоћника; 3) је ревизију изјавило лице које је повукло ревизију; 4) лице које је изјавило ревизију нема правни интерес за подношење ревизије; 5) је ревизија изјављена против пресуде против које по закону не може да се поднесе (члан 403. ст. 1. и 3), осим из члана 404. овог закона.

³⁰ У досадашњој пракси дешавало се и да списи предмета стигну Врховном касационом суду и после годину дана од тренутка изјављивања, а из разлога који се у списима предмета не могу уочити (Стручни коментар – Правни инструктор: Новине у Закону о парничном поступку – „Сл. гласник РС“, бр. 72/2011).

³¹ Занимљиво је да се ревизија може и одбацити као недопуштена и одбити као неоснована. Када би се извела аналогија са тужбом и тужбеним захтевом, језички би било исправније рећи да је ревизија одбацује, а захтев истакнут у ревизији одбија.

Врховни касациони суд има касаторна и ревизиона овлашћења. Користећи касаторна овлашћења, Врховни касациони суд може решењем укинути у целини или делимично пресуду другостепеног и првостепеног суда или само пресуду другостепеног суда и предмет вратити на поновно суђење истом или другом већу првостепеног или другостепеног суда, односно другом надлежном суду.³² Друго касационо овлашћење јесте укидање донесене одлуке решењем и одбацивање тужбе.³³ Врховни касациони суд такође ће, у случајевима када је ревизија посебним законом дозвољена, а нађе да је чињенично стање погрешно или непотпуно утврђено, укинути другостепену пресуду и вратити предмет другостепеном суду на поновно одлучивање. Ова одредба представља новину у поређењу са ЗПП 04, а занимљива је и због тога што се предмет враћа другостепеном, а не првостепеном суду на поновно одлучивање.

Ревизиона овлашћења ревизијског суда уска су, имајући у виду чињеницу да он може преиначити побијану пресуду само ако утврди да је материјално право погрешно примењено.³⁴ Ако ревизијски суд нађе да је због погрешне примене материјалног права чињенично стање непотпуно утврђено и да због тога нема услова за преиначење побијане пресуде, решењем ће усвојити ревизију, укинути у целини или делимично пресуду првостепеног и другостепеног суда или само пресуду другостепеног суда и предмет вратити на поновно суђење истом или другом већу првостепеног, односно другостепеног суда.³⁵

Посебна ревизија

Закон о парничном поступку више не предвиђа две посебне врсте ревизије – жалбу са алтернативним предлогом за ревизијско одлучивање (директну ревизију)³⁶ и ванредну ревизију.³⁷ Директна ревизија је изостављена из новог закона, а одредбе о посебној ревизији (термин који користи законодавац) су модификоване у односу на ЗПП 04.

32 Чл. 415. ст. 1. ЗПП: Суд ће овако поступити ако утврди да постоји битна повреда одредаба парничног поступка из чл. 374. ст. 1. и 2. овог закона због које се ревизија може изјавити.

33 Чл. 415. ст. 2. ЗПП: Суд ће овако поступити ако је у поступку пред првостепеним или другостепеним судом учињена повреда из члана 374. став 2. тач. 2. и 10. овог закона.

34 Чл. 416. ст. 1, ЗПП.

35 Узима се да ова повреда постоји и кад је суд погрешно применио правила искуства (Петрушић Н, Симоновић Д, *op. cit.*, стр. 781).

36 Овај ванредни правни лек први пут је уведен 2004. године и показао се у пракси као неделотворан (Стручни коментар – Правни инструктор: Новине у Закону о парничном поступку, *op. cit.*).

37 Опширније: Палачковић Д, Ванредна ревизија или ревизија по допуштењу, *op. cit.*, стр. 69 – 83.

Посебна ревизија је изузетно дозвољена због погрешне примене материјалног права и против другостепене пресуде која не би могла да се побија ревизијом, ако је по оцени апелационог суда, односно Врховног касационог суда потребно да се размотри правна питања од општег интереса или правна питања у интересу равноправности грађана, ради уједначавања судске праксе, као и ако је потребно ново тумачење права. Дакле, посебна ревизија ограничена је само на погрешну примену материјалног права, и то само када постоји један од четири алтернативно постављена разлога. Посебна ревизија јесте супсидијаран правни лек, јер се може изјавити само ако нису испуњени општи услови за изјављивање ревизије против пресуде.

Новим Законом о парничном поступку детаљно је прописан поступак за изјављивање посебне ревизије. О допуштености посебне ревизије одлучује апелациони суд у већу од троје судија, а против решења којим се не допушта ревизија дозвољена је жалба Врховном касационом суду.

Закључне напомене

Без обзира што као правни лек већ дуго заузима значајно место у систему правних лекова, ревизија против пресуде и даље изазива бројне недоумице подједнако у правној теорији и судској пракси. Овај рад имао је за циљ да ако не разреши, онда бар покуша да шире сагледа неке од тих дилема.

Ревизија против пресуде је ограничен правни лек, јер се може изјавити само из одређених разлога и против одређених пресуда. Ипак, не постоје ограничења у погледу странака које могу да изјаве овај правни лек. Тако, ревизију може да изјави и странка која није изјавила жалбу на пресуду коју је другостепени суд, по жалби друге парничне странке, потврдио. У раду је разматрано да ли се ова ситуација може, у одређеном смислу, сматрати злоупотребом процесних овлашћења парничара.

Овај ванредни правни лек је увек дозвољен у неимовинскоправним споровима, а у имовинскоправним само када вредност предмета спора прелази законом утврђен износ. Ипак, анализа судске праксе показује да и у оним парницама за накнаду штете у којима је, према правилима посебног закона, ревизија увек дозвољена, Врховни касациони суд одбацује овај правни лек уколико нису испуњени и општи услови из Закона о парничном поступку.

У раду је посвећена пажња и правилима о обавезном адвокатском заступању странака, као једном од питања које је закупило пажњу теоретичара. Анализирани су и разлози за изјављивање ревизије и извршена компарација са разлозима који су постојали према ранијем Закону о парничном поступку.

Напоследку, представљена је и посебна ревизије, супсидијарна врста ревизије, која је у неколико модификована у односу на претходни Закон о парничном поступку.

Још увек је рано говорити о ефектима који ће се постићи најновијим изменама Закона о парничном поступку. Претпоставка је да је њима требало да се постигне већа ефикасност и економичност парничног поступка и раст поверења грађана у судски систем. На крају ће пракса, као евалуатор свих законских решења, показати колико је модел за који се законодавац определио заиста погодан за остваривање планираних циљева.

Andelija Adamović, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

***Judicial Review:
A Critical Commentary on the new Legal Solutions***

Summary

In this paper, the author provides an overview and a critical commentary on some legal solutions concerning the judicial review and analyzes some decisions of the Serbian Supreme Court of Cassation dealing with this legal remedy. The author focuses on the possibility of filing claims for judicial review in disputes on non-proprietary matters, the parties who may file a claim for judicial review and the rules on the obligatory legal representation in these proceedings. The author also looks into the new legal solutions governing the reasons for filing a claim for judicial review and elaborates on the subsidiary form of judicial review which implies subject-specific reasons for filing a claim for judicial review.

Key words: *judicial review, extraordinary legal remedy, second/third instance proceeding, disputes on non-proprietary matters.*

ПОРЕЗ НА КАПИТАЛНЕ ТРАНСАКЦИЈЕ: ПРЕДНОСТИ И НЕДОСТАЦИ ПРИМЕНЕ

***Апстракт:** Предмет анализе у овом раду јесте улога пореза на капиталне трансакције у смањењу финансијске нестабилности тржишта. У том смисли се најне разматра појам пореза на капиталне трансакције и његови модалитети. Потом се разматрају услови за имплементацију Тобиновог пореза, предности и недостаци у његовој примени и чињење конкретних предлога за побољшање његове економске ефикасности.*

***Кључне речи:** финансијска нестабилност, девизни курс, Тобинов порез, капиталне трансакције, економска ефикасност.*

Увод

Порез на капиталне трансакције се базира на идеји коју је још 1936. године предложио познати економиста Џон Мајнард Кејнс у виду малог пореза који би се примењивао на трансакције у оквиру Лондонског берзанског тржишта и то само на онај проценат спекулација којима се угрожава стабилност тржишта.¹ Он је настојао да спречи да Лондон доживи исту кризу као и Њујорк за време Велике економске кризе (1929-1933), па је стога предлагао увођење пореза који би предупредио евентуални слом берзе. Британска влада није прихватила Кејнзов предлог из разлога што у том периоду није постојала реална и логична потреба за увођењем оваквог пореза, али ова идеја постаје нарочито актуелна деведесетих година прошлог века. Ипак, његов предлог је и даље подједнако контроверзан.² У условима финансијске кризе, све се више

* Рад представља резултат истраживања на пројекту „*Заштита људских и мањинских права у европском правном простору*“ (бр. пројекта 179046), које финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

1 J. M. Keynes, *The General Theory of Employment, Interests And Money*, Macmillan, London, 1936., стр.158.

2 Уједињене нације су на Миленијумском самиту одржаном у септембру 2000. године, поставиле визију глобалног партнерства за развој, усмеравање и постизање одређених циљева.

истиче значај глобалних пореза за финансирање јавних расхода.³ Приликом увођења нових пореских облика у националне пореске системе увек се мора водити рачуна о постојећем пореском оптерећењу и чињеници да се порески обвезници осећају „*преопорезованим*“ (не сме се пробити граница апсолутног пореског лимита). Због постојања политичких потешкоћа за увођењем наднационалних пореза, морамо се запитати ко би уопште био субјекат глобалних јавних финансија или боље речено „*насцитурус*“? Уколико би се, на пример, у еврозони увели порези на девизне трансакције, шта би то значило за однос евро-долар? Ефикасност пореза на капиталне трансакције условљена је могућношћу измештања финансијске активности (што зависи од обима простирања домаће пореске јурисдикције).⁴ Што је шири обим пореске јурисдикције, могу се очекивати и већи приходи, с тим што треба напоменути да није нужно да све државе учествују у инкорпорирању новог пореза. Зато би истраживање требало усмерити у правцу увођења пореза на девизне трансакције у еврозони по умереној пореској стопи, без обзира на трошкове који би се односили на степен конкурентности.

1. Појам пореза на капиталне трансакције (Тобинов порез)

Тобиновим порезом се процентуално опорезује количина домаће валуте размењена у страну валуту, а његово увођење везује се за предлог чувеног америчког економисте Џејмса Тобина, као својеврсног начина „*стављања песка у точкове међународних финансија*“ у циљу њиховог успоравања и ублажавања

Тачније, 189 земаља чланица је усвојило „Декларацију о постизању миленијумских развојних циљева“ (Declaration of Millenium Development Goals). Од усвајања Декларације је учињен велики број покушаја да се испита и утврди финансијски аранжман неопходан за њену операционализацију. UN, Report of the High-Level Panel on Financing for Development (chair Ernesto Zedillo), New York, 2001. Превасходно се истиче значај глобалних еколошких пореза (нарочито оних којима се опорезују горива која у себи садрже угљеник и користе се директно или индиректно у авио-саобраћају) као и порези на међународне токове капитала којима се опорезују девизне трансакције (у финансијској литератури се овај порез сматра генусним појмом за опорезивање широког спектра трансакција дефинисаних као спотови, трампе, деривати и слично).

3 J. P. Landau, Les Nouvelles Contributions Financieres Internationales, Paris, 2004., p.183. Као алтернативни извори финансирања јавних расхода се помињу: специјална права вучења, која омогућују земљама чланицама ММФ-а релокацију средстава по потребама развоја; стварање Међународне Финансијске Установе (The International Finance Facility), предложеној од стране Британске владе као гаранта дугорочног развоја и помоћи; организовање светских лутрија, спровођених кроз националне системе и лиценциране домаће лутрије које би делиле удео у добити и смањење трошкова везаних за емиграције. Опширније: A. B. Atkinson, New Sources of Development Finance, Oxford Univesity Press, 2004., pp. 125-174.

4 A. B. Atkinson, op. cit., p. 562.

финансијске нестабилности на тржишту.⁵ Пореска основица би обухватила све оне конверзије домаће валуте у инострану, где би се као порески обвезници јавили учесници на иностраном девизном тржишту, сам порез би се плаћао у виду додатног трошка на обављене девизне трансакције.⁶ Тобин је свој предлог за увођењем новог пореза правдао постојањем спекулативних трансакција на девизном тржишту, за које је сматрао да су „главни узрок криза девизног курса у свету“.⁷ Наиме, велика мобилност капитала на финансијском тржишту поред низа компаративних предности, са собом повлачи и озбиљне недостатке, који се огледају у учесталим променама режима девизног курса. Те промене врло често нису благовремене и доводе у питању самосталност централне банке у креирању монетарне политике. Основни *ratio* Тобиновог пореза је да прошири и учврсти аутономију домаћих монетарних политика, што не зависи од његовог успеха у сузбијању финансијске нестабилности. Његова имплементација је условљена делањем водећих светских банака и карактеристикама пореских јурисдикција. Хипотетички његово увођење у порески систем би могло да се одвија на следећи начин: „*Пре свега требало би одржати једну значајну светску конференцију, нешто налик мини Бретон Вудсу у циљу постизања сагласности о битним елементима његовог законског бића. Администратор би наравно могао бити Међународни Монетарни Фонд, Банка за међународна поравнања или нека нова Агенција овлашћена од стране земаља потписница уговора. Њихова ингеренција би била да одреде пореску стопу де леге артис и обезбеде униформну примену пореза од стране свих земаља потписница. Такође би утврдили и пореске олакшице, које би морале бити оправдане ваљаним разлозима. Међународни Монетарни Фонд би услед тога био лишен неких својих битних овлашћења и замењен у одређеним пословима од стране регионалних европских режима, али би свакако требало да поздраве своје нове одговорности проистекле увођењем овог пореза“.*⁸

Тобин је давао предност прогресивном методу у расподели прикупљених прихода, тако да би земље у развоју задржавале највећи део пореског прихода прикупљеног на њиховој територији. Објашњење таквог дестинираног располагања приходом је у чињеници да се тако обезбеђује механизам њиховог неподривања глобалног пореског система и евентуалне

5 J. Tobin, *The Tobin Tax: Coping With Financial Volatility*, Prologue, In haq et al., Oxford University Press, 1996., стр.17.

6 J. Tobin, *The New Economics One Decade Older*, Princeton University Press, 1974., стр. 31-33.

7 J. Tobin, *A Tax International Currency Transactions*, Oxford University Press, 1994., стр.123.

8 J. Tobin, *A Currency Transaction Tax, Why and How?*, *Open Economic Review*, 7:493-499, 1996., стр. 66-67.

одлуке да не учествују у „оживотворењу“ Тобиновог пореза. Оптерећење које овај порез намеће је обрнуто пропорционално дужини трајања једне трансакције, што значи да што је краћи период обављања трансакције, веће је пореско оптерећење. На пример, Тобинов порез у висини од 0,25 центи подразумева да дводневни обрт капитала доноси годишњи порески приход од 365 центи, док у супротном случају, обрт капитала који генеришу трансакције које се обављају два пута годишње, доносе приход од само једног centa.⁹ Тобинов порез не мора бити уведен у пореским системима свих држава света, довољно је да га примењују оне земље које се сматрају највећим пореским центрима на истоветан начин. Тако је нпр. у 1998. години, више од половине свих трансакција у вези са кретањем капитала обављено на територијама Велике Британије и САД. Да би се спречило пореско планирање од стране пореских обвезника, неопходно је проширити пореску основицу са првобитно предложених спот трансакција на све финансијске деривате какви су уговори о фјучерсу, уговори о опцијама, форвард уговори. Неопходно је извршити даља истраживања у циљу одређивања оптималне пореске стопе, мада постоји генералан консензус о томе да она треба бити одређена тако да умањује могућност за вршење пореске евазије, па се предлаже да буде одређена у распону између 0,1 и 0,25 процената. И поред тога што основна функција трансакционих пореза није фискална (већ се огледа у смањењу степена финансијске нестабилности) приходи које он генерише нису занемарљиви. У време када се воде расправе о томе да ли је Међународни Монетарни Фонд у стању да обезбеди довољно средстава да се суочи са постојећим финансијским кризама то није занемарљива чињеница. На овај начин и оне државе које немају велики доходак пер цапита и у којима обим девизних трансакција није висок, Тобиновим порезом могу генерисати значајне приходе у свом буџету за попуњавање постојећих дефицита.

2. Модалитети пореза на капиталне трансакције

Енглески економиста *Span* је модификовао изворни Тобинов порез и предложио је увођење *двостепене пореске структуре*. То значи да би у нормалним тржишним условима требало наплаћивати *минималну* (можда и нулту) пореску стопу на све девизне трансакције, док би у условима када дође до искакања девизног курса изван унапред одређеног обима, требало наплаћивати тзв. *екстра пореске накнаде* што би смањило вршење спекулативних трансакција.¹⁰ Овај предлог двостепеног пореза на девизне трансакције се сматра идеалним

9 G. Bird, Time for Tobin?, New Economy IPPR, 1999., стр. 230.

10 P. B. Spahn, The Tobin Tax And Exchange Rate Stability, Finance And Development, IMF, Washington, 1996.

за земље у развоју које се опредељују за онај режим девизног курса у виду валутног одбора или режима доларизације тј. евроизације (чиме је независност домаће монетарне политике у великој мери релативизирана). У чему се огледа практично дејство изворног Тобиновог пореза? Основни принцип би био следећи: све док су дневне флукуације девизног курса мале, требало би примењивати благу пореску стопу. Уколико дневне флукуације прелазе утврђене вредности, требало би примењивати оштрију пореску стопу.¹¹ Овај принцип наликује Спановом предлогу двостепеног пореза. Ипак, он је сматрао пореску стопу треба одредити у дијапазону од 0,05 до 0,01 процената, из разлога што су банке једини економски агенти који предузимају трансакције на иностраном девизном тржишту. Како је провизија које банке наплаћују за међубанкарске трансакције на еуро-долар просечно у висини од 0,01 проценат и пореска стопа би требала бити на том нивоу, ако не и нижем.¹² Данас се стало на становиште да би пореска стопа ипак требала бити виша (најмање 0.1 проценат) из разлога што банке провизију наплаћују од клијената какве су моћне транснационалне компаније и рализите врсте фондова.

Пореска ослобођења би требало омогућити једино у случају када се као банчини клијенти појављују домаћинства и мале фирме, чије трансакције не прелазе унапред утврђени износ. Основна функција овако утврђеног пореза би била изразито фискална и према неким прорачунима на годишњем нивоу би омогућила убирање прихода у износу од 116 билиона америчких долара. Зато се од пореза на девизне трансакције очекује да ради на следећи начин: *“Пораст девизног курса домаће валуте изнад унапред утврђених норми не би инспирисао агенте да очекују будућа повећања, зато што они уочавају анулирајуће дејство Тобиновог пореза на тржишне радње, којима се та повећања проузрокују”*.¹³ Тако је нпр. присталица наметања новог пореза, економиста Харкерт сматрао да је његова основна улога да спречи доминацију било ког дела финансијског тржишта проузроковану спекулативним токовима капитала (који су непожељни из разлога што „искривљују“ цене), тако да они не одговарају слици економске стварности, па је тржиште осуђено на неуспех.¹⁴ Он је сматрао да је неопходно извршити сужење круга пореских

11 B. Jetin, op. cit., p. 56.

12 P. B. Spahn, On the Feasibility of Tax on Foreign Exchange Transactions, Report to Federal Ministry for Economic Cooperation and Development, Bonn, 2002., стр. 15-16.

13 P. Arestis, M. Sawyer, How Many Cheers for the Tobin Transaction Tax?, Cambridge Journal of Economics, 1997., стр.760.

14 G. C. Harcourt, Markets, Madness and a Middle Way, Capitalism, Socialism and Post-Keynesianism: Selected Essays, стр. 9-24.

обвезника у смислу да они учесници на тржишту који се баве легитимним пословним трансакцијама које побољшавају тржишне перформансе не треба да буду опорезовани. Ради се о категорији тзв. *правичних трговаца* насупрот *спекулативним*, чије активности не побољшавају учинковитост тржишта. Од Тобиновог пореза се очекује да редукује тржишне несигурности кроз промену очекивања учесника у трансакцијама. У складу са претходним то би значило да Тобинов порез остварује исту функцију као и политика држања *пруденцијалних резерви* од стране комерцијалних банака.¹⁵ Порези на девизне трансакције у земљи и иностранству могу бити ефикасни једино уколико се кумулативно испуне услови који се огледају у: пословању путем релативно лаког и јефтиног коришћења постојећих тржишних инфраструктура и мрежа; обухватању већине девизних трансакција на светском тржишту; и одређивању пореске стопе на релативно ниском нивоу чиме би се умањила дисторзивност и избегао ефекат претераног пореског оптерећења.¹⁶

Главна замерка на двостепени порез на међународне девизне трансакције је та да је пореска стопа превише висока за уобичајене тржишне активности, а прениска када се ради о озбиљним спекулативним нападима. Наравно, у идеалном свету Тобинов порез би могао да у потпуности уништи тржиште, јер би спречио препродају. Ова критика се данас не може прихватити. Пре свега, из разлога што су током седамдесетих и осамдесетих година прошлог века трансакциони трошкови били високи и нису представљали сметњу при обављању трансакција. Такође, у обзир се није узела чињеница да се начин функционисања девизног тржишта драстично променио у смислу смањења међудилерских трансакција.¹⁷ То смањење се објашњава процесом консолидације банкарске индустрије и напредовањем електронске трговине. Противници Тобиновог пореза као алтернативно и мање скупље решење предлажу увођење *капиталних контрола*. Али уколико наше амбиције ограничимо на оне пореске циљеве које је лако постићи, онда ће се наш обим амбиција повећати још више зато што наши противници као реакцију на ту контадикторност, почињу мање да дабатују о томе шта је политички и економски ефикасно решење у неолибералном свету.

15 R. Dodd, Improving Financial Markets-Regulatory Proposals to Dampen Disruptions and Deter Distortions, Conference on „ Alternatives to Neoliberalism“, Washington DC, 2002. У државама у којима у оквиру монетарне политике не постоји политика држања обавезних резерви (Велика Британија, Аустралија, Швајцарска), примењују се пруденцијалне резерве, које се такође држе на рачуну код централне банке и у функцији су очувања девизног курса.

16 R. Schmidt, Efficient Capital Controls, Journal of Economic Studies, 28/3, 2001., стр. 199-212.

17 R. Dodd, Lessons for Tobin Tax Advocates, The Politics of Policy and Economic Microstructure, 2003., стр. 177.

2.1. Порез на промет хартијама од вредности

Порез на промет хартијама од вредности (као један од модалитета Тобиновог пореза) поред неуспешне примене у Шведској, сличну судбину је доживео и у Великој Британији, где су власници капиталних средстава били дужни да приликом регистрације власништва плате ткз. „порез на маркицу“ (*tax stamp*). С обзиром на чињеницу да се овај порез примењивао само на тржишту спотова, а не и на тржишту фјучерса, утицао је на то да сви определе за фјучерсе у циљу избегавања своје пореске обавезе. Такође, велики проблем са овим порезом је била пропорционална пореска стопа у висини од 0.5 процената, која се примењивала на све финансијске инструменте, без уважавања њихових посебности.¹⁸ Да би порез на промет хартијама од вредности био успешан, неопходно је да он буде наметнут како у домаћој тако и у иностраној трговини. Сви порески намети морају бити одређени у складу са вредношћу пореског објекта (капиталних средстава) и у складу са свим постојећим трансакционим трошковима.¹⁹ Уколико се при опрезивању хартија од вредности испоштују поменути принципи, порез би био више него пожељан. Опорезивање у складу са начелом равномерности, могуће је постићи уколико се уведе диференцирано прогресивно опорезивање. То би се постигло уколико би се нпр. бондови (обвезнице), опорезивали по стопи од 0.01 проценат на годишњем нивоу, фјучерси по стопи од 0.02 процента према националној вредности опорезованих средстава, опције по стопи од 0.5 процената од висине премије, која се плаћа за опцију и свопови по стопи од 0.02 процента сваке године до истицања уговорног аранжмана.²⁰ Овај модел прогресивног опрезивања би био прихватљив и за пореско законодавство САД-а због велике издашности, тако да би свакако требало наставити рад на

18 R. G. Hubbard, *Securities Transaction Taxes: Tax Design, Revenue and Policy Considerations*, Tax Notes, 1993., стр. 985-1000.

19 R. G. Hubbard, *Securities Transaction Taxes: False Hopes and Unintended Consequences*, Irwin Professional Publishers, Chicago, 1997., стр. 25-57. Неки порески стручњаци Тобинов порез посматрају као својеврстан облик пореза којим се опорезовао профит банака. Банка за међународна поравнања (БИС) је у својим студијама које спроводи на сваке три године, везаним за учешће банака на на финансијском тржишту, потврдила да су оне заиста најмасовнији учесници са нешто више од 59 процента учешћа на целокупном тржишту. Иако је у одређеним временским периодима њихов удео склон осцилирању, оне су апсолутно најзначајнији актери тржишта. Међутим, сматра се да концепт Тобиновог пореза створен према моделу банака које се баве спекулацијама више не одговара слици која постоји у друштвеној стварности и да је као такав у светлу најновијих истраживања тржишта превазиђен. A. Mende, L. Menkoff, *Tobin Tax Effect Seen From the Foreign Exchange Markets Microstructure*, *International Finance* 6:2,2003., стр. 244.

20 R. Pollin, *Applying a Securities Taxes to the US: Design Issues, Market Impact, Revenue Estimates, Debating the Tobin Tax*, 2011., стр. 127.

његовом развијању, јер је у наметању Тобиновог пореза кључно прихватање од стране Америчког пореског законодавства.

2.2. Порез на међугранично кретање капитала

Порез на међугранично кретање капитала је у основи доста сличан „модерном“ Тобиновом порезу (којим се опорезују девизне трансакције), али се од њега разликује у следећим елементима: пореска основица је укупни прилив приватног капитала у земљи резиденства, што значи да се одлив истог капитала из земље не опорезује; опорезивање би се вршило у тренутку када се изврши трансмисија новчаних средстава у домаћу институцију од стране финансијске институције из иностранства, тако да би се порез обрачунавао у функцији $f(1-t)$, где f представља примљена новчана средства (пореску основицу), а t пореску стопу, а износ пореског дуга би се аутоматски уплаћивао на рачуне домаћих пореских власти. Порез који би се наплатио извозницима би био рефундиран, на основу истих процедура и потребних информација по којима се врши и рефакција пореза на додатну вредност за извознике; порез који би се плаћао на прилив дохотка, типа различитих дивиденди, накнада и репатријације профита би представљао основу за давање пореског кредита, на исти начин на који се то ради у систему пореза на доходак. Такође, и порез који би се плаћао на бази продаје основних средстава, било реалног или финансијског капитала би такође представљао основу за давања пореског кредита или повраћај плаћеног пореза на исти начин, као што је то наведено у претходном делу.²¹ Повраћај пореза и давање пореског кредита у систему пореза на међугранично кретање капитала, анулира недостатке Тобиновог пореза, али у погледу коначног сношења пореског терета нема разлике, јер је порески дестинатар идентичан (што значи да пореско оптерећење може утицати на смањење обима иностраних инвестиција).

За разлику од Тобиновог пореза који је *глобални*, претходно поменути порез је *националног карактера*, тако да би свака земља имала слободу да донесе одлуку о његовом увођењу уколико је то у складу са њеним националним интересима. Порез на међугранично кретање капитала не опорезује трансакције којима се врши одлив капитала из земље, јер тада не би постојала могућност повраћаја пореског износа и давања кредита, као што је то случај са трансакцијама којима се врши прилив капитала из иностранства. Без обзира на поменути разлог, економско оправдање опорезивања одлива капитала је слабије од оправдања опорезивања прилива капитала, зато што би ово прво само појачало „*симптоме болести које треба излечити*“ (финансијску нестабилност), више него што би допринело

21 H. H. Zee, Sending Short-Term Capital Inflows Through With Holding Tax, Tax Note International, vol. 21, 2000., стр. 381-387.

решавању проблема.²² Наравно, ни овај порез није савршен. Пре свега, он може створити одређене административне проблеме везане за његову примену, јер не региструје оне приливе капитала који се одвијају изван формалних финансијских токова (што може представљати велики проблем) јер су у неким земљама такви приливи капитала доминантни, па се може избећи измирење пореске обавезе. С обзиром на све поменуто, можемо увидети да би примена овог пореза који можда представља „*прву степену*“ која се мора прећи на путу ка увођењу Тобиновог пореза у пуном облику била једноставнија и мање захтевна у правном и економском погледу. Треба узети у обзир и чињеницу да су актери финансијског тржишта врло креативни у стварању иновативних решења када се ради о заобилажењу пореских обавеза. То значи да пореске власти морају континуирано пратити све иновације на финансијском тржишту (нарочито када је реч о *интернет пословању*) што је сфера која је још увек недовољно опорезована због постојања практичних разлога, а који се огледају у потешкоћи опорезивања кибернетског простора.²³

Недостаци примене пореза на капиталне трансакције

Критичари као главни проблем примене Тобиновог пореза истичу његову дисторзивност (промену у понашању пореских обвезника).²⁴ Неки аутори сматрају да би овакав порез заправо скренуо пажњу од много ефективнијих начина у решавању проблема нестабилности на тржишту, те се не може сматрати оптималним инструментом.²⁵ Амерички економиста *Дејвидсон* у том светлу преиспитује Кејнзову теорију, према којој трансакциони трошкови амортизују финансијску нестабилност.²⁶ По његовом мишљењу, ови трошкови пре продубљују нестабилност него што је регулишу. У својој критици, он истиче да је главна функција финансијских тржишта да обезбеде ликвидност и да су тржишта на којима не постоје излазне баријере стабилнија од других, али и да смањење броја девизних трансакција није решење за финансијску нестабилност (јер се тако повећавају трансакциони трошкови).

22 B. Eichengreen, *Toward a New Financial Architecture: A Practical Post-Asia Agenda*, Washington DC, Institute for International Economics, 1999., стр.13.

23 I. M. Werner, *Comment on Some Evidence That the Tobin Tax on Foreign Exchange Transactions May Increase Volatility*, *European Finance Review*, 7, 2004., стр. 511-514.

24 K. Erturk, *Why the Tobin Tax Can Be Stabilizing*, Working paper No. 336, University of Utah, Department of Economics. Доступно на: <http://www.uoa.us/html124>.

25 L. Taylor, J. Eatwell, *Globale Finance At Risk: The Case of International Regulation*, New York, The New Press, 2000., стр. 93.

26 P. Davidson, *Efficiency and Fragile Speculative Financial Markets: Against the Tobin Tax and for a Credible Market Maker*, *American journal of economics and sociology*, 57:4, стр. 639-662.

Иако је делимично био у праву, чини се да у обзир није узео сав потенцијал Тобиновог пореза, превасходно у сегменту којим порез негативно утиче на брзину којом учесници на тржишту прилагођавају цене. Оставимо по страни питање да ли је такав порез сам по себи довољан да смањи прилике за вршење спекулативних трансакција или се мора удружити са другим фискалним инструментима у тој борби.²⁷

Разлози због којих се сматра да се Тобинов порез не може применити можемо сумирати у следеће: девизно тржиште је у великој мери децентрализовано, недовољно регулисано, иновативно и изузетно динамично.²⁸ За увођење пореза неопходан је политички консензус, али неке државе би се тешко одрекле свог статуса „пореских оаза“. Чак и уколико би се порез увео на глобалном нивоу, било би изузетно тешко наплаћивати и прикупљати средства. Амерички економиста *Фридман* је сматрао да спекулатори заправо настоје да стабилизују тржиште кроз рационалну ценовну арбитражу и да тиме допринесе ликвидности капитала. Када су цене испод њиховог равнотежног нивоа (правичне вредности), тржишни учесници ће донети одлуку о куповини у циљу њиховог подизања на равнотежни тржишни ниво, а када су цене изнад равнотежног нивоа, они доносе одлуку о продаји у циљу њиховог спуштања на ниво еквилибријума.²⁹ Критичари, такође, истичу да би се наменским коришћењем одступило од начела општости пореских прихода и поставља се питање ко би контролисао такво дестинирано трошење средстава. Ипак, како говоримо о специјалном пореском инструменту одступање од начела општости се чини оправданим.

Увођење овог пореза у *Шведској* само је још више повећало нестабилност тржишта капитала, док је примена трансакционих пореза на промет хартија од вредности у циљу смањења нестабилности берзанског тржишта имала нежељени ефекат у виду смањења укупног броја трансакција.³⁰ Највећи противници увођењу Тобиновог пореза биле САД због свог потенцијала да равномерно расподелу порески терет између свих земаља у свету.³¹ Сматрало се да је „овај порез у супротности са струјом плиме у оквиру које

27 P. Davidson, Are Gains of Sand in the Wheels of International Finance Sufficient to do the Job When Boulders Are Often Required?, *Economic Journal*, 107:442, 2009., стр. 671-686.

28 R. Schmidt, „Is Tobin tax practicable?“, *International Development Research Centre Government of Canada*. Доступно на: <http://www.halifaxinitiative.org/hi.php/Tobin/71>

29 M. Friedman, *The Case for Flexible Exchange Rates*, *Essays in Positive Economics*, University of Chicago Press, 1953.

30 S. R. Umlauf, *Transaction Taxes And Behaviour of Swedish Stock Market*, *Journal of Financial Economics*, No.33, 1993., стр. 227-240.

31 K. Erturk, *On the Tobin Tax*, *Review of Political Economy*, Volume 18, No. 1, 2006., стр.71.

се одвијала либерализација финансијских токова, глобализације и умањења фискалних оптерећења у циљу постизања општег друштвеног благостања³². Неразумевање пореског система САД-а за наметање трансакционих пореза и не треба да изненађује с обзиром на то да би највећи део пореског терета поднели управо домаћи порески обвезници (*мултинационалне компаније*). Тобинов порез би поред своје основне функције да умањи финансијску нестабилност, допринео и остваривању начела вертикалне правичности што би значило и да порески обвезници са већом економском снагом поднесу већи део пореског терета на својим „плећима“. Како би се највећи део правно-економског чињеничног стања обухваћен основицом Тобиновог пореза одиграо у привредном саобраћају САД-а њихов отпор се и могао очекивати. Противљене је произилазило и из схватања да би примена трансакционог пореза повећала премију на ризик, што би значило да уколико је виша премија, виша је потенцијална финансијска нестабилност. То се објашњавало чињеницом да би цене финансијске опреме брже падале (расле) у условима кризе (опоравка), пре него што би учесници на тржишту донели одлуку о куповини (продаји) средстава.³³ Данас се овај аргумент не може прихватити, јер се истиче да Тобинов порез не може да има лош утицај на општи системски ризик, који на тржишту акција постоји (независно од броја и волумена трансакција) већ да се његов утицај огледа само у смањењу посебног ризика, који такође одређује цену акција.³⁴ У складу са теоријом оптималног опрезивања, наметање Тобиновог пореза биће оправдано у случају када је његов утицај на обављање трансакције умерен, јер ће тада отпор пореских обвезника плаћању пореза бити незнатан (*због нееластичне*

32 K. Raffer, *The Tobin Tax: Revising Discussion*, World Development, 26, 1998., стр. 529-538.

33 P. L. Bernstein, *Stock Market Risk in a Post Keynesian World*, Journal of Post Keynesian Economics, 21, 1998., стр. 15-24.

34 K. Erturk, *op. cit.*, стр. 73 У вези са претходно наведеним, можемо разликовати спекулације на девизном тржишту које се сматрају „уобичајеним“ и спекулације које утичу на депресијацију девизног курса и врло често су повезане са финансијским кризама. Значај спекулација (посматраних у краћим временским интервалима) на девизном тржишту се најбоље може разумети на основу истраживања спроведеном у Великој Британији међу овлашћеним дилерима иностраних девиза. Том приликом су учесници требали да издвоје најзначајнији фактор који утиче на кретање девизног курса, а као исти су означили претеране реакције купаца девиза у вези са најављеним очекивањима као и тзв. „ефекат вагона“ (bandwagon effect), који значи да сваки од учесника на девизном тржишту прати реакције другог учесника, без неког нарочитог разлога, осим прости чињенице да први учесник нешто предузима. Тада се дошло до закључка да спекулације заправо повећавају степен правичности за 81 проценат и унапређују ефикасност тржишне структуре за 74 процента! Y. Cheung, M. D. Chinn, *Currency Traders and Exchange Rate Dynamics, A Survey of the U. S. Market*, University of California, Department of Economics, Santa Cruz, 2000., стр. 15-21.

тражње) па ће прикупити велики износ прихода. Сматра се да и у случају када је његов утицај на трансакције снажан и повећава отпор измирењу пореске обавезе, издашност прихода и даље постоји (из разлога што се смањује нестабилност проузрокована спекулацијама, а сам порез доприноси елиминисању негативних екстерналија у складу са *пигувијанском теоријом*).³⁵ Порески обвезници настоје да избегну плаћање пореза кроз супституцију предмета опорезивања и тзв. „*куповину пореских јурисдикција*“ (*shopping jurisdiction*). Од круцијалног је значаја да водеће земље чланице ЕУ започну са иницијативом за увођење пореза, али остаје питање шта је са пореским рајевима. Решење за проблем пореских рајева постоји. Најпре, уколико су већ они толико атрактивни, зашто су главни финансијски центри лоцирани у пет најразвијенијих земаља света, заједно са Сингапуром и Хонг-Конгом? Из разлога што је географска распрострањеност и даље веома битна. Финансијски центри су природни монополи, који траже развијену инфраструктуру, адвокате, пореске саветнике, компјутерске инжењере и друге стручњаке. Такође, сви финансијски центри захтевају да су у близини политичких центара моћи.³⁶

Противници Тобиновог пореза истичу да он представља лошу идеју и да „усхићење“ које међу некима влада о његовој функцији, произилази само из чињенице да су Џејмс Тобин и Кејнз дали велики допринос економској науци. Сматра се да уколико већ постоји могућност да се довољно политичке моћи мобилише у циљу етаблирања споразума о опорезивању финансијског

35 T. I. Palley, *Speculation and Tobin Taxes: Why Sand in the Wheels Can Increase Economic Efficiency?*, *Journal of Economics*, Vol. 69, 1999., стр. 113-126.

36 Управо због тога, поменути трансакциони трошкови одређују зашто је Лондон, један од најскупљих градова у свету и најутицајнији финансијски центар. Други разлог је тај што је трансакција девизама, присутна у свим земљама, чак и оним са „благим пореским климама“. Тако нпр. када се трговци договоре да се трансакција обави у америчким доларима, трансфер средстава из једне банке на територији САД-а ка другој банци на истој територији се врши независно од тога што је уговор закључен у Сингапур. Уколико америчка банка измести своје седиште на Кајманска острва, трансакције које она одатле врши остају на територији земље резиденства пореског обвезника (тј. у поменутом примеру на територији САД-а). Кореспондентска банка ће извршити трансфер у земљу резиденства кроз систем CHIPS, који представља најсигурнију клириншку кућу у САД-у, која гарантује сигуран трансфер. European Central Bank, *Bluebook*, June 2001. Доступно на: <http://www.Ecb.com/html/78>. Кореспондентска банка је уговорни аранжман у коме једна банка врши плаћања и пруже друге услуге другима банкама у име и за рачун једне банке. Кореспондентска банка се сматра „виталним органом“ пореских рајева. Без њих оне би представљале само празну шкољку, јер у пореским оазама не постоји неопходна инфраструктура за приступ легитимним финансијским системима. C. Levin, *Correspondent Banking: A Gateway to Money Laundering*, Report of the Minority Staff of the Permanent Subcommittee on the Investigations, United States Congress.

тржишта, циљеви морају бити много амбициознији, а не да се сведу на само на опорезивање капиталних трансакција. Велики проблем везан за примену Тобиновог пореза тиче се његове ефикасне примене, која подразумева његову неутралност на свим сегментима финансијског тржишта, почев од тржишта хартије од вредности преко тржишта деривата, до тржишта осталих изведених финансијских инструмената.³⁷ Критичари сматрају да су трошкови које његова примена доноси већи од користи. Сматра се да фискална издашност није од толиког значаја, јер у развијеним земљама света постоји значајан укупни износ убраних пореских прихода, али је проблем њихово правилно усмеравање и коришћење. Иако се у многим студијама указује да би он на годишњем нивоу донео чак 200 билиона америчких долара, то представља свега један проценат укупних пореских прихода у свету. Зато је помало наивно закључити да би тај додатни 1 проценат пореских прихода које би Тобинов порез омогућио био утрошен на другачији начин од преосталих 99 процената укупних пореских прихода.³⁸ Једна од можда најозбиљнијих замерки везаних за успешну примену Тобиновог пореза долази услед испуштања из виде једне веома значајне чињенице везане за постојање *картела* на тржишту, Наиме картели као забрањени споразуми привредних субјеката у циљу избегавања одређених владиних мера (често

37 S. R. Umlauf, Ibid. Трансакциони порез за многе пореске стручњаке представља лошу политичку, административну и економску идеју Анкетна комисија немачког парламента је својевремено утврдила да постоје озбиљни практични и политички проблеми за примену овог пореза, слично као и студија Европског парламента која је изразила озбиљну сумњу за уводјењем овог пореза и његову делотворност. BMF, Darstellung und Kritishe Beurteilung der Tobin-Steuer, Enquete-Kommission, Arbeitsgruppe Finanzmarkte, 14/86, BMF/IXA 1, 2000. У том смислу се истиче да би негативне екстерналије које глобализација производи могле бити контролисане реформама банкарског система и ефикавну банкарску супервизију, политичку транспарентност у економским аферама и утврђивање девизног курса на реалном нивоу. F. S. Mishkin, International Capital Movements, Financial Volatility and Financial Instability, Duwendag, Dieter(ed), Vol. 261, 1998., стр. 11-40.

38 IMF, Data For Estimate of Global Government Revenues (from know-debt sources). Велико интресовање за увођење Тобиновог пореза владало је у земљама Источне Азије за време финансијске кризе из 1997. године. Иако се велики број грађана нашао на удару кризе, занимљиво је, да и поред великог интересовања јавности на крају порез ипак није био уведен. Објашњење за такав исход треба потражити у чињеници да је привреда азијских земаља у великој мери зависна од иностраног капитала развијених западних земаља. Тако да се „ћутање“ треба тумачити као ствар принудног избора влада азијских земаља, а не као недостатак храбрости или игнорисања проблема. Y. C. Kim, Understanding the Silence: The Tobin Tax and East Asia, Debating the Tobin Tax, 2011., стр. 135-136. Тобинов порез се у овом случају видео као инструмент у „игри“ Запада и Истока, где су само неки заговорници увођења пореза били мотивисани хуманим и етичким разлозима.

из области пореског права), представљају озбиљан проблем.³⁹ Картели „основани“ за избегавање плаћања пореза састојали би се од чланова са различитим потребама, од којих би неки чак и добијали „прећутну подршку“ владе за пореску евазију у смислу толерисања преваљивања пореза на трећа лица (пореске дестинатаре) односно мале трговце.

На основу изложеног можемо видети да постоје велике недоследности у схватању самог законског бића Тобиновог пореза и озбиљне термилошке недоследности. Зато се морамо запитати да ли се он односи искључиво на девизне трансакције или све финансијске трансакције; да ли је узета у обзир контролна улога централних банака и да ли смо спремни да прихватимо сужавање обима финансијског тржишта; шта се дешава након што се умањи финансијска нестабилност светског тржишта и да ли се Тобиновим порезом заувек мења структура доспећа јавног дуга?⁴⁰ Разграничење у одговорима на постављена питања захтева озбиљно ангажовање свих стручњака из области фискалне политике, јер су управо ти одговори *conditio sine qua non* прихватања (неприхватања) Тобиновог пореза.

Присталице увођења Тобиновог пореза

Иако у свету не постоји консензус о увођењу Тобиновог пореза, парцијални напори у пореским законодавствима неких земаља су очигливи. Тако је Француски парламент у децембру 2001. године усвојио порески закон којим се опорезују капиталне трансакције. У закону стоји да ће његова имплементација почети када и друге земље чланице ЕУ усвоје сличне пореске законе. Двостепени предлог структуре Тобиновог пореза усвојила је Белгија, чија ће примена почети под истим условима као и у Француској. У Италији се за увођење овог дажбинског прихода тражила сагласност најмање 30.000 хиљада пореских обвезника на посебно спроведеном референдуму који није био успешан. Присталице Тобиновог пореза сматрају да би свака држава могла да наплаћује порез на конверзију домаће валуте у инострану без проблема, независно од тога где се трансакција у свету обавља. Сматра се да би његова имплементација била транспарентна и јефтина, собзиром на постојеће технологије, које се користе у модерним трансакцијама. Присталице трансакционих пореза истичу његово прогресивно дејство као предност јер би у супротном сви учесници на тржишту пропорционално сносили исти порески терет, укључујући и оне који се баве

39 A. R. Riggs, T. Velk, The Tobin Tax: A Bad Idea Whose Time Has Passed, Policy Options, 1999., стр. 53-54.

40 J. M. Griesgraber, Where Do We Go From Here?, Debating the Tobin Tax, 2011., стр.155.

штетним спекулативним радњама, тзв. „бучне трговце“ (*noise traders*).⁴¹ Проблем везан за примену Тобиновог пореза се може анализирати на следећи начин: 1) ако је Тобинов порез уведен од владе која није у обавези да га принудно наплати, он неће бити ефикасан; 2) ако је Тобинов порез уведен од владе, која је у стању да наложи пореским властима принудну наплату, онда ће бити жељених резултата. Друга примедба је у посредној вези за огромним профитом који остварује на пример, компанија *Microsoft* и друге водеће софтвер компаније на бази патентног права, јер захваљујући политичкој спремности домаће владе јемчи се пуна заштита права интелектуалне својине. Овај пример нам показује да уколико постоји политичка воља за пуном заштитом поменутих права (што је много теже постићи него омогућити примену Тобиновог пореза), могуће је успешно наплаћивати и порезе на капиталне трансакције.⁴² Исто као што склоност да се изврши пореска евазија зависи од висине пореског оптерећења за обвезника, тако и спремност да се не плати накнада аутору за коришћење ауторских права зависи од величине саме накнаде. Шта више, висина накнада за поједине софтвер услуге је знатно више од пореске обавезе, али ипак заштита ауторских права у развијеним земљама остаје на високом нивоу. *Не треба испустити из вида чињеницу да је за за државу знатно теже да води рачуна о томе да ли је милион или више појединаца почело неовлашћено да користи најновију компјутерски програм, него да води рачуна о томе да ли је пар хиљада туриста променило страни новац у домаћу валуту без плаћања Тобиновог пореза!*

У погледу пореског објекта, често се истиче да Тобинов порез погађа све трансакције подједнако без обзира на њихов економски допринос. Ипак, мора се направити дистинкција између три врсте трговаца: *трговаца који су укључени у међународне финансијске токове робом и услугама, фундаменталних дугорочних инвеститора и трговаца који се баве спекулативним радњама.*⁴³ Пореска стопа у висини од 0,01 проценат

41 L. Summers, V. P. Summers, When Financial Market Work Too Well: A Cautious Case for A Securities Transactions Tax, *Journal of Financial Services*, 3, 1989., стр., 163-188.

42 D. Baker, *Tobin Taxes: Are They Enforcable?*, *Debating the Tobin Tax*, 2011., стр. 101.

43 *Ibid*, стр.14-16. Када говоримо о предностима увођења Тобиновог пореза, постоје неке одлучујуће чињенице које се морају узети у обзир и то: ефекти пореза биће другачији уколико сматрамо да једном одређена пореска стопа није подложна променама, јер уколико је константна понашање пореских обвезника биће другачије него у ситуацији када се она динамично прилагођава новонасталим приликама; такође, баласираност (неизбалансираност) државног буџета опредељује утицај пореза на друштвено благостање; и да се у условима затворених економија ефекат пореза битно разликује него у условима отворених економија. A. Yakita, *Capital Taxation, Tobin's and Overlapping Generations*, *The Japanese Economic Review*, Vol. 51. 2000., стр. 125-126. Свакако да земља пореског резиденства и земља пореског извора могу имати различите утицаје на домаћу акумулацију капитала у условима велике мобилности

за функционалне инвеститоре, који располажу значајном економском моћи, не би представљала велики терет, нити би проузроковала промену у њиховом понашању (зато би требало размислити о прогресивном опорезивању). Али, због великог значаја дугорочних инвестиција за привредни развој једне земље потребни је приступити тој идеји са великим опрезом. Утицај пореза на међународну трговину не може бити и значајан из разлога што је његова магнитуда веома ниска. То значи да међународна трговина која не може да поднесе порески намет од неколико децимала у себи ниси малу друштвену вредност, па би и аликвотни део губитка друштвеног благостања од ишчезавања такве трговине био ирелевантан. Шта више, такви облици међународне трговине могу имати и негативну друштвену вредност, чима је учинковитост Тобиновог пореза подигнута на један виши ниво.

Савремене студије показују још једну значајну функцију Тобиновог пореза у елиминисању негативних екстерналија, проузрокованих загађењем животне средине. Тобинов порез се по мишљењу неких теоретичара може посматрати и као порез који се налази у функцији *еколошких пореза* и доприноси интернализацији трошкова загађења животне средине. Као такав он налази оправдање и у погледу финансирања нараслих јавних расхода, јер би убрани приходи представљали одлично „оружје“ за решавање проблема пореске конкуренције, као једне од тенденција глобалних финансијских токова, поред процеса пореске хармонизације.⁴⁴ Такође у условима инфлације, због укупног смањења прикупљених пореских прихода (*Tanzi ефекат*), Тобинов порез би вршио функцију инфлаторног пореза, који би помогао стандард угрожених категорија становника, јер би се наплаћивао од обвезника са већом економском моћи.⁴⁵ Заговорници Тобиновог пореза не смеју одустати у својој борби и не смеју подредити јавне интересе интересима тржишта, мада се данас често истиче да држава представља равноправног партнера тржишту, интервенција од стране исте остаје незаменљива и неопходна. Трошкови трансакција након наметања пореза би били нижи него што су били деценијама уназад, па уколико су већ тржишни учесници могли да послују у таквим условима, логично је претпоставити да би наставили пословање и у условима савремених трошкова проузрокованим

кретања међународног капитала. Више о томе: А. С. Sibert, *Taxing Capital in a Large, Open Economy*, *Journal of Public Economics*, vol. 41, 1990., стр. 297-317.

44 V. Tanzi, *Globalization, Tax Competition and the Future of Tax Systems*, Working Paper, No. 96/141, IMF, Washington DC, 1996., стр. 124.

45 Због разлике између реалне и номиналне вредности дохотка у условима интензивне инфлације, вредност укупно прикупљених пореских прихода у систему пореза на доходак грађана не би била на жељеном нивоу за финансирање буџетских расхода, па би се као последица тога јавио буџетски дефицит.

Тобиновим порезом.⁴⁶ Иако би иницијална примена Тобиновог пореза повећала висину трансакционих трошкова, временом би дошло до њиховог смањена на ниво пре наметања пореза (ако не и нижи ниво). Тобинов порез се често популарно назива „*Робинхудовим порезом*“, чији је циљ побољшање позиције пореских обвезника са слабијом економском моћи.⁴⁷ Неопходно је да глобални грађански покрети и удружења буду што више укључени у „*промовисање*“ Тобиновог пореза. Занимљиво да се у том циљу предлаже и испитивање *бихевиоралних реакција* учесника на тржишту на наметање пореза на једном контролисаном тржишту (као узорку), пре него што се донесе одлука о глобалном увођењу пореза. Истиче се да би и евентуално касније укидање пореза ради анулирања дисторзивних ефеката било неуспешно, јер би се промена у понашању пореских обвезника учинила трајном, због чега владе морају добро размислити пре него што донесу одлуку о новелирању пореског система.

Закључак

Тобинов порез треба посматрати као једини фискални инструмент који је у стању да направи компромис између потпуно слободног и снажно уређеног међународног финансијског тржишта, јер се њиме надомештавају недостаци оба система уз истовремено прихватање њихових компаративних предности. Кризе на међународном финансијском тржишту могу бити проузроковане бројним факторима какви су морални хазард, негативна селекција и промена очекивања. Управо се страх од наметања Тобиновог пореза може јавити као један од фактора, који продубљује већ постојећу кризу, те се зато он мора уводити у порески систем постепено без „*незначачке агресивности*“. Било би наивно посматрати Тобинов порез као чаробни штапић (*rapasea*) за решавање свих финансијских проблема на тржишту, игноришући притом његове несавршености.⁴⁸ Због неизвесности у примени Тобиновог пореза као његове алтернативе привремено се нуде порески подстицаји компанијама у циљу смањења потрошње електричне енергије и коришћење специјалних права вучења од стране ММФ-а или конституисање специјалних фондова за осигурање.⁴⁹ Такве алтернативе

46 T. I. Palley, *The Economic Case for the Tobin Tax*, *Debating the Tobin tax*, 2011., стр.14.

47 S. Tibbet, A. Simms, *The Robin Hood Tax: Concrete Proposal for Fighting Global Poverty and Promoting Sustainable Development by Barreasing the Proceeds From a Currency Transaction Tax*, *Asian Exchange*, Vol. 17, 2011., стр. 115-143.

48 M. Haberer, *Some Criticism on Tobin Tax*, University of Konstanz, Department of Economics, 2003., стр.32.

49 H. Reisen, *Tobin Tax: Could It work?*, *Observer OECD*, 2002., стр. 1-3.<http://www.oecdobserver.org/Tobin>.

би требало прихватити, барем привремено, док се не постигне консензус о оптималном облику Тобиног пореза и док он као такав не достигне своју праву функцију. Такође, за убирање овог пореза неопходно је проширити капацитет постојећих пореских администрација, узети у обзир време неопходно за оспособљавање пореских службеника за обрачунавање и наплату новог пореза као и њихове трошкове који су често у супротности са начелом јефтиноће и угодности плаћања пореза од стране пореских обвезника. Коначно, треба имати у виду да сваки нови порез са собом носи и латентну опасност продубљивања контроле грађана од стране државних органа путем подношења потребних пореских информација. Због свега напред споменутог постоји потреба да се кроз кохерентну сарадњу државе и удружења пореских обвезника ради на подизању свести пореских обвезника о нужности и значају увођења Тобиновог пореза.

Резиме

Предмет анализе у овом раду јесте улога пореза на капиталне трансакције у смањењу финансијске нестабилности тржишта. У том смисли се најпе разматра појам пореза на капиталне трансакције и његови модалитети. Потом се разматрају услови за имплементацију Тобиновог пореза, предности и недостаци у његовој примени и чињење конкретних предлога за побољшање његове економске ефикасности. У циљу увођења Тобиновог пореза постоји потреба да се кроз кохерентну сарадњу државе и удружења пореских обвезника ради на подизању свести пореских обвезника о нужности и значају увођења Тобиновог пореза.

Marko Dimitrijević, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

CAPITAL TRANSACTIONS TAX: Advantages and Disadvantages

Summary

The subject matter of this paper is the role of capital transactions taxes in reducing the financial instability on the market. In that context, the author first discusses the concept of a capital transaction tax and its modalities. Further on, the author analyses the requirements for implementing the Tobin's tax, elaborating on the advantages and disadvantages of its application. Finally, the author makes specific suggestions for improving the economic efficiency of the capital transactions tax.

СПОРАЗУМ О ПРИЗНАЊУ КРИВИЦЕ У ТЕОРИЈИ, ЛЕГИСЛАТИВИ И ПРАКСИ

Апстракт: Споразум о признању кривице је институт, који је по први пут био предвиђен у тексту Законика о кривичном поступку из 2006. године. Но, како је овај закон остао непримењен, одредбе о споразумном признању кривице су инкорпориране у важећи ЗКП из 2001. године, приликом његовог новелирања 2009. године. Имајући у виду да је од почетка примене споразума о признању кривице у нас протекло више од 3 године, а да је, са друге стране у току израда новог процесног кодекса, држимо да је право време да се критички осврнемо на искуства у његовој досадашњој примени, као и да дамо предлог његове регулативе *de lege ferenda*.

Кључне речи: упрошћене процесне форме, консенсуална правда, *plea bargaining*

1. Појам и *ratio legis* споразума о признању кривице

Тенденција постепене конвергенције англо – америчког и континенталног кривичнопроцесног система резултирала је, између осталог, трансплатацијом договореног признања кривице (*plea bargaining*) у Европу. Установа споразумног признања кривице у САД има традицију дугу више од два века, док је његова легализација уследила знатно касније, одлуком Врховног суда САД¹ из 1970. године. Са друге стране, карактер мешовитог, континенталног кривичног поступка, који се заснива на низу основних начела (пре свега начелу официјелности), неспојив је са консензусима између органа кривичног гоњења и окривљеног². Разлог за раније присуство споразума о признању кривице у

1 Видети пресуду у случају *Brady v. United States*, 397 U.S. 742 (1970), доступно на: <http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?navby=case&court=us&vol=397&invol=742>, приступ: 6.11.2012. године. Суд је у поменутом случају установио сагласност договореног признања са петим амандманом на Устав САД, којим је, имају осталог гарантовано право окривљеног на несамооптуживање.

2 Више о разликама у историјском развоју ова два типа кривичног поступка: Мирјан Дамашка, Напомене о споразумима у казненом поступку, Хрватски летопис за казнено

државама англо – америчке провинијенције, заправо лежи у самом схватању циља вођења поступка, који се своди на решавање спора странака, слично парници. Насупрот томе, изнад тог циља, у континенталном кривичном поступку стоји државни (јавни) интерес. Такође, израженија је и реакција на кршење основних права човека из периода инквизиције, пре свега на могућност изнуђивања признања окривљеног применом тортуре. Стога је споразумевање странака о кривици на старом континенту³ имало бројне противнике у јуриспруденцији и сматрало се противним правном поретку.

Мишљење о корисности инструмената консенсуалне правде у Европи почиње да се јавља, најпре од стране практичара⁴, након Другог светског рата, а интензивније са падом комунизма. Почиње јачати заштита људских права окривљеног, а одбрана добија нове могућности за усложњавање поступка и пролонгирање доношења одлуке. Пораст обима и појава нових видова криминалитета довела је до пренатрпаности судова предметима и до значајног продужења просечног трајања кривичног поступка. Тежња за постизањем веће ефикасности кривичног поступка, материјализована је преласком на тужилачку истрагу и увођењем низа упрошћених и поједностављених процесних форми, од којих се неке заснивају на признању извршења кривичног дела. Тој тенденцији нису одолеле ни државе бивше Југославије, које су у протекле две деценије увеле форму пресуђења на основу споразума о признању кривице.

Споразум о признању кривице⁵ (у даљем тексту *Споразум*) представља нагодбу између јавног тужиоца, са једне стране, и окривљеног и његовог браниоца, са друге стране, којим окривљени добровољно, у потпуности признаје извршење кривичног дела, а јавни тужилац се обавезује да учини окривљеном извесне уступке⁶. Реч је о уговору⁷ *sui generis*, чије је дејство на кривичнопроцесни однос

право и праксу, бр. 1/2004., стр. 3- 20.

3 Изузетак у том смислу представља Енглеска, где дугу традицију имају „тзв. крунски сведоци“, којима се даје имунитет од кривичног гоњења, уколико пруже суду информације о саизвршиоцима.

4 Постоји и у теорији позитивно мишљење о споразумима у кривичном поступку. Наводи се да су они у складу са афирмацијом ресоцијализације окривљеног и са концепцијом реституције штете настале извршењем кривичног дела (К. Lüderssen, Abschaffen des Strafrechts (1995) стр. 329-31., наведено према : Мирјан Дамашка, *op. cit.*, стр. 8.

5 У теорији се може наћи мишљење да је адекватнији назив Споразум о признању *кривичног дела*, имајући у виду да је кривица само један од елемената општег бића кривичног дела, према Кривичном законик у Србије (Снежана Бркић, Утицај тежине кривичног дела на физиономију кривичног поступка, у: Реформа кривичног правосуђа, Ниш 2010., стр. 157.

6 Слично: Војислав Ђурђић, Страначки споразум о признању кривице у кривичном поступку, РКК бр. 3/2009, стр. 84.

7 Под уговором, као правним актом, разуме се сагласна изјава воља двају или више лица, којом се заснива, мења или укида одређени правни однос. (Јаков Радишић, Облигационо право, Београд 2004., стр. 70).

индиректно, јер на основу закљученог споразума суд доноси кондемпнаторну пресуду, што доводи до гашења тог односа. Дакле, за разлику од уговора грађанског права, споразум се разликује по томе, што не производи директно, већ индиректно правно дејство, уколико је закључен у одговарајућој форми⁸. Споразум о признању кривице је један од инструмената консенсуалне правде, али и ресторативне правде, будући да се његовим закључењем настоји истовремено извршити реституција оштећеног. У процесном смислу, пресуђење на основу закљученог споразума о признању кривице представља упрошћену процесну форму⁹. То произилази из самог циља његовог закључивања – изостанак главног претреса (или доказног поступка у САД).

Према врсти обавеза и повластица кривичнопроцесних странака, у упоредном праву јавља се неколико врста договореног признања кривице¹⁰. Први модалитет, којим јавни тужилац одустаје од кривичног гоњења за нека од кривичних дела, извршених од истог лица, назива се *plea bargaining*. *Charge bargaining* је споразум, којим јавни тужилац врши преквалификацију кривичног дела, у замену за признање окривљеног. Трећа врста споразума је *fact bargaining*. Њиме се окривљени обавезује да не оспорава доказе, којим тужилац располаже, а тужилац да неће користити одређени доказ. Најспорнији је модалитет са коришћењем тзв. крунског сведока (*crown witness*). Окривљени се обавезује да сведочи у поступку за тешка кривична дела, а за узврат добија имунитет од кривичног гоњења¹¹. Најраспрострањенија врста споразума је она, у којој окривљени признаје извршење кривичног дела, у замену за ублажавање кривичне санкције по врсти и/или мери – *sentence bargaining*.¹²

Присталице споразума о признању кривице наводе бројне предности овог процесног института. Најјачи аргумент у прилог споразуму је допринос ефикасности кривичног поступка. Наводи се да се у САД чак 90% предмета решава закључењем Споразума, а да је класично суђење редак изузетак.

8 Ibid.

9 Да би нека форма била упрошћена, потребно је да поседује посебан основ, обележја, циљ и посебне услове. (Снежана Бркић, Поједностављење кривичног поступка и упрошћене процесне форме, Нови Сад 2004., стр. 430.). Основ ове форме је признање окривљеног, циљ је изостанак доказног поступка. Пресуђење на основу Споразума има посебна обележја и захтева испуњење одређених услова, о чему ће у раду бити више речи.

10 Антонија Крстуловић, Примјена казне на захтјев странака као механизам консензуалног страначког управљања поступком у талијанском казненом процесном праву, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, број 2/2002, , стр. 377.

11 Континентална процесна традиција сматра споразумевање о сведочењу неприхватљивим, јер отвара могућност за лажно сведочење.

12 Привилегије за окривљеног, настале на основу закљученог Споразума, могу бити и покретање поступка пред неком другом врстом суда, са стварном надлежношћу за решавање једноставнијих кривичним ствари. Концесија за окривљеног може, такође, бити у модалитету извршења кривичне санкције (нпр. извршавање казне затвора у сопственом дому).

Применом ове могућности, растерећује се кривично правосуђе, а расположиви ресурси се усмеравају ка сложенијим кривичним стварима. Тесно повезан са претходном предношћу је аргумент да се закључењем споразума смањују трошкови кривичног поступка. Често се истиче да је примена споразума корисна за обе странке. За окривљеног, јер се лишава негативности суђења на главном претресу, а време, самим тим и неизвесност до изрицања кривичне санкције се знатно скраћује. Најзад, њему ће се често изрећи блажа санкција, него у редовном поступку. За јавног тужиоца је закључење Споразума корисно, јер на тај начин може решити већи број случајева, што може бити од утицаја на његову будућу каријеру. Закључењем споразума често се решава и имовинскоправни захтев оштећеног, што га сврстава у инструменте ресторативне правде.

Опоненти споразума о признању кривице истичу да се њиме потиру нека од основних процесних начела. Према том схватању, најпре се вређа начело официјелности¹³. Будући да се, сходно овом начелу, кривично гоњење врши у јавном интересу, окривљени не може диспонирати предметом спора. Он су заштићен претпоставком невиности и правом на несамооптуживање, што се такође дерогира преговарањем и споразумевањем о признању кривице. Према противницима споразума, његовом применом одступа се од начела легалитета, нарочито када јавни тужилац у замену за признање окривљеног одустане од кривичног гоњења за нека друга дела, учињена у стицају. Споразум о признању кривице несагласан је и са начелом истраживања матријалне истине, јер се закључује, када је степен извесности о кривичној ствари знатно нижи¹⁴, у односу на моменат дониошења мериторне судске одлуке у редовном поступку. Контра споразума стоје аргументи да се њиме крши члан 6. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода, тачније тзв. право на једнакост оружја. Реч је о могућности да јавни тужилац, током преговарања о признању кривице, не изнесе све доказе одбрани, како би издејствовао веће уступке супротне странке¹⁵. Критичари истичу и повреду принципа једнакости грађана, јер окривљени, који закључе споразум добијају бенефиције, у виду блаже кривичне санкције. Најзад, широком могућношћу примене споразума, маргинализује се улога суда у решавању кривичне ствари, нарочито ако се Споразумом прецизирају и врста и мера кривичне санкције.

Одступање од начела официјелности, у виду диспонирања странака предметом спора, налази се на линији тенденције приближавања кривичног

13 B. Schünemann, *Vohin treibt der deutsche Strafprozess*, 114 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 57 (2002). Наведено према: Мирјан Дамашка, *op. cit.*, стр. 8.

14 Имајући у виду да се закључење Споразума дозвољава најчешће до почетка главног претреса, степен извесности ће, у најбољем случају бити на нивоу вероватноће, а често и само основане сумње.

15 Више о томе: Милош Миловановић, *Споразум о признању кривице – pro et contra*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2010., стр. 420.

и парничног поступка. Право на суђење, као и свако друго право, ралативног је карактера, те га се окривљени може и одрећи¹⁶. Иста је ситуација и са привилегијом несамооптуживања. Окривљени се иначе, у редовном току поступка може сложити са наводима оптужбе. Приговору да је Споразум неспојив са утемељењем поступка на начелу легалитета опонира присуство све бројнијих одступања од тог начела, у виду примене начела опортунитета¹⁷. Несагласност са начелом утврђивања истине супротставља се правило да признање окривљеног мора бити поткрепљено са довољно других доказа, чију веродостојност проверава суд, који доноси коначну одлуку о кривичној ствари. Право на једнакост грађана испоштовано је зато што се закључењем споразума, као и у регуларном суђењу кривична санкција изриче у оквиру законског минимума и максимума, а евентуално ублажавање казне врши се сходно општим одредбама материјалног права. Минимализација улоге суда ублажава се могућношћу провере допуштености, законитости и основаности споразума и, консеквентно, његовим одбацивањем или одбијањем. Из наведеног произилази закључак да примена споразума о признању кривице има своје оправдање, у законски строго дефинисаним границама, уз јасно дефинисане улоге субјеката, који у његовом закључењу учествују.

2. Законски услови закључења Споразума о признању кривице

Да би дошло до закључења споразума о признању кривице, морају бити испуњени одређени законски услови. Материјални услов односи се на обим кривичних дела, за који је законом допуштено закључење споразума. Овај услов обично се регламентира постављањем границе у погледу врсте и мере кривичне санкције, чиме се обухватају кривична дела до одређене тежине. У том смислу, закључење нагодбе странака најширег је опсега у САД, јер се може закључити за било које кривично дело, независно од предвиђене санкције¹⁸. Споразум се закључује између тужилаштва и окривљеног, с тим што за најтежа кривична дела закључење споразума одобрава министарство правде. Европске државе знатно опрезније прилазе овом институту, те примену споразума допуштају у знатно ужем обиму. У Француској је могућа његова примена за кривична дела

16 Данило Николић, Споразум о признању кривице као форма убрзања кривичног поступка, у: Реформа кривичног правосуђа, Ниш 2010., стр. 204.

17 И сама могућност споразумевања о кривици у процесној теорији сматра се манифестацијом начела опортунитета (М. Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009, 374.).

18 Интересантно је да у Немачкој нема ограничења у погледу тежине кривичног дела. Пракса преговарања о кривици окривљеног у Немачкој, у пракси постоји деценијама уназад, но тек је формализована приликом новелације процесног кодекса, 2009. године. У Хрватској и Македонији је преговарање о кривици такође дозвољено без ограничења, у погледу тежине кривичног дела.

са предвиђеном казном затвора до 5 година, у Италији до 7,5 , а у Црној Гори до 10 година¹⁹.

Нашим законом поље примене Споразума омеђено је одредбом из члана 282а. став 1. Законика о кривичном поступку из 2001. године²⁰ (у даљем тексту ЗКП), Споразум о признању кривице може се закључити за једно кривично дело или више кривичних дела, учињених у стицају, за која је предвиђена новчана казна или казна затвора до 12 година. Овако постављено решење, заправо омогућава да се Споразум закључи и за кривична дела у стицају, за која би се, применом одредаба из члана 60. став 1. Кривичног законика²¹ (у даљем тексту КЗ) могла изрећи казна затвора до 20 година. Међутим, према одредбама Законика о кривичном поступку из 2011. године²² (у даљем тексту нови ЗКП) Споразум о признању кривичног дела могуће је закључити за било које кривично дело. Тиме је проширен опсег примене овог института и на најтежа кривична дела, која спадају у организовани криминалитет, кривична дела корупције и на ратне злочине. Сматрамо приступ нашег законодавца неконзистентним, зато што, са једне стране ограничава примену споразума у редовном кривичном поступку, а са друге стране допушта његову примену код најтежих кривичних дела. Вероватно ће та ситуација паралелизма примене закона бити отклоњена усвајањем и ступањем на снагу новелираног новог ЗКП. Уколико се предвиди примена споразума без ограничења, потребно је предвидети адекватан контролни механизам. Као узор може послужити решење из САД, према којем споразуме за најтежа кривична дела одобрава министарство правде.

Формални услови за закључење споразума тичу се закључења до одређене фазе кривичног поступка и писане форме. Но, постоји један фактички услов. Преговори јавног тужиоца и окривљеног воде се са циљем да окривљени призна извршење кривичног дела. Епилог тога је да не постоји даљи спор странака о предмету суђења, што поједностављује окончање поступка. Најчешће се законски услов поставља тако да се од окривљеног захтева потпуно²³ признање кривичних дела. Међутим, постоји разлика у предмету преговора у адверзијалном и континенталном поступку. У англо - америчком, окривљени се изјашњава о основаности оптужбе, слично признању тужбеног захтева у парници. У

19 За упоредноправни аспект види: Саша Кнежевић Консенсуалне форме одлучивања у преткривичном и кривичном поступку, Правни живот бр. 9/2011., стр. 873 886.

20 Службени лист СРЈ”, бр. 70/2001, 68/2002, “Службени гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007 и 72/2009.

21 Сл. гласник РС, бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009 и 111/2009.

22 “Сл. гласник РС”, бр. 72/2011 и 101/2011.

23 Томе у прилог иде одредба о квалитету признања окривљеног, из Обавезног упутства о примени и споразумевању споразума о признању кривице (А бр. 299/09), према којој оно не може бити делимично, условљено или непотпуно.

континенталном, окривљени признаје извршење кривичног дела. Према одредби члана 282б. ЗКП, окривљени у потпуности признаје кривично дело, које му се оптужбом ставља на терет, односно признаје једно или више кривичних дела, учињених у стицају. Један од услова за прихватање споразума, према одредби члана 314. став 1. тачка 2. новог ЗКП је, такође признање окривљеног извршења кривичног дела. Недостаје, међутим, одредба, која би покривала ситуацију извршења кривичних дела у стицају. Да је примена споразума и тада могућа, прозилизи из члана 317. став 1. тачка 1., којим је предвиђено прихватање споразума од стране Суда, када утврди да је окривљени признао кривично дело, односно кривична дала, за која се окривљени оптужбом терети.

Следеће веома важно питање у вези са договореним признањем кривичног дела тиче се омеђења споразумевања с обзиром ток поступка. Кључна је, чини се дилема, од ког тренутка у поступку допустити закључење споразума, а да се тиме не повреди претпоставка невиности окривљеног и значајно не одступи од начела истине. Другачије речено, потребно је проценити, који степен извесности представља минимум за његово закључење. Из одредбе члана 382а. став 1. тачка 4.ЗКП произилази да се споразум може закључити пре и након подизања оптужног акта. Отворена је могућност да преговори о закључењу Споразума почну током истраге, али и у преткривичном поступку. Законску могућност подржава и јавнотужилачка пракса, према којој се приликом обраде кривичних пријава разматра најпре могућност примене условног опортунитета, а као супсидијарна могућност споразумевање о кривици. Теорија препоручује споразумевање о кривици од подизања оптужног акта, или од потврђивања оптужнице. Тај став подржала је теорија и пракса у Босни и Херцеговини, где Споразум има најдужу традицију²⁴. Преговарање и закључивање споразума пре подизања оптужнице, доводи у дисбаланс једнакост странака у поступку. У фази истраге, основана сумња још увек није потврђена, нити поткретљена са довољно доказа. Основ за вођење преговора тада једино може бити чињенични и правни супстрат из решења о спровођењу истраге. Поред тога, преговарањем пре фазе оптужења, вређа се и принцип везаности пресуде оптужбом. Чиме ће бити везана пресуда, када у тренутку вођења преговора оптужница још није подигнута? Мањкавост решења из ЗКП додатно подупире одредба из члана 282в. став 8. тачка 1., према којој суд усваја споразум, када утврди да је окривљени свесно, добровољно и у одсуству заблуде признао кривично дело, које је предмет *оптужбе*. Јасно је да се не може знати шта је предмет оптужбе, пре подизања оптужнице. Ништа не мења ни касније сачињавање оптужног акта, како то предвиђа наш закон. Преурањено преговарање о кривици претећи се обрушава

²⁴ Споразум о признању кривице: примјена пред судовима БИХ и ускљеност са међународним стандардима за заштиту људских права, 2006., стр. 19.

и на начело *ne bis in idem*²⁵. Стога се чини опортуним предвидети могућност преговарања о признању кривице најраније од подизања одговарајућег оптужног акта, а закључење споразума од момента судске контроле оптужбе²⁶, како би се сузио маневарски простор и могућност тактизирања тужилачке стране и додатно ојачала позиција окривљеног.

Имајући у виду да је циљ договореног признања кривице избегавање суђења, од значаја је одређење крајње тачке у поступку, за његово закључење. Према слову процесног кодекса Србије, споразум је могуће закључити до завршетка првог рочишта за одржавање главног претреса (члан 282а. став 3. ЗКП). То значи да, ако суд по отварању рочишта утврди испуњеност процесних претпоставки за одржавање главног претреса, споразум се може поднети на усвајање до завршетка главног претреса на том рочишту, или до прекида или одлагања главног претреса²⁷. Изводимо закључак да странке могу закључити споразум најкасније до отпочињања првог рочишта за главни претрес, да би га поднеле суду на усвајање по отварању рочишта. Међутим, према одредби новог ЗКП споразум је могуће закључити до изјашњења окривљеног о наводима оптужбе на главном претресу (члан 313. став 1. новог ЗКП), дакле пре доказног поступка. У адверзијалном систему, тачније у САД, споразумевање о кривици није ограничено на одређену фазу поступка. У неким америчких државама, споразум је могуће закључити и у жалбеном поступку²⁸. Сматрамо да преговарање и закључење споразума треба допустити до завршетка претходног поступка, имајући у виду његов смисао – да се избегне суђење. Када се већ дође до главног претреса, треба допустити да се у контрадикторном доказном поступку одлучи о кривици окривљеног. На тај начин била би отклоњена могућност, уочена у пракси судова, да се споразум закључи на рочишту, у ситуацији када апелациони суд укине првостепену пресуду и предмет врати на поновно одлучивање (члан 389. став 1. ЗКП). Да је реч о посве погрешном тумачењу одредаба ЗКП говори више аргумената. Враћањем предмета првостепеном суду на поновно одлучивање не почиње изнова кривични поступак. Самим тим, не заснива се нови процесни однос. Реч је о истом кривичном поступку, који се враћа стадијум

25 Миодраг Бајић, Споразум о признању кривице у кривичном законодавству Босне и Херцеговине, у: Актуелна питања у примјени кривичног законодавства, Бања Лука 201., стр. 327.

26 Према решењу из хрватског ЗКП, закључење Споразума и одлучивање о њему везује се за седницу оптужног већа, на којој се оптужница потврђује (члан 360. став 3. хрватског ЗКП Народне Новине, 152/08 и 76/09 – прочишћени текст)

27 Војислав Ђурђић, оп. цит., стр. 97.

28 Интересантан је немачки модел, према којем се о споразуму одлучује на главном претресу. У Хрватској је такође могуће закључење споразума о кривици у току суђења, али само у скраћеном поступку. У Босни и Херцеговини је прихваћен адверзијални модел, те је споразум могуће закључити до завршетка претреса пред другостепеним судом.

уназад ради отклањања недостатака у првостепеној судској одлуци. Стога се не може тумачити да је реч о првом рочишту за главни претрес. Првостепени суд је дужан да изведе све процесне радње, као и да расправи сва спорна питања, на која је указао другостепени суд (члан 394. став 3. ЗКП). Апелациони суд не може наложити закључење споразума странкама, јер би то било у супротности да пасивном улогом суда у страначким преговорима.

Још један од услова законитости споразума је форма, у којој се закључује. Наш законодавац не оставља никакву сумњу да се споразум о признању кривице мора закључити у писаној форми²⁹ (члан 282а. став 3. ЗКП). Но, да би до нагодбе дошло, потребно је, најпре, да се упути предлог за закључење споразума једне странке, супротной. Према слову закона, предлог може потећи било од стране јавног тужиоца, било од окривљеног. У тужилачкој пракси инсистира се да предлог буде у писаној форми, нарочито уколико потиче од окривљеног. Садржина предлога није одређена, али је јасно да је реч о понуди за закључење споразума, у смислу слободне и добровољне изјаве воље³⁰. Странка, која упућује предлог другој страни није њиме везана, те га може изменити и повући. Након прихвата предлога отпочињу преговори странака о закључењу споразума о признању кривице. Спорно питање за примену овог института у пракси је да ли се може преговарати са окривљеним, након што се претходно изјаснио кривим?³¹ Преовладава став, са којим се саглашавамо, да у том случају нема места преговорима. Са окривљеним се може преговарати само у ситуацији када се нагативно изјашњава о предмету оптужбе. Тиме се афирмише начело једнакости страна у поступку, јер би у супротном било упитно о чему се воде преговори, ако је окривљени претходно признао кривицу. Стога је потребно упутствима јавног тужилаштва јасно дефинисати да признање кривице окривљеног треба да буде резултат (исход) преговора, као уступак за концесије које ће добити за то.

3. Предмет и битни елементи споразума о признању кривице

Од раније поменутих облика договореног признања кривице, познатих у упоредном праву, предмет споразума у нас може бити споразумевање о врсти и висини казне, евентуално о другим кривичним санкцијама, као и о одустајању јавног тужиоца од кривичног гоњења, за нека кривична дела у стицају (члан 282б. став 1. тачка 2. ЗКП). Такво решење одговара врстама *plea bargaining* и *sentence bargaining*. Са друге стране, преговарање о правној квалификацији

29 У погледу форме, најлибералније је италијанско решење. Споразум о признању кривице тзв. *patteggiamento*, државни тужилац може поднети суду на усвајање, до почетка главног претреса. Правило је писана форма, од које се може одступити и захтев за усвајање споразума поднети усмено, на самом рочишту пред судијом за претходно саслушање.

30 Данило Николић, оп. цит., стр. 205.

31 Споразум о признању кривице: примјена пред судовима БИХ...op. cit., стр. 14.

и о договореном сведочењу, сматра се неприхватљивим. Међутим, у пракси није затворена могућност фактичког преговарања о правној квалификацији дела, имајући у виду могућност преговарања још у преткривичном поступку. Такође, коришћење тзв. крунског сведока, тј. преговарање о сведочењу, могуће је у поступку за кривична дела организованог криминалитета, корупције и друга тешка кривична дела (члан 504а. ЗКП). Реч је о институту сведока сарадника, коме се, у замену за признање извршења кривичног дела и пружање информација, важних за откривање кривичних дела организоване криминалне групе, којој припада, изриче казна затвора, умањена за једну половину, у односу на законски посебни минимум (члан 504т. став 1.ЗКП). У изузетним случајевима могуће је ублажавање преполовљене казне, па чак и ослобођење од казне сведока сарадника. Сматрамо да је и у редовном кривичном поступку предвиђена, додуше прикривена, могућност споразумевања о сведочењу окривљеног. Наиме, према одредби члана 282б. став 3. ЗКП, окривљени и јавни тужилац се могу сагласити о изрицању блаже казне, од законског минимума, између осталог, када то оправдава значај признања окривљеног за расветљење других кривичних дела. Држимо да наведена могућност није ништа друго, већ коришћење тзв. крунског сведока, познатог у адверзијалном кривичном поступку. Подржавамо евентуалну могућност увођења споразума о сведочењу *de lege ferenda*³². Сматрамо да би таква могућност допринела ефикаснијем сузбијању нарочито нарко деликата. У прилог томе наводимо законом установљени основ за ослобођење од казне за кривично дело неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога, из члана 246. КЗ. Учиниоца овог дела може се ослободити од казне, ако открије од кога набавља дрогу. У овој ситуацији, окривљени је кључни сведок. Но, разлог за редак пристанак окривљеног на ту солуцију треба тражити у одсуству адекватне заштите након сарадње са органима кривичног гоњења.

Битни елементи споразума о признању кривице, законом су таксативно побројани. Најпре, потребно је унети изјаву окривљеног о потпуном признању извршења кривичног дела. Препорука је да јавни тужилац изјаву окривљеног о признању кривице узме на записник³³, а да окривљени детаљно опише извршење кривичног дела. Изјавом треба да буду обухваћена сва кривична дела у стицају, како би се окривљени за неко од дела, за која добије концесију, у виду одустајања јавног тужиоца од кривичног гоњења, могао евентуално позвати на приговор *res iudicata*.

Следећи битан елемент споразума чини сагласност о врсти и висини казне, која ће окривљеном бити изречена, евентуално примена неке друге кривичне

32 Такву могућност предвиђа нови ЗКП: Реч је, заправо, о два нова споразума – о сведочењу окривљеног и осуђеног (види чланове 320 – 330. новог ЗКП).

33 Данило Николић, *op. cit.*, стр. 206.

санкције³⁴ (члан 282б. став 1. тачка 1. ЗКП). У упоредном праву, постоје две солуције. Према решењу, заступљеном у већини држава САД, странке предлажу санкцију, а коначно је одмерава суд, узевши предлог странака као оријентацију³⁵. Стога суд може изрећи мању, али и већу казну, што представља пут у непознато за окривљеног. Но, то их не спречава да масовно закључују страначке споразуме о кривици. У континенталном поступку заступљен је модел, према којем се странке саглашавају о врсти и висини кривичне санкције, а суд има „узми или остави“ могућност. Први модалитет даје активнију улогу суду приликом изрицања санкције, што је у складу са његовим процесним положајем. Тиме се анулира могућност увођења у кривични поступак административне правде. Други концепт афирмише правну сигурност и значајно растеређује суд, који цени само допуштено и законитост споразума, чиме се поступак убрзава. Наш законодавац предвиђа прецизно одређивање врсте и висине казне, па је могућност одређивања распона искључена³⁶. Но, може се десити да се странке сагласе о свим елементима споразума, сем о висини кривичне санкције. Стога се залажемо за предвиђање изузетне могућности да оријентационо одређивање кривичне санкције у споразуму *de lege ferenda*, где би у крајњем одлучивао суд, наравно уз пружање додатне могућности да се странке са тиме не сагласе и, консеквентно, одустану од споразума.

Изузетно је допуштена могућност саглашавања о изрицању окривљеном казне испод посебног законског минимума, у три ситуације: 1. када је то оправдано значајем признања за расветљање кривичног дела, које му се оптужбом ставља на терет, 2. када је признање окривљеног од значаја за откривање и доказивање других кривичних дела и 3. услед постојања нарочито олакшавајућих околности (члан 282б. став 3. ЗКП). У том случају странке се морају придржавати граница ублажавања казне, предвиђених у Кривичном закону. Но, могућност ублажавања казне може нарушити право на једнакост грађана. Тиме се заправо окривљеном даје двострука концесија. Казна мања

34 У пракси је било случајева да су се странке у споразуму о признању кривице саглашавале да се окривљеном изрекне казна затвора у кућним условима (члан 45. став 5. КЗ). Међутим, сматрамо да је реч о погрешном тумачењу наведене одредбе. Из стилизације законске одредбе, „осуђеном...суд може одреди да се ова казна изврши“, произилази да је реч о модалитету извршења казне затвора, изречене у трајању до једна године. Такав закључак подупире одредба Закона о изменама и допунама Закона о извршењу кривичних санкција („Сл. гласник РС”, 31/2011). Наиме, у члану 174е став 1. изричито се наводи да осуђени, јавни тужилац и директор управе, предлог за извршење казне затвора у „кућним условима“ могу поднети *након правноснажности пресуде, као и у току издржавања казне*. О овом предлогу одлучује председник суда, који је донео првостепену пресуду. Није дакле реч о посебној врсти кривичне санкције, већ о казни затвора, чији се начин извршења дефинише по правноснажности пресуде.

35 Милан Шкулић, *op. cit.*, стр. 372.

36 Супротно: Данило Николић, *op. cit.*, стр. 211.

од оне, која би му била изречена након суђења и, поврх свега, изрицање казне испод минимума. Но, тешко је наћи оправдање за искључење примене општих правила за одмеравање казне, посебно у присуству нарочито олакшавајућих околности. Потребно је, међутим, тежити ка уједначавању праксе тужилаштва, чиме се афирмише стандард доследности у изрицању кривичних сакција³⁷.

Страначки споразум о кривици мора садржати одлуку о трошковима кривичног поступка и о имовинскоправном захтеву. Одлучивање о трошковима поступка у споразуму је опортуно, будући да је споразум основ за доношење осуђујуће пресуде, па је боље што пре решити и то питање. Треба, међутим, размотрити могућност да се *de lege ferenda*, као једна од концесија окривљеном понуди могућност ослобађања од плаћања трошкова поступка, тим пре што је посредни упростио поступак, са мањим трошковима његовог вођења³⁸. Са друге стране, одлучивање о имовинскоправном захтеву, ако га оштећени истакне је смислено, знајући за раширену праксу упућивања на парницу, у пракси судова³⁹.

Битни елементи споразума јесте и изјава окривљеног да се одриче права на суђење и права на жалбу против одлуке суда, донете на основу споразума. Ово представља одступање од правила да се окривљени може одрећи права на изјављивање жалбе од достављања пресуде, а тужилац од тренутка објављивања пресуде (члан 365. став 1. и 2. ЗКП). Окривљени се одриче од права на правни лек против будуће пресуде. Стога је целисходније решење, да се у споразум унесе изјава, којом се окривљени обавезује на одрицање од права на жалбу, када пресуда на основу усвојеног споразума буде донета. Друга могућност је да се окривљеном током преговора предочи да против одлуке суда, донете на основу споразума, изјављивање жалбе није допуштено.

Споразум о признању кривице може садржати неке факултативне елементе. Прво, одлуку о одустајању јавног тужиоца, за нека кривична дела у стицају. Затим, могуће је да се закључењем споразума наметне нека од мера, предвиђених у члану 236. ЗКП, које се примењују приликом условног одлагања кривичног гоњења. Мотив законодавца за овакво решење треба тражити у интенцији да споразум има наглашену ресторативну црту. Дубиозно је, међутим, како у пракси спровести наведену одредбу. Мере из члана 236. ЗКП ће се применити, ако је могуће да их окривљени испуни до подношења споразума суду, односно, ако до тада може да започне са извршењем наметнуте му обавезе. Имајући у

37 На линији са наведеном тенденцијом је одредба из одељка 2. тачка 2. Обавезног упутства о примени и закључењу споразума о признању кривице, која обавезује јавног тужиоца да о околностима, које је узео у обзир приликом одмеравања казне окривљеном сачини службену белешку.

38 Такво решење налазимо у хрватском Закону о казненом поступку, у члану 363. став 4. (Народне новине, бр. 121/11- пречишћени текст).

39 У Италији се као битан елемент споразума не предвиђа одлука о имовинскоправном захтеву (Антонија Крстуловић, *op. cit.*, стр. 377.).

виду максимални рок од 6 месеци, за испуњење мера, тај рок не би афирмисао ефикасност поступка. Нејасно је шта ће бити последица по пуноважност споразума у хипотетичкој ситуацији, да окривљени до подношења споразума суду започне са извршењем обавезе, али након потврђивања споразума и доношења пресуде престане да је извршава. Тежња да споразум о признању кривице истовремено буде инструмент ресторативне правде несумљиво је оправдана. Примену опортунитетских мера треба преиспитати, како не би прекомерно оптеретиле окривљеног и непотребно успоравале окончање поступка. Држимо да има оправдања примена мера, за које је оштећени непосредно заинтересован, као што су обештећење и исплата доспелих обавеза издржавања. Најзад, окривљени закључењем споразума може прихватити обавезу да врати имовинску корист стечену извршењем кривичног дела, или да врати предмет кривичног дела, што је на линији споменуте тенденције досезања ресторативне правде.

4. Закључивање споразума о признању кривице

Као што је раније речено, преговори за закључење споразума о признању кривице воде се, најчешће, у току трајања претходног поступка. Предлог за закључење споразума може потећи од јавног тужиоца, или од окривљеног и његовог браниоца. Исти субјекти могу учествовати у преговорима⁴⁰ (члан 282а. став 2. ЗКП). Кључно питање, из визуре заштите права окривљеног, приликом преговарања и закључења споразума, је право на стручну одбрану. Према слову закона, окривљени мора имати браниоца најкасније 8 дана пре одржавања рочишта за одлучивање о споразуму (члан 282в. став 5. ЗКП). Насупрот томе одредбом из члана 74. тачка 8. новог ЗКП, установљен је још један случај обавезне одбране окривљеног. Приликом вођења преговора и закључења споразума окривљени мора имати браниоца (члан 313. став 2. новог ЗКП). Решење из новог ЗКП је у потпуности оправдано, будући да је окривљеном приликом закључења споразума неопходна стручна помоћ, јер се одриче права на суђење и права на жалбу. Обавезност стручне одбране значајно доприноси да квалитет признања окривљеног буде у складу за захтевима потпуног, добровољног и свесног и значајно смањује могућност признања кривице у заблуди.

Учешће суда у преговарању и закључењу споразума је искључено. Међутим, у упоредном праву срећу се и другачија решења. Најактивнија је улога суда у Канади, где у закључењу споразума учествује судија са подручја другог суда. Његова улога је у изношењу мишљења о доказној подлози и о кривичној санкцији. Судија настоји да на предпретресном рочишту дође до закључења

⁴⁰ Поставља се питање, да ли оштећени у својству супсидијарног или приватног тужиоца могу преговарати? Приклањамо се гледишту (Милош Миловановић, оп. цит., стр. 427.), према коме нема препрека за то, будући да оштећени, када у поступку има својство странке, има права идентична јавном тужиоцу, осим оних права, која му припадају, као државном органу.

споразума⁴¹. Активна улога суда позната је и у пракси немачких судова. Предлог за закључење споразума може потећи од странака, али и суда, а преговори се могу водити и само између суда и окривљеног⁴². Са друге стране, учешће суда у преговорима, у америчкој теорији и пракси сматра се опасним по судску непристрасност. Држимо да би подстицање окривљеног на закључење споразума о признању кривице, од стране судије, значило директно кршење претпоставке невиности. Стога суду треба доделити улогу контролора законитости закљученог споразума, што одговара позитивноправном законском решењу.

Након закључења споразума, исти се подноси на потврђивање суду, у одговарајућем функционалном саставу. Пре подизања оптужнице, споразум се подноси председнику ванрасправног већа, а након подизања оптужнице, председнику судећег већа (члан 282а. став 4. ЗКП). Законом је допуштено позивање на закључени споразум и у приговору окривљеног и његовог браниоца против оптужнице.

5. Судска оцена законитости споразума о признању кривице

О закљученом споразуму о признању кривице одлучује суд, у одговарајућем функционалном саставу. Ако је споразум поднет пре подизања оптужнице, о њему одлучује председник ванрасправног већа. У ситуацији када се странке позивају на споразум у приговору против оптужнице, одлучује председник судећег већа. Иста је ситуација кад се споразум поднесе на првом рочишту, у редовном кривичном поступку. У сумарном поступку, о законитости споразума одлучује судија појединац.

Приликом одлучивања о страначком споразуму о признању кривице, суд га може одбацили, одбити и усвојити. Законом су изричито предвиђена два основ за одбачај споразума – када је поднет након завршетка првог рочишта за главни претрес (члан 282б. став 4. ЗКП), и када на рочиште за одлучивање о споразуму није дошао уредно позван окривљени (члан 282в. став 7. ЗКП). Поред наведених основа, у пракси се могу појавити још неке ситуације, када би споразум требало одбацили као недопуштен (нпр. када је закључен за кривично дело са запређеном казном изнад 12 година, када не садржи све битне елементе споразума, када је поднет од нелегитимисаног лица...). Према тексту новог ЗКП, суд ће одбацили споразум о признању кривичног дела, услед недоласка на рочиште уредно позваног окривљеног и када не садржи неки од обавезних елемената (члан 316. новог ЗКП).

Када суд утврди да је споразум благовремен и допуштен, заказује рочиште за одлучивање о овој страначкој погодби. На рочиште се позивају јавни тужилац,

41 Данило Николић, *op. cit.*, стр. 200.

42 За критику немачке правосудне праксе види: M. Damaška, *Der Austausch von Vorteilen im Strafverfahren: Plea-Bargaining und Absprachen*, 8. Straverteidiger, 1988, стр. 399.

окривљени и његов бранилац, док се оштећени и његов пуномоћник обавештавају о рочишту. Имајући у виду стремљење да се закључењем споразума истовремено изврши репарација, боље решење би било да се на рочиште позива и оштећени, будући да је обавештење мање формалан вид комуникације. Постоји залагање да се оштећеном да активнија улога у поступку договореног признања кривице, нарочито ако се споразум закључује за тешка кривична дела⁴³. Рочиште се може одржати и у одсуству јавног тужиоца (члан 282в. став 7. ЗКП), што сматрамо изузетно лошим решењем. Као што је неопходно потребно да суд на рочишту провери квалитет признања окривљеног, од не мањег значаја је провера законитости и *bona fides* поступања органа кривичног гоњења. О обавезном присуству браниоца окривљеног закон се експлиците не изјашњава, што оставља могућност да се рочиште одржи и у његовом одсуству. Законом је само прописана обавезна одбрана, најкасније 8 дана пре почетка рочишта, а не и обавеза присуства браниоца. На линији нашег залагања за обавезну одбрану током вођења преговора о признању кривице, сматрамо да је присуство браниоца рочишту неопходно, *in favore* права на правично суђење. Стога то треба одговарајућом законском одредбом недвосмислено прописати.

Рочиште за одлучивање о страначкој нагодби је јавно, уз могућност искључења јавности из свих законом предвиђених разлога из члана 292. ЗКП. Међутим, према одредби члана 315. став 3. новог ЗКП, рочиште се држи без присуства јавности. Држимо да је решење из новог ЗКП боље, јер се може догодити да се рочиште може окончати одбијањем споразума. У тој ситуацији, потребно је заштитити окривљеног од негативних последица датог признања, у даљем току поступка. Присуство јавности повећава могућност од контаминације судске власти и стварања предрасуда о кривици окривљеног, посебно у мањим градовима.

Исход одлучивања прихватљивости страначке нагодбе може бити материјализован са две судске одлуке. Суд ће донети решење о усвајању споразума, кад утврди да су кумулативно испуњени следећи услови: 1. да је окривљени свесно, добровољно и у одсуству заблуде признао извршење кривичног или кривичних дела, 2. да је казна одређена у законском оквиру, 3. да је окривљени свестан да се закључењем споразума одриче права на суђење и на жалбу против судске одлуке, донете на основу споразума, 4. да постоји поткрепљеност споразума и другим доказима, и 5. да се споразум не противи правима оштећеног или разлозима правичности (члан 282в. став 8. ЗКП). Утврђивање квалитета датог признања окривљеног од круцијалног је значаја. Стога судија треба да поведе опсежан дијалог, са великим бројем постављених питања окривљеном, како би са што већом сигурношћу утврдио постојање свести и воље. Сматрамо да ни вештачење психичког стања окривљеног није искључено, ако се посумња у „свесно“ признање, што не значи ништа

43 Споразум о признању кривице: примјена пред судовима БИХ...op. cit., стр. 27.

друго до постојање урачунљивости. Повезано са тим је утврђивање, да ли су окривљеном јасне последице закључења споразума. Посебно треба обратити пажњу на окривљене слабог нивоа образовања, и сходно томе прилагодити ниво комуникације и терминологију. Приликом оцене поштовања правила о одмеравању санкције, врши се провера правилне примене одредаба материјалног права. Суд је, такође, дужан да испита поткрепљеност признања кривике другим доказима. То подразумева проверу прибављених доказа и оцену постојања довољно доказа. На тај начин се афирмише начело истине, што је посебно значајно, будући да се споразум закључује, када је чињенични супстрат још увек на нижем нивоу од степена уверења, у тренутку доношења судске одлуке, у редовном току поступка. Међутим, директној супротности са тим критеријумом је одредба из члана 282б. став 3. ЗКП, о могућности изрицања казне испод минимума, ако би без признања окривљеног доказивање извршења кривичног дела било немогуће. У тој ситуацији, услов поткрепљености признања окривљеног другим доказима не би био испуњен⁴⁴. Држимо да је законодавац имао на уму да је и у тој ситуацији потребно постојање других доказа, прибављених на основу признања окривљеног, али таква могућност отвара дилему мотива признања извршења кривичног дела, ако тужилаштво нема довољно доказа. На чему јавни тужилац, у тој ситуацији, заснова оптужбу? Оцена заштите права оштећеног односи се на имовинскоправни захтев, који је један од обавезних елемената споразума. Суд проверава да ли је о томе одлучено, ако га је оштећени истакао у поступку. Судија је, најзад, дужан да провери и сагласност закљученог споразума са правичношћу. Дубиозно је шта чини садржину овог правног стандарда. Претпоставка је да суд треба да утврди, да ли је споразум сагласан са судском праксом у сличним кривичним стварима, са интересима оштећеног и са повредом или угрожавањем заштићеног добра⁴⁵. Но, испуњеност тих критеријума суд је претходно испитао, те сматрамо да је овај критеријум сувишан⁴⁶. Испуњеност услова суд испитује на основу достављених му списа (оптужног акта, решења о спровођењу истраге...), изјава странака, оштећеног или његовог пуномоћника⁴⁷. Закључак о испуњености услова уноси се у образложење решења о усвајању споразума.

Када суд утврди да није испуњен неки од услова из члана 282в. став 8. ЗКП, донеће решење о одбијању споразума. До истог исхода доведиће закључак суда да споразум очигледно не одговара тежини извршеног кривичног дела

44 Слободан Бељански, Споразум о признању кривике – предности и недостаци, Бранич, бр. 2/2009, стр. 25.

45 Данило Николић, *op. cit.*, стр. 214.

46 То је и учињено у новом ЗКП, у коме се посебно не истиче неопходност оцене правичности споразума.

47 Војислав Ђурђић, Споразумо признању кривике, Зборник радова Правних факултета у Загребу и Скопљу посвећен Фрањи Бачићу, Загреб 2007, стр. 499.

(члан 282в. став 9. ЗКП). Овај основ треба редефинисати *de lege ferenda*, стога што је номотехнички непрецизан. Из дикције законске норме могло би се помислити да је реч о ситуацији када странке закључе споразум за кривично дело изван опсега запречене казне затвора од 12 година. Но, то очигледно није била интенција, већ противност споразума сврси кажњавања⁴⁸. Последица одбијања споразума је немогућност коришћења признања окривљеног у даљем току поступка. Стога судија, који је донео тај вид решења не може учествовати у суђењу окривљеном. Пропуст је законодавца што није предвидео немогућност учешћа у поступку судије, који је донео решење о одбацивању споразума, иако је једнако контаминиран!

Одредбама ЗКП није предвиђена могућност да судија на рочишту мења било који елемент страначке нагодбе. Но, таква могућност *de lege ferenda* у присуству, и уз сагласност обеју странака, била би афирмативна по ефикасност поступка, посебно у случају када нису адекватно примењене одредбе материјалног права за одмеравање казне.

Решење суда о одбацивању споразума странака, није могуће побијати жалбом. На решење суда о одбијању⁴⁹ споразума жалбу могу изјавити странке, а на одлуку којом се споразум усваја, жалбу могу изјавити оштећени и његов пуномоћник (члан 282г. став 1. и 2. ЗКП). О жалби решава ванрасправно веће, у чијем саставу не може бити судија који је одлучивао о споразуму. Веће позивних судија о жалби одлучује у нејавној седници и може је одбацити, одбити или је усвојити. Неоправдана је немогућност преиначења решења, јер би се, на тај начин отклонили недостаци у споразуму⁵⁰.

6. Доношење пресуде на основу споразума о признању кривице

По ступању решења о усвајању споразума на правну снагу, он се прикључује оптужници, односно, укључује у оптужницу, која се саставља након прихватања споразума. Председник већа је дужан да без одлагања донесе осуђујућу пресуду⁵¹ (члан 282д. став 1. ЗКП). Ако на основу споразуму о признању кривице јавни тужилац одустаје од кривичног гоњења окривљеног, за нека друга дела, суд ће за та кривична дела донети пресуду којом се оптужба одбија, како би окривљени био заштићен дејством принципа *ne bis in idem*. Пресуда се доставља странкама

48 У Италији судија може одбити *patteggiamento* када утврди да нису правилно одмерене отежавајуће и олакшавајуће околности и када споразумом неће бити постигнута ресоцијализација окривљеног.

49 У новом ЗКП није могуће изјавити жалбу на решење о одбијању споразума (члан 319. став 2.)

50 Најконцизније решење би било да се предвиди сходна примена члана 421. став 3. ЗКП, у коме су предвиђена општа правила о доношењу одлука по жалби на решења.

51 Одредбама новог ЗКП предвиђено је да суд на рочишту за одлучивање о нагодби странака, истовремено са усвајањем споразума, доноси осуђујућу пресуду (члан 317. став 1.).

и оштећеном, сагласно општим правилима. Она постаје правноснажна даном доношења, јер изјављивање жалбе није дозвољено⁵² (члан 282д. став 3. ЗКП). Са друге стране, према слову новог ЗКП, жалба је допуштена против осуђујуће пресуде, али само ако постоје неки од разлога за обуставу поступка, или ако се пресудом одступило од предмета споразума (члан 319. новог ЗКП). Активну легитимацију имају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац.

Најпре, сматрамо да је добро решење да се о споразуму решава на јединственом рочишту, чији би исход био доношење решења о одбацивању споразума, или решења о одбијању споразума, или кондемпнаторне пресуде. Оправдано је, такође, дозволити доношење либераторне пресуде, у случају испуњења услова за ослобођење од оптужбе, у редовном поступку⁵³. У погледу права на жалбу, залажемо се за примену општих жалбених основа, из члана 367. ЗКП. Такво решење би било у сагласности са чланом 2. Протокола VII Европске конвенције о заштити људских права и основних слобода. Оправдање за изнети став налазимо у могућности да суд у пресуди одступи од сагласности изјава воља странака из закљученог споразума. Ефикасност поступка била би афирмисана кратким роком за изјављивање жалбе, те остављањем кратког рока за одлучивање о њеној основаности. Активна легитимација, поред странака, треба да обухвати и оштећеног, што је на линији позитивноправног решења, према којем оштећени има право на изјављивање жалбе против решења о усвајању споразума (члан 282г. став 2. ЗКП). Најзад, држимо да је изјављивање ванредних правних лекова могуће и оправдано сврхом њиховог постојања. Такво тумачење доприноси налажењу баланса између очувања тежње за досезањем истине у кривичном поступку и правне сигурности, на другој страни.

РЕЗИМЕ

Изазови пред којима се налази савремено кривично правосуђе, настоје се решити путем његове реформе. Тај процес траје у Србији већ више од једне деценије. Тема реформе кривичног правосуђа, постала је незаобилазан чинилац, како политичке, тако и стручне јавности. Најскорији резултат те идеје представља доношење Законика о кривичном поступку 2011. године. Он је, међутим у примени само за поступак за кривична дела организованог криминала, корупције и других тешких дела. У редовном кривичном поступку и даље се примењује Законик о кривичном поступку из 2001. године. Истовремено је оформљена радна група за новелацију ЗКП из 2011. године, будући да је претрпео значајне

52 У новом црногорском ЗКП, допуштено је нападати пресуду, донету на основу споразума, жалбом, ако пресуда одступа од закљученог споразума (члан 303. став 2. Законика о кривичном поступку Црне Горе, „Службени лист Црне Горе”, број 57/09 од 18. августа 2009. године.

53 Такву могућност предвиђа италијански ЗКП (Антонија Крстуловић, *op. cit.*, стр. 394).

критике стручне јавности. Циљеви реформе су при томе, остали непромењени. Настојање да се кривични поступак учини ефикаснијим, те да се приђе ближе стандарду „суђења у разумном року“, уз очување и унапређење достигнутог нивоа заштите основних људских права, и даље је доминантно. Потреба за ефикасношћу поступка је захтев, који добија на значају у условима економске кризе, будући да је неопходно смањити расходну страну државног буџета. Стога се као државни одговор на тзв. багателни и криминалитет средње тежине настоје афирмисати процесне форме, које поједностављују редовну кривичну процедуру. Једна од таквих је процесна форма, која прати постигнути споразум странака о признању кривице окривљеног. Споразум о признању кривице је институт, који је по први пут био предвиђен у тексту Законика о кривичном поступку из 2006. године. Но, како је овај закон остао непримењен, одредбе о споразумном признању кривице су инкорпориране у важећи ЗКП, приликом његовог новелирања 2009. године. Имајући у виду да је од почетка примене споразума о признању кривице у нас протекло више од 3 године, а да је, са друге стране у току израда новог процесног кодекса, држимо да је право време да се критички осврнемо на искуства у његовој досадашњој примени, као и да дамо предлог његове регулативе *de lege ferenda*.

Ivan Ilić, LL.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Plea Bargaining in Legal Theory, Legislaton and Legal Practice

Summary

Plea bargaining was first introduced in the Serbian legislation in the Criminal Procedure Code of 2006. However, as this legislative act remained unapplied, the legal provisions on plea bargaining were incorporated into the existing 2001 Criminal Procedure Code during its updating in 2009. Given the fact that it has been more than 3 years since the beginning of the implementation of plea bargaining and bearing in mind that a new criminal procedure code is currently being developed, we consider that it is time to take a critical look at the experience in its application and to give some suggestions for its future regulation de lege ferenda.

Key words: *simplified procedural forms, consensual justice, plea bargaining*

ЗНАЧЕЊЕ РИЈЕЧИ „INIURIA“ У КОНТЕКСТУ ДЕЛИКТА „DAMNUM INIURIA DATUM“

Апстракт: Овај чланак представља покушај да се одреди значење ријечи инјурија у контексту цивилног деликта „*Damnum iniuria datum*“ и да се разграничи њено значење у односу на значење ријечи инјурија као посебног цивилног деликта којим се штити тјелесни и морални интегритет личности. Сам појам инјурије је тај који квалификују штетну радњу, извршену *occidere, frangere, rumpere, urere*, деликтном радњом. Питање које се нужно поставља је да ли је инјурија и у вријеме доношење Аквилијевог закона представљала субјективни однос починиоца деликта према радњи извршења или објективну претпоставку кршења постојећег обичајноправог и цивилноправног поретка? О природи и значењу инјурије се дуго дискутовало у романистици и постоји низ теза које су поставили модерни романисти али није донесен јединствен став о инјурији. Стварни еволутивни развој ријечи инјурија и бројне теорије истакнутих и угледних романиста се у појединим елементима не поклапају.

Кључне речи: аквилијев закон, *iniuria, culpa, dolus, damnum*, субјективна теорија, објективна теорија.

1. Увод

Аквилијев закон је био предмет тумачења римских правника у широком временском распону, од преткласичног периода, о чему свједоче позивања класичних правника на мишљења Брута (D. 9.2.27.2.) и Квинта Муција Сцеволе (D. 9.2.39.), па до почетка трећег вијека, „златног вијека“ римске јуриспруденције у епохи Севера када је дјеловао Улпијан од кога је убједљиво највише преузето цитата (двадесет два) у другом титулусу девете књиге Дигеста. Основни извор из којег сазнајемо о Аквилијевом закону су Јустинијанове Дигесте, а материја Аквилијевог закона је још садржана у Гајевим Институцијама, *Collatio legum Moisaicarum et Romanarum*, Јустинијановим Институцијама. Законска ријеч инјурија

је највише проблематизована и то од стране римских јуриспрудената кроз богату казуистику на ову тему, али и од стране савремених романиста који су овој теми посвећивали велику пажњу у стручној литератури. Иако тако опширно тумачен, појам аквилијанске инјурије није недвосмислено одређен и дефинисан. Управо, тај широк обим тумачења инјурије, од објективне противправности, долозног наносења штета па до ненамјерног наносења штета, биће бити продискутован у овом раду.

2. Термилошко одређење појма инјурија

Полазећи од саме етимологије ријечи инјурија, може се увидјети доста противријечности. Коријен ријечи инјурија потиче од сложене латинске ријечи *in-iure*¹, што значи поступање без права (*non-iure*) а не против права, *contra ius*² и та констатација представља општеприхваћен став у литератури. Насупрот том ставу неки аутори тврде да је инјурија од најстаријих времена била знак противправности³. У колоквијалном латинском језику ријеч инјурија је именица женског рода која се деклинира по првој деклинацији и значи повреду права, неправду, насиље, кривицу⁴. Пернис тврди да је она женски род латинског придјева *iniurius* што представља битну чињеницу за њено тумачење⁵. Оксфордски рјечник латинског језика даје слиједећа објашњења за појам инјурије: 1) противправно понашање, 2) неправедно и повређујуће понашање, 3) без обзира за једнакост, неједнако, 4) било који акт којим се повређује личност појединца, било да је у питању физички или морални интегритет, 5) губитак или штета нанесени од стране особе која врши своје право, 6) физичка повреда или оштећење⁶. Према претходним квалификацијама јасно је да се инјурија може схватити као радња и као

1 Adolf Berger, *Encyclopedic dictionary of Roman law*, Philadelphia, 1953., Volume 43, 502.

2 Carlo A. Cannata, *Sul testo della „Lex Aquilia“ e la sua portata originaria*, L. Vacca, *La responsabilita civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino 1995., 37.

3 Огњен Вујовић, „Инјурија као деликт“, *Анали Правног факултета у Београду*, 2/2011., 360., Још види Frederick H. Lawson, *Negligence in the civil law*, London, 1950., Самир Аличић, *Класично значење ријечи Damnum (штета) у поглављу Дигеста Ad legem Aquiliam (9.2)*, Београд, 2010., Вид. Ferrini, *Diritto penale romano*, Milàn, 1899., 248.: „La parola iniuria in coerenza alla sua etimologia significa l’obiettività del torto arrecato dall’agente“; Kunkel, *Exegetische Studien zur aquilischen Haftung*, *Zeitschrift der Savigny Stiftung für Rechtsgeschichte*, 49/1929., 163., по којем је инјурија „die objektive Bindung des Verschuldensmoments“; Alfred Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Belmar, 1867.

4 Мирко Дивковић, *Латинско- хрватски рјечник*, Загреб, 1900., 592.

5 Alfred Pernice, *Zur Lehre von den Sachbeschädigungen nach römischem Recht*, Belmar, 1867., 26.

6 P.G.W. Glare, *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1985.,

ситуација. Посљедња три значења нису интересантна за овај рад, јер не означавају изворно значење инјурије, већ значење које је инјурија временом преузела и које има првенствено правну конотацију. Иако семантика ријечи упућује на слична тумачења, за јасну теоријску анализу потребно је одредити прецизно и јединствено значење инјурије и то искључиво значење које има у контексту деликта *damnum iniuria datum*.

3. Аквилијанска инјурија

С обзиром на то да је инјурија дио законске формулације Аквилијевог закона, неопходно је сагледати њено значење у контексту Аквилијевог закона. Инјурија у тексту Аквилијевог закона је начински аблатив. Њиме се квалификује наносење штете⁷. Да би се примјенила тужба из Аквилијевог закона у случају убиства туђег роба или животиње потребно је и поред самог факта убиства, да је оно учињено противправно или бесправно (*iniuria occisum*)⁸. Прихватајући формулацију класичних правника да инјурија означава противправност сврставамо инјурију у објективне елементе деликта *damnum iniuria datum*. У римској казуистици о истоименом деликту, најчешће постављано питање је да ли је штета учињена *iniuria*, или не, и да ли се, према томе може примјенити тужба из Аквилијевог закона? Као што се види инјурија је један од неопходних услова за постојање аквилијанске одговорности, али њено значење је још увијек предмет спора у литератури⁹. Класична јуриспруденција је несумњиво двојачко схватала овај термин: и то инјурију у општем смислу- инјурију као противправност, и инјурију у смислу кулпе као нехата¹⁰, односно субјективног односа делинквента према учињеном

7 Carlo A. Cannata, 1995., 36.

8 D. 9.2.3. Ulpianus libro octavo decimo ad edictum

Si servus servave iniuria occisus occisave fuerit, lex Aquilia locum hebet. Iniuria occisum esse merito adicitur: non enim sufficit occisum, sed oportet iniuria id esse factum.

D. 9.2.3. Улпијан, из осамнаесте књиге о едикту

Ако буде роб или робиња противправно убијен односно убијена, има мјеста за примјену Аквилијевог закона. Оправдано се истиче „противправно“ убијен јер није довољно да је убијен, него је неопходно да је то учињено противправно.

9 Вид. P. Ziliotto, L' imputazione del danno aquiliano (tra iniuria e damnum corpore datum), Padova, 2000.

10 G. I. 3.211:

Iniuria autem occidere intellegitur, cuius dolo aut culpa id accidit; nec ulla alia lege damnum quod sine iniuria datur, reprehenditur; itaque impunitus est, qui sine culpa et dolo malo casu quodam damnum committit. Гајеве Институције, 3.211:

Противправним убиством се сматра оно које је извршено злом намјером или непажњом. Ниједан други закон не кажњава штету која није противправно нанесена – sine iniuria datum.

деликту. За такав став упориште се налази у Улпијановом фрагменту на почетку титулуса *De iniuriis et famosis libellis*:

D. 47.10. Ulpianus libro 56 ad edictum

Iniuria ex eo dicta est, quod non iure fiat: omne enim, quod non iure fit, iniuria fieri dicitur. Hoc generaliter. Specialiter autem iniuria dicitur contumelia. Interdum iniuriae appellatione damnum culpa datum significatur, ut in lege Aquilia dicere solemus: interdum iniquitatem iniuriam dicimus, nam cum quis inique vel iniuste sententiam dixit, iniuriam ex eo dictam, quod iure et iustitia caret, quasi non iuriam, contumeliam autem a contemnendo.

D. 47.10. Улпијан, из педесетшесте књиге о едикту

Инјурија се тако зове зато што означава оно што није праведно, све што се догађа а није праведно је противправно. Ово је опште значење. А у посебном смислу инјурија може значити и увреда (*contumelia*). А понекад инјурија има значење штете која је проузрокована нехатом (*damnum culpa datum*), као што уобичајено кажемо у Аквилијевом закону; понекад за неправичност (*iniquitas*) кажемо *iniuria*, јер када се према неком донесе неправедна одлука, сматра се да је неправедна (*iniuria*), због тога што је лишена права и праведности, као неправно (*non iuriam*); увреда (*contumelia*), пак (потиче) од *contemnendo* (презирање, исмијавање).

Постоје још два параграфа готово истог садржаја, који вјероватно представљају посткласичне прераде и који се приписују Паулу¹¹. Евидентно је да из овог параграфа произилазе четири различита значења инјурије, једно у општем смислу и три специфична, ужа значења. У општем смислу инјурија представља противправност. Прво специфично значење инјурије је увреда (*contumelia*), радња усмјерена на повреду туђе части. Овдје се мисли на радњу из које настаје истоимени деликт инјурија. Друго, под инјуријом се у Аквилијевом закону означава nanoшење штете нечијом кривицом (*damnum culpa datum*). Треће, тим термином се понекад означава и неправичност (*iniquitas*) и неправда (*iniustitia*), као у случају неправичне судске одлуке.

У овом раду се расправља само питање аквилијанске инјурије, тј. друго наведено значење, која означава кривицу, субјективни однос делинквента према учињеној радњи. Дакле, класични правници не разликују противправност у савременом смислу као посебан услов за одговорност по Аквилијевом закону, различит од субјективног односа учиниоца према учињеној радњи (*dolus, culpa*). Чак и ако су Римљани разликовали противправност од кривице, то на терминолошком плану није нашло

Стога неће бити кажњен онај који без кривице односно немара или зле намјере случајем проузрокују штету.

¹¹ CO.2.5.1.; I.4.4.

одјека¹². Теорије о разликовању инјурије као објективног елемента деликта *damnum iniuria datum* и субјективизације инјурије поистовјећивањем са кулпом (*iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum*)¹³ су резултат рада модерне романистичке науке која је развила систематски приступ који је подразумевао два становишта.

Преовладавајуће становиште је тумачило инјурију у објективном смислу (противправност), по коме је инјурија била првобитно дефинисана независно од кулпе, а кулпа се појављује као конструкција која је настала да би се превазишли строго објективни елементи деликта¹⁴. Они сматрају да су тек класични правници тумачили инјурију у смислу долуса и кулпе. Један од присталица ове теорије, Скипани, сматра да инјурија представља неправду која се наноси понашањем које се не може оправдати ни по којем основу¹⁵. По њему, кулпа се јавља у периоду касне републике и кулпозним понашањем се сматра оно противправно понашање када основи оправдања нису довољни да анулирају противправност деликта. Према томе, он сматра да је кулпно понашање дефинитивно противправно и да оно не подразумева субјективни однос учиниоца према деликту. Инјурија нема субјективни елемент – долус. Ово мишљење је даље разрадио Каната. Он је тврдио да су противправност (*illicitea*) и кривица (*colpevolezza*) у доктрини два различита појма¹⁶. Аргумент за ово разликовање он налази у схватању инјурије у времену доношења Алвилијевог закона, које је било строго објективистичко. Схватање инјурије у раном периоду развоја овог појма, обухвата „основе за искључење противправности“ као што су нужна одбрана (одбијање силе силом)¹⁷, стање нужде¹⁸, случај убијања роба због прељубе (*adulterium*)¹⁹, учествовање у дозвољеним играма (*collocatio, pancratium*)²⁰,

12 Carlo A. Cannata, , 1995., 35-42.

13 D.9.2.5.1.

14 Paschalis Paschalidis, What did inuria in Lex Aquilia actually mean?, *Revue Internationale des droits de l'Antiquite LV*, Bruxelles, 2008.

15 Schipani, Sandro, *Responsabilita 'ex lege Aquilia': criteri di imputazione e problema della 'culpa'*, Torino, 1969., 83.

16 Carlo A. Cannata, *Sul testo della „ Lex Aquilia“ e la sua portata originaria*, L. Vacca, *La responsabilita civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Torino, 1995., 40.

17 D. 9.2.4; D. 9.2.5.1.; D. 9.2.45.4

18 D. 9.2.49.1; D. 43.24.7.4.

19 D. 9.2.30.

20 D. 9.2.7.4.

рад јавних служби²¹, вршење приватних права²². У складу са тиме, нужна одбрана и крајња нужда и остали наведени случајеви не могу се баш сматрати основима за искључење противправности, како би их одредили данашњи правници, него основи који искључују постојање зле намјере и нехата. Ако неко учини имовинску штету бранећи се, он није учинио штету ни из зле намјере ни из нехата, дакле нема основа за аквилијанску одговорност. Бајнарт, као и остали поклоници објективистичке теорије, сматра да се кулпа развија тек у класичном праву, и то не „радикалном промјеном већ постепеном и пажљивом модификацијом постојећих правила, развијајући појам кулпе у концепту инјурије“²³. По њему, рани концепт инјурије није потиснут, већ је коригован у односу на појам кулпе²⁴.

Алтернативно схватање инјурије у субјективном смислу су заступали неки од врло угледних романиста²⁵. Мек Кормак се не слаже са Бајнартом да се промјена схватања инјурије десила у касној републици, односно да је кулпозни (субјективни) елемент тек у том периоду постао инхерентан инјурији²⁶. Његово схватање је да се инјурија увијек схватала као кривица. Аргументе за такав став налази у аквилијанским текстовима римских правника²⁷. По његовом становишту, кад се говори о инјурији, неспорно се говори о долусу и кулпи. Па ипак, у неким својим ранијим радовима признаје да је рано значење инјурије „непостојање права“ (absence of right)²⁸. Ни Беркс се не приклања већинском објективистичком становишту јер је његов став да је у самој структури деликта *damnum iniuria datum*, појам инјурије одвојен од кулпе што би значило да је штета (*damnum*) нанешена

21 D. 9.2.29.7.

22 D. 9.2.5.3.

23 Beinart, Ben, *The relationship of iniuria and culpa in the lex Aquilia*, *Studi in onore Vincenzo Arangio- Ruiz*, vol 1, Napoli, 1953., 280.

24 *Ibid.*, 285.

25 Вид. Karl Binding, *Die Normen und ihre Übertretung: eine Untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, vol IV., Leipzig, 1965., 48-51.

26 Geoffrey MacCormack, *Aquilian studies*, SDHI 41, Roma, 1975., 56.

27 Првенствено текстови о проузроковању побачаја код ждребне кобиле (D.9.2.39.), одговорност поткресивача дрвета (D.9.2.31.), случај судара бродова (D.9.2.29.2-4), случај крчмаровог фењера (D.9.2.52.1.), случај играња лоптом (D.9.2.52.4.), случај бријача (D.9.2.11.), случај кад се сруши кућа да би се спријечило ширење пожара (D.9.2.27.11.), случај сијечења наставка крова од стране сусједа (D.9.2.29.1.).

28 Geoffrey MacCormack, *Aquilian culpa*, *Daube Noster Essays in Legal History for David Daube*, Edinburgh, 1974., 201.

„повређујућом инјуријом“ (*contempt iniuria*)²⁹. „Повређујућа инјурија“, као квалификативна одредница радње извршења деликта, нужно асоцира на инјурију у значењу посебног цивилног деликта. Он још тврди да поред „повређујуће инјурије“ *ratione personae* којом се погађа достојанство и морал појединца постоји и инјурија *ratione re* која се односи на ствари и којом се чини материјална штета.

Како Пашалидис сумарно приказује у свом раду „What did iniuria in *lex Aquilia* actually mean?“, заступници објективистичког становишта су се претежно фокусирали на посљедицу самог деликта а присталице супротног становишта на саму радњу извршења деликта. По његовом мишљењу, постоје убједљиви аргументи на обе стране. Сматра да су римски правници појам инјурије креирали на основу Аристотеловог појма неправде (*ἀδικία*) који је објашњен у Никомаховој етици³⁰. Интересантно је Пашалидисово констатовање да је *damnum iniuria* „штета (губитак) нанијета неправдом, односно неправда узрокована губитком“. Овај контроверзан став на прво читање збуњује али суштински одређује природу ове законске формулације. Без обзира на исцрпно лингвистичко и семантичко тумачење ове законске синтагме, или евентуалан распоред ријечи у оквиру саме формулације или пак самог закона, значење остаје исто. *Damnum* представља штету која је нанијета инкриминисаном радњом чији обим је схватан шире или уже, зависно од римске правне епохе у којем је тумачен и примјењиван закон.

Курзи такође прихвата Пашалидисово схватање да је на креирање појма инјурије пресудно утицао Аристотелов појам неправде (*ἀδικία*) и да јој он управо даје субјективну димензију³¹. Према томе, Курзи се приклања „субјективистичкој струји“, али истовремено даје један специфичан идентитет појму инјурије у контексту овог закона. По њеном мишљењу, које је већ дуго присутно у теоријском проблематизовању овог појма, инјурија је изворно субјективни елемент деликта *damnum iniuria datum* и означава злу (долозну) намјеру (*dolus*)³². Не прихвата идентификацију инјурије са кулпом, јер сматра да је оригинално значење појма инјурије интенциозно понашање,

29 Peter Birks, *Other men's meat: Aquilian liability for proper use*, *Irish Jurist* 16, Edinburgh, 1981., 141.

30 „Ако пак ткогод нашкоди по избору, почиња неправду; и већ према таквој чинидби неправде неправедан је тај који чини неправедно, уколико нарушава размјер или једнакост. Исто тако почиња праведно дјело, само ако хотимице дјелује...“ (превод Томислав Ладан), Аристотел, Никомахова етика, Загреб, 1988., 1136 а, 107 -108.

31 Maria Floriana Cursi, *What did occidere iniuria in Lex Aquilia actually mean?*, *Roman legal tradition*, Volume 7, Glasgow, 2011., 16- 29.

32 Вид. Maria Floriana Cursi, *Iniuria cum damno, Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milan, 2002., 93-94.

јер и сам Аристотелов појам неправде (*ἀδικία*) означава вољни чин; те је одговорност за његово предузимање условљена односом учиниоца према радњи и посљедици³³. У овом случају не би се могло говорити о утицају грчке филозофије на формирање класичних римских правних термина, јер је сам Аквилијев закон донесен у предкласичном периоду. У тој чињеници Курзи налази аргумент за своју тезу по којој је појам инјурије „посуђен“ из раније насталог деликта *iniuria* и према томе садржајно одговара долусу. Ово становиште се заснива на интересантној премиси а то је да је концепт објективног поимања инјурије ипак установљен у модерној романистици, што управо наводи на закључак да сами Римљани нису нужно дијелили такве ставове о природи саме инјурије. Стога је, исто тако са великим самопоуздањем, могуће поставити другу тезу по којој се инјурија схвата у субјективном смислу.

Сличне ставове имају и еминентни британски романисти. Беркс је сматрао деликте *iniuria* и *damnum iniuria datum* као деликте- близанце („*twindelicts*“)³⁴ а Пагзли карактерише треће поглавље Аквилијевог закона као изданак деликта инјурија („*off shot of the delict of iniuria*“)³⁵. Велику сличност између инјурије контексту деликта *damnum iniuria datum* и инјурије као посебног деликта (*contumelia*) уочава и Полеј³⁶. Своје становиште аргументује аналогijом која постоји између повреде (напада на физички или евентуално морални интегритет) роба која би се санкционисала помоћу *actio iniuriarum* и убиства роба које би се процесуирало помоћу аквилијанске тужбе. И у обе ове ситуације и сами Римљани би навели да је почињена инјурија. У оба случаја као заштитни објект се сматра робов господар, односно штити се његова имовина и имовински интереси³⁷. Свака повреда која може довести до веће или мање неспособности роба за даљи рад, свакако утиче на обим господарева имовине. Убиство роба не само да доводи до имовинског губитка господара (штете- *damnum*) већ се сматра нападом на част и углед самог господара (*do-*

33 Вид. David Ibbetson, *How the Romans did for us: Ancient roots of the tort of negligence*, *UNSW Law Journal* 37, Sydney, 2003., 475.

34 Peter Birks, *The Early History of „iniuria“*, *The Legal History Review* 37, London, 1969., 163.

35 David Pugsley, *The Origins of lex Aquilia*, *Law Quarterly Review* 85, London, 1969., 58.

36 Вид. Elemer Polay, *Inuria Types in Roman Law*, Budapest, 1986., 123.

37 Узимајући обзир чињеницу да је роб лице *alieni iuris*, потпуно је логично да у правном промету у његово име иступа његов господар (*dominus*). С обзиром на статус робова у вријеме класичног ропства, које се поклапа са временом доношења Аквилијевог закона, који је окарактерисан као објект права (*servus nullum caput habet*), или кроз дескриптивно Вароново објашњење положаја роба као инструмента који говори, *instrumentum vocale* (Varro, *De re rustica*, 1.17.)

minus)³⁸. Сам извршилац убиства предузима чин који подразумјева одређену potestas (моћ, право) коју он нема, јер сам није власник роба³⁹ нити државни магистрат да на основу империја кажњава роба, и тим бесправним чином он „вријеђа“, односно узурпира правну сферу власти односно „напада“ самог господара. Узимајући у обзир тако постављене чињенице, тешко би се могао донијети други закључак до тај да је иницијално значење инјурије долус⁴⁰. На основу претходно наведене аналогије успоставља се врло интересантна паралела између цивилних деликата iniuria и damnum iniuria, гдје први санкционише нападе на морални и тјелесни интегритет, изузев права на живот роба, а други санкционише само убиство роба кроз прво поглавље Аквилијевог закона⁴¹. Курзи, иако повлачи ове интересантне паралеле између самих деликата, дефинитивно не сматра аквилијанску инјурију и инјурију као посебан цивилни деликт, идентичним појмовима. Њено мишљење је да аквилијанска инјурија у значењу које има на основу трећег поглавља Аквилијевог закона, замијенила значење инјурије у смислу посебног цивилног деликта јер је преузела регулисање случајева који су дотад подвођени под обим примјењивости цивилног деликта инјурија⁴². У свом скорашњем раду, Курзи наставља да досљедно гради своју тезу о субјективном предзнаку инјурије, уводећи нове аргументе у прилог своје теорије⁴³. Синтагма iniuria

38 Maria Floriana Cursi, *Iniuria cum damno, Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milan, 2002., 274- 275.

39 Сами господари су имали ius vitae ac necis (право живота и смрти) над својим робовима у оквиру dominica potestas (власти господара над робом) што им је de iure омогућавало да без страха од било какве законске санкције кажњавају своје робове, мада de facto се кажњавање и убијање сопствених робова предузимало у екстремним ситуацијама, у случајевима побуне робова, убиства господара, намјерног кварења алата, усјева, организовање самих побуна и устанака робова.

40 Maria Floriana Cursi, *Iniuria cum damno, Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano*, Milan, 2002., 275.

41 D. 9.2.2. *Lege Aquilia capite primo cavetur*: „ Ut qui servum servamve alienum alienamve qudrupedem vel pecudem iniuria occiderit, quanti id in eo anno plurimi fuit, tantum aes dare domino damnas esto“.

42 Свака физичка повреда роба сада је подвођена под обим примјењивости трећег поглавља Аквилијевог закона, и тиме искључивана примјена actio iniuriarum и самог цивилног деликта инјурија.

43 Maria Floriana Cursi, *What did occidere iniuria in Lex Aquilia actually mean?*, Roman legal tradition, Volume 7, Glasgow, 2011., 16- 29.; Вид. Max Kaser, *Das römischen Privatrecht I*, München, 1955., Казер сматра да се у старом римском праву, односно праву у вријеме доношења Аквилијевог закона, није узимала у обзир свијест (Bewusstsein), односно психички однос учиниоца према почињеном дјелу, већ је постојао само dolus malus који је означавао интенциозно понашање, односно понашање које није допуштено, противправно је (iniuria). Касније је износио ставове да се на основу законских формулација iniuria occidere и iniuria

occidere нужно указује на интенциозно понашање, а сам долозни елемент је посуђен из раније установљеног деликта iniuria. Њено мишљење је да касније уведена одговорност по трећем поглављу Аквилијевог закона⁴⁴ а одговорност заснована на кулпи не представља накнадну субјективизацију одговорности, већ само проширење примјене већ постојећег субјективног основа одговорности. Уколико је дошло до преузимања правотехничког термина из раније постојећег цивилног деликта, онда је јасно да је морало бити у питању свеобухватно преузимање које је подразумевало реципирање инхерентног субјективног елемента деликта инјурије, а то је долус. Комплементарност наведених деликата је могла евентуално постојати само у том периоду за који се веже доношење самог Аквилијевог закона односно у тзв. предкулпозној ери (pre-culpa era)⁴⁵. У каснијој еволуцији деликта *damnum iniuria datum* све више се појмови инјурије раздвајају, односно губи се „заједнички именулац“ ова два цивилна деликта. То се приписује повезивању појма инјурије и кулпе и њиховом међусобном односу.

4. Одређење аквилијанске инјурије према кулпи и осталим аквилијанским појмовима

Према доминантном становишту, увођење кулпе као посебног услова аквилијанске одговорности се подудара са промјеном објективног основа одговорности у субјективни, а сматра се да се то десило у класичном раздобљу. Према Јерингу, старији објективни концепт инјурије је „игнорисао“ (*ignora il momento della culpa*) кулпу као елемент аквилијанске одговорности⁴⁶. Међутим, тек увођењем развијенијег концепта субјективне аквилијанске одговорности од стране класичне јуриспруденције, постепено се превазилази енигма неистраженог правног простора ненамјерног доношења штете⁴⁷. Иначе деликт

ingere frangere gumpere могло претпоставити да су делинквенти били свјесни незаконитости својих штетних радњи. Сматра да се у старом праву може очекивати само постојање типичне одговорности за долус.

44 Курзи сматра да су оригинално постојала само прва два поглавља закона, и да се прво поглавље односило само на убијање робова. Оно што је извјесно у романистици да је рањавање робова почело да се кажњава по трећем поглављу захваљујући дјелатности и интерпретацији класичне јуриспруденције трећег поглавља Аквилијевог закона. Према томе, у вријеме доношења Аквилијевог закона, повреда роба је санкционисана двојачко. Ако је било у питању убиство роба, примјењивано је прво поглавље Аквилијевог закона, а ако је била у питању физичка повреда, онда се примјењивала инјурија, као посебан цивилни деликт.

45 Paschalis Paschalidis, *What did inuria in Lex Aquilia actually mean?*, *Revue Internationale des droits de l'Antiquite* LV, Bruxelles, 2008.,

46 Rudolf von Ihering, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, Napoles, 1990., 16.

47 Maria Josè Bravo Bosch, *Sobre el dolo y culpa en la iniuria*,

damnum iniuria datum је јединствен међу осталим цивилним деликтима по томе што предвиђа одговорност за ненамјерно nanoшење штете. Правници класичног периода су настојали тумачити појам инјурије и то са аспекта штетне радње *non iure* (противправности) и са аспекта штетног дјеловања извршиоца деликта тј. да ли је он поступао долозно или непажљиво. Даубе⁴⁸ сугерише да се повезивање кулпе и инјурије десило у Аквилејевом закону око 100. године п.н.е. када су Квинт Муције Сцевола и Алфенус дефинисали кулпу као непажњу у смислу D.9.2.31.⁴⁹ и D.9.2.52.4.⁵⁰ У вези са тим, Бајнарт

48 David Daube, *Roman Law: Linguistic, Social and Philosophical Aspects*, Edinburgh, 1969., 153.

49 (D.9.2.31. Paulus libro decimo ad Sabinum) :

Si putator ex arbore ramum cum deiceret vel machinarius hominem praeteruntem occidit, ita tenetur, si is in publicum decidat nec ille proclamavit, ut casus eius evitari possit. Sed Mucius dixit etiam, si in privato idem accidisset, posse de culpa agi: culpam autem esse, cum quod a diligente provideri potuerit, non esset provisum aut tum denuntiatum esset, cum periculum evitari non possit. Secundum quam rationem non multum refert, per publicum an per privatum iter fierit, cum plerumque per privata loca vulgo iter fiat, quod si nullum iter erit, dolum dumtaxat praestare debet, ne immittat in eum, quem viderit transeuntem, nam culpa ab eo exigenda non est, cum divinare non potuerit, an per eum locum aliquis transiturus sit.

D. 9.2.31. Паул, из десете књиге по угледу на Сабина

Ако поткресивач дрвета баци грану или то уради онај који ради на скелама, па убије човјека који је ту пролазио, он ће одговарати ако је ту грану бацио на јавни пут и није тако објавио да се несрећа може избјећи. Међутим, Муције каже да и у случају да се то догоди на приватном путу, може се водити спор због непажње – *culpa*: немарност, наиме постоји онда када није предузето оно што би пажљив човјек могао предвидјети или је било објављено тек онда када се опасност више није могла избјећи. По овом мишљењу нема велике разлике у томе да ли је пут био приватни или јавни, јер пут често пролази преко приватних земљишта. Али ако ту није постојао никакав пут, онда се одговара само за *dolum*, да се не би намјерно бацало на оног за кога се види да пролази; у оваквом случају, учиниоцу се не може приписати одговорност за непажњу- *culpa*, јер он није могао као пророк предвидјети да ће преко тог земљишта неко прелазити. (Превод Милена Полојац, Практикум за римско право, Београд, 2010. 265.)

50 D.9.2.52.2. Alfenus libro secundo digestorum

In clivo Capitolino duo plostra onusta mularum ducebant: prioris plostri muliones conversum plostrum sublevabant, quo facile mularum ducerent: inter superius plostrum cessim ire coepit et cum muliones, qui inter duo plostra fuerunt, e medio exissent, posterius plostrum a priore percussum retro redierat et puerum cuiusdam obriverat: dominus pueri consulebat, cum quo se agere oporteret. Respondi in causa ius esse positum: nam "eam" si muliones, qui superius plostrum sustinuisent, sua sponte se subduxissent et ideo factum esset, ut mularum plostrum retinere non possint atque onere ipso retraherentur, cum domino mularum nullam esse actionem, cum hominibus, qui conversum plostrum sustinuisent, lege Aquilia agi posse: nam nihilo minus eum *damnum dare*, qui quod sustineret mitteret sua voluntate, ut id aliquem feriret: veluti si quis asellum cum agitasset non retinuisset, aequae si quis ex manu telum aut aliud quid immisisset, *damnum iniuria daret*. Sed si mularum, quia aliquid reformidassent et muliones timore permoti, ne opprimerentur, plostrum reliquissent, cum hominibus actionem nullam esse, cum domino mularum esse. Quod si neque

резимира еволутивни развој објективне аквилијанске одговорности ка субјективној и издваја три велике посљедице⁵¹:

1. Обим противправности је био сужен јер иако је постојала штета као посљедица противправности, учинилац се могао екскулпирати одговорности ако је постојао недостатак непажње или намјере.

2. Кулпа се преплитала и настојала изједначити са инјуријом.

3. Кулпа проширује обим одговорности тако што акт који је био *prima facie* у складу са законом може бити противправан ако је почињен долозно или непажљиво.

Ове етапе развоја показују суштински однос који је постојао између долуса, инјурије и кулпе у еволуцији аквилијанске одговорности. У предкласичном, често називаном архаичном праву инјурија је изједначавана са долусом, односно одговорност за радње које су квалификоване као *iniuria occiderit, rumperit, ugerit, frangerit* су биле санкционисане по Аквилијевом закону само ако је на страни починиоца била несумњива намјера за почињењем деликта. Стога према Бајнарту, правни простор одговорности за ненамјерно наносење штете остаје неистражен у старом праву, што је у супротности са општеприхваћен ставовиштем у романистици о „ чисто посљедичном приступу“ (*reinen*

mulae neque homines in causa essent, sed mulae retinere onus nequissent aut cum coniterentur lapsae concidissent et ideo plostrum cessim redisset atque hi quo conversum fuisset onus sustinere nequissent, neque cum domino mularum neque cum hominibus esse actionem. Illud quidem certe, quoquo modo res se haberet, cum domino posteriorum mularum agi non posse, quoniam non sua sponte, sed percussae retro redissentiarum.

D .9.2.52.2. Алфен Вар, из друге књиге Дигеста

Мазге су вукле двоје теретних кола уз Капитолско брдо, и гоничи су гурали прва кола која су била нагнута на једну страну, да би мазге могле лакше да вуку. У међувремену доња кола су почела да иду назад и гоничи који су се налазили између кола су повукли прва кола и она су ударила у друга кола и погазила туђег роба. Његов господар ме питао против кога треба да покрене тужбу. Одговорио сам да то зависи од околности, ако су се гоничи који су се налазили иза првих кола намјерно склонили у страну а посљедица је била да мазге нису могле задржати кола и биле су повучене његовом тежином. Тада се не може подићи тужба против власника мазги, али се аквилијанска тужба може подићи против лица које је држало кола па их пустило, јер ако лице које држи нешто, пусти га и омогући да оно удари у друго нешто наноси штету, као нпр. кад неко води магарца и није у стању да га задржи, или испалује из пушке или баци нешто друго из руке. Али ако су мазге устукнуле зато што су биле преплашене, а и гоничи су били преплашени да ће бити прегажени, пусти кола, тужба се не може подићи против њих, али може против власника мазги. Ако ни мазге ни гоничи нису узрок несреће, али мазге нису могле држати товар, или су покушавале (безуспјешно) да вуку товар, оклизнуле су се и пале, а то је проузроковало да кола иду назад, а гоничима је било немогуће да задрже кола која су била нагнута на једну страну, тада се није могла подићи тужба ни против власника мазги ни против гонича. Једно је сигурно, без обзира на околности, да власник мазги које су биле на задњој страни није одговоран, јер оне нису ишле назад добровољно, већ су биле повучене.

51 Ben Beinart, *op.cit.*, 285.

Erfolghaftung)⁵². Чисто посљедични приступ су заступале пасиониране присталице тумачења инјурије као објективне одговорности, по којем свака радња без обзира на услове под којим је предузета доводи до штетне посљедице која се санкционише Аквилијевим законом. Контрааргументе за овако екстремне ставове налазимо и у самом Закону дванаест таблица, у случају бацача копља⁵³. Иначе, сам Бајнарт припада групи присталица објективног тумачења инјурије, јер сматра да је инјурија у раном тумачењу римских правника означавала *non iure* дјеловање, дакле противправност у објективном смислу⁵⁴. Кад је дошло до диференцирања инјурије на кулпозни и долозни елемент, и да ли је инјурија у свом првобитном значењу била објективне или субјективне природе, су питања која су нарочито актуелна у скорије вријеме у романистици⁵⁵.

У класичном праву долази до приближавања појмова кулпе и инјурије у контексту Аквилијевог закона до те мјере да их чак Улпијан потпуно изједначује, сматра их синонимима⁵⁶. Липтов такође изједначава инјурију и кулпу, сматајући да субјективна димензија инјурије заправо кулпа (*Das*

52 Ulrich von Lübtow, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin, 1971., 84.

53 Бацач копља, коме се копље случајно омакне и убије пролазника (*si telum manu fugit magis quam iecit, aries subicitur*, VIII таблица, 24 а.) не сматра се кривим јер му је као казна одређено жртвовање овна за родбину настрадалог. Дакле, према санкцији која не представља одмазду према његовом животу и тијелу, можемо закључити да се није сматрао кривим, бар не у оној мјери како је сматран кривим онај ко је намјерно бацио копље на другога. Већ је у вријеме доношења Закона дванаест таблица, а сасвим могуће је да ова одредба датира из ранијег периода, постојала ублажена одговорност за нехатно поступање. То свакако говори о нарочитом римском таленту за право и способности најстаријих Римљана да осјете суптилне разлике у степеновању кривице. Насупрот томе постоји правило за које се традиционално сматра да га је установио краљ Нума, а које каже да ће смртном казном бити кажњен онај ко убије слободног човјека (*qui hominem liberum morti duit, parricidas esto*). Сматра се да ово правило припада корпусу краљевских закона (тзв. *leges regiae*) и самим тим ово древно правило с обзиром на вријеме у којем се сматра да је донешено, није могло значајније утицати на формирање концепта раноаквилијанске одговорности.

54 Ben Beinart, *op.cit.*, 379.

55 Вид. Alan Rodger, *What did Damnum Iniuria actually mean? Mapping the law: Essays in memory of Peter Birks*, Oxford, 2006., 421-438., Paschalis Paschalidis, *op. cit.*, Maria Floriana Cursi, *op. cit.*

56 D.47.10.1.; D.9.2.5.1. *Iniuriam autem hic accipere nos oportet non quemadmodum circa iniuriarum actionem contumeliam quandam, sed quod non iure factum est, hoc est contra ius, id est si culpa quis occiderit: et ideo interdum utraque actio concurrat et legis Aquiliae et iniuriarum, sed duae erunt aestimationes, alia damni, alia contumeliae. Igitur iniuriam hic damnum accipiemus culpa datum etiam ab eo, qui nocere noluit.; D.47.6.1.2. Si plures servi damnum culpa dederint, aequissimum est eandem facultatem domino dari.; Gai. Inst. 3.211. : is iniuria autem occidere intelligitur, cuius dolo aut culpa id acciderit.*

Wort „iniuria“ als objektive und subjektive Rechtswidrigkeit – culpa)⁵⁷. Јеринг⁵⁸ сматра да се схватања инјурије у смислу кулпе и долуса десило у вријеме дјеловања класичне јуриспруденције а до изједначења кулпе и инјурије је дошло у вријеме дјеловања правника из периода владавине династије Севера⁵⁹. Интересантно је а и неизоставно је питање које се поставља у току тумачења самих појмова инјурија и кулпа, а то је да ли инјурија значи кривица и да ли по том конкретном значењу може бити изједначена са кулпом? Сам појам кулпе у контексту Аквилијевог закона је тумачен веома екстензивно, од схватања кулпе као кривице у ширем смислу (*fault at large*⁶⁰) гдје се кулпа схвата као виши појам (*genus proximum* или по Хаусманингеру „Oberbegriff“⁶¹) за намјеру и за непажњу, до схватања кулпе у ужем смислу као непажљивог, нехатног понашања (*negligentia*) односно у смислу *culpa stricto sensu*⁶². Стога је потребно одредити или барем покушати одредити у којем семантичком смислу римски правници виде подударност између инјурије и кулпе. Ако се у рашчлањивању могућих значења инјурије пође од објективне аквилијанске одговорности и њеног поимања инјурије као акта противправности, односно противправно или бесправно предузетог чина, онда кулпа као правнотехнички термин преузима сав тај обим значења и надграђује га увођењем и субјективне димензије у аквилијанску одговорност. Стога се не може рећи да су кулпа и инјурија синоними јер је кулпа у претходно наведеном контексту шири појам од инјурије. У практичном смислу, односно што се тиче примјене у правном промету, термилошка разлика између инјурије и кулпе није произвођила посљедице све док се кулпа није почела схватати као еквивалент непажњи (*negligentia*). Кулпа схваћена у ужем смислу или *culpa stricto sensu* дефинитивно се одваја од

57 Ulrich von Lübtow, op. cit., 83.

58 Rudolph von Jhering, Das Schuldmoment im römischen Privatrecht in Vermischte Schriften juristischen Inhalts, Aalen, 1968., 155.

59 Династија Севера је владала римским царством у периоду од 193. г. н.е. до 235. г.н.е. када је убијен и посљедњи владар те династије, Александар Север. То је вријеме великих правничких имена као што су Папинијан, Трифонин, Калистрат, Тертулијан, Марцијан, Паул, Улпијан, Модестин. Иако се званично убрајају у правнике класичне јуриспруденције, сматра се да дјеловање ових правника представља зрело (или златно) доба класичне јуриспруденције.

60 Reinhard Zimmermann, The Law of Obligations, Roman Foundations of Civilian Tradition, Oxford, 1996., 1005.

61 Herbert Hausmaninger, Das Schadenersatzrecht der lex Aquilia, Wien, 1990., 25.

62 Eric Descheemaeker, The Divisions of wrongs : a historical comparative study, Oxford, 2009., 96.

инјурије јер је ужи домаћај одговорности који она производи у односу на обим одговорности који се производи поступањем инјурија⁶³.

Трећа етапа у дијалектици односа између инјурије и кулпе, према Даубу, се завршава тако што кулпа преузима значење и долозног и кулпног елемента у ужем смислу и постаје предзнак за аквилијанску кривицу у општем смислу. Као таква, кулпа се наводи као један од неопходних елемената за одређивање аквилијанске субјективне одговорности.

По Хаусманингеру, модерни појам противправности (*Rechtswidrigkeit*) и кривице (*Verschulden*) није јасно разликован од стране правника из класичног периода, док није дошло да јасног раздвајања појмова *iniuria* и *culpa*⁶⁴. Гајева диференцијација инјурије на долус и кулпу представља два могућа начина извршења самог деликта, тј. долозно (намјерно) и кулпно (непажљиво) наносење штете. Могло би се рећи да је тек Јустинијан био тај ко је извршио детаљнију елаборацију института кулпе, диференцирајући је на више критеријума различитог интензитета⁶⁵. Правило које одређује доњу границу аквилијанске одговорности је *in lege Aquilia et levissima culpa venit* што значи да је најмања немарност, у ширем смислу се може тумачити и кривица, на страни учиниоца доводила до могућности одговарања по Аквилијевом закону. Ова констатација која се приписује Улпијану је значајна због тога што она ствара нове границе одговорности, јер фактички проширује обим аквилијанске одговорности са кулпе као општег критерија на кулпу у специфичном смислу, односно тзв. „свеопшту кривицу“. Заправо, ова екстензија саме кулпе модификује и појам инјурије, те се тако мијења квалификација начина извршења деликтне радње. Кад се чињенице сагледају на тај начин, поставља се питање да ли треба параграф о *culpa levissima* посматрати као опште правило или правило које се интерпретира зависно од конкретног чињеничног стања, односно правило које није имало генерални карактер већ је било *ad hoc* употребљавано. Уколико би се узело

63 Милошевић наводи да цивилни деликт *Damnum iniuria (culpa) datum* заправо значи одговорност за ненамјерно наносење штете. Аргумент за такав став налази у поистовјећивању кулпе и инјурије од стране римских правника, па према томе инволвирањем појма кулпе у тумачење Аквилијевог закона, долази до прихватања концепта субјективне аквилијанске одговорности. Прихватањем овог става, искључује се могућност одговорности за долозно наносење штете у контексту Аквилијевог закона.

64 Herbert Hausmaninger, *op. cit.*, 19.

65 D. 50. 16. 213. 2: "Lata culpa" est nimia negligentia, id est, non intellegere, quod omnes intellegunt; Paul. D. 50. 16. 223. : "Latae culpaе" finis est, non intellegere id, quod omnes intellegunt; D. 36. 1. 23. 3: non fecit lata culpa, non levi et rebus suis consueta negligentia, D. 41. 1. 54. 2: sed damnum dando damni iniuriae tenebitur, ut tamen culpam in damno dando exigere debeamus graviorem nec tamen levem quam ab extraneo; D. 9, 2, 44 pr.: in lege Aquilia et levissima culpa venit

као несумњива чињеница да је општег карактера, онда би се цијелокупно тумачење закона модификовало⁶⁶.

Да би се правилно схватило значење и мјесто појма инјурије у Аквилијевом закону, неопходно је одредити појам инјурије у односу на дамнум (штета). *Damnnum* (штете) и инјурија су *conditio sine qua non* заједно са каузалним нексусом за постојање аквилијанске одговорности. Првенствено се мора одредити значење самог појма дамнум у аквилијанском контексту. Аквилијанска штета означава имовински губитак која доводи до умањења цијелокупне имовине оштећеног. Поједини аутори су износили тезе о евентуалном паралелизму у значењу између аквилијанске инјурије и дамнума⁶⁷. Кључне ријечи Аквилијевог закона су уско повезане и тумачене су у контексту аквилијанске одговорности, тако да постоји и међусобна условљеност значења тих ријечи. Сам појам *damnum datum* нема деликтозни карактер уколико се та штета не наноси инјуриозно (*iniuria*). Тако да и сам појам дамнума, односно штете неће имати исто значење уколико се не интерпретира у конкретном, аквилијанском контексту.

5. Закључак

Инјурија у аквилијанском контексту преузима различита тумачења кроз различите временске епохе. Квалификација радње извршења се мијења од

⁶⁶ Мек Кормак је изнио став да је и најмања непажња на страни починиоца штете довољна да се употреби тужба из Аквилијевог закона, само у случају када постоји свијест о вршењу штетне радње, односно штетна радња се врши са знањем и вољом о евентуалној посљедици радње. Он свој став образлаже повезивањем значења уводног параграфа са слиједећим параграфом D.9.2.44.1. *Quotiens sciente domino servus vulnerat vel occidit, Aquilia dominum tenet dubium non est*; Ако роб убије или рани другог уз знање свог господара (о тој чињеници), господар је несумњиво одговоран по Аквилијевом закону. Ово Мек Кормаково становиште није битно утицало на модерне ставове гдје се одредница о *culpa levissima* схвата аксиоматично. Вид. Olga Tellegen- Couperus, *The limits of culpa levissima*, Наводи три разлога због чега *culpa levissima* има ограничен домет у одређивању аквилијанске одговорности: „Прво, то би било врло непрактично правило и онемогућавало би свакодневни живот у Риму. Друго, да се то правило досљедно спроводило постојали би и други извори који би свједочили о примјени тог правила. А таквих правила нема. Треће, ако је *culpa levissima* била критериј неопходан за установљење аквилијанске одговорности, зашто би се правници толико трудили да објасне кулпу, односно да наведу каква све понашања се могу сматрати кулпозним понашањима. По мом мишљењу *culpa levissima* је постојала ако је постојала свијест господара о штетним радњама његовог роба“.

⁶⁷ Албанезе сматра да је децемвирална инјурија, а аналогно томе и аквилијанска инјурија означава акт извршен физичком силом на штету неке особе (*delitto relizzato con violenza fisica ai danni d'una persona*), Вид. Albanese, *Una congettura sul significato di „iniuria“ in XII tab. 8.4., 21-36.*

схватање инјурије у смислу објективне противправности до класичног поимања инјурије у смислу кулпе и долуса. Промјена поимања инјурије је одређена коријеним промјенама друштвених односа које су показале да је неодрживо схватање инјурије као објективног елемента аквилијанске одговорности. О спорној природи појма инјурија у модерној романистици постоје многе теорије при чему се могу разликовати две групе схватања: субјективно и објективно схватање. Доминатно, објективно становиште подразумева да инјурија означава противправност, без кулпног и долозног елемента, а кулпа представља конструкцију која настаје накнадно да би се превазишли строго објективни елементи. Према „објективистима“ кулпа представља појам који је производ дјелатности класичне јуриспруденције и који је казуистички одређен. Насупрот таквом становишту, јавља се субјективна „струја“ која заступа став о инхерентности кулпе и долуса појму инјурије. Курзи износи јединствен став о субјективном идентитету инјурије, који значи да је инјурија оригинално значила долозно понашање. Повезивање аквилијанске инјурије са појмом инјурије у смислу посебног цивилног деликта, такође је аргумент у прилог субјективне теорије. Курзи тврди да је сам појам инјурије преузет из већ постојећег цивилног деликта инјурије, и да стога има долозно значење. Полеј, Беркс, Пагзли су такође заступници становишта о аналогiji између инјурије у смислу *contumelia* и аквилијанске инјурије као два деликта која су сродног и повезаног значења. Инјурија је у изворима често поистовјећивана са кулпом али обим и значење ова два аквилијанска појма је дискутабилан. Кулпа у ужем смислу (*culpa stricto sensu*) представља немарност, непажњу и представља само један елемент инјурије. Често се среће значење кулпе као генералног, општег, правнотехничког појма за кривицу. Стога је врло проблематично поистовјећивање кулпе и инјурије коју су чинили класични правници (Улпијан), јер постоје значењске варијације оба појма.

За аквилијанску одговорност је, поред осталих неопходних услова, потребно утврдити када је инјурија извршена долозно а када кулпно. Долозна инјурија је санкционисана у најстаријем периоду примјена овог закона, а третирање кулпозне инјурије изазива недоумице у теорији. Општеприхваћен став је да је кулпа уведена у класичном праву и да је тад дошло до „коперниканског преокрета“ у основу аквилијанске одговорности, од објективног ка субјективном. Међутим, становиште Марије Курзи указује да су присутне и теорије које тврде потпуно *vice versa* овом доминантном становишту и које упркос својој јединствености, успјешно егзистирају у романистици. На основу овако оштро подијељених ставова, тешко је поклонити вјеру једној или другој страни и занемарити контрааргументе. Најбоље а и најисправније би било формирати умјерени став који би помирио и субјективно и објективно становиште и на основу кога би се најуспјешније могао локализовати појмовни и значењски простор аквилијанске инјурије. Тај помирљиви став би морао да

уважи основане аргументе и субјективног и објективног становишта и да понуди синтетичко рјешење које би подједнако било прихватљиво и субјективистима и објективистима.

Mirjana Bogunović, LL.M

Assistant Lecturer

University of Banja Luka, Faculty of Law

***The meaning of the word „iniuria“ in the context
of the tort „Damnum iniuria datum“***

Summary

This article represents an attempt to determine the meaning of the word iniuria in the context of the civil tort „ Damnum iniuria datum“ and to delineate its significance compared to specific civil tort called „ Iniuria“. Iniuria itself means a harmful action done occidere, urere, frangere, rumpere, which makes it a tort action. The question that inevitably arises is „ Did iniuria in the time of enactment of lex Aquilia mean subjective relation of the perpetrator to the harmful act or just an objective presumption of breaking down the ius civile and bonos mores? The nature and the meaning of iniuria have long been discussed in the theory of Roman Law and there are many theses about this subject, but a unified position has yet not been adopted. The actual evolutionary development of iniuria and numerous related theories do not coincide in certain aspects.

Key words: *Lex Aquilia, Iniuria, Culpa, Dolus, Damnum, Subjective theory, Objective theory*

КРИВИЧНА ДЕЛА У ВЕЗИ СА ОПОЈНИМ ДРОГАМА

***Апстракт:** Основни циљ овог рада је кратак осврт на кривична дела у вези са опојним дрогама, нарочито на кривична дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога и неовлашћено држање опојних дрога. Ради се о делима која су у првом реду управљена против живота и здравља људи, али и друштва у целини. Злоупотреба опојних дрога предвиђена је у међународним и домаћим актима. У овом раду посматрано је искључиво домаће законодавство. Поред тога, посебна пажња посвећена је статистичким подацима о кривичним делима у вези са опојним дрогама.*

***Кључне речи:** опојне дроге, злоупотреба, неовлашћена производња, кривично дело, казна, статистички подаци.*

Увод

Основни предмет овог рада је злоупотреба опојних дрога са аспекта кривичног права. Ова тешка и социолошка појава представља велико зло, како за појединца, тако и за друштво у целини. Жртве ове појаве су пре свега наркомани, а потом и њихове породице, пријатељи и друштво у целини. У последње време је нарочито изражена експанзија злоупотребе опојних дрога.

Због тога је најпре реаговала међународна заједница. Почев од 1909. године, па надаље донет је низ значајних докумената: Шангајска конвенција, Међународна конвенција о опијуму, Женевске конвенције, Конвенција о опојним дрогама из 1961. године, Конвенција о психотропним супстанцама из 1971. године и Конвенција UN против незаконитог промета опојним дрогама и психотропним супстанцама из 1988. године. Након тога државе појединачно доносе законе који регулишу ову материју а који су у складу са донетим међународним документима. Недозвољена употреба опојних дрога у нашем правном систему регулисана је Кривичним закоником, који је ступио на снагу 1.1. 2006. године.

У овом раду посебна пажња посвећена је последњим изменама и допунама Кривичног законика. Овим изменама кривично дело неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога рашчлањено је на два кривична дела, и то: неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога и неовлашћено држање опојних дрога, те је рад посвећен овим кривичним делима. Такође, у раду су коришћени и статистички подаци о овим кривичним делима за период од 2006. године до 2010. године обрађеним од стране Републичког завода за статистику Србије, као и статистички подаци Вишег суда у Нишу.

Кратак преглед регулисања злоупотребе опојних дрога у међународном и домаћем законодавству

Почетак коришћења опојних дрога везује се за позитивне ефекте ових супстанци. Опојне дроге свој позитивни ефекат остварују у медицини. Користиле су се за лечење, смиривање болова, отклањање умора и слично. Различита природна средства која утичу на промену расположења, на мишљење, свест и понашање користила су се и изван медицине. На пример, приликом магијско-религијских обреда. Овакви начини коришћења природних средстава били су ограничени и строго контролисани. Свако неконтролисано коришћење опојних дрога, и коришћење опојних дрога без медицинског надзора доводи до испољавања штетног дејства опојних дрога. Са развојем човечанства долази до континуираног пораста злоупотребе опојних дрога. „ Према одређеним подацима о сагледивом обиму заступљености употребе дрога 1950. година се узима као година експлозије употребе дрога у САД, а 1960. година је година огромног повећања обима наркоманије у најразвијенијим земљама Европе, док 1970. година означава експанзију употребе дрога у бившој Југославији.“¹

Временом злоупотреба опојних дрога постаје озбиљан проблем и велико зло, не само у оквиру једне државе, већ овај проблем добија светске размере. Из тог разлога била је неопходна интервенција на светском нивоу. Оснивањем Организације Уједињених Нација, а пре тога и Друштва народа започиње борба са овом социјално-патолошком појавом која проузрокује изузетно тешке последице по појединца, његово здравље, његову породицу, али и ужу и ширу околину, као и друштво у целини. Такође, значајно место у борби против злоупотребе опојних дрога имао је и Савет Европе, као и многе невладине организације.

Први потписани документи из ове области потписани су 1909. године на предлог САД-а у Шангају, а прва Међународна конвенција о опијуму потписана је 1912. године у Хагу. Након ње донет је низ других конвенција, протокола и споразума. Базу данашњег система чине следећи међународни документи:

¹ С. Константиновић, Вилић; В. Николић, Ристановић; М. Костић, Криминологија, Ниш, 2009.год., стр. 397.

Јединствена конвенција о опојним дрогама из 1961.године, Конвенција о психотропним супстанцама из 1971. године и Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета опојних дрога и психотропних супстанци из 1988. године усвојена у Бечу. Најважнија је Конвенција Уједињених нација против незаконитог промета опојним дрогама и психотропним супстанцама. „Нарочито је важан члан 3. ове конвенције који предвиђа за одређене делатности обавезу страна потписница да их предвиде као кривично дело, као и делатности у погледу којих се препоручује њихово инкриминисање.“² Ове међународне акте наша држава је ратификовала настојећи да најважнија међународна решења из ове области угради у наш правни систем.

Злоупотреба опојних дрога регулисана је и домаћим законодавством: Кривичним закоником из 2006. године, и Законом о супстанцама које се користе у недозвољеној производњи опојних дрога и психотропних супстанци из 2005. године. Донет је и нови Закон о психоактивним контролисаним супстанцама³, којим су престала да важе два закона: Закон о производњи и промету опојних дрога из 1996. године и Закон о одређивању органа за вршење одређених послова у области производње и промета опојних дрога из 1980. године.

Појам и врсте опојних дрога

Кривични законик Републике Србије⁴ не предвиђа јасну дефиницију појма опојне дроге. Према чл. 122 КЗ РС под опојним дрогама сматрају се супстанце и препарати који су прописима заснованим на закону проглашени за опојне дроге. Потпунија дефиниција појма опојне дроге била је предвиђена Законом о производњи и промету опојних дрога⁵. Према овом закону опојне дроге су супстанце природног или синтетичког порекла чијом се употребом могу створити стања зависности која могу да изазову оштећења здравља или на други начин угрозе људски интегритет у физичком, психичком или социјалном смислу. Такође, под опојним дрогама сматрају се и психотропне супстанце.

Доношењем Закона о психоактивним контролисаним супстанцама⁶ 2010. године појам опојне дроге нестаје из назива законске регулативе. Опојне дроге, односно наркотици, психотропне супстанце, производи биолошког порекла који имају психоактивно дејство и друге психоактивне контролисане супстанце чине списак психоактивних контролисаних супстанци. Према чл.3

2 З. Стојановић, Коментар Кривичног законика, Службени гласник, Београд, 2007. год., стр. 574.

3 Закон о психоактивним контролисаним супстанцама, „Службени гласник РС“, бр. 99/10.

4 Кривични законик Републике Србије, „Службени гласник РС“, бр.85/05.

5 Закон о производњи и промету опојних дрога, „Службени лист СРЈ“, бр. 46/96.

6 Закон о психоактивним контролисаним супстанцама, „Службени гласник РС“, бр. 99/10.

Закона о психоактивним контролисаним супстанцама под појмом опојна дрога подразумева се свака супстанца биолошког, односно синтетичког порекла која се налази на списку психоактивних контролисаних супстанци, у складу са Јединственом конвенцијом о опојним дрогама, односно супстанца која делује примарно на централни нервни систем смањујући осећај бола, затим изазивајући поспаност или будност, халуцинације, сметње у моторним функцијама, као и друге патолошке или функционалне промене централног нервног система. Овим законом дефинише се и појам психоактивне супстанце. Под психоактивном супстанцом подразумева се свака супстанца биолошког, односно синтетичког порекла која се налази на Списку, у складу са Конвенцијом о психотропним супстанцама, односно супстанца која делује примарно на централни нервни систем и мења моздане функције, због чега се мења перцепција, расположење, свест и понашање.

Постоји и низ других дефиниција појма опојне дроге, али се најчешће наводи дефиниција Светске здравствене организације- Комитета експерата за дроге. Према овој дефиницији, дрога је свака супстанца која унесена у организам може да модификује једну или више функција. У складу са овом дефиницијом, под наркоманијом (drug addiction) се подразумева „стање периодичне или хроничне интоксикације штетно како за појединца, тако и за друштво, до кога долази поновљеним узимањем неке природне или синтетичке дроге“⁷

Основна подела опојних дрога је на четири групе: 1. депресори централног нервног система са опијумом као главним представником, 2. стимуланси, међу којима је најзначајнији представник кокаин, 3. халуциногени, најпознатији је ЛСД и 4. канабис. Детаљнија подела предвиђена је Решењем о утврђивању опојних дрога и психотропних супстанци⁸

Кривична дела у вези са опојним дрогама у нашем кривичном законодавству

Кривична дела у вези са опојним дрогама у Кривичном законнику РС предвиђена су у глави двадесетрећој, у групи кривичних дела против здравља људи. Сврставањем у ову групу кривичних дела одређен је и заштитни објекат, а то је право на здравље људи, као уставом гарантовано право. Под здрављем се подразумева психофизичко стање човека код кога постоји хармонична функција свих органа и процеса који га чине способним за нормалан живот, рад и друштвену продуктивност. Објект напада код ових кривичних дела су опојне дроге, односно супстанце које су проглашене опојним дрогама.

⁷ С. Константиновић, Вилић, В. Николић, Ристановић, М.Костић, Криминологија, орсит, стр.397.

⁸ Решење о утврђивању опојних дрога и психотропних супстанци, „ Службени гласник РС“ бр. 24/05.

Радња извршења кривичних дела у вези са опојним дрогама вишеструко алтернативно је одређена, а последица се огледа у угрожавању здравља људи. Извршиоци ових кривичних дела могу бити сва лица, а у погледу кривице потребан је умишљај.

Кривична дела у вези са опојним дрогама предвиђена су у двадесет трећој глави посебног дела Кривичног законика Републике Србије. У овој глави КЗ РС предвиђена су следећа кривична дела:

Неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (чл. 246),
Неовлашћено држање опојних дрога (чл.246а) и
Омогућавање уживања опојних дрога (чл. 247).

Неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога (чл. 246 КЗ РС)

Према чл. 246 КЗ РС дело се састоји у неовлашћеној производњи, преради, продаји или нуђењу на продају или ради продаје или у куповини ради продаје, или преношењу или у поседовању у продаји или куповини или у неовлашћеном стављању на други начин у промет супстанце или препарата који су проглашени за опојне дроге. Објект заштите овог кривичног дела је здравље људи, а објект напада супстанце које су проглашене опојним дрогама. Радња извршења је алтернативно одређена, па је довољно извршити бар једну од наведених радњи како би постојало кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога. Предузимањем било које од делатности које су наведене у опису кривичног дела постоји свршено кривично дело. Последица овог кривичног дела је угрожавање здравља људи и испољава се у виду апстрактне опасности. Два су облика овог кривичног дела: основни и квалификовани облик.

Основни облик кривичног дела

Радња извршења основног облика кривичног дела - неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога вишеструко алтернативно је одређена. Она има два своја вида: неовлашћена производња и прерада опојних дрога и неовлашћено стављање у промет супстанци и препарата које су проглашени за опојне дроге. Најбитније је да кривично дело постоји само уколико се производња, прерада и стављање у промет врше неовлашћено, тј. супротно важећим прописима.

„Производња и промет опојних дрога су дозвољени само под тачно одређеним законским условима и уз одобрење надлежног државног органа и то искључиво у медицинске, ветеринарске, научне или сличне сврхе.“⁹ Под производњом психоактивне контролисане супстанце, које чине и опојне дроге,

⁹ Д. Јовашевић, Кривична дела у вези са опојним дрогама, Правни живот, бр. 9/1996, стр. 186.

према чл. 22 Закона о психоактивним контролисаним супстанцама подразумева се припрема, изоловање, синтеза, пречишћавање, модификација, прерада, мешање, паковање и сваки други поступак којим се добија или се доприноси добијању психоактивне контролисане супстанце коришћењем хемијских, физичких и биолошких процеса, а коју обавља правно лице у складу са овим законом. У свим осталим случајевима производња психоактивних контролисаних супстанци је неовлашћена и представља елемент бића кривичног дела.

Законом је забрањено гајење биљака из којих се могу добити опојне дроге, као на пример: гајење врста и варијетета конопље(*cannabis*), гајење грма коке из породице *Erythroxylon*, гајење мака, гајење биљке кат, пејота, итд. „ У судској пракси дошао је до изражаја став да се под недозвољеном производњом опојне дроге подразумева свака активност извршиоца којом се из одређеног материјала добија супстанца која има својство опојне дроге(пресуда ВСС, Кж. 1517/05)¹⁰

Јасни критеријуми за разграничење производње од прераде опојне дроге не постоје. Прерада представља пречишћавање биљне дроге и претварање у опојну дрогу за употребу. На пример, прерада опојне дроге постоји у случају брања и сушења зелених листова марихуане.

Други вид основног облика кривичног дела из чл. 246 КЗ РС је неовлашћено стављање у промет опојних дрога. Свако стављање у промет опојне дроге које одступа од извоза, увоза, транзита, превоза, складиштења, дистрибуције, продаје, куповине, посредовања при куповини или продаји и слично, које обавља правно лице у складу са законом је неовлашћено. У оквиру неовлашћеног стављања у промет разликује се више радњи: неовлашћена продаја, нуђење на продају опојне дроге, посредовање у куповини или продаји и стављање у промет супстанце и препарат који су проглашени за опојне дроге. Продаја представља замену опојне дроге за новац. На пример, неовлашћена продаја постоји када је оптужени продао један грам хероина за 1.000, 00 динара. (Пресуда Вишег суда у Нишу К 43/09). Сматра се да је продаја извршена моментом склапања споразума између продавца и купца, без обзира да ли је дошло до предаје дроге. Међутим, према „пресуди ВСС, Кж. 1465/96 неовлашћена продаја постоји и онда када је оптужени заменио грам хероина са другим лицем за перјану јакну и ципеле¹¹

Код овог облика кривичног дела важно је постојање намере да се опојна дрога даље продаје. Па тако, кривично дело постоји и ако је пронађена већа количина опојне дроге ради даље продаје. Надлежни органи из одређених околности, као што су на пример, више врста опојне дроге, количина опојне дроге, начин паковања и мерењања по мањим пакетићима могу утврдити да се у конкретном случају ради о неовлашћеном држању веће количине опојне дроге ради даље продаје. Чињеница да је окривљени уживалац опојне дроге, да

10 З. Стојановић, О. Перић, Кривично Право, Посебни део, Београд, 2007. год., стр.195.

11 З. Стојановић, О. Перић, Кривично парво, Посебни део,орсит., стр. 195.

му је изречена мера безбедности обавезно лечење наркомана, ни у ком случају не искључује његову намеру да дрогу коју неовлашћено држи даље и продаје. (Пресуда ВСС Кж. 124/08 од 7.2. 2008. год.)

Поред продаје опојне дроге и самим нуђењем опојне дроге на продају извршено је кривично дело. У овом случају покушај представља свршено кривично дело. Једнострана изјава воље у погледу давања предлога о роби и цени робе је нуђење. Такође, посредовање при куповини или продаји опојне дроге инкриминисано је. Посредовање представља довођење у везу два или више лица на различите начине, било посредним или непосредним путем. И на крају, инкриминисано је и на други начин неовлашћено стављање у промет супстанци или препарата који су проглашени за опојне дроге. „ Стављање на други начин у промет обухвата све начине којима се опојна дрога чини доступном другом лицу, а који нису изричито наведени у закону. То може бити позајмица, или давање у залогу(ВСС Кж. 1932/02)¹²

Поред основног облика значајно је указати и на посебне облике кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога. Чл. 246 КЗ РС став.6 предвиђа инкриминацију припремних радњи и то: неовлашћено прављење, набављање, поседовање или давање на употребу опреме, материјала или супстанци за које се зна да су намењене за производњу опојних дрога. За постојање овог облика кривичног дела неопходно је испуњење два услова, и то да су наведене радње извршене неовлашћено и да постоји свест о томе да су радње усмерене на производњу опојне дроге. У закону се таксативно не наводе материјали, опреме и супстанце које су намењене за производњу опојних дрога већ о томе одлучује суд у конкретном случају.

Други посебни облик кривичног дела из чл. 246 КЗ РС уведен је последњим изменама и допунама Кривичног законика Републике Србије који је ступио на снагу 1.1. 2006. године. Овим изменама инкриминисано је узгајање мака или психоактивне конопље или друге биљке из којих се добија опојна дрога или које саме садрже опојне дроге. Такође, неопходно је вршење ових радњи неовлашћено.

За извршење основног облика кривичног дела законом је забрањена казна од три до дванаест година затвора. За неовлашћено узгајање мака или психоактивне конопље или друге биљке из које се добија опојна дрога минимална казна је казна затвора од шест месеци, а максимална пет година. Казна затвора од шест месеци до пет година прописана је и за оног ко неовлашћено прави, набавља, поседује или даје на употребу опрему, материјал или супстанце за које зна да су намењене за производњу опојних дрога.

12 З. Стојановић, Коментар Кривичног Законика, *орсцит.*, стр. 575.

Квалификовани облик кривичног дела

Кривично дело неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога поред основног има и квалификовани облик. Квалификовани облик овог дела појављује се у два вида, и то:

- када је основно дело извршено од стране групе, или је учинилац овог дела организовао мрежу препродаваца или посредника, и
- када је основни облик дела извршен од стране организоване криминалне групе.

До доношења последњих измена и допуна Кривичног законика Републике Србије чл. 246 став 2. КЗ РС као квалификоване облике кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога предвиђао је извршење основног облика кривичног дела од стране више лица, или вршење основног облика од стране учиниоца који је организовао мрежу препродаваца или посредника.

Појам више лица различито је одређиван, а Кривични законик није дефинисао појам више лица, односно није одређивао колико лица заправо обухвата појам више лице. Међутим, став је судске праксе да се под изразом више лица подразумевало најмање два лица која су се удружила ради извршења кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога. Најновијим измена и допунама КЗ РС уводе се измене у погледу првог квалификованог облика, и то тако што уместо вршења кривичног дела од стране више лица сада квалификовани облик јесте вршење основног облика од стране групе. За разлику од појма „више лица“ који није био дефинисан Кривичним закоником, појам групе дефинисан је чл. 25 Закона о изменама и допунама КЗ РС. Овај закон под појмом група подразумева најмање три лица која су повезана ради трајног или повремениог вршења кривичних дела и која при том не морају имати дефинисане улоге својих чланова, континуитет чланства или своју структуру.

Поред вршења дела од стране групе, чл. 246 став 3 КЗ РС као квалификовани облик предвиђа и вршење основног облика од стране организоване мреже препродаваца или посредника. „ Радња извршења овог облика је делатност проналажења, анимирања, придобијања, ангажовања и повезивања више лица за продају опојних дрога који се шаљу на разна места или пунктове.“¹³ Посредници су лица која одржавају везу између препродаваца и продаваца, а организатор је лице које предузима радње организовања, стварања или радње искоришћавања постојећег удруживања у банде, завере или групе у циљу вршења кривичног дела. За извршење овог квалификованог облика кривичног дела из чл. 246. КЗ РС предвиђена је казна затвора од пет до петнаест година.

13 Д. Јовашевић, Кривично право, Посебни део, Београд, 2010. год., стр.137.

Други квалификовани облик овог кривичног дела је вршење основног облика кривичног дела од стране организоване криминалне групе. Ово је најтежи облик кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога. Такође, ово је и облик који до најновијих измена КЗ није постојао. Кривично дело је извршено када је организована криминална група извршила бар једно кривично дело из става 1. чл. 246 КЗ РС.

Организована криминална група је група од три или више лица, која постоји одређено време и делује споразумно у циљу вршења једног или више кривичних дела за које је прописана казна затвора од четири године или тежа казна, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге користи или ради остваривања и задржавања утицаја на привредне или друге важне државне структуре. За извршење кривичног дела неовлашћено држање и стављање у промет опојне дроге од стране организоване криминалне групе предвиђена је казна затвора од најмање десет година.

Неовлашћено држање опојних дрога

Неовлашћено држање опојних дрога као самостално кривично дело уведено је изменама и допунама Кривичног законика Републике Србије септембра 2009. године. До доношења ових измена КЗ неовлашћено држање опојних дрога било је саставни део кривичног дела неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога. Чл. 246. став 3. КЗ РС из 2006. године прописивао је казњавање лица која неовлашћено држе супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге. На овај начин инкриминисано је само држање опојне дроге. Такође, КЗ РС је предвиђао могућност да се учинилац овог облика кривичног дела ослободи од казне уколико опојне дроге држи за сопствену употребу. Овај облик кривичног дела који је у кривично законодавство уведен 2003. године довео је до великих несугласица. Једни су сматрали да овакво одређивње кривичног дела инкриминише наркоманију, као болест зависности, што је неприхватљиво, док су други сматрали да је овакво решење исправно јер је омогућило разликовање озбиљних трговаца опојним дрогама од држања опојних дрога за сопствену употребу. У судској пракси овој облик кривичног дела одређиван је и као дело малог значаја.

Законом о изменама и допунама КЗ РС у постојећи текст закона уводи се чл. 246 а, који неовлашћено држање опојних дрога предвиђа као посебно кривично дело. Ово кривично дело састоји се у неовлашћеном држању у мањој количини за сопствену употребу супстанци или препарата који су проглашени за опојне дроге. Као и код кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, тако и код овог кривичног дела објект заштите је здравље људи, а објект напада су супстанце или препарати који су проглашени за опојне дроге.

Радња извршења овог кривичног дела је неовлашћено држање супстанци и материја које су проглашене за опојне дроге. Заправо, ради се о државини тј. фактичкој власти над супстанцама и материјама које предствалају опојне дроге. За разлику од раније инкриминације која је гласила „ко неовлашћено држи супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге“, сада чл. 246 а прописује „ко неовлашћено држи у мањој количини за сопствену употребу супстанце или препарате који су проглашени за опојне дроге“. Из овакве инкриминације закључује се да је сада неопходно испуњавање још неких услова поред самог држања супстанци и препарата који су проглашени за опојне дроге да би постојало кривично дело неовлашћено држање опојних дрога. Дакле, за постојање овог кривичног дела осим држања опојних дрога неопходна су два услова: 1. да се ради о мањој количини опојних дрога и 2. да се опојне дроге држе за сопствену употребу. „Према ранијој инкриминацији држање супстанци и препарата који су проглашени за опојне дроге био је основ за ослобођење од кажњавања, сада се захтева као један од услова за постојање кривичног дела.“¹⁴ Оваква инкриминација са собом повлачи и неколико питања. Најпре, питање количине опојне дроге која представља „мању количину“. Кривични закон не дефинише мању количину опојне дроге, нити се наводи колика количина опојне дроге јесте мања количина.

Такође, значајно је и питање блажег закона. Ново кривично дело тј. кривично дело из ст. 246 а КЗ РС свакако представља теже дело у односу на ранију инкриминацију држања опојних дрога. Ово се јасно може уочити из самих услова који су неопходни за постојање кривичног дела неовлашћено држање опојних дрога. Такође, и непостојња држања за сопствену употребу као факултативног основа за ослобођење од кажњавања.

Учиниоца овог дела може бити свако лице, а у погледу кривице потребан је умишљај. Чланом 246 а став 1. КЗ РС прописана казна за кривично дело неовлашћено држање опојних дрога је новчана казна или казна затвора до 3 године, а постоји и могућност ослобођења од казне. Учиниоца који открије од кога набавља опојне дроге може се ослободити од казне. Такође, изриче се и мера безбедности одузимање предмета тј. одузимање опојних дрога. Правилно одређивање казне за ово кривично дело од стране суда од велике је важности. Најпре, као учинилац кривичног дела неовлашћено држање опојних дрога у великом броју случајева је лице које је зависно од опојних дрога. Држање опојних дрога од стране ових лица директно је повезано са њиховом зависношћу. Уколико се таквом лицу изрекне новчана казна не може се остварити главна сврха кажњавања, а то је специјална и генерална превенција тј. утицај на учиниоца да убудуће не чини кривична дела и утицај на друге да не чине кривична дела. „Изрицањем новчане казне најмање се утиче на учиниоца кривичног дела. Изречена новчана казна најмање погађа учиниоца кривичног

¹⁴ <http://pravniportal.rs>

дела. Најчешће је породица та која уплаћује одређени новчани износ, те је најпре она погођена. Наркомани најчешће немају новца да сами уплате казну, па прибегавају вршењу других кривичних дела како би дошли до новца. То су најчешће крађе, разбојништва итд. На тај начин новчана казна производи знатно теже последице.¹⁵ У оваквим случајевима од изузетно значаја је изрицање мере безбедности: обавезно лечење наркомана. Према томе, главни циљ кажњавања био би лечење наркомана.

Статистички подаци о кривичним делима у вези са опојним дрогама

Злоупотреба опојних дрога је један од водећих светских проблема. Проблематика злоупотребе опојних дрога тешко је решив проблем. Решавање овог транснационалног проблема је приоритет у многим земљама јер злоупотреба опојних дрога не само да уништава једну породицу, већ поткопава и националну сигурност једне земље. Зато је веома важна интервенција државе у борби против овог облика организованог криминала. Такође, изузетно је важна сарадња одређених државних органа.

У борби против злоупотребе опојних дрога значајно место заузимају и статистички подаци о броју кривичних дела, карактеристикама учиниоца, изреченим кривичним санкцијама. Да би се један проблем решио неопходно је сазнати све детаље везане за тај проблем. Па тако да би се правилним стратегијама деловало у борби против овог облика криминалитета треба имати у виду распрострањеност и карактеристике кривичних дела у вези са опојним дрогама.

У овом раду дат је кратак приказ неких карактеристика кривичних дела у вези са опојним дрогама. Предмет истраживања су следећа кривична дела: Неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, и Неовлашћено држање опојних дрога. Истраживање прати број ових кривичних дела, пол извршиоца и изречену кривичну санкцију, и то за територију Републике Србије и града Ниша. Коришћени су подаци Републичког завода за статистику и подаци о наведеним кривичним делима из евиденције Вишег суда у Нишу. Истраживањем је обухваћен период од ступања на снагу новог Кривичног законика тј. период од 2006. године до 2010. године.

Према подацима Републичког завода за статистику 2006. године од укупно 2378 осуђених лица за кривична дела против здравља људи на територији Републике Србије чак 93, 15% је учинилаца кривичног дела неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога. 2/3 од укупног броја осуђених лица је на територији централне Србије. Што се тиче кривичног дела

¹⁵ М. Давидовић, Неовлашћено држање опојних дрога, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 9, 2008 год., Нови Сад, стр. 390.

из чл.246 КЗ РС од стране Окружног суда у Нишу укупно је осуђено 150 лица, и то 55 учинилаца дела из чл. 246 став 1 КЗ РС, 77 учинилаца дела неовлашћено држање опојних дрога и 11 учинилаца тежег облика- вршење кривичног дела од стране више лица. Од укупно 150 осуђених лица, 6 је особа женског пола.

Што се тиче кажњавања на територији Србије за наведено кривично дело најчешће су изрицане следеће казне: казна затвора и новчана казна. Тек 20% је изречених условних осуда. Од стране Окружног суда у Нишу за кривично дело из чл. 246 став 1 углавном је изрицана казна затвора (87%), затим новчана казна (10%), и само једна условна осуда. Код кривичног дела неовлашћено држање опојних дрога најчешће изрицана казна је новчана казна, затим казна затвора, а потом условна осуда.

2007. година доноси нешто већи број осуђених лица за неовлашћену производњу, држање и стављање у промет опојних дрога(укупно 3003). 72, 22% је осуђених лица на територији централне Србије. А од укупног броја осуђених лица, особа женског пола је 166. Од стране нишког Окружног суда донето је укупно 204 осуђујуће пресуде за наведено кривично дело, а од тога 11 је осуђених особа женског пола. Најзаступљеније дело је неовлашћено држање опојних дрога.

Када се постатрају подаци о изреченим казнама на територији централне Србије уочава се пораст изречених условних осуда (40% укупног броја кривичних санкција). Међутим, број условних осуда изречених од стране Окружног суда у Нишу није повећан у односу на 2006. годину.

Број осуђених лица за кривична дела у вези са опојним дрогама наставља да расте. Такође, повећева се и број осуђених особа женског пола. На територији централне Србије 2008. године укупно је осуђено 3778 лица. Такође, у порасту је и број изречених условних осуда. Укупан број осуђујућих пресуда донетих од стране нишког суда је 178. Најчешће је изрицана казна затвора, затим новчана казна, али уочава се и пораст броја изречених условних осуда за неовлашћено држање опојних дрога.

Што се тиче 2009. године, не запажа се већи пораст кривичних дела у вези са опојним дрогама. Такође, ни према евиденцији Окружног суда у Нишу не уочава се пораст овог облика криминалитета. Од стране судова на територији Србије највише је изречених казни затвора (36,59% од укупног броја изречених кривичних санкција), затим условних осуда (30%), а потом новчаних казни (28%). Нишки суд изрекао је укупно 128 осуђујућих пресуда за кривично дело неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога. За кривично дело из чл. 246 став 1 изречено је највише казни затвора, 2 новчане казне и 5 условних осуда, а за неовлашћено држање опојних дрога изречено је највише условних осуда, потом новчаних казни и казни затвора.

2010. године Виши суд изрекао је 137 осуђујућих пресуда за неовлашћену производњу и стављање у промет опојних дрога. Од тога је 13

пресуда против особа женског пола. 81, 75 % од укупног броја је изречених казни затвора, потом новчаних казни и једна условна осуда.

Из свега неведеног закључује се да је број учинилаца кривичних дела у вези са опојним дрогама у сталном порасту на територији Републике Србије, нарочито у централној Србији. Број училаца ових кривичних дела у Војводини је скоро два пута мањи него у централној Србији. У званичним подацима нема података о извршеним делима на Косову и Метохији, али се предпоставља да је тај број изузетно велик. Из статистичких података Окружног тј. Вишег суда у Нишу у периоду од 2006. године до 2010. године не забележава се нагли пораст учинилаца кривичног дела неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога. Забележен је и пораст особа женског пола које се јављају као учиниоци овог кривичног дела, мада је овај број незнатан у односу на особе мушког пола који се јављају као извршиоци кривичних дела у вези са опојним дрогама. Што се тиче кажњавања, значајно је поменути пораст условних осуда за кривично дело неовлашћено држање опојних дрога. На тај начин иде се ка остваривању боље превенције у односу на изрицање новчаних казни.

Закључак

Наркоманија представља тешко решив проблем. Нарушава целокупно друштво и представља проблем који је тешко искоренити. Тачан број наркомана није познат. Према неким подацима, помиње се број који превазилази чак 150 милиона наркомана у свету. У Србији је званично регистровано 30 хиљада наркомана, а према незваничним проценама има их и више стотина хиљада. Што се тиче пола ради се углавном о особама мушког пола. А све је више младих који долазе у контакт са опојним дрогама.

Злоупотреба опојних дрога најпре је регулисана међународним актима, а након тога доносе се домаћи закони који регулишу ову област. Наш Кривични законик предвиђа три кривична дела у вези са опојним дрогама. Кривично дело неовлашћено држање опојних дрога издвојено је као самостало дело последњим изменама КЗ РС. Такође, овим изменама закона као посебан облик кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога уведено је неовлашћено узгајање мака или психоактивне конопље или других биљака из којих се добија опојна дрога.

За кривична дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога и неовлашћено држање опојних дрога кривичним закоником предвиђене су казна затвора и новчана казна. Такође се истичу и две мере безбедности, и то: обавезно лечење наркомана и одузимање предмета. Сврха ових мера веома је значајна и омогућава да се отклоне стања или услови који могу утицати на учиниоца да убудуће врши кривична дела.

Према званичним статистикама број учинилаца кривичних дела у вези са опојним дрогама је велик. Овај број свакако је знатно већи с обзиром на то да је „тамна бројка“ криминалитета изузетно велика. Према томе, важно је посебну пажњу посветити откривању кривичних дела и њихових учинилаца. У остваривању овог циља неопходна је сарадња државних органа, као и сарадња и помоћ држава. Треба утицати на смањење броја кривичних дела, а уколико дело већ буде извршено, улогу у даљем решавању овог проблема преузимају судови. Неопходно је вршити правилну индивидуализацију казне, и не изрицати благе казне за тежа дела. Управо благо кажњавање доводи до раста криминалитета. Али некада и изрицање врло високих новчаних казни на пример, може имати супротан ефекат. Из тог разлога судови морају у сваком конкретном случају ценити све околности како би изrekli правилну казну тј. казну која ће остварити жељени циљ.

Литература

- Давидовић, М., Неовлашћено држање опојних дрога, Гласник адвокатске коморе Војводине, бр. 9, 2008. година
- Ђурђић, В., Јовашевић, Д., (2010). Кривично право, Посебни део, Београд
- Јовашевић, Д., (1996). Кривична дела у вези са опојним дрогама, Правни живот, Београд
- Константиновић, Вилић, С.; Николић, Ристановић, В.; Костић, М. (2009). Криминологија, Ниш
- Стојановић, З. ; Перић, О. (2007). Кривично право, Посебни део, Београд
- Стојановић, З. (2007). Коментар Кривичног законика, Београд

Mirjana Pavlovic

Criminal acts related to narcotics

Summary

The main object of this work is to offer a review of the criminal acts related to narcotics, especially, criminal acts unauthorized production and sale, and unauthorized keeping. These criminal acts are aimed primarily against human life and health, but the whole society. Abuse of narcotics prescribe in internationale and domestic acts. In this work observed exclusively domestic legislation. Furthermore, a special attention is paid to statistics informations about criminal acts related to narcotics.

Key words: *narcotics, abuse, unauthorized production, criminal act, penalty, statistics information*

УСТАВНОПРАВНИ ПОЛОЖАЈ ИНСТИТУЦИЈЕ ОМБУДСМАНА У ЗЕМЉАМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

***Апстракт:** Аутор анализира уставне прописе о институцији омбудсмана на просторима бивше Југославије. Полазна тачка у проучавању уставноправног положаја омбудсмана јесте правна природа ове установе. Омбудсман је специфична институција, чија је основна функција контролна, а надлежност усмерена на субјекте који одлучују о уставом загарантованим правима грађана. Ова институција представља једну значајну новину у Уставима донетим у последњих двадесет година на овим просторима. Имајући у виду компаративну анализу, аутор наводи оне карактеристике које су у правном регулисању омбудсмана заједничка обележја у земљама бивше Југославије, али анализира и специфичности по којима се установа омбудсмана у овим правним системима разликује у погледу уставног регулисања.*

***Кључне речи:** омбудсман, заштита људских права, устав.*

Увод

Људска права и слободе су по својој садржини уставна категорија. Због ове своје природе и значаја гарантују се Уставом као највишим правним актом једне земље. Међутим, оваква гаранција не обезбеђује довољне механизме заштите. Стога, да би смо обезбедили потпуно остваривање ових права и квалитетну заштиту неопходно је успоставити такву институцију чија ће се делатност тицати не само контроле поступања појединаца већ и органа државне власти. Таква је установа омбудсмана са функцијом да надзире, контролише и упозорава, ради заштите права грађана.

Развој институције омбудсмана био је различитог интензитета у зависности од друштвених и политичких прилика које су га пратиле. У скандинавским земљама ова установа је добила прве облике свог уставног регулисања, чија ће обележја преузети већина европских земаља у својим правним системима. Специфичност ове установе је управо њена правна природа,

али и врста права у вези са чијом заштитом је установљен. Он је орган коме се са једне стране грађани могу лако без посебних формалности обратити за брзу и ефикасну интервенцију, али и са овлашћењем да покрене поступак и на сопствену иницијативу. Да ли ће при томе омбудсман бити успешан или не, зависи од низа фактора. Нарочито успешност и ефикасност ове установе зависи од демократске традиције, развијености правног и политичког система, професионалне етике и морала носилаца власти, али и од својстава која се тичу личности самог омбудсмана.

Институција омбудсмана на простору бише Југославије имала је развојни пут праћен управо дејством свих ових фактора а нарочито политичких прилика који су били доминантни. То је био развојни пут праћен идеолошким утицајима, а пре свега отпора према свему што је имало корена у демократским земљама. Настанак и развој институције омбудсмана на овим просторима може се пратити у три фазе. При би обухватао период до Другог светског рата када су постојале институције налик данашњем омбудсману, таква је била установа Главне контроле чија је надлежност била усмерена ка обављању надзора при извршавању буџета. Након Другог светског рата, тачније од почетка шездесетих година прошлога века, јавља се теоријски интерес за ову институцију. Тако се обрађују радови на ову тему, а појављује се и прва монографија о омбудсману. Ипак, Уставом СФРЈ од 1974.године, уведен је Друштвени правобранилац као орган чији је задатак био заштита друштвене својине и самоуправних права. Таква уставна формулација, у тадашњој теорији окарактерисана је као ‘оргинална креација Устава СФРЈ’, са извесним премисама шведског модела.¹ Међутим, иако је развој ове установе био под утицајем идеалистичких размишљања тога доба, ипак није јењавао интерес за проучавањем као и захтеви за његовим успостављањем. Ипак, иако је идеја о увођењу омбудсмана постојала у стручној јавности крајем осамдесетих година прошлога века, она није материјализована у Уставу Србије од 1990. године, као ни у Уставу СРЈ од 1992., али ни у Уставу Црне Горе из исте године. Са друге стране, остале бивше републике су стварањем сопствене државности, путем уставних гаранција институцију омбудсмана уводиле у свој правни систем. Тако је Хрватска прва увела у свој правни систем институцију омбудсмана а потом су то учиниле и друге бивше југословенске републике, Словенија, БиХ, Македонија, Црна Гора и Србија.

ПОЈАМ И ПРАВНА ПРИРОДА ОМБУДСМАНА

Омбудсман је државни орган *sui generis* кога у највећем броју случајева ствара парламент у чије име и врши своју надзорну функцију, као орган који је независан од извршне власти. Омбудсман представља контролну институцију

¹ Борђевић, Ј.: *Политичке институције*, Београд, 1977, стр.720.

која врши надзор над радом јавних институција у области државне управе, јавних служби а у појединим државама и судских органа. Његов превасходни циљ је јачање уставности, законитости, а нарочито “друштвене правде као реално остваривог процеса у конкретним животним ситуацијама.”²

Институција омбудсмана је настала у Шведској. Сам назив “омбудсман” води порекло од шведске речи *ombodsmathr*, што у преводу значи представник или повереник. У ширем значењу, из самог назива произилази овлашћење за заступање, за заштиту. Међутим, поред овог назива, данас постоје и други термини којима се означава ова институција у појединим државама. Тако, у Финској, Новом Зеланду и Норвешкој користи се израз “парламентарни омбудсман”, у Шпанији и Аргентини “народни бранилац”, у Русији “комесар за људска права”, а у Аустрији “народни правобранилац”. Без обзира што институција омудсмана различито функционише у различитим државама и правним системима, у савременом правном животу под овим појмом се означава “заштитник људских права и основних слобода”. Међутим, у току развоја ове институције дошло је до злоупотребе назива “омбудсман”, тако што су тим именом често означаване институције које са шведским моделом немају никакве сличности. У појединим земљама постоји и тенденција да се лица и тела која служе подношењу представки и изражавању незадовољства корисника одређених услуга назову “омбудсманом”.³

У државама које су настале на територији бивше СФРЈ, ова институција такође има различите називе. У Словенији се користи термин “Варух човекових права”, док у Хрватској “Пучки правобранитељ”, у Босни и Херцеговини “Омбудсман за људска права БиХ”, у Македонији “Народни правобранитељ”.⁴

На просторима Србије и Црне Горе присутни су различити називи ове институције. Наиме, Народна скупштина Републике Србије је тек 2005. године донела свој Закон о омбудсману⁵, али ова институција ће се “развити” у нашем правном систему под називом “Заштитник грађана”, док ће на локалном нивоу се уподобити назив “грађански бранилац”. Осим тога, у Аутономној покрајини Војводини уведен је термин “Покрајински грађански

2 Радиновић, Д. *Омбудсман и извршна власт*, Београд, 2001, стр. 40-41.

3 То је нарочито карактеристично за САД, у којој се данас термин “омбудсман” користи за разне институције, као што су школски и универзитетски омбудсман, банкарски омбудсман, омбудсман осигуравајућих компанија итд.

4 Види: Милков, Д.: *Омбудсман на простору бивше СФР Југослвије*, Нови Сад, 1998, стр.153-166.

5 Види: “Службени гласник Републике Србије”, бр.79/05 од 16.09.2005. године.

бранилац”. На подручју Црне Горе званични назив за ову институцију је “Заштитник људских права и слобода”.

Када је реч о правној природи омбудсмана, потребно је нагласити да постоје различита становишта. Омбудсман је према својој природи државни орган *sui generis* који врши јавну, ванправну, неутралну контролу јавних институција. Циљ је пре свега ове институције да допринесе јачању уставности и законитости. У својој монографској студији о омбудсману, професор Миодраг Јовичић основним својствима омбудсмана сматра: “ да је орган парламента, коме је и иначе дато право надзора над радом егzekутиве, али који тај надзор најчешће не може да врши сам, и не може да врши разматрање свих случајева, који са гледишта појединца могу да буду крупни. Затим, да је орган који ни у чему не дира у постојећи систем надзора над радом органа управе и јавних службеника, него га само допуњава. Омбудсман је само један од низа органа који врше надзор над законитошћу рада органа управе и службеника, али готово једини, који изузев егzekутиве, цени и целисходност овог рада упуштајући се у датом случају и у оцену коришћења дискреционих овлашћења. Он је орган коме се са једне стране грађани могу лако, без посебних формалности и без трошкова по себе обратити за брзу и ефикасну интервенцију, док је, са друге стране, овлашћен да у случају потребе поступа и на сопствену иницијативу.”⁶

Институција омбудсмана широм света се развијала брже од било које друге институције. Пре Другог светског рата, током своје прве фазе развоја и настанка, институција омбудсмана је била уведена у две скандинавске земље. Тако, у Шведској је омбудсман уведен 1809. Године, док је у суседној Финској институција омбудсмана успостављена када је осигурана независност од Русије и усвојен нови устав 1919. године.⁷

Следећа фаза у развоју институције омбудсмана почиње његовим усвајањем у два преосталим скандинавским земљама, и то најпре у Данској 1955. године, а потом и Норвешкој 1962. Прекретница у развоју ове институције било је њено усвајање у Новом Зеланду 1962. године, што је било значајно с обзиром на чињеницу да је поред скандинавских земаља ова институција добила своје утемељење у правном систему енглеског говорног подручја. Наиме, многе државе аглосаксонског правног система ће касније у развоју своје институције омбудсмана поћи од модела који је био заступљен у Новом Зеланду. Ипак, највећу експанзију ова институција доживљава у периоду развоја либералне демократије крајем седамдесетих година прошлог века. То је епоха развоја омбудсмана која се повезује са

⁶ Јовичић, М.: Омбудсман – чувар законитости и права грађана, Београд, 1969, стр. 8.

⁷ Dennis Pearce, *Fifth International Ombudsman Conference*, Vienna, October 1992, p. 292.

разним друштвеним променама, политичким реформама пре свега у јужној, источној и централној Европи, а затим и на подручју Латинске Америке и Азије. У наредном периоду дошло је до развоја институције омбудсмана у многим државама широм света, а нарочито у последњих четрдесет година.

КОНСТИТУЦИОНАЛИЗАЦИЈА ИНСТИТУЦИЈЕ ОМБУДСМАНА У СВЕТУ

Институција омбудсмана је током свог развоја имала различите облике или врсте којима је у различитим правним системима конституционализована. Данас, омбудсман постоји у већини земаља а временом је ова институција постала “инспирација ако не и модел за напоре који постају све нужнији у погледу реконструкције традиционалних политичких институција које је створила рационалистичка а доцније све више и посредничка бирократска и легалистичка мисао и пракса”.⁸ Међутим, иако је институција омбудсмана универзално прихваћена и дефинисана као институција “заштитника грађана” постоје разлике у њеном уставном регулисању у појединим земљама. Те разлике се крећу како од начина утврђивања основних карактеристика ове институције, тј. питања да ли се уређује као инокосни или колегијални орган, а затим и од дефинисања правног статуса ове институције. Прва земља која је увела институцију омбудсмана била је Шведска. Наиме, у уставу Шведске из 1809.године било је утврђено да ће *Riksdag* бирати једног или више омбудсмана чија је основна функција да као парламентарно тело врши надзор над спровођењем закона.⁹ При томе, било је предвиђено да Канцеларију парламентарних омбудсмана чине четири омбудсмана које бира Парламент. Друга земља која је у свој правни систем увела институцију омбудсмана била је Финска. Уставом Финске из 1919. утврђено је да: “Парламент на почетку сваког редовног сазива бира на мандатни период од четири године, једног истакнутог правника за омбудсмана, на начин предвиђен за избор председавајућег парламента.” Следећа у низу земаља које су у свој правни систем увеле институцију омбудсмана била је Данска. Уставни основ за увођење садржан је у уставу Данске из 1953.године, а којим је предвиђено да “парламент бира једну или две особе, које неће бити чланови парламента, а чији је задатак да надзире рад цивилне и војне администрације”. На основу ове уставне одредбе донет је Закон о омбудсману 1954.године чиме је створена и законска регулатива ове институције у Данској.¹⁰ У измењеном тексту устава Норвешке, који је и

8 Ђорђевић Ј.: *Политички систем*, Београд, 1967, стр. 636.

9 Видети : *The instrument of Government*, 1809, Ch. 12, Art. 6

10 Јовичић, М.: *Омбудсман- чувар законитости и права грађана*, Београд, 1969, стр. 11.

данас на снази, утврђено је да парламент поставља лице ван круга посланика, које ће у складу са законом да надгледа рад јавне управе и запослених у њој, а да би спречило било какве неправде према грађанима. Наиме, институција омбудсмана је уведена у Норвешку Законом о парламентарном омбудсману за јавну управу 1962.године. Осим скандинавских земаља које су биле прве у конституционализацији институције омбудсмана, допринос његовом развоју дале су и остале европске земље. Француски омбудсман или медијатор, уведен је Законом из 1973.године, којим је утврђено да је медијатор, као независно тело, надлежан за притужбе грађана у вези са вршењем делатности јавне управе, јавних тела и организација које врше јавну службу. У Великој Британији институција омбудсмана је уведена Законом о парламентарном комесару 1967.године, тако што је утврђено да парламентарни комесар за управу се бави испитивањем предузетих радњи и аката органа управе. За разлику од предходних решења, Немачка на савезном нивоу нема омбудсмана за заштиту људских права. Наиме, Законом о овлашћењима одбора за петиције *Bundestaga* из 1975.године, установљен је одбор за петиције који је својим овлашћењима веома сличан институцији омбудсмана. У време доношења овог закона, на савезном нивоу постојао је само специјализован војни омбудсман и омбудсман за људска права на нивоу немачких покрајина, касније је уведен и савезни омбудсман за заштиту података о личности, а Одбор за петиције је још увек замена за институцију омбудсмана.

РАЗВОЈ ИНСТИТУЦИЈЕ ОМБУДСМАНА У ЗЕМЉАМА БИВШЕ ЈУГОСЛАВИЈЕ

Настанак институције омбудсмана на просторима бивше Југославије био је праћен вишеструким утицајем политичке идеологије која је била главна карактеристика свих социјалистичких земаља тога доба. Наиме, то је био период чија је владајућа догма да је “систем социјалистичког самоуправног уређења”, био основни принцип на коме су свој рад заснивале све државне институције тога времена. У таквим околностима, у којима је “сагласност са оргиналним решењима правног и политичког система СФРЈ” била доминатни фактор сваког облика организовања и вршења власти, било је тешко стварати услове за развој институције створене у западним земљама каква је била институција омбудсмана.

Међутим, први радови који су се бавили овом институцијом на овим просторима јавили су се шездесетих година прошлог века. Прву монографију која је била посвећена омбудсману написао је проф. Миодраг Јовичић 1969. године да би већ 1972. била организована и научна конференција од стране Уставног суда Србије, а са циљем упознавања шире научне и стручне јавности

са једном новом и до тада непознатом институцијом. Од тада почело је да се прича о овој установи и на нашим просторима, једном речју омбудсман више није била "страна" институција. Колико се проширило сазнање о вредности и значају омбудсмана као заштитника људских права, сведочи и чињеница да ће распадом Југославије готово све бивше републике, доношењем нових устава у свој правни систем увести управо ову институцију.

Прва држава са простора бивше Југославије која је у свој правни систем увела омбудсмана била је Хрватска. Уставни основ за увођење институције омбудсмана био је садржан у Уставу Републике Хрватске 1991. године а којим се предвиђа да је: "пучки правобранитељ опуномоћеник Сабора Републике Хрватске и да штити уставна и законска права грађана у поступку пред државном управом и телима која имају јавне овласти". У складу са Уставом пучког правобранитеља бира и разрешава Заступнички дом хрватског Сабора. Да би једно лице било изабрано за правобранитеља мора да испуњава следеће услове: да је држављанин Хрватске, да је дипломирани правник са најмање 15 година радног искуства, да је личним ангажовањем познат у јавности у погледу поштовања и заштите људских права. Осим уставног регулисања, ова институција је добила и своју законску регулативу у Хрватској. Законом о пучком правобранитељу донетом 1992. године регулисани су надлежност, поступање и услови за избор и разрешење пучког правобранитеља.¹¹ У погледу овлашћења, предвиђено је да пучки правобранитељ има могућност да одговарајућим органима изда упозорење, предлог или препоруку. Уколико утврди да се ради о повреди права са елементима кривичног дела, прекршаја или повреде радне дисциплине, може предложити покретање одговарајућег поступка. Пучки правобранитељ не поступа у стварима о којима је у току управни или други поступак. Међутим, то ограничење није апсолутно, него по "правилу" што значи да може бити изузетака.¹² Наиме, пучки правобранитељ почиње поступак контроле на два начина, на захтев грађана или по службеној дужности. Оно што је карактеристично за Хрватску то је да у овој земљи постоји *actio popularis* односно да свако има право подношења притужбе, без обзира на то да ли је непосредно оштећен.¹³

Институција омбудсмана у Словенији је позната под именом "заштитник људских права и основних слобода". Уставом Словеније из 1991. године утврђена је надлежност ове институције тако што је предвиђено да је "заштитник људских права, у складу са законом утврђеним надлежностима,

11 Видети: *Закон о пучком правобранитељу*, Народне новине Републике Хрватске, бр. 60/92.

12 Милков, Д.: *Омбудсман на простору бивше СФР Југославије*, Нови Сад, 1998, стр. 155.

13 Исто.

одговоран за заштиту основних права и слобода у стварима у које су укључени државни органи, органи локалне управе и носиоци јавних овлашћења.”

У погледу избора предвиђено је да заштитника за људска права бира Парламент на предлог председника Републике и то двотрећинском већином гласова свих чланова парламента на период од шест година. Сви државни органи, органи локалних јединица и носиоци јавних овлашћења имају обавезу да сарађују са Заштитником за људска права. При томе, и словеначки омбудсман покреће поступак по службеној дужности или на захтев грађана. Међутим, за разлику од неких других земаља, у Словенији се од грађана тражи да имају личну легитимисаност за покретање поступка. Детаљно регулисање ове институције предвиђено је Законом о заштитнику људских права из 1993.године. Овим законом је предвиђено да у вршењу својих функција Заштитник грађана делује у складу са одредбама Устава и међународних правних аката о људским правима и основним слободама. У оквиру својих надлежности Заштитник права грађана може да: препоручи органу да понови одређене поступке, препоручи накнаду штете, или других правних средстава за отклањање неправилности према појединцу. Такође, у његову надлежност уврштено је и право да покрене дисциплински поступак против функционера код кога је у раду уочена неправилност, као и овлашћење да подноси иницијативу Парламенту и Влади за допуну Закона или других правних аката у оквиру својих надлежности као и да даје сугестије органима, институцијама и орагнизацијама које врше јавна овлашћења а у циљу унапређења квалитета њиховог рада.

Развој институције омбудсмана у Босни и Херцеговини био је потпуно другачији у односу на предходне земље. Разлика је постојала како у погледу правног основа настанка тако и именовања омбудсмана. Наиме, документ који се сматра правним основом институције омбудсмана у БиХ је Дејтонски споразум. Анекс 6. овог споразума односио се на људска права, у оквиру кога су садржане и одредбе које су се тичале институције омбудсмана. Међутим, оно што је карактеристика правног система БиХ, у погледу уређења ове институције омбудсмана је то што ову институцију чине заправо три омбудсмана, то су: Омбудсман за људска права, Омбудсман Републике Српске и Омбудсман Федерације БиХ. Правно регулисање ових институција, како у погледу надлежности тако и начина рада, препуштено је одговарајућим уставним и законским решењима на нивоу ентитета, Републике Српске и Федерације Босне и Херцеговине.

Омбудсмани Босне и Херцеговине установљени су Уставом Федерације БиХ али и Законом о омбудсменима којима се предвиђа да “омбудсман има право да прими, прати или истражује случајеве лошег функционисања или

кршења људских права и слобода, које почини било који орган власти БиХ, кантона, града или општине, као и било која организација која врши јавну функцију”.¹⁴ При томе, ову институцију чине три омбудсмана изабрана из реда конститутивних народа БиХ (Срба, Хрвата и Бошњака).

Са друге стране, омбудсмани Републике Српске регулисани су Законом о Омбудсману Републике Српске од 2000.године. Тако је надлежност овог омбудсмана установљена као “независна институција успостављена у циљу заштите легитимних права и интереса физичких и правних лица, у складу са Уставом БиХ и РС и међународним споразумима”. Осим тога, почетком 2001. године усвојен је Закон о омбудсману за људска права БиХ, којим је предвиђен правни оквир надлежности ове институције као “домаће институције”, јер је до истека мандата прелазног омбудсмана ову функцију обављао страни држављанин. Оваквим законским решењима ишло се у правцу приближавања институције омбудсмана грађанима али и олакшавања поступка у којима ће се осигурати заштита људских права и слобода.

Уставни основ за оснивање институције омбудсмана садржан је у Уставу Македоније под називом Народни правобранилац. Међутим, од доношења устава па до законодавне регулативе омбудсмана прошло је шест година. Наиме, у Македонији је Закон о народном правобраниоцу донет 1997.године, шест година након усвајања Устава. Оно што се закључује на први поглед јесте утицај словеначког закона на правно регулисање институције омбудсмана у Македонији.¹⁵ Народни правобранилац је орган који штити уставна и законска права грађана када су она угрожена од органа државне управе или других органа и агенција које врше јавне функције. Македонски омбудсман спада у групу парламентарних омбудсмана, бира га и разрешава скупштина или Собрање. Оно што је карактеристично у погледу уставноправног положаја омбудсмана у Македонији јесте чињеница да поред основних услова за избор, као и правило о инкопатибилности са другим функцијама, занимљиво је да се односним законом предвиђа и политичка неутралност омбудсмана. Када је реч о овлашћењу за покретање поступка, треба напоменути да је то решење индентично као и у другим земљама. Народни правобранилац може покренути поступак на захтев странке или по службеној дужности. Преме томе, основни задатак Народног правобраниоца у Македонији јесте у заштити уставних и законских права грађана, што је индентично надлежности омбудсмана у осталим републикама. При томе, циљ вршења делатности Народног правобраниоца, тј. заштита уставности и законитости, једино је што је изричито предвиђено прописима, док се

¹⁴ Члан 3. став 4. Закона.

¹⁵ Видети : http://www.covekovi-prava.gov.mk/html/zakon_za_narodniot_pravobranitel.htm.

питања која се тичу врсте и карактера недостатака у раду управе и других органа и организација не спомињу.

Устав Републике Србије за институцију омбудсмана користи назив “заштитник грађана”, а тај израз је оличење тзв. нове демократије, како би се нагласила његова улога у заштити људских права. У погледу правног регулисања ове установе треба назначити да су Уставом утврђена његова овлашћења, начин избора, заштита и одговорност. У Републици Србији Заштитник грађана је “независан државни орган који штити права грађана и контролише рад органа управе, органа надлежних за заштиту имовинских права и интереса Републике Србије као и других органа и организација, предузећа и установа којима су поверена јавна овлашћења”. При томе, Заштитнику грађана је према одредбама Устава “онемогућено да контролише рад Народне скупштине, Председника Републике, Владе, Уставног суда, судова и јавних тужилаштва”.

С обзиром на целокупне друштвено економске околности у Србији намеће се потреба да постоје омбудсмни специјализованог типа. Целокупна демографска слика Србије сведок је потребе за постојањем плуралитета институција чија је надлежност заштита права детета. Једна од тих институција је свакако Заштитник права детета. Норвешка је прва земља која је 1981. године у свој правни систем увела институцију дечијег омбудсмана. Тако је дошло до ширења ове институције у већем броју држава па и у земљама бивше СФРЈ. У Србији још увек је у скупштинској процедури предлог Закона о Заштитнику права детета. Доношењем овог општег правног акта Република Србија испуниће једну од својих међународних обавеза, које произилазе из чланства у Савету Европе. Значај дечијег омбудсмана биће у његовом залагању и промовисању заштите права детета. Ова права што се тиче правне терминологије су новијег датума. Њихова појава на правној сцени је последица кодификаторског рада у оквиру УН односно усвајања конвенције о правима детета 20.11.1989. године. Већ наредне године овај значајан међународни документ је ратификован у легислативном телу бивше СФРЈ. На основу српског предлога закона прецизно се утврђује надлежност заштитника права детета, као и које лице се под појмом права детета подразумева. Основним одредбама истакнут је положај заштитника права детета. Његова се активна улога у друштву може испоштовати само ако је он независан и самосталан орган.

Према слову Устава предвиђено је само да Заштитника грађана бира и разрешава Народна скупштина. Омбудсман има значајну функцију у заштити од “незаконитих и нецелисходних понашања јавних службеника” којима се угрожавају права грађана. То је више решење уставотворца усмерено ка

тежњи да се јавности докаже “приврженост” владе у предузимању знатнијих мера у заштити људских права. Међутим, за разлику од осталих бивших република, Србија је пропустила да Уставом регулише питања у погледу услова за избор, трајање мандата и разлоге за престанак његове дужности. Тиме је законодавцу остављено велико овлашћење у погледу регулисања ове установе. Законом о заштитнику грађана донетом 2005. године са изменама и допунама од 2007. године, детаљно су регулисани избор и престанак функције, поступак и надлежност.

У уставноправном систему Србије установа омбудсмана егзистира и на нивоу аутономних покрајина, као и локалне самоуправе. Институција омбудсмана је основана на Косову и Метохији уредбом коју је донео специјални изасланик ОУН Бернар Кушнер.¹⁶ Надлежност овог органа је установљена са циљем да прати, сугерише и опомиње органе власти при доношењу и спровођењу правних аката. При томе, институција омбудсмана независна је институција са овлашћењима да решава спорове који се тичу повреда људских права или злоупотреба овлашћења поједнинаца, органа и организација која врше јавна овлашћења. Он прихвата жалбе, покреће истраге и надгледа политику и законе које су прихватиле власти да би “осигурао поштовање стандарда људских права и слобода”.¹⁷

Омбудсман је у аутономној покрајини Војводини уведен доношењем Одлуке о покрајинском омбудсману.¹⁸ Покрајински омбудсман је установљен као “независан и самосталан орган, који се стара о заштити и унапређењу људских права и слобода лица зајамчених уставом, потврђеним међународним уговором и општеприхваћеним правилима међународног права, законом и прописима АП Војводине, од повреда учињених од стране покрајинске и општинске управе, организација која врше јавна овлашћења, а чији је оснивач Покрајина или општине”.¹⁹ Стога, у циљу заштите и унапређења људских права омбудсман надзире примену прописа који регулишу људска права, контролише законитост, целисходност и ефикасност поступања органа управе.²⁰

У Црној Гори омбудсман је установљен Законом о Заштитнику људских права и слобода од 2003. године.²¹ Овим законом је утврђено да Заштитник људских права и слобода штити људска права и слободе зајамчена Уставом,

16 Види: Уредба бр. 2000/38, од 30. јуна 2000. године

17 <http://www.aimpress.org/dyn/pubs/archive/data/200012/01224-005-pubs-pri.htm>

18 “Службени гласник АП Војводине”, бр. 23/02, 5/04.

19 Члан 1. Одлуке о Покрајинском омбудсману.

20 Исто.

21 Службени лист Републике Црне Горе, бр.41/03

законом, ратификованим међународним уговорима, и општеприхваћеним правилима међународног права, када су повређена актом, радњом или непоступањем државних органа, органа локале самоуправе као и јавних служби и других носилаца јавних овлашћења.²² Осим тога, Заштитник се бави и општим питањима од значаја за заштиту и унапређење људских права и слобода и остварује сарадњу са одговарајућим организацијама и институцијама које се баве људским правима и слободама.²³

ЗАКЉУЧАК

Увођење омбудсмана у земљама бивше Југославије, као специфичне институције, са задатком заштите људских права и слобода од повреда до којих долази у раду органа управе, организација и јавних служби које врше јавна овлашћења, показује се као неопходност у актуелним транзиционим процесима.

Изградња демократске државе засноване на владавини права, незамисливо је без постојања ове установе. Омбудсман, који постоји изван организационе шеме поделе власти делује у правцу успостављања уставног и законитог функционисања државних органа. Према томе, омбудсман се може посматрати као “чувар” уставности и законитости.

Омбудсман је у земљама бивше Југославије постао значајан фактор вансудске контроле управне власти и носилаца јавних функција. Омбудсман је прека потреба нашег друштва, утолико пре што не постоји ниједан политички систем у савременом свету у коме се не повређују људска права и слободе грађана.

Међутим, погрешно би било идеализовати ову институцију. Омбудсман није репресивни или наредбодавни орган, већ орган који открива и упозорава. Његова сврха је да својим ауторитетом изврши притисак на државне органе и институције у правцу поштовања и заштите принципа уставности и законитости.

22 Члан 1. Закона о Заштитнику људских права и слобода.

23 Члан 23. став. 2.

Jelena Jovičić, Junior Assistant
Faculty of Law, University of Kragujevac

CONSTITUTIONAL POSITION OF OMBUDSMAN IN THE FORMER YUGOSLAVIA

Summary

Introduction of the ombudsman in the former Yugoslavia as a specific institution with a mission to protect human rights and freedom from injuries that occur in the work of administrative bodies, organizations and public services, it is shown as a necessity in the current transition process. Creation of a democratic state under the rule of law is inconceivable without the existence of this institution. Ombudsman that exists outside of the seeds of separation of powers works towards the establishment of the constitutional and legal authority of state operation. Therefore, the ombudsman can be seen as the guardian of constitutionality and legality. Ombudsman in the former Yugoslavia has become a significant factor in extra-judicial control of administrative authorities and public officials. Ombudsman is urgent need of our society all the more so as there is no political system in the modern world that does not violate human rights and freedoms of citizens. However, it would be wrong to idealize the institution. Ombudsman is not repressive or order-giving body, but institution that detects and alerts. It's purpose is to exert this authority to pressure the state organs and institutions in the direction of respecting and protecting the principles of constitutionality and legality.

Key words: *ombudsman, human rights, constitutional*

