

Универзитет у Нишу
Правни факултет

**ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ
ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

**Тематски број
"УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА
СРБИЈЕ СА ПРАВОМ ЕУ"**

Ниш, 2014

**ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ
Тематски број "Усклађивање права Србије са правом ЕУ"**

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Мирослав Лазић

Преводи

Гордана Игњатовић

Технички уредник

Ненад Милошевић

Штампа

„Свен“ Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-187-8

Зборник радова резултат је истраживања на пројекту Усклађивање права Србије са правом Европске уније, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

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

Република Србија

Универзитет у Нишу

ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ



ПРОЈЕКАТ

**"УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ
СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ"**

2013.

ОПШТИ ПОДАЦИ

Одлуком Наставно-научног већа Правног факултета у Нишу бр. 01-1253/24-2013 од 04.07.2013. године започела је реализација пројекта **"Усклађивање права Србија са правом Европске Уније."**

Трајање пројекта: 5 година

Тип пројекта: теоријско-емпиријски

Руководилац пројекта: Декан Правног факултета у Нишу

Кључне речи: право Србије, право Европске уније, међународни стандарди, владавина права, хармонизација права.

Апстракт: Предмет научног истраживања је стање правне регулативе у Републици Србији у смислу њене усаглашености са опште-прихваћеним правним стандардима Европске Уније. Истраживањем је обухваћена: теоријска анализа законских решења у материјалном, процесном и организационом (кривичном, грађанском, управом и др.) праву, која представљају основу правног система Републике Србије; анализа усклађености и компатибилности постојећих законских решења са решењима садржаним у праву ЕУ; праћење и анализа актуелне правне праксе пред домаћим и правосудним институцијама ЕУ, евалуација постојећег правног система наше државе у циљу евиденције недостатака и предлога нових решења како би се постигла његова усаглашеност са правом ЕУ, што је један од кључних услова за пуноправно чланство у ЕУ.

АКТУЕЛНОСТ ИСТРАЖИВАЊА

Предмет, опис и значај истраживања

Предмет истраживања је утврђивање степена усаглашености позитивног законодавства Републике Србија са стандардима утврђеним у правним актима донетим на нивоу Европске Уније.

Пројекат обухвата следеће сегменте истраживања: теоријско истраживање, емпиријско истраживање и систематизација, научна обрада и анализа прикупљене грађе са предлогом нових решења.

Теоријско истраживање односи се на критичко сагледавање позитивног законодавства, које представља основу правног система Републике Србије, са циљем да се утврди да ли постоји задовољавајући степен њихове усаглашености и компатибилности са европским принципима и стандардима садржаним у релевантним европским актима.

Емпиријско истраживање треба да покаже како се и на који начин постојећа решења у позитивном законодавству Републике Србије остварују у пракси. У том смислу, биће извршена реконструкција одговарајућих поступака преко увида у списе предмета и публиковане одлуке и непосредни мониторинг судских и управних поступака, а биће проучена и пракса институција ЕУ.

Током теоријског и емпиријског истраживања биће селектована и прикупљена нормативна и литерарна грађа и резултати досадашњих парцијалих истраживања уз прецизирање теоријско-методолошког оквира. Резултати ових истраживања биће презентовани периодично на панелним дискусијама и на конференцији која ће окупити представнике надлежних државних органа, правосуђа, адвокатуре, међународних организација, образовних институција, невладиних организација и медија. Стечена сазнања треба да омогуће да се процени да ли је и у којој мери правни систем Републике Србија усаглашен са правом ЕУ и да резултира предлозима нових решења како би се постигла поменута усаглашеност.

Истраживање је посебно значајно ако се има у виду да је 1. марта 2012. године Европски савет донео одлуку да Србији додели статус кандидата за чланство у Европској Унији, као и да Споразум о стабилизацији и придруживању (ССП) између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране, ступа на снагу 1. септембра 2013. године. У том смислу, усаглашавање домаћег законодавства са правом Европске Уније апострофирано је као основни задатак у процесу интеграције у Европску Унију.

Очекивани резултати истраживања

Реализација пројекта омогућиће да се утврди и анализира постојеће стање у законодавству Републике Србије и да се утврди његова компатибилност са европским правом, као и да се предложи решења за постизање усаглашености права Србије са правом ЕУ.

Резултати истраживања биће садржана у тематским зборницима радова и монографијама. Таква издања могу имати корисну информативну сврху за на најширу правну, политичку и пословну јавност, која се су сусреће са правом ЕУ, али и за наше законодавне и судске власти у смислу даљих реформи на плану хармонизације нашег права са правом ЕУ.

ИСТРАЖИВАЧИ НА ПРОЈЕКТУ

Истраживачи на пројекту су наставници и асистенти запослени на Правном факултету (табела са списком истраживача налази се у прилогу).

ФИНАНСИРАЊЕ ПРОЈЕКТА

Потребна материјална средства за финансирање пројекта обезбеђује Правни факултет у Нишу.

Декан Правног факултета, руководиоца пројекта, закључује уговор о ауторском делу са сваким од истраживача, у складу са којим се врши исплата месечних аконтација.

Република Србија
Универзитет у Нишу
ПРАВНИ ФАКУЛТЕТ
Центар за правна и друштвена истраживања
18.03.2014.

**ИЗВЕШТАЈ О НАУЧНО-ИСТРАЖИВАЧКОМ
РАДУ НА ПРОЈЕКТУ
"УСКЛАЂИВАЊЕ ПРАВА СРБИЈЕ
СА ПРАВОМ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ"**

(период од 04.07-31.12.2013. године)

Одлуком Наставно-научног већа бр. 01-1532/24-2013 од 04.07.2013. године Правни факултет организује рад на научно-истраживачком пројекту под називом "Усклађивање права Србије са правом Европске уније" у трајању од 2013-2018. године.

Истраживачи на пројекти су наставници и асистенти Правног факултета у Нишу. Обавезе истраживача дефинисане су уговором о ауторском делу.

Дописом Декана Правног факултета у Нишу бр. 01-204 од 31.01.2014. године, истраживачи су позвани да попуне извештај о раду за првих шест месеци реализације пројекта (04.07-31.12.2013.) Попуњавање извештаја је вршено попуњавањем апликације (на веб адреси: <http://160.99.61.188:2332>) употребом индивидуалне шифре која је додељена сваком истраживачу. Истраживачи су позвани да извештајем обухвате само радове у којима је стављена ознака да су резултат истраживања на наведеном пројекту.

Као резултат рада на наведеном пројекту, Центар за правна и друштвена истраживања, у сарадњи са Центром за публикације објављује тематски зборник радова под називом "Усклађивање права Србије са правом Европске уније".

Истраживачи на пројекту, у протеклом периоду, објавили су и следеће **монографије:**

Аутор	Назив монографије	Издавач	ИСБН	категорија
Проф. др Миомира Костић	Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији / Слободанка Константиновић-Вилић, Миомира Костић. - 2. допуњено и измењено изд. - Ниш;	Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2013.	ИСБН 978-86-7148-171-7	М42
Проф. др Срђан Голубовић	Стране директне инвестиције у земљама западног Балкана у условима глобалне финансијске кризе	Правни факултет Ниш		М 45
Проф. др Срђан Голубовић	Економска политика	Пунта	978-86-7990-100-2	
Проф. др Дејан Јанићијевић	Основи мултилатералности у арбитражи	Центар за публикације Правног факултета у Нишу		М42
Доц. др Александар Мојашевић	Економска анализа медијације: теоријско-емпиријска студија	Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2014.	978-86-7148-182-3	
Доц. др Маја Настић	Примена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима	Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2014.	978-86-7148-179-3	М42

Истраживачи на пројекту, у протеклом периоду, објавили су и следеће научне радове:

АУТОР	Назив рада
Проф. др Александар Ђирић	Извори права спољне трговине, Правна ријеч, стр. 39-53 (М 51)
Проф. др Предраг Димитријевић	Основе инспекцијског надзора у Републици Србији
Проф. др Невена Петрушић	Нови правни режим добровољног смештаја особа са менталним сметњама у психијатријске установе, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору (тематски зборник) (М 44)
Проф. др Мирослав Лазић	"ЕУРОХИПОТЕКА" Правни живот, Београд, бр. 10/2013., стр. 479-496 (М 51)
Проф. др Драган Јовашевић	Кривична дела против живота и државна реакција у републици србији, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 65/2013, стр. 269-287 (М 51)
Проф. др Драган Јовашевић	Облици испољавања међународног кривичног дела, Зборник радова: Међународно хуманитарно право Косовска Митровица, стр. 42-64
Проф. др Драган Јовашевић	Злочин против човечности у међународном и националном кривичном праву, Међународна политика, стр. 5-22 (М 52)
Проф. др Драган Јовашевић	Међународна кривична дела у римском статуту, Зборник радова Правног факултета у Нишу, стр. 201-218 (М 51)
Проф. др Драган Јовашевић	Прекршајна одговорност у праву Републике Србије, Годишњак факултета правних наука универзитета АПЕИРОН Бања Лука, стр. 47-63
Проф. др Небојша Ранђеловић	Скупштинска завршница једног међународног уговора-конкордатска криза 1937. године, 1700 година Миланског едикта: зборник радова, Ниш, 2013, стр. 93-104
Проф. др Драган Јовашевић	Развој малолетничког кривичног права у историјским споменицима Пешчаник, стр. 312-322 (М 53)

Проф. др Предраг Цветковић	Теорија игара као аналитички оквир јавно-приватног партнерства, Заштита људских и мањинских права у европском правном простору (тематски зборник) (М 44)
Проф. др Небојша Раичевић	Да ли Србија треба приступити Конвенцији о касетној муницији?, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2013, бр. 65, стр. 273-289 (М 51)
Проф. др Видоје Спасић	Дизајн у функцији моде, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 65/2013, стр. 253-272 (М 51)
Проф. др Небојша Раичевић	Да ли Србија треба приступити Конвенцији о касетној муницији?, Зборник радова Правног факултета у Нишу, 2013, бр. 65, стр. 273-289 (М 51)
Др Александар Ђорђевић	Древноруски градови као друштвени оквир развијеног приватног права, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 65/2013 стр. 345-352 (М51)
Милош Прица (коаутор М. Петровић)	Устав Републике Србије од 2006. као правни оквир страначке олигократије, Теме, бр. 4(2013): „Владавина права и грађанске слободе“, стр. 1555-1565. (М 24)
Михајло Цветковић	Објективни елемент уговора о поклону, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 65/2013 стр. 419-436 (М 51)
Новак Крстић	Одређивање величине нужног дела, Зборник радова Правног факултета у Нишу, бр. 65/2013, стр. 437-454 (М 51)
Наталија Жунџић	Алкохолизам жена-родне разлике као виктимогене предиспозиције (коаутор Слободанка Константиновић-Вилић), Темида 1/2014

У припреми су и следећа монографска издања, чије публикување можемо очекивати у оквиру Центра за публикације Правног факултета у Нишу:

Аутор/и	Назив монографије
Проф. др Мирослав Лазић Доц. др Ивана Симоновић	Грађанскоправна заштита личних права
Проф. др Драган Јовашевић, др Душица Миладиновић- Стефановић	Прекршајно право
Др Душица Миладиновић- Стефановић	Редовно одмеравање казне у кривичном праву (докторска дисертација, рад на приређивању за јавно објављивање)
Милош Прица (коаутор проф. др Милан Петровић)	Посебно управно право с међународним управним правом, ново измењено и допуњено издање.
Проф. др Ђорђе Николић	Уговор о продаји
Проф. др Срђан Голубовић	Фискална политика у Европској монтерној унији
Проф. др Горан Обрадовић	Основе дисциплинског права (монографија)

Проф. др Војислав Ђурђић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу
Доц. др Марко Трајковић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 608:179.7

ЉУДСКО ДОСТОЈАНСТВО У БИОЕТИЧКО- ПРАВНОМ ПОДРУЧЈУ¹

Апстракт: *Шта представља биоетичко подручје? Да ли ми правници можемо да будемо укључени у то подручје људског бивствовања? Људско достојанство представља кључну тачку у биоетици схваћеној као подручје сусретања и деловања разних и различитих перспектива. Људско достојанство је тачка „уласка“ права на биоетичко подручје. То је преломна тачка, која истиче хуману страну права. А та хумана страна права заснована је на аксиологији, чији елемент је такође људско достојанство као једна од носећих вредности.*

Кључне речи: *вредности, људско достојанство, биоетика, право.*

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

1. БИОЕТИКА КАО ПОДРУЧЈЕ?

Да ли је биоетика наука или подручје? У „званичној“ дефиницији биоетике у „Encyclopedia of Bioethics“ из 1978. године, налазимо да је биоетика „суставно проучавање људског понашања на пољу знаности о животу и скрби за здравље, уколико је испитивано у светлу моралних вредноста и начела“.² Док ће у другом издању из 1995. године ова дефиниција бити проширена јер је биоетика одређена као „суставно проучавање моралних димензија – укључујући морално гледање, одлуке, понашање и одговорно држање – знаности о животу и скрби за здравље, примењујући различите етичке методологије с интердисциплинарном импостацијом“.³ Овде је најпре приметан помак од вредности ка „етичкој методологији“. Нисмо склони да поверујемо у немогућност прихватања плуралитета вредности, те и поред наговештаја да је методолошка интеграција јако добра основа за изградњу плуриперспективистичких подручја, остајемо потпуно на аксиолошкој разини посматрања плурперспективистичке биоетике, а посебно када желимо да је доведемо у везу са кривичноправном теоријом. Јер је „појам биоетика сложеница у којој, из перспективе данашњих спознаја и интерпретација део био упућује на био-медицинске знаности с пратећим биоетехнологијама, док други дио етика упућује најприје на филозофску дисциплину етику која се бави проучавањем заданих темеља људског исправног понашања, а потом и на сам сустав морално-етичких врједности које она дефинира, елаборира, експлицира и претпоставља као теоретски увјет за дефинирање оквира исправном практичном људском дјеловању“.⁴ Дакле, ни у „службеној дефиницији“ а ни у многим другим покушајима дефинисања биоетике не стоји да је она наука „будући да би такво карактеризирање подразумјевало много тога што биоетика нема, још нема, а можда чак и никада неће ни имати, односно неће моћи имати“.⁵ Остаје нам да је она ипак само подручје, које има својих предности у својој „одређеној неодређености“.⁶ Тако да остаје: „Биоетика је отворено подручје сусрета и дијалога различитих знаности и дјелатности, те различитих приступа и погледа на свијет, који се окупљају ради артикулирања, дискутирања и рјешавања етичких питања везаних за живот, за живот у цјелини и у сваком

2 V. Valjan, *Teškoće oko definicije i sadržaja bioetike*, у: *Integrativna bioetika i izazovi suvremene civilizacije*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2007, 17.

3 Ibid.

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

5 H. Jurić, *Uporišta za integrativnu bioetiku u djelu Van Rensselera Pottera*, у: *Integrativna bioetika i izazovi suvremene civilizacije*, (ur.) Velimir Valjan, Bioetičko društvo u BiH, Sarajevo, 2007, 83.

6 Ibid.

од дјелова те цјелине, за живот у свим његовим облицима, ступњевима, фазама и појавностима“.⁷ Такво подручје испреплетаности живота указује на једноставну бригу о животу без намере да се приступи животу толико учине различитим. И ни у једном друштву не постоји нешто што би могли назвати „црквеном“ ма која црква то била и „лаичком“ биоетиком. Јер: „È molto frequente, non solo in Italia, ma anche nella bioetica soprattutto anglofona, la distazione tra bioetica ‘laica’, che sarebbe l’etica della qualità della vita, e bioetica cattolica, che sarebbe l’etica della sacralità della vita. Questa semplicistica opposizione, che non è evidentemente del tutto priva di significato, ha però il grave limite di dimenticare che è impossibile parlare di *una* bioetica laica, così come di *una* bioetica cattolica“.⁸

Сагласно овоме и Швајдлер (*Walter Schweidler*) разликује две културе *normkultur* и *nutzenkultur* „у којој опозицији се креће и биоетика“. Дакле: „У времену у којему се говори, у „судару“ или „сукобу“ култура... се показује да се ту не ради о етнички, религијски или повјесно обиљеженим цјелинама... него о духовним моћима које стоје насупрот досадашњим „интеркултуралним“ линијама раздвајања. Истовремено се у „интеркултуралном“ хоризонту“ такођер може говорити о линијама раздвајања (које се, на примјер, тичу биомедицинског напретка и његове етичке и правне регулације). Стога... те линије раздвајања се корјене у принципијелним захтјевима за истином који се тичу човјечанства у цјелини, који би се требали моћи ускладити с извјесним новим одређењем појма „култура“, у њезином модерном плуралном смислу ријечи“.⁹ Јер, „нитко нема визију опстанка, нити тко може рећи што би у том правцу требало чинити и којим смјером ићи“.¹⁰ Св. Тома Аквински (*Thomas Aquinas*) представља окосницу овакве идеје, својим ставом да се сва морална сфера не може покрити правом. Јер је: „Перспективизам (новолат. *Perspectiva*), учење по којем одређена схваћања, поступке и стварно догађање оцјењујемо према нашим интересима и промјенљивим потребама, па је дакле наша спознаја одређена тим факторима, и зато релативна (а не апсолутна)“.¹¹ Док је „Посматрање живота из различитих перспектива, плуриперспективизам“ основа, односно

7 Ibid.

8 M. Chiodi, *Etica della vita*, Glossa, Milano, 2006, 39.

9 S. Bosto, *Integrativna bioetika između univerzalizma i kulturnog pluralizma*, у: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2009, 44.

10 T. Jozić, *Kultura života*, у: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2009, 111.

11 *Filozofijski rječnik*, у редакцији V. Filipovića, Nakladni zavod Matice hrvatske, Zagreb, 1984, 247.

„методолошко је полазиште интегративне биоетике...“.¹² Ово зато што: „У плуриперспективизму се исказује захтјев за утемељењем интегрираног теоретског и практичног знања на истини смисла, а не на објективној истини“.¹³ Зато и говоримо о „унутрашњем плурализму“ који се још и назива плуриперспективизам, а који се састоји у „мноштвености њених аспеката и многострукости перспектива у којима се они сагледавају“.¹⁴ Тако је и задатак биоетике као подручја, стар је колико и људска цивилизација, а у области права колико је старо кривично право као и филозофско промишљање његовог основног задатка – заштите живота, односно „*santità della vita*“.¹⁵ Етичко респектовање целокупног живота на земљи основа је онога што можемо назвати плуриперспективистичка биоетика, а његова заштита, основа је онога што можемо назвати правом, са нагласком на кривично-правну материју. Све ово је омогућено само плуриперспективистичком поставком биоетике. Тако и сама дефиниција биоетике носи у себи поље плуриперспективизма.

Фриц Јар (*Fritz Jahr*), протестантски пастор и етичар је у часопису „*Kosmos*“ 1927. године објавио чланак на тему „*Bio-Ethik: eine Umschau über die ethischen Beziehungen des Menschen zu Tier und Pflanze*“.¹⁶ Тада Јар повезује биоетику и Кантов (*Immanuel Kant*) категорички императив појмом „биоетички императив“, иако га тако у том тренутку не назива дословно. Да биоетика није ништа што је настало у двадесетом веку потврђује и сам Јар ставом: „*In fact Bio-ethics is definitely not only a discovery of the present. As a particularly impressive example from the past we may remember the figure of St. Franz of Assisi and his great love to animals, progressing in its warm sympathy for all living beings the Rousseauian enthusiasm for nature in its entirety by centuries*“.¹⁷ Да би даље рекао: „*So that the rule for our actions may be the Bio-Ethical Demand: Respect every living being on principle as a*

12 P. Barišić, *Pluriperspektivizam – temeljni uvjet ili zatamnjenje istine?*, у: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo u BiH, Sarajevo, 2009, 25.

13 Ibid., 26.

14 A. Čović, *Integrativna bioetika i pluriperspektivizam*, у: *Integrativna bioetika i izazovi suvremene civilizacije*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2007, 67.

15 M. Chiodi, *Tra cielo e terra, il senso della vita a partire dal dibattito bioetico*, Cittadella Editrice – Assisi, 2002, 16.

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

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

goal in itself and treat it, if possible, as such!¹⁸ И даље Јар за биоетку каже: „the systematic study of human conduct in the area of the life sciences and the personal, professional and public moral commitment and conduct towards all forms of life, in as far as this conduct is examined in the light of moral values and principles“.¹⁹ Дакле, Јар даје своје одређење биоетике које је веома блиско Кантовом категоричком императиву, кроз следеће поставке: „The Bioethical Imperative guides ethical and cultural attitudes and responsibilities in the life sciences and towards all forms of life (1927)“; „The Bioethical Imperative is based on historical and other evidence that ‘compassion is an empirical established phenomenon of the human soul’ (1928)“; „The Bioethical Imperative strengthens and complements moral recognition and duties towards fellow humans in the Kantian context and should be followed in respect of human culture and mutual moral obligations among humans (1928)“; „The Bioethical Imperative has to recognize, to steward, and to cultivate the struggle for life among forms of life and natural and cultural living environments“; „The Bioethical Imperative implements compassion, love, and solidarity with all forms of life as a content-based principle and virtue into the ‘golden rule’ and into Kant’s Categorical Imperative, which are reciprocal and formal only (1934)“; „The Bioethical Imperative includes obligations towards one’s own body and soul as a living being (1934)“.²⁰ На крају је Јар, према Сасу (*Hans-Martin Sass*), сумирао своје закључке о биоетици и дао четири поставке: „Bioethics is a new and necessary academic discipline. Bioethics is a necessary moral attitude, conviction and conduct. Bioethics recognizes and respect all life and living interactions in nature and culture. Bioethics has legitimate obligations in professional settings, in public sphere, and in education, consultancy, public moralitz, and culture“.²¹

Овом одређењу биоетике као подручја додајемо и схватање биоетике, као места, подручја не само сусретања апсолутних вредности, већ места апсолутног сусретања вредности.²² Биоетику као подручје видимо у холистичким оквирима, јер се код ње ради о стварању „новог оријентационог оквира“. То је „иновативни начин моралног оријентирања у деликатним ситуацијама које су произлазиле из примјене знанствено-техничких постигнућа у подручју медицине“.²³ Ради се заправо, и ту налазимо

18 Ibid., 19.

19 Ibid., 22.

20 Н. М. Sass, *European Roots of Bioethics: Fritz Jahr’s 1927 Definition and Vision of Bioethics*, 22-25.

21 Ibid., 22.

22 Дефиниција која је искључиво дата од Марка Трајковића, тако да он за њу преузима сваку врсту научне одговорности.

23 А. Čović, *Etika i bioetika*, Pergamena, Zagreb, 2004, 10.

место спајања са правом схваћеним на аксиолошки начин, о интеракцији „различитих моралних и професионалних перспектива“.²⁴ Јер је присутан аксиом да је вери потребан разум за домишљање објаве – *fides quaerens intellectum*, у том светлу настаје нови мост између вере и разума у енциклици „*Evangelium vitae*“, јер се сматра да прва етичка мишљења и долазе из светла људског разума који је „просветљен вером“, а то се све дешава по томистичком теолошком принципу по којем милост *non destruit sed perficit naturam*. Зато се биоетика и дефинише као „плуриперспективно подручје“ које сабира „моралне перспективе“ и тиме излази из „скучене улоге „нове медицинске етике“, као и да тиме постаје „планетарна „етика живота“.²⁵ Јер приступ излагању проблема биоетике није заснован на начелу „или-или“ у смислу или само емпиријски („физички“), или само метаемпиријски („метафизички“) говор“²⁶ већ је заснован на комплементарном начелу „и-и“.²⁷ Тако се и омогућава да биоетика дође у контакт с правом, схваћеним на аксиолошки начин, јер је биоетика „подручна, релацијско-филозофска и плуриперспективна етика“.²⁸ Може се рећи да се ради о плуриперспективним погледима на биоетичку расправу о вредности живота у коју ми укључујемо право као вредност. Јер, ако је биоетика настала ко морална реакција на изазове техничких достигнућа у свим областима човековог живота, зар није могуће да се и за право каже да је настало као вредносна реакција на изазове свеукупног живота и делања човека. У холистичком маниру дајемо још једну одредбу биоетике: „It can be defined as the systematics study of the moral dimensions –including moral vision, decisions, conduct and policies – of the life sciences and health care, melouing a variety of ethical methodologies in an interdisciplinary setting“.²⁹

2. МЕСТО ЉУДСКОГ ДОСТОЈАНСТВА У ПРАВУ И БИОЕТИЦИ

У своме говору о достојанству човека Мирандола (*Giovani Pico della Mirandola*) полази од питања: „Are there any who would not admire man?“³⁰ Али, да ли је то заиста тако? Да ли је човеково достојанство празна идеја? У својој књизи „If This is A Man“ Примо Леви (*Primo Levi*) описује свој бег од гасне коморе.

24 Ibid., 11.

25 Ibid.

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

27 Ibid., 663.

28 А. Čović, *Etika i bioetika*, 28.

29 I. Šegota, *Nova definicija bioetike*, у: *Izazovi bioetike*, у: *Izazovi bioetike*, (ur.) А. Čović, Pergamena, Zagreb, 2000, f. 43, 22.

30 G. Pico della Mirandola, *Oration on the Dignity of Man*, 1486, у: J. Rachels, S. Rachels, *The Elements of Moral Philosophy*, New York, 2007, 130.

Дакле, ако убеди шефа одсека за хемију у Аушвицу да је добар хемичар, он ће избећи гасну комору, јер у програму „рада“ Аушвица није прихваћено да „Ogni individuo possiede questa dignità...“.³¹ И „тај поглед није размењен између два човека...“.³² Јер, достојанство „is no empirically given property. To seedignuty as such is no human right. It is much more the transcendent basis that human beings have rights and duties“.³³ Тако и достојанство није нека моћ коју поседујемо, а човек јесте „центар и чвориште видљиве стварности и има могућност да се уздигне или да падне...“.³⁴ Јер: „Достојанство човјека, парадоксално, на првом мјесту почива на самој чињеници да је створено биће и да није идол самоме себи...“.³⁵ Овим се подвлачи тачност да „За срећу није довољно да човјек наликује Богу у погледу моћи, ако му не наликује гледе доброте“.³⁶ Да ли онда човек има урођено достојанство или га он задобија и може да изгуби? Уз ову могућност губитка достојанства везујемо појам савести која је „најскровитије језгро и светиште човека“³⁷, али која такође може кренути „погрешним“ путем те довести до губитка достојанства. Тако је Адолф Хитлер (*Adolf Hitler*) подарио људима слободу од: „Ослобађам људе присиле духа која је постала самом себи сврха; ослобађам их од прљавог и понижавајућег мучења самих себе утваром што се назива савјешћу и моралом, као што их ослобађам и захтјевности слободе и особне самосталности којој само мали број икад може бити дорастао“.³⁸ Што је даље водило до става: „Немам савјести! Моја се савјест зове Адолф Хитлер“.³⁹ Да ли је тада могуће да опстане модел људског достојанства *dignitas* као узвишеност положаја човека у Риму, који има своја два вида? Најпре, то је оно што га разликује од свих других, особито када је реч о његовом друштвеном положају, а потом заслуга коју је он задобио те поседује достојанство путем којег од других захтева поштовање. Све ово указује на чињеницу да је у свим тоталитарним режимима „непоштовање и занемаривање особе, њезина достојанства и оправданих интереса у

31 Pontificio Consiglio per la Famiglia, *Echidron della Famiglia*, Bologna, 2004, 1319.

32 М. Игњатијеф, *Људска права као политика и идолопоклонство*, Службени гласник, Београд, 2006, 31.

33 R. Spemann, *Human Dignity and Human Nature, y: Human Rights and Natural Law*, (ed.) W. Schweidler, AcademiaVerlag, Sankt Augustin, 2012, 15.

34 L. Tomašević, *Ljudsko dostojanstvo: filozofsko-teološki pristup, y: Od nove medicinske etike do integrativne bioetike*, (ur.) A. Čović, N. Gosić, L. Tomašević, Pergamena, Zagreb, 2009, 53.

35 T. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 651.

36 V. Zsifkovits, *Politika bez morala*, Školska knjiga, Zagreb, 1996, 38.

37 M. Vidal, *Kršćanska etika*, Đakovo, 2001, 103.

38 V. Zsifkovits, *Politika bez morala*, 41.

39 Ibid.

извјесном смислу већ унапријед испрограмирано“.⁴⁰ Пошто вербална признања достојанства човека нису довољна, што је историја и потврдила, јер је у основи назива свих странака које су икада дошле на власт или ће доћи стајало да је њихова основна брига човек, постоји онда ли нешто дубље од овако вербално постављеног достојанства? Пошто античка Грчка не познаје концепт достојанства, нити постоји јасна термилошка одредба човековог достојанства први ко говори о достојанству је Цицерон (*Marcus Tullius Cicero*), који и одбацује идеју везивања достојанства човека за његов статус, већ га везује за чињеницу да је човек рођен слободан: „Atque etiam, si considerare volemus, quae sit in natura nostra excellentia et dignitas, intellegemus, quam sit turpe diffluere luxuria et delicate ac molliter vivere, quamque hostum parce, continenter, severe, sobrie“.⁴¹ Мада и данас постоје аутори који ће радије везивати достојанство за статус него за основне вредности. Тако „Dignity is the status of a person predicted on the fact that she is recognized as having ability to control and regulate her actions...“.⁴² Две су поставке света, живота и Бога, кренуле у погледу човека од сличне полазне тачке. Те II ватикански концил формулише следећу поставку: „Готово је једнодушно поимање вјерника и невјерника да се све на овом свјету може уредити према човјеку као његовом средишту и врхунцу“.⁴³ Док је према Цицерону основ достојанства *logos*, Св. Тома Аквински и остали хришћански писци основ достојанства виде у Богу „est ist Gottes Wille, was ich tue“⁴⁴, те сваки пут када прекршимо његов закон ми одбацујемо наше достојанство „homo recedendo ab ordine rationis recedit: et ideo decedit a dignitate humana, prout scilicet homo est naturaliter liber et propter seipsum existens...“.⁴⁵ А онда ће и Карл Маркс (*Karl Marx*) изнети став „човек је највеће биће за људе...“.⁴⁶ У енциклопедији „Mater et Magistra“ недвосмислено стоји да „човек мора бити носитељ, стваралац и циљ свих друштвених творевина“.⁴⁷ Тако и папа Јован Павле II (*Ioannes Paulus II*) сматра да „појединац, човек, не може бити потчињен, као пуко средство или као пуки инструмент, било врсти, било друштву; он има вредности по себи. Он је личност. Својим

40 Ibid., 86.

41 D. von der Pfordten, *The rise of human dignity*, у: *Human Rights and Natural Law*, (ed.) W. Schweidler, AcademiaVerlag, Sankt Augustin, 2012, 217.

42 L. Violini, M. M. Giungi, *Human Dignity: An undefined idea?*, у: *Human Rights and Natural Law*, (ed.) W. Schweidler, Academia Verlag, Sankt Augustin, 2012, 186.

43 Ibid., 87.

44 D. von der Pfordten, *The rise of human dignity*, 223.

45 Ibid., 218.

46 . Violini, M. M. Giungi, *Human Dignity: An undefined idea?*, 87.

47 Ibid., 88.

разумом и својом вољом, у стању је са својим ближњима да оствари однос заједништва, солидарности и несебичног давања... И по том својству свога духа, своје душе, његова комплетна личност поседује такво достојанство чак и у свом телу".⁴⁸ Дакле, проблем достојанства човека појављује се у форми „апсолутног захтева“⁴⁹ да се дела „против нељудског понижавања“.⁵⁰ Те тако: „У нутрини своје савјести човек открива закон који не задаје сам себи, него му се мора покорити, закон чији га глас увјек позива на љубав и чињење доброг и који затреба ли гласом срца говори: учини ово, избјегни оно. Јер човјек у себи носи закон што га је Бог уписао у његову срцу, којем се покоравити управо предстваља човјеково достојанство и према којему му треба судити. Савјест је најскривенија средина и светиште у човјеку, мјесто на којем остаје сам са Богом чији глас може чути у тој својој најдубљој нутрини. У савјести се на најдивнији начин открива онај закон што своје испуњење налази у љубави према Богу и ближњему. Кроз своју вјерност према савјести кршћани су повезани с осталим људима у потрази за истином и истинитим рјешењем мноштва моралних проблема који настају у животу појединца или друштвеном суживоту. У оној мјери, дакле, у којој права савјест буде више постизала свој циљ, у тој ће се мјери и особе и скупине више одрицати сљеде самовоље и покушавати се оријентирати према објективним нормама морала“.⁵¹ Пошто смо спремни да појам достојанства најближе повежемо са појмом савести, сагласни смо да онај: „Тко сувише олако изговара рјеч савјест, једнако је толико сумњив као и онај тко свето име божје баца у профаност и тако се, умјесто да служи Богу клања идолима“.⁵² Данашња поставка достојанства човека слична је клањању идолима чију суштину нити познајемо, нити желимо да поштујемо и односима као да је то ствар прошлих веровања. Данашњој човековој поставци достојанства недостаје усклик „Пролаз за слободу!“.⁵³ Свим данашњим рационалним објашњењима, поставкама, декларацијама, повељама, уставима недостаје прихватање „онтолошког скока“ који се десио у еволуционим процесима. Није прихваћена идеја да „Поштовање људског достојанства ствара људско достојанство“.⁵⁴ Недостајате прихватање „онтолошког скока“ у еволуцији, да би ови документи били

48 Јован Павле II, *Посланица Понтификалној академији наука*, 22. октобар 1996. Навдено према: Ф. Фукојама, *Наша постхумана будућност*, Подгорица, 2003, 173-174.

49 А. Либерт, *Идеја моралног*, Досије, Београд, 2006, 6.

50 Г. Радбрех, *Правни и други афоризми*, Досије, Београд, 2007, 29.

51 V. Zsifkovits, *Politika bez morala*, 40.

52 Ibid., 42.

53 Ibid., 46.

54 Г. Радбрех, *Правни и други афоризми*, 29.

основица заштите достојанства. Недостаје вере у достојанство о којем говоримо и о којем пишемо. Ми се и у сфери достојанства налазимо у моралном глибу у којем уместо вере у достојанство верујемо у пролазне идоле које пречесто представљамо као место нашег спасења.⁵⁵ Јер: „*La Dichiarazione universale inizia col riconoscere l'innata dignità di tutti i membri della famiglia umana, come pure l'uguaglianza e l'inalienabilità dei suoi diritti. Prende atto che questa dignità è una realtà che emana da ciò che l'uomo è, cioè dalla sua natura. È quindi un riflesso della realtà sostanziale e spirituale della persona umana, e non di una creazione della volontà umana, né una concessione dei poteri pubblici o un prodotto delle culture o delle circostanze storiche*“.⁵⁶

Правни прописи у својој чистоти и аутентичности који ће наћи своје место и примену у биоетици као подручју, могу се сачинити једино на основу поштовања људског достојанства, јер: „Људско достојанство као начело није само претпоставка Устава, него је такође иманентно Уставу и стога је иманентно праву. У конкретном позитивном праву могуће се стога позивати на критериј људског достојанства на начин да га се тумачи. То је одређена категоријална важност људског достојанства“.⁵⁷ За биоетику као подручје везујемо појам достојанства као кључну реч биоетике и темељ европске биоетике.⁵⁸ Али, оно што важи за целину света, важи и за биоетику, и овде се достојанство може посматрати као нешто што је дато људима, без могућности његовог повређивања. Зато у начелима „Опште декларације о биоетици и људским правима Уједињених Народа“ стоји: „Људско достојанство, људска права и темељне слободе морају се поштовати“.⁵⁹ Како биоетичка аргументација о достојанству има три вида, и то: „достојанство говори о недодирљивости људске особе што је истински људска стварност; достојанство значи више од саме стварности, тј. значи квалитету која обавезује и захтијева безувјетно поштивање; достојанство означава аутономну способност оног који је постао објект

55 Тако је избављење тражено у вођам фашистичких, нацистичких и комунистичких држава, попут оне Гебелсове (*Joseph Goebbels*): „Наше избављење је у Хитлеру“. Нведено према: V. Zsifkovits, *Politika bez morala*, 69.

56 Pontificio Consiglio per la Famiglia, *Echidron dell Famiglia*, Bologna, 2004, 1318.

57 Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 659.

58 Мада се поред овог вербалног спомињања достојанства, и у другим актима биоетичког и биополитичког карактера, на пример: Concil of Europe, *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with Regards to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, Oviedo, April 4th, 1997, European Treaty Series – No. 164, постоје „отворене тенденције оспоравања универзалне и апсолутно обавезујуће вриједности људског достојанства“. Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 635.

59 Т. Матулић, *Метаморфозе културе*, 641.

љечења“.⁶⁰ За право је посебно важна ова поставка достојанства у биоетичком подручју, јер се оно појављује као гарант достојанства при сваком биоетичком поступку. Достојанство човека њему самом помаже да у биоетичком подручју које често личи на „гребен међу понорима“ ваљано „корача отворена око без вртоглавице“.⁶¹ Истовремено баш нам биоетика намеће идеју да људски доживљај достојанства „needs to be continuously understood and clarified in our changing cultural world“.⁶² А особито употреба појма људског достојанства „does not offer a universal ground for legal thought, and it does not seem useful to the judges in order to solve a controversy; the meaning of dignity is context specific, and varies significantly from jurisdiction to jurisdiction and (often) over time within particular jurisdictions“.⁶³ Наравно, постоје и мишљења да је достојанство генерално, па и у области биоетике празна формула јер „dignity is also a useless concept in medical ethics and it can be eliminated without any loss of content“.⁶⁴ Тако је Шопенхауер (*Arthur Schopenhauer*) сматрао да: „Само што је тај израз „људско достојанство,“ након што га је Кант једном изрекао, постао „лозинка“ свих глупих и лакоумних моралиста, који недостатак темеља морала, стварног или барем прикладног, скривају иза звучних ријечи „људско достојанство,“ рачунајући лукаво с тим да би се и њихов читатељ радо видио обдареним тим достојанством и да би због тога остао задовољан“.⁶⁵ Зато и Хабермас (*Jürgen Habermas*) сматра да „human rights are most clearly represented by basic rights legally institutionalized within constitutional democracies, since such basic rights are the only rights that fully realize both the legal and the moral sides of concept of human rights“.⁶⁶ Све даље од овога људска права и људско достојанство „remain only a weak force in international law and still await institutionalization within the framework of a cosmopolitan order that is only now begining to take shape“.⁶⁷

Посебан проблем у размишљању о достојанству у биоетичком подручју представља настојање радикалне визије биоцентричке парадигме које „нијечу постојање једне онтолошки утемељене хијерархије бића у

60 L. Tomašević, *Ljudsko dostojanstvo: filozofsko-teološki pristup*, 56.

61 Г. Радбрех, *Правни и други афоризми*, 27.

62 L. Violini, M. M. Giungi, *Human Dignity: An undefined idea?*, у: *Human Rights and Natural Law*, (ed.) W. Schweidler, Academia Verlag, Sankt Augustin, 2012, 160.

63 L. Violini, M. M. Giungi, *Human Dignity: An undefined idea?*, 180.

64 Ibid., 172.

65 A. Schopenhauer, *Il fondamento della morale*, Bari, 1991, 168. Наведено према: Т. Матулић, *Metamorfoze kulture*, 636-637.

66 L. Violini, M. M. Giungi, *Human Dignity: An undefined idea?*, 185.

67 L. Violini, M. M. Giungi, *Human Dignity: An undefined idea?*, 185

створеноме свјету, а у позадини се крије радикални обрачун са сваком метафизиком која управо нијече ваљаност таквих позитивистичких и материјалистичких теза⁶⁸. Основ оваквог размишљања чини такође живот, али схваћен само као биолошка чињеница „настала у слијепом процесу биолошке еволуције“⁶⁹. Оваква поставка не прихвата „онтолошки скок“ као основ човековог бића, чиме „изравно поткопава универзалну једнакост достојанства као вриједноснога темаља права“⁷⁰. Зато стоји у „Dignitas humane“ „dignita ontologica persona umana“⁷¹ и не прихвата се да је човек само оно биолошко „non solo naturale e terrena“ већ и „ma anche soprannaturale ed eterna“⁷². Ипак, достојанство човека „све више продира у свијест људи“⁷³ и „сваког понаособ, треба сматрати за другог себе...“⁷⁴. Тако и нужност правне честитости, схваћена на Кантов начин, захтева да се према другим људима односимо као према сврси, а не као према средству.⁷⁵ То се не чини због неке друге практичне побуде или будуће користи, већ на основу идеје о достојанству умног бића, које се не покоравала ниједном другом закону осим оном који у исто време оно само поставља.⁷⁶ Формулација „циља по себи“ употребљава се за разликовање две врсте моралних грешака. Употребити другог, значи поступити према њему или њој, као према ствари, а не као према човеку. А употребити другог није само учинити нешто што други не жели и на шта не пристаје, већ учинити нешто на шта други не може да пристане.⁷⁷ Тако принцип који морамо да прихватимо, ако нећемо да употребљавамо друге, треба да буде принцип поштовања људског достојанства који је универзалан. У „царству сврхе“, све има или неку цену или неко достојанство.⁷⁸ Оно што има цену је такво да се на његово место може поставити нешто друго као његов еквивалент.

68 Т. Matulić, *Metamorfoze kulture*, 635.

69 Ibid.

70 Ibid., 637.

71 Pontificio Consiglio per la Famiglia, *Echidron della Famiglia*, Bologna, 2004, 1304.

72 Ibid., 21

73 М. Vidal, *Kršćanska etika*, Ђаково, 2001, 161.

74 Папско веће за правду и мир, *Основе социјалног учења католичке цркве*, Београд, 2006, 69.

75 Она се заснива на вољи умног бића, која се истовремено посматра и законодавно. Дакле, ум примењује сваку максиму воље као опште законодавну на сваку другу вољу, а и на сваку радњу према самом себи.

76 Имануел Кант, *Заснивање метафизике морала*, Београдски издавачко-графички завод, Београд, 1981, 81-82.

77 На пример, варалице онемогућавају својим жртвама да пристану на њихову замисао.

78 Имануел Кант, *Заснивање метафизике морала*, 82.

Напротив, оно што је узвишеније од сваке цене, оно што не допушта никакав еквивалент, је људско достојанство. Опште људске склоности и потребе имају „пијачну цену“.⁷⁹ Услов под којим је једино „нешто кадро да сачињава сврху саму по себи“, нема релативну вредност, нема цену, већ поседује унутрашњу вредност и то је достојанство.⁸⁰ За Канта, моралност представља услов под којим једино неко умно биће може да буде сврха по себи, те је на основу те моралности, односно способности за морал, могуће да се у „царству сврха“ буде један његов „законодавни члан“. Законодавство мора да уважава људско достојанство, односно „безусловну, неупоредиву вредност“, за коју се захтева поштовање као „доличан израз оцене коју умно биће може о њој да установи“.⁸¹ Поштовање људског достојанства, захтева да се свако умно биће као сврха сама по себи мора у исто време да посматра као „опште законодавно“ у погледу свих закона, којима оно икад може бити потчињено, јер је достојанство „непопустљив пропис воље“.⁸²

За биоетику као подручје посебно је важно размишљање о достојанству које припада свима, јер „all human beings have a special type of dignity which is the basis for the obligation all of us have not to kill them, the obligation to take their well-being into account when we act, and even the obligation to treat them as we would have them treat us, and indeed, that all human beings are equal in fundamental dignity“.⁸³ Тако се одбацује становиште да само нека људска бића, на основу неких критеријума, имају пуно достојанство, јер: „Alle Individuen sind in der einen großen Einheit des reinen Geistes eingeschlossen“.⁸⁴ То даље значи да „human being remains a person, and a being with intrinsic dignity and a subject of rights, for as long as he or she lives: there are no sub-personal human beings“.⁸⁵ Ово нас наводи на закључак да „Human dignity permits no compromise“.⁸⁶ Тако је достојанство основни услов слободе, јер губитак достојанства представља „the loss of the self“.⁸⁷

79 Ibid.

80 Ibid.

81 Ibid., 84.

82 Ibid., 88.

83 L. Violini, M. M. Giungi, *Human Dignity: An undefined idea?*, 187.

84 D. von der Pfordten, *The rise of human dignity*, 218

85 L. Violini, M. M. Giungi, *Human Dignity: An undefined idea?*, 188.

86 H. Seubert, *The Universality of Human Dignity*, у: *Human Rights and Natural Law*, (ed.) W. Schweidler, Academia Verlag, Sankt Augustin, 2012, 214.

87 Ibid., 215.

ЗАКЉУЧАК

Пошто границе биоетичког подручја нису мерљиве, односно где год да се појави живот ту је биоетичко подручје, достојанство се појављује као носећа тачка биоетичког подручја. А пошто биоетичко подручје стоји незаштићено без правне нормативе, достојанство мора да се појави и као носећа тачка правног подручја. Али, не само вербално, што је већ кроз низ докумената урађено, већ онтолошки као основа свег живота, па и правног. Дакле, нема напуштања „онтолошког скока“ човека, зарад признавања да је живот пука биолошка чињеница са којом се може радити шта нам је воља. Зато се и мора одредити појам достојанства као основе човековог живота.

Сва скретања од достојанства човека нису само историјске чињенице, већ вредна упозорења. А сва скретања су и долазила зато што је слабила вера у „онтолошки скок“ те се све сводило на биолошке чињенице пред којима смо стајали пуни уверења да смо ми ти који све одређујемо и о свему судимо. Ипак, наша нам стварност показује другачије те се и оно у шта верујемо да је пука чињеница често окреће против нас, упућујући нас на веру у нешто дубље, у достојанство.

*Prof. Vojislav Đurđić, LL.D.
Full Professor
Prof. Marko Trajkovic LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

HUMAN DIGNITY IN THE FIELD OF BIOETHICS AND LAW

Summary

Bioethics involves diverse issues pertaining to every aspect of human life. Considering that there are practically no boundaries in field of bioethics, human dignity appears as a pivotal point in this field. On the other hand, given the fact that the field of bioethics is unprotected by legal norms, human dignity necessarily appears as a pivotal point of the field of law. Human dignity should be an ontological cornerstone of all aspects of human existence (including the law) rather than a catchphrase reiterated in a number of legal documents. Therefore, we may not abandon man's "ontological leap" just for the sake of acknowledging that life is a bare biological fact, which may be put into whatever effect we please. Therefore, it is essential to define the concept of dignity as the cornerstone of human life.

Any divergence from human dignity is not only a divergence from historical facts but also an invaluable warning. Any departure from human dignity occurs because the human faith in the "ontological leap" has weakened; then, it all comes down to the biological facts of human existence (when we believe that we are the ones who make the ultimate decisions and judgments). Yet, the reality proves otherwise, and what we believe to be a straightforward fact often turns against us, which ultimately drives us to develop belief in something much deeper, such as human dignity.

Key words: *values, human dignity, bioethics, law.*

НЕПОСРЕДНО ДЕЈСТВО ДИРЕКТИВЕ У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ¹

Апстракт: Према слову оснивачких уговора Европске уније директиве не стварају непосредно права и обавезе за индивидуалне субјекте, већ искључиво за државе чланице којима су упућене. Проблем настаје када држава чланица, кршећи своју обавезу, пропусти да спроведе директиву или је погрешно и непотпуно имплементира у прописаном року. Суочен са оваквом ситуацијом, Суд правде ЕУ стао је на становиште да се појединци могу пред домаћим органима директно позвати на одредбе директиве и да су ови органи дужни да им обезбеде остваривање права која произилазе из тих одредаба. Међутим, Суд је прихватио искључиво вертикално непосредно дејство директива које је ограничено на поступке против држава, али није дозволио индивидуалним субјектима да се позивају на њене одредбе у поступцима против других индивидуалних субјеката. Иако је до данашњих дана истрајао на ставу о непризнавању хоризонталног непосредног дејства директиве, Суд је оставио могућност да се њима споредним путем призна такво дејство у споровима између појединаца и тиме премости јаз између признатог вертикалног и неприхваћеног хоризонталног дејства директива. У том циљу прибегао је конструисању својеврсних пасарела које су му омогућиле да: националним органима наметне обавезу тумачења домаћег права у складу са директивом (посредно или интерпретативно дејство директиве); дозволи појединцима да се у приватноправним споровима позову на одредбе директиве ради отклањања примене супротних норми националног права (инцидентно или споредно дејство директиве); обавезе државе чланице да индивидуалним субјектима надокнаде штету проузроковану пропуштањем да се

1 Рад је резултат истраживања на пројекту “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

директива имплементира (одговорност државе за накнаду штете због неимплементације директиве).

Кључне речи: директива, непосредно дејство, Суд правде, јуриспруденција, вертикално дејство, хоризонтално дејство, пасареле, интерпретативно дејство, инцидентно дејство, одговорност за штету.

І УВОД

Иако није нигде записано у оснивачким уговорима, непосредно дејство представља широко прихваћено начело права Европске уније. Настало као творевина јуриспруденције Суда правде, ово начело значи да одредбе права ЕУ непосредно стварају права и обавезе за индивидуалне субјекте на које се они могу пуноважно позвати пред националним органима и судовима. У исто време, оно обавезује државни орган и суд да примени норму на коју се пред њим позове индивидуални субјект и тако обезбеди остваривање тог права².

Суд правде је у прво време као непосредно дејствујуће признавао само одредбе оснивачких уговора³. У каснијој судској пракси домен примене начела непосредног деловања биће проширен у неколико праваца. Тако је непосредно дејство признато и одредбама садржаним у другим међународним уговорима који улазе у корпус права ЕУ. Овде се радило о међународним споразумима које је Унија на основу свог уговорног капацитета закључила са државама нечланицама или међународним организацијама⁴.

2 В.Кнежевић-Предић, З.Радивојевић, Како настаје и делује право Европске уније, Београд, 2009, стр.140; О. Рачић, Правни систем Европске уније, Право Европске уније, Зборник радова, Београд, 1996, стр.113-114; J.A.Winter, Direct Applicability and Direct Effect: Two distinct and different Concepts in Community Law, Common Market Law Review, 1972, no 9, p.425; J.Steiner, L.Woods, Textbook on European Community Law, Oxford, 2003, p.89.

3 Видети случајеве: 57/65, Lütticke, European Court Reports (даље: ECR), 1966, p.205; 27/67, Fink Frucht, ECR, 1968, p.232; 13/68, Salgoil, ECR, 1968, pp.460-461; 2 I 3/69, Diamantarbeiders, ECR, 1969, p.211; 18/71, Eunomia, ECR, 1971, p.816; 78/70, Grammophon, ECR, 1971, p.487; 77/72, Capolongo, ECR, 1973, p.623; 41/74, Van Duyn, ECR, 1974, p.1346; 2/74, Reyners, ECR, 1974, p.652; 33/74, Van Binsbergen, ECR, 1974, p.1312; 127/73, BRT-Sabam, ECR, 1974, p.62; 155/73, Sacchi, ECR, 1974, p.430; 59/75, Manghera, ECR, 1976, p.460.

4 Видети случајеве: 12/86, Demirel, ECR, 1987, p.3719; 162/96, Racke, ECR I, 1998, p.3655; 18/90, Onem v. Kziber, ECR I, 1991, p.199; 58/93, Yousfi v. Belgium, ECR I, 1994, p.1353;

Надаље, кроз судску праксу почеле су се разликовати две врсте правних односа које настају поводом непосредног дејства одредаба међународних уговора. Суд правде је првобитно признавао да се индивидуални субјекти могу позивати на субјективна права установљена овим одредбама само у односу на државу чланицу. У питању је тзв. вертикално непосредно дејство код кога се насупрот појединцу појављују органи државне власти⁵. Нешто касније Суд ће прихватити и тзв. хоризонтално непосредно дејство уговорних одредаба, тј. могућност да се појединац пред националним органом и судом позове на међународним уговором предвиђену обавезу другог индивидуалног субјекта у заштити својих субјективних права⁶.

Упоредо са ширењем одредаба уговора који производе непосредно дејство, судска пракса потврдила је да други извори права ЕУ могу, такође, имати непосредно дејство. У ред правила која производе непосредно дејство Суд правде уврстио је норме садржане у секундарној легислативи, односно одредбе регулатива, одлука и директива које доносе институције Уније. Кад је реч о регулативама и одлукама, Суд правде, ослањајући се на слово оснивачких уговора, није имао већих проблема са признањем непосредног дејства⁷. Прихватање могућности да директиве имају непосредно дејство представљало је много већи изазов, пошто су оне оснивачким актима дефинисане као правни акти обавезни за државе чланице само у погледу циља и резултата које треба постићи, док се избор облика и начина њиховог остваривања препушта националним властима⁸. Творци оснивачких уговора замислили су директиву као средство хармонизације,

126/95, *Hallouzi-Choho v. Bestuur van Sociale*, ECR I, 1996, p.4807; 416/96, *El-Yassini v. Home Secretary*, ECR I, 1996, p.1209; 179/98, *Belgium v. Mesbah*, ECR I, 1999, p.7955.

5 Случај 26/62, *Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend en Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, ECR I, 1963, p.12.

6 Случај 43/75, *Gabrielle Defrenne v. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, ECR, 1976, p.474.

7 Суд правде се ограничавао на констатацију да је правна природа и место регулативе у правном систему ЕУ таква да њене одредбе у начелу производе непосредно дејство, односно *per se* стварају права за индивидуалне субјекте које су национални судови у обавези да заштите (случај 43/71, *Politi*, ECR, 1971, p.1039). Поред тога, Суд је потврдио да одредбе регулативе производе како вертикално, тако и хоризонтално непосредно дејство (случај 93/71, *Leonesio*, ECR, 1972, p.287). Кад су у питању одлуке, став је Суда да оне могу наметнути обавезу која производи непосредно дејство само субјекту коме је упућена, с тим да одлука чији је адресат држава чланица не може имати хоризонтално непосредно дејство. Више о томе: Т.С.Хартлеј, *Основи права Европске заједнице* (превод), Београд, 1998, стр.208; З.Радивојевић, *Одлике правног система Европске уније, Правни живот*, 2012, бр.12, Том IV, стр.419.

8 Чл.288 Уговора о функционисању ЕУ.

а не унификације права држава чланица⁹. Директиве, дакле, немају сврху да у потпуности уједначе национална права. Њима се национална права приближавају у мери која је нужна за остваривање циљева ЕУ, али се чланицама оставља могућност да нека питања уреде на различите начине. Директиве постављају државама само регулаторни циљ, а остављају слободу да одлуче како ће га постићи¹⁰.

Због такве природе и места у правном систему ЕУ директива не ствара непосредно права и обавезе за индивидуалне субјекте, већ искључиво за државе чланице којима је упућена. Права и обавезе појединца проистичу непосредно из националних мера имплементације директиве. Директива треба да произведе дејство само посредством националног акта имплементације, па је нормалан начин њеног деловања заправо примена националног права у које је она уграђена.

Проблем, међутим, настаје када држава чланица, кршећи своју обавезу, пропусти да спроведе директиву или усвоји неодговарајуће мере имплементације у прописаном року¹¹. Судаћи по слову оснивачких уговора, директива не би производила никакво правно дејство за индивидуалне субјекте без усвајања одговарајуће националне имплементације у предвиђеном року. Другим речима, када национални законодавац директиву уопште не угради или је погрешно угради у домаће право појединци су лишени могућности да се пред државним органима и судовима позивају непосредно на директиву ради остваривања права које немају према националном праву, али би га имали да је директива исправно спроведена. Крајња последица тога била би да у случају пропуста државе да изврши своје обавезе у погледу имплементације, директиве постају неефикасни правни акти органа ЕУ од којих индивидуални субјекти немају никакве користи.

Суочен са оваквом ситуацијом, Суд правде стао је на становиште да се појединци могу пред државним органом и судом директно позвати на одредбе директиве, а да је национални орган у обавези да им обезбеди остваривање права која за њих произилазе из тих одредаба¹². Отворивши на овај начин могућност појединцима да штите своја права из директива пред органима држава чланица, Суд правде је истовремено ограничио непосредно деловање њених одредаба само на поступке против државе. Суд је, дакле, признао искључиво вертикално непосредно дејство

9 Р.Вукадиновић, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2012, стр.151.

10 Т.Ћапета, С.Родин, Основе права Европске уније, Загреб, 2011, стр.68.

11 В.Кнежевић-Предић, З.Радивојевић, *op.cit.*, стр.146.

12 Случај 41/74, Yvonne Van Duyn v. Home Office, ECR, 1974, p.1337.

директиве, не дозвољавајући индивидуалним субјектима да се позивају на њене одредбе у поступцима против других индивидуалних субјеката¹³.

Иако је све до данашњих дана истрајао на ставу о одсуству хоризонталног непосредног дејства директиве, Суд је оставио могућност да се њима заобилазним путем призна такво дејство у споровима између појединаца. У том циљу прибегао је конструисању својеврсних пасарела које су му омогућиле да премости јаз између признатог вертикалног и неприхваћеног хоризонталног непосредног дејства директива.

II ВЕРТИКАЛНО НЕПОСРЕДНО ДЕЈСТВО ДИРЕКТИВЕ

Спремност да директивама призна могућност непосредног дејства Суд правде је први пут наговестио у случају *Grad*. Том приликом стао је на становиште да директива чија је сврха ограничена на утврђивање датума када ће одредба садржана у одлуци ступити на снагу не спречава да та одредба има непосредно дејство¹⁴. Међутим, одлучујући заокрет у правцу прихватања вертикалног непосредног дејства директиве Суд правде учинио је у случају *Van Duyn* када му је, између осталог, упућено питање да ли се холандска држављанка којој је забрањен улаз у В.Британију може непосредно позвати на одредбу директиве која није била имплементирана у домаће законодавство.

Одбацивши став британске владе да се у оснивачком уговору говори само о непосредној примени регулатива, али не и директива, Суд је изнео неколико основних разлога у прилог могућности да директиве имају непосредно дејство. После анализе одредбе оснивачког уговора која прописује директну примену регулативе, Суд је установио да то не искључује могућност да и друге врсте правних аката имају слична дејства. Штавише, било би неспојиво са са обавезујућом природом која је оснивачким уговором призната директивама да се у начелу искључи могућност њиховог непосредног деловања.

Остајући у оквирима истог уговора Суд се, затим, позвао на одредбе којима је овлашћен да на захтев националних судова даје мишљења о тумачењу и ваљаности не само регулатива и одлука, већ и директива, што показује да сви ови акти могу имати непосредно дејство. У супротном, ако национални суд не би био у прилици да непосредно примењује директиву, он би истовремено био лишен могућности да тражи мишљење од Суда правде о њеном тумачењу и ваљаности.

13 Случај 152/84, *M.H. Marshall v. Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, ECR, 1986, p.723.

14 Случај 9/70, *Grad*, ECR, 1970, p.825. У истом смислу Суд се изјаснио у случају 33/70, *SACE*, ECR, 1970, p.1213. Више о томе: Т.С. Hartley, *op.cit.*, стр.191-192.

Као трећи разлог који оправдава непосредно дејство директиве Суд је навео потребу за њеном делотворношћу, односно начело корисног дејства (фр. *l'effet utile*). Наиме, користан учинак директиве био би значајно ослабљен тамо где органи Заједнице путем директиве установе обавезу држава чланица да следе одређени смер понашања ако би појединци били спречени да се на њу позову пред националним судовима и ако би ови судови били спречени да је разматрају као саставни део комунитарног права¹⁵.

Како наведени аргументи нису убедили све националне судове у нужност признања непосредног деловања директива¹⁶, Суд правде је став о њиховом вертикалном дејству додатно образложио у случају *Ratti*¹⁷. Овај пут пред њим се нашло питање да ли може бити кривично гоњен појединац који је поступио по два директивама, али супротно националном праву у које оне нису уграђене пре и после истека рока прописаног за њихову имплементацију. У одговору на ово питање Суд се позвао на начело које је у англосаксонском праву познато под називом *estoppel*, док се у континенталним правним системима изражава кроз латинску максиму *nemo auditur propriam turpitudinem alegans*¹⁸. Сагласно том принципу држави чланици која није усвојила мере за имплементацију директиве не може се дозволити да се пред судом у поступку против појединаца позива на сопствени пропуст да изврши обавезу споровођења директиве. Тиме се држава спречава, као што је Суд истакао у неким каснијим случајевима¹⁹, да извуче корист из пропуштања обавеза које намеће директива, односно да на штету појединаца примени сопствено законодавство неусклађено са директивом.

С друге стране, Суд правде је искористио ову прилику да се изјасни о непосредном дејству директиве у светлу рокова прописаних за њену имплементацију. Његов је став да директива може производити непосредно дејство тек по истеку рока за њено уношење у унутрашње право. Након протекла времена за имплементацију држава чланица не може више примењивати своје унутрашње право које није прилагођено и усаглашено

15 Случај 41/74, ECR, 1974, p.1337.

16 Тако је француски Conseil d'Etat, као врховни управни суд у овој држави, упркос пресуди Суда правде у случају *Van Duyn*, одбио да призна непосредно дејство директивама. Видети: *Ministère de l'Intérieur c. Cohn-Bendit*, Conseil d'Etat (Assemblée), 22 dec. 1978, avec conclusions Genevois, Recueil de Traités de droit européen 157.

17 Случај 148/78, Criminal proceedings against Tullio Ratti, ECR, 1979, p.1629.

18 Више о томе видети: З.Мешкић, Д.Самарџић, *Право Европске уније I*, Сарајево 2012, стр.195.

19 Случај 152/84, Marshall, ECR, 1986, p.723, para.49.

са директивом против појединца који се понаша у складу са захтевима из директиве. Међутим, директиве за које нису донете мере имплементације немају непосредно дејство све док не протекне за то предвиђени рок. Пошто директиве по својој природи намећу само обавезе државама, није могуће дозволити појединцима да се позивају на начело легитимних очекивања пре истека рока предвиђених за њихово споровођење²⁰. Само изузетно, директиве могу производити дејство и пре истека рока за имплементацију јер су у овом периоду државе чланице дужне да се уздрже од предузимања оних аката који би могли да угрозе остваривање њених циљева (тзв. претходно дејство). Ова обавеза наметнута је не само законодавним и извршним органима, већ и националним судовима²¹.

Почевши од случаја Ratti Суд правде оправдање за непосредно дејство директиве редовно налази у обавези државе да спроведе директиву. При том, појам државе као субјекта који дугује имплементацију директиве Суд је схватао веома широко. Тај појам обухвата све организације или тела која су подвргнута државној власти или делују под контролом државе и имају посебна овлашћења шира од уобичајених која се примењују у односима између индивидуалних субјеката. Уз то, потребно је да они пружају јавне услуге и да овлашћење за то произилазе из правног акта који је донела држава²². Посебно се то односи на централне и географски или функционално децентрализоване органе власти и друга тела без обзира на њихову правни форму која су, према правном поредку државе, одговорна за обезбеђење јавних услуга, а налазе се под контролом државе²³. Тако се под појам државе могу, примера ради, подвести универзитети, школе или предузећа у којима држава има контролни пакет акција.

Услови за непосредно дејство директиве у основи су слични са условима који се траже да би било која норма права ЕУ произвела такво дејство. Кроз судску праксу искристалисао се данас важећи трочлани тест непосредног дејства које одредба директиве мора да задовољи. Поред већ поменутог захтева да је истекао рок за имплементацију директиве, стандардни услови за непосредно дејство су да конкретна одредба буде

20 За даљу анализу: T.C.Hartley, *op.cit.*, стр.194-195.

21 Случај C-129/96, *Inter-Environnement Wallonie ASBN v. Région wallonne*, ECR I, 1997, p.7411, para.45. Поред обавезе уздржавања, за време рока за имплементацију државе чланице морају донети све потребне мере да би обезбедиле да ће по истеку тог рока остварити циљ директиве, тј. да ће она бити правилно имплементирана у национално законодавство; *Ibid.*, para.44.

22 Случајеви 8/81 (*Becker*, ECR, 1982, p.53, para.49); C-221/88 (*Busseni*, ECR I, 1990, p.495, para.30); 103/88 (*Fratelli Costanzo v. Comune di Milano*, ECR, 1989, p.1839, para.31).

23 Случај C-188/89, *Foster v. British Gas plc.*, ECR I, 1990, p.3313, para.20.

довољно прецизна и безусловна²⁴. За довољну прецизност потребно је да се уобичајеним методама тумачења могу утврдити носиоци права и обавеза, као и њихов садржај. Одредба директиве је безусловна уколико извршење обавезе државе чланице на одређено чињење или уздржавање које из ње проистиче ни на који начин не зависи од става или дискреционог овлашћења државе или било ког независног тела. Изузетак постоји само у случају када је дискреционо овлашћење државе чланице или неког другог субјекта подвргнуто судској контроли²⁵.

III ОДСУСТВО ХОРИЗОНТАЛНОГ НЕПОСРЕДНОГ ДЕЈСТВА ДИРЕКТИВЕ

Будући да оправдање за непосредно дејство налази у обавези државе да спроведе директиву, Суд правде увео је битно ограничење права индивидуалних субјеката да се позивају на њене одредбе. Према том схватању, субјективна права појединаца не настају непосредно на основу директиве, већ су последице дужности држава да је имплементирају. У поступцима против државних органа или тела са јавним овлашћењима појединци се могу позвати на директиву, јер она према изричитој одредби оснивачких уговора намеће обавезе држави или државама којима је упућена. У хоризонталној ситуацији, када се поступак води против другог појединца, директива не може да произведе непосредно дејство. Разлог за то је што директиве не обавезују непосредно индивидуалне субјекте, па из њих не могу настати субјективна права за друге индивидуалне субјекте. Такво објашњење Суда правде имало је за последицу ускраћивање могућности да се појединац позива на одредбе директиве против другог појединца у поступку пред националним органима и судовима.

Одсуство хоризонталног непосредног дејства директиве било је предмет бројних контравези у доктрини и судској пракси. Један број писаца заговарао је идеју да се би непосредно дејство директива требало проширити и на хоризонталне односе²⁶. Поједини општи правобраниоци, такође, су предлагали да се напусти разликовање између непосредног деловања у вертикалном и хоризонталном смислу, те да се прихвати могућност да директиве појединцима намећу обавезе које имају непосредно дејство²⁷. Упркос оваквим настојањима, Суд правде остао је све до данашњих дана

24 Случај 8/81, Ursula Becker v. Finanzamt Munster-Innenstadt, ECR, 1982, p.53, para.25.

25 Више о томе: В.Кнежевић-Пређић, З.Радивојевић, *op.cit.*, стр.152.

26 За преглед доктринарних ставова: Т.С.Hartley, *op.cit.*, стр.198; Т.Ћапета, С.Родин, *op.cit.*, стр.73.

27 Видети став општег правобраниоца Jacobs-a у случају C-316/93, Vaneetveld v. Le Foyer, ECR I, 1995, p.

доследан у одбијању да директивама призна хоризонтално непосредно дејство.

Изричит став по том питању Суд је први пут изнео у случају *Marshall* када се Велика Британија умешала у поступак тврдећи да се на одредбе Директиве о имплементацији начела једнаког третмана мушкараца и жена коју је усвојио Савет појединац не може позвати против других појединаца пред националним судом. Прихватајући гледиште британске владе, Суд је изричито рекао да директива сама по себи не намеће обавезе индивидуалним субјектима и да се на одредбу директиве као такву не може позвати против таквог субјекта²⁸. Као разлог за такво становиште Суд је навео да према оснивачком уговору обавезујућа природа директиве, која представља основ за могућност позивања на директиву пред националним судом, постоји само у односу на сваку државу чланицу којој је упућена. Пошто директиве непосредно обавезују само државе из њих не могу настати обавезе нити права за појединце у хоризонталној ситуацији. Тачније речено, директивом се не могу непосредно наметнути обавезе индивидуалним субјектима, па стога појединци немају право да се позову на њене одредбе пред националним судом како би натерали другог појединца да ту обавезу изврши²⁹.

Опредељење Суда да не призна непосредно дејство директиве у хоризонталном смислу доста је критиковано у теорији. Пре свега њему се замерало да битно умањује ефикасност директива што је супротно генералном настојању Суда да осигура делотворност права ЕУ³⁰. Ограничавање непосредног дејства директива на вертикалне односе, такође, не доприноси кохерентности праксе Суда која би се повећала уколико би се признало хоризонтално непосредно дејство довољно прецизним и безусловним директивама. Посебну тежину имао је приговор да разликовање на релацији вертикално-хоризонтално дејство директиве доводи до непотребне дискриминације појединаца у истим ситуацијама унутар државе, али и до њихове дискриминације у различитим државама чланицама. Такво дискриминаторно дејство неимплементиране директиве производе у односу на индивидуалне субјекте који своја права могу да остваре у односу на државу или јавне власти, али не и према другим приватним субјектима³¹. Са становишта јединственог унутрашњег

28 Случај 152/84, ECR, 1986, 723, para.48.

29 Ibid., para.51.

30 Видети: Р.Етински, С.Ђајић, М.Станивуковић, Б.Бордаш, П.Ђундић, Б.Тубић, Основи права Европске уније, Нови Сад, 2010, стр.72.

31 Више о томе: Р.Е.Моррис, *The Direct Effect of Directives – Some Recent Developments in European Court*, Journal of Businnes Law, 1989, Vol. II, pp.318-320.

тржишта ЕУ још је неприхватљивије да се приватна предузећа у државама чланицама које су спровеле директиву могу наћи у неповољнијем положају од предузећа у државама које нису имплементирале директиву. Тако су у бољој ситуацији, кад је реч о конкуренцији, приватни субјекти из оних државе које не спороде обавезе претходно прихваћене на нивоу ЕУ³².

Наведене критике нису убедиле Суд да измени свој негативан став о могућности да директива произведе непосредно дејство у хоризонталном смислу. Одсуство таквог дејства директива потврђено је неколико његових каснијих одлука. Пресуда донета у случају *Faccini Dori* представљала је коначну потврду становишта да директиве немају хоризонтално непосредно дејство. У том случају Суд правде одбио је да призна непосредно дејство одредби Директиве о заштити потрошача која је дозвољавала отказ уговора закључених изван пословних просторија³³. Другачије речено, одлучио је да заштити субјективна права појединца коме би хоризонталним дејством директиве и без њеног уношења у национално право биле наметнуте обавезе.

Као оправдање за такву одлуку Суд правде навео је да би проширење непосредног дејства директива на односе између појединаца значило овластити Заједницу да непосредно намеће обавезе индивидуалним субјектима не само регулативом, како то прописује оснивачки уговор, већ и директивом иако она за то није надлежна³⁴. На овај начин би се нарушила суштинска разлика између наведена два типа правних аката утврђена оснивачким уговорима, а самим тим и расподела надлежности између Уније и држава чланица. У крајњој линији забрана хоризонталног непосредног дејства директива произилази из начела пренетих овлашћења и представља израз поштовања суверености држава чланица и начела супсидијарности³⁵.

Упоредо са непризнавањем хоризонталног непосредног дејства, Суд правде је установио још једно ограничење дејства директиве. У питању је забрана обрнутог вертикалног непосредног дејства директиве која важи за државу у случају када није извршила обавезу да спроведе директиву. Према схватању Суда, неимплементиране и неправилно имплементиране директиве не смеју имати за последицу стварање обавеза за појединце, нити они могу бити кривично гоњени на основу такве директиве. Појединци,

32 У овом смислу: Т.Ћапета, С.Родин, *op.cit.*, стр.73.

33 *Случај C-91/92, Paola Faccini Dori v. Recreb Srl, ECR I, 1994, p. 3325.*

34 *Ibid.*, para.24.

35 Т.Јосиповић, *Начела еуропског права у пресудама Еуропске заједнице*, Загреб, 2005, стр.228.

дакле, нису одговорни за пропуст државе да исправно угради директиву у своје унутрашње право. Из тих разлога држава се не може у своју корист позивати на одредбе директиве коју није унела у домаће законодавство у поступку пред судом против појединаца да би им наметнула неку обавезу³⁶.

IV ПАСАРЕЛЕ ИЗМЕЂУ ВЕРТИКАЛОГ И НЕПРИЗНАТОГ ХОРИЗОНТАЛНОГ НЕПОСРЕДНОГ ДЕЈСТВА ДИРЕКТИВЕ

Доследност у негирању хоризонталног непосредног дејства директиве добрим делом се може објаснити тиме што је Суд у међувремену развио неке алтернативне методе на основу којих индивидуални субјекти, ослањајући се на одредбе неимплементираних директива, могу пред националним судовима да остварују права која им она гарантује. Коришћење ових метода отворило је могућност да се споредним путем директивама призна одређено дејство у поступцима између приватних субјеката³⁷ и тиме премости јаз између признатог вертикалног и неприхваћеног хоризонталног непосредног дејства. Суд је овде посегао за својеврсним пасарелама које су му омогућиле да: а) националним органима наметне обавезу тумачења националног права у складу са директивом (тзв. посредно или интерпретативно дејство директиве); б) дозволи појединцима да се у приватноправним споровима позову на одредбе директиве ради одбијања примене супротних норми националног права (тзв. инцидентно или споредно дејство директиве); в) обавезе државе чланице да индивидуалним субјектима надокнади штету проузроковану пропуштањем да се директива имплементира (одговорност државе за накнаду штете).

Иако Суд правде није користио називе посредно или интерпретативно дејство³⁸, реч је о методу који има чврсто утемељење у судској пракси, а на основу кога је национални суд дужан да приликом тумачења националног права узме у обзир одредбе директиве и да нормама националног права, уколико је то могуће, прида значење којим се остварује циљ директиве. Ова техника тумачења односи се углавном на националне прописе којима је држава непотпуно, погрешно или неделотворно споровела директиву.

36 Случај 80/86, *Criminal Proceedings against Kolpinghuis Nijmegen BV*, ECR, 1987, p.3969.

37 Б.Кошутић, *Увод у Европско право*, Београд, 2006, стр.166.

38 Више о разлозима за коришћење ових назива: P.Craig, G. De Burca, *European Union Law – Text, Cases and Materials*, Oxford, 2008, p.288; Т.Папета, С.Родин, *op.cit.*, стр.75; Р.Вукадиновић, *op.cit.*, стр.153. Неки аутори (Н.Мисита, *Основи права Европске уније*, Сарајево, 2007, стр.398-399) се опредељују за назив индиректно хоризонтално дејство директиве.

Међутим, обавеза националних судова да национално право тумаче тако да се остваре циљеви постављени директивом протеже се и на све друге националне законе и прописе који не служе њеној имплементацији, па чак и на прописе који су усвојени пре и после доношења директиве.

Наметањем обавезе тумачења националног права у складу са циљевима директиве у поступцима између индивидуалних субјеката Суд правде је успео да заобилазним путем премости празнину створену забраном хоризонталног непосредног дејства директиве. Наиме, овако конструисана пасарела отворила је Суду могућност да се под изговором тумачења националног права у светлу слова и циља директиве постигне исти резултат као и када би она непосредно обавезивала појединце. У тој конструкцији обавеза за индивидуалне субјекте произилази непосредно из националног прописа, а не из директиве као такве, што не противречи чврсто утемељеном становишту Суда да директиве не могу непосредно стварати обавезе за појединце. У коначном исходу тумачење националног права у складу са директивом омогућило је да се појединцима посредно наметну обавезе.

Прву пресуду којом је признао могућност посредног дејства директиве Суд правде донео је у случају *Van Colson* и *Kamann* поводом директиве о забрани дискриминације у погледу пола коју је Немачка неправилно имплементирала у национално право. У својој одлуци Суд је рекао да је обавеза националних судова да тумаче национално право у светлу слова и циља директиве како би се остварио резултат који директива треба да произведе у складу са оснивачким уговором. Ова се обавеза, објаснио је Суд, односи на правне прописе донете ради спровођења директива у складу са захтевима које поставља комунитарно право, у мери у којој национално право даје судовима могућност слободне оцене³⁹.

Као главни разлог за наметање обавезе тумачења у складу са директивом, која иначе по слову комунитарног права није постојала за националне судове, наведено је начело лојалности и сарадње прокламовано у чл.4, став 3 (ранији чл.10) Уговора о ЕУ. Према овој одредби државе чланице морају да предузимају све потребне мере ради испуњења обавеза које произилазе из оснивачког уговора и делатности Уније. Оне су посебно дужне да помогну остварење задатака Уније, као и да се уздрже од оних мера које би могле угрозити остваривање циља уговора. По схватању Суда правде, клаузула лојалности односи се подједнако на све државне органе, па обавезује не само законодавну и извршну власт, већ и националне судове. Делујући

39 *Случај 14/83, Sabine von Colson and Elisabeth Kamman v. Land Nordrhein-Westfalen, ECR, 1984, p.1981.*

у оквиру својих надлежности судови су дужни да омогуће остваривање резултата предвиђеног директивом. Како у њихову надлежност спада тумачење и примена националног права, клаузула лојалности их обавезује да приликом тумачења националних норми узму у обзир текст и циљ директиве.

Могућност посредног дејства директиве Суд правде је значајно проширио у случају *Marleasing* који се тицао разлога ништавости уговора о оснивању привредног друштва. Конкретно, радило се о одредбама раније донетог домаћег прописа у овој области које нису биле у складу са каснијом директивом чије одредбе иначе нису имплементирани у држави чланици. Тим поводом Суд је објаснио да се обавеза усклађеног тумачења протеже и на националне прописе који су донети пре њеног ступања на снагу⁴⁰. Штавише, та обавеза је јача уколико држава чланица тврди да је постојеће национално право већ у складу са директивом⁴¹.

Практична последица оваквог резонавања Суда правде је да су у случају неимплементације или неправилне имплементације национални судови државе чланице дужни да целокупно национално право које је унутар подручја примене директиве тумаче у светлу њеног текста или циља. У том погледу није од значаја да ли је национални пропис донет пре или после директиве и да ли је усвојен само ради њеног спровођења. Национални суд у сваком случају мора настојати да национални пропис у највећој могућој мери тумачи у складу са директивом, укључујући и евентуалну промену дотадашње судске праксе. Притом судови имају могућност да *proprio motu* тумаче домаће прописе у складу са директивом не чекајући да странке у поступку поднесу такав захтев.

Прихватајући да директива може имати посредно дејство, Суд правде је истовремено поставио границе усклађеног тумачења националног права. У случају *Adeneler* Суд је обавезу тумачења у складу са директивом временски ограничио на период након истека рока за њену имплементацију⁴². Друго ограничење је могућност да кроз усклађено тумачење националног права настане или буде отежана кривична одговорности појединца. Тако у случају *Korringhuis Nijmegen* Суд није прихватио посредно дејство директиве уколико би из тога проистекла кривична одговорност и друга кривична обавеза за индивидуалне субјекте. Према образложењу које

40 Случај C-106/89, *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, ECR I, 1990, p.3969.

41 Случај C-334/92, *Teodoro Wagner Miret v Fondo de Garantia salarial*, ECR I, 1993, p.6911.

42 Случај C-212/04, *Adeneler and Others v. Ellinikos Organismos Galaktos*, ECR I, 2006, p.6057, para.115.

је том приликом дао Суд, обавеза усклађеног тумачења националног права директивом престаје у тренутку када би се тиме створила до тада непостојећа или отежала кривична одговорност појединца⁴³.

Осим овог ограничења, од националног суда се не може тражити да одредбе свог националног права тумачи *contra legem*. Обавеза тумачења у складу са директивом, дакле, не значи дужност тумачења противно националном праву. Међутим, као што је истакао Суд правде у случају *Pupino*, пре него што утврди да би одређено тумачење било *contra legem*, национални суд мора покушати да пронађе прихватљиво решење, имајући у виду целокупно национално право, а не само конкретну норму релевантну у датом спору⁴⁴. С друге стране, тумачење националних прописа у складу са директивом има своје границе у неким општим начелима права ЕУ. Оне су одређене начелима заштите правне сигурности и забране ретроактивности које је национални суд дужан да поштује приликом усклађеног тумачења националног права⁴⁵.

Постоји још један алтернативни метод који је Суду правде омогућио да ублажи негативне последице забране хоризонталног непосредног дејства директиве. У питању су неимплементирани директиве које немају за циљ да створе права за индивидуалне субјекте, већ се непосредно обрађају органима држава чланица обавезујући их на одређено понашање или уздржавање од деловања. Тако је случајевима *CIA Security*⁴⁶ и *Unilever*⁴⁷, који су се тицали Директиве о техничким стандардима, Суд дозволио појединцима да се позову на њене одредбе пред националним судом против другог појединца, али не ради заштите свог субјективног права које овде не постоји, већ да не би дошло до примене норме националног права неусклађене са том директивом. Као образложење за тај став наведено је да позивање на директиву ради искључења неусклађене националне норме не ствара нова права за појединце нити им намеће обавезе непосредно засноване на директиви. Отклањање примене националне правне норме у супротности са одредбама неимплементираних директива једино има за последицу стварање празнине која се попуњава другим домаћим прописима.

43 Случај C80/86, ECR, 1987, p.3969. Исти став Суд је заузео у случају C-168/95, *Criminal Proceedings against Luciano Arcaro*, ECR I, 1996, p.4705.

44 Случај C-105/03, *Criminal Proceedings against Maria Pupino*, ECR I, 2005, p.5285.

45 Спојени случајеви C-74/95 and C-129/95, *Criminal proceedings against X*, ECR, 1977, p.113, paras.22-24.

46 Случај C-194/94, *Cia Security International SA v. Signalson SA and Securitel SPRL*, ECR I, 1996, p.2201.

47 Случај C-443/98, *Uniliver Italia SpA v. Central Food SpA*, ECR I, 2000, p.7535,

Обавеза националних судова да одбију примену националних прописа који су супротни директиви у литератури се квалификује као њено споредно, инцидентно или колатерално дејство⁴⁸. У овој теоријској конструкцији могућност да појединци у спору са другим појединцима пред судом траже да национално право због супротности са неимплементираном директивом остане непримењиво представља само рефлекс или споредни учинак обавезе њеног спровођења која је наметнута државама чланицама⁴⁹. Уз то, директива коју држава није имплементирала може произвести инцидентно дејство у односима између индивидуалних субјекте, будући да посредно ствара обавезе или има штетне последице по права трећих лица уколико се други субјект позвао на њене одредбе у циљу непримене неусклађених националних прописа који му та права гарантују. Тако је Суд је у случају Wells нашао да то што ће трећа страна - индивидуални субјект - трпети негативне последице не може спречити приватног субјекта да се позове на одредбе директиве чију имплементацију држава није обезбедила⁵⁰.

Поред посредног и споредног дејства, Суд правде установио је одговорност државе за штету проузроковану због пропуста у спровођењу директиве. Она му је послужила као још један од начина да превазиђе слабости у систему заштите права индивидуалних субјеката настале због одсуства хоризонталног дејства директиве. Реч је о допунском методу који се користи да заштити субјективна права појединаца у случајевима када се тај циљ не може остварити другим посредним путем. Овај метод примењује се уколико се тумачењем националног права у складу са директивом не могу извести права појединаца која би им иначе била дата да је директивна исправно спроведена. У супротном, када се усклађеним тумачењем националног права појединцима могу дати иста права која би они имали у случају уградње директиве, нема ни одговорности државе, будући да штета није проузрокована. Одговорност државе искључена је и у случају споредног или инцидентног дејства, пошто директива која није спроведена не даје права појединцима, па овде не постоји основ за накнаду штете.

Како у оснивачким уговорима о одговорности државе за штету која настане због неспровођења директиве нема ни помена, дефинисање овог начела, као уосталом и његов настанак дело је судске праксе. Суд правде

48 P.Craig, G. De Burca, *op.cit.*, p.296; Р.Букадиновић, *op.cit.*, стр.153; Т.Ћапета, С. Родин, *op.cit.*, стр.81; G.Isaac, M.Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, 2012, pp.388-389.

49 M.Schweitzer, W.Hummer, W.Obwekser, *Europarecht - Das Recht der Europäischen Union*, Wien, 2007, S.79.

50 Случај C-201/02, Delena Wells v. Secretary of States for Transport, Local Government and Regions, ECR I, 2004, p.723. paras.56-57.

га је установио први пут деведесетих година прошлог века у сада већ добро познатом случају *Frankovich и Bonifaci*. У питању је била једна директива о заштити радника у случају инсолвентности послодавца коју је држава чланица пропустила да унесе у своје национално право. Проглашавајући принцип да је држава одговорна за накнаду штете коју су појединци претрпели због неспровођења директиве, Суд правде се у образложењу пресуде поново позвао на повећање делотворност права Заједнице, заштиту субјективних права индивидуалних субјеката, као и начело лојалности из оснивачког уговора⁵¹.

Према мишљењу Суда, немогућност добијања накнаде штете када су права појединаца угрожена кршењем комунитарног права од стране државе чланице ослабила би пуну делотворност одредаба комунитарног права и довела у питање заштиту њихових субјективних права признатих тим одредбама. Признавање права на добијање накнаде штете од државе чланице постаје још значајније када је пуно дејство комунитарних норми условљено предузимањем радње од стране државе, па се појединци не могу, у одсуству те радње, позивати на права која су им призната комунитарним правом. На основу тога Суд је закључио да је начело одговорности државе за штете проузроковане појединцима које јој се могу приписати, а које су настале кршењем комунитарног права, инхерентно систему Уговора⁵².

Заједно са овим разлозима, који су у основи политичке природе, Суд је у истом случају изнео правне аргументе у прилог постојања одговорности за штету државе која пропусти да спроведе директиву. Своје правно објашњење засновао је на клаузули лојалности која му је раније већ послужила да оправда посредно или интерпретативно дејство директиве. Обавеза државе чланице да надокнади штету, навео је Суд у образложењу пресуде, има свој основ у одредби Уговора⁵³ којом су државе чланице обавезне да предузму све опште и посебне мере потребне да би обезбедиле извршење својих обавеза по основу комунитарног права. Међу њима налази се и обавеза да уклоне противправне последице повреде комунитарног права.

Одговорност државе да надокнади штету не настаје само на основу тога што је појединцу проурокована штета која се може довести у везу са пропустом државе да спроведе директиву. Да би држава била одговорна морају се испунити одређени услови који су формулисани већ у случају *Frankovich*

51 Спојени случајеви C-6 and 9/90, *Andrea Frankovich and Danila Bonifaci and Others v. Italian Republic*, ECR I, 1991, p.5357.

52 *Ibid.*, paras.32-39.

53 Чл.5 Уговора о Европској економској заједници (сада чл.4, став 3 УЕУ).

и Bonifaci, а затим допуњени у спојеним случајевима Brasserie du Pêcheur и Factortame. Према првобитном схватању Суда, у случају неимплементације директиве потребно је да се стекну следећи услови: 1) циљ директиве мора бити да се појединцу додели субјективно право; 2) садржај права које је дато појединцу мора бити одредив на основу директиве; 3) мора постојати узрочна веза између пропуста државе да спроведе директиву и штете коју је претрпео појединац⁵⁴. Касније је овим условима за настанак одговорности придодат захтев да повреда комунитарног права коју је починила држава мора бити довољно озбиљна⁵⁵.

Први услов, према коме циљ прописан директивом укључује стварање права неког индивидуалног субјекта, претпоставља да је настанак штете последица тога што држава појединцу није дала субјективно право предвиђено директивом. У противном ако одредба директиве нема за сврху да се додели право приватном субјекту који тражи накнаду, овом лицу не би могла бити проузрокована штета повредом те одредбе⁵⁶. Услов да је садржина права индивидуалног субјекта одредива значи да се на основу директиве може утврдити о каквом се праву ради. Уколико, пак, из директиве није јасно у чему се састоји субјективно право појединца не постоји могућност да се утврди врста и обим штете, па самим тим нема ни одговорности државе. Трећи услов, који се односи на постојање непосредне узрочне везе између неспровођења директиве и штете проузроковане појединцу, искључује одговорност државе за штету која би настала и у случају када није дошло до њеног пропуста да изврши обавезу имплементације директиве⁵⁷.

Накнадно уведени захтев да је повреда довољно озбиљна зависи од нивоа дискреционих овлашћења која је држава имала приликом испуњења обавезе да спроведе директиву у свој унутршњи правни поредак. Сматра се да што је мањи степен дискреционих овлашћења то су већи изгледи да повреда коју држава учини буде озбиљна. Отуда неспровођење директиве увек представља довољно озбиљну повреду за настанак одговорности државе, јер држава нема слободу избора да ли ће је имплементирати по истеку прописаног рока.

54 Спојени случајеви C-6 and 9/90, Frankovich and Bonifaci, ECR I, 1991, p.5357, paras.40-41. Више о томе: P.Craig, G de Burca, op. cit., pp.257-260.

55 Спојени случајеви C-46/93 and C-48/93, Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland and The Queen v. Secretary for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others, ECR I, 1996, p.1029.

56 W.Frenz, Handbuch Europarecht: Wirkungen und Rechtsschutz, Neidelberg-Dordrecht-London-New York, 2010, S.342.

57 Видети: З.Мешкић, Д.Самарџић, op.cit., стр.210.

Међутим, када држава непотпуно или погрешно спроведе директиву довољна озбиљност повреде у зависности је од ширине слободе коју директива оставља националним органима приликом имплементације. Уколико су одредбе директиве толико прецизне да држави не остављају готово никакве могућности избора озбиљном повредом сматраће се било које кршење права ЕУ. Када, пак, директива препушта националним органима шира дискрециона овлашћења држава неће бити одговорна за довољно озбиљну повреду све док та овлашћења очигледно и у значајној мери није прекорачила⁵⁸.

Национални судови државе чланице која је учинила повреду надлежни су да одлучују о захтевима појединаца за накнаду штете. Право те државе меродавно је и за процесне и материјалне услове одговорности за штету. Притом услови за потраживање накнаде штете не смеју бити неповољнији од оних који се по националном праву примењују на сличне домаће захтеве. Осим тога, они не смеју бити формулисани тако да у пракси онемогућавају или значајно отежавају добијање накнаде⁵⁹.

Признањем начела одговорности држава чланица за накнаду штете проузроковану појединцима неспровођењем директива, као уосталом и прихватањем могућности да директива произведе посредно и споредно дејство у односима између индивидуалних субјеката, Суд правде учинио ову врсту правних аката много делотворнијим извором права ЕУ. На првом месту тиме је загарантована боља и ефикаснија заштита права индивидуалних субјеката која су им призната директивама у унутрашњим правним порецима држава чланица. У исто време то је био подстицај за државе да правилним и благовременим спровођењем директива поштују право ЕУ. И коначно, на овај начин попуњене су празнине⁶⁰ у случајевима када директива нема хоризонтално непосредно дејство.

58 Више о томе: Т.Бапета, С.Родин, *op.cit.*, стр.88-89.

59 Спојени случајеви C-6 and 9/90, *Frankovich and Bonifaci*, ECR I, 1991, p.5357, para.43.

60 А.Чавошки, *Правни и политички поредак Европске уније*, Београд, 2006, стр.140.

Prof. Zoran Radivojević, LL.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

The Direct Effect of Directives in the jurisprudence of the Court of Justice of the European Union

Summary

According to the founding treaties of the European Union, directives do not have direct effect for individual subjects but only for the Member States which they refer to. The rights and obligations of individuals derive directly from the national measures governing the implementation of directives. Directives should produce effect only through the national acts regulating its implementation; thus, in the regular course of events, they take effect upon the application of the national law which they have been incorporated in.

The problem occurs when a Member State, in violation of its obligation, either fails to implement a directive within the prescribed period or implements it incorrectly or incompletely. Faced with this problem, the Court of Justice of the EU was of the opinion that individuals can directly invoke the provisions of a directive before the national authorities, which are obliged to ensure the exercise of rights arising from these provisions. However, the Court accepted only the vertical direct effect of a directive which is only limited to actions against the State, without allowing individual agents to invoke its provisions in proceedings against another individual subject.

Although the Court has hitherto refused to recognize the horizontal direct effect of directives, it has also allowed for the possibility that this effect could be indirectly recognized in disputes between individuals, which would provide for bridging the gap between the recognized vertical effect and the unrecognized horizontal effect of directives. To that effect, the Court has resorted to constructing "passerelle clauses" which: a) allow the Court to oblige the national authorities to interpret domestic law in accordance with the directive (indirect or interpretative effect of directives); b) enable individuals in private law disputes to call upon provisions of a directive in order to eliminate the application of conflicting national provisions (incidental or subsidiary effect of directives); c) oblige Member States to compensate individuals for damage caused by the failure to implement the directive (the Member State's liability for damage due to non-implementation of the directive).

Key words: *directive, direct effect, Court of Justice, jurisprudence, vertical effect, horizontal effect, passerelle clause, interpretative effect, incidental effect, liability for damage.*

Проф. др Драган М. Стојановић, редовни професор UDK: 342.565.2(497.11)
Правни факултет Универзитета у Нишу

НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ ПРЕМА УСТАВУ ОД 2006. ГОДИНЕ

Апстракт: Уставом Републике Србије од 2006. године значајно је проширена надлежност Уставног суда. У раду су изложене све компетенције Уставног суда, како традиционалне тако и ново установљене. Како језгро надлежности уставног правосуђа у Републици Србији и даље чине нормативна контрола права, с једне, и одлучивање о уставним жалбама грађана, с друге стране, тежиште је управо на овим компетенцијама Уставног суда. Остале надлежности Уставног суда изложене су у далеко сажетијем обиму, у мери која одговара њиховом стварном значају. Аутор је указао и на праксу остваривања свих надлежности Уставног суда, тамо где она доиста постоји, константујући код појединих од њих, превентна и инцидентна контрола норми, на пример, да су још увек само „троријске“ надлежности.

Кључне речи: нормативна контрола права; апстрактна контрола, инцидентна контрола; превентивна контрола; уставна жалба; сукоб надлежности; изборни спор; забрана политичких партија; суђење председнику Републике; жалба судија и јавних тужилаца; жалба општина.

Уставом Републике Србије од 2006. године ванредно је проширена дотадашња надлежност Уставног суда. У поређењу са другим европским уставним судовима, после уставних судова Немачке и Аустрије, вероватно је да српски Уставни суд има најобимнију надлежност. Можда не би била далеко од истине ни тврдња да је уставотворац претерао у „оптерећевању“ Уставног суда, нагомилавши му и оне задатке које уставно правосуђе нужно не мора да обавља. Проширену надлежност, додуше, прати повећани састав Суда, али је упитно да ли је то довољна компензација за масивни круг послова које би Уставни суд требало да обавља.

Надлежност Уставног суда је утврђена Уставом, не само у матичном делу који је посвећен овој институцији, него и у нематичним деловима Устава.¹ Чини се да је ова листа надлежности затворена, тако да се не би могла проширивати законом. Сумњу у овај закључак побуђује уставна норма по којој „Уставни суд врши и друге послове одређене Уставом и законом“.² Ако би се ова норма тумачила тако да вршење других послова значи ширење надлежности Уставног суда законом, једино би се могло прихватити да то може бити само закон *sedes matiria*, што би значила само Закон о уставном суду.³ Међутим, ни овај закључак се не би могао прихватити без резерве, јер је сам Устав изричито одредио круг питања која се уређују овим законом, а то су уређење Уставног суда, поступак пред Уставним судом и правно дејство његових одлука. На основу изложеног, може се закључити да се надлежност Уставног суда утврђује и мења једино Уставом. Ако би се компетенције Уставног суда „случајно“ промениле законом, било проширивањем било сужавањем његове надлежности, не би постојале никакве уставне сметње да Уставни суд такав закон подвргне уставносудској контроли, и након тога његове одредбе стави ван снаге. Према томе, надлежност Ус-

1 Види: члан 44. став 3, члан 101. став 5, члан 118. став 3, члан 148. став 2, члан 155, члан 161. став. 4, члан 186, члан 18. и члан 193. Устава Републике Србије.

2 Члан 167. став 2. тачка 6. Устава Републике Србије. Додатну забуну изазива став 4. члана 167. у којем се наводи да „Уставни суд обавља и друге послове предвиђене Уставом“. Овде се, дакле, упућује једино на нематичне делове Устава, али не и на закон, како је то учињено у тачки 6. става 2.

3 Супротно овом ставу, Закон о удружењима грађана („Службени гласник РС“, бр. 51/09) експлицитно је у члану 2. став 2. и 4. утврдио надлежност Уставног суда да одлучује о забрани деловања *нерегистрованих удружења грађана*, што се може тумачити као својерсно ширење уставних надлежности Уставног суда. У поступцима поводом забране екстремних навијачких група (VIIУ – 270/2009) и нерегистроване политичке организације „Национални строј“ (VIIУ – 171/2008), коју је прогласио забрањеном **ex constitutione**, зато што је „тајно удружење“, Уставни суд ипак није покренуо поступак **ex offio** за оцену уставности Закона о удружењима, независно од тога што је Републички јавни тужилац предлог за забрану поменутих удружења засновао, **inter alia**, на спорним одредбама овог закона.

тавног суда је ексклузивна уставна материја, **materia constitutionis**, која је утврђена методом позитивне енумерације. За листу надлежности ове уставне институције важи принцип **numerus clausus**.

1. Нормативна контрола права

Нормативна контрола права је и надаље основна надлежност Уставног суда, али су њени модалитети, обим и мерила контроле значајно приширени. Поред класичне репресивне или накнадне контроле (контрола **a posteriori**), која се примењује након ступања на снагу нормативног акта, дакле, када су његове норме већ постале део важећег права, сада постоји и претходне или превентивна контрола (контрола **a priori**) уставности. Претходна контрола је применљива само у два случаја; прво, у односу на законе, који су изгласани, али нису проглашени, и друго, у односу на одлуке аутономне покрајине које нису ступиле на снагу.⁴

У оквиру нормативне контроле права оцењује се како уставност тако и законитост нормативних аката, али је мерилима контроле, Устав додао општеприхваћена правила међународног права и потврђене међународне уговоре. Накнадна нормативна контрола може да се остварује као апстрактна (непосредна), где је питање уставности главно и једино, и конкретна (инцидентна), у којој је питање уставности закона или другог нормативног акта прејудицијно (претходно) или акцесорно питање. У пракси Уставног суда ова два облика контроле уставности једва да се могу поредити. Док је апстрактна контрола стварно функционална и делотворна, дотле је инцидентна контрола заправо само теоријски могућа, и као таква је у уставној стварности практично илузорна. Није искључено, међутим, да инцидентна контрола добије већи значај у поступку одлучивања о уставним жалбама.

1.1. Апстрактна нормативна контрола

Као стандардна надлежност Уставног суда, апстрактна нормативна контрола предметно обухвата оцену уставности и законитости свих нормативних, тј. општих правних аката у правном поретку, како државних прописа тако и општих аката субјеката који се не сматрају делом државног организма. Једини услов је да су ти нормативни акти део важећег права, да припадају корпусу актуелног права.

Апстрактној контроли подлежу закони и други општи акти у односу на њихову сагласност не само са Уставом, него и са општеприхваћеним

⁴ Устав Републике Србије, члан 169 и члан 186.

правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима.⁵ Тиме је међународни уговор постао посебан основ, самостално мерило нормативне контроле. Устав, додуше, није експлицитно одредио место међународних уговора на пирамиди нормативних аката, али се ранг међународног уговора може утврдити из систематске везе уставне заповести по којој су међународни уговори (и општеприхваћена правила међународног права) саставни део правног поретка Републике Србије, које се као такво непосредно примењују, као и да међународни уговори морају бити у складу са Уставом, с једне, и корелације ове заповести са уставном нормом која изричито искључује могућност да закон буде супротан међународном уговору (и општеприхваћеним правилима међународног права), с друге стране. Из односа ових уставних норми произилази закључак да потврђени међународни уговори на хијерархијској лествици заузимају место изнад закона, али испод Устава. Мада је међународни уговор сада издвојен у посебан основ за испитивање нормативних аката, у пракси Уставног суда, нарочито као мерило контроле закона, најчешће се не примењује самостално. Уставносудско испитивање и утврђивање да постоји однос супротности између закона и међународног уговора, по правилу, иде заједно са оценом сагласности закона са Уставом.⁶

Предмет нормативне контроле начелно су сви нормативни акти, изузев оних који припадају формалном уставном праву, као највише рангираном праву. То значи да акти уставног ранга, на пример, уставни закони, уставни амандмани, уставни анекси и сл. не могу бити предмет материјалне уставносудске контроле, без обзира што су дело ревизионе, а не „праве „ уставотворне власти. Њихов формални ранг не разликује се од ранга изворних уставних норми, али се принципијелно не може искључити уставносудска оцена њихове формалне уставности, на пример, када би се материјална промена устава извршила законом, макар то био квалификовани закон. Према важећем правном ставу Уставног суда, законом, као актом мање правне снаге, не може се мењати Устав Републике Србије, нити њиме успостављати правни основ за промену Устава.⁷

Спорно је да ли уставни закон за спровођење Устава (спроведбени закон), који садржи прелазне или темпоралне одредбе за спровођење и поступно увођење у живот новодонетог устава, може бити у садржајном погледу предмет уставносудске контроле. У време важења Устава од 1990. године

5 Члан 167. став 1. тачка 1. Устава Републике Србије.

6 Редак супротан изузетак је одлука Уставног суда IУз – 314/2011 којом је Закон о здравственој заштити оцењиван само у погледу његове сагласности са Конвенцијом МОР-а број 121 о давањима за случај несреће на послу и професионалних болести.

7 Види одлуку Уставног суда Србије IУ број 168/03 („Сл. гласник РС“, број 34/04).

Уставни суд је заузео становиште да овај закон суштински има ранг формалног уставног права, да је „уставни“ закон тако да Уставни суд не може оцењивати његову материјалну уставност.⁸ Већи део уставноправне теорије, ослањајући се на садашњу процедуру доношења, карактер норми и циљ овог уставног закона, сада је на становишту да Уставни суд може и мора да оцењује уставност Уставног закона за спровођење устава.⁹ Уставни суд, међутим, досада још није променио свој раније заузети правни став.

Мада је Устав изричито уврстио међународни уговор у предмет уставносудске контроле, у теорији постоје недоумице о начину, времену и дOMETИМА њихове контроле. Имајући у виду сложену правну природу међународних уговора, њихово правно дејство на нормативне акте унутрашњег права, те одговорност за преузете обавезе државе у међународном правном поретку према опште прихваћеном правилу да се уговорне обавезе морају поштовати (**pacta sunt servanda**), али и последице касаторног дејства одлуке Уставног суда, кључно питање које се овде поставља јесте када Суд може да оцењује сагласност једног међународног уговора са Уставом, **ex post**, накнадно, или **a priori**, претходно. Није спорно да из стриктног језичког значења уставне норме која предвиђа оцену уставности *потврђених* међународних уговора произилази да се ова контрола врши **ex post**. Према мишљењу значајног дела доктрине, уставноправно је могуће да се, коришћењем процедуре претходног испитивања уставности закона из члана 169. Устава, овај облик претходне контроле протегне и на међународне уговоре, дакле, после потврђивања, али пре проглашења закона о потврђивању.¹⁰ Супротно овој конструкцији, према другом мишљењу, које не спори да би било целисходније и поузданије да је уставотворац предвидео претходну контролу као једини облик уставносудске контроле међународних уговора, заступа се став да, према садашњем стању уставне регулативе, овај облик контроле не само да уставноправно није могућ, него да би био и апсолутно нефункционалан. Претходна контрола би се, због кратких рокова у оквиру којих би требало да се оконча, са реалном могућношћу да се закон о потврђивању међународног уговора прогласи пре доношења одлуке Уставног суда, увек претварала у накнадну контролу. Чак и када

8 Види, на пример, решење Уставног суда Србије IУ -

9 Види, на пример: **Р. Марковић**, *Уставно право*, Приручник за полагање правосудног испита, Београд 2009, стр. 27; **В. Петров**, *op. cit.*, стр. 135 – 136; **Б. Ненадић**, *op. cit.*, стр. 13.

10 Види, на пример, **Б. Ненадић**, *Претходна контрола уставности закона – у светлу Устава Републике Србије од 2006. године*, Правна ријеч, бр. 14/2008., стр. 72. ид. **Б. Ненадић**, *О контроли уставности међународних уговора*, Правна ријеч, бр. 18/2009, стр. 91. ид.; **И. Пејић**, *Уставни суд и контрола уставности међународних уговора*, Правни живот, бр. 14/2008, стр. 752. ид.

би Суд прихватио претходну контролу међународних уговора, она би била потпуно неделотворна, практично готово неизводљива, јер је сам механизам превентивне контроле уставности закона према члану 169. Устава потпуни промашај.¹¹ У досадашњој пракси, међутим, Уставни суд је увек вршио накнадну контролу међународних уговора.¹²

У нормативној контроли остала је даље оцена законитости, мада је она пре изузетак него правило уставног правосуђа. Уставни суд оцењује сагласност других општих аката са законом. То су, пре свега, подзаконски прописи државних органа, општи акти територијалне аутономије и локалне самоуправе, као и општи акти организација којима су поверена јавна овлашћења. Апстрактна нормативна контрола се простире и на опште акте недржавних субјеката, политичких партија, синдиката, удружења грађана, као и на колективне уговоре.¹³

Апстрактној нормативној контроли контроли принципијелно подлеже важеће право, сви нормативни акти који су објављени, односно који су ступили на снагу на начин утврђен одговарајућим одредбама Устава.¹⁴ У интересу правичности, међутим, Устав дозвољава да се оцењује сагласност закона и других општих аката са Уставом, односно општих аката са законом и по престанку њиховог важења. Смисао овог решења је отклањање штетних последица које су настале применом неуставног или незаконитог акта. Да тиме не би био потпуно разорен принцип правне сигурности, услов је да уставносудски поступак буде покренут најкасније у року од шест месеци од престанка њиховог важења.¹⁵

11 Види критику првог становишта, као и уставноправну аргументацију у прилог накнадне контроле међународних уговора, код: **В. Петров**, *op. cit.*, стр. 141- 147.

12 Од новијих одлука види: решење Уставног суда Iум – 159/2008 – којим се не прихватају иницијативе за утврђивање неуставности одредаба Споразума који је Народна скупштина потврдила Законом о потврђивању Споразума између Владе Републике Србије и Владе Руске федерације о сарадњи у области нафтне и гасне привреде („Службени гласник РС – Међународни уговори“, број 83/08.); такође, решење Уставног суда Iум – 165/2008 – којим се не прихватају иницијативе за утврђивање неуставности члана 2. Закона о потврђивању Споразума о стабилизацији и придруживању између Европских заједница и њихових држава чланица, са једне стране, и Републике Србије, са друге стране („Службени гласник РС – Међународни уговори“ број 83/08).

13 Члан 167. став 1. тачка 5. Устава Републике Србије.

14 В. члан 196. Устава.

15 Члан 168. став 5. Устава Републике Србије.

1.2. Превентивна контрола уставности закона

Уставом је ненајављено уведена превентивна контрола уставности закона која се на први поглед може сматрати изненађујућим поклоном уставотворца парламентарној мањини. Механизам претходне контроле постављен је тако што се Уставном суду поставља задатак да у веома кратком року од седам дана оцени уставност закона, који је изгласан, а председничким указом још није проглашен, односно промулгован.¹⁶ Ово је једини случај у нормативној контроли да се Уставном суду намеће дужност одлучивања у одређеном, и то непримерено скраћеном року. Захтев у овом смислу може да поднесе најмање једна трећина народних посланика. Овај услов је за парламентарну мањину далеко тежи, него што је то случај са њеним овлашћењем на покретање накнадне контроле уставности закона. Ако закон буде проглашен пре доношења одлуке о уставности, Уставни суд ће наставити да поступа према захтеву, у складу са правилима редовног поступка, тј. поступка накнадне контроле уставности. Одлука донета у поступку претходне контроле ступа на снагу, тачније производи правно дејство, даном проглашења закона, ако је донета пре његовог проглашења. Најважнија последица претходне контроле закона је у томе што поступак за накнадну оцену уставности не може бити покренут против закона чија је усклађеност са Уставом утврђена пре његовог ступања на снагу.

Језичког значења наведених уставних норми даје места закључивању да је овде реч о факултативној претходној контроли коју може да иницира једино парламентарна мањина. Начин покретања ове контроле је неуобичајен, јер ни у једном поступку нормативне контроле, упоредно посматрано, парламентарна мањина никада није једини покретач неког уставносудског поступка.

Смисао претходне контроле је да се спречи проглашење закона, до доношења одлуке о његовој уставности. Устав Србије одбацује ову водећу идеју претходне контроле, дозвољавајући да закон буде проглашен и пре доношења одлуке о уставности, дакле, док још траје поступак пред Уставним судом. Логичније би било да се до доношења одлуке Уставног суда одложи проглашење закона. У ситуацији када се закон ипак прогласи, Уставни суд наставља да поступа по захтеву предлагача, „у складу са

¹⁶ Мада је члан 169. насловљен са „Оцена уставности закона пре његовог ступања на снагу“, ова оцена се врши пре проглашења закона. Разлика није безначајна, јер је између акта проглашења и чина ступања на снагу период „чекања закона“ (*vacatio legis*). У овом међупериоду је, наравно, искључена претходна контрола уставности закона који још није ни објављен ни проглашен. Види критички осврт на овај терминолошки пропуст уставотворца: **Б. Ненадић**, *Закон о Уставном суду*, предговор: *Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године*, Београд 2008, стр. 14.

редовним поступком“, што значи да ће се **a priori** контрола трансформисати у контролу **a posteriori**. Тада одлука Уставног суда може да има касаторно дејство. Још већој конфузији доприноси уставно решење по коме ће одлука Уставног суда о неуставности закона, донета пре његовог проглашења, ступити на снагу даном проглашења. Из овога следи један нелогичан закључак да ће одлука Уставног суда произвести правно дејство тек онда када председник Републике указом прогласи закон, при чему се не сме изгубити из вида да се актом проглашења закона на извештан начин потврђује, ако не материјална, онда бар у извесном смислу формална уставност закона. Уместо да се одлуци Уставног суда призна правно дејство којим се не само спречава проглашење закона, него се имплицитно налаже Народној скупштини да спорне одредбе усагласи са Уставом, дакле, дејство које је иманентно претходној контроли, дејство одлуке Уставног суда се одлаже, а председник Републике се ставља у необјашњиву ситуацију да мора да прогласи неуставни закон, да би се тај закон потом избацио из правног поретка. Ако је у питању закон о потврђивању међународног уговора, конфузија може бити још већа.¹⁷ Најзад, закон који је био предмет „провере“ у претходној контроли, постаје недодирљив, јер се више никада не може доводити у питање од субјеката који су овлашћени на покретање како апстрактне тако и инцидентне накнадне контроле, па ни из разлога који се нису имали у виду приликом претходне оцене уставности. Претходна контрола, дакле, обавезно искључује накнадну контролу, што би можда имало смисла једино ако би претходна контрола била примењена на међународне уговоре, односно законе о њиховом потврђивању, када би имала за циљ спречавање да се изврши обавезивање државе у међународном праву ратификацијом међународног уговора који није у складу са Уставом.

Претходна анализа намеће закључак да је уставотворац увео претходну контролу, али тако што је задржао дејство одлуке Уставног суда из накнадне контроле. Ова неуобичајена комбинација се, међутим, није показала као добро решење. Правна теорија нема ни мало поверења у овај облик нормативне контроле, оцењујући га као потпуни као уставни промашај.¹⁸ Начин покретања и вршења овог облика контроле, укључујући дејства одлуке Уставног суда, чине мало вероватном њену примену у уставној

17 Детаљније о могућностима и проблемима примене члана 169. Устава на контролу уставности међународних уговора: **В. Ђурић**, *op. cit.*, стр. 386 - 388.

18 Упор., на пример, **Р. Марковић**, *Уставни суд у Уставу Републике Србије од 2006. године*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 2/2007, стр. 32.; **В. Петров**, *op. cit.*, стр. 130/131.; **В. Ђурић**, *op. cit.*, стр. 386/387.

стварности. То потврђује и пракса Уставног суда, јер до сада пред њим није покренуто нити један поступак претходне контроле уставности закона.

Уставом од 2006. године установљен је још један облик претходне нормативне контроле. Ради се контроли уставности и законитости нормативних аката, односно одлука органа аутономне покрајине. Поступак у овом случају покреће Влада, пре ступања одлуке на снагу. У току поступка, пре доношења коначне одлуке, Уставни суд може да одложи ступање на снагу оспорене одлуке.¹⁹ Овај облик претходне контроле не може да се трансформише у накнадну, тако да је у складу са њеном основном идејом одлагања ступања на снагу нормативног акта, који је предмет контроле уставности и законитости. Ако се Уставни суд одлучи на доношење решења којим се одлаже ступање на снагу оспорене одлуке, дужан је да поступак оцењивања уставности и законитости хитно спроведе.²⁰ У пракси Уставног суда ни овај облик претходне контроле није примењиван.

1.3. Конкретна контрола уставности

Поред апстрактне контроле, накнадне или претходне, Уставни суд може да врши конкретну или инцидентну контролу уставности. За разлику од децентрализоване контроле уставности, где редовни судови, ради примене опште норме на конкретни случај, испитују њен однос према уставној, највише рангираној норми, као претходно питање, и у датом случају одбијају њену примену, у систему централизоване, тј. уставносудске контроле, уставни суд има апсолутни монопол у оцени уставности закона и других нормативних аката. Овај монопол искључује могућност да редовни, односно ординарни судови самостално, у инцидентном случају, одлучују о уставности закона. Уставносудска контрола, дакле, искључује инцидентну контролу ординарних судова који су обавезни да у случају сумње у уставности закона, који би требало да примене, застану са поступком и сачекају одлуку уставног суда. Зависно од одлуке уставног суда о уставности закона, конкретни спор ће касније решити у складу са том одлуком. У суштини, конкретна контрола овде значи да контролу уставности закона у поступку пред уставним судом захтевају судови, али не **in abstracto**, него у циљу решавања конкретног спора. У пракси уставних судова, овај облик контроле уставности закона, на пример, у Немачкој, претеже у односу на апстрактну оцену, која је далеко ређа.²¹

19 Члан 186. Устава Републике Србије.

20 Члан 67. став 4. Закона о Уставном суду.

21 Упор. **Ch. Pestalozza**, *Verfassungsprozessrecht*, 3. Aufl., München 1991, S. 121.

У Немачком систему је обавеза судова на покретање поступка за оцену уставности закона утврђена већ самим нормама Основним законом.²² Највишем правном акту Србије недостаје таква категорична уставна норма. Право и дужност судова да покрећу поступак пред Уставним судом једино се може извести из опште норме којом се признаје овлашћење свим државним органима, према томе и судовима, на покретање поступка за оцену уставности и законитости.

Закон о Уставном суду делимично је исправио пропуштање уставотворца да обликује конкретну контролу уставности. Ако се пред судом опште или посебне надлежности постави питање сагласности закона или другог општег акта са Уставом, општеприхваћеним правилима међународног права, потврђеним међународним уговором или законом, суд ће застати са поступком и покренути поступак за оцену уставности или законитости тог акта пред Уставним судом.²³ Наведеном уређивању инцидентне контроле могу се упутити најмање две замерке. Прво, нејасно је када настаје дужност суда да прекине поступак и захтева одлуку Уставног суда. Синтагма „ако... се постави питање сагласности закона или другог општег акта са Уставом...“ није ни довољна ни прецизна. Могло би се закључити да ова дужност настаје увек онда када једна странка у поступку изнесе тврдњу да је прејудицијелни нормативни акт неуставан, односно незаконит, што је, свакако, неприхватљиво. Смисао овог института је у томе да једино када суд дође да закључка да је питање уставности нормативног акта прејудицијелно питање, а при томе се код њега формирала снажна сумња или убеђење да је нормативни акт несагласан Уставу, тек онда ће се застати са поступком и иницирати уставносудска контрола. Друго, овим решењем неосновано је укинута право судова да самостално оцењују законитост нормативних аката, било по приговору учесника у поступку било по сопственој иницијативи (**exceptio illegalis**). Поред тога, да би се охрабрили судови на покретање уставносудског поступка, с једне, али и да не би била повређена права учесника поступка на суђење у разумном року, с друге стране, требало би овај поступак прогласити хитним, јер ако се на одлуку Уставног суда чека више од године дана, само би се још више одужили поступци пред редовним судовима.

2. Сукоби надлежности

Уставни суд може да решава како вертикалне тако и хоризонталне сукобе надлежности. Када је реч о сукобима надлежности носилаца власти различитог хијерархијског нивоа, централне државне и децентрализованих

22 Члан 100. I Основног закона.

23 Члан 63. Закона о Уставном суду.

власти (аутономија и локална самоуправа), то могу бити: прво, сукоби између републичких органа и покрајинских органа или органа јединица локалне самоуправе и друго, сукоби надлежности између покрајинских органа и органа јединица локалне самоуправе. Трећа врста јесте сукоб органа који припадају истом степену децентрализације. То је сукоб надлежности између органа различитих аутономних покрајина или различитих јединица локалне самоуправе.²⁴ Са овим надлежностима Уставни суд би требало да штити функционалну поделу овлашћења између Републике Србије и јединица политичко - територијалне и децентрализоване власти, аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, градова и општина. У пракси Уставног суда, међутим, није било примера решавања ових сукоба надлежности, који су по својој природи више спорови државе и територијалних колективитета него „прави“ сукоби надлежности.

Стварни сукоби надлежности настају између судова и других државних органа.²⁵ Овде су у питању хоризонтални сукоби надлежности, где Уставни суд решавањем конфликта чува уставом утврђену поделу и равнотежу власти, пре свега, независност судске власти, али и принцип правне државе, чији је значајан елемент законитост управе. Решавање компетенционих спорова обухвата како одлучивање о позитивним, тако и одлучивање о негативним сукобима надлежности. Када је реч о органима који потенцијално могу да буду у сукобу, једна од сукобљених страна је обавезно ординарни суд. Устав је, супротно упоредним решењима, искључио сукобе политичких државних органа, легислативе и егзекутиве, из надлежности Уставног суда, прихватајући становиште да су довољни постојећи правно-политички механизми успостављени одговарајућим уставним правилима и осталим изворима парламентарног права, којима се обликује парламентарни систем власти. У досадашњој пракси Уставни суд је најчешће решавао сукобе надлежности између судова, пре свега, прекршајних судова и Управе царина, као органа управе у саставу Министарства финансија.

3. Изборни спорови

Устав је задржао надлежност Уставног суда да одлучује о изборним споровима за које законом није одређена надлежност судова, независно од тога што се она у пракси уопште није потврдила.²⁶ Резервна надлежност

24 Члан 167. став 2. тачка 2, 3 и 4. Устава Републике Србије.

25 Члан 167. став 2. тачка 1. Устава Републике Србије.

26 Од доношења Устава од 1990. па до 2004. године Уставни суд се свега два пута огласио надлежним за решавање изборног спора, и то за локалне изборе. Упор. **Б. Ненадић**, *Изборни спорови у надлежности Уставног суда Србије*, Уставно питање у Србији (ур. **М. Петровић**), Ниш 2004, стр. 279.

или компетенција по остатку обично је у пракси веома редак изузетак, али тврдња да је Уставни суд избегавао да у овом случају успостави надлежност због политичке природе ових спорова ипак делује неуубедљиво.²⁷ Све надлежности Уставног суда имају мање више елементе политичког, посебно контрола уставности закона, тако да опаска **Г. Лајбхолца** да се ова институција налази „на пресеку права и политике“ у основи важи за сва поступања уставног суда, па и за решавање изборних спорова.

Изборни спор се најопштије може одредити као спор око стицања и престанка представничког мандата који је добијен од грађана путем непосредног гласања. Решавањем изборних спорова одлучује се о законитости или регуларности изборног поступка у целини за општа представничка тела. У овако широко одређени појам изборног спора, дакле, ради се о спору о кршењу или повреди изборних правила за конституисање и мењање састава представничких органа, укључена је и заштита изборних права грађана. Међутим, прави предмет конфликта је регуларност избора, док повреда изборног права може да буде само повод за судско испитивање избора. То значи да се изборни спор не може обавезно свести само на заштиту изборних права, независно од тога што се најчешће покреће тврдњом да је учињеним неправилностима у изборном поступку непосредно повређено изборно право грађана, номинованих кандидата за добијање представничког мандата или подносилаца изборних листи. Није искључено да може доћи до постојања озбиљног кршење правила изборног поступка, које се при томе експлицитно не манифестује као повреда конкретног субјективног права учесника изборног процеса. Другим речима, могуће су такве изборне нерегуларности којима се крше општа изборна правила, а којима су веома посредно, али и истовремено погођени сви учесници изборног процеса, јер могу утицати на коначни резултат избора, на пример, непрописни састав изборне комисије, бирачког одбора и сл. При томе, те неправилности морају бити таквог интензитета и значаја да мењају прописани изборни поступак било у целини било у једном његовом делу, чинећи изборну утакмицу нерегуларном, па сходно томе и изборни резултат у поступку испитивања регуларности избора мора у целини или делимично да буде подложен корекцији.

Квалитет изборног спора имају како спорови око стицања и престанка мандата чланова Народне скупштине, тако и спорови око избора других општих представничких тела, скупштине аутономне покрајине, града и општине, односно спорови у вези са стицањем и престанком мандата председника Републике.²⁸

27 Упор. **Б. Ненадић**, *op. cit.*, стр. 267.

28 Ни у нашем законодавству ни у правној теорији изборним спором експлицитно се не сматрају спорови у вези са избором органа професионалних представништава.

Решавањем изборних спорова врши се објективна контрола и заштита законитости изборног процеса. Та контрола мора да потврди не само да су општа представничка тела, конституисана након регуларне изборне утакмице, у свему формирана на уставом и законом предвиђени начин, него и да се ротација појединих чланова представничких тела врши на начин који је прописан Уставом и законом. Једино у том случају ће представништва грађана задобити и сачувати карактер формално легалних и легитимних репрезентативних органа. С друге стране, решавањем изборних спорова се у исто време штите конкретна субјективна изборна права грађана, односно право гласа на текућим изборима за општа представничка тела, као и право на добијање и задржавање представничког мандата.

Не може се прихватити мишљење којим се покушава ширење изборног спора и на такве спорове који су настали „због неправилности учињених у поступку избора и разрешења која на основу Устава врши Народна скупштина“,²⁹ са образложењем „да они не уживају заштиту пред редовним судовима“.³⁰ Спорови који настају избором органа извршне и судске власти не могу се сматрати изборним споровима, јер се не односе на избор представничких органа власти од стране грађана непосредно, односно нису везани за стицање и вршење представничких мандата. Природа мандата носилаца извршне и судске власти, осим мандата председника Републике, није једнака нити се може уподобљавати представничком мандату у чијој суштини је изражена идеја репрезентације.³¹ Тамо где нема представљања не може се говорити ни о заштити изборног права у поступку одлучивања о изборном спору, него о заштити других уставних права и слобода, на пример, права на учествовање у управљању јавним пословима или права на ступање у јавне службе и на јавне функције, под једнаким условима, или о испитивању законитости појединачних аката. Уосталом, Уставом је предвиђено да се само на одлуку донету у вези са потврђивањем мандата народних посланика може изјавити жалба Уставном суду, који

Супротно решење, под одређеним условима, постоји, на пример, у уставном праву Аустрије.

29 **Б. Ненадић**, *op. cit.*, стр. 227.

30 **М. Пајванчић/С. Бељански**, *Уставно право и правосудно организационо право*, Београд 2003, стр. 65.

31 У теорији ову дилему поставља, на пример, **Б. Ненадић**, али се чини да ни она спорове у вези са избором органа судске и извршне власти не сматра „правим“ изборним споровима, независно од тога што заступа став да је и овде неопходна одговарајућа правна заштита. Упор. **Б. Ненадић**, *op. cit.*, стр. 281-282.

по њој одлучује у року од 72 часа.³² У осталим случајевина радило би се о привидном или тобожњем изборном спору. С друге стране, када је реч о судијској и тужилачкој функцији, заштита од незаконитог престанка мандата ових носилаца јавних функција, остварује се у посебном поступку пред Уставним судом, као типично инстанцијоно одлучивање по жалби.³³ Мада, дакле, није изборни спор, спор у вези са избором носилаца јавних функција који врши Народна скупштина може се **pro futura** Уставом поверити на решавање Уставном суду.

4. Уставна жалба

Са одлучивањем о уставним жалбама, као новоуведеном компетенцијом, Уставни суд Србије се придружио већини европских уставних судова у пружању непосредне, директне заштите основних људских права и слобода грађана. Тиме што је на извешан начин постао последња инстанца, којој се појединац, без неких посебних формалности и трошкова, може обратити за заштиту уставом гарантованих права, Уставни суд је од институције која је решавала само „крупна“ уставноправна питања, постао својеврсни заштитник грађана или суд „обичних људи“. Предмет уставносудског испитивања, поред нормативних аката, постају и појединачни акти, па и фактичке службене радње. У овој надлежности Уставног суда уграђена је идеја да апсолутно сви акти јавне власти који могу да угрозе фундаменталне правне позиције појединца морају да буду проверавани са аспекта њиховог односа према основним правима човека. Уколико не прођу ову проверу, то значи да је према појединцу јавна власт деловала на противуставан, самовољан и арбитреран начин. Уставни суд је онда та институција правде која ће, без дискриминације, сваком појединцу који је жртва повреде или кршења основних права пружити правично задовољење, односно спречити даље повреде права или наложити предузимање мера за санирање штетних последица које су већ наступиле. С друге стране, када се посматра у објективном значењу које има за правни поредак у целини, крајњи резултат уставносудског поступања са уставним жалбама не значи само просто унапређивање система правне заштите уставом гарантованих права. Поред неспорног субјективног значења и важности за појединца, овим деловањем уставног судства принцип уставне и правне државе бива уздигнут на принципијелно виши ниво који се, потврђујући људска права сваког појединца за најважније правне заштићено добро, приближава идеалу правичне државе.

32 Члан 101. став 5. Устава Републике Србије.

33 Члан 148 став 2. и члан 161. став 4. Устава Републике Србије.

Уставна жалба се може изјавити против појединачних аката или радњи државних органа или организација којима су поверена јавна овлашћења, а којима се повређују или ускраћују људска или мањинска права права и слободе зајемчене Уставом, ако су исцрпљена или нису предвиђена друга правна средства за њихову заштиту.³⁴ Овлашћење на подношење уставне жалбе има свако лице које је адресат појединачног акта,³⁵ дакле, лице према коме је акт произвео или ће сасвим извесно произвести непосредно правно дејство, односно према коме је непосредно извршена или се извршава радња којом се повређују људска или мањинска права и слободе. Такво лице има несумњив лични, непосредни и садашњи правни интерес за побијање појединачног акта или радње и потребу за уставносудском заштитом. У име лица које сматра да су му повређена или ускраћена људска или мањинска права и слободе, на основу његовог писменог овлашћења, жалбу може изјавити друго физичко лице, односно државни или други орган надлежан за праћење и остваривање људских и мањинских права и слобода.³⁶ По посебном овлашћењу, уставну жалбу могу да поднесу, на пример, Заштитник грађана, општински омбудсман (Бранилац грађана), Повереник за информације од јавног значаја и Повереник за заштиту равноправности. Из ових правила о подношењу уставне жалбе произилази кључна разлика између популарне тужбе (**actio popularis**), која има за циљ заштиту јавног интереса, и уставне жалбе.

Уставна жалба је допунско и супсидијарно правно средство које се може изјавити само ако је исцрпљен или није предвиђен други правни пут за њихову заштиту. За повреду права на суђење у разумном року закон искључује захтев да правни пут мора бити исцрпљен.³⁷ У теорији се сматра да је на овај начин „извршена значајна законска модификација уставне жалбе“, да је законодавац проширио могућности за њено изјављивање, не само тако што је искључио принцип супсидијарности, него и тиме што је уопште предвидео могућност изјављивања уставне жалбе због повреде права на суђење у разумном року.³⁸

34 Члан 170. Устава Републике Србије.

35 Члан 83. став 1. Закона о Уставном суду.

36 Члан 83. став 2. Закона о Уставном суду.

37 Члан 82. став 2. Закона о Уставном суду.

38 Тако, на пример, **О. Вучић** сматра да није у складу са Уставом законска норма којом се уопште дозвољава уставна жалба због повреде права на суђење у разумном року. Задржавајући резерву према овом законском уређивању, **Р. Марковић** сматра неспорним да конституисање могућности да се уставна жалба изјави „преко реда“, представља њену „значајну законску модификацију уставне жалбе“. Како је уставна жалба уставни институт, тиме се „отвара питање уставности“ ове законске могућности. Упор. **Р. Марковић**, *Уставно право и политичке институције*, Београд 2008, стр.544.

Круг права заштићених уставном жалбом је веома широко одређен, тако да обухвата не само индивидуална него и колективна права, не само либерална и политичка, него и социјална права. Како се Уставом јемче, и као таква непосредно примењују људска и мањинска права зајемчена општеприхваћеним правилима међународног права (и законима),³⁹ могло би се закључити да се и права међународноправног порекла могу штитити уставном жалбом, јер су вишег ранга од права гарантованих законом.⁴⁰ Разрешавајући неке од дилеме у вези с тим, Уставни суд је заузео став да се уставном жалбом штите „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 уставноправни систем имплементирана потврђеним међународним уговорима“.⁴¹ Остаје, међутим, проблем што немају сва одређивања у уставном делу о људским и мањинским правима карактер „правих“ основних права појединца. Неке уставне одредбе задржавају чисто програмски карактер.

Уставном жалбом се могу побијати само појединачни акти и радње којима се у сувереној форми одлучује о уставним правима и слободама појединаца или, уколико то одговара природи права, и правних лица. То могу бити акти државних органа, законодавне, извршне и судске власти, акти аутономних покрајина и јединица локалне самоуправе, као и организација којима су поверена јавна овлашћења (агенција, дирекција, завода, јавних установа, јавних поредузећа и сл.). Под радњом се подразумева како чињење у службеном својству, претрес стана, на пример, тако и пропуштање, односно уздржавање од предузимања радње. Уставном жалбом не могу непосредно да се побијају закони и други нормативни акти, независно од њиховог дејства на индивидуалну правну позицију. Само ако постоји разумна сумња у уставност општег акта на основу кога је донет појединачни акт који се уставном жалбом оспорава, Уставни суд ће застати са поступком по уставној жалби и **ex officio** покренути поступак за оцену уставности тог општег акта.⁴²

Поступак по уставној жалби, укључујући модалитете одлука Суда и њихове правне последице, уређен је законом и Пословником о раду Уставног суда.⁴³

39 Члан 18. став 2. реч. 1. Устава Републике Србије.

40 О непосредној примени и рангу међународних уговора о људским правима види: **В. Ђурић**, *op. cit.*, стр. 371 - 380.

41 *Ставови Уставног суда* (пречишћени текст - прир. **Љ. Лазић/Ј. Живановић**), Београд 2010, стр. 45.

42 *Ставови Уставног суда.....*, стр. 54.

43 Члан 82 – 90. Закона о Уставном суду; члан 72 – 74. Пословника о раду Уставног суда.

За разлику од поступка нормативне контроле, где је могуће одржавање јавне расправе, у току поступка по уставној жалби искључена је јавна расправа. У претходном поступку који води судија појединац испитује се постојање процесних претпоставки за поступање Уставног суда по уставној жалби. Ако оне не буду испуњене, уставна жалба ће **a limine** бити одбачена. Уколико је уставна жалба допуштена и благовремена, односно уколико је прихватљива, Уставни суд одлучује о њеној основаности. Мериторна одлука се доноси у поступку већања, након разматрања предлога одлуке судије известиоца, уз који се прилаже писано мишљења надлежног одбора.

Одлуком се уставна жалба усваја или одбија као неоснована. У одлуци којом се уставна жалба усваја утврђује се да је повређено или ускраћено људско или мањинско право или слобода, поништава се оспорени појединачни акт, односно забрањује даље вршење радње или наређује вршење одређене радње, и одређује уклањање штетних последица у одређеном року. За подносиоца уставне жалбе, одлука којом се уставна жалба усваја је правни основ за подношење захтева за накнаду штете или отклањање других штетних последица пред надлежним органом.⁴⁴

5. Оптужба против председника Републике

Уставни суд учествује у поступку по оптужби против председника Републике, али тако што одлучује једино о томе да ли је службеним радњама председника Републике дошло до кршења Устава. Поступак за разрешење председника Републике може да покрене Народна скупштина, која касније може донети и одлуку о разрешењу, дотле је Уставни суд дужан да по покренутом поступку за разрешење, најкасније у року од 45 дана, одлучи о постојању повреде Устава.⁴⁵ У садашњој процедури утврђивања одговорности и разрешења председника Републике сада је укључен неутрални судски орган, али је задржана одлучујућа улога Народне скупштине, као политичког државног органа.

Надлежност Уставног суда у овом поступку ограничава се само на одлучивање о постојању повреде Устава. Уставни суд не одлучује о кривици, нити изриче санкцију, у случају да утврди постојање повреде Устава. Правну одговорност формално утврђује и политичку санкцију, разрешење од дужности, примењује политички орган, тј. Народна скупштина.

Устав не установљава други правни основ одговорности председника Републике, осим повреде Устава, нити повреду највишег правног акта

⁴⁴ Члан 89. Закона о Уставном суду.

⁴⁵ Члан 118. Устава Републике Србије.

учињену у обављању председничке функције ближе квалификује, било према врсти дела, на пример, велеиздаја, било у зависности од односа према делу или од саме тежине дела, на пример, намерна и тешка повреда Устава. Повредом устава се може означити једино повреда изричитих, садржајно довољно одређених уставних норми. Основ одговорност не може да се шири на повреду „духа“ устава, јер би био потпуно неодређен и несигуран, тако да би у резултату довео до конфузије између политичког и правног процењивања, посебно у једном таквом поступку који се сматра специјалним кривичним судовањем.⁴⁶

У поступку одлучивања о повреди Устава од стране председника Републике обавезно се се спроводи јавна расправа на коју се позивају председник Републике и председник Народне скупштине.⁴⁷ Одлука Уставног суда правно везује Народну скупштину, само утолико што без утврђене повреде Устава она не би могла да разреши председника Републике. У случају, пак, да Уставни суд утврди повреду Устава, није искључено да Народна скупштина ипак не приступи доношењу одлуке о разрешењу, чиме би поткопала не само ауторитет Уставног суда него и властиту легитимност.

6. Забрана политичке странке и удружења

Устав Србије од 1990. године установио је, као посебну надлежност Уставног суда, забрану рада политичке странке и друге политичке организације.⁴⁸ У пракси ова надлежност ипак није остварена, јер Уставни суд, независно од подношења неких предлога, није донео никакву одлуку о забрани неке политичке партије. Ако се ова скромна пракса има у виду, делује изненађујуће да је Устав од 2006. проширио ову надлежност Уставног суда и на удружења грађана, синдикалне организације и верске заједнице.⁴⁹ Закон о удружењима грађана од 2010. године отишао је још даље, прописујући да ће се одредбе о забрани удружења примењивати и на удружења која нису регистрована, као и на неформалне групе грађана (навијачке групе).

46 Чини се да је супротног мишљења **В. Петров** када, залажући се за прецизирање „повреде Устава“, као основа одговорности, наводи да „повреда Устава представља „широк појам, који обухвата не само изричиту повреду уставне одредбе, већ и повреду оног што се у уставној теорији обично назива „духом“ устава. Упор. **В. Петров**, *Нови Уставни суд Републике Србије*, Нова српска политичка мисао, 2/2008, Београд, стр. 77.

47 Члан 94. Закона о Уставном суду.

48 Члан 125. став 1. тачка 6. Устава Републике Србије од 1990. године. О овој надлежности Уставног суда Србије и упоредно, види: **Д. Стојановић**, *Уставносудска забрана политичких партија*, Правни живот, бр. 12/1996.

49 Члан 167. став 2, члан 44. став 2. Устава Републике Србије.

Необјашњиво ширење овог домена надлежности Уставног суда није наишло на одобравање правне теорије, која скоро без изузетка сматра да би било далеко боље да се уставотворац ограничи само на уставносудско испитивање деловања политичких партија, док би правна оцена деловања и забрана других удружења отишла у домен виших инстанци редовног судства. Наиме, деловање политичких странака, као институција уставног живота, не може се изједначавати са деловањем „обичних удружења“, од којих већина и нема политички карактер.

Противуставно деловање политичких партија које примењују или пропагирају насилна, борбена средства за освајање државне власти само по себи јесте озбиљна опасност која оправдава предузимање радикалних мера државе, као и одговарајуће укључивање Уставног суда у одбрани демократског и државноправног поретка. Мера забране деловања и распуштања политичке партије, уколико је чињенично оправдана, неопходна и сразмерна опасности коју би требало да отклони или предупреди, представља адекватан одговор, **ultima ratio** демократског поретка на покушаје за његовим насилним мењањем или укидањем. Такав степен друштвене опасности тешко може постојати код осталих удружења, не спорећи да и њихови циљеви или деловање могу бити у озбиљном сукобу са кривичним законом и уставним поретком уопште.

Поступак за забрану превасходно има за предмет конкретно деловање политичке странке, односно удружења и његових чланова, пре свега, функционера и активиста, у контексту стварних или тобожњих циљева странке или удружења. Делујући као специјални кривични суд, Уставни суд се, дакле, не зауставља на апстрактној сагласности општих аката политичке странке или удружења са највише рангираним правом, него утврђује релевантне чињенице које оправдавају или искључују закључак да политичка странка, односно удружење делује на начин који је супротан Уставу. Да би деловање политичке странке или удружења грађана било оцењено као „недопуштено“, односно подложно забрани, Устав захтева да буде усмерено на насилно рушење уставног поретка, кршење зајемчених људских или мањинских права или изазивање расне, националне или верске мржње.⁵⁰ По самом Уставу, **per constitutione**, забрањена су тајна и паравојна удружења. У последњем случају, Уставни суд само утврђује чињеницу да је удружење „тајно“, те да је његово деловање, на основу Устава, забрањено.⁵¹

50 Члан 5. став 3. и члан 55. став 4. Устава Републике Србије.

51 Види: Одлука Уставног суда VII У – 171/2008. која утврђује да је политичка организација „Национални строј“ тајно удружење чије је деловање забрањено.

Уставни разлози за забрану политичке странке (удружења грађана, синдикалне организације и верске заједнице) свакако су уопштени, али ипак и довољно прецизни, да би Уставни суд могао на правно квалитетан начин, без политизације и непотребног одуговлачења, да у конкретном случају одговори овој надлежности. За верске заједнице, међутим, Устав је нешто другачије предвидео разлоге за забрану деловања. Верска заједница може бити забрањена ако њено деловање угрожава право на живот, право на психичко и физичко здравље, права деце, право на лични и породични интегритет, право на имовину, јавну безбедност и јавни ред или ако изазива и подстиче верску, националну или расну нетрпељивост.⁵² У ствари, овде се не ради о увођењу других разлога, него је само конкретизован општи разлог забране – угрожавање или кршење људских и мањинских права. Спорно може бити једино угрожавање „јавне безбедности и јавног реда“, као основа забране, тим пре што му није додата никаква допунска квалификација, на пример, „теже“, „озбиљно“ и сл.

Постојање општих разлога Уставни суд мора да утврди чињеницама и доказима који потврђују противустванно деловање политичке странке или удружења грађана, односно изузетну друштвену опасност или интензитет деловања који је тог степена да доводи до угрожавања демократског поретка. То значи да деловање партије или удружења мора да буде планско, систематско, трајно, озбиљно, једноставно такво да се може поуздано закључити да има за циљ управо укидање демократског поретка или његово знатније оштећење, независно од тога за шта се партија или удружење у својим програмским документима декларативно залаже за демократски поредак. С друге стране, није довољно ни да партија, са свог идеолошких становишта, просто одбацује постојећи уставни поредак и залаже се за његово укидање, користећи се при томе легалним средствима политичке борбе. Њено деловање мора бити „превратничко“, што значи да се њиме примењује или пропагира насиље.

Сваки поступак у коме се утврђује одговорност за учињену противправну радњу и према учиниоцу изриче санкција, мора да буде контрадикторан. Поступак за забрану политичке партије или удружења грађана није изузетак од овог правила, тако да је у њему обавезно одржавање јавне расправе пред Уставним судом. Тако је након одржавања јавне расправе Уставни суд забранио деловање политичке организације „Образ“.

Када Уставни суд утврди постојање једног од уставних основа за забрану, рад странке, односно удружења се забрањује и наређује њихово брисање из одговарајућег регистра. Ова одлука Уставног суда производи правно дејство од дана достављања надлежном органу.⁵³

52 Члан 44. став 3. Устава Републике Србије.

53 Члан 81. Закона о Уставном суду.

7. Жалба судија и јавних тужилаца

Одлучивање о жалбама судија, јавних тужилаца и заменика јавних тужилаца којима се оспорава одлука о престанку судијске или тужилачке функције је нова надлежност Уставног суда Србије. Судији престаје судијска функција на његов захтев, наступањем законом прописаних услова или разрешењем из законом предвиђених разлога, као и ако не буде изабран на сталну функцију.⁵⁴ Одлуку о престанку судијске функције доноси Високи савет судства. Против ове одлуке судија има право жалбе Уставном суду, при чему изјављена жалба искључује право на подношење уставне жалбе.⁵⁵ На одлуку Народне скупштине о престанку функције јавног тужиоца, односно на одлуку Државног већа тужилаца о престанку функције заменика јавног тужиоца, може се изјавити жалба. У овом случају, такође, жалба искључује право на подношење уставне жалбе.⁵⁶

За разлику од уставне жалбе коју може да изјави свако физичко или правно лице, активно легитимисана лица на подношење жалбе могу бити једино судије, тужиоци и заменици јавних тужилаца. Жалбом се увек оспорава законитост престанка судијске или тужилачке функције. Док се уставном жалбом штите сва уставом гарантована права, људска и мањинска, дотле су једина уставом гарантована права која се судијском (тужилачком) жалбом могу штитити: право на стално вршење судијске (тужилачке) функције, право на правично суђење, право на правно средство и право на рад.

Када је реч о правној природи жалбе судија и тужилаца, занимљиво је у теорији становиште по коме, независно од свих разлика које постоје између њих и уставне жалбе, жалбе судија и тужилаца представљају „само посебан облик уставне жалбе, којима се само донекле одступа од овог правног средства у односу на предмет уставне жалбе, као и на услове под којима се уставна жалба може изјавити“.⁵⁷ Другим речима, жалба судија и тужиоца била би само једна варијанта уставне жалбе.

Тачно је да различити називи ових правних средстава које уставотворац користи нису од пресудног значаја за њихово оштро разликовање, па ни уставна заповест да изјављена жалба искључује уставну жалбу.⁵⁸ Не може се, међутим, олако прећи преко снаге аргумента да се „судијска“ жалба подноси непосредно на основу овлашћења из Устава, а уставна жалба

54 Члан 148. став 1. Устава Републике Србије.

55 Члан 148. став 2. Устава Републике Србије.

56 Члан 161. став 2 – 4. Устава Републике Србије.

57 Д. Симоновић, *op. cit.*, стр. 210.

58 *Ibidem.*

по исцрпљењу редовног правног пута заштите. Код жалбе се не ради о супсидијарном правном средству из простог разлога што је то редовно правно средство непосредно предвиђено Уставом. За оспоравање одлука Високог савета судства, укључујући одлуке о престанку судијске функције, као и одлука Народне скупштине, односно Државног већа тужилаштва о престанку функције јавног тужиоца, односно заменика, не постоји никакав други правни пут побијања, осим жалбе Уставном суду.⁵⁹ Изјављена жалба доводи до правог инстанционог одлучивања Уставног суда и испитивања законитости одлука Високог савета судства и Државног већа тужилаштва у свему, **in totum**, односно оцењивања законитости поступка, основа и разлога за престанак судијске (тужилачке) функције. У то испитивање је свакако укључена и оцена о повреди уставом гарантованих права, али је обим испитивања Уставног суда по жалби далеко шири, испитују се сви процесни и материјални недостаци ожалбене одлуке, јер се ради о типично апелационом, другостепеном одлучивању. Према томе, жалбом се, као у сваком другостепеном поступку, одлука може оспоравати како због погрешно и непотпуно утврђеног чињеничног стања, тако и због битне повреде поступка одлучивања и погрешне примене материјалног права. Другим речима, жалбом се може нападати одлука из свих разлога, док се уставном жалбом појединачни акт оспорава једино због повреде уставом гарантованог права. Из овога произилази да се жалбом принципијелно може добити потпунија правна заштита у случају престанка судијске или тужилачке функције, него што се тај обим заштите може достићи уставном жалбом.

Друга значајна разлика тиче се поступања уставног суда по једном или другом правном средству. Како у поступку одлучивања по жалби судија или тужилаца Уставни суд самостално утврђује чињеничну подлогу за одлучивање, овде начело контрадикторности поступка обавезно значи заказивање и одржавање јавне расправе.⁶⁰ У поступку по уставној жалби, међутим, јавна расправа се никада не одржава. О питањима поступка по жалби судија и тужилаца која нису уређена Законом о Уставном суду сходно се примењују одредбе одговарајућих процесних закона, пре свега, Закона о управним споровима. Да ће се овај поступак у свему одвијати другачије, потврђује се тиме што нигде не постоји законско упућивања на сходну примену његових одредби којима се уређује поступак по уставној жалби, као што је то експлицитно случај са жалбама органа аутономне покрајине, односно јединице локалне самоуправе.⁶¹ Иначе, одредбе по-

59 Види: члан 148. став 2, члан 155. и члан 161. став 2 – 4. Устава Републике Србије.

60 Члан 100. став 1. Закона о Уставном суду.

61 Члан 91. Закона о Уставном суду.

ступка по жалби судија и јавних тужилаца примењују се и на поступак по жалби против других одлука Високог савета судства. Како се законом прописују случајеви када се против одлука овог независног и самосталног органа правосудне власти може уложити жалба Уставном суду, произилази да се ова надлежност Уставног суда у ствари уређује или прецизира законом.⁶²

Надлежност Уставног суда да одлучује о жалбама судија и тужилаца на одлуку о престанку судијске или тужилачке функције, после контраверзног општег избора судија и тужилаца, који је спроведен у току 2009, постала је, искључиво због недостатака у његовом спровођењу, једна од најспорнијих функција Уставног суда. Већ по питању жалбене легитимације ова надлежност је довела Уставни суд у очигледан сукоб са Високим саветом судства и Државним већем тужилаца. Како је неизбор дотадашњих судија и тужилаца, за које је важила претпоставка изборности, повлачио за собом престанак функције **ex lege**, почев од 1. јануара 2010, Уставни суд се суочио са више стотина уставних жалби и жалби неизабраних судија и тужилаца. Супротно становишту Високог савета судства и Државног већа тужилаца, који су сматрали да неизабране судије и тужиоци немају право жалбе, него да се једино могу користити уставном жалбом, Уставни суд је већ у претходном поступку заузео став да судије и заменици јавних тужилаца, који нису изабрани на сталну функцију, имају право жалбе Уставном суду, утврђено одредбама члана 148, односно члана 161. Устава Републике Србије. Одлучујући о овим жалбама, након одржавања већег броја јавних расправа, Уставни суд је својим одлукама поништио све одлуке Високог савета судства и Државног већа тужилаца.

8. Заштита територијалне аутономије и локалне самоуправе

Посебна заштита територијалне аутономије и локалне самоуправе, као нова надлежност Уставног суда, остварује се како путем жалбе, ако се појединачним актом или радњом онемогућава вршење надлежности аутономне покрајине, односно општине,⁶³ тако и предлогом за оцену уставности и законитости, апстрактна нормативна контрола, ако се право на покрајинску аутономију, односно право на локалну самоуправу повређују општим, односно нормативним актом.⁶⁴

62 Члан 103. Закона о Уставном суду.

63 Члан 187. став 1, члан 193. став 1. Устава Републике Србије.

64 Члан 187. став 2, члан 193. став 2. Устава Републике Србије.

Жалба Уставном суду је посебан тип уставне жалбе који, према активној легитимацији, заштићеним правима, али и поступку одлучивања, опомиње на немачку комуналну уставну жалбу. За разлику од немачког модела којим се дозвољава поништај закона који вређа самоуправу општина и савеза општина, непосредна заштита аутономије и општинске самоуправе пред Уставним судом Србије може се захтевати једино против појединачних аката и радњи државних органа и јединица локалне самоуправе. Устав, додуше, експлицитно не помиње овде право на аутономију и право на локалну самоуправу, него говори о онемогућавању вршења надлежности аутономне покрајине, односно општине. Надлежност, међутим, правно потврђује и прецизира обим аутономије и самоуправе.

Жалбу подноси орган одређен статутом аутономне покрајине, односно општине или града, јер град има све надлежности које су Уставом поверене општини.⁶⁵ На поступање Уставног суда по овим жалбама сходно се примењују одредбе Закона о Уставном суду које се односе на поступак по уставној жалби.⁶⁶ Кад Уставни суд утврди да је појединачним актом или радњом онемогућено вршење надлежности аутономне покрајине, односно локалне самоуправе, поништиће тај акт, односно забраниће даље вршење или наредити вршење одређене радње и одредити да се уклоне штетне последице. Ово правно дејство одлука Уставног суда има од дана достављања учесницима у поступку. У пракси, међутим, Уставни суд још увек није одлучивао о овој надлежности, јер до сада није поднета ниједна жалба којом би се тражила заштиту права на аутономију или права на локалну самоуправу.

Поред непосредне заштите права на аутономију и локалну самоуправу путем жалбе, посредна заштита ових права може се тражити од Уставног суда у поступку нормативне контроле. Орган одређен статутом аутономне покрајине, односно општине може покренути поступак за оцену уставности или законитости закона или другог општег акта Републике Србије или општег акта јединице локалне самоуправе, односно аутономне покрајине, којим се повређује право на покрајинску аутономију, односно локалну самоуправу.⁶⁷ Ово право припада и органу града, као јединици локалне самоуправе.

65 Члан 189. став 3. Устава Републике Србије.

66 Члан 91. Закона о Уставном суду.

67 Члан 187. став 2, члан 193. став 2. Устава Републике Србије.

Закључак

Уставна надлежност Уставног суда обухвата како традиционалне тако и нове компетенције уставног судства. Неке од новијих надлежности нису непознате у упоредном уставном правосуђу, одлучивање о уставним жалбама, на пример, али су у извесној мери модификоване и прилагођене уставном систему Србије. Извесно је да ће језгро надлежности Уставног суда и надаље бити нормативна контрола права, апстрактна контрола уставности сигурно, конкретна и превентивна контрола уставности закона мало вероватно, али је потпуно јасно да ће у пракси доминирати одлучивање о уставним жалбама грађана, односно оцена уставности појединачних аката и њихов однос према уставом гарантованим правима појединаца. Тиме ће у први план, уместо односа према законодавцу, избијати однос уставног и ординарног правосуђа, пре свега, однос Уставног и Врховног касационог суда.

Prof. Dragan M. Stojanović, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

***The Jurisdiction of the Constitutional Court of Serbia
under the Serbian Constitution of 2006***

Summary

The 2006 Constitution of the Republic of Serbia significantly extended the jurisdiction of the Constitutional Court of Serbia. In this paper, the author provides a comprehensive overview of all the competences of the Constitutional Court, including both the traditional and the newly established authorities. Some of the newly established competences, such as the authority to decide on constitutional appeals, are not a new concept in the comparative constitutional justice but it has been modified and adapted to the Serbian constitutional system. Given the fact that the two core competences of the constitutional judiciary in the Republic of Serbia are the authority to perform the judicial review of normative/legal acts and the authority to decide on citizens' constitutional complaints, the author focuses on examining these two major competences of the Serbian Constitutional Court. The other competences are given a less extensive coverage, in line with their actual significance in the constitutional justice system. The author also reflects on the current practice in exercising all the Constitutional Court competences, pointing out that some of the authorities (such as: preventive and incidental normative control) are still largely regarded as theoretical concepts rather than part of the judicial practice.

The author concludes that the judicial review of normative acts and the abstract control of constitutionality are most likely to remain the core authorities, unlike the incidental and the preventive control of constitutionality. There is no doubt that the constitutional jurisprudence will predominantly include decisions on citizens' constitutional complaints on the constitutionality of individual acts and their constitutionally guaranteed rights. Thus, instead of focusing on relations between the constitutional judiciary and the legislature, the focal point of constitutional review will be the relations between the constitutional judiciary and ordinary judiciary, primarily between the Constitutional Court and the Supreme Court of Cassation.

Key words: *normative control; abstract control, incidental control, preventive control, citizens' constitutional complaint, conflict of jurisdiction, electoral dispute, banning political parties, presidential impeachment, appeals by judges and public prosecutors, appeals by municipalities.*

Проф. др Драган Николић, редовни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 340.15(47)"04/14"

Асс. др Александар Ђорђевић,
Правни факултет Универзитета у Нишу

ИСПРАВЕ (ГРАМОТЕ) КАО ИЗВОРИ ДРЕВНОРУСКОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА¹

Апстракт: Реч "грамота" у древноруском праву имала је више значења. У основи она се може превести као документ, исправа или писано саопштење. Међу многобројним историјским и правноисторијским изворима, треба разликовати две групе. То су приватноправне писане исправе и тзв. "берестјане грамоте". За разлику од законика, оне су директно или индиректно везане за конкретне правне послове. Први корпус докумената тиче се најразличитијих правних послова приватног права, међу којима доминирају писани уговори о купопродаји, размени и поклону непокретности. С друге стране, "берестјане грамоте" су углавном посредно сведочанство о постојању у пракси великог броја приватноправних послова. Међу њима има и оних уговора који нису били предвиђени зборницима права, већ су били утемељени у старом руском обичајном праву.

Кључне речи: грамота, исправа, приватно право, Русија, средњовековно право, извори права.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту "Усклађивање права Србије са правом Европске Уније" који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

У стручној литератури се дуго у прошлости, преко посредних историјских извора, само наслућивало да су у руском средњовековном правном систему постојале изграђене установе приватног права и да је тадашња древноруска правна техника била на високом нивоу. Археолошка истраживања у северозападним руским градовима, која су отпочела средином прошлог века и која трају и данас, потврдила су постојање многобројних облигационих уговора, као и за то време веома развијену правну технику. На територији Великог Новгорода, некада аутономног и самосталног државноправног простора, до сада је пронађено преко хиљаду докумената. Они су, због материјала на којем су писани (специјално импрегнирана брезова кора, која подсећа на пергамент) у науци добили назив берестјана грамота. "Берестјана", што значи "од брезе", а "грамота" због тада уобичајеног назива за различите правне акте, односно исправе. То су прворазредни историјски и правноисторијски споменици руског и словенског права, којима се осведочује поштовање и примена у пракси норми релевантних извора права на том простору, пре свега Руске правде и Псковске судне грамоте. Поред писама, судских пресуда, тужби, установа јавног права и многобројних сведочанстава о неуобичајено богатом друштвеном животу и животу обичних људи и појединаца, значајно место у берестјаним грамотама заузима и облигационо право. Текст ових прворазредних докумената објавила је у девет томова, у издању Руске Академије Наука, док је њихова правна анализа рађена само у мери у којој је новијој генерацији правних историчара то било неопходно приликом појединачних истраживања. Берестјане грамоте су, између осталог, и најбољи доказ широко распрострањене писмености у древноруском друштву.²

Од "берестјаних грамота", међутим, треба разликовати један велики корпус исправа или докумената који се у научној литератури обележавају сличним називом – "грамоте", или чешће "грамоте Новгорода и Пскова". Оне најчешће нису писане на брезиној кори (већ на пергаменту или хартији), текст који садрже дужи је од кратких текстова записа на брезиној кори, имају углавном тачно прописану структуру и по правилу представљају различите правне послове закључене у писаној форми.

2 Постоје докази да је "домонголска Русија", тј. Русија до 1237-1240. године била земља изузетно високе књижевне културе. У монголском погрому страдало је становништво, рушени су градови, али је, по неким подацима, уништено више од 130-140.000 докумената! Данашег времена дошло је мање од један посто укупног књижног богатства Кијевске Русије. В. А. Рогов, В. В. Рогов, *Древнерусская правовая терминология, в отношении к теории права, (очерки IX-XVII вв)*, Москва 2006, стр. 61.

“Грамоте Новгорода и Пскова” – објављене збирке новгородских и псковских приватноправних исправа³

На територији древних руских градова Новгорода и Пскова, пронађен је велики број докумената који садрже акте јавног и приватног права. За историју руског грађанског права посебно су занимљиви имовински правни послови. Као уговорне стране појављују се физичка и правна лица. У својству правних лица, најчешће се помињу манастири и цркве, као и шире породичне заједнице, па и трговачка и занатлијска удружења. По садржини, исправе (грамоте) су различите – највећи број њих односи се на купопродају непокретности (“*купчие грамоты*”), затим на тестаментално наслеђивање (“*духовние грамоты*”). Неке су само даровне повеље (“*данные грамоты*”). Постоји и један мањи број исправа које садрже уговоре о залогу (“*закладные грамоты*”), као и исправа које садрже уговоре о размени (“*менновны грамоты*”). До савременог доба дошао је велики број појединачних правних аката, докумената који се сматрају прворазредним правним изворима средњовековног руског грађанског права, посебно у северозападним руским градовима Новгороду и Пскову.

У књизи ГВНП⁴ објављено је више од 350 исправа, различитих докумената о унутрашњем уређењу Новгорода и Пскова, о њиховим међународним односима, односу ових градова са сопственим, кијевским и московским кнежевима. Највише је приватноправних исправа. Уговора облигационог права има више од двеста. Кроз текст ових уговора је могуће доћи до општих карактеристика, структуре и садржине новгородских и псковских облигационих уговора. Највећи број међу њима односи се на уговор о купопродаји непокретности. Следи један број уговора о размени и поклону. Само неколико исправа помиње закључење неких других уговора облигационог права – закуп земље и уговор о зајму. Новгородске и псковске акте приредила је и објавила група аутора под руководством С. Н. Валка још 1949. године, али је ова публикација је до данашњих дана остала

³ Назив је прилагођен српском језику. У оригиналу је “новгородские и псковские частные грамоты”. Због честе употребе речи “грамота” у древноруском језику и руском средњовековном праву, најприближније савременом језику била би реч “исправе”, “документи” или “акти”. У српском средњовековном праву постоје повеље, најчешће даровне, којима су манастири или властела од владара добијали земљишне поседе у својину или државину. Услед посебности руског феудалног друштва, уређења и права, ове грамоте у суштини такође представљају правне послове којима се преносила својина или државина. Стране уговорнице се разликују у односу на српско средњовековно право, будући да се владари ређе појављују као поклонодавци.

⁴ Скраћеница која је у литератури општеприхваћена за збирку пронађених и објављених докумената, *Грамоты Великого Новгорода и Пскова*, објављена 1949. године под редакцијом С. Н. Валка.

непревазиђена и незаобилазна за истраживаче древноруског словенског права. Акти или повеље су хронолошки поређани и обухватају период до 1478. године, тј. до 1510. године, односно до времена када су Новгород и Псков изгубили политичку самосталност.

Новгородски и псковски документи су овде распоређени у неколико целина. Услед особености руског феудалног друштва, уређења и права, ове исправе у суштини јесу правни послови којима се преносила својина или државина. Стране уговорнице се разликују у односу на српско средњовековно право, будући да се владари ретко појављују као поклонодавци.

Накнадно пронађени псковски документи, по својој садржини претежно уговори облигационог права, објављени су 1966. године у студији *"Новые псковские грамоты"*. Новопронађених 35 докумената са територије средњовековног Пскова анализирао је, приредио и публиковао Л. М. Марасинова. И међу њима има уговора о купопродаји непокретности, размене непокретности, тестамената, као и неколико аката јавноправне садржине.⁵

"Берестяные грамоты"

"Берестјане грамоте" (Записи на брезиној кори)⁶

Средином прошлог века једно велико археолошко откриће на северозападу руских простора у основи је изменило и обогатило сазнања о историји културе средњовековног руског друштва, а посебно сазнања о историји државе и права. Разлог томе је проналазак на територији Великог Новгорода првих натписа, забелешки, писама, па и правних аката на препарираној брезиној кори. Археолошка ископавања која су отпочела 1951. године трају и данас, а по свој прилици, трајаће још дуго. До сада је пронађено и прочитано више стотина "берестјаних грамота", а године 2011. ова колекција је обogaћена и јубиларном хиљадитом "берестјаном грамотом". По процени археолога, на простору читаве северозападне Русије може се очекивати да новим ископавањима светлост дана угледа и преко двадесет хиљада записа на брезиној кори.⁷

5 Л. М. Марасинова, *Новые псковские грамоты XIV-XV веков*, Москва 1966, стр. 35-43.

6 Израз је немогуће превести на српски језик. По речима Д. Николића, слободнији превод би гласио "запис на брезовој кори". Д. Николић, *Древноруско словенско право*, стр. 152.

7 Најстарија пронађена берестјана грамота потиче из XI века а најмлађа из XV века. Пронађене су у десетак руских градова. Убедљиво највећи број ископан је у Великом Новгороду. Следе Стараја Руса (36), Торжок (19), Смоленск (15), Псков (8), Твер (5) Звенигород (3) и по једна у Москви, Рјазани, Витебску и

Међу досад пронађеним записима на брезиној кори има текстова најразличитије садржине. Највећи број су писма, преписка између рођака, пријатеља, кумова или пословних сарадника. Из тих писама може се сазнати много тога о древноруској цивилизацији и култури уопште. Захваљујући огромном броју текстова које су углавном својеручно писали обични људи, изводи се закључак о веома високом степену писмености друштва којем су припадали. Још више задивљује чињеница да огроман број ових историјских споменика потиче из периода ране феудалне или феудално раздробљене руске државе – из раздобља од XI до XV века. Није уобичајено да у феудалним државама и друштвима тога доба постоји толико распрострањена писменост, као што је то био случај у древној Русији.

Чињеница да највећи проценат записа на брезии долази са руског северозапада, првенствено из најразвијенијих градова и средина, Новгорода и Пскова, у неку руку умањује првобитно усхићење степеном свеобухватног развоја старог руског друштва. У градовима северозападне Русије, ситуација је током читавог средњег века била битно другачија него на крајњем југу или истоку древноруских етничких и државноправних простора. Будући да су били незаобилазне тачке на значајном трговачком путу од Балтичког до Црног мора⁸, али и због високог нивоа развијености занатске производње, као и због близине западних градова и северноевропских мора, Новгород и Псков су се у оквирима државног и цивилизацијског простора старе Русије издвајали и предњачили у многим аспектима друштвеног живота. У древноруској држави уживали су посебан статус, сличан положају старих приморских српских и јужнословенских градова на Јадранском мору. Имали су посебно уређење, своје зборнике права, битно другачију структуру становништва и у одређеном периоду независност у односу на централну државну власт великих кијевских кнежева. Подлога за све то била је првенствено економска, јер се интереси

Мстиславу. В. Л. Янин, "Берстяные грамоты как исторический источник", <http://gramoty.ru/library/janin01.pdf>, стр. 15.

⁸ Трговачки пут који се у најстаријим историјским изворима називао "од Варјага до Грка". Ова формулација први пут је употребљена у Повест временных лет, тј. Повест минулих љета, Повест о древним временима или Први руски летопис, који је познатији као Несторов летопис, настао највероватније 1113-1115. године. *Историја Русије*, приредили Д. Оболенски и Р. Оти, Београд 2003, стр. 64. Варјази су древноруски назив за Нормане, житеље Скандинавије који су имали одређену улогу у стварању прве руске државе. Грци су Ромеји, тј. становници Источног Римског Царства, односно Византије. Трговачки пут водио је од Балтичког мора, преко реке Неве и Ладоског језера, реке Волхов, језера Иљмен, реке Ловате. После Ловате следио је сувоземни пут све до горњег тока Дњепра који се уливао у Црно море и водио до Константинополиса. Д. С. Лихачев, *Повест временных лет*, Санкт Петербург 1996, стр. 144-145, 386-388.

новгородске и псковске градске аристократије нису увек и у свему поклапали са жељама врховних владара Русије и бојара – њихове феудалне земљишне аристократије.

Захваљујући тој посебности северозапада древноруских простора, у писаним текстовима на брезиној кори могу се пронаћи најразличитији подаци о свакодневном животу. Има ту и обичних писама између родитеља и деце, пријатеља, супружника и вереника, текстова ћака и учитеља у школама, али и докумената који садрже различите правне установе. Непосредно или посредно, из берестјаних грамота сазнајемо доста и о древноруском праву, а посебно о приватноправним институтима. У разним текстовима могуће је пронаћи и доказе о примени у пракси правних норми из зборника старог руског права – Руске правде и Псковске судне грамоте, као и о многим установама грађанског права. Међу њима, најбројнији су уговори облигационог права – купопродаја, зајам, најам, остава, поклон и други. Записи на брезиној кори значајни су и због чињенице да у њима препознајемо приватноправне уговоре којих нема у нормама древноруског писаног права садржаног у поменутих законицима, али их је било у обичајном праву. Реч је првенствено о уговору о закупу, уговору о делу и уговору о ортаклуку.

Руска академија наука се од открића првих исправа записаних на брезиној кори, прихватила великог посла – да их приређује за штампу, преводи на савремени руски језик и тумачи. Берестјаним грамотама посвећена је једна специјална едиција Академије наука СССР, а затим је то наставила Руска академија наука - *Новгородские грамоты на бересте*. Од године 1952. до прве деценије овога века публиковано је једанаест томова.⁹ Најзначајније дело које је обухватило готово све пронађене берестјане грамоте потекло је из пера познатог руског лингвисте, академика А. А. Зализњака.¹⁰

9 Током деценија, мењали су се приређивачи и преводиоци текстова берестјаних грамота од Арциховског, Борковског, Тихомирова, Јањина, Зализњака и Гиппиуса. Издање *Новгородские грамоты на бересте* за сада је публиковано у периоду од 1952-2004. године, а најновије пронађене грамоте преведене су и објављене у оквиру едиције часописа *Вопросы языкознания* у седам томова у периоду од 2002. до 2009. године. Укупан број преведених и протумачених записа на брезиној кори који су били доступни на почетку овог истраживања био је 972.

10 А. А. Зализняк, *Древненовгородский диалект*, Москва 2004, (друго допуњено и прерађено издање). Прво издање ове важне публикације изашло је из штампе 1995. године. Друго издање обухватило је грамоте пронађене и преведене у периоду од 1995-2003. године, тако да је за сада најпотпуније у погледу текста, коментара, превода и литературе о овим важним изворима древноруског права. Монографија из 2004. године састоји се из два дела. У првом делу је детаљно обрађен древноруски језик, његов правопис, дијалекти и граматика, док је други део (стр. 227-868) посвећен тексту,

У стручној литератури недостају правне анализе текстова берестјаних грамота. Постоји извештај број таквих монографија, међу којима треба издвојити дела Л. В. Черепнина и В. Л. Јањина.¹¹ До данас није публикувано ниједно свеобухватно правноисторијско истраживање свих пронађених записа на брезиној кори.

Берестјане грамоте и приватноправне исправе руског приватног права у периоду XI-XV века представљају појединачне правне акте који одсликавају примену у пракси одредаба древноруских зборника права. Без ових драгоцених правноисторијских извора било би немогуће знати да ли су се правне норме Руске правде и Псковске судне грамоте заиста примењивале у свакодневном животу. Древноруско право познаје исправе о закљученој купопродаји непокретности, исправе о зајмовима веће вредности, исправе о закупу земље, исправе о размени и исправе о учињеним поклонима. Берестјане грамоте су различите садржине. Многе од њих су поуздано сведочанство о закљученим облигационим уговорима. Осим што потврђују примену одредаба поменутих законика, норме садржане у берестјаним грамотама и приватноправним исправама одсликавају и примену обичајног права или реципираног римско-византијског права.

Берестјане грамоте, будући да долазе из богатих и развијених градских центара, у својим текстовима носе и трговачки дух градског права, сведоче о развијеној занатској производњи и потврђују тезе о распрострањеној писмености међу градским становништвом. Исправе древноруског приватног права садрже и правила која нису предвиђена у другим правним зборницима. Највећи број пронађених исправа предвиђа купопродају непокретности која се и не помиње у Руској правди, док јој Псковска судна грамота посвећује само један члан. Исправе помињу закупнину која такође није предвиђена у правним зборницима, док се више о тридесет сачуваних докумената може назвати даровним повељама. Уговор о поклону, пак, поменут је у само једном члану Псковске судне грамоте.

преводу и коментарима безмало свих до сада пронађених грамота, уз објашњавајуће и тумачеће краће верзије речника древноруског језика. Због тога ће у даљем тексту рада "берестјане грамоте" са одређеном нумерацијом бити преузете управо из поменуте монографије А. А. Зализњака из 2004. године.

11 Л. В. Черепнин, *Новгородски берестяные грамоты как исторический источник*, Москва 1969. и В. Л. Янин, *Я послал тебе бересту...*, Москва 1975. Не треба изоставити и једно новије истраживање - В. В. Момотов, *Берестяные грамоты – источник познания русского права XI-XV вв*, Краснодар 1997.

Prof. Dragan Nikolić, LL.D.

Full Professor,

Aleksandar Đorđević, LL.D.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Gramoty (грамоты) as sources of Civil Law in Medieval Russia

Summary

The Russian term “gramota (грамота)” had multiple meanings in the archaic Russian law. Generally, it may be translated as “a document (charter), a letter (note) or an inscription. However, in the huge corpus of these historical and legal sources, there are two distinctive groups of “gramoty (грамоты)” which deserve special consideration: written private (civil) law documents and the so-called birch-bark inscriptions (“Берестяные грамоты”), written on the bark of a birch tree. Unlike the Russian medieval collections of laws, “gramoty” are directly or indirectly related to specific legal affairs. The first corpus of documents pertain to a wide range of diverse private legal transactions in archaic Russian civil law, largely including contracts on sale, barter or donation of real estate. On the other hand, “берестяные грамоты” (birch-bark inscriptions) are primarily indirect evidence of a huge number of private transactions in the medieval Russia. Many of these archaic documents included different types of contracts which were not envisaged in the Russian medieval collections of laws but were deeply rooted in the Russian customary law.

Key words: *gramota, document, private (civil) law, Russia, medieval law, sources of law.*

НАРОДЊАШТВО КАО ДРУШТВЕНО-ПОЛИТИЧКИ ПОКРЕТ

Апстракт: Народњаштво представља један од најутицајнијих идејно-политичких токова руске политичке културе. Теоријски, филозофски, социолошки и политички утемељен, али практично хетероген, овај покрет обележава другу половину руског XIX века. Кључна социјално-политичка идеја народњаштва своди се, тако, на стварање претпоставки за укидање разлика између сталежа, што би требало да води модерном типу правно-политичког поретка. Наслањујући се на идеју социјалне правде и релативне социјалне једнакости, они трагају за моделом друштва који би рефлектовао антикапиталистички поглед на свет. Ипак, јединство стратешке замисли, не значи и монолитност овог друштвено-политичког правца, који се како на теоријском, тако и на тактичко-акционом плану диференцира у три препознатљива тока са различитим, понекад оштро супротстављеним актерима. То су либерално-револуционарно, социјално-револуционарно и анархистичко народњаштво.

Све три варијанте теорије револуције које је он изродио, а које се ослањају на сељаштво као на основну социјалну снагу и носиоца, практиковане су у народњачком покрету седамдесетих година. Међутим ниједна од њих није значајније нарушила, нити зауставила процес буржоаске трансформације руског друштва. Идејни утицај народњаштва на руску друштвено-политичку мисао је велики. Поред револуционарно оријентисаних мисаоних токова, он укључује: руски идеализам, евроазијство, Н.Берђајева-посебно својим третирањем односа личности, општине, руског и западног пута развоја друштва.

Кључне речи: руска социјално-политичка мисао, народњаштво, теорије револуције, сељаштво, руски идеализам, евроазијство, Н. Берђајев.

Народњаштво представља незаобилазну карику руске социјално-политичке мисли. Оно је специфичан израз руске културе, који се као друштвени покрет друге половине, а посебно последње трећине XIX века, идеолошки формулише кроз низ филозофских, социолошких, политичких и економских концепција о „самобитности руског пута друштвеног развитка“, а која налази и свој научни, али и уметничко-литерарни израз у руском друштву.

Теоријски извори руског народњаштва као комплексног идејно-политичког покрета подразумевају утицај западно-европске филозофске и друштвено-политичке мисли, која се креће у широком луку од И. Канта и Г.В.Ф.Хегела, преко младохегеловаца, Л.Фојербаха, П.Ж.Прудона, све до О.Конта, Х.Спенсера, Џ.С.Мила. Ове идејне утицаје уоквиравају бројне социјалистичке теорије допуњене ласалијанством, позитивизмом и дарвинизмом.¹ Поред тога, опште је место утицај руске мисли оличене у декабристима, Бјелинском, словенофилима, а посебно А.И.Херценом и Н.Г.Чернишевском-које треба посматрати као истинске идејне претече, родоначелнике народњаштва.

Полазну основу целокупног деловања народњаштва чинила је, по схватању Н. Берђајева, „вера у народ као чувара истине“.² Уочавајући саму срж народњачког идеала, Н.Лоски исправно уочава да је он „код једних личности био садржан у самопожртвованом служењу народу, а код других, осим тога, у крајњој идеализацији народа и из те идеализације рођеној жељи да се од народа учи, да се усвоји ‘правда’ чији је он носилац“.³ Проналазећи у задружном карактеру руског народног живота виши тип социјалне истине, они се супротстављају западном индивидуализму и буржоаско-капиталистичком друштвеном устројству. Њихов стратешки циљ представљала је израда националног модела некапиталистичке еволуције, која би требало да адаптира руско традиционално друштво захтевима модернизације. Другим речима, они се залажу за трансформацију традиционалних колективистичких не-капиталистичких института попут општине или артеља, ка социјалистичким механизмима управљања усвајајући искуства западне модернизације.

С обзиром на чињеницу да је народњачка свест повезана са „расцепом, супротстављањем, одсуством јединства“ у руском друштву,⁴ њихов прин-

1 Михаил Маслин (ур.), Енциклопедија руске филозофије, Логос: Укронија, Београд, 2009, стр. 495

2 Николај Берђајев, Руска идеја, Бримо, Београд, 2001, стр. 95

3 Николај Лоски, Бог и светско зло, ZEPTEP, BOOK WORLD, Београд, 2001, стр. 151

4 Николај Берђајев, *op.cit.*, стр. 96

ципијелни практични интерес било је приближавање виших слојева друштва-интелигенције пре свега, народу са културом која не прати западно-европски модел.

Кључна социјално-политичка идеја народњаштва своди се, тако, на стварање претпоставки за укидање разлика између сталежа, што би требало да води модерном типу правно-политичког поретка. Наслањујући се на идеју социјалне правде и релативне социјалне једнакости, они трагају за моделом друштва који би рефлектовао антикапиталистички поглед на свет. Ипак, јединство стратешке замисли, не значи и монолитност овог друштвено-политичког правца, који се како на теоријском, тако и на тактичко-акционом плану диференцира у три препознатљива тока са различитим, понекад оштро супротстављеним актерима. То су либерално-револуционарно, социјално-револуционарно и анархистичко народњаштво.⁵ Представимо у наредним деловима рада теоријске поставке њихових најизразитијих фигура, друштвено-политичке формације у којима се јављају и одредити се према месту и улози народњаштва у руској политичкој култури на самом крају.

1. Либерално-револуционарно народњаштво

Либерално-револуционарни ток руског народњаштва, који се у совјетској литератури назива „пропагандистичким“⁶, представља, заправо, његов класичан израз и заузима умерени, централни положај између осталих типова овог покрета, сједињујући филозофски позитивизам са етичким и социјалним идеализмом.⁷ Његови водећи идеолози били су П.Л.Лавров и Н.К.Михајловски, који у својим радовима (П.Л.Лавров: „Историјска писма“ из 1868-1869. године и Н.К.Михајловски: „Шта је то прогрес?“, 1869), фундирају идеолошке темеље ове доктрине.

Њену полазну основу чине ставови Лаврова и Михајловског да целокупна наука мора да буде изграђена на „примату личности“.⁸ Интерпретацији личности, историје и прогреса као централним темама њиховог интересовања они прилазе из угла „субјективног метода“. Њену основу чини схватање човека као активног субјекта, делатног и слободног, који пројек-

5 Набројани правци, који се налазе у примарном фокусу научног истраживања, припадају нерелигиозном народњаштву. Треба напоменути да је могуће идентификовати и религиозну струју народњаштва која се ослања на словенофиле, а нарочито почвенике попут А.Григорјева и Н.Н.Страхова.

6 Михаил Маслин, *op.cit.*, стр. 496

7 Фредерик Коплстон, *Филозофија у Русији*, БИГЗ, Београд, 1992, стр. 140

8 Михаил Маслин, *op.cit.*, стр. 496

тује сопствене циљеве, моралне и друштвене идеале и свесно им тежи. У кантовском маниру Лавров наглашава да човек као личност слободно поставља себи циљеве, као и средства за њихово остваривање.⁹

Напуштајући приоритет природних наука карактеристичног за шездесете године руског XIX века, кроз „субјективни метод“ ови аутори потенцирају афирмацију личносног и морално-вредносног критеријума и у оцењивању историје.¹⁰ Специфичност друштвеног сазнања, уопште, треба по њиховом схватању, да лежи у изучавању друштвених појава као „конкретних личности које располажу одређеним представама о добру и злу, пожељном и непожељном“.¹¹ Ф.Коплстон сматра да Лавров „заправо мисли да свако ко озбиљно размишља о историји мора да види историјске догађаје или феномене као нешто што се приближава или удаљава од његових властитих вредности и идеала, па ће у складу с тим догађаји бити бољи или гори“.¹² Тако, кроз приоритет вредности над чињеницом, у том смислу, друштвене науке задобијају карактер аксиолошких.¹³ У овом аксиолошком средишту налази се идеал социјалне правде, а учење Михајловског о „правди-истини“ и „правди-праведности“ на синтетички начин се у његовој интерпретацији претвара из уникатне руске вредности у универзално научно-вредносно поимање света.¹⁴

Наведени ставови рефлектују се и на њихову, веома утицајну, теорију друштвеног прогреса. Лавров налази да теорија прогреса у историји има сличан задатак као теорија еволуције у природи. Она треба све појаве у историји да прикаже у њиховој узастопној генетичкој вези. Али, поред утврђивања развојности закон еволуције установљава да у одређеним случајевима долази до одступања услед деловања неких других непознатих разлога или случајних узрока. Те могућности одступања усложњавају процес развитка и захтевају посебно објашњење.

Аналогно овим збивањима у природи, Лавров види теоријску могућност да посебни народи или државе, услед специфичности свога положаја, могу да мимоиђу фазе „нормалног друштвеног развоја“. Конкретно, мислио је да Русија при одређеним условима, а они по њему и осталим

9 Фредерик Коплстон, *op.cit.*, стр. 145-146

10 Михаил Маслин, *op.cit.*, стр.495

11 *Ibidem*, стр. 496

12 Фредерик Коплстон, *op.cit.*, стр. 149. Коплстон појашњава да то што Лавров тврди да су вредности субјективне, не значи да су за њега вредносни судови произвољни, и да их не може аргументативно подупирати.*Ibidem*, стр. 149-150

13 Михаил Маслин, *op.cit.*, стр. 496

14 *Ibidem*

народњацима постоје, може да мимоиђе стадијум капиталистичког развоја и да из облика феудализма директно пређе у социјалистички друштвени облик. Сви теоријски и практични напори народњачког покрета били су подређени том циљу-спасити Русију од поразног искуства капиталистичке експлоатације у западним земљама. Зато је требало формирати свест људи који ће тражити нове путеве, а пре свега свест младих људи и то полазећи од уверења да је личност као пијединац садржај и основна полуга историјског кретања.

Личност мора да своју моралност делатно афирмише у заједници или још конкретније-политичкој групацији. Теоријски основ народњаштва, мора по Лаврову, свој смисао да пронађе у друштвеној акцији измене постојећег система у смеру идеала социјалне правде. Тако „теорија напретка“ мора да се слије са праксом, која је усмерена на акцију.¹⁵ Та се акција осмишљава у његовој визури као „враћање дуга народу“. То значи да интелигенција своје ослобађање од физичког рада дугује народу и зато тај дуг треба да врати-и то кроз његово просвећивање и обучавање, пропагирањем идеала социјалне једнакости и припремањем за револуцију.

У „критички мислећим личностима“, усмереним на делатно-практичну сферу и акцију, видео је мотор друштвених промена. Оне су главни актери прогреса, покретачи историјског развоја, субјект историје. Социјално детерминисане различитости међу њима, чине да оне не представљају неку хомогену структуру. Једни, незадовољни стањем у друштву само говоре о прогресу налазећи за себе алиби у томе што је „средина непријатељска према прогресу“, ништа не чине за његово остваривање. Други, пак, јесу они многобројни „неприметни хероји човечанства“ који одржавају у друштву традицију моралног интегритета човека, негују идеју о бољој будућности, али притиснути материјалном бедом, представљају само могућност прогреса, а не и сам прогрес. Они су резервна армија на коју се креатори прогреса могу ослонити у реализацији свог социјалног програма. Само трећа категорија људи, они који су ослобођени бриге о материјалним условима живота и лично су храбри и одани својим идеалима, могу посветити живот стварању нових моралних вредности.

У овој визури, револуције су периодичне појаве које наступају са нужношћу природних закона, оне су органски продукт друштвених супротности. То значи да се не могу вештачки провоцирати у било које време и при било каквом стању класне поларизације у друштву. Зато је потребно да се просвећивањем и пропагандом прогресивних идеала у народу постигне да у тренутку избијања револуције она буде искоришћена у интересу

15 Фредерик Коплстон, *op.cit.*, стр. 153

експлоатисаних маса које неминовно учествују у њој. Идеју да револуцију треба пажљиво припремити на основу научно постављених идеала који су пре свега моралне и културне вредности и који се постепено путем упорне пропаганде усвајају од већине, изворно припада Лаврову.¹⁶

Поглед Лаврова на државу је, пак, специфичан, јер, иако је реформаторске идеје заменио револуционарним, он никада није био за „одумирање државе“, њено укидање, већ је посматрао као кључни инструмент за остваривање друштвених циљева. У том смислу, марксизам није за либерално-револуционарно народњаштво играло пресудну улогу.

2. Социјално-револуционарно народњаштво

У совјетској литератури се, овај тип народњаштва чији је предводник П.Н.Ткачев, назива „завереничким“. У филозофском смислу он полази од материјалистичке оријентације, која се, произлазећи из нихилизма шездесетих година и његовог негативног односа према метафизичко-религиозној филозофији, критички односи, на социјално-филозофском плану према вредносном приступу Лаврова, али и анархистичким концепцијама.¹⁷

Овакав приступ се нарочито читава на његовој критици теорије прогреса Лаврова и Михајловског, преко које он излаже своју, иначе несистематизовану концепцију истог. Ткачев покушава да разоткрије материјалне основе саме представе о прогресу. Сматра да су Лавров и Михајловски прибегли непотребној идеализацији фактора сазнања у развоју друштва као одлучујућег фактора за тај развој. Он примећује да по њима, без „критичке интелигенције“ не би било ни „великих идеја“, а са овима ни „друштвеног прогреса“. По њему ствари стоје другачије, у смислу да је неопходно пре свега истражити сам развој идеја, њихову условљеност интересима класа из којих потичу слојеви интелигенције, као и могући утицај народа на смер развоја саме интелигенције. Стога је за њега појам прогреса одређен независно од економских услова друштва само „метафизички производ теолошког погледа на свет“.¹⁸ За Ткачева је прогрес друштва развој у правцу пуне једнакости људи, а она не може бити последица промене у свести људи, већ у њиховој стварној друштвеној позицији. Истински социјални прогрес је немогућ без повећања продуктивности рада и без развоја.

16 Управо због ових обележја се ова струја народњаштва означава и као етичка или просветитељско-утопијска.

17 Михаил Маслин, *op.cit.*, стр. 497

18 П.А.Кропоткин, *Современная наука и анархия*, Москва, 1920, стр. 44.

У народу је видео стваралачки принцип за све што је вредно створено у друштву. Он заступа идеју да само народ може бити истинска прогресивна снага у историји. Он допушта да и критика и сазнање могу играти извесну улогу у томе, али само када су праћени страстима изазваним суштинским интересима народа. И то, пре свега, оним интересима, који ничу и развијају се на бази економских односа. Одвојени од тих страсти, критика и знања, ван датих економских услова, остају само апстрактне формуле. По његовом разумевању, промена економских интереса људи најдубљи је узрок прогресивном развоју друштва, тако да знања која кореспондирају тим променама имају изгледа да се остваре у друштву, да постану делатна знања која доприносе прогресу.

У погледу на револуцију, овај тип мишљења, који се означава и као јакобинско-бланкистички, види изразито субјективан чин свесне мањине. Револуционарни активизам се у Ткачевљевој интерпретацији претвара тако у заверенички волунтаризам. По њему, револуција не сазрева, није плод развоја класних супротности. Она се прави освајањем власти од стране мањине одлучних завереника. Народ је, у овој концепцији, револуционарима потребан тек пошто ови освоје државну власт и то у циљу учвршћивања револуционарних достигнућа. Дакле, залажући се за то да револуцију треба подићи одмах и без оклевања, Ткачев сматра да је њен кључни субјект револуционарна мањина, која након њене изведбе треба да инструментализује државни апарат ради сузбијања класних отпора. Проблематизујући револуцију, он чини принципијелну разлику између политичке и социјалне револуције. Под политичком револуцијом подразумевао је освајање власти, а под социјалном, остварење крајњих циљева револуционарног покрета, односно остварење друштва равноправности, братства и једнакости онако како их он интерпретира. З разлику од Лаврова који сматра да су политичка и социјална револуција јединствен процес у коме одлучујућу улогу играју масе свесне својих потреба и циљева, Такчев сматра да је политичка револуција *condition sine qua non* социјалне револуције. Према томе, када говори о револуцији, Ткачев мисли на укупност поступака, метода, облика организовања и деловања у циљу освајања власти.

Треба нагласити да је у конципирању стратегије и тактике освајања власти полазио од неких општих социолошких поставки о развоју друштва и од оцена о природи и карактеру руског самодржавља, које су делили готово сви идеолози руског народњаштва. Он закључује да су револуције исто толико законит облик развоја друштва, као и развој друштва путем мирних, еволутивних промена. Основе за промену руског друштва у социјалистичком смеру видео је у колективним облицима власништва

и солидарности који су још постајали на руском селу. Ипак, одбацивао је идеју да је руска општина онаква каква је, већ сазрео друштвени облик, али је веровао да се она може релативно брзо и лако прилагодити захтевима социјалистичке организације друштва.

3. Анархистичко народњаштво

Водеће фигуре руског анархистичког народњаштва били су М.А.Бакуњин и П.А.Кропоткин. Овај ток мисли се супротставља социјално-револуционарној тактици и одбацује политичко посредовање у револуционарном деловању, посебно идеју о задржавању јавне власти после успешно спроведене револуције. По схватању Бакуњина, никакав идеал не може се од стране интелигенције споља наметнути народу, уколико он већ не постоји дубоко усађен у историјском искуству самог народа. Зато, задатак револуционара није да проповеда идеал, већ да ослобађа и до свести народа доводи оне идеале који већ постоје у њему.

Бакуњин се супротставља Ткачеву у смислу нужности обједињавања истомишљеника у име стварања државе новог типа и оспорава нужност промена у оквиру државе. За њега је свака држава носилац неправде, неприхватљиве концентрације власти која ограничава природну слободу људи. Видећи у руском народу идеал слободе као централну вредност, он идентификује његов „бунтарски“ карактер, видећи у револуционарном организовању примарни циљ артикулацију овог, већ фактички постојећег свенародног бунтовничког потенцијала.

За њега је страст ка рушењу-„стваралачка страст“.¹⁹ У том смислу, револуционар мора бити убеђен, активан и организован, испуњен снажном вољом. У својој личности синтетички мора да спаја теоретичара, трибуна и организатора, који ће развијати свест милионима других у правцу пројектованих циљева. Из овога следи да Бакуњин бунт није замишљао као спонтани излив народног гнева. Он је веровао да је народу неподношљива експлоатација и држава као оличење свих неправди и да је народ зато увек спреман на рушење државе, али да би то рушење било успешно, народ треба припремити за њега. Пошто у Русији није било развијеног пролетеријата, друштвени слој који на себе треба да преузме улогу авангардне револуционарне борбе Бакуњин види у револуционарној интелигенцији. Зато, управо њој упућује позив да пође у народ, да се слије са њим и да га побуни против државе и свих осталих класних институција у руском друштву. Дакле, у програму који он излаже, као иницијатор и аниматор револуционарног процеса кључну улогу има интелигенција, а одлучујућу улогу у рушењу државе има пробуђени револт народних маса.

¹⁹ Николај Берђајев, *op.cit.*, стр. 136

Бакуњин и Лавров се у многим елементима теорије револуције слажу. Битна и одлучујућа разлика међу њима је у схватању момента када револуција треба да избије. За Лаврова је то тренутак у неизвесној б удућности за који треба бити спреман и који треба припремати, а сам ток класне борбе ће одредити када народ треба позвати на револуцију. Народ није спонтано и инстинктивно усмерен на побуну против државе коју треба у интересу народа искористити у прелазном периоду. За Бакуњина револуција је акт револуционарне воље који иницира интелигенција, позивајући народ у борбу против класних институција друштва, онда када створи јединствено расположење у масама које су у начелу увек спремне на побуну. У револуцији се непосредно руши држава и успоставља федерални принцип организовања друштвених асоцијација у оквиру анархије као стања одсуства сваке власти. Кропоткин, такође, поставља „анархију“ као највиши облик окупљања људи у циљу узајамне помоћи, подршке и заједничког живљења. Његова критика ауторитарних и диктаторских модалитета државе заснива се на „историјско-социолошком проучавању заједница, асоцијација, савеза сеоских општина и других облика људске колективности“.²⁰ Он пледира за замену свих насилних, централизованих и конкурентских облика људских заједница заснованих на држави „децентрализованим, самоуправним, солидарним асоцијацијама чији су праузори били сеоска општина, слободни град Средњег века, братства, руски артељ, кооперативни покрети исл.“²¹

Кропоткин је у основи делио Бакуњинове погледе на могућност извођења револуције у Русији народном побуном. За разлику од Бакуњина, више је наглашавао моменат практичног повезивања револуционара у конспиративну и моћну револуционарну организацију која ће обухватити припаднике свих друштвених слојева који се опредељују за људску солидарност и прогрес. Утврђујући да је за подизање револуције неопходно формирање партије истомишљеника који ће ширити своје погледе међу све слојеве становништва, Кропоткин упозорава да она не треба у свему да личи на партије које су у ту сврху формиране на Западу. Револуционарна партија у Русији мора бити плод услова и искуства борбе руског сељаштва и интелигенције и у том смислу се сигурно мора у нечему значајно разликовати од партија радничке класе на Западу. Пре свега, то не може бити партија искључиво радништва, већ партија слојева читавог народа, а понајпре сељаштва и образоване омладине која одлази на село, и просвећује народ спремајући га за револуцију. Управо је у томе смисао идеје народњака, да је потребно да се револуционари стопе са народом,

20 Михаил Маслин, *op.cit.*, стр. 497

21 *Ibidem*

да усвоје стил и начин живота народа, како би стекли његово поверење у одсудном тренутку свеопштег бунта против владајућег поретка. Социјална револуција је и за Кропоткина као и за Бакуњина, пре свега дефинитиван обрачун са државом као таквом, уништење и осујећење појављивања било каквог облика власти једних људи над другима. Полазна основа социјалних преображаја после револуције јесте признање да је „земља власништво свих“. Основ социјалне структуре чине „самоуправне општине“, а гаранција једнакости је уништење „сваке личне својине“. У народу Бакуњин, али и Кропоткин, виде покретачку снагу прогреса, а његов бунт као његову једину исправну социјалну форму.²²

Својом анархистичком концепцијом о револуцији као масовном антиинституционалном бунту народа који је на револуцију увек спреман, Бакуњин, заправо, изражава екстремну форму народњаштва. Идеја је да социјалним бунтом народ укида државу и ствара услове за развој равноправности, моралности и једнакости и слободе свих појединаца, поштујући максимум да се не чини другоме оно што се не жели себи. Циљ оваквог организовања, и у овом ставу се огледа специфичност анархистичке теоријске и практичне намере, јесте не само ликвидација постојеће државе, већ и недопуштање стварања неке нове, па ни пролетерске државе.²³

4. Друштвено-политичке формације руског народњаштва

Народњаштво је у својим теоријским и практичним испољавањима пролазило кроз сложenu идејно-политичку еволуцију. Корени његовог друштвено-политичког формирања сежу до нелегалних или полулегалних кружока, група и организација које се формирају још пре укидања крепосног права, а у шездесетим годинама XIX века већ је уочљиво њихово диференцирање на умерено-пропагандистичку и радикално-револуционарну струју. Међу утицајнијим у том најранијем периоду бивају кружоци Харковског универзитета (1856-1858), московски кружок (1861), прва „Земља и воља“ (1861-1864), „ишутинци“ (1863), „Народна расправа“ и сл. који формирају прве политичке платформе за деловање народњака по којима ће они постати препознатљиви, посебно у наредној деценији седамдесетих година.

22 Мисао о народу као снази прогреса Бакуњин темељи на ставу да је човек инстинктивно спреман да се буну против свега онога што ограничава слободу његовог деловања и мишљења. Кропоткин изражава слично уверење, али га заснива на сазнању о „узајамној помоћи“ и солидарности која постоји у свакој врсти и захваљујући којој се она одржава и развија.

23 По схватању Берђајева: „(...) Бакуњин је веровао да Словени сами никада не би створили државу. Државу стварају само завојевачки народи. Словени су живели у братствима и општинама (...)“ (Николај Берђајев, *op.cit.*, стр.136).

Посебно значајан догађај у том смислу јесте тзв. „прво одлажење у народ“ 1874. године, када су народњаци из различитих кружока кренули у народ како би проверили своје теоријске концепције у стварности. Велики број студенета, гимназијалаца, младих интелектуалаца уопште одлазе у унутрашњост московске, тверске, курске и вороњешке губерније проверавајући „пулс“ народа по питању револуционарног расположења. Међутим ова прва ентузијастична провера народњачке идеологије претрпела је крах. Са једне стране, сам народ их је дочекао са подозрењем, остајући веран конзервативним уверењима о исправности поретка и доброты цара, а бакуњиновска вера у бунтарску природу руског народа доживала озбиљан ударац. Са друге стране, већ од краја 1875. је одлучном реакцијом државе око 1000 активиста ухапшено, а многим од њих суђено у чувеним судским процесима епохе.

„Други одлазак у народ“ везује се за делатност друге „Земље и воље“ (1876-1879). Наиме, напуштајући концепт кружока пришло се стварању једне јединствене и централизоване партијске организације. Преузимајући име од поменуте, раније настале групације, нова организација окупља низ чланова (попут: Г.В.Плеханова, Л.А.Тихомирова, А.А.Квјатковског, Д.А.Лизогуба и др.) ослањујући се на принципе конспирације и вођства компетентне мањине. Програмски је ова групација оријентисана на остваривање револуције, принципе колективизма и анархизма, трагајући за заменом државе једном формом федерације општина. Међутим, због тактичких неслагања борбе, она се разлаже на „Народну вољу“ која ће прибећи суровим терористичким средствима све до цареубиства 1881., и „Црну поделу“ која ће након 1881. деловати на једној умеренијој, концилијантној политичкој платформи, схватајући колики јаз, заправо, постоји у том тренутку између народа и интелигенције. Осамдесете године XIX века, уопште, обележава либерално оријентисано народњаштво, које у деведестим прелази у тзв. „неонародњаштво“, које ће се слити са социјалистима-револуционарима, познатијим под именом партија „есера“.

Народњаштво представља један од најутицајнијих идејно-политичких токова руске политичке културе. Теоријски, филозофски, социолошки и политички утемељен, али практично хетероген, овај покрет обележава другу половину руског XIX века. Све три варијанте теорије револуције које је он изродио, а које се ослањају на сељаштво као на основну социјалну снагу и носиоца практиковане су у народњачком покрету седамдесетих година. Међутим ниједна од њих није значајније нарушила, нити зауставила процес буржоаске трансформације руског друштва. Идејни

утицај народњаштва на руску друштвено-политичку мисао је велики. Поред револуционарно оријентисаних мисаоних токова, он укључује: руски идеализам, евроазијство, Н.Берђајева-посебно својим третирањем односа личности, општине, руског и западног пута развоја друштва.²⁴

Литература

Берђајев, Н., *Руска идеја*, Бримо, Београд, 2001

Коплстон, Ф., *Филозофија у Русији*, БИГЗ, Београд, 1992

Кропоткин, П.А., *Савременна наука и анархија*, Москва, 1920

Лоски, Н., Бог и светско зло, ZEPTEP, BOOK WORLD, Београд, 2001

Маслин М., (ур.), *Енциклопедија руске филозофије*, Логос: Укронија, Београд, 2009, стр. 495

²⁴ Михаил Маслин, *op.cit.*, стр. 495

Prof. Dragan Čorbić, PhD
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Populism as a Socio-political Movement

Summary

Populism is one of the most influential ideological and political trends in Russian political culture. Being based on a number of theoretical, philosophical, sociological and political conceptions, it is practically a heterogeneous movement which marked the second half of the 19th century in Russia. The key socio-political idea underlying populism is the concept of abolishing differences between social classes and creating a modern legal and political system. Relying on the idea of social justice and relative social equality, the proponents of populism pursue a model of society which would reflect the anti-capitalist perspective. Yet, the uniform strategy does not imply that this socio-political orientation was monolithic. In fact, populism evolved both in theory and in practice, ultimately yielding three distinctive but frequently confronted types of revolution theories: the liberal revolution, the social revolution and the anarchist populism.

All of these diverse revolution theories rest on the peasantry as the basic social force and vessel of change. All these conceptions were put into practice in the 1970s Russian Populist Movement but none of them significantly hindered or precluded the process of bourgeois transformation of the Russian society. Populism has always had a huge ideological impact of on the Russian social and political thought. In addition to these revolution-oriented concepts, populism includes the ideas of Russian idealism, Eurasianism and N. Berdyayev, particularly in terms of treating issues concerning interpersonal relations, municipal issues and differences in the development of the Russian and the Western society.

Key words: *Russian socio-political culture, populism, revolution theories, peasantry, Russian idealism, Eurasianism, N. Berdyayev*

ЛИЧНО ИМЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ И РЕШЕЊА У НАЦРТУ НОВОГ ЗМПП РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ¹ (I ДЕО)²

Апстракт: Материја личног имена представља једну од најком-плекснијих области међународног приватног права. Разлог томе су велике разлике у унутрашњим системима држава, као и разлике у начину и обиму регулисања ове материје у националним системима међународног приватног права. Притом, осим Међународне комисије за грађанска стања (ЦИЕЦ), друге, много важније међународне организације (на пример, Хашка конференција за међународно приватно право) нису се бавиле овим питањем, сматрајући га неподесним чак и за парцијалну унификацију путем вишестраних међународних уговора. Услед тога, лица која заснивају међународне породице или о чијим се породичноправним или статусноправним односима одлучује у страни држави често наилазе на велике потешкоће приликом одређивања или промене свог личног имена или имена своје деце. Питање се, у крајњем, своди на утврђивање равнотеже између аутономије воље странака и потребе држава да воде регистре личног стања својих држављана. Европски судови и поједини национални законодавци полако померају језичак у корист аутономије воље, али је сигурно да без значајних промена унутрашњег законодавства (било супстанцијалног или колизионог) или широко прихваћеног међународног инструмента ова питања не могу до краја бити решена на задовољавајући начин.

Кључне речи: лично име, међународно приватно право, одређивање личног имена детета, промена личног имена, меродавно право, индивидуално везивање, породично везивање.

1 Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Републике Србије са правом Европске Уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу, у периоду 2013-2018. године

2 У овом, првом, делу рада реч је о основним проблемима који се јављају у упоредном и нашем (актуелном) међународном приватном праву у материји личног имена. Други део рада посвећен је решењима садржаним у Нацрту новог ЗМПП Републике Србије и биће објављен у следећем броју Зборника.

Име је знак (*номен ест номен*) говорили су Стари Римљани указујући на значај одређивања имена људи. Ни данас ова изрека није изгубила на својој актуелности – брижљиво бирамо имена деци, радујемо се и другим лепим именима која чујемо или пак набирамо веће, чудећи се избору родитеља. Када се ради о страним именима, понекад уживамо у њиховој мелодичности, понекад се изненађујемо њиховом необичношћу, а понекад једноставно, не можемо да преломимо језик и изговоримо их. У комбинацији са домаћим именом или презименом (Адолф Милорадовић, Лепосава Јохансон ...) ³, опет, често нас натерају да се насмешимо. Ипак, независно од тога, сва та имена – домаћа или страна, мање или више необична или лепа - имају у праву троструку функцију: служе за идентификацију лица, указују на његову породичну припадност и представљају симбол личности. ⁴

Материју личног имена у нашем праву регулишу одредбе чланова 342-356. Породичног закона ⁵. Под личним именом подразумева се *име и презиме* одређеног лица ⁶ и оно се може састојати највише од три речи; уколико их има више, лице је дужно да се у правном саобраћају служи скраћеним личним именом. ⁷ О одређивању личног имена говоримо када детету након рођења треба одредити име и презиме. У свим осталим случајевима реч је о *промени* личног имена и то у првом реду презимена – на пример, промени презимена супружника приликом склапања брака или приликом престанка брака (разводом, поништењем или смрћу другог супружника). Такође, може се радити и о промени *презимена* детета – на пример, оспоравањем и утврђивањем материнства односно очинства, признањем

3 Сва лична имена која се спомињу у тексту су измишљена, док су примери стварни, узети из праксе матичне службе у и Нишу. Примери из иностране праксе су са именима која су наведена у извору.

4 В. Ј. Кропхоллер, Интернационалес Приватреџт, 3. Ауфлаге, Тјубинген, 1997, стр. 298.

5 Службени гласник РС, бр.18/2005. Материју личног имена требало би уредити посебним Законом о личном имену (или, евентуално, регулисати у оквиру шире кодификације грађанског права). Овако, као ХИ део Породичног закона, неприродно штрчи на крају закона, иза Х дела, који говори о Поступцима у вези са породичним односима.

6 В. став 1. члана 342. ПЗ

7 Ову одредбу требало би што пре изоставити из постојећег Породичног закона. Наиме, посматрано из угла међународног приватног права у њеној формулацији осећа се (ограничавајући) набој норме непосредне примене, што само може стварати проблеме у ситуацијама с међународним елементом. Случна одредба уклоњена је недавно из хрватског права чланом 3 Закона о особном имену. В. ближе С. Винклер, Право на особно име у пракси еуропских судова, *ин Еуропско обитељско право*, Народне новине, Загреб 2013, стр.127-128.

ванбрачног очинства или заснивањем усвојења. Само прилично ретко, долази до промене *имена* детета на захтев његових родитеља.

Поред ових случајева промене личног имена до којих, по правилу, долази у оквиру *статусних промена*, до промене може доћи и у оквиру *посебног управног поступка*, уколико захтев за промену имена и(ли) презимена поднесе лице старије од 15 година које је способно за расуђивање и које испуњава законом прописане услове.⁸ Најзад, заштиту права на лично име уређују чланови 351-356. ПЗ.

Одредбе о личном имену других држава (садржане у њиховим грађанским законцима, породичним законима или посебним законима о личном имену), свакако, нису увек истоветне са онима које садржи наш Породични закон. Штавише, *разлике* у појединим решењима умеју понекад да буду прилично велике, било да се ради о презимену/имену детета или супружника. Притом се оне показују како приликом одређивања личног имена тако и приликом његове промене.

Уколико тим разликама додамо уобичајену реченицу о све већој мобилности савременог човека и нарастајућем броју „међународних породица“, није нам тешко закључити да се чланови тих породица повремено сусрећу са озбиљним проблемима приликом промене свог личног имена, као и приликом одређивања и промене промене личног имена своје деце.

Наиме, они су *без своје кривице* понекад у неизвесности око свог имена или презимена јер су изложени противуречним или (барем) неусклађеним заповестима унутрашњег права држава чији су држављани или у којима живе или у којима бораве одређено време. Не разумевајући увек добро због чега, они морају да трпе последице тих разлика, ускраћени за могућност да добију лично име које желе (односно, прихватати да живе под именом које запаво не би хтели), а понекад чак „пристајати“ да у различитим државама имају различита лична имена.⁹

На пример, када је реч о **супружницима**: *приликом склапања брака*, у неким државама жена обавезно добија презиме мужа, у другим, може сама изабрати презиме по презимену једног од њих, у трећим, такав избор може учинити само у договору са мужем, у четвртим, склапање брака је без утицаја на презиме супружника, у петим, склапање брака је такође без

8 В. члан 347. ПЗ.

9 Што је редовно праћено проблемима око доказивања идентитета у тим државама, односно чињенице да се ради о истој особи. Отуда и потреба за доношењем међународне конвенције која би покушала да реши проблеме те врсте - Конвенција бр. 21 Међународне комисије за грађанска стања (ЦИЕЦ) – о издавању сертификата о различитим презименима („Хашка конвенција“) од 8. септембра 1982. године.

утицаја на презиме супружника, али жена у свакодневној комуникацији може употребљавати презиме мужа, но без икаквих правних последица („*usage sociale*“), док у шестим, супружници имају широке могућности избора презимена.¹⁰ Конкретно, питамо се, како треба да поступи наш матичар уколико пред њим брак склапају домаћа држављанка и турски држављанин уколико она жели да свом презимену дода презиме мужа, што јој Породични закон Србије дозвољава, али не и турско право, по коме жена, приликом склапања брака, по правилу, добија само презиме мужа?

Исто тако, проблеми се јављају и када се ради о презимену **супружника након развода брака**. У правима појединих држава сваки од супружника је дужан да након развода узме презиме које је имао пре склапања брака, док по нашем праву развод нема директне последице на презиме, те је враћање ранијег презимена само могућност која зависи од нахођења супружника.¹¹ На пример, како поступити у ситуацији када је наша држављанка приликом склапања брака узела презиме мужа (француског или португалског држављанина) и након развода не жели да врати раније презиме, што је у складу са одредбама нашег Породичног закона, али не и одредбама француског, односно португалског права?¹² Шта више, према нашем праву, она може склопити нови брак и задржати презиме из ранијег брака, док по праву Француске губи право на презиме из ранијег брака уколико ступи у нови брак.¹³

Слично томе, када се ради о презимену брачног **детета**, оно се у једном броју земаља одређује према презимену оца (нпр., у Италији, Белгији), у другим се презимену оца обавезно придодаје и презиме мајке (тако да дете има дупло презиме, нпр., у Шпанији), у трећим се испред породичног презимена придодаје и презиме изведено из имена оца (нпр., у Бугарској,

10 На пример, према ставу 1. члана 348. ПЗ Србије, „Супружници се приликом склапања брака могу споразумети да сваки од њих: 1. задржи своје презиме; 2. уместо свог узме презиме другог супружника; 3. свом презимену дода презиме другог супружника односно презимену другог супружника дода своје презиме.”

11 Према ставу 2. члана 348., „Супружник који је променио презиме склапањем брака, *може* у року од 60 дана од дана престанка брака узети презиме које је имао пре склапања брака“. Притом се чини да је предвиђени рок заиста кратак и да је од малог практичног значаја; супружници (по правилу, жена), ретко стигну да врате презиме у тако кратком року и најчешће то чине у посебном управном поступку, плаћајући одређене таксе и прибављајући уверења, која се не траже у првом случају. Зато би рок од 60 дана требало повећати (на 6 месеци или годину дана од дана престанка брака).

12 Осим ако не добије посебно одобрење да задржи мужевљево презиме В. на пример, члан 1677. Законика о грађанском судском поступку Португалије.

13 Уколико јој је изузетно и било одобрено да задржи мужевљево презиме В. члан 264 француског ГЗ.

Русији), док у четвртим дете може добити презиме било по презимену оца или мајке (нпр., у нашем праву). Дете рођено ван брака, по правилу, добија презиме мајке, или породично презиме мајке испред кога се додаје и презиме изведено из имена мајке, док у неким земљама може добити и презиме оца уколико га је овај признао, а у четвртим, то може и у случају да је ванбрачно очинство утврђено судском одлуком. У вези са овим разликама, питање је, рецимо, шта треба да уради наш матичар уколико родитељи детета, наша држављанка (Марина Јанковић) и шпански држављанин (Мигуел Родригуез Наварро), поднесу захтев за упис детета у матичну књигу рођених под именом Есмералда Родригуез? Према шпанском праву дете добија дупло презиме, састављено од првог презимена оца и првог презимена мајке, а по нашем праву, презиме детета одређују родитељи према презимену једног или оба родитеља.¹⁴

Најзад, проблеми у овој материји настају и из чињенице да су све чешћи случајеви да деца чији су родитељи држављани различитих држава имају двоструко држављанство – и једног и другог родитеља. Познати случај из праксе Европског суда правде *Гарсиа-Авелло* (2006) добро илуструје проблеме који се у тим ситуацијама могу јавити уколико национална права детета предвиђају различита супстанцијална решења. Отуда, одлука Европског суда, којом се у материји личног имена дерогира уврежено правило о искључивости домаћег држављанства у случају детета бипатрида, односно полипатрида, указује на пут који би и национална законодавства требало да следе.¹⁵ Шта више, утисак је да се та идеја о равноправности националних права (без обзира на то што је једно од њих домаће) може применити и у другим случајевима који се тичу личног имена лица са двоструким, односно вишеструким држављанством.¹⁶

Међутим, не може се порећи да лица која заснивају међународне породице и живе у њима понекад и сама, *својом немарношћу*, доприносе неизвесности у погледу свог личног имена. Најчешће, ради се о томе да таква лица једном или више пута промене своје презиме и(ли) име у иностранству, пред иностраним органом, при чему о промени (променама) не обавештавају домаћег матичара, а онда од њега затраже одређени извод из матичне књиге или упис у матичну књигу под новим презименом и(ли) именом. Такав је, на пример, био случај са нашом држављанком која је у иностранству склопила брак пред иностраним органом, затим се тамо развела, па опет склопила нови брак и опет се развела, не обавештавајући ни о једној од

14 Став 1. члана 345. ПЗ.

15 О случају *Гарсиа Авелло* и његовом утицају на решења на материју личног имена у упоредном међународном праву биће више речи у ИИ делу чланка.

16 Што је и прихваћено у решењима Нацрта нашег новог ЗМПП. В. Ближе ИИ део чланка.

ових статусних промена нашег матичара, да би онда од њега затражила извод из матичне књиге са презименом које је узела у другом браку (!) Слично томе, рођаци наше држављанке која је преминула у Енглеској поднели су захтев надлежном матичару за упис чињенице смрти. Међутим, изненађење матичара је било прилично јер се у матичној књизи рођених умрла водила под именом Сандра Јовановић, док је у умрлици из Енглеске стајало име Мелисса Сомерсет. Објашњење се налази у околности да је умрла склопила брак у Енглеској и узела презиме мужа, а недуго потом променила и име, не обавештавајући о тим променама нашег матичара.

Дакле, како се чини, поред лица, чланова међународних породица, материја личног имена са међународним елементом доноси пуно проблема и нашим матичарима приликом уписа релевантних чињеница у матичне књиге и издавања одговарајућих уверења и извода. Ипак, када је о матичарима реч, проблемима ту није крај. Поред споменутих, невоље доносе и разлике техничке природе, у писмима на којима су поједина лична имена написана – рецимо, кинеском, арапском или грчком писму. Како извршити упис у матичну књигу или издати извод када се ради о држављанима ових држава? Тако је недавно у једној нишкој општини у матичну књигу рођених требало уписати дете родитеља кинеских држављана које је рођено у Србији, док је у једном ранијем случају био поднет захтев за склапање брака држављанина Јордана и грчке држављанке који су студирали у Нишу. Ако се притом имају у виду и одредбе Закона о службеној употреби језика и писма¹⁷ које и у овим случајевима као опште правило предвиђају употребу ћириличног писма¹⁸ и Породичног закона по којима родитељи имају право да се име детета упише у матичну књигу рођених и на матерњем језику и писму једног или оба родитеља¹⁹, могу се замислити муке матичара приликом уписа оваквих страних личних имена.

Међународно приватно право са своје стране, на жалост, није допринело превазилажењу ових разлика. Напротив, пре би се рекло да их је повећало, будући да су национални законодавци, с једне стране, изабрали *различите приступе* у колизионом регулисању личног имена (1), а с друге су, углавном, остали верни *различитим тачакама везивања* које традиционално користе за колизионо уређење материје личног статуса (2). Напори да се постигне *унификација* и проблеми реше на ширем међународном плану (пре свега у оквиру Међународне комисије за грађанска стања - ЦИЕЦ) дали су само ограничене резултате (3).

17 Службени гласник РС, бр.45/91.

18 Члан 3. став 1. т. 3 и 4 у вези са чланом 1. став 2.

19 Члан 344. став 2. ПЗ.

(1) Разлике у *приступу* испољавају се на два начина. *Најпре*, већина законодаваца, од свих правних целина међународног приватног права, уређује само питање **меродавног права** за лично име, прописујући одговарајућу колизиону норму.²⁰ Једино швајцарски законодавац у својој знаменитој кодификацији из 1987. године (поред тога) уређује и питање **међународне надлежности и признања промене личног имена извршене у иностранству**.²¹ То исто, на још јаснији начин (према логичком редоследу правних целина), чини и белгијски законодавац у изврсној кодификацији из 2004. године.²² *Затим*, разлике постоје и у погледу конципирања колизионих норми – поједине од њих су *аутономне, самосталне* и служе за одређивање меродавног права независно од врсте ситуације у којој се питање личног имена поставља (дакле, у свим ситуацијама)²³, док су друге *несамосталне* и везују се за дејства правног односа или неке друге шире установе у оквиру којих се питање личног имена поставља (на пример, за одређивање презимена супружника меродавно је право које уређује дејства брака, за одређивање личног имена детета меродавно је право које се примењује на односе родитеља и деце и сл.).²⁴ Ова разлика последица је супротстављених погледа на значај функција личног имена. Стављање у први план функција идентификације и симбола личности води „**индивидуалном везивању**“ и примени персоналног права лица у питању у свим ситуацијама. Насупрот томе, истицање функције породичне припадности води „**породичном везивању**“ и примени права меродавног за породични однос у оквиру којег се питање

20 Тако, Породични закона Сенегала (1972) у члану 842., аустријски ЗМПП (1978) у члану 13., Законик о лицима и породици Буркине Фасо (1989) у члану 1020., немачки ЕГБГБ (1986) у члану 10., румунски ЗМПП (1992) у члану 14., словеначки ЗМППиП (1999) у члану 14., бугарски ЗМПП (2006) у члану 53. и македонски ЗМПП (2007) у члану 19. В. и тезу 18 – Особно име (варијанта А и Б) Теза за хрватски ЗМПП у К.Сајко, Х.Сикирић, В.Боучек, Д.Бабић, Н.Тепеш, Извори хрватског и еуропског међународног приватног права, Загреб 2001., стр.280.

21 В. чланове 37-39. швајцарског ЗМПП (1987).

22 В. чланове 36-39. белгијског ЗМПП (2004).

23 Тако, на пример, став 1. члан 13. аустријског ЗМПП предвиђа да се „Лично име уређује се према актуелном персоналном праву одређеног лица, независно од разлога стицања имена.“

24 Тако, став 1. параграфа 39. мађарске Уредбе са законском снагом о МПП-у (1979) предвиђа да [је] „За личноправне и имовинскоправне односе супружника, укључујући и употребу брачног презимена... меродавно заједничко персонално право супружника у време одлучивања“, док у ставу 1. параграфа 45 читамо да је „За породичноправне односе између родитеља и деце, посебно за презиме детета... меродавно персонално право детета“.

личног имена поставља.²⁵ Такође, у упоредном законодавству наилазимо и на **комбиновани систем** који подразумева, најпре, прописивање општег правила за лично име (*lex nationalis*), а затим, посебна правила за једну или две специфичне ситуације (нпр. одређивање личног имена супружника приликом склапања брака или приликом усвојења детета).²⁶

(2) Што се избора тачака везивања тиче, разлике у првом реду постоје на уобичајеној релацији држављанство – пребивалиште – уобичајено боравиште. Затим, разлике постоје и у начину њиховог коришћења – као јединог колизионог критеријума, у њиховој међусобној комбинацији или у комбинацији са принципом аутономије воље. Такође, запажа се и релативно честа могућност примене домаћег права.

Поједини законодавци се, тако, опредељују за држављанство, као једину тачку везивања – по том решењу, за одређивање и промену личног имена, у свим ситуацијама меродавно је национално право лица у питању.²⁷ Други, поред тога, предвиђају и могућност примене домаћег права уколико односно лице има уобичајено боравиште на домаћој територији.²⁸ Трећи се опредељују за пребивалиште као примарну тачку везивања, дозвољавајући у одређеним случајевима примену домаћег права или пружајући могућност избора националног права.²⁹ Законодавци који су се определили за „породично везивање“, по правилу предвиђају супсидијарне тачке везивања (заједничко држављанство супружника, њихово последње пребивалиште, домаће право) или ређе, само једну тачку везивања (на пример, примену националног права детета).³⁰ Најзад, посебно место припада члану 10. немачког Уводног закона за Грађански

25 Поред израза „индивидуално везивање“ и „породично везивање“, у доктини се у истом циљу користе и изрази „независно везивање“ и „зависно везивање“. В. нпр., Лои апплициабле à la détermination du nom, стр. 4 (одговор Швајцарске), www.cieci.org Иако ови изрази такође указују на суштину идеје, определили смо се за први пар, будући да се о „зависном и независном везивању“ говори и код других установа међународног приватног права (на пример, приликом могућих решења проблема претходног питања).

26 На пример у новом Закону о међународном приватном праву Црне Горе (2013) поред општег правила уређено је питање личног имена супружника приликом склапања брака.

27 Тако, од закона наведених у фусноти бр. 13 ово решење предвиђају: члан 842. Породичног закона Сенегала, члан 13. аустријског ЗМПП, члан 14. румунског ЗМПП, члан 14. словеначког ЗМППиП, члан 37-38. белгијског ЗМПП и члан 19. македонског ЗМПП.

28 Тако, на пример, члан 53. став 1. и став 4. бугарског ЗМПП.

29 В. чланове 37-38. швајцарског ЗМПП.

30 Тако, на пример, пар. 39. и пар.45. мађарске Уредбе са законском снагом. В. такође члан 14. грчког Грађанског законика; члан 17. пољског ЗМПП (1965).

законик³¹ који врло детаљно регулише материју личног имена. У њему се комбинују „индивидуално“ и „породично везивање“ – полази се од примене националног права лица, али се у зависности од конкретне ситуације дозвољава релативно широка аутономија воље и избор између више тачака везивања (држављанство, уобичајено боравиште, домаће право).

(3) Напослетку, треба указати и на напоре учињене у оквиру Међународне комисије за грађанска стања (ЦИЕЦ) у домену личног имена. Ова међународна организација са седиштем у Стразбуру, основана 1949. године и која окупља 15 држава чланица,³² више од шест деценија предано се бави питањима међународног статусног права и држављанства.³³ У њеном окриљу донете су 32 конвенције и 9 препорука које имају за циљ хармонизацију права у овим областима.³⁴ Поједине конвенције настоје да изврше унификацију материјалног права (за односе без и за односе са иностраним елементом), док друге садрже колизионе норме. Ипак, најшире су прихваћене оне које путем унификованих образаца извода из матичних књига (садржаних у анексу конвенција) олакшавају њихово признање у другим државама уговорницама.

У материји личног имена су до сада донете 4 конвенције:

- Конвенција бр. 4 - о промени презимена и имена („Истанбулска конвенција“) од 4. септембра 1958. године;
- Конвенција бр. 19 – о меродавном праву за презиме и име („Минхенска конвенција“) од 5. септембра 1980. године;

31 Члан 10. је први пут донет 1986. године (Закон о реформи немачког МПП), а затим је мењан 1993. и 1998. године како су текле промене у немачком породичном праву које су се тичале породичног презимена, изједначавања брачне и ванбрачне деце и ванбрачне заједнице. В. Мјнцхенер Коментар зум Бјрглерлицхес Гесетзбуцх, Банд 10, Еинфјхрунгсгесетз зум Бјргерлицхен Гесетзбуцхе (Арт. 1-46), Интернационалес Приватрецхт, Редактеур: Х.Ј. Сонненбергер, Мјнцхен, 2006, стр. 582. У даљем тексту „Мјнцхенер Коментар“.

32 Државе чланице ЦИЕЦ су: Немачка, Белгија, Хрватска, Шпанија, Француска, Грчка, Мађарска, Италија, Луксембург, Холандија, Пољска, Португалија, Уједињено Краљевство, Швајцарска и Турска.

33 В. детаљније на сајту www.циец1.org

34 Наша држава је приступила двама конвенцијама: Конвенцији о издавању извода из матичних књига на више језика (колоквијално – Бечка конвенција) од 8. септембра 1976. („Сл. лист СФРЈ/Међународни уговори“, бр. 8/1991) и Конвенцији о издавању неких извода из матичних књига намењених иностранству (колоквијално – Париска конвенција) од 27. септембра 1956. године (Сл. лист СФРЈ/Међународни уговори, бр. 9/1967. Бечка конвенција заменила је Париску, тако да се ова више не примењује (проверити на сајту ЦИЕЦ).

- Конвенција бр. 21 – о издавању сертификата о различитим презименима („Хашка конвенција“) од 8. септембра 1982;
- Конвенција бр. 31 – о признању личног имена („Конвенција из Анталије“) од 16. септембра 2005. године.³⁵

Околности које релативизују напоре учињене у оквиру ЦИЕЦ у области личног имена су следеће: *мали број држава чланица* (последња конвенција још није ступила на снагу, док остале три јесу, али са релативно малим бројем држава уговорница),³⁶ конвенције су *недовољно познате*,³⁷ а приписује им се и *претежно технички карактер*.³⁸ Уз све то, додали бисмо, разлике у упоредном материјалном праву још увек су велике, понекад непомирљиве, при чему државе чланице нису спремне на значајније уступке (што, помало парадоксално, оставља утисак недовољне храбрости ЦИЕЦ). Ипак, треба претпоставити да ће се процес постепено кретати ка хармонизацији и унификацији, у првом реду под (посредним) утицајем одлука Европског суда правде и Европског суда за људска права.³⁹ У сваком случају, за нашу земљу би било корисно да постане чланица ове марљиве међународне организације.

У нашем међународном приватном праву питању личног имена није изричито регулисано ни једним прописом. Важећи Закон о решавању сукоба закона са прописима других земаља не садржи *посебну* норму о међународној надлежности наших органа за одређивање и промену личног имена, нити *посебну* колизиону норму о личном имену, нити *посебне* норме о признању одлуке о промени личног имена извршене у иностранству. Шта више, израз „лично име“ (или „име“, односно „презиме“) не спомиње се ни у једној његовој одредби која уређује неки шири породични однос. У таквој

35 Више о овим конвенцијама В. ЦХ.Наст, *Ла цонвентион ЦИЕЦ (н. 31) сур ла речоннаиссанце дес номс цомме цонтрибутион à ла рѣсолутион дес цонфлитс, 6-е Цонгрѣс де Л'Ассоциатион еуропѣенне дес оффициерс де л'етат цивил: „Цонфлит дес номс ен Еуропе – цаусес, анализес, солутионс“*, Енгелберг (Суиссе), 2006, на сајту www.циец1.org

36 Конвенција бр. 4 има девет држава уговорница, а конвенције бр. 19 и 21 по четири.

37 А.Буцхер, оп. цит., стр. 121

38 Ј.М. Бисхофф, *Хармонисатион ду дроит привѣ: л'ехемпле ду траваил де ла Цоммисион Интернационал де л'Етат Цивил, Мѣлангес ен л'хоннеур д'Алфред вон Овербецк, („Цонфлитс ет хармонисатион“)*, Фрибоург, 1990, стр. 117.

39 В. ближе, С. Винклер, *Пракса Еуропског суда о кориштењу више презимена*, Хрватска правна ревија, вељача 2010, стр.112 и след.; С. Винклер, *Право на особно име у пракси Еуропског суда*, Хрватска правна ревија, липањ 2012, стр.85 и след.; С. Винклер, *Право на особно име у пракси еуропских судова, ин Еуропско обитељско право*, Загреб 2013, стр. 125 и след.

ситуацији, док законодавац ћути, правни писци предлажу могућа решења, а матичне службе, под надзором надлежног Министарства, одлучују у пракси. Притом се често стиче утисак да раде одвојене послове, без стварне жеље за усклађивањем својих напора.

Илустрацију таквог дифузног стања (које често доводи до правне несигурности) пружа пример одређивања меродавног права за упис личног имена детета након рођења.

По правилу, домаћи аутори се залажу за породично везивање – они сматрају да се ради о питању које треба подвести под ширу установу *односа родитеља и деце* и применити колизиону норму из члана 40. ЗРСЗ⁴⁰, а ако дете нема родитеље, онда под установу *старатељства* и применити члан 15. ЗРСЗ.⁴¹ У првом случају, меродавно је заједничко национално право родитеља и детета, а затим, подредно, право државе њиховог заједничког пребивалишта, право Србије ако је дете или који од родитеља српски држављанин и на крају, национално право детета. У другом случају, меродавно је национално право штићеника. Питање меродавног права за одређивања личног имена ванбрачног детета (у ситуацији неутврђеног ванбрачног очинства или утврђеног признањем, односно судском одлуком) се у нашој доктрини не разматра, као ни поједина друга питања (на пример, меродавног права за одређивања личног имена детета са двоструким држављанством).

Друго схватање, као алтернатива породичном везивању, односи се на примену индивидуалног везивања. Тако, на пример, наводи се да одредба члана 14 ЗРСЗ која регулише правну и пословну способност физичког лица, такође уређује и питање његовог личног имена.⁴² Ово схватање налазимо и у законима појединих новостворених држава, бивших југословенских република, које такође прихватају правило *lex натионалис* лица у питању. Наиме, имајући у виду основна решења ЗРСЗ⁴³ у материји статусних односа, тј. номиналну⁴⁴ превагу принципа *lex натионалис*, ово везивање би требало тумачити као опредељење за примену националног права детета. То потврђују и решења словеначког (члан 14.) и македонског законодавца

40 Тако, на пример, Дика-Кнежевић-Стојановић, Коментар, стр. 134; М.Станивуковић, П. Ђундић, МПП, стр. 26.

41 М.Станивуковић, П.Ђундић, лоц.цит.

42 Т.Варади. Б.Бордаш, Г.Кнежевић, В.Павић, Међународно приватно право, Београд 2007, стр.162.

43 Који понегде и даље важи, сада као пропис тих држава, нпр. Србија, БиХ, односно, нових ЗМПП, донетих по угледу на ЗРСЗ (на пример, Македонија).

44 В. ближе фусноту бр.47.

(члан 19.) који ово везивање прихватају у својим новим кодификацијама (из 1999., односно 2007. године), ослоњеним у великој мери на одредбе ЗРСЗ.

У пракси, наши матичари не примењују ниједну колизиону норму која би се могла односити на одређивање личног имена детета. Отуда, они никада не траже било какву информацију о садржини страног права⁴⁵ нити долазе у ситуацију да га могу применити. Уместо тога, они, прихватају име и презиме које одреде родитељи страни држављани (било истог или различитог страног држављанства) или родитељи домаћи и страни држављанин. Притом воде рачуна да се лично име не састоји више од три речи, што прописује став 1. члана 343. ПЗ. У складу с тим, прихватају тзв. дупло презиме детета, према презимену оца и мајке, (нпр., решење шпанског права) или презиме састављено од имена оца (односно мајке, уколико је дете ванбрачно) и породичног презимена (нпр., решење бугарског, руског права), с ослоном на став 1. члана 345. ПЗ. Матичари су уверени да примењују само наше право, односно релевантне одредбе Породичног закона, мада је очигледно да понекад, барем делом, примењују и страно право прихватајући, рецимо, име детета које није уобичајено у домаћој средини или презиме у складу са решењем страног права (које додуше није директно супротно ставу 1. члана 345. ПЗ). Лично име се у матичну књигу рођених уписује двоструко: у оригиналу, на страном језику, и у загради, поред тога и ћирилицом. Када се ради о детету, држављанину државе која има посебно писмо (односно чије писмо није ни латинично ни ћирилично, на пример, Кина, Јапан, Грчка, арапске државе), онда се лично име транскрибује на енглески језик и уписује латиницом, а затим онако како се чита на енглеском уписује у загради и ћирилицом. Посебно је необично то што наши матичари за упис ћирилицом не користе помоћ судских тумача, већ странака (родитеља детета) који им више пута прочитају име и презиме детета, а онда они, „на слух“, уписују лично име детета на ћирилици у матичну књигу рођених(!) Сувишно је рећи да је такав метод рада непримерен и да грешке приликом уписа у матичну књигу нису ретке.

Колизиона норма из члана 40. ЗРСЗ указује на следећа решења: *прво*, уколико су родитељи и дете држављани исте стране државе, биће меродавно њихово *заједничко национално право* (став 1. члана 40. ЗРСЗ). На пример, ако су родитељи кинески држављани и пред нашим матичарем одређују лично име детету, такође кинеском држављанину, меродавно је кинеско право. *Друго*, уколико су родитељи држављани различитих страних држава (нпр. мајка немачки, а отац грчки држављанин), при чему

45 Што допушта члан 153. Закона о општем управном поступку (ЗУП), Сл. лист СРЈ, бр.33/97 и 31/2001.

је дете држављанин једне од њих (нпр. грчки држављанин) меродавно је право државе у којој сви они имају *пребивалиште* (став 2. члана 40. ЗРСЗ), а ако немају пребивалиште у истој држави, меродавно је *национално право детета* (став 4. члана 40. ЗРСЗ).⁴⁶ *Треће*, уколико су један од родитеља и дете српски држављани, а други родитељ је странац (нпр. отац је аустријски држављанин), меродавно је право државе у којој сви они имају *пребивалиште* (став 2. члана 40. ЗРСЗ, а ако немају пребивалиште у истој држави, онда је меродавно *право Србије* (став 3. члана 40. ЗРСЗ).⁴⁷ Анализом ових одредаба можемо извући неколико закључака.

Најпре, није тешко уочити велики значај који ЗРСЗ даје пребивалишту, односно колизионом принципу *lex domicilii*. Наиме, уколико се не ради о родитељима и деци, држављанима исте стране државе (када треба применити принцип *lex nationalis*), у остале две ситуације треба прво утврдити да ли постоји пребивалиште родитеља и детета у истој држави. Зато би се могло рећи да принцип *lex domicilii* доминира овом материјом јер је логично претпоставити да родитељи и дете најчешће имају пребивалиште у истој држави. Овај принцип (иако номинално супсидијеран у примени, иза принципа *lex nationalis*) примењује се на све *мешовите* односе - како оне *најчешће* животне односе у међународном приватном праву, *између домаћих и страних држављана*, тако и на оне ређе, између странаца држављана различитих држава. У том смислу, ЗРСЗ се може пре уврстити у групу закона који прихватају *lex domicilii*, а не *lex nationalis* као најчешће решење код појединих (мешовитих) статусних и породичних односа.⁴⁸

Притом, треба учинити једну напомену. Када је реч о пребивалишту родитеља домаћег држављанина, такав закључак се може у великој мери релативизовати (у корист примене домаћег права) уколико наш матичар постојање пребивалишта утврђује на основу података из евиденције надлежног органа унутрашњих послова.⁴⁹ Наиме, у ситуацији када су, на

46 Став 3. члана 40. се не може применити јер се односи на ситуацију у којој су један од родитеља и дете српски држављани.

47 Став 4. члана 40. ЗРСЗ је у том случају очигледно непотребан јер примена националног права детета такође води примени српског права.

48 Отуда се понекад може говорити о само номиналној превази принципа *lex nationalis* у ЗРСЗ-у јер он остаје резервисан само за односе странаца, држављана исте државе, док се у случајевима мешовитих односа (који су чешћи, посебно односи између домаћих и страних држављана) примењује *lex domicilii*. В. на пример, поред члана 40, и чланове 35, 36, 37, 38, 39 и 45 ЗРСЗ.

49 В. ближе М.Станивуковић, М.Живковић, Међународно приватно право, Општи део, треће измењено и допуњено издање, Београд 2008, стр.103, фуснота бр.95.

пример, родитељи српски и белгијски држављанин који 15 година живе у Белгији, наш матичар може применити српско право с позивом на став 3. члана 40. ЗРСЗ, уколико сматра да родитељи и дете немају пребивалиште у истој држави (Белгији) јер наш држављанин има важећу личну карту у којој је уписано пребивалиште у Србији (иако стварно 15 година живи у Белгији). То показује да и код нас појам пребивалишта треба посебно одредити за потребе међународног приватног права, при чему административни доказ о постојању пребивалишта (на основу личне карте) може бити третиран само као претпоставка (оборива) о његовом постојању.⁵⁰

Осим тога, анализа 40. ЗРСЗ указује и да ће на основу његових одредаба наш матичар у појединим случајевима морати да примењује и одредбе страног права о личном имену. Заправо, то ће морати да чини сваки пут када су родитељи и дете држављани исте стране државе (њихов заједнички *lex натионалис*, став 1), затим, када се ради о мешовитим односима, а родитељи и дете имају пребивалиште у истој страни држави – став 2 (било да се ради о родитељима који имају српско и страно држављанство или различита страна држављанства), као и када се ради о родитељима држављанима различитих страних држава који немају пребивалиште у истој држави (према националном праву детета, став 4). Том приликом, матичар би морао да одлучи да ли ће обавештење о садржини страног права затражити преко Министарства спољних послова (став 1. члана 153. ЗОУП) или ће од странака (родитеља) затражити да поднесу јавну исправу издату од стране надлежног иностраног органа којом се потврђује право које важи у материји личног имена у држави чији је орган исправу издао (став 2 члана 153) ЗОУП.⁵¹

У вези примене страног права од стране матичара на основу члана 40 ЗРСЗ, основно је питање *да ли је* (и ако јесте) *зашто је* практично важно применити одредбе страног права о личном имену приликом одређивања презимена детета? Не може ли матичар уместо страног права континуирано примењивати домаће право, односно широку одредбу става 1. члана 345. Породичног закона и њоме покрити (евентуално) ужа решења страног права?

Размотримо ближе проблеме који се у вези са тим могу јавити.

50 В. појам пребивалишта у Нацрту новог ЗМПП у ИИ делу чланка.

51 Матичар се у циљу утврђивања садржине страног права може користити и другим изворима сазнања, што произилази из формулације става 1. члана 153. ЗОУП (лично знање, Интернет, консултовање експерата). Штавише, допуштено је доказивање да је страно право друкчије него што је то садржано у јавној исправу, осим ако је међународним уговором предвиђено шта друго (став 2. члана 153. ЗОУП).

Непосредно након рођења, дете добија своје прво лично име (у неким правним системима и једино, будући да су касније статусне промене без утицаја на његово презиме). Зато је важно како ће оно бити одређено, с обзиром да се права о личном имену држава међусобно разликују. Наиме, у правима појединих држава дете добија презиме *по презимену оца* (на пример, Турска, Италија, Белгија), у другим, родитељи могу *изабрати између презимена оца и презимена мајке* (на пример, Холандија, Немачка, Пољска), у трећим, родитељи могу тај *избор проширити и комбиновањем својих презимена* (Француска, Грчка, Србија, Хрватска, уз одређене модалитете и Мађарска), док у четвртим, постоје *посебна правила* (на пример, Шпанија, по чијем праву се презиме детета одређује тако што се првом презимену оца додаје прво презиме мајке или на пример, Бугарска, Русија) у којој дете добија презиме према породичном презимену испред кога се умеће презиме добијено од имена оца). Према томе, у појединим државама *стриктно је прописано* како се одређује презиме детета, док је у другим родитељима остављена *могућност избора* (која може бити *ужег* или *ширег* домашаја).

С обзиром на постојање ових разлика, важно је утврдити које ће право бити меродавно. Наиме, иако је одредба члана 345. Породичног закона (коју наши матичари редовно примењују) веома широка,⁵² тако да се из ње могу деривирати различита решења, она ипак не може бити гаранција и да је свако конкретно решење заиста у складу са решењем које предвиђа страно право. Коинциденција не мора бити потпуна, било зато што родитељи чине другачији *избор* од решења које *стриктно* предвиђа страно право, или чине избор који се не поклапа са могућношћу *ужег* избора које допушта страно право или које тај избор *усмерава*.

Проблем је заправо у томе што се родитељи (или један од њих) обраћају матичару *са предлогом* за упис будућег презимена детета. У пракси, то се чини тако што родитељ попуњава формулар и у њему уписује презиме и име детета или даје изјаву на записник. Самим тим, то значи да родитељи пред нашим матичарем имају *могућност избора презимена детета*, без обзира на то да ли су држављани или резиденти државе чије право прописује стриктно решење или доиста допушта избор родитељима.

Најчешће се догађа да је предлог (избор) родитеља у складу са њиховим националним правом или правом државе њиховог пребивалишта и тада не долази ни до каквих проблема јер је њихов предлог обухваћен широким решењем из става 1. члана 345. нашег Породичног закона. Матичар у том

⁵² Према ставу 1. члана 345. ПЗ, „Презиме детета одређују родитељи према презимену једног или оба родитеља“.

случају долази до једнаког решења чак и ако није консултовао домаћу колизиону норму и утврдио садржину страног меродавног права. Међутим, свака ситуација није тако једноставна. Поједине могу постати компликоване уколико родитељи *предложе* презиме детета у складу са нашим, али не и са страним меродавним правом (правом државе чији су држављани или на чијој територији имају пребивалиште), које у конкретном случају предвиђа неко уже, рестриктивно решење. У таквој ситуацији, матичар би морао да утврди садржину страног меродавног права и да примени одговарајуће норме о одређивању презимена детета. Међутим, с обзиром да не може унапред знати када је предлог родитеља у складу са страним меродавним правом, а када није, наш матичар, према томе, у сваком случају мора утврдити садржину страног меродавног права (иако ће му се понекад учинити да је радио „узалудан“ посао).

Илуструјмо то са неколико примера. Најпре ћемо показати како широка одредба члана 345. Породичног закона може кореспондирати са (различитим) решењем страног права иако наш матичар није утврдио његову садржину, а затим ћемо указати на (сличне) случајеве када таквог поклапања нема и када непримена страног права доводи до тога да презиме детета не буде признато у односној страног држави.

Претпоставимо, најпре, да родитељи, италијански држављанин и белгијска држављанка, са пребивалиштем у Белгији, поднесу пријаву за одређивање личног имена детета, италијанског држављанина, нашем матичару. Брак родитеља је склопљен у Белгији и презиме оца је *Ривера*, а мајке *Дупонт*.⁵³ Они споразумно предлажу да презиме детета буде према презимену оца *Ривера*. Наш матичар, који традиционално примењује само наше право, прихвата такав предлог, будући да је он у складу са ставом 1. члана 345. Породичног закона по коме презиме детета одређују родитељи према презимену једног или оба родитеља. У овом случају, коинциденција је потпуна и без значаја је околност што наш матичар није применио меродавно белгијско право (на основу става 2. члана 40. ЗРСЗ - право државе заједничког пребивалишта) јер оно предвиђа да се презиме детета одређује према презимену оца.

Међутим, ситуација би била другачија уколико би се родитељи одлучили за комбинацију презимена (било *Ривера-Дупонт* или *Дупонт-Ривера*) или уколико би желели да детету одреде презиме по презимену мајке (само *Дупонт*). У том случају, њихова одлука би била у складу са нашим правом (став 1. члана 345. Породичног закона, али не и са белгијским правом, које стриктно налаже да се презиме детета одређује према презимену оца. Зато,

53 Према белгијском праву, склапање брака је без утицаја на презиме супружника В. ад

уколико би наш матичар применио наше право, пренебрегавајући одредбе меродавног белгијског права (став 2. члана 40 ЗРСЗ), те прихватио избор родитеља, одређивање презимена детета остало би без дејства у Белгији.

Слично се ствари могу одвијати и када је меродавно право државе чије норме о личном имену предвиђају могућност ужег избора родитеља од оног који им пружа став 1. члана 345. Породичног закона. Наиме, и тада се може догодити да избор родитеља (у ужим границама које им поставља меродавно страни право) коинцидира са решењем нашег права, али се, исто тако, може десити да поклапања нема и да одређено (изабрано) презиме детета не буде признато у држави заједничког пребивалишта родитеља. На пример, уколико родитељи, немачки држављани, са пребивалиштем у Немачкој, пред нашим матичарем одреде презиме детета било по презимену оца (*Сиехр*) или мајке (*Ребманн*), таква њихова одлука у складу је са решењем и немачког и нашег права и тада није од значаја чињеница да наш матичар није применио одредбе меродавног немачког права. Међутим, уколико би родитељи детету желели да дају презиме које се добија комбиновањем њихових презимена (било у комбинацији *Сиехр-Ребманн* или *Ребманн-Сиехр*), таква одлука би била у складу са нашим, али не и немачким правом, тако да извод из матичне књиге рођених на основу уписа нашег матичара не би био признат у Немачкој.

Исто се може догодити и уколико меродавно страни право допушта избор родитељима (чак врло широк), али га у одређеном случају усмерава, а наше право то не чини. На пример, мађарско право предвиђа решење слично нашем по коме презиме детета родитељи споразумно одређују према презимену једног од њих или у комбинацији презимена према сопственом нахођењу. Међутим, то решење се примењује само уколико у моменту рођења детета један од њих не носи презиме и другог супружника. Уколико је то случај, дете аутоматски добија заједничко презиме, односно заједнички део презимена једног од њих. Рецимо, ако је приликом склапања брака сваки од супружника задржао своје презиме (нпр. муж *Вéкáс*, а жена *Рéцзеи*), они могу споразумно одредити презиме детету слично како то предвиђа и став 1. члана 345. Породичног закона Србије. Но, ако је жена узела презиме мужа (*Вéкáс*) или ако је свом презимену додала презиме мужа (*Рéцзеи-Вéкáс*) или презимену мужа додала своје презиме (*Вéкáс-Рéцзеи*), при чему је муж задржао своје презиме (*Вéкáс*), онда дете аутоматски добија презиме *Вéкáс* јер је оно заједничко родитељима, односно представља заједнички елемент презимена родитеља. У тој ситуацији, уколико би наш матичар применио наше право и прихватио предлог родитеља да презиме детета буде одређено по презимену мајке или комбинацијом презимена оца и мајке (односно, мајке и оца), дошло би се до решења које је у складу са

нашим, али не и мађарским правом. Другим речима, извод из матичне књиге рођених на основу уписа нашег матичара у том би случају остао без дејства у Мађарској.

Најзад, у појединим случајевима може се радити о томе да страно меродавно право предвиђа специфично решење које се делом поклапа са решењем из става 1. члана 345. Породичног закона. На пример, према шпанском праву, како смо већ рекли, дете добија дупло презиме, састављено од првог презимена оца и првог презимена мајке. Тако, уколико се родитељи, отац *Цалво Флорес Цампос* и мајка *Мерцедес Виценте Гонзалес* одлуче да детету рођеном у Србији дају презиме *Флорес Виценте*, њихова одлука биће у складу и са шпанским и са српским правом. Међутим, уколико предложи нашем матичару да презиме детета буде само *Флорес* (према презимену оца) или *Виценте* (према презимену мајке) и овај то прихвати, одређивање презимена ће бити у складу са ставом 1. члана 345. Породичног закона, али не и са чланом 109. шпанског ГЗ.

Наведени примери сигурно би добили на практичном значају уколико би замислили да су у сваком од њих један од супружника и дете српски држављани. Тако би се запитали како да поступи наш матичар у ситуацији када је други супружник држављанин Белгије, Италије или (по чијем се праву презиме детета одређује према презимену оца) или Холандије, Немачке, Пољске (по чијем праву је (само) могуће изабрати између презимена оца или мајке) или Мађарске или Шпаније (чија су решења специфична). Притом је јасно да се проблеми не морају увек јавити јер широко решење става 1. члана 345. Породични закон може апсорбовати бројне разлике у страним правима о личном имену. Међутим, понекад сусрет те норме Породичног закона и страног права (које интервенцијом законодавца избор родитеља у мањој или већој мери ограничава или усмерава) доводи то проблема који се не могу успешно решити. Због тога би наш матичар требало да примени домаћу колизиону норму и страно право на које она указује.

Различити проблеми са одређивањем презимена могу се јавити и приликом склапања брака.⁵⁴

54 Навешћемо само један случај из хрватске литературе, који је сигурно практично важан и за наше матичаре, с обзиром да се ради о браку лица са простора бивше СФРЈ. У овом случају, склопљен је 2011. године у Скопљу брак између македонског држављанина и хрватске држављанке. Муж је задржао своје презиме „Велков“, а хрватска држављанка је свом ранијем презимену додала мужевљево, али у женском роду, „Велкова“, како је уобичајено у Македонији. И управо су проблеми настали због тог једног слова „а“ на крају њеног презимена. Матичар у Осијеку је одбио да упише брак у матичне књиге са презименом „Велкова“, (јер је презиме према меродавном, хрватском, праву требало

Prof. Mirko Živković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

***Personal Name in Private International Law
and solutions envisaged in the Draft PIL Code
of the Republic of Serbia (Part 1)***

Summary

The subject matter concerning the personal name and surname is one of the most complex areas of Private International Law. This is due to huge differences underlying the manner and the scope of regulating this matter in the national laws as well as in the national PIL systems. Except for the International Commission on Civil Status (CEIC), other more important international organizations (e.g. the Hague Conference on Private International Law) have not tackled this issue, considering it to be an unsuitable subject matter even for partial unification via multilateral international agreements. Consequently, persons who establish international family relations, or persons whose family relations or civil-status issues are decided in a foreign country, frequently encounter great difficulty in the process of determining or changing their personal names or their children's names. The issue ultimately comes down to establishing a balance between the party autonomy and the states' need to keep registers on the personal status of their citizens. European courts and some national legislatures gradually shift the balance in favour of the party autonomy but it is certain that these issues may not be resolved in a comprehensive manner without introducing significant changes in the domestic legislations (either the substantive law or the national conflict rules) or applying a widely accepted international instrument.

Key words: *personal name, Private International Law, determining child's personal name, changing the personal name, applicable law, individual connection, family connection*

да гласи „Велков“), из чега су се почели низати проблеми за супругу (са пасошем и другим личним документима). Треба напоменути да су матичари су у обе државе примењивали своје право, како колизионо (*lex натионалис*), тако и супстанцијално. Отуда, случај показује да индивидуално везивање, према националном праву сваког од супружника, није добро решење уколико треба применити два права, односно када се ради о мешовитим породичним односима. В. ближе М.Жупан, Нормирање мјеродавног права за особно име – новина будућег хрватског Закона о међународном приватном праву, ин *Рецент трендс ин Еуропеан Привате Интернатионал Лав - Цхалленгес фор тхе натионал легислатионс оф Соутх Еаст Еуропеан Цоунтриес*, (ур. проф. др Тони Дескоски), Скопје 2012, стр.179 и след.

Проф. др Предраг Димитријевић, редовни професор UDK: 35.072.6(497.11)
Правни факултет Универзитета у Нишу

ОСНОВЕ ИНСПЕКЦИЈСКОГ НАДЗОРА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ

Апстракт: *Инспекцијски надзор представља посебан облик управне надзорне функције, која обједињава посебну врсту управних послова. Инспекцијским надзором органи државне управе испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица, недржавних и државних органа. Надзорна активност је правно регулисана и спроводи се у посебном инспекцијском поступку који има карактер *lex specialis* у односу на ЗУП. Савремени концепт инспекцијског надзора више истиче превентивну, корективну и саветодавну контролну функцију инспекцијских служби уместо репресивне делатности органа државне управе.*

Кључне речи: *инспекцијски надзор, инспекцијске службе, инспекцијски поступак, управна инспекција.*

1. Појам, врсте, циљ и правна природа. Инспекцијски надзор представља посебан облик управне надзорне функције, која обједињава посебну врсту управних послова, који се могу означити као надорни или унутрашњи контролни управни послови. Инспекцијски надзор спада у спољну административну контролу, која се остварује се у односу органа који нису међусобно (организационо и функционално) подређени. Између њих не постоји хијерархијски однос, већ је реч о односу међусобних права и обавеза.¹

Инспекцијски надзор је специфична надзорна делатност посебних надлежних органа државне управе (инспекцијских органа) који управни надзор овабљају као своју основну функцију.² Инспекцијским надзором инспекцијски органи испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица, недржавних субјеката и органа државне управе и других сржавних органа (укључујући и посебан управни надзор) и, зависно од резултата надзора, изричу мере на које су овлашћени.³

Инспекцијским надзором се врши контрола примене закона од стране свих грађана и правних лица, али и контрола примене закона од стране самих органа управе. Инспекцијским надзором надлежни органи државне управе (надзорни субјекти) испитују спровођење закона и других прописа непосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица (надзираних субјеката) и зависно од резултата надзора, изричу мере на које су овлашћени.⁴

Предмет надзора су углавном неауторитативне активности надзираних субјеката али и ауторитативни активности у случају надора који врши управна инспекција над радом органа државне управе.⁵

1 У спољну управну контролу спада *инспекцијски надзор* и *управна контрола над локалном самоуправом*. П. Димитријевић, *Управно право*, Свен, Ниш, 2013, стр. 450.

2 Инспекцијски надзор је најраспрострањенији а, тиме, и најважнији облик управног надзора. „Инспекцијски надзор је специјализовани управни надзор, који се састоји у непосредном увиду у пословање и поступање недржавних субјеката, грађана, као и органа државне управе“. З. Р. Томић, *Опште управно право*, Правни факултет у Београду, 2009, стр. 224.

3 *Закон о државној управи* (“Службени Гласник РС”, бр. 79/2005, 101/2007 и 95/2010), чл. 18, ст. 1.

4 *Закон о државној управи* (“Службени Гласник РС”, бр. 79/2005, 101/2007 и 95/2010), чл. 18, ст. 1.

5 *Закон о управној инспекцији* (“Сл. гласник РС”, број 87/2011).

Постоје разне врсте инспекција, нпр: комунална, тржишна, девизна, просветна, здравствена, инспекција рада, затим бројне *техничке инспекције* (грађевинска, електроенергетска, саобраћајне инспекције, инспекција парних котлова, итд), затим и посебна *управна инспекција* која врши *надзор над применом закона и других прописа (управно законодавство) везаних за обављање послова управе*, као што су прописи о канцеларијском пословању или прописи који се односе на управни поступак или на ефикасност и ажурност управе у решевању управних ствари, итд.⁶

Циљ инспекцијског надзора је контрола примене закона од стране правних субјеката као и саме управе. Реч је о накнадној контроли, која има карактер санкционисања аката и радњи за које се утврди да су донети или предузимани или се тренутно врше супротно закону и правним прописима. Ово је класичан концепт инспекцијског надзора као државног надзора, односно надзирања државе која иступа са позиција власти и силе. Држава поступа репресивно у свим својим функцијама, па и у функцији контролисања аката и радњи.

Међутим, савремени концепт инспекцијског надзора више истиче превентивну и корективну контролну функцију управе уместо репресивне. Инспекцијски надзор треба да представља једноставан и ефикасан рад инспекцијских органа, који претпоставља јасноћу правних обавеза и овлашћења инспекцијских органа, индивидуализацију одговорности субјеката инспекцијског надзора, адекватан однос надзора и сарадња између субјеката надзора, професионализам и транспарентност у раду надзорне управе, самосталност и посебну одговорност инспектора као и адекватну правну заштиту надзираних субјеката у односу на акате и радње саме инспекцијске администрације. Реч је о промени концепта где се инспекцијски органи схватају некао органи државне репресије већ надзорне службе које треба да фактичко стање доведу у склад са законом спречавањем да до незаконитости уопште и дође. Циљ је да се превентивним и корективним мерама пружи помоћ у правилном тумачењу и примени закона а санкција је евентуална и крајња мера. То значи да су инспекцијске службе примарно помоћне, корективне и саветодавне а репресивне тек секундарно.⁷

6 Инспекцијски органи у односу на органе управе имају једнако иста надзорна управна овлашћења, која имају и у односу на друге субјекте чији рад контролишу (нпр. инспекција рада, санитарна, ветеринарска, за заштиту животне средине, и др.). Управну контролу рада у органима државне управе и у органима којима су пренети послови државне управе врши *управна инспекција*, односно управни инспектори, који су државни службеници министарства надлежног за послове управе.

7 Ђ. Блажић, *Прилог теорији о инспекцијском надзору*, Правни живот, бр. 9/1995.

Да би се то и постигло инспекције треба да имају нови положај у управном систему. То значи да оне треба да буду независне и самосталне али и високо професионалне институције у односу на министарства, као субјекте политизације управног система. Инспекцијске службе треба да буду директно подређене Влади. Друго, инспекције треба и да буду институционално и структурално јединствене ван министарства. Такав њихов положај им може обезбедити професионалну, самосталну и од политичког утицаја независну позицију у управном систему, чиме се успоставља систем независне (професионалне и деполитизоване) контроле и успоставља нарушена равнотежа управног система. То је један од путева ка правној држави и владавини права.

2. Правни режим. Инспекцијски надзор уређен је међународним прописима, као и домаћим законским и подзаконским актима, те актима локалних самоуправа. Правни режим на националном нивоу може бити решен јединственим системским законом (нпр. Црна Гора) и дифузан кроз низ посебних закона (нпр. Србија).

Инспекцијски надзор у Републици Србији није регулисан јединственим *Законом о инспекцијском надзору*, иако ЗоДУ (члан 18, став 2) предвиђа да се инспекцијски надзор уређује посебним законом. Реч је о сложеном и дифузном правном режиму који омогућава различитости у правном третману и заштити надзираних субјеката.

Инспекцијски надзор се регулише читавим низом посебних закона (*lex specialis*) којима се заправо правно регулишу поседне врсте инспекцијског надзора. С друге стране, инспекцијски надзор се правно регулише не само путем законских одредби. При вршењу инспекцијског надзора као правни основ служе бројни подзаконски акти (уредбе, упутства, наредбе, одлуке) а првенствено и највише правилници, којима се разрађују поједине одредбе закона о начину и поступку, стандардима, нормама квалитета, условима одржавања објеката и постројења, итд. Такво стање додатно усложњава правни режим што уноси правну несигурност. Тренутно се, у позитивном законодавству примењује између 450-500 подзаконских аката у раду инспекцијских органа.

3. Организација, инспекцијски послови, радње и акти. Инспекцијски надзор је посебна врста управног надзора, чија суштина је у непосредном увиду у *неауторитативне активности* недржавних правних и физичких субјеката, који може бити пропраћен одговарајућим ауторитативним, законским мерама.⁸ Органи државне управе, односно њихови акти и радње су објекти управне инспекције.

⁸ Неауторитативне активности су стручни послови нпр. здравственог, просветног, тржишног, саобраћаног, урбанистичког, комуналног, водопривредног, рударског,

Инспекцијски надзор врше посебне унутрашње организационе јединице министарстава (инспекцијске службе), односно инспекторати (као органи у саставу министарстава), њихове подручне јединице (у оквиру управних округа). Поред овог централизованог државног инспекцијског система постоје и одговарајући органи јединица територијалне децентрализације (покрајина, града Београда, градова и општина) уколико им је вршење инспекцијског надзора поверено одговарајућим законом.⁹

Инспекцијске послове су искључиво државног карактера па се зато, по правилу, не могу поверавати недржавним субјектима, што је једно од општих обележја инспекцијског надзора.¹⁰ Инспекцијске послове непосредно обављају инспектори, односно друга овлашћена лица. Етимолошки, термин инспекција води порекло од латинске речи *inspectio*, што значи: надзор, смотру, преглед, надзиравање, контрола књига, гледати унутра.¹¹ У том смислу, инспекцијски надзор се остварује специфичним методама и то непосредним увидом у рад надзираних субјеката – инспекцијским прегледима на лицу места.

Инспектор има право и дужност да: прегледа појединачне акте и другу документацију, саслуша и узме изјаве од одговорних и заинтересованих, прегледа пословне објекте, постројења, пословне просторије, предмете и робу, узима узорке ради анализе и експертизе, наређује потребна мерења, предузима и друге мере и радње за које је овлашћен посебним законом и уредбом.

шумарског карактера.

9 Организација инспекцијског надзора извршена је доминантном централизацијом ове групе управних послова на републичком нивоу у оквиру органа државне управе. Централистички принцип и ресорни облик организовања инспекција у оквиру одговарајућих министарстава, захтевао је и образовање вршења инспекцијских послова на принципу инспекцијских подручних (деташираних) органа, односно организационих јединица у управним окрузима. Послови инспекцијског надзора се врше у следећим организационим облицима: 1. у *министарствима* се начелно обављају сви инспекцијских послови и то: посредством *органа у саставу – инспектората* и *управа* или путем *унутрашњих организационих јединица*, и то: преко *подручних јединица* министарстава у управним окрузима или преко *унутрашњих организационих јединица* (сектора и одељења) у седишту министарстава. 2. У *органима јединица територијалне аутономије и локалне самоуправе* образују се поједини инспекцијски органи, који те послове обављају као поверене послове државне управе. *Закон о државној управи* ("Сл. Гласник РС", бр. 79/2005, 101/2007 и 95/2010), члан 29.

10 Р. Марковић, *Управно право*, Слово, Београд, 2002, стр. 236.

11 Ђ. Blažić, S. Dujić, P. Dimitrijević, *Komentar zakona o inspekcijском nadzoru*, Agencija za lokalnu demokratiju i partnerstvo Crne Gore, Podgorica, 2006, стр. 7. *Inspectio ocularis* је најприближнији схватању инспекције као вршења прегледа на лицу места, исцрпан званични преглед.

Инспектори своје послове обављају самостално, у границама овлашћења, и лично одговарају уколико у вршењу надзора не предузму, не предложе или не одреде меру за коју су овлашћени, или ако не предложе, односно не покрену поступак пред надлежним органом због незаконитости, односно неправилности, и ако прекораче утврђене границе овлашћења.¹² Дакле, овде је нагласак на појачаној одговорности инспектора која широко обухвата одговорност за нечињење (пропуштање, омисију)¹³ али и за чињење преко граница овлашћења – прекорачење овлашћења као облик незаконитог поступања инспектора. Оно што би ваљало сагледати у одговорности инспектора а то је и одговорност за злоупотребу овлашћења као незаконитост у циљу.¹⁴

Инспекцијски акт - решење је специфичан управни акт, који се може означити инспекцијским управним актом, кога доноси инспектор. Њиме се решава инспекцијска (управна) ствар која је предмет инспекцијског поступка. Инспекцијска ствар се решава са налогом (део диспозитива решења), односно налагањем извршавања одговарајућих мера и/извршавањем одређених радњи (у одговарајућем року).¹⁵

Решењем се могу наложити поједине мере и рок за њихово извршење (нпр: забрана обављања одређених делатности или појединих послова из надзиране делатности, обустава изградње грађевинских објеката, итд). Против решења инспектора може уложити *приговор* (нпр. санитарна инспекција). Решење донето по приговору сматра се првостепеним решењем.

12 Самосталност у раду је битна претпоставка ефикасног и објективног поступања инспектора, а о битним утицајима (притисцима и сл.), који угрожавају самостално поступање инспектора, он је у обавези да обавести министра. Практичан значај начела самосталности је у томе да функционер, који се налази на челу органа управе у чијем је саставу инспектор, не може да обавља мере и радње из инспекторске надлежности, нити да на други начин утиче на његов рад. Улога функционера се своди на поспешивање рада инспекције. Наравно да у реалности има и другачијег понашања.

13 П. Димитријевић, *Одговорност управе за нечињење*, Правни факултет Источно Сарајево, 2005.

14 Иако има бојазни да би ово можда смањило и релативизирало инспекцијски надзор сматрамо да је то пут од инспекцијског надзора као државне репресије ка инспекцијској служби и превенцији да до незаконитости и не дође.

15 Инспекцијско решење је по правилу писмено. Усмено решење се доноси изузетно, у случају непосредне опасности по живот и здравље људи или имовине или ради обезбеђења јавног мира и безбедности. Оно се мора констатовати у записнику о извршеном прегледу, уз обавезу инспектора да у одговарајућем року мора донети писмено решење.

Инспекцијске радње предузима инспектор и оне могу бити радње којима се: а) *извршава инспекцијско решење* или радње којима се б) *непосредно примењује закон*, у ком случају имамо инспекцијске радње које се предузимају *ex lege*, односно без инспекцијског решења.

Радње ради извршења решења су оне које се врше *након доношења акта* (рушење или уклањање бесправно подигнутих објеката, повлачење робе из промета, стављање одређене робе у промет, затварање или отварање објеката, забрана превоза, наредба о дезинфекцији итд.), или тзв. *радње на лицу места*, које се врше истовремено са доношењем инспекцијског акта (решења), обично на основу усменог решења (поједина решења и радње из рада санитарне, ветеринарске, тржишне, саобраћајне, инспекције заштите на раду и сл.). *Инспекцијске радње непосредног извршавања закона* су оне које се предузимају без инспекцијског решења (одузимање противправне имовинске користи, неисправних ствари, удаљење радника са посла ако не поседују доказ о обавезном санитарном прегледу, одузимање исправа, као нпр. дозволе о исправности пловног објекта, саобраћајне дозволе и сл.);

О сваком извршеном инспекцијском прегледу и радњама инспектора саставља *записник*.¹⁶

Инспекцијске санкције. Инспектор у границама овлашћења може: изрећи мандатну казну; поднети пријаву надлежном органу за учињено кривично дело или привредни преступ и поднети захтев за покретање прекршајног поступка; издати привремена наређења, односно забране у складу са законом; донети мере обезбеђења у случају опасности за живот и здравље људи или за друге јавне интересе; обавестити други орган ако постоје разлози за предузимање мера за које је тај орган надлежан; покренути иницијативу код овлашћеног органа за обустављање од извршења, односно за поништавање или укидање прописа или другог општег акта органа, или организације која врши послове државне управе, односно за обустављање од извршења општег акта предузећа, установе и друге организације ако нису у складу са Уставом и законом; и предузимати друге мере и радње за које је законом и другим прописом овлашћен.¹⁷

16 *Записник* садржи налаз стања и предложене, односно наложене мере. Записник се обавезно доставља предузећу, односно установи и другој организацији односно грађанину над чијим је пословањем, односно поступањем, извршен увид, који имају обавезу да обавештавају инспектора о предузетим мерама наложеним у записнику. Записник о извршеном инспекцијском надзору и контроли наменског коришћења средстава буџета нема карактер управног акта (Решење Врховног суда Србије, У. 4816/2005 од 18.10.2006. године).

17 *Мере обезбеђења* у случају опасности за живот и здравље људи, као посебна врста управних мера, су посебно карактеристичне за рад органа инспекције.

Инструкција је стручно *упутство* републичког инспектора (инспекцијски – управни пропис) које се упућује органима општина, града и аутономне покрајине (адресати). Инструкција је општи спроведбени правни акт републичког инспектора, који има интерно правно дејство јер делује само унутар управне пирамиде. Решење садржи правила за организовање службе и за стручни рад радника или правила о начину и методи вршења појединих инспекцијских послова. Инструкција се односи и на неодређен број случајева и делује само унутар одређене области управе, односно службе (овде инспекцијске). Она се интерно упућује органима управе јединица локалне самоуправе и територијалне аутономије и не делује непосредно на треће (грађане, организације и заједнице).

Инструкције могу да буду обавезне и необавезне. Необавезне имају карактер указивања - препоруке и делују ауторитетом органа који је издао инструкцију.¹⁸

4. Инспекцијски поступак. Поступак вршења инспекцијског надзора спроводи се према одредбама *Закона о општем управном поступку*, ако посебним законом поједина питања нису другачије уређена. Тако, одредбе ЗУП-а имају карактер општег закона (*lex generalis*). Поступање органа државне управе у инспекцијском надзору има својство вршења управе у посебним ситуацијама, односно надзорним ситуацијама. Инспекцијски надзор као специјализована врста управног поступања се од општег управног поступања разликује првенствено по методама вршења, овлашћењима инспектора, потпуној доминацији начела официјелности, и специјализованости кадрова за обављање инспекцијских послова.

4. 1. Начела. Основна начела *Закона о општем управном поступку* су истовремено и *општа начела* за рад инспекцијских органа у вршењу инспекцијског надзора. Сва одступања од правила општег управног

Оне су *материјалне радње* и могу се разврстати у превентивне (санитарне, ветеринарске, инспекције рада, као што су: карантин, уништавање животних намирница, болесног биља и стоке и сл), корективне и репресивне (мандатне новчане казне, подношење кривичне пријаве, захтев за покретање прекршајног поступка, пријава за привредни преступ и сл.).

¹⁸ У овим односима (органи Републике - органи територијалне аутономије и јединица локалне самоуправе), ради се о инструкцији, која је у свему обавезна за органе којима се издаје. Републички инспектор је овлашћен да контролише извршење обавезних инструкција. Уколико општински и градски органи управе не би извршавали обавезну инструкцију, републички орган управе би могао покренути питање одговорности органа, односно функционера који руководи органом, друго, може и иницирати дисциплински поступак за поједине раднике и указивати на неизвршавање инструкције органу који врши надзор над радом инспекцијског органа (посебно извршне органе).

поступка морају бити у складу са основним начелима утврђеним ЗУП-ом.¹⁹ Поред тога постоје и основна *посебна начела* на којима се заснива инспекцијски надзор, и то:

- Начело *превенције*, које је произашло из савременог концепта инспекција као превасходно органа са превентивном, а не репресивном функцијом, која је до сада била доминирајућа. Предузимање репресивних управних мера и радњи се користи само када се превентивном функцијом не може обезбедити сврха и циљ надзора.
- Начело *сразмерности* обезбеђује да инспектор у вршењу инспекцијског надзора предузима оне мере и радње које су сразмерне учињеним неправилностима, а којима се на повољнији начин за субјекат надзора постиже циљ и сврха инспекцијског надзора.
- Начело *јавности* обезбеђује јавност и транспарентност у раду инспектора. Посебно, ово начело значи дужност инспектора да, када је у питању заштита живота и здравља физичких лица или теже нарушавање јавног интереса, обавести јавност о чињеничном стању и неправилностима утврђеним у поступку надзора.
- Начело *самосталности* обухвата право инспектора да самостално води поступак и предузима управне мере и радње у конкретној инспекцијској ствари. Ово је претпоставка и његове одговорности за радње и акте, предузете и донете у току надзора
- Начело *супсидијарности* обезбеђује могућност да се поједина питања инспекцијског надзора која су специфична за поједине инспекције могу уредити посебним прописом, као и обавезу инспекција да о питањима која нису уређена посебним законом супсидијарно примењују одредбе ЗУП-а.
- Начело *ефикасности* инспекцијских органа не може се замислити без адекватне сарадње како инспекцијских органа међусобно, тако и инспекцијских и других органа. Државни органи, органи локалне самоуправе и други органи и организације су дужни, да на захтев инспектора, доставе тражене податке и обавештења, која су неопходна за остваривање његових надзорних функција.
- Начело *официјелности*, које претпоставља покретање и вођење поступка инспекцијског надзора од стране инспекцијског органа, односно инспектора, по службеној дужности. Ово начело је последица

¹⁹ Закон о општем управном поступку ("Сл. лист СРЈ", бр. 33/97 и 31/2001 и "Сл. гласник РС", бр. 30/2010).

чињенице да се инспекцијским надзором штити законитост, јавни интерес и опште вредности. С друге стране, ово начело призилази и из ауторитативне природе ове (надзорне) активности државне управе. Изузетак од начела официјалности налазимо код појединих инспекцијских послова у којима се поступак покреће и по захтеву странке: нпр. управна инспекција, инспекција рада, санитарна и ветеринарска инспекција и сл., посебно када се од ових инспекцијских служби захтева давање неке сагласности, одобрења и сл.

- Начело *изненадности*, у суштини, значи могућност да инспекцијски органи покрену и воде надзорни поступак без претходне најаве, чиме се отклања могућност осујећења (уклањање документације, апарата, аката и сл.) постизања циља самог инспекцијског надзора;
- Начело *заједничког рада* инспекција, посебно у случају када је објект надзора исти за више инспекција, нпр. материјално-финансијско пословање или рад фабрика са становишта више инспекцијских служби, нпр. заштите на раду, животне средине, санитарне, грађевинске инспекције и сл.
- Начело *самосталног прикупљања података и извођења доказа* од стране инспекцијског органа, је у вези са начелом официјелности. Циљ овог начела јесте да сам инспектор остварује увид у поступање и рад надзираног субјекта. Ово начело се уочава у овлашћењима инспектора у току инспекцијског надзора. Међутим, могуће је да стручне послове инспекцијског надзора за које инспектор не располаже потребним знањима (експертизе, мерења, вештачења и сл.) врше друге, за то овлашћене организације (лабораторије, научни заводи и сл.), чиме се постиже врховно начело сваког поступка а то је начело материјалне истине.

4.2. **Фазе инспекцијског поступка.** Инспекцијски надзор се одвија по правилу кроз две процесне фазе: фазу *претходног поступка* и фазу остваривања надзора.

Претходна фаза инспекцијског надзора је посебно карактеристична у случајевима када инспекцијске службе поступају по пријавама, представкама, притужбама и захтевима различитих друштвених субјеката. У тој фази, инспекцијски орган најпре: а) процењује да ли заиста постоје околности и чињенице, које налажу или захтевају покретање инспекцијског поступка, б) оцењује над којим надзираним субјектом треба извршити инспекцијски преглед, у ком облику и са којим уже одређеним циљем, затим, в) детаљније планирање и припрему самог прегледа, и то: у погледу рокова, средстава, евентуално потребне сарадње са другим инспекцијским органима или другим државним органима.

Фаза инспекцијског прегледа (надзора) обухвата непосредне активности инспектора на остваривању садржине надзора и у претходној фази утврђених циљева надзора. При томе, инспекцијски орган покреће и води поступак на основу утврђених чињеница и околности, доноси потребне акте, и предузима мере и радње и стара се да ти акти, мере и радње буду извршени.

4.3. Правна заштита надзираног субјекта, у вези са инспекцијским поступком, може бити *управна и судска*.

Управно правна заштита надзираног објекта надзора у процесу надзора може да има два, односно три облика.²⁰

Прво, *приговор* на записник о извршеном надзору. О приговору је дужан да се у одређеном року (обично 15 до 30 дана) изјасни инспекцијски орган. То значи да је он дужан да преиспита свој записник, како у делу који се тиче налаза стања, тако и наложених, односно предложених мера. *Решење* инспекцијског органа (инспекцијски или надзорни управни акт), донето по приговору, има карактер првостепеног акта и надзираном субјекту, уколико није задовољан актом донетим поводом приговора на записник, остаје могућност улагања жалбе надлежном другостепеном органу.

Друго, *жалба* на решење инспектора, којом се од надлежног другостепеног органа захтева да оцени законитост и правилност акта инспектора и да, уколико је било повреда права надзираног субјекта, ту повреду својим другостепеним и коначним инспекцијским (надзорним) управним актом, отклони. Против решења инспектора може се изјавити *жалба* у року од осам дана од дана достављања решења, с тим што жалба *не одлаже извршење* решења инспектора. Жалба се веома ретко и заиста у изузетним околностима и случајевима искључује.

Треће, *захтев за суперанализу* представља посебно право надзираног субјекта да захтева суперанализу узорка робе, намирнице и сл., узетог у исто време и на истом месту као и узорка, који је био предмет анализе а која је била основ за предузимање инспекцијских мера. Ово представља „посебан“ облик заштите права и интереса надзираног субјекта. Могући друкчији резултати суперанализе пружају основ да се наложене мере ставе ван снаге и не изврше, или да се барем ускладе са новим сазнањима добијеним суперанализом.

Судска заштита права надзираних субјеката реализује се путем управног спора, који се води против инспекцијског акта донетог у другом степену,

²⁰ Ђ. Блажић, *Инспекцијски надзор као облик управно правне заштите грађана*, Правни живот, бр. 9/1996.

или против првостепених инспекцијских решења, уколико жалба није допуштена.²¹

5. Управне инспекције су посебна врста инспекцијског надзора.²² Послове управне инспекције обавља *Управни инспекторат*, као орган у саставу министарства надлежног за послове државне управе (Министарство правде и државне управе), посредством *управних инспектора*.²³

5. 1. Појам, сврха и брсте. Управна инспекција, као посебан облик управног надзора, врши се над спровођењем (извршавањем) закона и других прописа (општих аката) али и поступањем (управне радње, мере, материјални акти) одређеног али широког круга државних и недржавних органа, и то: (1) *органа државне управе*, (2) *служби правосудних органа* (судова, јавних тужилаштава и Републичког јавног правобранилаштва), односно правосудне управе, (3) *управних служби органа законодавне и извршне власти* (Народне скупштине, председника Републике и Владе) и службе Уставног суда, као и служби органа чије чланове бира Народна скупштина, као и (4) *органа територијалне аутономије и јединица локалне самоуправе* и то у домену вршењу поверених послова државне управе и (5) других ималаца јавних овлашћења (јавне службе).

У обављању послова инспекцијског надзора, управна инспекција обезбеђује *законитост и јавног интереса у раду државних органа* и њихових административних служби, као и недржавних органа (органа територијалне аутономије, јединица локалне самоуправе и других носиоца јавних овлашћења). У том циљу, управна инспекција предузима и *превентивне мере* ради подстицања надзираних органа да ефикасно и благовремено извршавају прописима утврђене обавезе.

Инспекцијски надзор може бити *редован, ванредни и контролни* (другостепени) надзор. Такође, инспекцијски надзор може се поделити на *непосредан и посредан* надзор.

5. 2. Надлежност. Садржина, границе и овлашћења управне инспекције утврђени су Законом о управној инспекцији²⁴ или посебним законима.

21 Само се законом може одредити да се у одређеним врстама инспекцијских (управних) ствари искључује управни спор (нпр. питања у вези са оружјем и муницијом, јавним редом и миром, држављанством, путне исправе, упис промена у катастарске операте, коначно решење инспекције рада када је очигледно повређено право радника и сл.).

22 *Закон о управној инспекцији* ("Сл. гласник РС", број 87/2011).

23 Зоран Петровић, *Управна инспекција – специфичан облик контроле управе*, Правни живот, бр. 10/1998, стр. 121-130.

24 *Закон о управној инспекцији* ("Сл. гласник РС", број 87/2011).

Управна инспекција обавља инспекцијски надзор над применом закона и других прописа, којима се регулише: државна управа; радни односи у државним органима и органима јединица локалне самоуправе; општи управни поступак и посебни управни поступци; изглед и употреба грба, заставе и химне Републике Србије; службена употреба језика и писама; печат државних и других органа; бирачки спискови и матичне књиге; политичке странке и удружења и слободан приступ информацијама од јавног значаја и у другим областима у којима је посебним законом утврђена њена надлежност.

Инспекцијски надзор обавља се: (а) *предузимањем управних радњи* на утврђивању стања спровођења прописа код надзираних органа и (б) *налагањем управних мера* ради спречавања и отклањања незаконитости у извршавању прописа.

5. 3. **Управни инспектори** су *самостални у раду* у границама овлашћења и за свој рад лично су одговорни. Радом Управног инспектората *руководи директор* - главни управни инспектор,²⁵ који поред положаја и овлашћења руководиоца Управног инспектората има и положај управног инспектора, као и овлашћење да одлучује у другом степену по жалбама изјављеним против решења управних инспектора.²⁶

Управни инспектор у поступку спровођења надзора, **овлашћен** је да предузме следеће *управне радње*, и то:

- да *оствари непосредни увид* у услове и начин рада надзираног органа;
- да *узима изјаве* и писана *изјашњења* од руководиоца и службених лица надзираног органа за утврђивање чињеничног стања;
- да *захтева достављање* потребне *документације* (*извештаја, података, аката* и др.) и одреди примерен рок за њихово достављање;
- да *тражи достављање, узме или задржи акт* (општи или појединачни) надзираног органа.
- да *наложи (решењем)* неку *управну меру*, и то: доношење, стављање ван снаге или одлагање извршења одговарајућег акта; забрана *предузимања незаконитих радњи*; забрана *предузимања радњи*

25 Главног управног инспектора *поставља Влада*, на време од пет година, на предлог министра надлежног за послове државне управе.

26 Инспекцијски поступак се води као двостепени управни поступак. Против решења управног инспектора може се изјавити *жалба*. Судска контрола законитости управних аката органа државне управе обезбеђује се у *управном спору*, уколико за одређену управну ствар није законом предвиђена друга судска заштита.

службеном лицу, које не испуњава услове за вођење и доношење решења у управном поступку; предлагање покретања поступка због повреде радне дужности; привремено удаљење са рада, односно престанак радног односа лица затеченог у обављању службеног посла и др.²⁷

Управни инспектор **дужан** је да *прати извршење решења* које је донео и обавезно обавља (непосредан или посредан) контролни инспекцијски надзор. Ово има за циљ да би се утврдило да ли су управне (инспекцијске) мере, наложене инспекцијским решењем, спроведене. Инспектор је дужан да, у случају потпуног или делимичног *неизвршења* наложених мера, *извести* о томе државни орган, који врши надзор над надзираним органом, односно орган коме надзирани орган непосредно одговара за рад.

Управни инспектор, поред других случајева одговорности за повреду радне дужности утврђених прописима о државним службеницима, посебно је **одговоран** ако у вршењу инспекцијског надзора: *не предузме, не предложи или не одреди мере или радње* за које је овлашћен; *не предложи или не покрене инспекцијски поступак* у складу са законом и ако *прекорачи границе* свог овлашћења. Из наведеног произилази постојање појачане одговорности инспектора.

6. Закључак. Инспекцијски надзор у Републици Србији има низ слабости. Најпре правни режим надзора је нејединствен, дифузан и несистематизован. Разлози за такво стање су бројни а један и од њих је свакако сложеност организационе структуре субјеката надзора (инспекцијских органа). Друго, сам инспекцијски поступак захтева посебан правни режим различит од ЗУП-а, који треба да нагласи и изрази надзорну природу послова инспекцијских служби, нарочито у условима актуелних промена самог ЗУП-а. Трећа, потребно је нови инспекцијски режим ускладити са савременим схватањима природе инспекцијског надзора (превенција и корекција), с тим да поједине области од посебног друштвеног и државног значаја захтевају заштравање репресивног карактера државног надзора. Овакво стање последица је извесног занемаривања питања и проблема управне контроле управе у виду инспекцијског надзора и његовог места у управном систему.

²⁷ *Руководилац надзираног органа дужан је да у року од осам дана од дана истека рока за предузимање мера наложених решењем управног инспектора, истог обавести о спровођењу наложених мера.*

Резиме

Инспекцијски надзор представља посебан облик управне надзорне функције, која обједињава посебну врсту управних послова. Инспекцијским надзором органи државне управе испитују спровођење закона и других прописанепосредним увидом у пословање и поступање физичких и правних лица, недржавних и државних органа. Надзорна активност је правно регулисана и спроводи се у посебном инспекцијском поступку који има карактер *lex specialis* у односу на ЗУП. Савремени концепт инспекцијског надзора више истиче превентивну, корективну и саветодавну контролну функцију инспекцијских служби уместо репресивне делатности органа државне управе.

Инспекцијски надзор у Републици Србији има низ слабости. Најпре правни режим надзора је нејединствен, дифузан и несистематизован. Разлози за такво стање су бројни а један и од њих је свакако сложеност организационе структуре субјеката надзора (инспекцијских органа). Друго, сам инспекцијски поступак захтева посебан правни режим различит од ЗУП-а, који треба да нагласи и изрази надзорну природу послова инспекцијских служби, нарочито у условима актуелних промена самог ЗУП-а. Трећа, потребно је нови инспекцијски режим ускладити са савременим схватањима природе инспекцијског надзора (превенција и корекција), с тим да поједине области од посебног друштвеног и државног значаја захтевају заштравање репресивног карактера државног надзора. Овакво стање последица је извесног занемаривања питања и проблема управне контроле управе у виду инспекцијског надзора и његовог места у управном систему.

Prof. Predrag Dimitrijević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Basics of Inspection Control in the Republic of Serbia

Summary

*Inspection control is a special form of administrative supervision which includes a set of highly specific administrative affairs. By engaging into the inspection control, the public administration authorities scrutinize the implementation of laws and regulations by having a direct insight into the business operations and activities of individuals and legal entities, governmental authorities and non-governmental institutions. The supervision activity is regulated by the applicable law and it is subject to a special inspection procedure which is regarded as *lex specialis* as compared to the Administrative Procedure Act. The contemporary concept of inspection control implies the preventive, corrective and advisory function of inspection services rather than the repressive action of the state administration.*

The inspection control in the Republic of Serbia has a number of drawbacks. First, the legal regime governing this issue is non-uniform, diffuse, and unsystematic. One of the many reasons is the complexity of the organizational structure of inspection authorities. Second, the inspection procedure should be subject to a special legal framework, which is different from the one provided in the Administrative Procedure Act. In the current circumstances of introducing changes in this Act, the special legal regime should emphasize and promote the supervisory nature of inspection activities conducted by inspection services. Third, the new inspection regime has to comply with the contemporary understanding of the nature of inspection (which implies prevention and correction) but some areas of particular social and national interests should remain subject to rigorous scrutiny and repressive state control. The current situation is, to some extent, a result of neglecting the problems and issues pertaining to the administrative control in public administration, particularly the inspection control and its position in the administrative system.

Key words: *inspection, inspection services, inspection procedure, administrative inspection.*

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

UDK: 336.76

СТРУКТУРА ФИНАНСИЈСКИХ ТРЖИШТА¹

Апстракт: Развијено финансијско тржиште јесте предуслов ефикасне алокације финансијских средстава у свакој привреди. Ово тржиште има сложену структуру, са бројним учесницима и различитим финансијским инструментима. У овом раду објашњавамо организацију и значај различитих сегмената савремених финансијских тржишта. Део рада посвећујемо и домаћем финансијском тржишту, које још увек спада у ред недовољно развијених тржишта. Упознајући се са организацијом, учесницима и инструментима развијених финансијских тржишта препознајемо и недостатке домаћег финансијског тржишта, што је и циљ овог рада. Пословање хартијама од вредности није довољно познато домаћим инвеститорима, у исто време постоји честа промена закона из ове области, што додатно отежава развој домаћег финансијског тржишта.

Кључне речи: Финансијско тржиште, тржиште новца, тржиште капитала, финансијски инструменти, берзанско и ванберзанско тржиште.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018. године.

Појам финансијског тржишта

Финансијско тржиште јесте механизам помоћу којег се сусрећу понуда и тражња финансијских средстава. На њему се тргује специфичном робом – новцем. На овом тржишту финансијска средства преносе се од лица која имају вишак расположивих финансијских средстава лицима која имају мањак тих средстава. Као и свака друга роба, новац се купује и продаје, а на основу његове понуде и тражње, формира се његова цена. Камата јесте цена новца.

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

Камата је трошак позајмљивања туђег новца, односно цена која се плаћа за коришћење туђих финансијских средстава. Обично се исказује као постотак од износа позајмице (каматна стопа). Висина каматних стопа утиче на обим задуживања. Високе каматне стопе смањују потрошњу и инвестиције, с обзиром на то да је висок трошак њиховог финансирања. Насупрот томе, високе каматне стопе подстичу штедњу с обзиром на то да повећавају приход од камата. Другим речима, каматне стопе утичу на потрошњу и штедњу потрошача, али и на инвестиционе одлуке предузећа. Каматне стопе на различите врсте обвезница, и друге дружничке хартије од вредности, могу се знатно разликовати. Висина каматних стопа на ове хартије зависи, пре свега, од рокова њихове доспелости и ризика измирења обавеза од емитента. Што је дужи рок доспећа дужничких хартија, то је већа и камата која се исплаћује власницима тих хартија. Исто тако, што је већи ризик да неки емитент не изврши своју обавезу у вези са дужничком хартијом од вредности, он мора понудити вишу камату купцима својих хартија. Нека предузећа су више, а нека мање финансијски стабилна; с друге стране, држава углавном измирује своје обавезе по емитованим хартијама. Узимајући то у обзир, ови субјекти ће понудити различите каматне стопе на своје хартије како би привукли купце.

Акција је хартија од вредности која представља власнички удео у предузећу. Купац акције (акционар) постаје власник дела предузећа које

је те акције издало. Акционар има право потраживања дела профита и имовине предузећа. Акције могу емитовати само акционарска друштва. Када акционарско друштво емитује и продаје своје акције, оно на тај начин прикупља средства за финансирање своје активности. Након стицања, акционари могу продавати своје акције другим лицима на тржишту акција, чиме се мења власничка структура неког акционарског друштва. Цена по којој могу продати своје акције, може се знатно разликовати од оне коју су платили за њихову куповину, што зависи од тренутно стања понуде и потражње за акцијама тог предузећа. Због тога инвеститори прате промену цена акција на тржишту, на основу чега доносе одлуке о куповини и продаји акција. Тренутно стање на тржишту акција утиче и на инвестиционе одлуке предузећа. Уколико је на тржишту порасла цена акција неког акционарског друштва, оно ће бити стимулисано да прода нову емисију акција и тако прикупи средства за финансирање инвестиција. Цена акција конкретног акционарског друштва не зависи само од успеха пословања тога друштва, већ и од кретања на укупном тржишту акција, као и тренутно стања националне привреде. Тржиште акција доживљава успоне, падове, опоравак и крахове, што је блиско повезано са тренутним стањем националних економија, као и светских дешавања.

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



Слика 1. Структура финансијског тржишта

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

Законити ималац хартије од вредности поседује стварно *право на хартију* (право својине или право залог) и може њоме располагати. Преносом права на хартију, истовремено се преносе и права на која се та хартија односи, односно *права која проистичу из хартије*. Правило је да су право на хартију и права из хартије нераздвојни; изузетак од овог правила јесте то, да се могу пренети одређена права из хартије од вредности, уз задржавање права на хартију (нпр. власник акције може своје право на дивиденду, као једно од права из акције, пренети на треће лице).

Прометом тзв. *робних хартија од вредности* (коносман, складишница, преносиви товарни лист), одвија се промет робе на које се ове хартије односе. Насупрот њих, *постоје новчане (финансијске) хартије од вредности*, чијим прометом се остварује кретање новца међу учесницима у купопродаји ових хартија. Новчане хартије од вредности могу бити издате у *серији* (акције, обвезнице, благајнички и комерцијални записи), или као *појединачне хартије* (меница, чек). На тржишту хартија од вредности тргује се новчаним хартијама од вредности, издатим у серији, и оне данас имају електронску форму. Издавање и промет робних, као и новчаних хартија од вредности, издатих као појединачне хартије, регулисани су посебним законима.

Данас се *хартије од вредности* углавном дефинишу као *преносиви електронски документи, којима се тргује на финансијском тржишту, из којих за законите имаоце произлазе права и обавезе, у складу са законом и одлуком издаваоца о издавању хартија од вредности*. Ове хартије гласе на име, а издају се, преносе

и евидентирају у облику електронског записа у Централном регистру хартија од вредности. Упоредо с појмом хартија од вредности, законодавци користе и појам финансијски инструменти, као шири појам. *Финансијски инструменти*, осим хартија од вредности, обухватају и остале финансијске инструменте (финансијски деривати и друго), који представљају уговорни однос између двеју или више страна, а који изражавају уговорено право или обавезу, односно право на наплату, а по својој природи су у вези са финансијским тржиштем. Основни субјекти на финансијском тржишту јесу: емитенти (издаваоци) и купци хартија од вредности (инвеститори). Емитенти хартија од вредности могу бити само правна лица, а купци хартија од вредности могу бити и правна и физичка лица.

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

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

У зависности од тога да ли се хартије од вредности појављују на тржишту по први пут или не, финансијска тржишта можемо поделити на: примарна и секундарна. *На примарном тржишту* (емисионом) врши се емисија хартија од вредности и њихова прва продаја, односно, на овом тржишту, хартије добијају свог првог власника. Учествујући на примарном тржишту, емитенти хартија долазе до потребних финансијских средстава, односно они позајмљују новац (капитал) од купаца својих хартија. Након прве

продаје, свака даља продаја хартија од вредности обавља се на тзв. *секундарном тржишту*. На секундарном тржишту обавља се промет оних хартија, које су већ емитоване, и које су купили први купци. На овом тржишту, хартије мењају своје власнике, и док емитент, као дужник, остаје исти, мењају се његови повериоци.² Секундарна тржишта имају две важне функције. Прво, олакшавају продају хартија ради долажења до новца. Друго, на секундарном тржишту одређује се цена хартија од вредности, које су претходно продате на примарном тржишту. Лица која купују хартије на примарном тржишту емитенту неке хартије неће платити већу цену од оне за коју мисле да ће се постићи на секундарном тржишту. Што је већа цена хартије неког емитента на секундарном тржишту, већа ће бити и цена коју ће тај емитент постићи приликом нове емисије својих хартија на примарном тржишту. Инострана предузећа, и друге државе, могу продавати своје хартије од вредности на нашем тржишту, а могу се јавити и као купци наших хартија. Интензитет глобализације домаћег финансијског тржишта зависи од атрактивности домаће привреде за стране инвеститоре.

Тржишта хартија од вредности, могу бити организована и неорганизована (спонтана). На *неорганизованом тржишту*, трансакције хартијама углавном се обављају у непосредном контакту купаца и продаваца. *Организовано тржиште* јесте оно тржиште, на коме се организовано сусрећу понуда и тражња хартија од вредности, уз прописана правила трговања и контролу надлежних институција. Све берзе јесу организована тржишта, али сва организована тржишта нису берзе. Другим речима, у организована тржишта хартија спадају берзе и организована ванберзанска тржишта, што значи да постоје и ванберзанска тржишта која нису организована.

Тржиште новца

Тржиште новца (*Money Market*) део је финансијског тржишта, на коме се тргује краткорочним хартијама од вредности (краткорочне обвезнице, благајнички записи, комерцијални записи, и друго). На тржишту новца појављују се привредни субјекти који желе да обезбеде средства за потребе ликвидности, резерве и друге краткорочне намене. Секундарно

² Претпоставимо да је лице А купило акцију предуће Х на примарном тржишту. Након одређеног времена лице А одлучује да прода своју акцију. Ту продају обавља на секундарном тржишту, и нови власник те акције постаје лице Б. Лице А добија новац за акцију коју је продало, али предузеће Х које је емитовало ту акцију од те продаје не добија ништа. Предузеће Х може доћи до нових средстава само уколико емитује и прода нове акције на примарном тржишту. Дакле, предузећа долазе до капитала само када се њене хартије први пут продају на примарном тржишту.

тржиште краткорочних хартија од вредности мање је значајно, у односу на секундарно тржиште дугорочних хартија, због кратког рока њиховог доспећа. Лица која желе да пласирају свој новац, на краће време, појављују се на тржишту новца као купци различитих краткорочних хартија од вредности. Ове краткорочне хартије они плаћају новцем, и тиме чине краткорочну позајмицу емитентима хартија, уз одређену камату. Уместо да купују краткорочне хартије, штедише имају другу алтернативу, а то је улагање новца у депозите по виђењу, са врло ниским каматама. Будући да краткорочне хартије носе више камате од улагања новца на рачуне по виђењу у банкама, јасна је предност куповине хартија од вредности. Хартије од вредности увек нуде више камате од одговарајућих банкарских депозита, јер их, у супротном, нико не би куповао.

Најважније *функције* тржишта новца јесу: на њима, предузећа и финансијске институције, долазе до краткорочних средстава за одржавање ликвидности; преко тржишта новца, држава обезбеђује средства за финансирање дефицита у јавним финансијама, без инфлаторних последица и делујући на тржишту новца, централна банка спроводи монетарну политику. *Финансијски инструменти*, којима се најчешће тргује на тржишту новца, јесу: краткорочне обвезнице, благајнички и комерцијални записи, сертификати о депозиту, и други. Посебно су значајне државне краткорочне хартије (краткорочне обвезнице, државни записи), које емитује и продаје држава.

Емитовањем *краткорочних обвезница*, и њиховом продајом, држава долази до средстава за покриће привремених буџетских дефицита, у ситуацији када редовни буџетски приходи нису довољни за покриће буџетских расхода. Инвеститори су заинтересовани за куповину ових обвезница, с обзиром на то да доспевају у кратком року и да носе мали ризик од неизмиравања обавеза, јер као гарант обавеза стоји држава. Осим државе, краткорочне обвезнице могу издавати и предузећа и банке, чиме позајмљују новац од купаца обвезница, на одређено време, уз обавезу да у року доспелости власнику обвезнице исплате и номиналну вредност, и уговорену камату.

Државни записи (записи трезора) служе за краткорочно финансирање привремених буџетских дефицита. Влада Републике Србије емитује записе трезора путем јавних аукција, од 2003. године. Ове записе могу куповати и правна и физичка лица. Записи трезора се, по правилу, емитују као *дисконтне хартије од вредности*, што значи да се, о доспећу, власнику исплаћује износ номиналне вредности записа, који је већи од цене, плаћене приликом куповине записа.

Благајнички запис могу емитовати централна банка, банке, и друге финансијске организације, а не могу остала правна лица. Банке емитују и продају благајничке записе када су им потребна средства за одржавање ликвидности. Те записе купују правна и физичка лица. Благајнички запис, који емитује централна банка, инструмент је за регулисање количине новца у оптицају. Када централна банка емитује и продаје благајничке записе, она тиме смањује количину новца у промету. Благајнички записи Народне банке Србије продају се на Београдској берзи, али и директно, ванберзански, у контакту Народне банке са пословним банкама. *Комерцијални запис* јесте краткорочна хартија од вредности, слична благајничком запису, с том разликом, што га могу емитовати сва друга правна лица, која не могу емитовати благајничке записе, и углавном су то позната предузећа.

Краткорочни сертификат о депозиту јесте хартија од вредности коју издаје пословна банка, а којом се потврђује да лице има орочени депозит код те банке. На основу добијеног сертификата, депонент може трговати својим ороченим новчаним депозитом. Продајом сертификата, депонент долази до својих орочених средстава, пре рока на који су она орочена, али уз одрицање од дела новца који је могао добити по истеку орочења. Купац сертификат о депозиту, стиче право да подигне депозит, након истека рока орочења.

Главни учесници на тржишту новца јесу: држава (министарство финансија и централна банка), банке, и друге финансијске организације, предузећа и индивидуални инвеститори. Министарство финансија емитује краткорочне обвезнице и записе. То министарство увек се јавља само као емитент ових хартија, не и као инвеститор. Централна банка најутицајнији је учесник на тржишту новца. *Операције на отвореном тржишту* представљају куповину и продају хартија од вредности од централне банке. Када жели да повећа понуду новца, централна банка купује хартије, плаћа их динарима, чиме повећава број динара у оптицају. Уколико жели да смањи количину новца у оптицају, централна банка продаје на тржишту хартије од вредности. Купци плаћају ове хартије својом готовином, чиме се смањује износ новца у оптицају. Пословне банке јављају се као емитенти на тржишту новца, али и као купци краткорочних хартија министарства финансија и централне банке. Остале финансијске институције (пензиони фондови, осигуравајућа друштва) по правилу се јављају као инвеститори у краткорочне хартије. Предузећа се јављају и као емитенти краткорочних хартија (краткорочних обвезница, комерцијалних записа) и као инвеститори. Као емитенти, јављају се углавном велика и позната предузећа. Индивидуални инвеститори углавном наступају на овом тржишту преко инвестиционих фондова, а могу и самостално.

Прва савремена институција финансијског тржишта, у некадашњој Југославији, после Другог светског рата, основана је у Београду, 8. новембра 1989. године, под називом „Тржиште новца и краткорочних хартија од вредности, Београд“.³ Оснивачи овога тржишта, биле су 103 банке и четири друге финансијске организације. Улога данашњег, домаћег, тржишта новца значајна је, али још увек не онаква, какву имају сличне институције у развијеним тржишним привредама.

Тржиште капитала

На тржишту капитала (*Capital Market*) врши се продаја и куповина дугорочних хартија од вредности (акције, дугорочне обвезнице), чији је рок доспећа преко једне године, чиме се остварује *дугорочно позајмљивање новца*. Акције немају рок доспећа, већ се позајмљивање новца врши све док акционарско друштво постоји. Предузеће, коме је потребан туђи новац на дуже време, може узети дугорочан кредит од банке, или може продавати акције и дугорочне обвезнице. Купци акција и дугорочних обвезница позајмљују свој новац емитентима ових хартија, на дужи период. За дугорочне хартије користи се и термин *ефекти*. Тржиште хартија од вредности чини примарно тржиште, на коме се врши прва продаја хартија од вредности, и секундарно тржиште, на коме се обавља друга, и свака наредна, трговина хартијама.

На примарном тржишту капитала (*Primary Capital Market*) врши се емисија дугорочних хартија од вредности, и њихова прва куповина. Та купопродаја се може остварити путем директних односа између издавалаца и купаца, или преко финансијских посредника. На примарном тржишту, хартије од вредности стичу свог првог власника. Овај промет хартија од вредности обавља се између емитента и првог купца. Даља препродаја хартија од вредности обавља се на секундарном тржишту. Банке обављају низ послова, уместо емитената финансијских инструмената. Оне саме откупљују један број ефеката, или их узимају у комисион, ради продаје коначним власницима. Ове своје услуге банке наплаћују путем провизије. У развијеним привредама законима се утврђује процедура издавања и пласмана хартија од вредности. Њихов циљ је заштита инвеститора.⁴

Хартије од вредности могу се пласирати путем *приватних и јавних пласмана*. Код приватних пласмана, нове емисије ефеката продају се

³ На основу Закона о тржишту новца и тржишту капитала, Службени лист СФРЈ, бр. 64/89.

⁴ О функционисању примарног тржишта, видети: Живота Ристић, Тржишта капитала, Привредни преглед, Београд, 1990, стр. 141.

директно инвеститорима, чиме се заобилази отворено тржиште. Једна од предности овога пласмана јесте уштеда времена и новца, потребног за пласман хартија. Остварује се уштеда у вези са провизијом банака, јер се оне код приватних пласмана обично не ангажују. У недостатке приватног пласмана спадају већи каматни трошак (ови емитенти морају понудити више камате, како би привукли инвеститоре), и слабија могућност продаје.

На америчком тржишту капитала, када предузеће емитује и продаје хартије инвеститорима јавног сектора, оно мора прибавити исправу о рангирању, од једне или више агенција за оцену ранга сигурности. Таква обавеза не постоји уколико је инвеститор из приватног сектора. Водеће агенције за рангирање хартија од вредности су Moody's Investors Service и Standard & Poors. Емитент нових корпорацијских хартија од вредности склапа уговор са агенцијом ради оцене и рангирања квалитета емисије. Прва четири степена додељују се емисијама са квалитетом пожељним за инвестирање, док се хартије из преосталих степена сматрају спекулативним. Рангирања, која спроводе наведене агенције, сматрају се општеприхваћеним, и многи инвеститори их прихватају без даљег испитивања ризика. Пре рангирања, агенције истражују бројна питања: показатеље ликвидности, задуженост, профитабилност, пословни ризик предузећа, садашње и будуће потребе за капиталом, особине хартија које се емитују, релативни удео дуга, као и способност новчаног подмиривања главнице и камате.⁵

На секундарном тржишту капитала (*Secondary Capital Market*) врши се даљи пласман већ емитованих дугорочних хартија од вредности. На њима се врши друга, и свака даља, куповина и продаја ефеката, који су пласирани на примарном тржишту. Секундарна тржишта омогућавају власницима хартија да у сваком моменту дођу до готовог новца, а власницима капитала да дођу у посед жељене хартије. На овом тржишту, конкретна хартија од вредности мења власнике, а емитент те хартије има обавезу према тренутном власнику. У секундарна тржишта спадају берзанска и ванберзанска тржишта.

Берзанска и ванберзанска тржишта

На берзанском тржишту (*Exchange*) постоји тачно одређени простор, тзв. паркет, на коме се одвија трговина, према строгим правилима, и само оним тржишним материјалима, који испуњавају строге услове. Правна и физичка лица могу учествовати у трансакцијама на берзи само посредством берзанског брокера. Познате светске берзе јесу Њујоршка (*NYSE – New York*

5 Детаљније о рангирању хартија од вредности видети: James C. Van Horne, *Financial Market Rates and Flows*, Englewood Cliffs, NJ: Prentice Hall, 1990, стр. 328.

Stock Exchange), Лондонска, Токијска, Франкфуртска, Еуронехт, и друге. Да би одређена хартија од вредности била предмет трговине на берзи, неопходно је да прође процедуру пријема на берзу (листинг). Услови за листинг разликују се од берзе до берзе. У свакој земљи постоји врховна контролна и регулаторна институција, која се стара о стабилности тржишта хартија од вредности, и о заштити инвеститора. Та институција у Америци носи назив Комисија за берзе и хартије од вредности (*Securities and Exchange Commission – SEC*), док је код нас то Комисија за хартије од вредности. За берзе дугорочних хартија од вредности, користи се и термин *берзе капитала*, а често се називају и *ефектним берзама*. Берзе краткорочних хартија од вредности називају се и *берзама новца*.

На организованом ванберзанском тржишту, трговина се углавном одвија електронским везама. Ово тржиште назива се и мрежним, као и шалтерским тржиштем (*OTC – Over the Counter Market*). Трговина се обавља преко организоване мреже дилера, на различитим локацијама, повезаних електронским путем. На ово тржиште пласирају се хартије од вредности које не испуњавају критеријуме берзе. На организованом ванберзанском тржишту концентришу се понуда и тражња за тржишним материјалима, уз постојање не тако строгих правила пословања и трговине. Као пример организованог ванберзанског тржишта поменућемо NASDAQ (*National Association of Securities Dealers Automated Quotations*), које је основано 1971. године, и данас представља глобалну компјутерску трговачку мрежу. Велики број акција у САД-у налази се на ванберзанским тржиштима, док је већина обвезница у САД-у управо на ванберзанским тржиштима.

Неорганизовано тржиште хартија од вредности обухвата све трансакције тржишним материјалима, које се обављају ван берзанског и организованог ванберзанског тржишта. На овим тржиштима обавља се трговина стандардним или специфичним финансијским инструментима. Купци и продавци контактирају директно, или преко посредника, а те њихове везе могу бити редовне или спорадичне.

Берзе су савремене институције, на којима се тргује робама, услугама, новцем и хартијама од вредности. На њима се одвија велики део новчаних и робних трансакција у тржишним привредама. На берзама се, у тачно одређено време, састају берзански посредници (брокери), како би склопили послове о куповини и продаји одређених берзанских материјала, за рачун својих клијената. На берзама се примењују *строга правила пословања*. Предмет трговине могу бити само оне робе, услуге и хартије од вредности, које испуњавају услове утврђене правилима берзе. Право учешћа у раду берзе имају само *чланови берзе*. Куповина и продаја на берзи обавља се

по систему аукције. Највиша цена, по којој је купац спреман да купи неки берзански артикал, у предности је у односу на ниже цене. У тренутку када цена постане прихватљива за оба учесника у трансакцији, обавља се купопродаја.

Сматра се да су прве организоване берзе, настале у XV веку. У овом периоду, берзе су се појавиле на тлу италијанских градова, где је расла трговина између ових градова и других делова Европе. Премештањем саобраћаја на атлантску обалу Европе, премешта се и трговина у градове западноевропских земаља. Тако је дошло и до оснивања берзи у Антверпену, 1531, Лиону, 1545, Лондону, 1566, и Амстердаму, 1608. године. С порастом броја акционарских друштава, долази до оснивања берзи у Њујорку, 1817. године, затим у Паризу, Берлину и Бечу. Прва домаћа берза основана је 1894. године, у Београду. После Првог светског рата, основане су берзе у Загребу, 1919, Новом Саду, 1921, Љубљани, 1924. године, а касније и у Скопљу и Сомбору. После Другог светског рата, у нашој земљи укинута су берзе, под изговором да служе за спекулацију. С крахом социјалистичког привредног и политичког система, у нашој земљи, дошло је до реafirмације тржишног привређивања, чиме је и развој берзанског пословања добио на значају. Доношењем Закона о тржишту новца и тржишту капитала,⁶ 1989. године, поново је омогућено оснивање берзи код нас, што је и учињено оснивањем Београдске берзе, те исте године. Данас постоје развијене берзе у већем броју светских пословних центара. Све велике светске берзе међусобно су повезане савременим комуникационим системима. Будући да се акцијама познатих мултинационалних компанија тргује по целом свету, трговина практично траје 24 сата, због временских разлика.

У Великој Британији, САД-у, Канади, Аустралији и Јапану, берзе су *приватне институције*, основане као акционарска друштва. Држава има одређене контролне функције у пословању ових берзи, мада њен утицај није од већег значаја. Европске берзе јесу *јавне институције*, основане на темељу посебних закона. Државе остварују знатно учешће у управљању европским берзама. Према степену државне контроле, берзе се могу поделити на званичне и незваничне. *Званичне или службене берзе* основане су у складу са законским прописима. На њима се примењују строга правила пословања, уз одређену државну контролу. *Незваничне или неслужбене берзе* чине слободно берзанско тржиште, на коме се, без већих формалности и без државне контроле, тргује хартијама, пре него што се оне уведу на званичну берзу, или се тргује оним хартијама, које не испуњавају строге услове за увођење на званичну берзу.

⁶ Службени лист СФРЈ, бр. 64/1989.

Организација домаћег финансијског тржишта

Финансијско тржиште у Србији добило је нови правни оквир доношењем *Закона о тржишту капитала*, који је ступио на снагу 17. новембра 2011. године.⁷ Овај закон уводи бројне новине, па и у делу који се односи на организацију финансијског тржишта. У њему су регулисани: јавна понуда и секундарна *трговина* финансијским инструментима; *тржишта* финансијских инструмената; *учесници* на тржишту капитала; организација и надлежност *Централног регистра, депоа и клиринга хартија од вредности; Комисија за хартије од вредности* и друго.

У складу са овим законом, *финансијски инструменти* обухватају: преносиве хартије од вредности (акције, обвезнице и друго); инструменте тржишта новца (трезорски, благајнички и комерцијални записи; сертификати о депозиту); јединице институција колективног инвестирања; финансијске деривате, односно изведене финансијске инструменте (опције, фјучерси, свопови, форварди и други); и друго.⁸ Овако дефинисан појам финансијских инструмената не односи се на: полисе осигурања и реосигурања; финансијске инструменте који се издају поводом промета роба и услуга (меница, чек, писани упут-асигнација, коносман, товарни лист, складишница); друге исправе о дугу, новчаном депозиту или штедњи које немају својства финансијских инструмената; уделе у ортачком, командитном и друштву са ограниченом одговорношћу. Под *преносивим хартијама од вредности* домаћи законодавац подразумева све врсте хартија од вредности којима се може трговати на тржишту капитала, изузев инструмената плаћања. Преносиве хартије од вредности укључују пре свега: *акције* друштва или друге хартије од вредности еквивалентне акцијама друштва, као и депозитне потврде које се односе на акције; *обвезнице* и друге облике секјуритизованог дуга (претварање дуга у хартије од вредности), укључујући и депозитне потврде које се односе на наведене хартије; другу хартију од вредности која даје право на стицање и продају такве преносиве хартије од вредности или на основу које се може обављати плаћање у новцу.

У домаћем Закону о тржишту капитала власничке и дужничке хартије од вредности дефинисане су на следећи начин. *Власничке хартије о вредности* су акције и друге преносиве хартије од вредности истоветне акцијама друштва које представљају учешће у капиталу, као и друге врсте преносивих хартија од вредности из којих произлазе права стицања поменутих хартија од вредности као последица њихове конверзије или

⁷ Службени гласник РС, бр. 31/2011.

⁸ Видети: члан 2. Закона о тржишту капитала.

уживања права које оне доносе, под условом да њих издаје издавалац основних акција или лице које припада групи тог издаваоца. Акције, односно хартије од вредности истоветне акцијама, издају акционарска друштва, а њиховом куповином лице постаје власник дела капитала тог акционарског друштва. *Дужничке хартије од вредности* су обвезнице и други преносиви секјуритизовани инструменти дуга, изузимајући хартије од вредности које су еквиваленти акцијама друштва или које дају право стицања акција или хартија од вредности еквивалентним акцијама. Власници дужничких хартија од вредности имају право на исплату главнице, камате, као и друга права. Назив дужничке хартије од вредности базиран је на чињеници да се њиховим издавањем ствара дуг на страни издавалаца ових хартија, јер издаваоци продајом ових хартија практично позајмљују новац од купаца својих хартија.

На домаћем тржишту *инвестициона друштва* (брокерско-дилерска друштва, овлашћене банке) пружају инвестиционе услуге и обављају инвестиционе активности. Под инвестиционим услугама и активностима домаћи законодавац подразумева: пријем и пренос налога који се односе на продају и куповину финансијских инструмената; извршавање налога за рачун клијената (закључење уговора о куповини или продаји једног или више финансијских инструмената за рачун клијента); трговање за сопствени рачун (дилерски посао); управљање портфељом; инвестиционо саветовање; услуге у вези са понудом и продајом финансијских инструмената и друго.

Домаћи Закон о тржишту капитала дефинише брокерско-дилерско друштво као инвестиционо друштво у чије редовне активности или пословање спада пружање једне или више инвестиционих услуга трећим лицима, односно које професионално обавља једну или више инвестиционих активности. Овлашћена банка је инвестиционо друштво које је организациона јединица кредитне институције у чије редовне активности или пословање спада пружање једне или више инвестиционих услуга трећим лицима, односно професионално обављање једне или више инвестиционих активности у вези са финансијским инструментима. Инвестиционо друштво пружа инвестициону услугу клијентима, а то могу бити и физичка и правна лица. Под професионалним клијентом домаћи законодавац подразумева лице које поседује довољно искуства, знања и стручности за самостално доношење одлука о улагањима и правилној процени ризика у вези са улагањима.

У складу са важећим законом, домаће тржиште хартија од вредности подељено је на: регулисано тржиште, мултилатералну трговачку платформу (МТП тржиште) и ОТЦ тржиште (*Over the Counter Market*).

Регулисано тржиште је мултилатерални систем који организује, односно којим управља овлашћени организатор тржишта. Овај систем омогућава и олакшава спајање интереса трећих лица за куповину и продају финансијских инструмената. Да би одређена акција била листирана на регулисаном тржишту неопходно је да испуњава најстроже услове. Регулисано тржиште представља супституцију берзанском тржишту. *Организатор тржишта* је лице које управља, односно обавља делатност у вези са функционисањем регулисаног тржишта, а организатор тржишта може бити и само регулисано тржиште.

МТП тржиште (Мултилатерална трговачка платформа) представља мултилатерални систем који организује, односно којим управља организатор тржишта или инвестиционо друштво. Постојање овог тржишта омогућава и олакшава спајање интереса трећих лица за куповину и продају финансијских инструмената. МТП тржиште можемо упоредити са организованим ванберзанским тржиштем.

ОТЦ тржиште је секундарно тржиште за трговање финансијским инструментима које не мора да има организатора тржишта. Дакле, у складу са домаћим законом, ово тржиште представља облик ванберзанског тржишта, које може бити организовано и неорганизовано. Трговина на овом тржишту подразумева преговарање између продаваца и купаца финансијских инструмената у циљу закључења трансакције, односно слободно уговарање купопродаје одређеног финансијског инструмента. Предмет трговања на ОТЦ тржишту могу бити сви финансијски инструменти, чије трговање на регулисаном тржишту није обавезно, односно који су искључени са регулисаног и МТП тржишта, као и дужничке хартије од вредности, којима се, као изузетак од правила, може трговати истовремено на регулисаном, односно МТП и ОТЦ тржишту.

У складу са домаћим законом, примарна и секундарна продаја хартија од вредности може се вршити на основу јавне понуде издаваоца, или без јавне понуде. Под термином *јавна понуда хартија од вредности* подразумева се емисија и продаја хартија од вредности коју прати објављивање свих битних информација у вези са понућеним хартијама од вредности, на основу којих сви заинтересовани купци могу одлучити да у њих инвестирају. Јавна понуда хартија од вредности подразумева јавни позив упућен потенцијалним инвеститорима да изврше упис и уплату хартија од вредности, у поступку примарне продаје, или да купе хартије од вредности, у поступку секундарне продаје.

За *власника хартије од вредности* користи се и термин *законити ималац хартије од вредности*. Подаци о емитованим хартијама од вредности

(на које се односи Закон о тржишту капитала), и њиховим власницима, налазе се у Централном регистру хартија од вредности. *Инвеститор* је лице које купује хартије од вредности, и друге финансијске инструменте. *Као издаваоци хартија од вредности* и других финансијских инструмената на домаћем тржишту могу се јавити домаћа и страна правна лица (предузећа, банке, Република, аутономне покрајине, јединице локалне самоуправе, правна лица корисници буџетских средстава, организације обавезног социјалног осигурања, Народна банка Србије, стране државе, државни органи, међународне институције и други). Насупрот издаваоцу, постоји лице које упућује понуду (понуђач), а то је правно или физичко лице које упућује јавну понуду за куповину одређених финансијских инструмената. Одредбе домаћег Закона о тржишту капитала не примењују се на Републику или Народну банку Србије, на трговање финансијским инструментима чији су издаваоци Република и Народна банка Србије, као ни на нестандардизоване изведене финансијске инструменте, осим уколико законом није друкчије одређено. *Јавно друштво* је, у складу са домаћим законом, издавалац који испуњава бар један од следећих услова: успешно је извршио јавну понуду хартија од вредности, или чије су хартије од вредности укључене у трговање на регулисаном тржишту, односно домаћем МТП тржишту.

Домаћи Закон о тржишту капитала из 2011. године, по први пут код нас регулише рејтинг агенције. У складу са овим законом, *рејтинг агенција* је овлашћено правно лице које даје мишљење о будућој способности издаваоца, односно дужника да благовремено и у потпуности измири своје финансијске обавезе, а на основу унапред утврђеног и јасно одређеног система рангирања. Мишљења рејтинг агенција олакшавају одлуке инвеститора у вези са куповином конкретних финансијских инструмената, с обзиром на то да ове агенције процењују стабилност издаваоца хартија од вредности, и њихову способност да измирију обавезе лицима која су купила њихове финансијске инструменте. Од квалитета рада ових агенција у великој мери ће зависити понашање инвеститора на домаћем тржишту хартија од вредности.

Резиме

Домаће финансијско тржиште недовољно је развијено, посебно када је реч о тржишту капитала. Недовољан је број учесника, мало квалитетних финансијских инструмената, а обим промета је скроман. Разлог томе су: вишедеценијско одсуство берзанског пословања код нас, за време постојања социјалистичког политичког и економског система; споро

одрицање државе од интервенционизма у привреди; честа промена прописа из области пословања финансијским инструментима као и правна несигурност; недовољно поверење у домаћи финансијски систем и друго. Домаћи потенцијални инвеститори недовољно су упућени у пословање финансијским инструментима. У исто време, постоји сложена регулатива из ове области, која је код нас изложена честим променама. Тако и актуелни Закон о тржишту капитала уводи бројне новине, укључујући и нове термине којима се означавају поједина тржишта финансијских инструмената. Овим законом се по први пут код нас регулишу рејтинг агенције, које су веома значајне институције на финансијским тржиштима. Стварањем домаћих рејтинг агенција од поверења, као и афирмисањем услуга инвестиционих фондова, и других институција колективног инвестирања, могуће је покренути ток инвестирања у финансијске инструменте.

Prof. Ljubica Nikolić, LL.D.

Full Professor,

Doc. Aleksandar Mojašević, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

THE STRUCTURE OF FINANCIAL MARKETS

Summary

The Serbian financial market is underdeveloped, especially when it comes to the capital market. There is an inadequate number of market participants, a small number of high-quality financial instruments and a modest scope of financial transactions. The reasons for such a state of affairs are numerous. It is a result of a long-term absence of stock exchange operations in Serbia during the socialist political and economic system of governance; the state is frequently reluctant to abandon the concept of economic interventionism; there are frequent changes in the regulations in the field of managing financial instruments, which causes legal uncertainty; there is a lack of confidence in the domestic financial system; etc. The prospective domestic investors have insufficient information about using diverse financial instruments in business transactions. Concurrently, this area is regulated by a complex set of legal provisions, which are frequently changed and amended.

The current Capital Market Act (2011) introduces numerous novelties, including some new terminology for designating some markets in financial instruments. This is the first act that regulates the concept of rating agencies as highly significant institutions in financial markets. Further investments in various financial instruments may be set in motion and promoted by establishing trustworthy rating agencies and promoting the services of investment funds and other collective investment institutions.

Key words: *financial market, money market, capital market, financial instruments, stock exchange market and OTC (over-the-counter) market*

ВЕШТАК ПСИХИЈАТАР У СУДСКОМ ПОСТУПКУ - ПОЖЕЉНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ И СТРУЧНО-ЕТИЧКЕ ДИЛЕМЕ

Апстракт: Психијатријско вештачење, као некада значајно доказно средство, представља сложену активност (неуро) психијатара, који процењују психичко стање и менталне способности неког лица које је својим понашањем учинило неку правну радњу или активност која је предмет судског поступка.

Ово упућује на то да вештак психијатар треба да поседује одређене стручне и личне атрибуте, како би доказна радња била квалитетно и објективно обављена. Међу њима су од посебног значаја: велико клиничко искуство и знање из највећег дела психијатрије, аутентична заинтересованост за поступак вештачења, енергичност и предузимљивост, доследност у ставу и способност да свој налаз образложи на језику који је разумљив и лаицима, лично поштење, неподложност утицајима и др.

Такође, вештаци (неуро) психијатри се у овој активности сусрећу и са разним етичким и стручним дилемама, које су делом последица специфичности рада форензичара у односу на психијатре који се баве само клиничким радом. Ово се посебно огледа у области везаној за лекарску тајну, утврђивања који психијатар треба да обавља вештачење, као и етичке и стручне дилеме које се јављају у области мера безбедности медицинског карактера.

Рад садржи приказ ставова о питањима која су наведена, са основним циљем да исте буду препознате, чиме се и смањују потенцијалне нејасноће и недоумице лаика које су везане за психијатријска вештачења. Истицањем пожељних квалитета вештака се, такође, стварају се предуслови за што оптималнију едукацију ових кадрова, чији резултат треба да буде стварање предуслова за што

1 E-mail: cira@prafak.ni.ac.rs

објективније психијатријске процене са употребном вредношћу за правнике и друге учеснике судских поступака.

Кључне речи: *судска психијатрија, вештаци психијатрији, стручне и личне особине, етичке и стручне дилеме.*

1. Увод

Један од основних циљева судског поступка је утврђивање објективне истине. Највећи део тих активности обављају правници, на основу својих знања и образовања које поседују, али у неким ситуацијама то чине и представници других научних дисциплина и струка. То се дешава у ситуацијама када суд (правници) и остали учесници судског поступка немају довољно стручних знања за сагледавања одређених чињеница које су од интереса за суд. Ове активности најчешће представљају вештачења, која се, између осталог, могу обављати и из области психијатрије. Њима се утврђују одређене психијатријске чињенице (Craft, M., Craft A, 1986:78) односно психичко стање и психичке способности лица чије је понашање везано за одређену правну норму или законски пропис.

Из тих разлога се може рећи да је **судско-психијатријско вештачење је доказна радња у судском поступку којим се даје стручно мишљење о одређеним питањима из области психијатрије, тј. врши процена психичког стање једне особе и одређених њених способности у односу на поједини законски пропис².**

Чињеница да судски психијатар ради по налогу и задацима суда, као и бројне друге специфичне околности које произилазе из експертног поступка, чине позицију форензичара у односу на друге психијатре посебном, што захтева и неке њихове специфичне стручне и персоналне атрибуте (Craft, M. et al, 1986:79). Осим тога, свакодневна активност судских психијатара ставља пред њих, не ретко, и одређене етичке дилеме или проблеме, које су значајно мање изражене у осталим областима психијатрије (Curran, W.J., Mc Garry, L.A., Shah, S.A.:57).

Управо из ових разлога, а пре систематизације неких битних персоналних и стручних атрибута вештака психијатра, треба истаћи неке специфичности њиховог рада и активности, од којих се неке односе не само на вештаке, већ и на особе које вештачимо.

2 Ђирић, З.: Основи судске психијарије, Центар за публикације, Правни факултет Ниш, Ниш, 2013. стр.11

2. Специфичности рада и активности судских психијатара

Ако се изузму постмортална вештачења (процена психичког стања и способности лица након смрти тог лица), однос форензичар-експертизна личност одударе од класичног односа у психијатрији између психијатра и пацијента.

а) Наиме, у поступцима вештачења најчешће изостаје слободна жеља испитаника да комуницира са психијатром, тј. преглед се заснива на судском одређењу (наредби или решењу). Тиме се ствара одређена форма принуде или бар изостанак личне жеље да буде прегледан од стране психијатра, а не ретко очекује и кооперативност при прегледу, као и одговори који нису везани само за испитаника, већ и за нека лица из његове уже или шире околине.

б) Следеће, у својим активностима судски психијатри се **доминатно усмеравају дијагностичком сагледавању испитаника** (било индивидуалним прегледом или у склопу допунских дијагностичких процедура које предлажу суду) и процени форензичких питања, те се може рећи да *при вештачењима готово да у потпуности изостаје конкретни терапијски приступ* (сем евентуалног предлога за неку меру безбедности медицинског карактера)

Када се већ помиње доминантни дијагностички приступ у судској психијатрији, подсетио бих да је још проф. Капамација³ истакао проблем “тзв. дијагнозе”, истовремено говорећи о постојећој неусклађености између правних израза за менталне поремећаје и медицинских дијагноза, које је некада тешко ускладити са постојећим законским одређењима. Иако је од истицања овог проблема прошло две деценије, иако су у психијатрији на снази биле две ревизије Међународне класификације душевних поремећаја (МКБ 9 и МКБ 10, задња је и актуелно важећа), на законодавном плану се готово није много променило променило и поред истицања да постоји потребе да се ускладе медицинских и правних појмова. Наравно да се право не може тако брзо прилагођавати изменама које настају у психијатријској науци, нити је то нешто што очекујемо са сваким новим виђењима у психијатрији, али је ипак неопходан бар један квалитативни помак у складу са савременим ставовима у психијатрији, пре свега због чињенице да би се тиме избегле одређене несугласице, неразумевања или нејасноће на релацији права и судске психијатрије.

3 Капамација Борислав: Форензичка психијатрија, Матица српска, Нови Сад, 1989. стр.34

Капамација (Капамација, Б.:1989) још истиче да посебне тешкоће настају када се од вештака, након установљавања неког менталног поремећаја, захтева (у складу са законом) одређење природе, врсте, степена и трајаности поремећаја.

Наиме, у великом броју случајева, нарочито када се ради о тзв. ендогеним менталним поремећајима, још увек ни психијатрија нема дефинитивни одговор о њиховој природи и узроцима, па је тешко и право дати децидан одговор на ове околности. Такође, појам “степен” је доста нејасан, а када се ради о трајности, моћи предикције су често тешко одредиве, односно нисмо увек у могућности да одредимо трајност једног поремећаја, посебно у садашњим условима када су се терапијске могућности значајно увећале и када оно што је раније процењивано као неизлечиво, добија потврду да се у солидном проценту може излечити.

в) На даље, **запажања о испитанику**, за разлику од осталог дела психијатрије, излазе “ван зидова” места где се преглед обавља, тј. даје им се *јавна димензија*.

Тиме настаје специфична “*дуална*” позиција вештака психијатра, која нема толико у осталим сегментима психијатрије, а то је:

- да јавно презентује своје виђење психичког стања лица које се вештачи и
- да је њихова процена изложена суду, критичкој оцени и бројним питањима немедицинара, претежно правника.

д) Ако овоме придодемо и перманентну обавезу да се кроз вештачења **штите и одређени интереси друштва, као и појединца**, све ово само додатно даје на сложеној и специфичној позицији вештака психијатра,

Наведене околности само су сегмент специфичности рада, активности и позиције судских психијатара. Оне су несумњиво такве да осим широких знања из области клиничке психијатрије, од форензичара захтевају и одређене додатне стручне и етичке квалитете, о којима се може говорити генерално, али и од конкретног случаја до случаја. Међу њима су и одређено познавање правне терминологије и правних појмова, искуство у активностима у судским поступцима, као и спремност вештака да оствари задатке који су од значаја за суд, са једне, а и да не изађе из оквира своје струке, са друге стране.

3. Судско-психијатријски вештак

Ковачевић⁴ истиче да се “представа о психијатријском вештаку мењала и еволуирала” са развојем сарадње права и психијатрије, грубо омеђивши ову еволуцију у неколико фаза:

- прва, када је вештак углавном одговарао на питања везана за урачунљивост окривљених,
- друга, када се осим психичког стања у време делања са правним последицама, вештак изјашњавао и о стању лица у време прегледа и
- савремена фаза, у којој је форензичар активни учесник у судском поступку, који суду пружа објашњења о свим битним чињеницама везаним за личност и психичко стање испитаника, посебно у моментима делања за правним импликацијама.

Процесно законодавство се задовољава одређењем да психијатријско вештачење може да обави психијатар или неуропсихијатар, комисија психијатара или меродавна психијатријска установа. Посебно код вештачења која обављају појединци, у практичном животу се најчешће јављају две могућности:

- прва, да се сваки психијатар не жели бавити судском психијатријом, до мере да неке чак и не интересују активности и модалитети рада судских психијатара, при чему велики број њих са значајним степеном познавања и искуства у сфери клиничке психијатрије;
- и друга, вероватно неповољнија варијанта, да неки психијатри желе да се баве форензиком, па чак и успевају да добијају вештачења, иако су степен њиховог форензичког знања и/или личне особине релативно скромне и тешко одговарају сложеној форензичкој проблематици која се пред њих често поставља.

Наведени разлози су вероватно утицали да се неки аутори, говорећи о личности судског психијатра, истакну да он треба да буде “**високо клиничко-медицински образован, да мора поседовати и правна знања, висок степен емоционалне самоконтроле и висок квантум личног поштења**” (Капамаџија, Б, 1989:21) На тај начин могу се адекватно ценити медицински интереси оних који су предмет вештачења, али и интереси друштва у којој особа битише.

Слично наводи и Ковачевић који судског психијатра види као “**психијатра са посебном форензичком едукацијом, који је емоционално усклађен**

⁴ Ковачевић Ратко: Форензичка психијатрија, Центар за публикације, Правни факултет Бања Лука, 2000, стр.14

и који поштује етичке кодексе своје струке, па је тако оспособљен да ментално здравље других тумачи у интересу медицинске истине.”

Овакве полазне основе омогућавају систематизацију (Chiswick, D., Core, R., 2001:89-94) следећих стручних и персоналних атрибута вештака психијатра:

- **Добро клиничко знање и велико искуство**, као основни предуслов за вештака. То подразумева искуство у целокупној психијатрији и добру дијагностичку вештину у односу на широк спектар менталних поремећаја. Ово посебно долази до изражаја када је пре вештачења већ постављена недовољно прецизна или нетачна дијагноза или нису препознати почетни облици менталних поремећаја. Тада је на вештаку је да се прецизно изјасни и са становишта дијагнозе и у односу на одређене способности значајне за судски поступак;

- **Аутентична заинтересованост** са сагледавање неубичајених облика понашања и чињеница милтидимензионалног квалитета. Наиме, вештак треба да показује склоност да схвати и сагледа утицај и значај бројних социјалних, криминолошких и других фактора који могу бити од значаја у форензичкој процени;

- **Толерантан однос према тешким пацијентима или испитаницима** и успостављање емпатијског односа са њима треба да омогући адекватно сагледавање психичког стања. Вештак треба да искаже стрпљење, да сузбије своје негативне ставове и оствари поверење са испитаником и тиме створи основу за добру клиничку и форензичку процену;

- **Јасни ставови и држање** неопходни су у добром форензичком раду. **Јасноћа мишљења**, а посебно **јасноћа изражавања** (при писменом или усменом налазу) неопходне су особине доброг форензичара. Оне треба да омогуће да и учесници судског поступка који немају психијатријско образовање, добро разумеју налаз и мишљење вештака. Вештак треба да разумљивим језиком анализира психијатријска питања од интереса за суд, а да истовремено не занемари основе своје доктрине и терминологије.

- **Темељност у раду и пажња у процени различитих околности и детаља** треба да обележава активност форензичара. Због тога вештак треба да инсистира на прикупљању и сагледавању свих релевантних околности од значаја за вештачење (медицинска документација, подаци из судских списа и др.).

- **Способност и жеља да се прилагоди тимском раду и да у њему по потреби привати водећу улогу**. Ово долази до изражаја у ситуацијама када у вештачењу учествују стручњаци разних профила (психолог, социјални

радник, лекар друге специјалности и др.). Њихов рад вештак треба да складно координише и усмери их правцу давања одговора везаних за психичко стање особе и њених способности које су од значаја за суд.

- **Форензичар треба да буде и добро организована и енергична особа**, склона да прихваћене судске обавезе завршава у одређеним роковима, чиме доприноси добром и ажурном раду правосудних органа.

- Вештак треба да искаже **коректан степен колегијалности и спремност да чује и супротстављена мишљења других учесника судског поступка**. Он, такође, мора да покаже и спремност да се **одупре разним притисцима и изазовима, да буде непоткупљив и искаже пуно поштење и одговорност у раду**.

Наведене особине су само део квалитета које вештак психијатар треба да поседује како би са успехом обавио ову стручну, али и друштвену активност, јер психијатријско вештачење не остаје само у оквирима психијатрије, већ има и шири социјални значај. Истовремено, наведени стручни и персонални атрибути чине основу која омогућава да се говори о “квалитетном форензичару”.

До њих се долази перманентном едукацијом, стицањем неопходних искустава у судско-психијатријском раду, непрекидном и квалитетном супервизијом већ признатих форензичара над радом млађих и мање искусних вештака, али и избором оних од који се може очекивати да ће наведене стандарде испунити. Пракса нас учи да се у овоме некада више, а некада мање успева, што ствара не само обавезу оних који се у том процесу едукују, већ, чак и већу, оних који спроводе процес едукације и праћење сазревања будућих форензичара.

4. Неке етичке дилеме у судској психијатрији

Осим потребних етичких својстава вештака, етика у судској психијатрији обухвата различита теоријска питања, као и практичне етичке дилеме које често вештаци психијатри имају у свом свакодневном практичном раду. Нека од њих су чак и предмет дугогодишњих разматрања, расправа и сукобљавања ставова, што само говори у прилог чињенице да се управо у овој сфери долази до општеприхваћених постулата.

Међу њима се, чини се, својом учесталашћу и значајем издавајају:

4.1. Питања везана за лекарску тајну у судској психијатрији;

4.2. Дилеме око тога који психијатрији треба да обављају психијатријска вештачења, у смислу да ли су то терапеути или психијатри без претходних релација са пацијентом, односно експертизном личношћу;

4.3. етичка питања везана за област мера безбедности медицинског карактера и др.

4.1. **Лекарска тајна** представља једно од ексклузивних права пацијената да очекује да ће оно што буде саопштио свом лекару, па и вештаку, остати тајна.

Међутим, у одређеним ситуацијама, које све више кодификују различити писани Етички стандарди у психијатрији (“Плава књига” Британског медицинског одбора, поједини законски прописи кривичног-правног и грађанско-правног карактера, ставови Етичког комитета Светске психијатријске асоцијације и др.) модернизују однос према лекарској тајни и условима када се од ње “може одступити”.

Све ове ситуације могу се ситематизовати на следеће околности:

- када пацијент или његов законски заступник дају одобрење за изузеће од чувања лекарске тајне;
- када је са медицинског становишта пацијентов пристанак без значаја (у смислу његове некритичности за процену ових околности), а информације се пружају најближим рођацима или лицима која су преузела бригу над пацијентима
- када се информације захтевају од суда, те суд посебним актом ослобађа вештака обавезе чувања лекарске тајне (овде вештак треба да инсистира да се тачно прецизира који су то подаци добијени од пацијента у односу на које се ослобађа обавезе лекарске тајне-у смислу да нема “општег” изузимања од ове обавезе)
- у ситуацијама када су подаци добијени од пацијента од значаја за јавни интерес (напр. када пацијент или нека друга особа представља лице за које постоји велика вероватноћа да ће извршити неко тешко кривично дело-убиство, тероризам, Изазивање опште опасности и сл.)
- у циљу медицинских истраживања (углавном се у тим ситуацијама тражи сагласност одговарајућег Етичког комитета)
- у циљу прослеђивања информација о пацијенту будућем терапеуту, како би се остварио што бољи терапијски успех.

Са форензичког становишта посебно су значајне ситуације када се обавезе чувања лекарске тајне вештаци ослобађају по захтеву и одлуци суда, као и онда када се саопштавањем тих информација отклања нека озбиљна

претња за угоржавање јавних интереса. Наравно, и у овим ситуацијама вештак мора да добро процени околности везана за ова питања, како не би озбиљно угрозио интересе или права испитаника (пацијента), али и сопствену позицију у правном и етичком смислу.

4.2. Што се тиче питања **који психијатар** треба да обавља вештачења, сусрећу се две групе ставова (Кецмановић, Д.(ур.), 1992:1024-1026):: **први, који сматрају да они који лече пацијента треба да обављају и судско-психијатријска вештачења и други који сматрају да вештачења траба да врше они психијатри који до вештачења нису били у комуникацији са испитаником.**

Први своје ставове аргументују чињеницом да ови психијатри најбоље познају пацијента, са стручног становишта, па тиме могу дати и најбоље одговоре о стању њиховог душевног здравља и форензичке процене. Најчешћи и најаргументованији приговори овим ставовима су они да се између терапеута и пацијента ствара специфичан емпатијски однос, који може учинити у извесној мери лекара пристрасним у смислу олакшавања кривично-правне позиције пацијента, јер као терапеут не жели да чини поступке који би имали негативан терапијски и ментално-хигијенски утицај. Други контраргумент овим ставовима је и чињеница да уколико објективно вештачење има негативне последице по пацијента настаје могућност за ремећење доброг терапијског односа између лекара и пацијента, пре свега у смислу губљења поверења од стране пацијента, чиме се може прекинути дотадашњи повољни терапијски ефекат.

Већински ставови у овој области, што се среће и у законској регулативи код нас (Законик о кривичном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС* бр.72:2011), су такви да фаворизују вештачење од стране оних вештака који нису имали претходну комуникацију са испитаником, тј. особом која се вештачи. Као круцијални аргумент истиче се да се на овај начин смањује могућност за пристрасност у поступцима вештачења, обзиром да изостаје могућа жеља која постоји терапеута да се пацијенту помогне. Тиме се, по овим мишљењима постиже већа форензичка објективност и избегавају могућности за ремећење добрих релација које постоје између лекара који лечи и његовог пацијента. Оваквим ставовима даје примат и наше законодавство, мада се, на жалост, може рећи да се у пракси срећемо управо и са експертизама које су обавили лекари који пацијента лече.

4.3. Етички ставови судских психијатара везани за **примену мера безбедности медицинског карактера** већ су у дужем периоду предмет њихових разматрања, посебно у односу на меру безбедности обавезног лечења и **чувања** у здравственој установи, било да се ради душевним

болестима у ужем смислу речи или алкохоличарима и наркоманима. Кључна спорна реч у овој области је “чување”, у пеналном смислу, и питање да ли су лекари, као и остало медицинско особље и оспособљени, а и са етичког становишта, позвани да у томе учествују (Крстић, Б. 1996: 143).

Са медицинског, па и психијатријског становишта, етички стандарди не одобравају лекарима да учествују у репресивним мерама, па и психијатрима и судским психијатрима. Задатак лекара је да пружи медицинску помоћ и обезбеде адекватно лечење, рехабилитацију и ресоцијализацију ментално оболелих лица која су извршила кривична дела и да тиме смањују потенцијалну опасност да се агресивно понашање понови. Све остало је у сфери активности служби које се задужене за спровођење пеналних мера и за медицинско особље, а посебно психијатре у тој области нема места.

Можда су ове чињенице били и разлози да су се неки форензичари залагали за одређеном преформулацијом законских чланова који се односе на мере безбедности медицинског карактера, предлагајући да у назив ових мера буде наведено само “Мере обавезног психијатријског лечења у болничким условима или у амбулантним условима”, што је у потпуности у складу са етичким принципима савремене психијатрије, који су између осталог наведени и у Хавајској декларацији, као и у ставовима Етичког комитета светске психијатријске асоцијације.

5. Закључак

Као сложена и некада значајна радња у судском поступку, судско-психијатриско вештачење намеће и потребу да вештаци треба да испуне одређене стручне и личне особине, чиме би стекли пуну компететност за обављање ове активности. Наиме, одређени недостаци у приказаним потребним квалитетима вештака психијатара некада могу довести до тога да судско-психијатријске експертизе немају очекивани и за суд употребљив квалитет, створити нејасноће међу правницима и другим учесницима судског поступка, а некада и до озбиљних сумњи да ли је налаз и мишљење вештака у пуној мери објективан или не.

Управо због тога неопходна је континуирана едукација вештака и изграђивање пожељних особина вештака, што је некада трајан и сложен посао и захтева и стрпљење оних који едукују, као и оних који се едукују. Квалитетном едукацијом и изграђивањем личности вештака, у стручно-професионалном и персоналном смислу стварају се услови за остваривање циљева због којих се они и укључују у судске процедуре, у оквиру доказног поступка, када ових докази могу бити од битног значаја за објективну пресуду.

Такође, чињеница је да се вештаци психијатри се могу наћи и пред одређеним етичким и стручним дилемама које нису присутне другим гранама психијатрије, нарочито у клиничкој психијатрији. То се најчешће односи и испољава у обласима везаним за лекарску тајну, затим ког психијатра треба одредити да обави вештачење (да ли оног који лечи или психијатра који не познаје лице које се подвргава експертизи), као и одређена етичка питања у области мера безбедности медицинског карактера.

Ове подручје је посебно „осетљиво“ и специфично за вештаке психијатре, јер са једне стране треба да поштују правила и обавезе струке, а са друге да сагледавају (и штите) интересе друштва, што је и један од циљева њиховог ангажовања. Због свега овога настаје потреба да су експертизе и рад психијатара вештака често са квалитетом суптилних анализама и проценама, а са основним циљем да се на прави начин остваре активности судско-психијатријских вештака.

Чини се да у поменутих областима има места за одређена побољшања и правне регулативе и иновације доктринарних ставова у судској психијатрији, што би само могло дати додатни квалитет активностима у овој области.

Литература

- Dell, S., Smith, A. (1983): *Changes in sentencing of diminished responsibility homicides*, Brit. J. Psychiatry, 142, 1, 20-35, 1983.
- Капамаџија, Б. (1989): *Форензичка психијатрија*, Дневник, Нови Сад.
- Кецмановић, Д. (ур.) (1992): *Психијатрија*, Медицинска књига Београд-Загреб.
- Ковачевић, Р. (2000): *Форензичка психијатрија*, Центар за публикације, Правни факултет Бања Лука.
- Крстић, Б. (1996): *Судска психијатрија*, СКЦ Ниш, Ниш.
- Стојановић, З. (2006): *Коментар кривичног законика Републике Србије*, Савремена администрација, Београд.
7. Ђирић, З. (2013): *Основи судске психијатрије*, Центар за публикације, Правни факултет у Нишу, Ниш.
8. Craft, M., Craft, A. (1884): *Mentally abnormal offenders*, Bailliere Tindall, Eastbourne.

9. Chiswick, D., Cope, R. (2001): *Practical Forensic Psychiatry*, Gaskell, London.
10. Curran, W.J., Mc Garry, L.A., Shah, S.A. (1986): *Forensic psychiatry and psychology*, F.A.Davis Company, Philadelphia.
11. Законик о кривичном поступку Републике Србије, *Службени гласник РС*. бр.72 (2011)

Резиме

Судско-психијатријско вештачење је сложена и некада значајна радња у судском поступку. Због тога постоји и потреба да вештаци психијатрији треба да испуне одређене стручне и личне особине. Међу њима су посебно значајне: добро и широко клиничко знање и искуство, аутентична заинтересованост за околности вештачења, као и толерантан однос према лицима која су предмет вештачења. Такође, вештаци треба да имају колегијални однос према другим вештацима без обзира на разлике у мишљењима, да јасно и лаицима разумљиво саопштавају резултате вештачења. Због околности да је одређени број вештачења резултат тимског рада, потребно је да имају капацитет да се таквом облику рада прилагоде, а некада и да преузму руководећу улогу у поступку вештачења. Неопходно је да поседују лично поштење, морални интегритет и склоност да се одупру притисцима који се могу појавити.

У свом раду вештаци психијатри се могу наћи и пред одређеним етичким и стручним дилемама које нису присутне у клиничкој психијатрији, што је најчешће у областима које се односе на лекарску тајну, одређивање који ће психијатар обављати вештачење и одређена етичка питања у области мера безбедности медицинског карактера. Ове области су веома специфичне за вештаке, јер са једне стране треба да поштују правила и обавезе струке, а са друге интересе друштва, што је и један од циљева њиховог ангажовања. Све ово намеће потребу за суптилним анализама и проценама, како би се адекватно оствариле потребе активности судско-психијатријских вештака.

*Prof. Zoran Ćirić, D.M.Sci.,
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

***Forensic Psychiatrist as an Expert Witness in Court Proceedings:
Desirable characteristics, professional ethics and moral dilemmas***

Summary

Forensic psychiatric expertise is complex and very important activity in court proceedings. For this reason, forensic psychiatrists have to meet some professional standards and demonstrate some desirable personal characteristics, such as: good and extensive clinical knowledge and experience, genuine interest in the specific circumstances underlying the psychiatric expertise and a tolerant attitude to persons who are subject to expertise. They also have to develop good professional cooperation with other psychiatric experts (notwithstanding the differences of opinions), as well as an ability to clearly articulate and present the results of psychiatric expertise to the lay public in intelligible terms. Given the fact that the psychiatric expertise sometimes involves professional team work, they have to be able to adapt to this method of work and (if needed) assume the leading role in forensic expertise proceedings. Highly valuable personal characteristics of a psychiatric expert are honesty, moral integrity and ability to resist to different types of pressure.

In their work, forensic psychiatric experts may encounter numerous professional and moral dilemmas, which are not usually encountered in other fields of psychiatry, particularly in clinical psychiatry. The specific nature of forensic psychiatric expertise is clearly reflected in the dilemmas pertaining to the confidentiality of medical information, the choice of a psychiatrist to serve as a forensic expert witness, and some ethical issues arising from the security measures involving medical treatment. In these circumstances, forensic psychiatric experts are obliged to observe the professional standard, rules and procedures; on the other hand, they are concurrently required to observe and protect the interest of the society, what is one of the goals of their professional engagement. It is, therefore, necessary to analyze of some of these dilemmas in order to provide an adequate support for impartial and efficient forensic psychiatric expertise.

Key words: *forensic psychiatry, forensic psychiatrist, expert witness, professional and personal characteristics, professional and ethical dilemmas*

МЕЂУНАРОДНЕ ИНИЦИЈАТИВЕ У ДОМЕНУ СПРЕЧАВАЊА ПОРЕСКИХ ПРЕВАРА¹

Апстракт: Јасан тренд у међународном пореском праву и политички приоритет у савременим државама јесте борба против пореске утаје и агресивног пореског планирања на глобалном плану. Билатералне државне активности показале су се као недовољан и неефикасан механизам спречавања међународног пореског криминалитета. Међународна пореска сарадња прераста од билатералних ка мултилатералним односима са инсистирањем на аутоматској размени пореских информација између националних пореских администрација али и финансијских посредника. Анализирајући међународне иницијативе у домену спречавања пореских превара, аутор жели да укаже на потенцијалне опасности од таквих активности, независно од њиховог наизглед оправданог циља ка ефикаснијем убирању пореских прихода и складнијем функционисању националних пореских система.

Кључне речи: мултилатерална пореска сарадња, аутоматска размена пореских информација, међународне пореске преваре, поверљивост размењених пореских информација.

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“ који финансира Правни факултет у Нишу.

Увод

Веза између међународне пореске евазије и економске глобализације јавља се под утицајем либерализације финансијских токова и развоја пословања у виртуелном простору због чега су се јавиле шире могућности међународног пореског планирања. Имајући у виду политички приоритет борбе против међународних пореских превара, врло је извесно да ће у скорој будућности, захваљујући неслућеном развоју информационо-комуникационих технологија, сви порески обвезници постати „потпуно фискално транспарентни“. Ко ће управљати овим финансијским (пореским) информацијама и у које све сврхе за сада остаје тајна. Обичан порески обвезник постаће порески поданик неке наднационалне (глобалне) организације. Мултилатерална аутоматска размена пореских информација, коју данас форсирају економски најјаче државе, брише националне пореске границе и крши легална и легитимна права обвезника на приватност и поверљивост и тајност података. Интерес држава за убирањем додатних прихода од резидентних пореских обвезника је разумљив и легитиман, али шта је са интересима савесних пореских обвезника?

1. Ширење међународне пореске евазије као глобалног проблема

Феномен избегавања плаћања пореза прати развој државе и економских односа и само у том контексту се може разумети, пратити и држати у прихватљивим оквирима. Захваљујући усавршавању привредних активности и финансијских трансакција као и научно-технолошких достигнућа, сведоци смо пружања широких могућности за одвијање пословања ван домаћих тржишта. Пореска евазија је дуго времена била ограничена националним границама имајући у виду већу или мању затвореност националних привреда. Период после другог светског рата нарочито је погодовао ширењу међународне пореске евазије. То је време изградње социјалне државе у индустријски развијеним друштвима што је финансирано оштрим стопама опорезивања дохотка и добити. Почетком 70-тих година двадесетог века дошло је до распада Бретонвудског монетарног система што је непосредно убрзало увођење либерализације финансијског пословања. Ови процеси су били праћени победом неолибералне идеологије над кејнзијанском која је подстакла либерализацију трговинско-финансијских односа широких размера. Уз све то, савремени техничко-технолошки развој омогућио је обављање пословних активности, не само у реалном, него и у виртуелном простору. Промене у организационој и управљачкој структури привредних субјеката (моћних мултинационалних компанија), појава нових финансијских

инструмената (разноврсних финансијских деривата) као и интензивније коришћење услуга пореских оаза и оф-шор центара, олакшали су проток капитала, робе, услуга и људи. Због таквих промена, пореска евазија превазилази националне границе и преноси се на међународно тржиште. Порески обвезници прибегавају равноврсним формама неприхватљиве легалне евазије пореза или агресивног пореског планирања па преко сиве економије до пореских утаја. У основи свих ових активности, срачунатих на умањење или избегавање плаћања пореза резидентним државама, несумњиво се налази жеља за зарадом у виду уштеђених пореза. Ради се о енормно великим износима неплаћених пореза који остају на располагању несавесним и вештим пореским утајивачима.

Поред стандардних начина борбе против избегавања плаћања пореза, у једном малом броју земаља трансформише се однос између пореских органа и обвезника (великих корпорација) базиран на узајамном поверењу и транспарентности, како би се смањила преварна понашања супротна не само слову, него и духу пореских закона. Увећава се број земаља које уводе опште анти-абузивно законодавство са циљем очувања пореских основица и спречавања њихове ерозије. Неке државе су, свесне значаја побољшавања протока информација релевантних за опорезивање, развиле одређене стратегије како би се избориле са агресивним пореским планирањем корпоративног сектора. У сложеним економским условима, подаци који се традиционално добијају на основу пореских контрола нису више довољни за рано откривање пореских ризика. У циљу превазилажења наведеног проблема, велики порески обвезници у овим земљама се обавезују да правовремено пружају релевантне информације пореској администрацији.²

2. Координација активности развијених држава у сузбијању међународних пореских превара

Лидери земаља Г20 постигли су, почетком септембра 2013. године у Санкт Петербургу, договор о заједничком деловању против масовног избегавања плаћања пореза великих мултинационалних компанија. То је само наставак глобалне иницијативе на плану спречавања оф-шор евазије као најзначајнијег вида међународног пореског криминалитета. Пореске администрације постају све немоћније пред агресивним понашањем мултинационалних компанија. Зато су упућене на међународну пореску сарадњу, међутим, такве процесе ометају различитост организационог и техничког нивоа националних пореских администрација. Посматрајући

² Више о томе у документу: OECD (2012) *Tackling Aggressive Tax Planning through Improved Transparency and Disclosure*, OECD Publishing

интензивирање активности на плану међународне размене пореских информација, намеће се суштинско питање: Да ли овај процес олакшава примену принципа неограничене пореске обавезе или има за крајњу сврху глобалну контролу финансијских токова и „преузимање“ националних фискалних суверенитета?

Избегавање плаћања пореза, у најширем смислу схваћено као феномен пореских превара, превазилази границе суверених држава и од националног проблема постаје изузетно значајан међународни феномен. Након избијања актуелне економске кризе интересовање за спречавање међународне пореске евазије предмет политичке пажње међународне јавности. Активности на том плану могу се пратити још од оснивања Друштва народа и његовог послератног прерастања у ОУН. То су ипак била само спорадична деловања појединих пореских власти ради спречавања пореске евазије имајући у виду њено слабије испољавање на међународном плану. Распадом Бретонвудског система и укидањем конвертибилности долара за злато као и либерализацијом трговинских и финансијских токова, стварају се изузетне могућности за транснационалне компаније и богате појединце да крену у потрагу за повољнијим пореским режимима. Томе је погодовала и политика међународних финансијских организација које су подстицале мање развијене државе да снижењем пореских стопа привлаче улагање иностраног капитала, као и банкарска тајност и слабо развијена мрежа међународних пореских споразума. У таквом амбијенту, улога пореских оаза је јачала под утицајем либерализације финансијских тржишта.³

У домену међународне пореске сарадње уочава се тренд од билатерализма ка мултилатерализму. Билатерални порески споразуми показали су се као неефикасни инструменти за спречавање оф-шор пореске евазије. Пословање транснационалних компанија преко пореских оаза и оф-шор центара толерисано је годинама уназад. После финансијско-економске кризе 2008-2009. године, економски развијене земље почеле су оштро и енергично да реагују на распрострањеност међународних пореских превара и одлучно захтевају мултилатералну пореску сарадњу, за сада, највећим делом у виду размене пореских информација. Априлски самит Г20 из 2009. године, када је постигнут политички договор о борби против међународне пореске евазије и притиску на пореске оазе да сарађују у том процесу, оцењује се у литератури као најшира координирана акција против избегавања плаћања пореза коју је свет икада видео.⁴

3 Christophe Farquet, *The Role of the Swiss Tax Haven in the Interwar Period: An International Comparison*, oct. 2012, EHES Working Papers in Economic History, No. 27. p. 24

4 Niels Johannesen, Gabriel Zucman, *The End of Bank Secrecy? An Evaluation of the G20 Tax Haven Crackdown*, Paris School of Economics, January 31, 2012, p.2 (<http://www>.

Под видом борбе против агресивног пореског планирања и пореских утаја у прекограничним трансакцијама и међународним финансијским токовима крије се тежња светских моћника да кроз мултилатералну аутоматску размену пореских информација стекну потпун и детаљан увид у све личне, породичне и финансијске околности живота обичних пореских обвезника. Треба се подсетити да је област опорезивања делокруг државне делатности који је посебно погодан за прикупљање, анализу и складиштење разноврсних података и информација о животу и раду пореских обвезника. То нико не оспорава имајући у виду легално и легитимно право државе да убира финансијска средства ради обезбеђења јавних добара. Уколико обвезници имају поверење у пореске органе да ће сфера њиховог живота подложна опорезивању бити недоступна другим неовлашћеним субјектима, може се рачунати на њихову лојалност и коректно извршавање пореских обавеза. Пореским обвезницима се, из тог разлога, у савременим пореским системима гарантује право на поверљивост и тајност података у процесу опорезивања које се изводи из општеприхваћених права на приватност и права на поштовање личности појединца.

Споро закључивање билатералних споразума о избегавању међународног двоструког опорезивања изгледа да није у складу са циљевима глобалне елите, тако да се инсистира на укључивању што већег броја држава у мрежу пореских споразума. Доскора се у финансијској теорији сматрало да мултилатерални порески споразуми нису довољно ефикасни инструменти за усклађивање пореских интереса више држава. Питање је откуда сада та промена ка мултилатерализму у међународној пореској сарадњи? Активности у том правцу видимо још 1988. године када је између ОЕЦД и Савета Европе закључена Конвенција о узајамној административној помоћи у пореским стварима. Она није изазвала неку већу пажњу држава тако да се 2010. године усваја Протокол уз ову Конвенцију који је ступио на снагу 1. јуна 2011. године. Од тада је одзив држава био већи.⁵ Конвенција има две верзије, билатералну и мултилатералну, уз предвиђање свих облика међународне пореске сарадње.

Мултилатерална верзија Конвенције представља језгро из кога се убрзано развија међународна размена пореских информација на глобалном нивоу. Захваљујући високом развоју информационих технологија, аутоматска размена пореских информација намеће се свим државама као „глобално

parisschoolofeconomics.eu/en/zucman-gabriel/

⁵ У време завршавања овог рада, 63 држава је прихватило Мултилатералну Конвенцију о узајамној административној помоћи у пореским стварима обавезујући се на примену глобалних стандарда пореске сарадње.

прихваћени стандард“ у међународној пореској сарадњи. Нема случајности у чињеници да се управо данас потенцира овакав вид сарадње националних пореских администрација, са позивањем на угрожене финансијске интересе и „ерозију“ националних пореских база, у условима када међународни финансијски токови остају ван домаћаја резидентних држава. У свему томе лежи својеврсно лицемерство економски најразвијених држава. Управо су оне, својевремено, охрабривале економски неразвијене државе да повољнијим пореским режимима привлаче долазак мултинационалних компанија и финансијских институција, да би после актуелне економске кризе (изазване неодговорношћу њихових банака) усмериле све политичке напоре на борбу против међународних пореских превара. Битно је овде препознати стратегију и тактику „глобалне елите“ усмерене, у крајњем циљу, на потпуну контролу свих трансакцијских и финансијских токова физичких и правних лица, уз укидање демократских слобода и права. Зато је и изабрано подручје опорезивања где је посебно изражена отвореност личног, породичног и пословног живота пореских обвезника као полигон за „тестирање“ спремности националних држава да ради потпунијег остваривања националних финансијских интереса препуштају фискални суверенитет наднационалним институцијама. Али у томе лежи „замка“. Међународне финансијске институције, позивајући се на заштиту пореских интереса резидентних држава, намећу им глобалне пореске стандарде транспарентности и аутоматске размене пореских информација. Највећу корист од оваквог вида међународне пореске сарадње несумњиво ће имати економски најразвијеније државе јер ће надокнадити изгубљене приходе. Транснационалне компаније и моћне финансијске институције, као њихови најзначајнији порески обвезници, дуго су били толерисани у „скривању“ од пореских захватања у резидентним државама. Питање је зашто се тада није истицао угрожени финансијски интерес ових држава? А где се у свим тим процесима пореске сарадње налази обичан порески обвезник? Да ли је можда угрожен његов интерес у смислу сувишног задирања државе у његову економску снагу и да ли су повређена његова права на приватност и поверљивост и тајност података?

3. Главни инструменти антиевазивне политике на међународном плану

У борби против међународног пореског криминалитета ангажован је знатан број органа тако да је развијен низ различитих инструмената који омогућавају међународну сарадњу у овој области. Типични правни инструменти обухватају: међународне пореске споразуме (билатералне или мултилатералне), инструменте ЕУ за њене чланице, домаће

законодавство и меморандум о разумевању (није правно обавезујући).⁶ У данашњим условима, сигурно је да међународни порески споразуми по значају превазилазе домаће прописе. Међутим, национални порески закони могу бити у одређеним ситуацијама корисни као средство за попуњавање празнина у мрежи пореских споразума предвиђањем мера које иначе не би биле расположиве. Како је неко приметио, схватање да националне границе више не штите оне који не извршавају своје пореске обавезе има важан психолошки ефекат у сузбијању међународне пореске евазије.

3.1. Билатерални споразуми

Традиционално, међународна пореска сарадња у виду размене пореских информација се одвијала на основу чл. 26 ОЕЦД Модел Конвенције о порезу на доходак и имовину. Овакав вид активности уређује и чл. 26 Модел Конвенције УН⁷ када је реч пореским односима економски развијених и земаља у развоју. Примарни циљ билатералних споразума био је спречавање међународног двоструког опорезивања док се сарадња између националних пореских администрација одвијала од случаја до случаја. Иницијатива ОЕЦД из 1998. године усмерена на сузбијање „штетне пореске праксе“ у пореским оазама убрзо је прерасла у подстицање закључивања посебних билатералних споразума о размени пореских информација са пореским оазама на основу Модел споразума ОЕЦД из 2002. године. Управо овим документом, који нема обавезујућу снагу, утврђени су међународни стандарди пореске сарадње којима се поставља глобална пореска структура, која креће од размене пореских информација. Чл. 26 ОЕЦД Модел Конвенције ревидира се 2005. године ради обухватања нових стандарда међународне пореске сарадње. Изменама овог члана из јула 2012. године предвиђена је могућност слања групних захтева за разменом пореских информација.

У циљу подстицања размене пореских информација између што већег броја држава ОЕЦД је формирао 2000. године Глобални форум за транспарентност и размену информација у пореске сврхе, чија је улога да омогући оквир за ову сарадњу. До сада се 123 државе у свету обавезало на прихватање

⁶ *International Co-operation against Tax Crimes and Other Financial Crimes: A catalogue of the main instruments*, 2nd Annual Forum on Tax and Crime, Rome 14-15 June 2012, OECD, 2012, p. 13.

⁷ Више о томе у раду: Diane M. Ring, *Exchange of information*, у: Alexander Trepelkov, Harry Tonino, Dominike Halka, *United Nations Handbook on Selected Issues in Administration of Double Tax Treaties for Developing Countries*, United Nations, ITC, New York, June 2013, p. 341-382.

међународних стандарда транспарентности и размене информација на захтев и придружило се Глобалном Форуму. Трогодишњи мандат овог тела обухвата преглед поштовања прихваћених стандарда и испољених слабости у њиховој примени и одвија се у две фазе.⁸

3.2. Мултилатерални споразуми

Мрежа постојећих пореских споразума о размени пореских информација базира се на правилу да се међународна размена података може остваривати само на захтев. То је, по мишљењу политичара најразвијенијих држава, главни недостатак скопчан са временским и трошковним проблемима одвијања процеса међународне пореске сарадње. Зато се инсистира на укључивању већег броја или свих држава у глобалну мрежу пореских споразума са искључиво аутоматском разменом информација. Сматра се да неометано одвијање таквог процеса има стварног потенцијала да смањи незаконито избегавање пореза у међународним оквирима и да омогући остварење принципа резиденства, на коме се заснивају развијени порески системи.

3.2.1. Конвенција ОЕЦД и Савета Европе о узајамној помоћи у пореским стварима

Најзначајнији мултилатерални порески споразум представља Конвенција о узајамној административној помоћи у пореским стварима коју су усвојили ОЕЦД и Савет Европе 1988. године. Због слабог интересовања држава она се поново активира 2010. доношењем Протокола како би се Конвенција уподобила са глобално прихваћеним стандардима о међународној пореској сарадњи. Њоме су предвиђени сви облици административне пореске сарадње, као што су размена података, присуство страних пореских службеника и симултана пореска истраживања, достављање докумената и наплата страних пореских потраживања.

3.2.2. Европска регулатива о размени пореских информација

Директива о узајамној помоћи у пореским стварима из 1977. године⁹ укинута је и замењена Директивом о административној сарадњи

⁸ Прва фаза прегледа обухвата процену законског и административног оквира који се односе на транспарентност и размену пореских информација. Друга фаза процењује примену стандарда у пракси и ради тога се фокусира на ефикасност процеса размене информација.

⁹ *Council Directive 77/799/EEC concerning mutual assistance by the competent authorities of the Member States in the field of direct taxation*, Official Journal of the European Communities,

у области опорезивања из 2011. године¹⁰ са важношћу од 1.1.2013. године. Она се примењује на све порезе осим ПДВ, акциза и царина за које је пореска сарадња уређена другом ЕУ регулативом. Предвиђа се да обавезна аутоматска размена информација, без икаквих предуслова, постане најефикаснији начин унапређења коректног утврђивања пореза у прекограничним трансакцијама и борби са пореском утајом. Ради тог циља примењиваће се постепени приступ од 2014. године у погледу аутоматске размене прихода од зарада, директорских накнада, премија осигурања, пензија, власништва и прихода од непокретне имовине. Пре 1. јула 2017. године, Комисија ће поднети извештај о трошковима и користима од аутоматске размене информација и предложити њено проширење и на дивиденде, капиталне добитке и ауторске хонораре. Битна је и одредба Директиве да земље чланице, које договоре аутоматску размену информација за друге врсте дохотка и капитала путем билатералних или мултилатералних споразума са другим земљама чланицама, имаће обавезу да о томе информишу Комисију која ће учинити ове споразуме доступним свим земљама чланицама.

ЕУ Директива о опорезивању прихода од штедње у облику камате (примена од 1.7.2005.) представља први случај мултилатералне сарадње у домену размене пореских информација. Аутоматска размена података о исплаћеним каматама на штедњу између земаља чланица одвија се уз одређене тешкоће имајући у виду резервисаност Луксембурга¹¹ и Аустрије, мада ће и ове државе вероватно попустити и донекле ублажити своје прописе о банкарској тајности^{***} Швајцарска је већ попустила пред притиском САД тако да либералније гледа на размену пореских информација када се ради о пореским утајама.

ЕУ се посебно ангажовала на плану унапређења административне пореске сарадње усвајањем Акционог плана о јачању борбе против пореске евазије и утаје¹², укључујући и односе са трећим државама. Овим документом предвиђају се конкретне мере у погледу побољшавања међусобних пореских односа као и са пореским оазама, сузбијања агресивног пореског планирања и пореског криминалитета.

No.L336, 1977.

10 *Council Directive 2011/16/EU on administrative cooperation in the field of taxation and repealing Directive 77/799/EEC*, Official Journal of the European Union, No. L64, 2011.

11 Луксембург је 10. априла 2013. године одлучио да, почев од 1.1.2015. године, примењује размену информација о исплаћеним каматама.

12 *COM (2012) 722final of 6.12.2012. Communication from the Commission to the European Parliament and the Council, An Action Plan to strengthen the fight against tax fraud and tax evasion*

Током ове године, 9 земаља чланица ЕУ, најавило је примену јединственог општег система за узајамну размену информација учешћем у њиховим базама пореских података. Осим тога, због отпора неких држава (случај Аустрије) ка развоју стандарда транспарентности, развијен је један виши ниво сарадње између оних земаља чланица које то желе, избегавајући на тај начин препреку процесу пореске хармонизације, представљену у правилу једногласног одлучивања.¹³

На глобални значај борбе против пореске утаје и евазије указује и међународна иницијатива садржана у Извештају УН из маја 2013. године који је поднео „*High-Level Panel of Eminent persons on the Post-2015 Development Agenda*“. У њему се предлаже да се смањење незаконитих токова и пореске евазије и наплата украдене активе укључи у нови глобални дневни ред ове организације.¹⁴

3.3. Унилатералне мере (FATCA и Рубик споразум) са међународним значајем

FATCA (Foreign Account Taxpayer Compliance Act) има све карактеристике екстериторијалног акта. На основу овог закона, сви финансијски посредници изван САД дужни су да америчкој пореској служби доставе податке о приходима америчких држављана. У супротном, наплатиће им се порез по одбитку од 30% на приходе које стичу на америчкој територији. Страни финансијски посредници могу да се нађу у ситуацији да ће морати да сnose солидарну одговорност за то што амерички клијент није уплатио државној благајни САД обавезни порез. Тако нешто правници називају доктрина „минималног контакта“. Њена суштина је да чак и најбезначајнији додир стране финансијске компаније са правним или физичким лицем САД може да доведе до тога да она стекне статус *person of the United States*. Она још увек није правно или физичко лице САД али већ спада у лица која по америчком закону (*FATCA*) сnose правну одговорност.

FATCA предвиђа наметање значајних трошкова страним финансијским посредницима и може захтевати од њих да крше националне законе о заштити приватности и банкарској тајни. На такву унилатералну америчку меру убрзо су реаговале неке државе са намером да ступе у одређене односе са САД у настојањима да се изборе са међународном оф-шор евазијом и наплате додатне пореске приходе од прекограничних

13 Domingo Carbajo Vasco, Pablo Porporatto, *Progress in Transparency and Exchange of Tax Information*, CIAT/AEAT/IEF Tax Administration Review No. 35, 2013, p. 85

14 *Post 2015: The International Battle Against Tax Fraud and Evasion*, German Development Institute, Briefing Paper 16/2013

трансакција. Најзначајније европске државе (Француска, Немачка, Италија, Шпанија и Велика Британија) постигле су 2012. године међународни порески споразум са америчком државом о примени *FATCA* кроз аутоматску размену података између влада (одступање од оригиналне верзије), ради смањења трошкова поступања финансијских посредника и на основу принципа реципроцитета. Примена овог модела *FATCA 1* сагледава се у оквиру ОЕЦД као образац за општи модел аутоматске размене пореских информација.¹⁵ Несумњиво је да *FATCA* даје посебан импулс убрзавању међународне размене пореских информација на који су европске државе спремно реаговале¹⁶ иако се његова примена очекује током 2014. године.¹⁷ Неки аутори сматрају да би, дугорочно посматрано, САД могле знатно да повећају вероватноћу успеха *FATCA* настављањем дискусија са другим главним државама.¹⁸ Други вид споразума (модел *FATCA 2*) постигнут је са Швајцарском и Јапаном током 2012. године који подразумева размену информација између финансијских институција и америчке пореске администрације уместо прикупљања података посредством централних влада. Све више земаља улази у споразуме са америчком владом у настојањима да пронађу приступ који би удовољио циљевима *FATCA* без кршења националних закона, као што су питања заштите података.

Банкарска тајност је посебно осетљив сегмент процеса међународне пореске сарадње. Под политичким притисцима економски најразвијенијих земаља руши се традиционално право клијената на поверљивост финансијских информација које су релевантне за опорезивање. Државе су данас принуђене да не поштују своју финансијску (пореску) регулативу ради убирања додатних пореских прихода. Ипак, постоји иницијатива коју настоји да реализује Швајцарска како би заштитила интересе клијената домаћих финансијских институција (*Рубик споразум*). Швајцарска нуди другим државама да као посредник обрачуна порезе на доходак и капиталне добитке за њихове резиденте у замену за очување анонимности власника индивидуалних рачуна. Аустрија, која је већ закључила „Рубик споразум“ са Швајцарском, сматра да овај приступ нуди прагматично решење резидентним државама за убирање прихода у случајевима када

15 *Automatic Exchange of Information: The Next Step*, Information Brief, OECD, 27 August 2013, p. 6

16 Тачност ове констатације потврђује ЕУ иницијатива за међусобним ширењем аутоматске размене пореских информација (модел према *FATCA*) потписана 9.4.2013. године од стране најзначајнијих европских држава.

17 Више о овоме: Itai Grinberg, *Beyond FATCA: An Evolutionary Moment for the International Tax System*, Georgetown Law, The Scholarly Commons, Working Draft, January 27, 2012

18 J. Richard (Dick) Harvey, Jr., *FATCA and Schedule UTP: Are these unilateral US actions doomed unless adopted by other countries?* e-Journal of Tax Research (2012). vol. 10, no. 2, p. 322.

би ти приходи изостали, што би водило значајним буџетским губицима. По мишљењу званичника Луксембурга, овај приступ има вредност за решавање проблема очувања приватности клијената, уз истовремено осигурање да клијенти плаћају дужне порезе.

Проблем у вези са иницијативом коју спроводи Швајцарска тиче се односа (некомпатибилности) Рубик споразума са Директивом о штедњи или са било којом другом мером у праву ЕУ. Она има и међународни значај у том смислу да је Швајцарска добровољно прихватила да поступа у складу са међународним стандардима о фискалној транспарентности. Ако је желела да Рубик споразум послужи као алтернатива аутоматској размени информација како би заштитила банкарску тајност, у перспективи, због наметања глобалног карактера овог вида пореске сарадње неће бити у могућности да оствари тај циљ.¹⁹

4. Међународна размена пореских информација као кључни фактор у сузбијању пореског криминалитета

Оф-шор пореска евазија представља озбиљан проблем за све државе у свету. У оквиру ОЕЦД заузет је став да је сарадња између пореских администрација критична у борби против пореске евазије а кључни аспект такве сарадње јесте размена информација.²⁰ Административна помоћ у пореским стварима увек је сматрана као један од ефикасних начина за борбу против пореске евазије и прања новца. Тренд ка већем прихватању међународне пореске сарадње датира од касних 90-тих година 20. века. Извештај ОЕЦД о штетној пореској конкуренцији,²¹ објављен 1998. године, идентификовао је недостатак ефективне размене информација као једну од кључних карактеристика штетних пореских режима. У литератури се истиче да ОЕЦД размену информација сматрају као савршено оруђе за борбу против пореске евазије и пореске утаје у свету који се све више глобализује.²² Независно од тога како ће се реализивати иницијатива ОЕЦД изгледа да ће пореске оазе и даље постојати, битно је само да се „транспарентно понашају“ и да сарађују са развијеним државама.

19 Pasquale Pistone, *Exchange of Information and Rubik Agreements: The Perspective of an EU Academic*, Bulletin for international taxation, April/May 2013, p. 224

20 *A Step Change in Tax Transparency: Delivering a standardised, secure and cost effective model of bilateral automatic exchange for the multilateral context*, OECD Report for the G8 summit, June 2013, p. 5

21 OECD report „*Harmful Tax Competition: An Emerging Global Issue*“ (1998)

22 Jean-Rodolphe W. Fiechter, *Exchange of Tax Information: The End of Banking Secrecy in Switzerland and Singapore?* International Tax Journal, November-December 2010, p. 57

Међународно прихваћени стандарди о транспарентности и размени информација постављају одређене захтеве чије испуњење треба да омогући додатне приходе резидентним државама и ефикаснију борбу против међународних пореских превара.²³

У међународној пореској сарадњи још увек доминира размена информација на захтев. Неадекватност таквог начина борбе против оф-шор пореске евазије огледа се у „индивидуализацији“ пореских захтева и постојању оправдане сумње да је извршена пореска евазија. Због тога се у међународним расправама све више указује на неопходност њене замене аутоматском разменом. У материјалима ОЕЦД наводе се одређене предности аутоматске размене пореских информација.²⁴ Она може обезбедити благовремене информације о избегнутом порезу на доходак или капитал и може помоћи да се открију случајеви неизвршавања пореских обавеза о којима пореска администрација није имала сазнања. Друге користи огледају се у ефекту застрашивања, повећању добровољног плаћања пореза и подстицању обвезника да пријављују све релевантне информације. Аутоматска размена може, поред тога, да помогне у едукацији обвезника о њиховим пореским обавезама и да повећа пореске приходе остварујући на тај начин правичност опорезивања да свако благовремено плаћа одређене врсте пореза. Имајући у виду слаб капацитет пореских служби у земљама у развоју, ради њиховог укључивања у процес међународне размене информација, моћне међународне институције су спремне да им помогну финансијски и технички како би се аутоматска размена информација уводила постепено.²⁵

Међународна размена пореских информација може бити делотворна под условом да порески органи имају приступ релевантним информацијама других државних органа и да су овлашћени да их могу проследити страним пореским администрацијама. Данас постоје четири модела у погледу

23 Предвиђена је размена пореских информација на захтев где је то „предвидиво значајно“ за примену домаћег законодавства уговорне стране; пореске информације се могу размењивати у криминалним и у цивилним пореским случајевима; банкарска тајна или непостојање домаћег интереса не могу више бити разлог за одбијање пореске сарадње; доступност релевантних информација и овлашћење за њихово достављање у случају посебног захтева; поштовање права пореских обвезника и строга поверљивост размењених информација.

24 *Automatic Exchange of Information*, OECD, 2012, p. 19.

25 Silvia Hudackova, *Tax Havens' Regulation: Policy Paradox on the International Level?* CEU Department of Political Science: One-year MA Program in Political Science, Budapest, Hungary, 2013, p. 51.

надлежности ових институција за спречавање пореског криминалитета.²⁶ У првом моделу, пореска администрација има одговорност за покретање и спровођење истрага (нпр. у Аустралији, Канади, Немачкој Грчкој, Швајцарској, Великој Британији и САД). У другом моделу, пореска администрација има одговорност за вођење истрага под управом јавног тужиоца (нпр. у Аустрији, Холандији, Шведској, Шпанији и САД). Према трећем моделу, специјализована пореска служба, под надзором Министра финансија, ван пореске администрације има одговорност за вођење истрага (у Грчкој, Ирској и Турској). У четвртом моделу, полиција или јавни тужилац имају одговорност за вођење пореских истрага (нпр. у Белгији, Данској, Финској, Француској, Јапану, Норвешкој).

5. Значај поверљивости и тајности међународно размењених пореских информација

Иако сва међународна документа о размени пореских информација гарантују заштиту њихове поверљивости, правни положај обвезника је неадекватан, јер обвезник није странка у међународном процесу размене информација и зато не може тражити никаква лична права у тој процедури. Пуко прокламовање овог стандарда без стварне заштите права обвезника нема никаквог значаја и само може штетити интересима савесних пореских обвезника, имајући у виду убрзавање активности на глобалном увођењу аутоматске размене података. Посебан проблем се јавља у вези обезбеђења приватности *bona fide* комерцијалних трансакција. Свесне значаја чувања поверљивости приватних информација, многе државе су од 90-тих година прошлог века усвојиле законе о њиховој заштити. У оквиру ЕУ донета је Директива о заштити података (са важењем од 1.1.1998.) која предвиђа да личне информације неће бити трансферисане преко границе другој земљи уколико та земља нема законодавство које пружа једнаку заштиту приватности. Порески подаци садрже доста информација не само о пословању него и личном и породичном животу обвезника и разумљива је брига држава да се осигура њихова поверљивост и тајност.

Може се сматрати да постоје два схватања о овом питању. Прва група држава сматра процес размене пореских информација као обично „прикупљање чињеница“ а не као прописану административну процедуру. Из ове перспективе, процедурална правила се једино одобравају на нивоу државе која тражи помоћ, нпр. током судског процеса. Друга група држава, насупрот томе, гледају на размену информација као административну

26 *Effective Inter-Agency Co-operation in Fighting Tax Crimes and Other Financial Crimes*, 2nd Annual Forum on Tax and Crime, Rome 14-15 June 2012, OECD, 2012, p. 11-13

процедуру и због тога поштују процедурална права пореских обвезника, као што су право да буду саслушани, право да буду обавештени и право на жалбу.²⁷ Право на обавештавање је кључно будући да омогућава обвезнику да се изјасни о поднетом захтеву резидентне државе и да исправи нетачне податке. Премда је корист од признавања ових права несумњива има схватања у теорији да, генерално посматрано, широка заштита обвезника може ометати међународну размену пореских информација.²⁸

Међународна размена пореских информација, са становишта савремених држава, може се разумети као израз жеље за што потпунијом применом националних пореских система. Међутим, овај процес може имати штетан ефекат за пореске обвезнике који се потенцијално огледа у повреди права на приватност.²⁹ Борба против пореске евазије на међународном плану не би смела да угрози интересе лојалних пореских обвезника. Иако данашњи порески споразуми садрже одредбе о заштити поверљивости размењених података то није довољна гаранција да неће доћи до злоупотреба. Наиме, у обиљу пореских информација, пореске администрације у највећем броју држава не обавештавају пореске обвезнике о страним захтевима тако да је предвиђена заштита илузорна, како оправдано сматрају неки аутори.³⁰

Члан 26. ОЕЦД Модел Конвенције о порезима на доходак и имовину предвиђа да ће се свака информација добијена од стране уговорнице сматрати тајном на исти начин како је то уређено домаћим прописима и може се достављати само овлашћеним лицима задуженим за утврђивање и наплату пореза који их могу откривати у судским поступцима. Члан 8. Модел споразума о размени информација у пореским стварима је сличан претходном члану.

Ради заштите легитимних интереса пореских обвезника, Мултилатерална Конвенција о узајамној административној помоћи у пореским стварима гарантује пуно поштовање поверљивости информација које се размењују између националних пореских администрација. Таква информација мора

27 Xavier Oberson, *General Report*, Exchange of information and cross-border cooperation between tax authorities, IFA Congress 2013, p. 19-20

28 Roman Seer, Isabel Gabert, *European and International Tax Cooperation: Legal Basis, Practice, Burden of Proof, Legal Protection and Requirement*, Bulletin for International Taxation, February 2011, p. 96

29 Sara K. McCracken, *Going, Going, Gone...Global: A Canadian Perspective on International Tax Administration Issues in the „Exchange-of-Information Age“*, Canadian Tax Journal, Vol. 50, No 6, 2002, p. 1896

30 Bruce Zagaris, *Exchange of Tax Information Policies at the Millenium: Balancing Enforcement with Due Process and International Human Rights*, 2001, p. 17. www.freedomandprosperity.org/zagaris2.pdf

бити третирана од стране државе примаоца са истом поверљивошћу која се примењује у њеном законодавству или условима пореске поверљивости који се примењују у земљи даваоцу информације, ако су ови услови строжији. Информације добијене на основу Конвенције, исто тако, могу бити коришћене у друге сврхе осим оних везаних за пореску сарадњу, нпр. ако су одређени услови испуњени ради спречавања прања новца.

Потребно је предвидети у домаћим законодавствима и одговарајуће санкције за лица која неовлашћено откривају поверљиве информације. Санкције морају бити јасне и довољно строге како би обесхрабриле кршење права на поверљивост и тајност пореских података.³¹

Имајући у виду све напред речено, може се констатовати да осим одредби о предвидиво значајном захтеву и поверљивости размењених информација, у домаћим правним системима не постоји минимум правног стандарда који се тиче права пореских обвезника, као услова за билатералну или мултилатералну размену информација.³²

Закључак

Спорост у размени пореских информација на основу билатералних споразума данас се сматра главном препреком ефикаснијем сузбијању међународних пореских превара. Зато иницијативу преузимају моћне међународне организације у договору са економски најразвијенијим земљама света. Политичка сагласност глобалне елите ка убрзавању процеса мултилатералне аутоматске размене пореских информација несумњиво ће имати за последицу обухватање свих држава у једну глобалну пореску мрежу, што ће имати несагледиве последице за физиономију будућих пореских система. Захваљујући технолошком напретку, стварају се могућности да сви приходи обвезника буду доступни и расположиви за размену. Ради убрзавања овог процеса, међународне институције нуде финансијску и техничку помоћ земљама у развоју како би се лакше укључиле у међународну размену пореских информација. Растућа мрежа пореских споразума вероватно ће чинити међународну пореску евазију тежом и скупљом за пореске утајиваче.³³ Они треба да

31 *Keeping It Safe*, The OECD guide on the protection of confidentiality of information exchanged for tax purposes, OECD, 2012, p. 12

32 Ana Paula Dourado, *Exchange of Information and Validity of Global Standards in Tax Law: Abstractionism and Expressionism or Where the Truth Lies*, EUI Working Paper RSCAS 2013/11, p. 10

33 Katarzyna Bilicka, Clemens Fuest, *With which countries do tax havens share information?* Oxford University Centre for Business Taxation, WP 12/11, p. 30.

се боје ових међународних иницијатива али шта очекује савесне пореске обвезнике остаје да се види.

Резиме

Актуелна финансијска криза послужила је као одличан изговор економски најразвијенијим земљама да покрену до сада невиђену „борбу“ против међународних пореских превара. Године „спокојног“ развоја су прошле за бројне пореске оазе и оф-шор центре јер су сада изложени својеврсним прикривеним условљавањима или отвореним претњама држава чији резиденти користе њихове финансијске (пореске) услуге. Својеврстан парадокс огледа се у томе што су те исте државе формирале пореске оазе које сада представљају претњу њиховим јавним финансијама. Цена међународне пореске сарадње за националне државе је превисока: брисање пореских граница, екстериторијална примена страног (америчког) пореског права, измена финансијско-пореске регулативе, укидање банкарске тајности и инсистирање на транспарентној и ефикасној размени пореских информација највећег броја држава. Убирање додатних прихода у кризним условима довољно примамљиво звучи националним пореским властима које олако мењају своју регулативу, прихватајући решења на штету лојалних пореских обвезника. Убрзавање процеса међународне размене пореских информација под видом борбе против међународних пореских превара води притајеној хармонизацији националних пореских система будући да државе лакше пристају да сарађују у овом домену него да усклађују пореске облике и њихове елементе. Глобални стандарди пореске сарадње подривају националне пореске системе подређујући их интересима крупног финансијског капитала.

Prof. Mileva Anđelković, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

International Initiatives in the field of Preventing Tax Fraud

Summary

Counteracting tax evasion and aggressive tax planning on a global scale is a distinctive trend in international tax law and a political priority in many modern states. Bilateral state activities have proven to be an inadequate and inefficient mechanism in preventing international tax crime. In terms of international tax cooperation, the bilateral cooperation has grown into multilateral cooperation, with specific emphasis on automatic exchange of tax information between the national tax administrations and financial intermediaries. In this paper, the author analyzes the international initiatives in the field of tax fraud prevention which are aimed at promoting more efficient collection of tax revenues and a more harmonious operation of the national tax systems. Although these initiatives are aimed at accomplishing legitimate goals, the author points out to the potential risks stemming from the proposed activities.

Key words: *multilateral tax cooperation, automatic exchange of tax information, international tax fraud, confidentiality of exchanged tax data*

Проф. др Миомира Костић,¹ редовна професорка UDK: 343.91-053.6:343.611
Правни факултет Универзитета у Нишу

КРИМИНОЛОШКА ОБЕЛЕЖЈА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ХОМИЦИДА

Апстракт: У раду, ауторка је нагласила основна феноменолошка и етиолошка својства малолетничког хомицида. Као феноменолошка својства малолетничког хомицида, објашњени су: облици убистава, обим, динамика и структура убиства, начин и средства извршења, временска и географска распрострањеност убистава, узраст и пол деце убица, саучесништво, стицај и рецидивизам. Затим, код етиолошких својстава најпре су посматрани егзогени фактори (социо-економска средина, породица деце убица, школска средина и образовање, суседство и делинквентне групе, коришћење слободног времена, средства масовне комуникације и социо-патолошке појаве), као и психолошка обележја личности деце убица (интелигенција, карактер, темперамент, емоције, ставови и схватања, склоности и навике, мотиви хомицидног понашања, менталне девијације деце убица и однос са жртвом). Посебно су издвојене основне поставке антрополошких, биолошко-психолошких и психолошких концепција о узроцима девијантног понашања деце и малолетника, њиховог рецидивизма и виктимизације.

Кључне речи: хомицид, личност, малолетни делинквент, злостављање.

1 E-mail: kosticm@prafak.ni.ac.rs

Увод

Различита питања о појединим типовима криминалитета, па и малолетничке делинквенције, могу бити тумачена и објашњавана с многобројних становишта – антрополошког, социолошког, правног – тако да свако од њих указује само на изванредан угао гледања, који је предодређен, унапред, пољем интересовања истраживача. Стога, историјат развоја криминологије обезбеђује прилику да се истражи интеракција између природних и друштвених наука, као и између права и медицине.

Савремена научна мисао, употпуњена културним ставом, несумњиво посматра периоде детињства и малолетства као доба која се умногоме разликују од доба бивствовања одраслих особа, а нарочито по биолошким, психолошким и социјалним својствима. Услови социјалне средине, у којима се непрекидно, од постанка људске заједнице до данас, одвија процес психичког и физичког развоја детета, мењали су се, зависно од објективних околности и од њих испољеног културног става дететове околине, усмереног према деци и младима. Од најдавніјих времена постанка људске цивилизације до данас, потомци нису имали могућност да бирају особине социјално-културне средине у којој ће се родити и одрастати. Тек по рођењу, њихове личности се формирају кроз сложене процесе: култивације, социјализације и индивидуализације, под околностима културног наслеђа њихових родитеља (Вилсон 1990:20-4).

Физичке и психичке особине детета, формиране у условима његове физичке инфериорности и егзистенцијалне зависности од одраслих особа, утицале су да његов положај у друштвеној заједници буде потчињен, што се по неким особинама није променило ни до данашњих дана (Костић 2010:16). Зависност деце огледа се у томе што одрасли једнострано доносе одлуке о томе колико су спремни да прилагоде своје потребе потребама и захтевима детета, у сваком од периода његовог формирања и сазревања.

Већ истицање посебног начина посматрања младих и свих оних уобичајених 'одступања' од понашања одраслих, која често наилазе на осуду или неразумевање околине, јасно указује и на издвојен однос према објективно неприхватљивим облицима понашања младих, која се најшире могу окарактерисати као девијантна, односно у кривичноправном смислу, делинквентна. Ову негативну друштвену појаву одликује низ засебних феноменолошких и етиолошких обележја, која је издвајају од криминалитета пунолетних лица, а једним се именом, у криминологији, назива малолетничка делинквенција (Кнежевић 2010:11; Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић 2012: 219). Као посебан облик извршења малолетничке делинквенције и криминалитета насиља, издваја се малолетнички хомицид.

Феноменолошка својства малолетничког хомицида

Облици убистава

У типологији криминалитета, убиства (хомициди) представљају најтежи облик крвних деликата. Извршиоци овог облика насиља могу бити како пунолетна тако и малолетна лица. У криминолошкој литератури налази се више подела убистава. Осим типова умишљајног и нехатног “обичног” и “не-обичног” убиства, у литератури се разликују инфантицид и парицид.

Убиство међу рођацима, као посебан облик убиства, а међу њима парицид, Платон је издвојио од: убиства из лудила, нехотичног убиства, убиства из гнева, убиства с предумишљајем које је извршено у гневу и хотимичног убиства: “Ако неко у бесу према својим родитељима покаже тако велику необузданост и усуди се да убије оца или мајку, па ако му жртва пре него што издахне опрости злочин убиства, кривац ће се подврћи обредима очишћења од греха...” Убица се кажњаво најстрожим казнама “јер је лишио живота свога оца који му је дао живот” само онда када жртва није дала опроштај учиниоцу (Платон, 1971:378). У криминолошкој литератури се као посебан вид убистава извршених од стране малолетника помињу “сексуална убиства”, као и “убиства детета од стране детета” (“килинг оф а цхилд бу а цхилд”) за које се сматра да спадају у веома ретке злочине. Немачки криминолози истичу да су ова убиства у својој основи сексуалне природе (Риссе, и др.,1995:1-2).

Обим, динамика и структура убистава

Обим откривених и пресуђених хомицидних понашања деце мењао се кроз декаде прошлог века, различит је од државе до државе и појединих области у оквиру држава. Различити историјски услови, степен економског напретка, систем институција, инкриминисаност појединих понашања, традиција, обичаји, религијска припадност, начин мишљења, етничке особине, културно наслеђе и сл., вршили су свој утицај на: обим, структуру, динамику и друге феноменолошке карактеристике убистава учињених од стране деце. Ипак, статистике показују да већину убистава извршавају одрасле особе, а не малолетници, па се хомицид сматра “криминалитетом пунолетних”. Статистике углавном не садрже податке о парициду, зато што је обим овог облика убиства много мањи од других. У 19. веку, у Француској, суду Асизу (Цоуртс оф Ассизес) је 1863. због парицида осудио 12 учинилаца, 1869. двадесет двоје, 1870. тридесет четворо и 1880. тридесет деветоро (Гарофало, 1968:201). Скоро читав век касније изнешена је тврдња да је у периоду од 1977. до 1986. убиство родитеља постало “скоро дневни догађај”

у САД. Више од 300 случајева парицида било је извршено током сваке године (Хеиде, 1995:3).

Начин и средства извршења

Убивства се могу извршити на различите начине и различитим средствима, од најпримитивнијег удара тојагом до перфиднијих начина, као што је тровање гасом или давање отрова. Без обзира на особине мотивационе динамике извршених убистава, односа са жртвом и сл., доступност многобројних врста ватреног оружја допринела је повећању обима насилничког понашања, како пунолетних тако и малолетних особа (Рецклесс, 1961:135).

Временска и географска распрострањеност убистава

Код малолетничких убистава, као и код убистава која су извршиле пунолетне особе, уочава се сличност у погледу распореда убистава према месецима у години, данима у недељи и добу дана. Обе узрасне категорије најчешће су убистава вршиле током топлијих месеци, у данима викенда и ноћу.

Старосно доба и пол деце убица

Криминолошка истраживања и криминалне статистике указују на то да се у различитим животним раздобљима јавља различити интензитет учешћа у злочину и да се квалитативно разликује структура криминалитета извршеног у различитим животним добима. Пошто у младости доминира биолошко у човеку, потребе се некада остварују силовито, најчешће агресивно. Зато постоји већа заступљеност деликата насиља код младих и имовинских деликата, који се такође често врше уз употребу силе. Према томе, сматра се да је криминалитет старосно условљена појава која кулминира током младалачког и раног зрело доба, што се сматра добом максималног криминалитета (Шепаровић, 1987:166).

Саучесништво, стицај и рецидивизам

Малолетници се на вршење убистава одлуче некада из жеље за заједничким узбудљивим доживљајима, заједничким стицањем искуства, као и испробавањем снаге и одважности. Осим тога, често се јавља жеља за самопотврђивањем и постизањем одговарајућег статуса у групи. Сматра се да жеља за припадањем групи, чешће од других покретача, представља примарни покретачки фактор делинквентне активности која се врши у групи. Дете као појединац често нема делинквентне намере.

Тек заједнички, у друштву с групом вршњака долази до испољавања делинквентних активности, зато што малолетник не жели да остави утисак “кукавице” или “издајце” и да буде одбачен од групе. Тако малолетници у саучесништву краду или учествују у неком облику криминалитета насиља, а да то претходно нису ни желели ни планирали. Међутим, саучесништво малолетних особа скрива у себи опасност од наступања тежих ексцеса, управо због одлучујућег дејства ирационалног фактора. Изазовно понашање може да прерасте у насиље и вандализам на јавном месту, ситна крађа при којој су затечени у разбојничку крађу, непристојно добацавање девојци у покушај силовања, а ношење оружја ради престижа и застрашивања у покушај убиства и нехатно убиство (Сингер, Микшај-Тодоровић, 1989:82).

Етиолошка својства малолетничког хомицида

Утицај социјално-економских фактора

Материјално-економске прилике у породици, било оне добре или лоше, значајне су за децу због њихове материјалне зависности и несамосталности у односу на родитеље. Економска несамосталност присиљава дете да остане у заједници са родитељима и онда када постоји било који облик и интензитет насиља усмереног према детету. Богати родитељи, у трци за зарадом и постизањем још вишег економског и друштвеног статуса, често занемарују емоционалне потребе своје деце и сматрају да новцем могу да испуне све дететове захтеве усмерене према њима. С друге стране, деца у породицама нижег социо-економског статуса трпе свакодневно “суптилни утицај беде”. У савременом криминолошком приступу о дејству сиромаштва на појаву хомицида, који су извршиле малолетне особе, налази се премиса о повезаности сиромаштва породице, физичког и сексуалног злостављања деце и парицида.

Породица деце убица

Лоша породична атмосфера манифестује се најчешће применом насиља у породици. Резултати истраживања која су имала за циљ да укажу на распрострањеност, узроке и последице насиља у породици навели су неке ауторе на закључак да је, ако се изузме војска за време рата, породица друштвена институција са највише насиља и место где постоји највећа шанса да се буде убијен, физички нападнут, ударен, пребијен, шамаран (Николић-Ристановић, 2000:17). Пошто у дисфункционалним породицама родитељи не остварују погодне родитељске улоге они прибегавају

злостављању и занемаривању својих потомака, зато што “исходи њиховог сопственог детињства нису разрешени, а њихов лични развој се одвијао неподесно” (Хеиде, 1995).

Школска средина и образовање

Слаб успех у учењу, понављање разреда, слабо напредовање у савлађивању школског градива, утичу на немогућност стицања потребног знања и образовања, недостатак радних навика, као и на појаву одређених сметњи у понашању, као што су: бежање од школе, скитња, алкохолизам, наркоманија, проституција, вршење кривичних дела (Цлиnard, 1968:715). Школска средина и потешкоће око уклапања у новоформиране односе захтевају способност прилагођавања, која има скоро одлучујући допринос за дететов даљи однос према школи и образовању и за евентуалну појаву девијантног и делинквентног понашања, чак више него што је допринос интелектуалних способности.

Суседство и делинквентне групе

Лош утицај суседства на појаву делинквенције код деце и малолетника остварује се: кроз контакт, дружење и припадање малолетничкој банди, удруживање у групе са другом децом асоцијалног понашања из породице или шире фамилије која живи у истом крају, везивање за нечији туђи нелегалан начин обављања послова и сл. Пошто је суседство област највећег окупљања после породице, осим деловања на процес школовања, лош утицај суседства и делинквентних група може да се испољи у већем степену друштвене опасности, тако што деца и малолетници почињу да врше криминалитет насиља (убиства, крађе, силовања, разбојништва) и имовински криминалитет. Малолетне убице често су чланови гангова. Са чланством у ганговима повезана је доступност и употреба ватреног оружја у извршењу убистава (Хауес, Хеменвау, 1999-5).

Коришћење слободног времена

“Доколица увек рађа несталне мисли” (Монтењ, 1977:9), што значи да неадекватно коришћење слободног времена од стране младих особа може бити фактор преступничког понашања. У већини истраживања малолетничке делинквенције утврђено је да малолетници извршавају већину престапа у своје слободно време, али та чињеница не открива много у односу на стварне узроке криминалитета и у односу на ефикасне методе третмана преступника и превенције. Деца убице представљају посебан

феномен са психијатријског, психолошког и социолошког становишта. Оваква деца не спадају у категорију “обичних” преступника јер се по многим особинама разликују од “обичних” малолетних делинквената. Код деце убица обично постоји специфична породична историја, која се односи на присуство социјално-патолошких појава код чланова породице, душевних обољења или деградираних породичних односа. У таквом деловању микросоцијалних фактора, везаних за породицу, начин провођења слободног времена детета може имати дејство услова или повода хомицидног понашања, а тешко га може непосредно проузроковати.

Средства масовне комуникације

Културни садржаји, који се преносе посредством мас-медиа, представљају секундарне чиниоце и немају подједнако дејство на преступничко понашање деце. Овај утицај захвата мањи удео младих особа, које већ живе у дезорганизованим породицама и чије је преступничко понашање проузроковано њиховом друштвеном или породичном припадношћу и у том оквиру, масовна култура пружа примере, даје особен стил понашања.

Социјално-патолошке појаве

У структури криминалитета насиља, код убистава, тешких телесних повреда и силовања употреба алкохола има велики значај. Хеиде (Хеиде, 1995:37) је испитивала 75 адолесцената оптужених за убиство или покушај убиства. Овим бројем обухваћено је седморо деце која су убила своје родитеље. Шесторо њих је било идентификовано као “озбиљно злостављана деца”. У свих 6 случајева био је потврђен алкохолизам или хронично опијање код куће. Сваки од петорице убијених очева био је алкохоличар, а користили су и друге дроге. Једна убијена мајка била је такође алкохоличар.

Психолошка обележја личности деце убица

Интелигенција

Функција интелектуалних способности у понашању човека састоји се у томе што особа помоћу својих способности увиђа и предвиђа односе између својих поступака и последица које настају и сходно њиховом значењу подешава своје понашање.

Савремена схватања о повезаности делинквенције и криминалитета истичу да интелигенцију, као менталну способност, треба посматрати у

склопу деловања осталих егзогених и ендогених фактора криминално понашања. Висок коефицијент интелигенције (IQ) може бити фактор који утиче да се код малолетника развију различите фантазије за које малолетник мисли да ће их остварити убиством. Супротно од тога, у криминологији је и даље распрострањено мишљење да низак IQ утиче да дете развије “делинквентни стил живота”. Мање интелигентан малолетник теже савладава наставно градиво у школи, не постиже добар успех, долази у фрустрационе ситуације због исказаног неуспеха, бежи са часова и долази у сукобе са родитељима и наставницима. У том мноштву узрока, интелигенција има своје посебно место у каузалном низу и не треба је у етиологији запоставити као елемент анализе криминогенезе.

Темперамент и карактер

Темперамент и карактер представљају битне елементе личности по којима се једна личност разликује од друге. Поред бројних егзогених фактора, психоаналитички оријентисани криминолози као фактор ризика за дете да постане убица наводе бројне личне карактеристике. Ове личне психичке особине обухватају: низак ниво самопоштовања, неспособност да се обуздају јака осећања, досада, слаба способност расуђивања и честа и јака осећања мржње (Хеиде, 1997). Данкан и Данкан (Дунцан, Дунцан, 1971) за процену хомицидног ризика код деце која прете убиством својим родитељима истичу интензитет непријатељских и деструктивних импулса, који се изражавају вербално, бихејвиорално или на психометријским тестовима. Код деце убица било је важно уочити степен контроле над сопственим импулсима, посебно као одговор на стрес и осујећење, као и учесталост хомицидних наговештаја или претњи (Крон, 1993:56).

Емоције

Емоције представљају специфичан однос човека према конкретним предметима и појавама стварности. Хеиде (Хеиде, 1995) се посебно бавила испитивањем емоција код деце убица. Пражњење емоција није код деце учиниоца парицида представљало само једноставно давање одушка емоцијама изјавом “Ја сам љут”. Деца убице изражавала су своју љутњу као типичан одговор на злостављање које су трпела, на недостатак заштите и подршке у периоду свог детињства. Слично је било са осећањем страха код деце. Деца убице родитеља, као и многе друге особе, имају потешкоће да признају да “се боје”. Страх је повезан са прошлосту, са специфичним догађајима везаним за злостављање. Хеиде је приметила да ова деца, можда током целог свог живота, имају потребу да поричу и

сузбијају мисли и сећања о догађајима који им евоцирају различите врсте страха. Осећања туге је примећено код деце после извршеног кривичног дела пошто дете схвати да је родитељ мртав, дом растурен и дететов живот потпуно измењен. Хеиде је осећање туге приметила и у односу на то што дете искуствено доживљава губитак сопственог детињства али и због онога што је претрпело током детињства (Хеиде, 1995:146-148).

Склоности и навике

Склоности за криминално понашање значајне су у јављању појединих облика криминалног понашања и долазе до изражаја код агресивних криминалаца. Извесна деца убице су склона претераној самоконтроли у одређеним ситуацијама и изненадном ослобађању негативне енергије кроз агресивно понашање. Та деца, као супротност превеликој самоконтроли, могу да испоље “склоност” ка вршењу убистава. Код ове категорије делинквената битно је деловање у афекту и непостојање инхибиторних механизма уз склоност за криминално понашање, што представља трајнију карактеристичну црту њихове личности (Милутиновић, 1988:406). Деца убице су незреле личности код којих насиље ствара навику. Премисе о склоности насиљу уклапају се у образац понашања незреле личности, мада та повезаност не мора увек бити изражена. Сматра се да претпоставка о склоности насиљу може статистички да се потврди на налазу да су неке групе људи склоније прибегавању насиљу ради решавања неких животних потешкоћа у односу на друге групе. Такве ситуације могу да се етикетирају као “субкултура насиља” у којима су прописана правила насилничког понашања која се преносе с једне генерације на другу (Тох, 1978:261-263). Дечији психолози истичу да се убиства и други облици криминала код деце јављају као “изопачен облик љубави”, као пренаглашено испољавање окрутности коју су научили током раног детињства. Извесни родитељи примењују различита средства принуде да би дисциплиновали своју децу и усадили у њих “моралне вредности”. Своју децу посматрају као “грешнике”, а средства принуде и казне примењују над њима сматрајући да при томе поступају праведно. Родитељи са таквим ставовима и схватањима страхују да ће њихово, по природи “лоше дете”, постати окрутно, похлепно и склоно убијању, уколико му се не улију моралне вредности. Дечији психотерапеути песимистички закључују да многе убилачке жеље деце почивају на ауторитету и љубомори и изражавају своје чуђење што “на свету нема више убица” (Нил, 1988:183, 211).

Ставови и схватања

Ставови представљају важне динамичке црте личности. Схватање је прихватање или одбацавање неке претпоставке или тврдње. То је интелектуални доживљај који се схвата у облику који је особа претходно формулисала (Хорватић, 1981:140). Важну улогу у понашању деце убица имају предрасуде. Предрасуде би се могле дефинисати као интензивни, неосновани ставови који се тешко мењају (Рот, 1980:113). У литератури се предрасуде и мржња сврставају у личне особине деце убица (Хеиде, 1995). Једном формиране предрасуде упорно се одржавају и снажно утичу на мишљење и деловање. Предрасуде одређују негативни и непријатељски однос према групама и нацијама. У одржавању већ стечених предрасуда важну улогу има потреба за угледом и престижом. Пошто деца убице иначе имају низак ниво самопоштовања, она сматрају да ће им агресивно понашање и убиство као кулминација таквог понашања, прибавити поштовање околине, односно групе, поготову ако постигну извесну материјалну корист.

Мотиви извршења убистава

Мотивима се приписује снага показатеља, поготову код кривичног дела убиства. У објашњењу мотива адолесцентног хомицида, где су родитељи били жртве, Хеиде користи две психолошке димензије: “намера да се убије” и “жеља да се повреди жртва”. Разлике су суштинске природе, зато што оне одражавају различитост у кривици, препорукама за примену интервенције и процени ризика будућег понашања адолесцената који су веома мотивисани у “намери да убију” или у “жељи да се повреди жртва” и оних адолесцената који немају такве мотиве. Разликовање између намере и жеље детета убице је важно. Намера означава “детерминисаност поступања на одређени начин”, док се жеља односи на “свестан импулс према објекту или искуству што обећава уживање или задовољење у његовом постизању” и обухвата емоционалну компоненту. На основу ових критеријума Хеиде разликује четири типа малолетничког убиства: намерно, ситуационо, из емоционалне реакције и нихилистичко. Код намерног убиства, намера да се убије је израженија у односу на жељу да се жртва повреди. Супротно од тога, убиство је ситуационо када не постоји намера ни жеља за убиством на почетку интеракције између учиниоца и жртве. У случају убиства изазваног емоционалном реакцијом дететова жеља да повреди жртву је највише изражена. Намера да се убије и жеља да се повреди жртва изражене су у подједнако високој мери код нихилистичког убиства.

Менталне девијације код деце убица

Менталне девијације, саме по себи, могу представљати фактор ризика за хомицид и могу настати као последица злостављања. У криминолошкој литератури се наводе различити подаци из истраживања малолетних убица о постојању, односно непостојању менталних обољења код њих. Посебну типологију деце убица учиниоца парицида дала је Хеиде. Осим озбиљно злостављане деце коју су догађаји “гурнули преко њихових сопствених граница ума” и озбиљно ментално оболеле деце, ту је и тип индивидуе који би се могао сврстати у групу деце која су опасно антисоцијално настројена. Озбиљно ментално поремећена деца су ментално поремећене или психотичне особе које су изгубиле свој контакт са реалношћу, а њихове личности су озбиљно дезорганизоване, са искривљеном перцепцијом и често невезаном комуникацијом. На могућност да постоји озбиљан душевни поремећај код учиниоца треба посумњати увек када се деси убиство више чланова породице уз употребу екстремног насиља. Слично је у случајевима убистава када су тела жртва бизарно раскомадана. Психопатске или социопатске личности, које Хеиде описује као децу са “опасним антисоцијалним понашањем” су оријентисане у простору и времену и не пате од делузија и халуцинација. Ове особе се понашају ирационално, доследно исказујући слабо расуђивање и недостатак могућности да уче из сопственог искуства. Они су искварене, често шармантне особе, јер су потпуно лишене осећања анксиозности и кривице због повреде норми или кршења туђих права, уз све то исказујући заиста “плитке” емоције (Хеиде, 1995:7-10).

Однос са жртвом

Допринос жртве у реализацији хомицидног понашања деце мора се одређивати према типу учињеног убиства. У енглеској кривичноправној литератури наводи се као посебан облик “убиство ради одбране блиског сродника”, настао из блиског сродничког односа учиниоца и жртве. У случају Р. вс. Росе донета је ослобађајућа пресуда јер је једини могући, исправни и разуман начин да се спаси мајчин живот био да се учини нешто што ће проузроковати смрт нападача, односно оца (Турнер, Армитаге, 1964:223-224).

Биолошко-психолошке теорије о малолетном преступнику

Биолошка, психолошка и психопатолошка објашњења узрочности у криминологији, са становишта деловања унутрашњих, ендогених особина код учинилаца, воде своје порекло од антрополошког учења Ломбросо и других позитивистички оријентисаних криминолога. Иако је за неке

ауторе антропологија друштвена, а не хуманистичка наука (Гелл, 1998), то није битно утицало на проистекли Ломброзов концепт рођеног злочинца, односно биолошко-психолошке условљености девијантног понашања.

Следбеници биолошко-психолошких схватања у криминологији истичу повезаност између органско-конституционалних и биолошких фактора са психичким особинама личности сваког делинквента (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић 2012:269). Тај утицај остварују: нервни ситем, ендокрини ситем и физичка конституција. Осим тога, биолошки правац у криминологији придаје велики значај наслеђивању криминалних диспозиција, као и генетској аномалији човекових хромозома. Заступници овог правца били су: Ломбросо, Ломбросо-Фереро), Гарофало, Таппан, Кретсцхмер и Схелдон.

Ломброзо је уочио да су криминалци у великом броју случајева били ванбрачно рођени, сирочад, или су њихови родитељи били „порочни”. Овај криминолог, творац антрополошког правца у криминологији, поред утицаја херeditарних фактора на појаву криминалног понашања, посебно је истицао значај васпитања и образовања, које дете добија у породици. Само лоше васпитање може да подстакне перверзне инстинкте, тако да они, иначе карактеристични за период детињства, могу наставити уобичајено да се испољавају и током каснијих периода, уместо да буду измењени. Ломброзо је сматрао да процес васпитања треба да се одвија без насиља, јер одрасле особе, према којима се у детињству поступало сувише строго, чешће чине грешке, па чак и злочине, за разлику од одраслих, према којима у детињству родитељи нису били тако окрутни (Ломбросо 1968: 303). Ломброзо је одвојено проучавао групе нахочади, као и незаконито рођене деце. Сматрао је да раскалашност и недостатак образовања утичу да нахочад и пасторци постану злочинци. Зато Ломброзо поставља питање: “Како једно несретно дете може заштитити себе од зла које му се показује у најпривлачнијим бојама, или још горе, када му се зло намеће ауторитетом или примером родитеља или неких других који су одговорни за његово васпитање?” С друге стране, Ломброзо истиче податак да је међу малолетним делинквентима, од 1871-1872. било 84% дечака и 60% девојчица који су припадали породицама са усвојеним добрим моралним нормама. Он закључује да многи злочини имају своје аутохтоно порекло и да су многе индивидуе рођене као перверзне, без обзира на очајничке покушаје њихових родитеља да их преваспитају (Ломбросо, 1968:147).

Ђина Ломброзо-Фереро је посматрала криминалитет деце као акте још недовољно психички и физички развијених људских бића, упоређујући понашање деце са понашањем дивљака. Сматрала је да примитивни

инстинкти, уобичајени међу дивљацима, у извесној мери, могу бити пронађени код скоро сваког детета, уколико деца нису изложена утицају „моралне обуке и добрих примера”. То не значи да сва деца која нису под васпитним утицајем постану криминалци (Ломбросо-Ферреро, 1972:130). Ауторка сматра да су жеља за осветом и љутња уобичајено развијени код деце, а да је морална свест о добром и лошем изједначена са оним што је дозвољено или забрањено, по мишљењу њихових родитеља. Дете не може да разуме апстрактне идеје правде или права на имовину, све док му се не одузме нешто што поседује (Ломбросо-Ферреро, 1972:132-133). Осим тога, Ломбросо-Ферреро је велики значај придавала повредама и падовима деце током раног детињства, који за последицу могу имати трајна или тренутна оштећења дететовог физичког или психичког здравља. Ова криминолошкиња наводи случај младића из добре породице и изграђеног карактера, који је, задобивши ударац у главу у узрасту од 14 година, постао епилептичар, развивши се затим у коцкара, лопова и убицу. Наравно, ауторка сматра да ови случајеви нису били тако чести (Ломбросо-Ферреро, 1972:141) и закључује да деца показују велики број импулса уочених код криминалоида. Ови импулси би се могли описати као: љутња, осветнички дух, досада, говорљивост и мањак љубави за ближње (Ломбросо-Ферреро 1972:134).

Гарофало сматра да, по изгледу и другим морфолошким и физиолошким особинама код детета, може бити препознат рођени криминалац и његове склоности ка „насиљу и крвопролићу”. Посебно је истицан значај описа „типичне физиогномије”, која у себи садржи физичке и моралне елементе за инстинктивног убицу или лопова (Гарофало 1968: 201).

Тапан истиче да утицај конституционалних фактора, посебно херeditарних, има свој значај у погледу менталних девијација, али да начин путем којих херeditарне особине функционишу, као узроци, представља непознаницу, око које се стварају многобројна мишљења, поготову у оквиру биолошко-психолошког правца у криминологији.

Кречмер и Шелдон сматрају да је за откривање психолошких својстава једне индивидуе (особине карактера, темперамента, способности, динамичке снаге личности) довољно упознати њену телесну грађу и телесни изглед. Телесна конституција подразумева величину и развијеност појединих делова тела, пропорционалност тих делова, нормалност појединих органа и неке друге телесне особине. Различит изглед људи у телесном смислу има за последицу различито реаговање околине, што битно утиче на формирање одређених психичких особина личности, првенствено под утицајем става околине (уображеност, сигурност у себе, стидљивост).

Према људима са телесном маном, околина углавном испољава презир, жаљење и одбојност (Рот 1980:147, 155).

Биолошко-психолошка схватања претрпела су озбиљне критике. Законитост нормалног деловања, неколико главних морфолошких и физиолошких процеса, је таква да њихово настајање и ток развика условљавају човеково понашање. Нервни систем одређује диспозиције за интелигенцију, способности и темперамент. Особе, које у периоду детињства имају интензивне реакције вегетативног нервног система показују „већу живост у реаговању“, а деца са споријом функцијом вегетативног нервног система показују „тенденцију ка емоционалној неуравнотежености и нервозности“. Ендокрини систем, кога чине жлезде са унутрашњим лучењем, има као основну функцију регулисање метаболизма. У литератури се наводи схватање да особине личности првенствено зависе од функционисања ендокриног система. Међутим, већина истраживача не прихвата овакав став, већ сматра да правилно функционисање ендокриног система има битан утицај само на формирање особина темперамента, а да поремећаји у функционисању ових жлезда значајније утичу на развој других особина личности. Исто тако, већина криминолога сматра да је ненормалност хромозома само један изолован, недовољно проучен фактор у био-психо-социјалној средини, који може да се доведе у везу са асоцијалним понашањем. Такође, студије о криминалним породицама се не могу узети као доказ тврђења о наслеђивању криминалитета, јер на чланове једне породице не делује само фактор наслеђа, већ и фактор средине (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић 2012:274). Тоцх (Тоцх, 1978) истиче да насиље представља друштвену реакцију, оно се јавља међу људима, без обзира на њихов узраст, као одговор на потешкоће или препреке које постављају појединци, групе или институције. Насилничко понашање треба да се сагледа у оквирима социјалних подстицаја зато што се тада могу сугерисати начини поступања, који би допринели реформи друштва и рехабилитацији појединаца (Тох 1978: 7). Према томе, улога биолошких фактора, у склопу разних каузалних утицаја, не може се јединствено криминолошки одредити, нити се може једноставно квалификовати за потребе кривичног права (Аћимовић 1988:90). Значај биолошких фактора, у разним случајевима криминалног понашања деце, може се одредити само у склопу других утицаја који доводе до криминалитета, као што су средина или активност појединца.

У криминалној психологији јавило се низ психолошких теорија, које криминално понашање доводе у везу са психичким особинама личности, не узимајући у обзир деловање социјалних фактора, или признајући овим

факторима само посредно дејство. Осим тога, психолошка објашњења криминалног понашања заснивала су се на истраживањима извршеним применом психолошких метода мерења интелигенције делинквената и неделинквената, карактеристикама личности, вредносних оријентација и социјалне контроле (Константиновић Вилић, Николић Ристановић, Костић 2012:276). Тако, на пример, сматра се да је измерени коефицијент интелигенције, на узорцима делинквентне омладине, нешто нижи у односу на неделинквентну омладину, мада то само по себи не може бити непосредан узрок делинквенције (Жлебник 1972:223). Представници овога правца су: Фројд, Грос, Фридландер, Ашафенбург, Бел и др.

Криминолози психолошки оријентисаног правца сматрају да дете, које претрпи било који облик злостављања или занемаривања, као и било који други облик понашања које се према њему испољава као претња, може испољити патолошку антипослушност. Антипослушничко понашање је непрекидно превођење неостварених жеља из детињства у агресивно понашање и често се испољава код адолесцената. У том периоду живота, индивидуа се налази у развоју и изражава потребу за самоисказивањем у својој непосредној породичној околини или групи вршњака. Антипослушничко понашање постаје патолошко када је деструктивно, а испољава се у делинквентном понашању детета. Белле сматра да делинквентна деца имају потешкоће са прихватањем ауторитативне фигуре, што је „последича посебног страха од оца или замене за оца” још из периода детињства (Белле 1969:355).

Бавећи се криминалном психологијом, Гросс је закључио да се лоша деца од најранијих година лако препознају. Утицај одгајања и обучавања не мора имати никаквог дејства на децу која су „добра” сама по себи. У том смислу, Грос разматра одрастање, дететову себичност, као и посебне начине реаговања на појаву неприлагођеног понашања (Гросс 1968:370).

Користећи методу психоанализе, Фројд је објаснио настанак злочина и казне, тако што је описао први случај патрицида, који је довео до стварања два основна табуа тотемизма, изведена из осећања кривице синова. По Фројду, гомила здружене браће, живећи у прахорди, више није могла да трпи тиранију праоца. Једнога дана, браћа су се окупила, убили су оца и појели га, чиме су учинили крај постојању очеве прахорде. Чином једења, синови су се идентификовали са оцем и тиме добили део његове снаге. Пошто се код синова јавило осећање кајања, они су опозвали своје дело, тиме што су забранили убијање очеве замене – тотема и одрекли се његових плодова, ограђујући се од ослобођених жена. Тако су из кривице синова изведене прве забране и казне за убиство оца и родоскрвњење (Фројд 1979).

У својој психоаналитичкој студији малолетничке делинквенције К. Фридландер (Фриедландер) је посебно анализирао факторе средине, који доводе до формирања антисоцијалног карактера, које она назива „основним факторима” (*приамру фаџторс*). Ови се фактори могу пронаћи у односу детета према мајци, а касније и према оцу, као и у другим емоционалним односима, који конституишу рани породични живот. Фактори средине, као што су: сиромаштво, незапосленост, лоши стамбени услови, пренасељеност, посредно врше свој утицај до дететове пете-шесте године живота, тиме што ремеће мајчин однос са дететом. Поремећаји родитељских личности, посебно мајчине, чак и у повољним економским условима, могу имати исту последицу на развој структуре дететовог ума, као што то имају лоши услови средине, који спречавају мајку да пружи детету довољну пажњу, у најширем смислу. С друге стране, добар однос са мајком може деловати насупрот лошим условима средине. Тиме се може објаснити чињеница да у лошим економским условима, само неки појединци, а не и други, постају делинквенти (Фриедландер 1967:96).

Ашафенбург (Асцхафенбург) разматра утицај „породичне диспозиције” (*фамилу диспоситион*) на појаву психичких болести код потомака. Овај аутор сматра да душевна болест, неумереност и епилепсија родитеља, без сумње имају негативан утицај на децу. Уопштено посматрано, форме дегенерације обично се испољавају у физичкој и менталној слабости, мада пракса не показује да сва деца алкохоличара и умно поремећених особа имају ове поремећаје. Дете које је окружено криминалцима, од најранијих дана свога живота, брзо почиње да учи од њих, да мисли као они и никада не добије прилику да развије другачије погледе на свет. За дете, током временом, злочин губи карактер кажњивог акта, а казна није више друштвена осуда (Асцхафенбург 1969:124).

Истраживања у области криминалне биологије су ипак ставила неке замерке на веровања у вези са наслеђивањем криминалних диспозиција, што је довело до тога да неки психијатри и правници истакну важност фактора средине.

Литература (на српском језику)

Аћимовић, М. 1988. *Психологија злочина и суђења*. Београд: Савремена администрација.

Вилсон, К. 1990. *Психологија убиства*. Ниш: Градина.

Жлебник, Л. 1972. *Психологија детета и младих, део ИИ*, Београд: Делта-пресс.

Хорватћ, Ж. 1981. *Елементарна криминологија*, Ријека: Либурнија, Загреб: Школска књига.

Кнежевић, С. 2010. *Малолетничко кривично право*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Константиновић Вилић, С, Николић Ристановић, В, Костић, М. 2012. *Криминологија*. Ниш: Центар за публикације Правног факултета у Нишу.

Костић, М. 2010. *Виктимитет старих људи*. Ниш: Центар за публикације правног факултета у Нишу. Београд: Социјална мисао.

Крон, Л. 1993. *Кајинов грех*, Београд: Прометеј, Институт за криминолошка и социолошка истраживања.

Милутиновић, М. 1988. *Криминологија*, Београд: Савремена администрација.

Монтењ, М. 1977. *Огледи*, Београд: Издавачко предузеће "Рад".

Нил, А. 1988. *Слободна деца Самерхила*, Београд: БИГЗ.

Николић-Ристановић, В. 2000. *Од жртве до затворенице (насиље у породици и криминалитет жена)*, Београд: Виктимолошко друштво Србије, Институт за криминолошка и социолошка истраживања.

Платон, 1971. *Закони*, Београд: БИГЗ.

Рот, Н. 1980. *Психологија личности*, Београд: Завод за уџбенике и наставна средства.

Сингер, М. Микшај-Тодоровић, Љ. 1989. *Делинквенција младих*, Загреб: Глобус.

Шепаровић, З. 1987. *Криминологија и социјална патологија*, Загреб, Београд.

Тох, Х. 1978. *Насилници*, Београд: Просвета.

Фројд, С. 1979. *О сексуалној теорији тотем и табу*. Нови Сад: Матица српска.

Литература (на страном језику)

Aschaffenburg, G. 1969. *Crime and Its Repression*, Montclair, New Jersey: Patter-son Smith.

Belle, O. S. 1969. Anti-authoritarian behaviour, *The British Journal of Criminology*, Vo. 9, No. 4.

- Clinard, M. 1968. *Sociology of deviant behavior*, New York, Holt, Rinehart and Winston, Inc.
- Friedlander, K. 1967. *The Psycho-Analytical Approach to Juvenile Delinquency*, London: Routledge & Kegan Paul LTD.
- Garofalo, R. 1968. *Criminology*, Montclair: Patterson Smith
- Gell, Alfred. 1998. *Art and Agency: An Anthropological Theory*. Oxford: University Press. <http://A Gell - 1998 - books.google.com>
- Gross, H. 1968. *Criminal Psychology*, Montclair, New Jersey: Patterson Smith.
- Hayes, D.N., Hemenway, D. 1999. Age-within school class and adolescent gun-carrying, *Pediatrics*, May 103-5., <http://biomednet.com./db/medline/MDLN 99240970>
- Heide, K. 1995. *Why kids kill parents*, London, New Delhi: SAGE Publications, Thousand Oaks.
- Lombroso, C. 1968. *Crime Its Causes and Remedies*, Montclair, New Jersey: Patterson Smith.
- Lombroso-Ferrero, G. 1972. *Criminal Man (According to the Classification of Cesare Lombroso)*, Montclair, N.J: Patterson Smith.
- Reckless, W. C. 1961. *The Crime Problem*, New York: Appleton-Century-crofts.
- Risse, M., Püschel, K., Lignitz, E. 1995. Fatal violence by adolescents toward children – sexual motivation is in the foreground, *Arch. Kriminol.* Jan.-Feb., 195, <http://www.biomednet.com./db/medline/MDLN 95225698>

Prof. Miomira Kostić, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Criminological Features of Juvenile Homicide

Summary

In this paper, the author analyses the basic phenomenological and etiological features of juvenile homicide. First, the author elaborates on the phenomenological features of juvenile homicide, including: the types of homicide; the scope, dynamics and the structure of murder; the manner of execution and the instruments of crime; the time span and geographic distribution of murder; the age and sex of juvenile offenders; the concepts of complicity, concurrence and recidivism. In examining the etiological characteristics of juvenile homicide, the author first explores the exogenous factors contributing to the commission of this crime, such as: the socio-economic environment; the offender's family environment; school environment and education; neighborhood and juvenile delinquency groups; spare time activities; the impact of mass communication media; and socio-pathological phenomena). Further on, the author provides an overview of the basic psychological characteristics and personality traits of juvenile killers, such as: intelligence, character, temperament, emotions, attitudes and perceptions, predispositions and habits, motives for homicidal behavior, mental deviations in juvenile killers, and the killer-victim relations. In particular, the author focuses on the basic postulates of anthropological, bio-psychological and psychological theories on the causes of deviant behavior in children and minors, their recidivism and victimization.

Key words: *homicide, personality, juvenile delinquent, child abuse*

РАЦИОНАЛИЗОВАНИ ПАРЛАМЕНТАРИЗАМ И УСТАВНА ПОДЕЛА ВЛАСТИ У СРБИЈИ²

Апстракт: У раду је учињен покушај да се расветли однос равнотеже између носилаца уставне власти на коме се темељи идеја парламентаризма од традиционалног до савремених облика, у којима су развијене различите форме рационализације, а које су садржане и у Уставу Србије (2006). Структура рада треба да одговори постављеној хипотези да су се основни принципи парламентаризма развили до нивоа да претпостављена равнотежа осцилира било према влади, било према шефу државе, али у сваком случају „од“ парламента. У првом делу рада разматрају се услови у којима је парламентаризам еволуирао од изворне форме поделе власти, док је други део посвећен облицима рационализације који се јављају у савременим уставним системима. Имајући у виду форму и политички оквир рационализације, у трећем делу рада истражује се појава нужног „суживота“ различитих политичких већина у хоризонталној организацији власти (кохабитација). У четвртом делу рада анализирана је уставна подела власти у Републици Србији, која почива на основним принципима парламентаризма са бројним елементима рационализације. У складу са Дивержеовим гледиштем о смењивању парламентарних и председничких фаза, организациона и функционална рационализација упућује на закључак да је у националном систему на снази модел полупредседничке владе.

Кључне речи: кохабитација, парламентаризам, полупредседнички систем, подела власти, Устав Србије.

1 irena@prafak.ni.ac.rs

2 * Раd је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.“

Увод

Грађански уставни, донети крајем осамнаестог и почетком деветнаестог века, прогласили су поделу власти као основни принцип уставне државе. Теоријска поставка о деоби власти на законодавну, извршну и судску, добила је своју правну интерпретацију кроз организационо издвајање ауторитета (установљавањем посебних уставних органа) и кроз функционално разграничење овлашћења (уставним систематизовањем надлежности носилаца власти). Један од два доминантна модела поделе власти, парламентарни систем, настао је на темељу либералних принципа о еластичним везама између законодавне и извршне власти. Њихов однос почива на три основна правила: једнакост, сарадња и узајамност у деловању две власти.

Са друге стране, након слома реалсоцијализма, симболизованог кроз пад Берлинског зида (1990), велики број бивших социјалистичких земаља донео је нове уставе којима је успостављен систем организације власти заснован на подели власти, као темељном принципу правне државе. Стручне и политичке расправе, које су претходиле доношењу нових конститутивних аката ових држава, биле су усмерене на оцену и ефекте парламентаризма, као модела који се традиционално примењује у западноевропским системима. У првим закључцима било је јасно да модел председничке владе у свом изворном облику не одговара захтевима нових грађанских устава, па је већи део расправе био усмерен на истицање аргументације „за” или „против” рационализације европског парламентаризма, до потенцијалног обликовања полупредседничког система.³

1. Еволуција европског парламентаризма

Парламентарни систем почива на дуалитету чиниоца извршне власти, чији је основни задатак да обезбеди сарадњу између парламента и шефа државе уз помоћ владе, која има утврђену и од председника одвојену област управљања, а истовремено је политички одговорна пред парламентом. Од настанка парламентарног система дуализам егzekутиве значајно је еволуирао у правцу владе, јачајући њену моћ и доминацију у систему поделе власти. Назив „парламентарна влада”, слично називу „председничка влада”, потиче управо од те органске повезаности владе

³ Има мишљења да двадесети век представља својеврстан „тријумф парламентарне демократије”, што се одразило на расправе у новим државама приликом успостављања система организације власти. (Упор. G.Kurian (ed.), *World Encyclopedia of Parliaments and Legislatures*, Vol.1, Congressional Quarterly, 1998, p. VII)

са парламентом, тј. председником републике.⁴ Настанак парламентарног система лежао је у потреби да се формира народно представништво које би, по речима Сл.Јовановића, бранило народни интерес како од владоца, тако и од владе. Међутим, „(п)остепено, представничка влада се претворила у парламентарни режим, - тј. такав режим где се министри узимају из парламентарне већине“.⁵ Такође, К.Левенштајн (*K.Loewenstein*), у својој систематизацији парламентарних система од настанка грађанске државе до Другог светског рата, уочио је следећу правилност: намера уставотвораца била је да обезбеди доминацију законодавне власти са циљем заштите од опресивне извршне власти, првенствено у лику шефа државе.⁶ Чини се да се ова правилност одржала и касније, у време када су грађанске државе излазиле из Другог светског рата и покушавале да се врате традиционалном парламентаризму (као што је то био случај у Четвртој Француској Републици и Италији).

Изворна Монтескјеова формула доживела је промене најпре у енглеском парламентаризму. Енглески устав, сматрао је В.Беџхот (*W.Bagehot*), садржи „делотворну тајну“ која се састоји у постојању „тесне уније, скоро комплетне фузије, између извршне и законодавне власти“.⁷ Упркос прихватању идеје о подели власти, енглески устав је развио систем који почива на „особеној апроксимацији“ да влада представља суштинску везу између законодавне и извршне власти.⁸ Влада ужива подршку парламентарне већине у којој важе правила строге партијске дисциплине. Стога је моћ индивидуалне акције посланика сведена на минимум, а могућност опозиције да опозове

4 У политичкој теорији (*K.Strøm*) начињена је разлика између појмова „парламентарна влада“ и „парламентарна демократија“, управо са аспекта ширине наведених појмова. „Парламентарна влада“ је одраз институционалног аранжмана у коме владу контролише парламентарна већина, док је израз „парламентарна демократија“ шири и треба да укључи контролу већине грађана, који преко изабраних представника, контролишу вршење власти у целини. Парламентарна демократија је, дакле, појам који се може изједначити са идејом народне суверености, коју грађани врше преко својих изабраних представника. (Упор. К.Стрøm, „Parliamentary Government and Legislative Organisation“, in Herbert Döring (ed.), *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, Mannheim Centre for European Political Research, 1995, p. 52-53)

5 Сл.Јовановић, „Представничка влада у теорији и у пракси“. (У: Сл.Јовановић, *Из историје и књижевности* (II), Београд: БИГЗ, 1991, стр. 238)

6 Упор. К.Loewenstein, „The Balance between Legislative and Executive Power: A Study in Comparative Constitutional Law“, *The University of Chicago Law Review* Vol. 5, No 4, 1938, pp. 580 - 583

7 W.Bagehot, *The English Constitution*, (Second Edition), London, 1873, p. 48 (65)

8 W.Bagehot, op.cit., p. 48 (65)

владу готово да не постоје.⁹ О колективној одговорности владе говори се као о облику фузије легислативе и егзекутиве, која још и више сједињује две гране власти. Има мишљења да је парламентаризам као оквир парламентарне демократије постао „демократска партијска влада“ из следећих разлога: 1) одлуке доносе изабрани представници партија, 2) политику креира партија и стара се о њеном спровођењу, 3) представници су „именовани“ од стране партије и њој полагају рачун. У тој критици Морис Диверже (*M. Duverger*) је отишао и даље, оценивши да су „егзекутива и легислатива, влада и парламент, само фасада: у стварности партија сама врши власт.“¹⁰

Идеја о подели власти настала је у једној „статичкој конструкцији“, као израз потребе у специфичном тренутку када се излазило из апсолутне монархије, а уставна држава још увек није била развијена. „Политички динамизам“, који је наступио у двадесетом веку, био је разлог да се, мање или више, стапају функције законодавне и извршне власти, па се јавила потреба за новим тумачењем „старог“ принципа.¹¹ Потпуна подела власти у Европи није заживела, јер је влада представљала везу између законодавне и извршне власти, што је довело до њиховог, готово потпуног, политичког јединства. Тако се изворна идеја окренула у своју супротност, сматрао је К.Левенштајн, јер је извршна власт постала много важнија од законодавне, са тенденцијом да све државне мере постану инструмент „политичке управе“, а не креација законодавне власти.¹² У обиљу радова, који су у овом уставном раздобљу указивали на слабости традиционалног парламентаризма, издвојио се рад Карла Шмита (*C. Schmitt*) „Крива парламентарне демократије“ (*Die Geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, 1923),¹³ за који је речено да представља „добродошлицу

9 О томе какве су могућности опозиције у британском парламентарном систему у погледу контроле владе А.Кинг говори на следећи начин: „Једино чиме појединац – посланик, па и цела опозиција располаже, када су у питању владини предлози је време, на изванредан начин одлагање одлуке парламентарне и политичке већине.“ На тај начин, може се мерити слабост опозиције у британском Парламенту. (А.Кинг, „Modes of Executive-Legislative Relations: Great Britain, France and Germany“, *Legislative Studies Quarterly*, Vol. 1, No 1, 1976, p. 18)

10 Наведено према: W.M.Wiberg, „Parliamentary Questioning: Control by Communication?“, in H.Döring (ed.) *Parliaments and Majority Rule in Western Europe*, St.Martin's Press, 1995, p. 218

11 К.Loewenstein, op.cit., p. 567

12 За шта Левенштајн „окривљује“ Монтескјеа, јер није узео у обзир „живи“ устав Енглеске у осамнаестом веку, који је већ показивао политички динамизам и немогућност да се „подела“ изведе доследно. (Ibidem)

13 C.Schmitt, *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, München und Leipzig: Verlag von Duncker & Humblot, (Zweite Auflage), 1926

широком спектру антипарламентарних предрасуда“, првенствено у Вајмарској Републици.¹⁴ Шмитов критички поглед на парламентаризам имао је јака идеолошка обележја, а његов рад је био окренут критици либералне доктрине и уставних институција, првенствено парламента. Анализирајући основна својства парламента и критикујући теоријске основе самог парламентаризма, тежиште његовог разматрања било је да покаже зашто парламент годинама представља „апсолутну мудрост“ (*ultimum sapientiae*) за генерације Европљана, које су неограничено веровале у њега. Има мишљења да је Шмитово виђење било утемељено на одбијању сваке могућности да постоји „боља алтернатива“ парламентарној влади (он је сматрао да постоје само горе алтернативе), па је зато одбацивао сваку дискусију о њеним принципима.¹⁵ Уставни епилог овог гледишта био је опстанак и трајање Вајмарског устава дуги низ година у условима немачког тоталитаризма. Ипак, упркос кризи парламентаризма, у већини европских система није било такве искључивости, нити теоријског става који би сугерисао да парламентарна држава треба лако да се одрекне традиционалних слобода и тековина либералне демократије.

С обзиром на специфичности које су се појавиле у обиљу варијетета парламентарног система до данас, постоје покушаји да се парламентаризам дефинише побрајањем свих релевантних обележја овог модела организације власти. Крајем двадесетог века Д.Верни (*D.Verney*) је учинио покушај да наведе сва релевантна обележја парламентарног система: 1) фузија извршне и законодавне функције; 2) подела егзекутиве; 3) шеф државе именује премијера; 4) министре одабира премијер; 5) влада је колективни орган; 6) министри су, по правилу, чланови парламента; 7) влада је политички одговорна парламенту; 8) премијер предлаже шефу државе распуштање парламента; 9) ни влада ни парламент немају врховну власт; 10) влада је индиректно одговорна бирачима; 11) парламент је центар моћи.¹⁶ Такође, у домаћој уставној књижевности Р.Марковић указује да се суштина парламентарног система „може најбоље изразити ако се изложи више његових битних обележја“: 1) узајамност чланства у извршној (владиној) композицији и композицији парламента; 2) владу чини политичко вођство странке или странака које су добиле већину на изборима; 3) унутрашња структура владе има „пирамидалну“ структуру;

14 Ellen Kenedy, Introduction: Carl Schmitt's *Parliamentarism* in Its Historical Context, in C.Schmitt, *The Crisis of Parliamentary Democracy*, (translated by E.Kenedy), Cambridge, Massachusetts, London: The Mitt Press, 2000, p. xiii

15 Ellen Kenedy, op.cit., p. xxxix

16 D.Verney, „Parliamentary Government and Presidential Government“, in: A.Lijphart (ed.), *Parliamentary versus Presidential Government*, Oxford University Press, 1992, p. 32

4) опстанак владе условљен је подршком парламентарне већине; 5) подељеност „законодавне функције и функције политичког одлучивања“ између парламента и владе; 6) реципрочност у политичкој контроли између владе и парламента: док парламент контролише владу и може гласати о неповерењу влади, дотле влада може (мада није нужно) да својом оставком изазове распуштање парламента (распуштање парламента је „најефикасније средство политичке контроле над парламентом којим располаже влада“).¹⁷

2. Облици рационализације

Апсолутна подела власти не постоји и то се јасно види у бројним варијететима овог принципа у систему парламентарне владе.¹⁸ Парламентарни систем се променио и еволуирао у нове форме које се прилично разликују, нарочито у европском правном простору. Чиста форма парламентаризма била је дестабилизована између два светска рата, те се у то време јављају први облици рационализације у парламентарној конструкцији поделе власти. Вајмарски устав Немачке Републике (1919) представљао је увод у нови уставни концепт организације власти. Традиционална парламентарна влада, која је претпостављала постојање неподељене подршке темељним националним вредностима, запала је у кризу. О потреби рационализације парламентаризма почетком двадесетог века писао је Б.Миркин-Гецевић (*B.Mirkine-Guetzevitch*), који је неопходност рационализације видео као израз развоја демократске идеје (идејна рационализација) и као израз прилагођавања државне организације нараслим друштвеним потребама (техничка рационализација).¹⁹ Рационализацију парламентаризма К.Левенштајн (*K.Loewenstein*) је описао речима: „... рационализација политичке моћи садржана у уставном документу није успела да обезбеди основни квалитет свих влада, тј. политичког лидерства. Истина је да политичко вођство не може бити произведено уставним аранжманом, али је исто тако тачно да може бити превенирано од искорака неспретном структуром уставног права“.²⁰ Тако се као заједнички именитељ рационализације парламентаризма јавила потреба за успостављањем стабилне парламентарне владе, што се могло

17 Р.Марковић, *Уставно право и политичке институције*, Београд: Службени гласник, 2008, стр. 192-194

18 Британски писци су ову тезу развили у условима савременог британског парламентаризма, који битно одступа од изворне идеје (Colin Munro, T.R.S.Allan, Eric Barendt).

19 Наведено према: Сл.Јовановић, *op.cit.*, стр. 426

20 К.Loewenstein, *op.cit.*, pp. 583

постићи „деталном институционализацијом односа између парламента и владе“.²¹

Због разних модалитета у тзв. гипкој подели власти јавила се потреба за сврставањем и дефинисањем „нових“ уставних система. Ови системи прате изворне принципе парламентаризма, развијајући особености које упућују на модификоване облике организације власти у савременој уставној држави. Осамдесетих година прошлог века М.Диверже (*M. Duverger*) је допунио традиционалну класификацију новим моделом поделе власти, који је назвао полупредседнички систем (*semi-presidential government*). Највише интересовања изазвао је његов рад *“A New Political System Model: Semi-Presidential Government”* (1980), који представља аутентичан извор његовог теоријског концепта организације власти.²² У француској уставноправној литератури било је много покушаја да се прецизно одреди овај тип система, а свима је заједничко то да је овде реч о модулираном парламентарном систему са значајним елементима председничке владе. Тако је П.Аврил (*P. Avril*) овај систем назвао “плебисцитарна демократија”, док је Ж.Ведел (*G. Vedel*) сматрао да је исти израз слаб да би означио оно што је у Француској на снази, а што је он назвао “ултра-председничка” стварност.²³

Са друге стране, има мишљења да је типологију система могуће извршити само на основу диференцирања политичких од уставних система. Тако би у критеријум за класификацију политичких система морао бити укључен начин вршења власти који произилази из доминантне институционалне праксе, док класификација уставних система обухвата само уставна правила за вршење власти.²⁴ Зато се француски систем може означити као политички систем са обележјима “председничког система”, док се сам уставни систем може класификовати као “полупредседнички”, односно, може се рећи да је француски „президентијализам“ опскрбљен полупредседничким елементима. Француски конституционалиста Ж.Жикел (*J. Gicquel*) је исти систем окарактерисао као “председнички”, мада се у великој мери слаже са Дивержеовом дефиницијом да је реч

21 Д.Стојановић, *Уставно право II*, Ниш: СБЕН, 2009, стр. 138

22 M. Duverger, “A New Political System Model: Semi-Presidential Government”, *European Journal of Political Research* Vol. 8, No. 2, 1980, pp. 165-187

23 Цитирано према: H. Bahro, V. H. Bayerlein & E. Veser, “Duverger’s Concept: Semi-Presidential Government Revisited”, *European Journal of Political Research* Vol. 34, 1998, p. 203

24 O. Duhamel. Цитирано према: H. Bahro, V. H. Bayerlein & E. Veser, op.cit. p. 203

о концентрацији власти у рукама шефа државе, на шта упућује начин његовог избора и начин одлучивања парламентарне већине.²⁵

Полупредседнички систем је у теорији разматран претежно на примеру уставног и политичког искуства Пете Француске Републике. С обзиром на бројне осцилације у погледу ширине уставних овлашћења, начин избора уставних органа (првенствено председника републике), међусобних односа легислативе и егзекутиве, развиле су се и неке особене врсте овог система. Тако су амерички писци М.С.Шугарт и Џ.М.Кари (*M.S.Shugart, J.M.Carey*) ове (под)врсте сврстали у две категорије: премијерско-председнички (*premier-presidential*) и парламентарно-председнички (*parliamentary-presidential*) модел.²⁶ У својој типологији они преферирају премијерско-председнички модел у односу на полупредседнички, мада и сами сматрају да разлике нису суштинске.

Полупредседнички модел (“француски модел”) није проста „синтеза парламентарног и председничког система“, како је истакао М.Диверже (*M.Duverger*), већ је систем у коме се смењују „председничке и парламентарне фазе“.²⁷ У условима када непосредно изабрани шеф државе ужива подршку парламентарне већине и владе која из ње произилази, овај систем преузима претежно обележја председничке владе. Обрнуто, систем има карактеристике парламентарне владе када влада потиче из парламентарне већине која је супростављена председнику републике. Полупредседнички систем има два битна обележја: прво, председник републике је непосредни изабраник грађана и друго, он располаже снажним уставним надлежностима, које му обезбеђују мешање у домен законодавне власти (расписивање референдума, суспензивни вето, распуштање парламента).²⁸

3. Кохабитација и рационализовани парламентаризам

Стабилност парламентарног система огледа се у стабилној и постојаној парламентарној већини, док на стабилност полупредседничког система значајно утиче однос снага између непосредно изабраног шефа државе и парламентарне већине. Ако се склад у односима политичке већине

25 J.Gicquel, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, Paris: Montchrestien, 1997, pp. 130-131

26 M.S.Shugart & J.M.Carey, *Presidents and Assemblies*, Cambridge University Press, 2003, pp.55 -76

27 M.Duverger, *op.cit.*, p. 165

28 Упор. И.Пејић, “Полупредседнички систем и могућности кохабитације”, *Теме* (Часопис за друштвена истраживања), Ниш, бр. 1, 2007, стр. 55-58

која доминира на релацији парламент – влада – шеф државе поремети, може настати проблем у остваривању њихових уставних функција и функционисању система поделе власти. Једна од могућности за превазилажење овог „неприродног“ стања у систему равнотеже јесте функционисање политичких власти по принципу тзв. кохабитације (*cohabitation*) или „нужног суживота“ различитих политичких већина у хоризонталној равни власти.²⁹ Као механизам нужне сарадње између три темељна уставна ауторитета, кохабитација нема непосредно упориште у уставним правилима о организационој и функционалној расподели власти. Она настаје и развија се на темељу „правила игре“ у којој носиоци власти врше своја уставна овлашћења уважавајући „објективне“ границе, односно, свесно се одричући неких од њих зарад постизања политичке равнотеже. Када председник и премијер не уживају поверење исте политичке већине, тј. када је парламентарна већина која подржава владу истовремено опозиција председнику републике, настаје потреба за „суживотом“ политичких власти.³⁰ Реч је о специфичном односу снага у коме се политичка воља бирачког тела, изражена на парламентарним и председничким изборима, знатно разликује.³¹

Појава различитих фаза у функционисању полупредседничког система („фазе парламентарне кохабитације“) одражавају се на функционисање уставног и политичког система. Ако су јака уставна овлашћења шефа државе

29 Овај политички појам развио је М.Диверже (M.Duverger) осамдесетих година прошлог века на искуству Француске Пете Републике, али је он проширен и на друге уставне системе.

30 A.Siaroff, "Comparative presidencies: The inadequacy of the presidential, semi-presidential and parliamentary distinction", *European Journal of Political Research* 42, 2003, p. 293

31 По први пут ова ситуација се појавила 1986. године у Француској, када је Председник Републике (*F.Mitterand*) добио „опозиционог“ Премијера (*J.Chirac*). Након избора за Националну скупштину парламентарну већину је заузела десна политичка опција, супростављена социјалистичкој партији која је подржавала Председника Републике. У оваквим условима могло се очекивати да дође до отвореног сукоба, па је била изражена сумња да систем може надаље успешно да функционише. Међутим, до сукоба није дошло, јер ни једна страна то није желела. Уставне прерогативе унутар егзекутиве расподељене су између шефа државе и премијера на тај начин што је први задржао своје компетенце у области спољне политике, док је влада преузела активну улогу у области унутрашње политике. Осим у интервалу од 1986. до 1988. године, у новој политичкој историји Француске кохабитација власти се десила се и у интервалу од 1993. до 1995. године, као и од 1997. до 2002. године. (Упор. J.V.Poulard, "The French double Executive and the Experience of Cohabitation", *Political Science Quarterly* vol.105, no.2, 1990, pp. 243-267; J.Gicquel, op.cit., pp. 540-542, V.Constantinesco, S.Pierre-Caps, "France: The Quest for Political Responsibility of the President in the Fifth Republic", *European Constitutional Law Review*, No. 2, 2006, p. 354)

комбинована са доминантним политичким ауторитетом председника, онда овај систем претеже према председничкој влади. Са друге стране, фазе у којима доминацију преузима премијер, са својим кабинетом, обезбеђују функционисање парламентарне владе.³² Кохабитација, међутим, не значи искључиво „миран“ суживот, већ су отворене могућности кохабитационих криза. Уставна овлашћења носилаца извршне власти, председника и премијера, у великој мери зависе од снаге политичког ауторитета којим они располажу. Тако је увек присутна опасност да јака и утицајна политичка личност, посебно на позицији шефа државе, не допусти влади да, уз подршку парламентарне већине, реализује своје уставне надлежности. Уколико устав допушта председнику да распусти парламент, онда то може бити моћан инструмент да он спречи парламентарну већину, која је њему супростављена, као и да онемогући владу.³³

У многим постсоцијалистичким уставима, који су уредили правила за функционисање полупредседничког система, било је случајева кохабитације. Шест држава (Бугарска, Македонија, Пољска, Румунија, Словенија, Хрватска) провело је готово половину времена од доношења првих грађанских устава у условима кохабитације. У то време премијер је иза себе имао стабилну парламентарну већину, а шеф државе је потицао из опозиционе политичке опције, што је стварало услове да сваки од носилаца егzekутиве истакне сопствени политички програм. Овакве ситуације могу довести до тога да се државе налазе претежно у стању да њима влада или управља политичка мањина.³⁴ Кохабитација се често објашњава позитивним примером Француске у другој половини двадесетог века. Постоји, међутим, основана сумња да политички и уставни оквир нових демократија не може да издржи „мирну“ кохабитацију, већ може да продуби идеолошке и политичке разлике, а преко тога и да створи уставну кризу.³⁵

32 С обзиром да су фазе кохабитације у Петој Француској Републици доминирале у кратким интервалима, као на пример 1986-88 и 1993-95, систем је претежно функционисао у форми парламентарне владе. (Упор. M.Duverger, *op.cit.*, pp. 185-186, A.Lijphart, *op.cit.* pp.8-9)

33 Кохабитациона криза може да произађе из најмање два претпостављена сценарија. Прво, кабинет може да игнорише прерогативе председника у домену законодавне власти, упркос чињеници да су оне уставом регулисане. Друго, председник може једноставно да не уважи захтеве политичког лидера парламентарне већине, који је, по правилу, и председник владе. (M.S.Shugart & J.M.Carey, *Presidents and Assemblies*, Cambridge University Press, 2003, p. 59)

34 C.Skach, *Borrowing Constitutional Designs: Constitutional Law in Weimar Germany and the French Fifth Republic*, Princeton and Oxford: Princeton University Press, 2005, p.5

35 Мада има примера, као што је пољски, да је кохабитација могућа и да она иде паралелно и успешно са процесом демократизације земље у транзицији. (C.Skach, *op.cit.*, 7)

Кохабитациону кризу може да подгреје динамика парламентарних и председничких избора, јер је она условљена је трајањем мандата ових уставних органа. Различита дужина мандата непосредно изабраних представника у функцији је стабилности уставне власти у парламентарном систему. Мандат председника републике дужи је, по правилу, од мандата народних представника у парламенту.³⁶ Уколико је председник носилац „новије“ легитимације, тј. ако је избор председника уследио након парламентарних избора, онда је отворена „опасност“ да председник распусти парламент и позове бираче на нове парламентарне изборе.³⁷ Његов позив бирачима не мора да има непосредно уставно утемељење или разлог, јер уставни не побрајају изричито све случајеве распуштања парламента. Често је ова уставна формулација општег карактера и упућује само на ситуације када парламент не може да буде распуштен, чиме се спречава уставни вакуум (на пример, када је ванредно или ратно стање). Зато један од услова за обезбеђивање политичког оквира за функционисање полупредседничког система представља регулисање изборних циклуса и типа изборног система.³⁸ Такође, сматра се да кохабитационе кризе могу бити ограничене прецизним уставним разграничењем овлашћења шефа државе и владе, као и односа председника републике према законодавном органу.

4. Уставна подела власти у Србији

Доношењем новог Устава 2006. године организациона конструкција власти у Републици Србији остала је готово непромењена, док се функционална расподела може окарактерисати као мекша (еластичнија) у односу на претходни Устав. У основи, подела власти је утемељена на организационим правилима парламентаризма, који је захтевао извесне моменте

36 Тако су 2000. године када се расправљало о скраћивању мандата председника Пете Француске Републике закључило да је „скраћивање“ неопходно, али да његово трајање свакако мора бити дужи од мандата чланова парламента. Након уставне реформе (2. октобра 2000. године) мандат председника Републике смањен је са седам на пет година, док мандат Националне скупштине траје четири године. (V.Constantinesco, S.Pierre-Caps, op.cit., p. 355)

37 M.S.Shugart и J.M.Carey су ову изборну динамику назвали избори „меденог месеца“ (*honeymoon elections*), јер председник своје уставно овлашћење користи одмах након ступања на дужност и у условима изражене политичке подршке грађана на председничким изборима. (M.S.Shugart & J.M.Carey, op.cit., p. 269)

38 Има мишљења (M.S.Shugart, J.M.Carey) да је пропорционални изборни систем боље решење за ублажавање разлика, док већински избори стварају дубље разлике између две политичке већине (председничке и парламентарне) и зато не одговарају полупредседничком систему. (Ibidem)

рационализације, али овог пута са слабљењем уставних овлашћења шефа државе и „стабилизовањем“ равнотеже. Унета је неопходна „доза“ политичког сагласја свих представника власти (Народна скупштина, Влада и председник Републике) када се одлучује о питањима рата и мира, ванредним околностима и доношењу аката са законском снагом. Законодавна власт је поверена Народној скупштини, извршна власт је бицефална и врше је председник Републике и Влада, док судску власт обављају независни судски органи. Однос између законодавне и извршне власти, као и односи унутар егzekутиве упућују на темељна обележја парламентарне владе. Влада подлеже формалној инвеститури кроз скупштински избор, а на предлог председника Републике. Политичка одговорност владе пред парламентом остварује се кроз правила о индивидуалној и колективној министарској одговорности. Други експонент егzekутиве, председник Републике, непосредни је изабраник грађана, коме су, поред традиционалних, додељена и нека уставна овлашћења која спадају у групу „снажних“ уставних надлежности. Ова овлашћења јачају његову позицију у извршној власти, чиме доприносе да шеф државе као „неутрални арбитар“ у политичкој игри парламентаризма прерасте у активног чиниоца егzekутиве. У ову групу надлежности спада право суспензивног вета и право шефа државе да распусти Народну скупштину „на образложени предлог Владе“.

Овлашћење председника Републике да распусти парламент ставља њега у „бољи“ положај у односу на позицију шефа државе у председничком систему. Упркос томе што је шеф државе једини уставни носилац извршне власти у председничком систему, он не може да реагује према законодавном органу ако је парламентарна већина њему супростављена. У томе се може видети потенцијална „предност“ полупредседничког система, јер кохабитациона криза може бити разрешена распуштањем парламента, што је боље решење од „подељене“ власти која доводи у конфузију бираче и њихову политичку вољу изражену на непосредним парламентарним и председничким изборима.³⁹

Овако профилисан уставни систем има обележја парламентаризма рационализованог у корист извршне власти до нивоа полупредседничког модела. Степен уставне рационализације превазишао је оквир савременог европског парламентаризма, произашлог из постављања нових друштвених, економских и социјалних захтева пред уставну државу, у којој је моћ политичке акције јасно препуштена влади.⁴⁰ За потребе овог рада

39 Упор. G.Pasquino, *op.cit.*, p. 132; M.S.Shugart & J.M.Carey, *op.cit.*, p. 55

40 У односу на Устав од 1990. године, овакво померање тежишта, по мишљењу П.Николића, упућује на један по својој конструкцији мешовити, а по свом карактеру

задржаћемо се на основном оквиру уставних надлежности, без детаљног упоређивања старих и нових уставних решења. Основне карактеристике новог организационог аранжмана поделе власти упућују да је реч о полупредседничкој влади која је постављена у уставни оквир сличан ономе који је постојао у Уставу од 1990. године. Зато су, сматрамо, могућности кохабитационих фаза и кохабитационих криза остале отворене и у будућем уставном развоју Републике Србије.

Институционализација поделе власти у Србији током уставног раздобља 1990-2013. године прошла је кроз неколико фаза, при чему су две велике етапе значајно обележиле њен развој. Прва етапа обухвата период од 1990. године до 2000. године, а друга етапа време од 2000. године до данас. У првом периоду цео уставни аранжман јасно је био подређен доминацији једне личности, а тиме је функционисање институција власти било знатно искривљено у односу на одредбе о подели власти садржане у првом грађанском Уставу од 1990. године. Међутим, одмах након 2000. године институционални склоп је (под непромењеним уставним одредбама до 2006) почео да функционише на претпоставкама уставне поделе власти са више или мање елемената рационализације, који су нагињали према полупредседничком моделу.

Уставне претпоставке за функционисање власти требало би ставити у контекст реалних односа снага и примењеног изборног система у уставном и политичком раздобљу од доношења првог Устава до данас. У првој етапи овог уставног раздобља (1990-2000) политичка већина је, благо речено, ограничила функционисање поделе власти у циљу преношења тежишта власти на један уставни орган, председника Републике. Уставна овлашћења и утицај шефа државе у комбинацији са његовим политичким ауторитетом омогућили су слабење капацитета осталих уставних органа,

квази-парламентарни систем у Србији, али има мишљења и да се исти систем може сврстати у групу полупредседничких. (Упор. П.Николић, „Устав Србије и проблеми демократизације“, *Правни живот*, бр. 1-2. 1991, стр. 91; М.Јовичић, „Парламентарни систем насупротив председничком и скупштинском систему“, *Архив за правне и друштвене науке*, бр. 1, 1992, стр.34). У односу на Устав од 2006. године, Р.Марковић сматра да систем власти у Републици „има спољашња обележја мешовитог система“, али да због ограничених овлашћења председника Републике да именује и разрешава председника Владе „систем власти у Републици Србији више нагиње парламентарном него мешовитом систему“, тј. да нагиње „рационализованом парламентарном систему“ (Р.Марковић, *op.cit.*, стр. 208). Има мишљења да је Уставом РС 2006. ослабљен положај председника Републике и ојачан положај владе. Д.Симовић каже да „(и)з целине уставних решења недвосмислено произилази да је влада једини ефективни и оперативни део егзекутиве“. (Д.Симовић, *Полупредседнички систем*, Београд: Службени гласник, 2008, стр. 316)

првенствено Народне скупштине. У првој деценији уставног раздобља постојао је, мање или више, потпуни политички консензус на релацији Скупштина – Влада – председник Републике, тј. иста политичка већина подржавала је председника Републике и председника Владе. То је знатно утицало на јачање уставне и политичке позиције председника Републике, а истовремено слабило могућности Скупштине и Владе. Када је у једном тренутку (1993) овај политички консензус престао да функционише⁴¹ и Влада престала да ужива подршку парламентарне већине, председник Републике је сматрао да своју улогу уставног арбитра треба да реализује кроз овлашћење на распуштање парламента. Тако је потенцијална кохабитација елиминисана распуштањем Скупштине и расписивањем парламентарних избора, који су обезбедили јединствену подршку председнику Републике, парламентарној већини и од ње подржаној Влади.⁴²

Након 2000. године, а до доношења новог Устава 2006. године, значајно су се променили односи снага међу уставним носиоцима власти, што је утицало на њихову реалну снагу да остварују своја уставна овлашћења. Елементи рационализованог парламентаризма сада су се развијали у односима између Народне скупштине и Владе, док се председник Републике задржао у оквирима своје симболичне улоге неутралног арбитра (упркос томе што је био снабдевен непосредном легитимацијом). Ако прихватимо дефиницију М.Дивержеа (*M. Duvergera*) да је полупредседничка република заправо „алтернација или смењивање председничких и парламентарних фаза“, онда се може рећи да је у првим годинама друге етапе развоја (2000-2003) Србија имала претежно обележја парламентарне владе, са мањим степеном рационализације.

Након парламентарних избора (2003) и председничких избора (2004) систем власти у Србији по први пут је почео да функционише у условима „мирне“ кохабитације. Ова етапа има претежно обележја

41 После превремених парламентарних избора 1992. године образована је Влада „хомогене мањине“ која је у исто време подржавала Председника Републике. Владу је формирала самостално једна политичка група (СПС) у Народној скупштини (101 посланик), али уз пристанак друге по снази политичке и парламентарне групе (СРС са 73 посланика). Када је „прећутни“ споразум пропао и покренуто питање поверења Влади, Председник Републике је искористио своје уставно овлашћење и распустио парламент.

42 Ова прва фаза обележена је и постизањем пуног политичког консензуса у парламентарној већини на нивоу савезних и републичких власти. То је омогућило да тадашњи Председник Србије искористи јаку уставну позицију у комбинацији са политичким ауторитетом који је уживао, што је понуђено и као јак аргумент за преузимање исте функције на нивоу Савезне државе (СРЈ).

премијерско-председничког система, јер је остварен „миран договор“ између две политичке већине, председникове и премијерове. С обзиром на парламентарну већину која је пружала подршку премијеру и део парламентарне мањине који је подржао председника Републике, ова два уставна органа остваривали су уставне надлежности штитећи институционални капацитет Народне скупштине. Председник Републике је користио овлашћење суспензивног вета, али је Влада задржала доминацију у законодавном процесу у погледу броја поднетих и усвојених законских предлога. Осим тога, председник је остваривао претежно послове у области спољне политике, док је премијер са својим кабинетом вршио послове у области унутрашње политике. Консензус који је постигнут између парламентарне већине и парламентарне мањине у погледу доношења новог Устава представљао је добру основу за окончање прве успешне кохабитације у српском уставном систему.

Парламентарни и председнички избори 2008. године, довели су до нове фазе у парламентарном систему Србије, који је попримио обележја полупредседничке владе са јасном доминацијом шефа државе не само у оквиру извршне власти, већ и над оним што се може назвати „моћ“ парламентарне већине. Томе је допринело потпуно политичко уравнотежење на релацији парламент – влада – шеф државе, као и стапање јавних функција шефа политичке партије и шефа државе у лику председника Републике. Последња фаза, настала након општих републичких избора 2012. године, увела је уставни систем Републике Србије у етапу еквилибријума где се клатно стабилизовало у оквиру егzekутиве „у корист“ владе, али поново и врло јасно „од“ Народне скупштине.

Кохабитација подразумева рационализацију и умеровање у коришћењу уставних овлашћења. Она је у кратком парламентарном искуству Србије била могућа због карактера и сродности политичких програма две већине, председникове и премијерове. Могућност кохабитације зависиће не само од уставних решења и пратећег политичког законодавства, већ и од „правила игре“ којима би се могла постићи равнотежа у остваривању политичких програма, првенствено оних који су заступљени у парламентарној позицији и у парламентарној опозицији.

Закључна разматрања

У еволуцији парламентарног система, почетком двадесетог века започео је процес рационализације као одраз два фактора у систему поделе власти: уставног, који пружа нормативни оквир, и политичког, који представља везивно ткиво за функционисање парламентарне владе. Односи између

легислативе и егзекутиве могу се посматрати изван партијских релација само у идеалном концепту поделе власти, јер је политичко окружење удаљило поделу власти од његове изворне формуле. После више од два века развоја парламентаризма и установљавања разноврсних уставних инструмената, чини се да је идеал „одговорне владе“ исто толико недостижан, колико је то био на самом почетку успостављања поделе власти у грађанској држави.

Модалитети који су се развили у односима између легислативе и егзекутиве довели су до тога да је данас тешко пронаћи „чист“ модел парламентарне владе, и то из најмање два разлога. Прво, уставни уносе различите инструменте рационализације, којима померају тежиште уставне власти било према влади, било према шефу државе, али у сваком случају „од“ парламента. Друго, политички оквир парламентаризма значајно доприноси да уставни инструменти за очување равнотеже добију ново правно и политичко значење, те се и уставне функције представничког органа остварују на другачији начин у односу на њихову изворну намену.

Уставни инструменти за функционисање парламентарне владе постижу различите правне ефекте, зависно од политичких услова у којима се систем развија. Однос снага парламентарне већине и парламентарне мањине, њихова унутрашња структура, традиционалне релације развијене између политичких партија, битно обликују и одређују „правила игре“ под којима се развија уставни механизам поделе власти. Зато не треба заменарити околности у којима се развија британски парламентаризам, као систем „већинске владе“, француски „хибридни“ систем, познатији као полупредседнички, или немачки канцеларски систем, као систем „коалиционе владе“. Осцилације у парламентарном систему треба посматрати кроз рационалне разлоге који су настали на темељу потребе да држава одговори нараслим потребама, што је захтевало да се делује и одлучује брзо, а што због своје инертности није могао да испуни законодавни орган. Зато се парламентарне владе суочавају са питањем: како председник републике са непосредном легитимацијом може да оствари своја уставна овлашћења, уколико му се у томе супростави политичка већина у парламенту, која истовремено подржава владу? Односно, како помирити две јаке, непосредно изведене легитимације власти између парламента и шефа државе? Да би се обезбедила неопходна стабилност у парламентарној влади, установљено је ново правило у политичком значењу парламентаризма. Ово правило, међутим, није уређено уставом, већ је оно директна последица нових „правила игре“. Реч је о кохабитацији, као нужном суживоту између различитих „победничких“ политичких опција у хоризонталној равни власти.

Prof. Pejić Irena, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

The Rationalized Parliamentarism and the Principle of the Separation of Power in the Serbian Constitution

Summary

In this paper, the author endeavours to cast more light on the checks and balances between the holders of constitutional authorities. This relationship has been the cornerstone of the parliamentary system of government, both in the traditional and in the modern forms of parliamentarism, all of which have been marked by a process of rationalization. Thus, the Serbian Constitution (2006) includes different forms of rationalization. The aim of this paper is to address the postulated hypothesis that the fundamental principles of the parliamentary system of government have sustained significant change and evolved to the extent that the pendulum of the presumed balance of powers swings either towards the government or towards the head of state (president) but, in any case, “away from” the parliament.

In the first part of this paper, the author first considers the social circumstances in which the concept of parliamentarism developed from the original concept of the separation of powers. In the second part, the author focuses on different forms of rationalization in the contemporary constitutional systems. Considering the structure and the political framework of the rationalization process, the author then explores the concept of “cohabitation” of different political majorities in the horizontal organization of governmental powers. In the fourth part, the author analyses the constitutional separation of powers in the Republic of Serbia, which rests on the basic principles of parliamentarism but includes ample elements of rationalization. In line with Duverger’s concept involving an alteration between the parliamentary and presidential phases of government, the organizational and functional rationalization points to a conclusion that the Serbian system of government is based on the semi-presidential model of government.

Key words: *cohabitation, parliamentary system, semi-presidential system, separation of powers, Serbian Constitution*

НАЧЕЛО НЕПОСРЕДНОСТИ

Апстракт: Начело непосредности, једно је од начела, која, у великој мери, утичу на одвијање кривичног поступка. Овај процесни принцип односи се на начин вршења кривичнопроцесних радњи, првенствено оних, усмерених на формирање чињеничне основице пресуде. За разлику од начела усмености, које се односи на свеукупну комуникацију процесних субјеката, приликом предузимања процесних радњи, начело непосредности односи се на начин извођења и оцене доказа, на главном претресу.

Вредност доказа, из којих се формира чињенична основица судских одлука, требало би првенствено да се утврђује у централној фази кривичног поступка. Употреба доказних тековина пресудећих фаза кривичног поступка, или оних добијених на раније одржаном главном претресу, мора представљати изузетну могућност.

Кључне речи: суд, главни претрес, непосредност, докази, записници, сведок, вештак.

Уводне напомене

Суштина начела непосредности огледа се у обавези заснивања судске одлуке на одлучним чињеницама, утврђеним на основу доказа, изведених и оцењених од расправног суда. Орган који доноси пресуду, може своју одлуку заснивати на доказима, које је сам извео. Чињенично утемељење судске одлуке, на доказима, изведеним у предсудећим фазама кривичног поступка, који су у записнику фиксирани, представља негацију принципа непосредности. Обавеза је судећег већа, да контрадикторно расправи кривични догађај, с тим да главни претрес не сме бити репродукција доказног поступка, спроведеног у истрази. Смисао доказног поступка, у централној фази кривичног поступка, јесте утврђивање валидне чињеничне основице судске одлуке. Судеће веће, стремићи ка том циљу, не сме бити усмерено ка потврђивању резултата доказног поступка, спроведеног у истрази. Потенцијална инерција судећег већа, у доказном поступку, ослоњена на самодовољност чињеница, утврђених у истрази, представља објективну опасност по квалитет чињеничне конструкције кривичне ствари. Могућност заснивања пресуде на неизворном сазнавању чињеница, кроз “репризу” доказног поступка из истраге, послужила је као мотив и италијанском законодавцу, за прелазак на изградњу система кривичног поступка, на претежно адверзијалној основи.¹

Остваривање начела непосредности, претпоставља, да између извора сазнања, и кривичног суда, нема посредника, и да суд одлучује првенствено на основу чињеница, које сам утврђује.² Посредник не сме бити истражни орган, који би резултатима спроведене истраге, условљавао одлуку расправног већа. Од суштинског је значаја, да судеће веће донесе пресуду, утемељену на сопственом уверењу, о одлучним чињеницама. Предност непосредног утврђивања чињеница, огледа се и у могућности судећег већа, да изврши, не само логичку, већ и психолошку анализу исказа, добијених у доказном поступку. Осим тога, судеће веће не сме бити везано за доказни материјал, који је прикупио неко други. У случају изостанка непосредног испитивања субјеката, који поседују одређена сазнања о кривичној ствари, не би се могли отклонити недостаци и противречности доказног поступка, спроведеног у истрази.

1 *Budi: Gaito Alfredo, Accusa I difesa di fronte ai nuovi istituti: problemi di schelta e strategia processuale*, u: A. Gaito (ed), *I guidizi semplificati*, Padova, 1989, s. 13, наведено према: др Снежана Бркић, *Рационализација кривичног поступка и упрошћене процесне флорме Нови Сад, 2004, стр. 271.*

2 *Загорка Јекић, Кривично процесно право, Београд, 2002, стр. 168.*

У теорији кривичног процесног права, разликују се формална и материјална непосредност. Формална непосредност огледа се у обавези извођења доказа, пред законом одређеним судом, и то у његовом пуном саставу. Материјална непосредност, пак, претпоставља немогућност замене директног извођења доказа “било каквим сурогатима”.³

1. Законске претпоставке за реализацију начела непосредности

Судска одлука може се заснивати искључиво на доказима, изведеним на главном претресу (чл. 419. ст. 1. ЗКП-а Србије⁴). Ова законска одредба, представља нормативну основу начела непосредности, мада у теорији кривичног процесног права егзистира став, да ово процесно начело није посебно законски дефинисано.⁵ Из ове законске одредбе, произилази јасан закључак, да се чињенична основица пресуде може заснивати само на доказном материјалу, непосредно утврђеном од судећег већа. У записнику констатоване одлучне чињенице, утврђене у ранијим фазама кривичног поступка, начелно не могу бити основица судске одлуке. Да би се ово основно процесно начело у пуном опсегу реализовало, потребно је да се испуне одређени услови. Најпре, на главном претресу морају бити присутне кривичнопроцесне странке. Исто тако, остваривање начела непосредности претпоставља и присуство сведока и вештака, на главном претресу, иако су они саслушавани у истрази. Непосредност подразумева и непрекинуту везу између поступка доказивања и одлучивања. Следствено томе, за реализацију начела непосредности, неопходно је одржавање неизмењеног персоналног састава судећег већа, у току трајања главног претреса. Напоследку, континуитет и концентрација процесних радњи јесу *condicio sine qua non* начела непосредности.

1.1. Присуство странака на главном претресу, као претпоставка за реализацију начела непосредности

Формирање уверења суда о одлучним чињеницама, готово је незамисливо без активне партиципације странака, у доказном поступку на главном претресу. Присуство јавног тужиоца на главном претресу у редовном кривичном поступку је обавезно. Уколико јавни тужилац не дође на главни претрес, централна фаза кривичног поступка биће одложена, а старешина

³ М. Hussels, *Strafprozessrecht*, Springer, Berlin, Heidelberg, 2002, стр. 112, наведено према: Милан / 201 Шкулић, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 56.

⁴ Објављен је у *Сл. гласнику РС*, бр. 72/2011; последње измене објављене су у броју 45/2013.

⁵ Др Момчило Грубач, *Кривично процесно право*, Београд, 2009, стр. 208.

јавног тужилаштва биће обавештен о недоласку представника овог државног органа (чл. 379. ЗКП-а). У скраћеном кривичном поступку, главни претрес може се одржати и у одсуству јавног тужиоца. То произилази из одредбе чл. 506.ст. 6. Законика о кривичном поступку Србије, према којој се главни претрес може одржати и у одсуству позваних странака. Услов је да постоје законске претпоставке за доношење решења о одбацивању оптужнице или, пак, за одбијање оптужбе, а доношење ових одлука се заснива на судској оцени постојећих доказа.

Законском презумпцијом, о намери уредно позваног оштећеног, да одустане од оптужбе, исказаној његовим недоласком на главни претрес, а која исходује обуставом кривичног поступка (чл. 379. ст. 2), мотивишу се супсидијарни и приватни тужилац да присуствују поступку непосредног извођења доказа, на главном претресу. Главни претрес, у скраћеном поступку, може се одржати без присуства оштећеног као судсидијарног тужиоца и приватног тужиоца. Недоласком овлашћеног тужиоца на главни претрес, знатно се отежава реализација начела непосредности, али и принципа контрадикторности, важне карике у ланцу утврђивања истине.

Присуство окривљеног, од капиталне је важности за реализацију начела непосредности. Иако исказ окривљеног првенствено служи као средство за остваривање функције одбране, законодавства се не одричу овог, врло важног, извора доказа. С тим циљем, предвиђа се шири дијапазон мера, за обезбеђење присуства окривљеног, на главном претресу, и у кривичном поступку уопште. Присуство окривљеног, од изузетне је важности за реализацију начела непосредности, али и других основних процесних начела. Доказни поступак, на главном претресу може бити лишен присуства окривљеног, у случају његовог недоласка, на главни претрес у скраћеном кривичном поступку (недошавши окривљени), као и у случају бекства, односно недоступности окривљеног државним органима (одбегли окривљени), у редовном и скраћеном поступку. У поступку према малолетницима, није допуштено суђење у одсуству.

1.2. Незаменљивост судија у главном кривичном поступку

Остваривање сврхе начела непосредности, да између суда и доказа нема посредника, неоствариво је без истоветног персоналног састава судећег већа, у току главног претреса, и у фази доношења пресуде. Уколико би се, у току главног претреса, променио персонални састав судећег већа, у поступку доношења пресуде учествовао би судија, који није учествовао у делу спроведеног доказног поступка. Он би формирао своје уверење о одлучним чињеницама, делом и на основу списка, што представља посредан начин утврђивања чињеница.

Промена персоналног састава судећег већа, може бити последица смрти, болести, пензионисања неког од судија, или судија поротника. Та могућност је реалнија, уколико кривични поступак траје дуже. Да би се предупредиле штетне последице промене персоналног састава судећег већа, по остваривање непосредног извођења и оцене доказа, на главном претресу, законодавац је предвидео могућност одређивања допунских судија. Наиме, председник судећег већа може, ако постоје изгледи да ће главни претрес дуже трајати, предложити председнику суда, да одреди једног судију, или више судија, који би пратили ток главног претреса, и, у случају спречености неког од судија, они би га заменили (чл. 359. ЗКП-а). Задатак допунских судија је, да пажљиво прате ток главног претреса, и да, у случају потребе, попуне састав судећег већа. Уколико би се неки од допунских судија укључио у састав судећег већа, начело непосредности не би се нарушило. Допунски судија, који је накнадно постао члан судећег већа, пратио је дотадашњи ток главног претреса, укључујући и доказни поступак. Дакле, он формира уверење о одлучним чињеницама на основу доказа, који су изведени у његовом присуству. У супротном, измењени састав судећег већа, чије поступање није пратио допунски судија, нужно би довео до дисконтинуитета у спровођењу процесних радњи. Тиме се пренебрегава могућност поновног започињања, претходно одложеног, главног претреса. Потребно је напоменути, да законодавац предвиђа могућност одређивања допунских судија, који се накнадно могу укључити у састав судећег већа, док не постоји могућност накнадног укључивања допунског судије, у поступак који води судија појединац.

1.3. Континуитет процесних радњи

Остваривање начела непосредности, претпоставља континуирано одвијање процесних радњи на главном претресу. Да би судеће веће формирало своје уверење о кривичној ствари, потребно је да се процесне радње предузимају у низу, и то без икаквих застоја. Оптимални ниво уважавања начела непосредности, остварио би се, уколико би се све радње, доказног карактера, извеле на једном рочишту за главни претрес. Међутим, сложеност изградње чињеничне конструкције кривичног догађаја, али и разлози процесне природе, могу издејствовати одређени застој у извођењу кривичнопроцесних радњи. Сваки дисконтинуитет у вршењу процесних радњи, објективно се рефлектује на остваривање начела непосредности. Основни постулати овог начела налажу, да прекинуте активности на извођењу процесних радњи (првенствено оних доказног карактера), изискују нови почетак главног претреса. Само нови почетак главног претреса, гарантује, да ће суд непосредно изводити доказе. Међутим,

овакво поступање суда, нужно доводи до одуговлачења кривичног поступка. Дакле, пун волумен реализације начела непосредности, консеквентно долази у колизију са начелом процесне економије. Стога, законодавство бива принуђено на својеврсни компромис, између основних поставки ових двају начела. Суштина овог компромисног приступа, огледа се у могућности изостанка поновног започињања главног претреса, ако је застој у спровођењу процесних радњи био краткотрајан, и ако се главни претрес наставља пред неизмењеним саставом судећег већа. Ипак, тенденција повишеног степена поштовања начела процесне економије, на уштрб начела непосредности, која се огледа у проширеној могућности изостанка почетка главног претреса изнова, услед застоја у вршењу процесних радњи, објективно сужава домашај непосредног извођења доказа.⁶

Дисконтинуитет спровођења процесних радњи, може бити последица *прекида* или *одлагања* главног претреса. Прекид главног претреса, представља краткотрајни застој у спровођењу процесних радњи. Овај вид дисконтинуитета у одвијању главног претреса, настаје као последица: одмора, истека радног времена суда; потребе да се, у кратком року, прибаве докази, или да се адекватно припреме одбрана или оптужба; чекања, да се доведу окривљени, сведок, вештак, и слично. Прекинути главни претрес, по правилу, наставља се у кратком временском периоду, и то пред истим саставом суда. Уколико је, пак, прекид главног претреса трајао дуже од петнаест дана, или се претрес не може наставити пред истим персоналним саставом судећег већа, главни претрес ће бити настављен према правилима, која важе за наставак одложеног главног претреса. Реч је о *de iure* посматрано, прклузивном, а *de facto*, инструктивном року, јер законодавац није прописао санкцију за пропуштање овог рока.

Одлагање главног претреса, представља дужи застој у одвијању процесних радњи на главном претресу. Главни претрес најчешће се одлаже када, у дужем временском периоду, треба прибавити нове доказе. Осим тога, овај вид застоја, у спровођењу процесних радњи, на главном претресу, може бити последица душевне болести или душевне поремећености окривљеног, настале након извршеног кривичног дела, а утврђене у току одржавања главног претреса, као и последица других сметњи за одржавање главног претреса (чл. 387. ЗКП-а Србије). То би, примера ради, могло бити последица недоласка појединих процесних субјеката (јавног тужиоца, браниоца-уколико је одбрана обавезна, а не постоји могућност да окривљени одмах изабере другог стручног помоћника), Начин одвијања

6 *Истоветан став, о односу између начела непосредности и процесне економије, има и: др Снежана Бркић, Кривично процесно право II, Нови Сад, 2010, стр. 126.*

главног претреса, по престанку деловања процесних сметњи, које су проузроковале дисконтинуитет у спровођењу процесних радњи, зависи од протеча времена, између двају рочишта за главни претрес, као и од евентуалних промена персоналног састава судећег већа. Према законским решењима до скоро важећег Законика о кривичном поступку Србије, све до новелације Законика о кривичном поступку Србије, извршене 2009. године, одлагање главног претреса, у трајању дужем од три месеца, обавезно је исходovalo поновним почетком главног претреса. Након новелације, временски интервал између новог и одложеног рочишта, за главни претрес, правно је ирелевантан, за начин наставка централне фазе кривичног поступка. Једино је председник судећег већа дужан да, ако је одлагање трајало дуже од два месеца, о томе обавести председника суда. Ово гледиште је дошло до изражаја и у новом Законнику о кривичном поступку Републике Србије (чл. 388).

Оваквим приступом законодавца, последицама дужег дисконтинуитета, у спровођењу радњи на главном претресу, угрожава се остваривање смисла начела непосредности. Вишемесечни застој у одвијању главног претреса, објективно доприноси слабењу одраза кривичног догађаја у свести судија, што може компромитовати процес формирања уверења о одлучним чињеницама. Подсећање на резултате доказног поступка, спроведеног пре одлагања претреса, у виду читања записника о испитивања сведока и вештака, не може у потпуности надоместити утицај протеча времена, на ваљаност закључивања о постојању спорних чињеница. Проблем постаје комплекснији, уколико се, у међувремену, промени и састав судећег већа.

Промена персоналног састава већа, у временском интервалу, између одржавања одложеног и настављеног, или поновљеног, рочишта за главни претрес, у великој мери утиче на процес непосредног извођења и оцене доказа. Ограничавање домашаја начела непосредности, мотивисано разлозима процесне економије, видљиво је и из увида у регламентацију последица промена састава судећег већа, између одложеног и настављеног рочишта за главни претрес. Наиме, одредбом Законика о кривичном поступку, релативизиована је обавеза поновног започињања рочишта за главни претрес, услед промене састава судећег већа, за време застоја у вршењу процесних радњи. Уколико се одложени главни претрес одржава пред измењеним саставом судећег већа, само судеће веће може одлучити да се, по узимању изјава од странака, сведоци и вештаци поново не испитују, већ да се прочитају записници о њиховим ранијим исказима, или да председник судећег већа укратко изнесе садржину тих изјава, или их прочита (чл. 388. ст. 1. ЗКП-а). Додуше, из законске нормe произилази да, у овој ситуацији, начелно, главни претрес почиње изнова.

Домашај начела непосредности, додатно је сужен, могућношћу наставка одложеног главног претреса, пред промењеним председником судећег већа. Ова могућност, легализована је законским решењем, из новелираног Законика о кривичном поступку Србије (2009. године), а садржана и у новом Законнику о кривичном поступку. Првобитни текст до скоро важећег ЗКП-а, предвиђао је обавезу поновног започињања главног претреса, уколико се, по престанку дејства узрока, који је довео до дисконтинуитета у одвијању претреса, рочиште одржава пред промењеним председником судећег већа. Изменом нормативног миљеа, ова обавеза је релативизована, овлашћењем ванрасправног већа да одлучи, да се поједини докази поново не изводе. Ову одлуку судеће веће може донети, ако због протеча времена, заштите сведока или из других важних разлога веће, након саслушања странака, одлучи да се сведоци и вештаци не саслушавају поново (чл. 388. ст. 4. ЗКП). У тој ситуацији, прочитаће се записници, у којима су фиксирани резултати спровођења ових доказних радњи на раније одржаном главном претресу, који се одвијао до момента одлагања. Против овог решења дозвољена је жалба, о којој одлучује веће позивних судија (чл. 388. ст. 5). Пријашњим законским решењима, одлуку о коришћењу резултата раније изведених доказа (изведених у истрази), доносило је ванрасправно веће, и против те одлуке није била могућа жалба.

Суштински посматрано, новим законским решењима допушта се сужавање домашаја начела непосредности, кроз изузетну могућност коришћења записника о исказима сведока и вештака на настављеном главном претресу, добијених испитавањем ових субјеката на ранијем главном претресу, обављеном до момента одлагања централне фазе кривичног поступка. Реч је, дакле, о коришћењу доказа изведеним пред судом, а не оним изведеним у фази истраге, коју, сагласно новим законским решењима, води јавни тужилац. Потребно је напоменути, да, у неким другим процесним ситуацијама, суд може одступити од начела непосредности коришћењем доказа, изведених у несудским фазама кривичног поступка, за које је одговоран јавни тужилац.

Уколико би нови председник судећег већа, на настављеном рочишту, био дотадашњи члан већа, начело непосредности могло би се очувати. Додуше, то је могуће једино ако је реч о петочланом судећем већу. Међутим, руководећу улогу, у трочланом судећем већу, коме је промењен председник, може имати само судија, који није учествовао у одвијању ранијег рочишта за главни претрес. Дакле, реч је о новом члану судећег већа, који није имао никаквог утицаја на претходно одржаном рочишту, а на настављеном рочишту, добија руководећу улогу!⁷ У овој процесној

⁷ Види: др Снежана Бркић, *Кривично процесно право*, *op. cit.*, стр. 128.

ситуацији, домет остваривања начела непосредности знатно је редукован. Најауторитативнији члан судећег већа, формираће своје уверење, о кредибилитету појединих доказа, на основу писмена, сачињеног на рочишту, којим је руководио други председник судећег већа.

2. Одступања од начела непосредности

Непоштовањем процесних претпоставки за реализацију начела непосредности, објективно се сужава домашај овог процесног начела. Осим тога, сам законодавац предвиђа поједина одступања од овог начела. Начело непосредности, ограничава се законом дозвољеним извођењем доказа ван главног претреса, као и могућношћу да се, у одређеним ситуацијама, уверење суда, о спорним одлучним чињеницама, формира на основу записника о доказним радњама, спроведеним у предсудећој фази кривичног поступка.

2.1. Извођење доказа ван главног претреса

Иако главни претрес представља институционални оквир мериторног расправљања кривичног догађаја, у току одржавања рочишта, може се појавити потреба, за извођењем доказа ван централне фазе кривичног поступка. Осим тога, постоје и одређене кривичнопроцесне радње, доказног карактера, које се, због своје природе, и не могу спровести у згради седишта суда.

Спровођење доказног поступка, на главном претресу, може бити отежано, уколико сведок или вештак не могу доћи пред суд, или је њихов долазак знатно отежан. Важност исказа ових субјеката, за формирање чињеничне основице судске одлуке, може издејствовати одлуку судећег већа, да се споменута лица испитају ван главног претреса. Испитивање, притом, могу спровести председник судећег већа, или неко од чланова судећег већа. Осим тога, испитивање се може обавити и коришћењем техничких средстава за пренос слике или звука (чл.404. ст. 1. ЗКП-а).

Извођење одређених процесних радњи, доказног карактера, по природи ствари, изискује процесну делатност суда, изван седишта овог државног органа. Реч је, првенствено, о увиђају и реконструкцији кривичног догађаја. Расправни увиђај, често се спроводи на месту извршења кривичног дела, или на неком другом месту, на коме се могу пронаћи извори доказа. Присуство председника судећег већа, или неког члана већа, приликом вршења увиђаја, кореспондира са основним захтевима начела непосредности. С друге стране, изостанак осталих чланова судећег већа, намеће потребу заснивања њиховог уверења, о спорној чињеницама, на

списима о предузетој радњи. Дакле, у свим овим ситуацијама, непосредност спроведеног испитивања очувана је једино у односу на судије, које су директно испитивале ова лица. Остали чланови судећег већа ће се, са садржином исказа сведока и вештака, упознати преко записника, који садржи резултате обављеног испитивања.

Странке, бранилац, оштећени и стручни саветник имају право да буду обавештени о месту и времену извођења доказних радњи. Истотако, ови процесни субјекти имају право на доказну иницијативу, на исти начин као на главном претресу, што укључује и могућност активне партиципације у основном и унакрсном испитивању (чл. 404. ст. 3).

2.2. Упознавање са садржином писмена и снимака

Уколико је увиђај спроведен у истрази, или у предистражном поступку, судеће веће се, са резултатима непосредног чулног опажања спорних одлучних чињеница, упознаје преко записника о увиђају. Судеће веће, дакле, резултате спроведеног увиђаја, сазнаје преко записника о истражном увиђају. Слично увиђају, реконструкција кривичног догађаја може се предузети ван главног претреса, чиме се одступа од начела непосредности. Исто тако, на главном претресу могу се користити и записници о претресању стана, других просторија и лица, као и потврде о привремено одузетим предметима. У исправе, као изворе материјалних доказа, суд ће извршити извршити увид, или ће њихов садржај председник већа прочитати, или укратко појаснити. Увид у садржај записника о доказима изведеним у ранијим фазама кривичног поступка, као и упознавање са садржајем доказних средстава коришћених у тим фазама, представљају модалитете посредног упознавања судећег већа са доказним материјалом из предсудећих фаза кривичног поступка.

Непосредност у извођењу доказа, по природи ствари, ограничена је и могућношћу репродукције оптичких и тонских снимака или електронских записа. На тај начин, присутна лица биће упозната са садржином ових снимака. На истоветан начин изводе се и докази у случајевима кад је Закоником предвиђено да се исказ или нека друга процесна радња снима, и да се уз снимак води записник, у који се уносе само одређени подаци. Показивање предмета, релевантних за разјашњење ствари сведоцима и вештацима, представља начин упознавања ових лица са спорним чињеницама садржаним у тим предметима. Ако показивање, притом, има карактер препознавања, суд ће поступати по правилима о препознавању ствари.

Исправе, као извори доказа, примарно се расправном суду презентују у оригиналу (чл. 405. ст. 3. ЗКП-а). Презентовање исправа суду на главном претресу, као вид упознавања суда са њиховом садржином, не представља вид одступања од начела непосредности, јер суд формира уверење о спорним одлучним чињеницама непосредним увидом у садржину исправе, и то у централној фази кривичног поступка! Не види се, стога, разлог да се одредба окоришћењу исправа на главном претресу правотехнички налази у делу Законика о кривичном поступку, који регулише одступања од начела непосредности!.

2.3. Упознавање са садржином записника о исказима

Одступање од начела непосредности, изражено кроз коришћење записника о раније изведеним доказним радњама, могуће је на основу законских норми, али и на основу одлуке суда. Законске норме омогућавају да се, на главном претресу, прочитају записници о кривичнопроцесним радњама доказног карактера, које се, по природи ствари, изводе у предсудећим фазама кривичног поступка. Реч је о записницима о увиђају, о реконструкцији кривичног догађаја, о претресању стана и лица, као и о одузимању предмета. Увид у садржај исправа, и других писмена, на главном претресу, не представља одступање од начела непосредности. Међутим, кратко усмено изношење битне садржине исправа, и осталих писмена, представља изузетак од реализације начела непосредности.

Упознавање са садржином записника о доказним радњама, на главном претресу, а које су спроведене у претпретресним фазама кривичног поступка, могуће је и на основу судске одлуке, сходном применом одредаба Законика о кривичном поступку, које регулишу упознавање са садржином писмена и снимака(чл. 405). Реч је о списима, који садрже резултате саслушања сведока, саокривљеног, већ осуђених саучесника и вештака, обављених у фази истраге.

Позивање на сходну примену одредаба Законика о кривичном поступку које регулишу коришћење писмена и снимака на главном претресу, подразумева да се у централној фази кривичног поступка врши увид у записнике о доказним радњама изведеним у предсудећим фазама поступка, или, пак, председник судећег већа чита писмена која садрже резултате исказа датих пре започињања главног претреса. Реч је, дакле, о коришћењу доказа добијених у предсудећем делу кривичног поступка, али и о могућности употреба доказа добијених у неком другом кривичном поступку! Свакако је да ова законска могућност представља најдрастичније одступање од начела непосредности, као једног од основних принципа кривичног поступка.

Упознавање са садржином записника на главном претресу, притом, може бити последица немогућности, да се ова лица поново саслушају или испитају, али и сагласности странака, да се одступи од начела непосредности. Напоследку, читање записника може уследити и поступањем суда, саобразно правилима о начину одржавања одложеног главног претреса.

На главном претресу се, понекад, не може приступити саслушању саокривљених, или већ осуђених учесника у кривичном делу, као ни испитивању сведока и вештака. Немогућност саслушања или испитивања ових процесних субјеката, може бити последица њихове смрти, душевне болести, као и немогућности да се пронађу, или њихове немогућности, односно знатно отежаног доласка у судницу (због старости, болести, и слично). У том случају, судеће веће може одлучити, да буде упознато са записницима о спроведеном саслушању и испитивању ових лица, обављеном у истрази (чл. 406. ст. 1. тач. 1. ЗКП-а).

Одступање од начела непосредности, у виду увида у записник или читања записника о испитивању сведока и вештака у истрази, а који не присуствују главном претресу, може наступити и на основу сагласности кривичнопроцесних странака. Ирелевантно је, притом, да ли су сведок или вештак позвани на главни претрес (чл. 406. ст. 1. тач. 2. ЗКП-а). Изузетно, записници о ранијем испитивању, тзв. привилегованих сведока (ослобођених опште дужности сведочења), не смеју се читати, ни уз сагласност странака, ако ова лица нису позвана на главни претрес, или су, на главном претресу, изјавила да неће сведочити. На том курсу је и судска пракса.⁸ Након окончања доказног поступка, ови записници се издвајају из списка (чл. 407. ст. 1).

Одлуком судећег већа, могуће је и упознавање са садржином исказа сведока и вештака, испитаних непосредно пред истим председником већа, или коришћењем законског овлашћења о коришћењу доказа изведених ван главног претреса (чл. 406. ст.1. тач. 3).

Одлуком судећег већа, могуће је одступити од начела непосредности, што се испољава у читању записника, о ранијем саслушању сведока или вештака, који, без законских разлога, ускраћују свој исказ на главном претресу (чл. 406. ст. 1. тач. 4. ЗКП-а Србије).

Новим законским решењима, као основ за одступање од начела непосредности, предвиђено је и упознавање са садржином исказа саоптуженог, према коме је кривични поступак раздвојен, или је већ окончан правноснажном осуђујућом пресудом (чл. 406. ст.1 тач. 5. ЗКП). Када је реч о исказу

⁸ Одлука Савезног суда, Кас, бр. 10/94.

саоптуженог, према коме је донета правноснажна осуђујућа пресуда, чини се да судски верификована кривица саоптуженог може оправдати одступање од начела непосредности, кроз употребу записника о том исказу уна главном претресу против осталих саоптужених. Међутим, некритичка примена законске могућности употребе записника о испитивању саоптуженог према коме је поступак раздвојен, може угрозити дозвољени степен одступања од начела непосредности. Наиме, питање је да ли би садржина исказа саокривљеног у условима контрадикторног извођења доказа уз присуство осталих саоптужених била идентична оној, произашлој из исказа, датог без могућности суочења са осталим саоптуженим. Доказни кредибилитет исказа саоптуженог, по природи ствари, у многоме је већи, уколико је исказ тог саоптуженог сагледан у контексту исказа осталих учесника у кривичном догађају, уз могућност њиховог суочења.

Одступање од начела непосредности би постојало, и ако би се, без сагласности странака, прочитао исказ оштећеног, испитаног као сведока, дат у току истраге. У одсуству других доказа, добијених из персоналних извора, као и због недостатка материјалних доказа, читање записника о ранијем саслушању оштећеног, може бити од знатног утицаја на законитост и правилност судске одлуке. Тиме се чини релативно битна повреда одредаба кривичног поступка, јер се непоштују одредбе о дозвољеним видовима одступања од начела непосредности.⁹

Могућност судећег већа да, без сагласности странака, али по узимању изјава од њих, одлучи да се прочитају записници о испитивању сведока и вештака, на ранијем главном претресу, објективно сужава домашај начела непосредности, као једног од важних услова за ваљано чињенично утемељење судске одлуке. То ће нарочито бити случај, уколико је протекао застој у одвијању главног претреса трајао више од два месеца. Наиме, иако је новим нормативним оквиром о наставку одложеног главног претреса законодавац изоставио дужину застоја у одвијању главног претреса као критеријум релевантан за начин наставка одвијања претреса, ипак је чињеница да дужевремени застој ограничава домен начела непосредности. То је, у неку руку, законодавац и признао, предвиђајући обавезу обавештавања председника суда о разлозима одлагања, које траје дуже од два месеца (чл. 388. ст. 6. ЗКП-а Србије). Опште посматрано, чињеница да нова законска решења не предвиђају утицај трајања застоја у одвијању главног претреса на начин настављања одложеног централног дела кривичног поступка, сама по себи, представља олако подређивање принципа непосредности постулатима процесне експедитивности.

⁹ Пресуда Савезног суда, Кас, бр. 294, од 31. маја 1999. године.

Слично српском законодавству, и *немачко* право креира нормативну основу начела непосредности. Према одредби § 250 StPO, уколико се доказ о некој чињеници заснива на запажању неког лица, то лице ће бити непосредно саслушано, на главној расправи. Записник о саслушању, или писаном изјашњавању тог лица, не сме се читати на главном претресу. Међутим, и најважнији немачки процесни закон предвиђа изузетке од начела непосредности. Записници о резултатима ранијег саслушања, сведока, вештака или саоптуженог, могу се прочитати на главној расправи: а) уколико су сведок, вештак или саоптужени умрли, душевно оболели, или се не може сазнати место њиховог боравка; б) ако се сведок, вештак или саоптужени, због болести, изнемоглости или других неотклоњивих сметњи, не могу, у дужем временском периоду, појавити пред судом; в) када се, с обзиром на велику удаљеност сведока или вештака, као и на значај њихових исказа, не може захтевати да се они појаве пред судом; г) ако су државни тужилац, бранилац и оптужени сагласни, да се записник прочита (§ 251. ст. 1. StPO). Уколико оптужени има браниоца, записници о саслушању сведока, вештака или саоптуженог, из неког другог поступка, или списи са њиховим писаним изјавама, датим у другим поступцима, могу се прочитати, уз сагласност државног тужилаштва, браниоца и оптуженог. У осталим ситуацијама, читање записника је могуће, једино ако су сведок, вештак или саоптужени умрли, или објективно не могу бити саслушани пред судом (§ 251. ст. 2. StPO). Немачко процесно законодавство забрањује читање записника о исказу сведока, који је саслушан пре главне расправе, а тек је на главној расправи искористио право да давање исказа ускрати (§ 252. StPO). Записници о ранијем саслушању окривљеног, сведока или вештака, могу се читати, ради подсећања (§ 253), као и с циљем доказивања датог признања (§ 254. StPO). Одступање од начела непосредности, могуће је, у виду читања објашњења органа власти, као и лекара судско-медицинске специјалности (§ 254. StPO). Генерално посматрано, немачко право, за разлику од *холандског* права, у мањој мери допушта коришћење резултата преткривичног поступка, у доказном поступку, на главном претресу.¹⁰

Закључне напомене

Доследна реализација начела непосредности у кривичном поступку, ствара оптималне услове за законито и правилно чињенично утемеље одлуке о кривичноправном спору. Стога, законске одредбе, које доприносе

10 Michael Bohlander, *Basic Concepts of German Criminal Procedure – An Introduction*. Доступно на: http://www.durhamlawreview.co.uk/files/Bohlander_Durham_Law_Review.pdf

релативизацији оживотворења основних постулата произишлих из овог начела, објективно сужавају домашај његове примене.

Експедитивност кривичног поступка не сме да умањи могућности за непосредно утврђивање одлучних чињеница у кривичном поступку. Из тих разлога, потребно је правно ревитализовати утицај временског интервала трајања застоја у одвијању главног претреса на начин настављања одложеног главног претреса.

Домашај непосредног извођења доказа објективно се сужава проширеном могућношћу изостанка почетка главног претреса изнова, услед застоја у вршењу процесних радњи. Осим тога, потребно је створити адекватан нормативни оквир за остваривање преклузивног карактера максималног рока трајања краћег дисконтинуитета главног претреса (прекида).

Ради доследног остваривања начела непосредности, потребно је ограничити могућност употребе записника о испитивању саоптуженог, према коме је поступак раздвојен, на главном прересу против осталих саоптужених. Опште посматрано, рестриктиван приступ коришћењу доказних тековина пресудећих фаза кривичног поступка, поготово у систему тзв. тужилачке истраге, али и коришћењу достигнућа доказног поступка из других кривичних поступака, прави је пут оваплоћења основних претпоставки начела непосредности.

Увид у исправе на главном претресу не представља вид ограничавања начела непосредности, те, стога, правотехничком изразу ове могућности није место у одредбама Законика о кривичном поступку, посвећеним одступањима од овог важног процесног принципа.

Prof. Saša Knežević, LL.D.

Full Professor,

Faculty of Law, University of Niš

The Principle of Immediacy

Summary

The principle of immediacy is one of the procedural principles which significantly affect the course of criminal proceedings. This principle refers to the manner of conducting criminal procedure activities, primarily those aimed at establishing the factual grounds for prospective adjudication. As compared to the principle of orality which implies oral communication between the participants in the course of criminal proceedings (i.e. everyone's right to be promptly and fully informed about the nature and cause of accusation in a language which he/she understands), the principle of immediacy refers to the manner of determining the admissibility of the presented evidence and assessment of evidence in the main (trial) hearing.

The essence of the principle of immediacy is reflected in the court's obligation to render a judicial decision on the basis of decisive facts which have been determined by the trial court on the grounds of previously established evidence. Moreover, the competent court may base the judgment on the evidence which has been determined to be admissible by the court itself. However, the principle of immediacy does not apply to the factual grounds which are based on the evidence determined in the preliminary criminal proceedings and entered in the trial court transcripts; such evidence is a negation of the principle of immediacy.

The value of evidence which constitutes the factual grounds of a judicial decision shall primarily be determined in the trial proceedings. The use of evidence obtained in the course of preliminary proceedings or the evidence obtained in a previously held trial hearing should be an exception rather than a rule.

Key words: *court proceedings, trial (main hearing), principle of immediacy, evidence, trial transcripts, witness, expert witness*

СТРАНЕ ДИРЕКТНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ У ЗЕМЉАМА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА У УСЛОВИМА ГЛОБАЛНЕ ФИНАНСИЈСКЕ КРИЗЕ^{1*}

Апстракт: Земље западног Балкана одликује ниска акумулативна способност, што намеће потребу привлачења страног капитала као извора инвестиција. Од свих облика међународног кретања капитала, за ове земље највећу важност имају стране директне инвестиције. Поред тога што подстичу структурне промене, оне олакшавају усвајање нових технологија, развој грана привреде заснованих на високој технологији и изградњу конкурентног, високопродуктивног извозног сектора. Међутим, поред несумњивих предности, зависност развоја земље од прилива страног капитала чини их рањивим на поремећаје у међународним токовима капитала. У условима глобалне финансијске кризе разоткривају се све слабости концепта, који привредни раст и развој заснива искључиво на екстерном финансирању. Пад у приливу страног капитала корелисан је са негативним стопама привредног раста у свим земљама, високим стопама незапослености, спољноекономском неравнотежом и погоршањем стања у јавним финансијама. За превладавање последица финансијске кризе неопходно је креирање адекватног правног, економског и политичког окружења, али и јачање регионалне сарадње земаља западног Балкана чиме би се створили услови погодни за повећани прилив тзв. *greenfield* инвестиција, као инвестиција које доносе нова радна места и нову технологију и чине земљу мање осетљивом на глобалне финансијске поремећаје.

Кључне речи: Западни Балкан, стране директне инвестиције, привредни раст, регионална сарадња.

1 * Рад са пројекта, који се реализује на Правном факултету Универзитету у Нишу.

Увод

Након бројних политичких и етничких сукоба који су обележили последњу деценију двадесетог века, земље Западног Балкана, почев од 2000. године, ушле су у фазу мање или више стабилног економског опоравка. Међутим, појава глобалне финансијске кризе крајем 2008. године прекинула је период привредног опоравка и ове земље поново увела у фазу економске стагнације. То је и разлог да се јаз у погледу нивоа економске развијености између ових земаља и земаља Европске уније (ЕУ) продубљује, што ово подручје сврстава у европску економску периферију. Превазилажење последица економске кризе и економски опоравак земаља Западног Балкана не може се остварити без повећања инвестиција. С обзиром на ниску акумулативну способност домаћих привреда, разумљиво је што се у овим земљама прилив иностраног капитала види као једина од кључних полуга за подстицање привредне активности. Од свих облика међународног кретања капитала, за земље Западног Балкана највећу важност имају стране директне инвестиције. Поред тога што подстичу структурне промене, оне олакшавају усвајање нових технологија, развој грана привреде заснованих на високој технологији и изградњу конкурентног, високопродуктивног извозног сектора. Међутим, поред несумњивих предности, зависност развоја земље од прилива страног капитала има и негативне ефекте, који кулминирају у условима глобалне економске нестабилности. Способност земље да максимизира користи од страног капитала детерминисана је развијеношћу институција тржишне привреде, јасно дефинисаним циљевима стратегије развоја и степеном укључености земље у процес регионалних интеграција. Циљ рада је сагледавања главних инвестиционих токова на подручју Западног Балкана у условима глобалне финансијске кризе. Након тога, у раду се разматрају ефекти страних директних инвестиција. У последњем делу рада указује се на путеве унапређење инвестиционе и пословне климе у овим земљама.

1. ПРИЛИВ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА У ЗЕМЉАМА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА

Обим и структура инвестиција представљају једну од кључних детерминанти привредног раста и развоја. Међутим у земљама Западног Балкана домаћи извори инвестиција нису довољни. Због тога, за ове земље страна улагања имају изузетно велики значај. Стварањем услова за већи доток страног капитала, нарочито директних инвестиција, смањује се лимитраност капитала као фактора развоја и активирају остали производни фактори којима земља располаже. Уједно, са страним

директним инвестицијама долази и до прилива знања и технологија из развијених земаља, што повећава ефикасност домаћих предузећа и позитивно утиче на привредни раст у овим земљама.

У економској теорији уобичајено је разликовање три главна облика међународног кретања капитала: 1) међународно кретање зајмовног капитала, 2) портфолио инвестиције и 3) стране директне инвестиције (Ковач, 2003). Мада се током времена мењао значај појединих облика кретања капитала, од осамдесетих година прошлог века стране директне инвестиције постају доминантан облик међународног кретања капитала. То посебно важи за земље у транзицији код којих се овај облик инвестиција третира као пожељна форма прилива капитала, која треба да омогући економски раст, пренос производних и организационих знања (*know how*) страних предузећа (Nunnenkamp & Spatz, 2003).

Стране директне инвестиције (у даљем тексту СДИ) обично се дефинишу као сва улагања резидената једне државе предузета у циљу успостављања контроле над активношћу одређеног привредног субјекта резидента друге државе. Оно по чему се СДИ разликују од других облика страних улагања је намера инвеститора о успостављању трајних економских односа и остваривање значајног степена утицаја на менаџмент и пословање предузећа у које се инвестира. За разлику од страних директних инвестиција, портфолио инвестиције представљају улагања физичких и правних лица у хартије од вредности емитоване од стране резидената других држава, а ради остваривања капиталне добити у краћем року и без намере успостављања контроле над пословање предузећа. Поред тога, код портфолио инвестиција изостаје трајност улагања, будући да се инвестирор опредељује за куповину, односно продају хартија од вредности зависно од његових процена о очекиваној заради. Према методологији Међународног монетарног фонда, страна директна инвестиција постоји када одређени улагач (нерезидент) дође у посед 10 или више процената учешћа у основном капиталу привредног субјекта-резидента (Babić, et. al, 2001). Да би се овакво улагање третирао као СДИ сматрамо да је непходно испуњење и преостала два услова, који се односе на трајност улагања (дугорочни пословни интерес) и утицај на управљање предузећем у иностранству. У противном, улагање би се пре могло квалификовати као портфолио инвестиција.

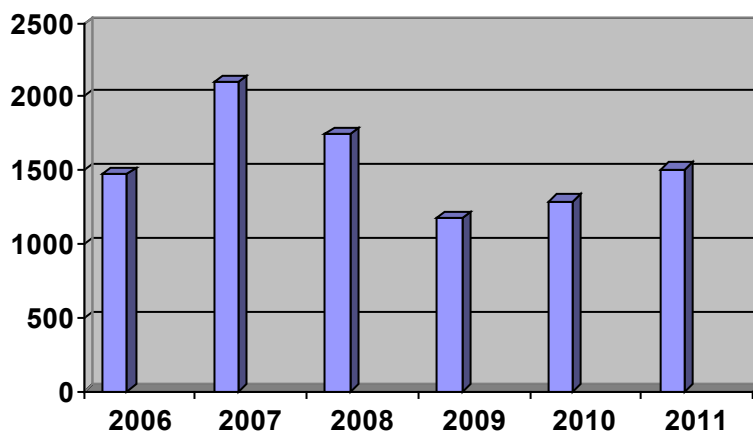
Код балканских земаља, због неразвијености финансијског тржишта, прилив страног капитала јављао се углавном у форми страних директних инвестиција. Међутим, за разлику од земаља које су успешно окончале транзициони процес (земље централне Европе и балтичке земље) прилив

СДИ био је значајно мањи, посебно у првој декади транзиције коју су обележили процес дезинтеграције (распад бивше СФРЈ) и изостанак било ког облика регионалне сарадње (Kersan-Škabić, 2013). То је и разлог да је у земљама које припадају Западном Балкану (Албанија, Бугарска, Босна и Херцеговина, Македонија, Румунија, Хрватска и СР Југославија) укупан прилив СДИ у периоду 1989-2000. год. износио свега 15,3 милијарди US\$, односно 9,4% од укупног прилива СДИ у 27 транзиционих земаља (Estrin & Uvalic, 2013). Нешто повољнија кретања евидентирана су у другој декади транзиције захваљујући повољним економским и политичким условима. Све до 2007. године раст глобалне економије и инвестициони токови су бележили су рекордне нивое, достижући 2007. године износ од 2100 милијарди US \$ (UNCTAD, 2010). Чак и у условима тако повољних инвестиционих токова, прилив СДИ у земље региона био је знатно испод очекиваног, нарочито ако се имају у виду погодности региона: повољан географски положај, природни ресурси, ниска цена предузећа која се приватизују, јефтина радна снага и сл. Избијање глобалне финансијске кризе 2008. године значило је и промену у глобалним економским токовима (колапс тржишта некретнина, банкрска криза, раст незапослености), а самим тим и у кретању међународног капитала. Инвестициони токови у 2008. години забелжили су пад од 16,9 %. Негативан тренд наставио се све до 2010. године када се поново региструје раст СДИ од 9,3 % (види слику бр. 1).

Слика бр. 1.

ГЛОБАЛНИ ТОКОВИ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА

у милијардама US \$



Извор: *Global Investment trends monitor, No. 8, 2012.*

Глобална финансијска криза тешко је погодила регион Западног Балкана. Тако је прилив СДИ у 2010. години скоро преполовљен у односу на прилив СДИ у 2007. години (види Табелу бр. 1.). Слаби инвестициони изгледи и латентна нестабилност на међународном финансијском тржишту допринели су све мањем приливу страног капитала у овим земљама. Досадашње искуство земаља у транзицији показује да је обим СДИ у директној вези са оствареним прогресом у процесу економске трансформације. Земље које су оствариле највећи прогрес у развоју тржишног система, као и висок степен макроекономске и политичке стабилности су истовремено биле и најуспешније у привлачењу СДИ. Тако су у 2010. години најуспешније земље у привлачењу страног капитала (Пољска, Чешка, Мађарска) оствариле укупан прилив СДИ у износу од 18.839 милиона US \$ док су у исто време земље Западног Балкана оствариле прилив од свега 3.362 милиона US \$.

Табела бр. 1.

**Прилив страних директних инвестиција
у земљама југоисточне Европе**

у милионима УСА долара

Година	2007	2008	2009	2010	2011	2012. пројекција
Албанија	651	880	936	1099	939	850
Босна и Херцеговина	2.023	1.200	245	188	416	253
Црна Гора	717	783	1485	733	541	474
Македонија	700	612	191	209	427	263
Србија	2.195	2.487	1904	1133	2531	633

Извор: *Transition report*, 2012, EBRD.

Пад у приливу страних директних инвестиција корелисан је са негативним стопама привредног раста у свим земљама (са изузетком Албаније). То је директна последица примене концепта развоја који се заснивао на континуираном приливу страног капитала, било у облику кредита било у облику страних улагања. Пад прилива СДИ на свега $\frac{1}{4}$ од вредности СДИ пре избијања кризе за земље Западног Балкана је значио да се оне сада суочавају са нето одливом капитала. Штавише, нето одлив капитала (разлика између прилива СДИ и одлива профита оствареног пласманог страног капитала у земаља региона) је утростручен (Mencinger, 2013).

Табела бр. 2.**Раст GDP у земљама западног Балкана**

(у %)

Година	2009	2010	2011	2012. пројекција
Албанија	3,3	3,5	3,1	0,6
Босна и Херцеговина	-2,9	0,7	1,3	0,1
Црна Гора	-5,7	2,5	3,2	0,3
Македонија	-0,9	2,9	2,9	0,3
Србија	-3,5	1,0	1,6	-0,7

Извор: *Транзитион репорт*, 2012, ЕБРД.

Поред тога што је обим страних директних инвестиција далеко од очекиваног, прилив СДИ у земљама Западног Балкана карактерише и изразита неравномерност. У свим земљама у посматраном периоду приметно је да се године значајног прилива СДИ смењују годинама када је њихов прилив значајно нижи. На пример, прилив СДИ у Србији 2011. године премашио је 2,5 милијарде долара, да би у 2012. години према пројекцијама овај прилив био сведен на 633 милиона долара. Ова неравномерност у дотоку страних капитала може се објаснити секторском структуром СДИ. Њихов највећи део чине власничка улагања, што значи да је у овим земљама регистрован значајан прилив СДИ у годинама када су приватизована нека од већих државних предузећа, пре свега у области телекомуникација, нафтне индустрије, или је вршена приватизација банака и осталих финансијских институција. Оваква структура страних улагања имплицира да СДИ не доприносе значајно хоризонталном и вертикалном трансферу технологије и знања у земљама региона и да оне могу да утичу много више на повећање увоза него на повећање извоза, што води увећању спољнотрговинског дефицита. У исто време прилив тзв. *greenfield* инвестиција, као инвестиција које доносе нова радна места и нову технологију, био је недовољан, иако су овим земљама предузете бројне мере усмерене ка повећању атрактивности улагања, попут формирања специјализованих агенција, па до увођења значајних пореских подстицаја у пореско законодавство. Такође, завређује пажњу и податак да је од укупног обима СДИ за који се очекује да ће бити пласиран у Југоисточној Европи (6,6 милијарди долара) највећи део (више од 62%) завршити у Бугарској, Румунији и Хрватској, као земљама које су недавно постале чланице Европске уније (*Transition report*, 2012). Главни разлози неповољних инвестиционих изгледа су политичка нестабилност, споро напредовање реформи, неразвијеност институција тржишне привреде

и споро прилагођавање стандардима Европске уније. За земље Западног Балкана у наредном периоду, због последица глобалне финансијске кризе, предвиђају се углавном неповољни инвестициони изгледи, што намеће потребу давања одговора на кључно питање које детерминише њихов развој: на који начин, у условима повећане опрезности међународног капитала, осигурати екстерно финансирање током кризе?

2. ЕФЕКТИ СТРАНИХ ДИРЕКТНИХ ИНВЕСТИЦИЈА

Стране директне инвестиције утичу на привреду на директан и индиректан начин. Директни утицаји односе се на економски раст у кључним индустријским гранама, техничко-технолошки развој и раст продуктивности. Индиректни утицаји СДИ односе се на давање подстицаја изградњи институција тржишне привреде, економским интеграцијама и унапређењу конкурентности домаће привреде. У економској литератури се истиче да прилив страног капитала у земљу значи (Бубања-Видас, 2003):

- смањење лимитираности капитала као фактора развоја;
- могућност економског и развојног активирања осталих фактора са којима земља располаже (природног богатства и радне снаге, на пример)
- модернизацију привређивања, с обзиром на то да прилив иностраног капитала прати увоз савремене технике, технологије и знања;
- шире укључивање земље у међународну поделу рада.

Утицај страних директних инвестиција на привреду земље примаоца, између осталог, зависи и од мотивационе структуре носиоца директних страних улагања. Полазећи од овог критеријума можемо разликовати три облика страних директних инвестиција. Прво, СДИ мотивисане потрагом за новим тржиштем (*market-seeking*), код којих се одлука о инвестирању доноси у жељи да се искористе погодности локалног или регионалног тржишта. Код овог облика инвестирања најважнији мотив је продор на локално тржиште. У највећем броју оваквих инвестиција у потпуности се трансферише технологија, а производни процес је идентичан оном у матичном предузећу. Друго, СДИ су мотивисане потрагом за ресурсима (*resource-seeking*), које имају за циљ искоришћавање природних ресурса и предности ниских зарада земље примаоца инвестиција. Овај вид страних улагања везује се углавном за праксу мултинационалних компанија које организују поједина фазе производње на различитим локацијама у свету чиме се постиже оптимална структура трошкова и већа ефикасност производње. Трећи облик представљају СДИ које су мотивисане жељом

да се повећа ефикасност (*efficiency seeking*). Овај облик инвестиција јавља се када инвеститор настоји да валоризује предности регионално повезаних земаља.

Ова подела је изузетно важна за земље западног Балкана. Наиме, од мотива улагача зависе и ефекти које може да очекује земља прималац инвестиција. Тако се у случају инвестиција које имају за циљ повећану продају на локалном тржишту не може очекивати повећање извоза земље примаоца. Ова врста инвестиција увећава конкуренцију на тржишту, чиме се унапређује понуда, обарају цене и увећава благостање свих потрошача. Супротни ефекти се јављају у случају када мотив улагача чини потрага за ресурсима који се користе као сировине у производњи изван земље примаоца. Такво улагање подразумева значајан трансфер капитала, технологије и знања и генерише повећање прихода од извоза. С друге стране, факторски оријентисане стране директне инвестиције усмерене су ка што је могуће лакшем приступу сировинама или јефтином раду, уз занемарљиве везе са домаћим привредним субјектима и локалним тржиштем. Са становишта улагача, стране директне инвестиције могу, између осталог, послужити и остваривању стратешких циљева. Полазећи од ових критеријума, улагања која су повезана са процесом приватизације могу се сврстати у трећу групу.

Табела бр. 3.

Стопа незапослености у земљама западног Балкана

Година	2010.	2011.	2012.	2013. пројекција
Албанија	14,2	13,9	13,9	14,0
Босна и Херцеговина	27,2	27,6	28,0	27,5
Црна Гора	19,6	19,7	19,7	20,0
Македонија	32,0	31,4	31,0	31,0
Србија	19,2	23,0	23,9	25,0

Извор: *Transition report*, 2012, EBRD.

Досадашње искуство земаља Западног Балкана показује да је прилив страних директних инвестиција након 2000. године био позитивно корелисан са економским растом. У свим земљама регистроване су позитивне стопе раста друштвеног производа. Међутим, и поред тога,

ниво реалног друштвеног производа је само у Албанији, Хрватској и Црној Гори премашио висину друштвеног производа оствареног 1989. године. Све остале земље, и после двадесет година, још увек нису достигле тај ниво друштвеног производа. Очекивани ефекти СДИ у облику смањења незапослености и повећања извоза такође су изостали. Кључни економски проблем са којим се балканске земље у транзицији суочавају је висока стопа незапослености. У 2012. години (види Табелу бр. 3), стопа незапослености кретала се од 13,9% у Албанији, до 31,0% у Босни и Херцеговини (Transition report, 2012).

Табела бр. 4.

Кретање индекса глобалне конкурентности балканских земаља у периоду од 2001. до 2012. године

	2005.	2006.	2007.	2008.	2009.	2011.	2012.
Албанија	100	98	109	108	96	78	89
Босна и Херцеговина	88	89	106	107	109	100	88
Бугарска	61	72	79	76	76	74	66
Хрватска	64	51	57	61	72	76	81
Грчка	46	47	65	67	71	90	96
Македонија	75	80	94	89	84	79	80
Румунија	67	68	74	68	64	77	78
Србија	85	87	91	85	93	95	95
Црна Гора	-	-	82	65	62	60	72
Словенија	32	33	39	42	37	57	56
Турска	71	59	53	63	61	59	43

Извор: IMF Global Competitiveness Index 2012-2013.

Стране директне инвестиције у земљама Западног Балкана су највећим делом биле усмерене на преузимање постојећих предузећа, а само се мањи део односио на *greenfield* улагања. Услед тога су ефекти СДИ знатно испод очекиваних Страна улагања нису допринела ширењу на друга тржишта, нити су значајно унапредила конкурентност ових земаља (Табела бр. 4).

Према степену конкурентности у 2012. години, од укупно 144 рангиране земље, Србија је сврстана на 95 место, Албанија на 89, Босна и Херцеговина на 88, Хрватска на 81, Македонија на 80, а Црна Гора на 72 место. Недовољна конкурентност је и разлог континуираног раста дефицита у билансу текућих трансакција и пораста степена задужености ових земаља. За све земље региона карактеристичано је да озбиљно заостају у технолошком развоју у односу за високоразвијене земље и због тога се сврставају у групу земља са спорим технолошким развојем (Barlett, 2009). Овај пут развоја, својствен земљама које сврставамо у суперпериферију, карактеришу неповољни иницијални услови и политичка нестабилност, које успоравају процес транзиције и реструктурирања. То, даље, утиче на појачавање процеса деиндустријализације и појаву масовне незапослености у једном дужем периоду, услед чега се умањују радна способност и вештине незапослених с једне стране, а с друге појачава емиграција квалификованих радника. Земље са оваквим обрасцем развоја нису атрактивне за прилив СДИ, што даље утиче на то да се оне у међународној размени ослањају пре свега на извоз сировина и полупроизвода.

3. ПОСЛОВНА И ИНВЕСТИЦИОНА КЛИМА У ЗЕМЉАМА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА

Долазак страних компанија у земље Западног Балкана у протеклом периоду био је највећим делом повезан са процесом приватизације и, првенствено, мотивисан њиховом тежњом да се стратешки позиционирају на тржиште ових земаља. Како је процес приватизације највећим делом окончан, то се за ове земље као нужност намеће потреба промене пословне и инвестиционе климе која би ове земаље учинила пожељним за инвестициона улагања са перспективом дугорочно стабилног прилива страног капитала (Derado, 2013). Страни инвеститори, приликом процене атрактивности једне земље за улагање капитала, руководе се не само потенцијалним приносима који се на основу улагања могу остварити, већ и ограничењима и ризицима са којима се суочавају током инвестиционог подухвата. Мада је неспорно да су балканске земље оствариле значајан напредак у развоју тржишног система (либерализација спољне трговине, либерализација цена, развој институција и сл.), још увек постоје озбиљна ограничења, посебно када су у питању инвестиције у новооснована предузећа. Ограничења са којима се страни улагачи суочавају на страном тржишту, а која чине елементе пословне и инвестиционе климе, могу се сврстати у три шире целине (Цветковић, 2004).

Прву групу ограничења чине фактори правне природе, под којима се подразумева другачији правни статус страних у односу на домаће улагаче, и то у виду ограничавања удела страног власника, другачијег пореског третмана у односу на домаће инвеститоре, увођења административних препрека трансферу профита (репатријација профита) у матично предузеће итд. Такође, за стране инвеститоре од велике је важности степен финансијске дисциплине у земљи, као и ефикасност правног система у наплати неизвршених обавеза. Неспособност државе да обезбеди поштовање уговора и неефикасност правосуђа, делују врло обесхрабрујуће на потенцијалне инвеститоре. Не треба посебно наглашавати да учестале измене прописа којима се дефинише инвестициони амбијент могу негативно да се одразе на углед државе која жели да привуче страни капитал. У годинама које су претходиле избијању глобалне финансијске кризе остварена су значајна побошања у области права страних инвестиција у свим земљама, па и у земљама западног Балкана. Захваљујући процесу либерализације и дерегулације у земљама региона створен је погодан инвестициони амбијент. И поред тога што је избијање глобалне финансијске кризе успорило овај тренд, у будућности се може очекивати да ће земље Западног Балкана, упоредо са напретком у евроинтеграционом процесу, наставати са унапређењем правних оквира од значаја за прилив СДИ.

Други разлог за недовољан прилив СДИ тиче се величине тржишта. Бројна емпиријска истраживања доказала су релевантност величине и потенцијала раста тржишта (Derado, 2013). У оквиру ове детерминанте треба свакако укључити и чиниоце који утичу на висину производних трошкова (висина зарада, трговинске баријере, девизни курс). На прилив СДИ велики утицај има и способност земље да обезбеди и очува макроекономску стабилност (ниска инфлација, буџетска равнотежа, низак ниво задужености и др.). Имајући у виду да земље Западног Балкана чине земље са малим бројем становника разумљиво је што оне, свака понаособ, нису довољно атрактивне за страна улагања. Осим тога, глобална финансијска криза нарушила је економску стабилност, чиме се додатно сужава њихов потенцијал за прилив СДИ.

Трећи разлог чине фактори политичке природе, односно политички ризик који обесхрабрује прилив СДИ. У литератури се разликују три главна типа политичких ризика. Прво, ризик експропријације, који је ређи, односно ризик кршења уговора, који је много чешћи. Затим, то је ризик трансфера и конвертибилности валуте (лишавање или ограничавање права инвеститора да новчана средства остварена по основу страног улагања слободно трансферише у иностранство) и, најзад, ризик политичких сукоба, односно политичког насиља (Jensen, 2008). У оквиру политичких

фактора који смањују инвестициону атрактивност државе свакако се не сме занемарити корупција, као појава која компромитује сва настојања да се конкретна земља учини атрактивном за прилив страних улагања. Државе које карактерише стабилност политичких институција и низак ниво корупције много су успешније у привлачењу СДИ. Код земаља Западног Балкана утицај политичких фактора је негативан, будући да се ове земље из бројних разлога још увек не могу сматрати политички стабилним друштвима.

Глобална финансијска криза појачала је опрезност инвеститора приликом избора дестинације за инвестирање. То значи да земље Западног Балкана своју инвестициону атрактивност не могу заснивати само на ниским трошковима производње, већ њихова конкурентност мора у значајној мери да буде заснована на стабилном и одрживом привредном расту, већем степену отворености према иностранству и квалитетном људском капиталу. Успешност земаља региона у привлачењу СДИ у будућности ће зависити и од прогреса у процесу евроинтеграција. Неодвојиви део овог процеса је продубљивање регионалне сарадње, што може бити фактор повећања атрактивности региона за прилив страних инвестиција. Предности регионалне сарадње дошле би до пуног изражаја уколико би се између ових земаља успоставили виши облици економске интеграције. На пример, стварање царинске уније тј. прихватање заједничке царинске политике према трећим земљама позитивно би утицало на економски раст али и на повећани прилив *greenfield* инвестиција. Прво, на тај начин се избегавају све тешкоће које повлачи примена правила порекла робе за робу произведену у региону, прихватањем заједничке царинске политике према трећим земљама. Друго, то би позитивно утицало на инвестиционе могућности, будући да се успостављањем овог облика регионалне интеграције превазилази проблем малих тржишта, који се до сада испољавао као кључни ограничавајући фактор. Уместо малих и затворених тржишта, стварило би се знатно веће тржиште, што под претпоставком испуњености осталих услова, чини овај регион много атрактивнијим за прилив страног капитала.

ЗАКЉУЧАК

У условима скромног обима домаће акумулације, стране директне инвестиције испољавају се као веома битан фактор развоја земаља Западног Балкана. Стварањем услова за већи доток страног капитала, нарочито директних инвестиција, смањује се лимитраност капитала као фактора развоја и активирају остали производни фактори којима

земља располаже. Уједно, са страним директним инвестицијама долази и до прилива знања и технологија из развијених земаља, што повећава ефикасност домаћих предузећа и позитивно утиче на привредни раст у овим земљама. Прилив страних директних инвестиција у балканским земљама до избијања глобалне финансијске кризе био је знатно испод очекиваног, нарочито ако се имају у виду погодности овог региона: повољан географски положај, природни ресурси, ниска цена предузећа која се приватизују и сл. Недовољан прилив СДИ, као и њихова неповољна структура, утицала је на то да се ове земље споро развијају и тешко хватају корак са развијеним европским земљама. Финансијска и економска криза имала је снажан негативан утицај на међународне токове капитала, а посебно на прилив страних директних инвестиција у овај регион. Пад у приливу страних директних инвестиција корелисан је са негативним стопама привредног раста у свим земљама И након две деценије транзиције, земље западног Балкана карактеришу високе стопе незапослености, ниска конкурентност, технолошко заостајање и крхка макроекономска стабилност. Превазилажење оваквог стања могуће је само уз повећани обим инвестирања, што наглашава потребу унапређења инвестиционих могућности региона и елиминисање правних, економских и политичких ограничења прилива страних директних инвестиција.

ЛИТЕРАТУРА

- Babić, A., Pufnik, A., & Stučka, T. (2001). Teorija i stvarnost inozemnih izravnih ulaganja u svijetu i u tranzicijskim zemljama s posebnim osvrtom na Hrvatsku. *Pregled HNB*, 9, 1-33.
- Bartlett, W. (2009). Economic Development in the European Super-Periphery: Evidence From the Western Balkans. *Economic Annals*, LIV (181), 21-44.
- Видас-Бубања, М. (2003). Глобални и регионални фактори прилива страних директних инвестиција у домаћу привреду. *Економски анали*, 7, 291-302.
- Derado, D. (2013). Determinants of FDI in transition countries and estimation of the potential level of Croatian FDI. *Financial Theory & Practice*, 3, 227-258.
- Estrin, S. & Uvalić, M. (2013). Foreign direct investment into transition economies: Are the Balkans different?. *LEQS Paper*, 64, 1-42.
- European Bank for Reconstruction and Development. *Transition report*, (2012)
- Jensen, N. (2008). Political Risk, Democratic Institutions, and Foreign Direct Investment, *Journal of Politics*, 70(4), 1040-1052.

Kersan-Škabić, I. (2013). Institutional Development as a Determinant of FDI Attractiveness in Southeast Europe. *Društvena istraživanja*, 22 (2), 215-235.

Ковач, О. (2003). *Међународне финансије*, Београд: Економски факултет.

Mencinger, J. (2013). From the Collapse of socialism to the crisis of capitalism: Experiences of Central and Eastern European Countries. *Ljetopis socijalnog rada*, 7 (1), 7-30.

Nunnenkamp, P., & Spatz, J. (2003). Foreign Direct Investment and Economic Growth in Developing Countries: How Relevant are Host-Country and Industry Characteristics?. *Working Paper Kiel Institute for World Economics*, 1-25.

Schwab, K. & Sala-i-Martin, X. (2013). *Global Competitiveness Report 2012-2013*. Geneva: World Economic Forum.

UNCTAD, *World Investment Report*, 2010.

Цветковић, П. (2004). О ефектима страних инвестиција: разлике између стварности и предрасуда. У Д. Тодоровић и Д. Ђорђевић (Прир.), *Квалитет међународних односа, свест о регионалном идентитету и могућности сарадње и интеграције на Балкану* (стр.157-168). Ниш: Институт за социологију – Филозофски факултет Универзитета у Нишу.

Prof. Srđan Golubović, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**FOREIGN DIRECT INVESTMENT IN WESTERN BALKAN COUNTRIES
IN THE CONDITIONS OF GLOBAL FINANCIAL CRISIS**

Summary

The Western Balkan countries are characterized by low capital accumulation capacity, which imposes the need to attract foreign capital as a source of investments. Among different types of international capital movements, foreign direct investment (FDI) is of greatest importance for these states. In addition to encouraging structural changes, the FDI facilitates the application of new technologies, the development of economic sectors based on high technology, and the development of a competitive, highly productive export sector. However, despite these indisputable advantages, the dependence of a country's development on the inflow of foreign capital makes it vulnerable to disruptions in international capital flows. The global financial crisis is exposing all the weaknesses of the concept of economic growth and development based solely on external funding. Decline of the inflow of foreign capital is correlated with negative economic growth in all countries, high unemployment, foreign trade imbalance and deterioration in public finances. To overcome the consequences of the financial crisis, it is necessary to create an adequate legal, economic and political environment, as well as to strengthen regional cooperation in the Western Balkans. It would create favourable conditions for the increased inflow of so-called greenfield investments, which bring new jobs and technology and make the country less vulnerable to the global financial disruptions.

Key words: *Western Balkans, foreign direct investment, economic growth, regional cooperation.*

НЕКЕ КОНТРОВЕРЗЕ АКЦИОНАРСТВА¹

Апстракт: Питање да ли су тржиште, односно његови учесници, способни да установе саморегулаторни механизам како би се заштитио њихов интегритет или је то могуће остварити само учешћем независног интервенијента, у констелацији савремених трговинских односа готово да се и не поставља.² Тржиште хартија од вредности је једно од најрегулисанијих, услед сложености односа, обима трансакција, инвестиционих ризика и асиметричности информација. Хартије од вредности, посебно акције из приватизације, појавиле су се као нова врста робе са свим специфичностима и захтевима регулације у циљу заштите инвеститора. Ипак, непостојање институционалног оквира за примену прописа,³ неадекватно корпоративно управљање, изостанак акционарске културе, непоузданост пословних и финансијских информација компанија, утицали су на (не)поверење у тржиште капитала, а тиме и на привлачење страних инвеститора.

Кључне речи: акционарство, корпоративно управљање, заштита инвеститора, финансијско тржиште, пословна етика, регулаторна тела.

1 Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“.

2 R. Goode, *Commercial Law*, London, 1995, стр.162.

3 Имамо у виду законе о: привредним друштвима, тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, приватизацији, преузимању акционарских друштава, инвестиционим фондовима, рачуноводству и ревизији, банкама, осигурању и др.

(Не)јединствени интереси у трговачком друштву

Примарни интерес инвеститора или власника капитала садржан је у могућности остваривања права на дивиденду⁴ или капиталну добит.⁵ Најпогоднија форма за остваривање ових права је трговачко друштво, из разлога што не поставља лимит у погледу прибављања додатног капитала (што је од значаја за емитента),⁶ а истовремено инвеститорима пружа могућност остварења високог приноса уз минимални ризик. Зависно од финансијских перформанси компаније инвеститор ће показати интерес да у њу улаже. Исто тако, инвеститор може, по протеклу одређеног времена од куповине акција неке компаније, да одлучи да изађе са тржишта, уколико установи да је оно ризично.⁷ То може учинити на начин што ће продати акције одређене компаније или преусмерити свој портфолио тамо где намерава даље да инвестира. Власници капитала, стога, нису у обавези да своја средства улажу у једну компанију, већ често врше диверсификацију,

4 Дивиденда (eng. *dividend*) је приход који остварују власници акција уколико се за то стекну услови, тј. уколико компанија остварује профит. Она се исплаћује из профита компаније који преостане након измирења пореских обавеза. Компанија може да плаћа дивиденде само уколико се испуне одређени услови: 1) да друштво има средства за исплату (што се може проверити увидом у стање на посебном рачуну за исплату дивиденди током пословне године); 2) да укупан износ дивиденди који се исплаћује током пословне године не буде већи од добити коју друштво у тој години оствари.

5 Капитална добит је разлика између продајне и куповне цене акција. Уколико је, приликом продаје акције, њен власник остварио продајну цену која је већа од ревалоризоване вредности по којој је стекао акцију на дан продаје, онда се може рећи да је, у овој трансакцији, остварио капитални добитак.

6 Емитент (издавалац, дужник) је лице које продаје серијске хартије од вредности првим имаоцима (купцима, повериоцима), чиме прикупља средства (капитал) за сопствене потребе, обавезујући се да им испуни обећану чинидбу (новчану исплату, омогућавање учешћа у управљању и др.). У нашем праву, емитент може бити правно лице са седиштем у Србији, укључујући и јавноправно лице (република, покрајина, јединица локалне самоуправе), Народна банка Србије, правно лице које је корисник буџета и организација обавезног социјалног осигурања. У погледу страних правних лица постоји ограничење садржано у формулацији да се оно може сматрати емитентом уколико има седиште у држави чланици ОЕСД или ЕУ, као и у суседним државама, под условом да је наша Комисија за хартије од вредности закључила уговор о сарадњи у контроли тржишта хартија са надлежним органима тих земаља. Види: Н. Јовановић, Емисија (издавање) серијских хартија од вредности, *Акционарско друштво, берзе, акције*, Зборник радова, Београд, 2006, стр. 661-663.

7 У односу на ортачко друштво и друштво са ограниченом одговорношћу, компанија (отворено акционарско друштво) омогућава власнику смањење ризика инвестирања. Акционарско друштво одликује лимитираност ризика акционара до висине унетог улога у друштво. Обзиром на прометљивост (негоцијабилност) акција, акционари могу у сваком тренутку да исте продају на тржишту капитала. Мањи ризик и већа ликвидност акција резултира и већом понудом капитала у компанији.

чиме смањују укупни ризик сопствених улагања. Укупан капитални буџет једног инвеститора, може бити распоређен на начин да омогући формирање оптималног портфолиа.⁸ Могућност диверсификације акција значајно умањује ризик инвестирања у компаније, што доприноси привлачењу инвеститора који нису склони ризику,⁹ да истовремено инвестирају у акције већег броја компанија.

За тржиште капитала у настајању ликвидност је од пресудног значаја приликом доношења инвестиционе одлуке. Улога тржишта капитала је у томе, да се на берзи појаве компаније које су на званичном листингу, како би се успоставила ликвидност трговања акцијама и омогућило финансирање компанија прикупљањем слободног капитала на тржишту. Нижи ризик и већа ликвидност акције, у односу на друге форме привредних друштава, резултира и већом понудом капитала у компанији.

Како је акција хартија од вредности са променљивим приносом, посебно је осетљива на поремећаје финансијског тржишта, као што су информациона асиметрија, негативна селекција и морални хазард.¹⁰ Овакви и други поремећаји последица су неадекватног корпоративног управљања, што даље узрокује појаву инвеститора са стратегијом заснованом на контроли компаније куповином акција, а не инвестиционом стратегијом остваривања приноса на акције. Коначно, то води претварању тржишта акција у тржиште компанија.

Корпоративно управљање и информациона асиметрија

Корпоративно управљање значајно је за ефикасност компаније, на начин што утиче на ликвидност тржишта капитала, као и њену сопствену ликвидност. Ефикасно корпоративно управљање значи и подстицај за инвеститоре, јер им омогућава да улагањем капитала у одговарајућу компанију обезбеде адекватан принос за своју инвестицију. Како је стварање вредности за акционаре у непосредној вези са циљевима доброг корпоративног управљања, од суштинске је важности да и учесници на њему буду транспарентно регулисани, како би се обезбедила правилна заштита инвеститора у хартије од вредности.

8 Б. Живковић, Тржиште акција, АБА, Зборник радова, Београд, 2006, стр. 582.

9 Обзиром на мотив и личност улагача можемо их сврстати у две категорије. Прву чине они који купују тзв. сигурне хартије, односно хартије великих емитената. У другу спадају улагачи чији је циљ брзо богаћење, који купују хартије које обећавају брз и значајан раст прихода, цена и капиталне добити, уз спремност да претрпе и губитке услед евентуалног пада курса. Н. Јовановић, *оп.цит.*, стр. 669.

10 Б. Живковић, *ibid*, стр. 583.

На финансијском тржишту је често присутна неравнотежа у количини расположивих информација, при чему једна страна у трансакцији није довољно обавештена о предмету трансакције¹¹ или нема потребна сазнања о другој страни како би донела правилну одлуку. Ова појава назива се *информационом асиметријом*. Уколико је она присутна, може изазвати додатне последице у виду грешака у процени приноса и ризика самог улагања. Мада инвеститоре штити закон, остаје питање у којој су мери они способни да установе саморегулаторни механизам како би заштитили сопствени интегритет, обзиром на то колико информација о некој компанији поседују и да ли, на основу тога, правилно могу да процене вредност акција те компаније. Сви запослени у компанији нису једнако информисани. Менаџери и одређени број запослених, због природе посла који обављају, у позицији су да прикупе више важних информација у односу на инвеститоре. Тако, уколико сматрају да је њихова компанија успешна, а да је понуђена цена акција сувише ниска, одустаће од продаје том инвеститору, односно неће му их продати по цени коју је он спреман да плати. Овај проблем се у пракси назива проблемом *миграције акција* са лоших на добра тржишта.¹²

С друге стране, инвеститор не поседује потребно знање, а ограничена одговорност му омогућава да диверзификује свој ризик улагањем у различите компаније. Иако је, често свестан да постоји ризик погрешног

11 Према Закону о привредним друштвима (даље: ЗПД), постоји обавеза отвореног акционарског друштва да, по настанку околности које могу утицати на пословање тог друштва и на цену његових хартија од вредности, обавести јавним путем заинтересоване инвеститоре. Оно ће бити дужно да објављени извештај проследи Комисији за хартије од вредности, као и берзи на којој се тргује његовим акцијама, под условом да се тиме не угрожава пословни интерес самог друштва. У складу са Првом директивом ЕУ о транспарентности пословања друштва капитала, ЗПД, у чл. 464-465, прописује обавезу сваког акционарског друштва да чува одређено време већи број аката и докумената међу којима: оснивачки акт; статут, уколико га друштво има; решење о регистрацији; акт о постојању огранка или заступништва; документа која доказују својинска и друга права на имовину; записнике и одлуке скупштине акционара, управног и надзорног одбора; финансијске извештаје, извештаје о пословању и извештај ревизора; књиговодствену документацију и рачуне; проспекат за издавање акција и других хартија од вредности; листу повезаних друштава са подацима о акцијама и уделима у њима; податке о члановима управног одбора и заступницима друштва; податке о ревизору друштва, интерном ревизору и одбору ревизора; листу свих преноса и залагања акција и списак свих уговора које са друштвом закључе директор, чланови управног, извршног и надзорног одбора и са њима повезана лица. Обавеза чувања оснивачког акта и статута друштва трајног је карактера, док се остали акти и документа, по истеку рока од 5 година, чувају у складу са прописима о архивској грађи. Види: М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2011, стр. 361.

12 Б. Живковић, *ibid.* стр. 584.

избора, он ће настојати да купи акције по што нижој цени. Постоји могућност да се инвеститор, у овој ситуацији, сасвим повуче са тржишта акција и окрене тржишту обвезница, обзиром да обвезница следи за инструментом са фиксним приносом, а тиме и неупоредиво мањим ризиком.¹³

Као последица асиметрије информација јавља се и ризик злоупотребе.¹⁴ Он се огледа у прикривању информација¹⁵ или присвајању прихода власника од стране емитента хартије од вредности. Овај тзв. *принципал-агент проблем*¹⁶ настаје на релацији власник-менаџер. Власник компаније (принципал), због природне везе са учешћем у профиту, изложен је могућности злоупотребе од стране менаџера (агента), кога је ангажовао у циљу оперативног вођења компаније. Иако ово ангажовање подразумева да менаџер следи максимизацију профита, то увек није случај. Менаџери могу усмеравати себи један део приноса капитала, над чиме власници најчешће немају

13 F. Fabrozzi, *Bond Markets, Analysis and Strategies*, Prentice – Hall International Inc. 1989, стр. 17.

14 Овај ризик познат је под називом *хазардирање*. Означава ангажовање емитента у активностима штетним по власника хартије од вредности. Први случајеви везују се за настанак модерних корпорација и манифестују се као велике афере настале као последица хазардерског понашања доминантног власника и менаџера, а завршавају се масовним и огромним губицима. Као један од познатијих помиње се скандал компаније *Енрон* (2001), након кога је донет Закон о реформи система рачуноводственог извештавања отворених друштава и заштите инвеститора, који је заменио систем саморегулације и ојачао државну регулацију кроз Управу за контролу рачуноводствених извештаја компаније и постављање веће одговорности ревизорима и менаџменту компаније. Више о регулативи на: www.sec.gov и www.europesefesco.org

15 Из тих разлога, на нивоу ЕУ донета је Директива о информацијама у вези са акцијама (*The major Shareholding Directive*, 1988/627ЕЕС (ОЈ 1988, No. L 348/62). Она се бави информацијама које се објављују кад се стекну акције или се располаже акцијама котираних акционарских друштава, што обавезује на обавештавање друштва, Комисије за хартије од вредности и јавности. Види: Charlesworth & Morse, *Company Law*, London 1995; Stedman, *Shareholders agreements*, London, 1998, стр. 48.

16 Различити интереси трговачког друштва и менаџмента огледају се у следећем: интерес трговачког друштва је да створи добре услове за рад, велику резерву и максимизацију добити у облику високих плата и доприноса као радничких повластица. Сви ти интереси, по природи, супротстављени су интересима чланова друштва, јер улагањем у добре услове рада, повећањем резерви, а нарочито плата радницима директно се умањује добит која припада акционарима као члановима друштва. Уз то интереси чланова менаџмента, узмемо ли обзир висока примања и награде као и остале повластице, посредно утичу на положај радника, а непосредно и на висину добити која припада члановима друштва. Види: J. Meckling, *Theory of the Firm, Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure*, *Journal of Financial Economics*, 1976, No . 3, стр. 305-360.

контролу. Партиципација акционара у менаџменту донекле редукује овај проблем, што је видљиво на тржишту капитала, где свако смањење цене акција удружује акционаре против менаџера.¹⁷

Како је контрола скупа процедура (обзиром да укључује информације које треба платити лицу од кога се прикупљају), поставља се питање спремности инвеститора да поднесу трошкове надзора и контроле менаџмента. Одређени број акционара који није спреман да сноси ове трошкове, може користити информације које су други акционари платили агенцијама или одељењима финансијских посредника које прикупљају и продају информације.¹⁸ Тако настаје нови проблем назван *free-rider* или проблем слепог путника (бесплатног јахача).¹⁹ С једне стране, то може поделити акционаре на оне који су платили контролу активности компаније и на оне који ту погодност бесплатно користе, а са друге стране, може ову прву групу акционара довести у позицију да трошкови вршења функције принципала премаше принос на дато улагање. У новије време, ради превазилажења *free-rider* појаве, ангажују се фирме које раде на принципу инвестиционог пула (*venture capital firm, private investment funds*). Оне користе средства партнера за финансирање нових послова, а у замену за коришћење капитала добијају власничко учешће у новом послу. Обзиром да имају представнике у управи компаније чије акције поседују, оне остварују контролну позицију, тако да су могућности за злоупотребу од стране менаџера и појединих акционара сведене на минимум. Један од начина превазилажења информационе асиметрије јесте и контрола која се спроводи од стране институционалних инвеститора.²⁰

У том контексту треба поменути и јавну регулативу, оличену у законској принуди емитента и посредника да објављују или учине доступним

17 R. La Porta Lopez-De-Silanes, Corporate Ownership Around the World, *The Journal of Finance*, Vol. 54, No. 2, стр. 67.

18 У питању су поверљиве или повлашћене информације које недозвољено користе „инсајдери“ у трговини са хартијама од вредности (eng. *Insider Dealing, Insider Trading*). На нивоу ЕУ ово питање регулише *Директива о Insider Dealing-у* 89/592 (ОЈ 1989., No I 334/30) и *Европска конвенција о Insider Trading-у* (Council of Europe, European Treaty Series, No 130). Више о томе: V. Edwards, *EU Company Law*, Oxford, 1999, стр. 307-332.

19 Тако: Б. Живковић, *оп.цит.*, стр. 585-590.

20 Институционални (професионални) инвеститор је правно лице које, због врсте делатности и расположивог стручног кадра, може да процени ефекте будуће инвестиције у акције или друге финансијске инструменте. Најзначајнијим професионалним инвеститорима сматрају се банке, осигуравајућа друштва, инвестициони фондови и пензиони фондови.

информације о свом пословању. За државну регулацију²¹ заинтересовани су и сами инвеститори, јер им она обезбеђује неопходну заштиту, лојалну конкуренцију и опстанак тржишта.

Дуалистички систем управљања у трговачким друштвима

Присутност поменутих супротних интереса у привредном субјекту узрок је и основ за општеприхваћени концепт дуалистичког система управљања, односно вођења послова и надзора преко различитих органа. Према овом, у Европи прихваћеном концепту, управа води послове друштва, што практично значи да она води и управља трговачким друштвом. Њена улога је двојака: вертикална у оквиру које води послове друштва, а хоризонтална у оквиру које заступа друштво као правно лице. С друге стране, скупштина је орган друштва преко кога чланови/акционари остварују своја права из стечених удела, односно акција. Стога, управа представља интерес друштва и заступа га, а скупштина представља интересе акционара друштва. Између ових органа с различитим интересима, у дводомном систему, налази се и надзорни одбор као арбитар између интереса свих поменутих учесника. Његова улога је да надзире управу приликом вођења послова и даје предлоге скупштини (нпр. приликом именовања чланова управе). Од посебног је значаја његова независност при доношењу одлука.

Односи између ових правних субјеката уређени су правом и моралним нормама. Уз поштовање правила игре мора постојати и објективно оцењивање успешности појединих поступака у игри, а то је успех у виду повећања добити у којем сви партиципирају на посредан или непосредан начин. Оно што ствара додатну контроверзу је чињеница да су споменуте супротности у интересима узајамно повезане, обзиром да ниједна страна не може остварити своје интересе без сарадње са другим носиоцима истих, због чега законодавац на одређени начин признаје легално постојање тих различитих интереса.

Признавање постојања различитих интереса у трговачком друштву посебно је значајно за европску традицију, према којој се организује и систем управљања у складу са поменутиим чињеницама. Уколико постоје

21 Прототип националних регулаторних тела је америчка Комисија за хартије од вредности и берзе – SEC (*Securities and Exchange Commission*). Она има улогу „секундарног законодавца“ јер, осим што примењује закон, креира и подзаконске акте који имају утицаја на промене услова функционисања тржишта хартија од вредности и заштиту инвеститора. Више о томе: P. Gaughan, *Mergers Acquisitions and Corporate Restructurings*, 2002, New York, John Wiley & Sons, Tirdh Edition, Chapter 3 Legal Framework, *Regulation of Insider Trading*, стр. 104-106; N. Seyhun, *The Effectiveness of Insider Trading Regulations*, *Journal of Law and Economics*, 35 (1992), стр. 149-182.

сукобљени интереси у јединственој организационој целини, као што је трговачко друштво, логично је и постојање система управљања у коме постоје различити препознатљиви носиоци сукобљених интереса.²²

Савремене компанијске теорије, подупрте правном и социолошком перцепцијом покушавају да релативизују постојеће разлике у интересима привредних субјеката, на начин што их стављају под посебну заштиту тражећи начин да их подстакну на веће заједништво у међусобној конкуренцији, што би смањило постојећу тензију међу сукобљеним странама.

Мањински акционари и преузимање отворених акционарских друштава

Корпоративно управљање претпоставља разграничење и заштиту својинских права акционара. Акционари не чине хомогену групу и деле се на већинске и мањинске, дакле оне који имају контролу и оне који је немају. Стога је и ниво заштите акционара различито регулисан у статуту, као интерном акту трговачког друштва. Принцип равноправног и једнаког²³ третмана свих акционара, у погледу истих права, обезбеђује само друштво. Ако се пође од критеријума права према вредности акција, онда би право мањинских акционара увек било условљено вољом већинских акционара, што би могло да редукује њихове подстицаје да понуде капитал.²⁴ С друге стране, прекомерна правна заштита инвеститора који не контролишу компанију допушта њихово мешање у контролу, а тиме и до контроверзе да мањина управља већином.²⁵ Питање баланса између права већине и заштите мањине представља тест за национална законодавства, али и саму државу и њене институције.²⁶

22 У новије време води се расправа о напуштању дводомног и увођењу једнодомног система, у коме се губи или смањује видљивост различитих интереса. Томе су неспорно допринеле и основане критике о неефикасности и непотребности надзорних одбора у пракси.

23 Принцип једнаког третмана акционара не значи апсолутну забрану неједнаког поступања са акционарима. У прилог томе говори и постојање различитих класа акција, прописивање цензуса за остваривање права гласа у скупштини, искључење права гласа, обавеза лојалности према друштву само већинског и значајног акционара и сл. Тако: М. Васиљевић, оп.цит, стр. 276.

24 Р. Xuereb, Shareholder Rights, the Interests of the Enterprise and „Reasonable Necessity – A Comparative Review, in *European Company Law (A Comparative Approach)*, Dartmouth, London, 1991, стр.142.

25 М. Беслаћ, Право и заштита малих акционара, *Право и привреда*, 5-8/07, стр. 176.

26 Као меру заштите и једних и других, демократска друштва примењују различите принципе, као што су: равноправност акционара, лојалност према интересима друштва,

Потреба заштите мањинских акционара код преузимања²⁷ отворених акционарских друштава посебно је наглашена из разлога што само преузимање, уколико нема посебне заштите, води ризику стварања монопола. То, даље, води оштећењу мањинских акционара, нарочито у случају када се преузимање обавља искључиво у договору са великим акционарима, по вишој цени стицања њихових акција, без могућности да и мали акционари продају своје акције преузимаоцу по вишој цени.

Тринаеста директива ЕУ,²⁸ прописује минимум правила за заштиту ових права у поступку обавезне јавне понуде. На националном нивоу донет је Закон о преузимању акционарских друштава.²⁹ По критеријуму строгости, наша земља сврстала се у ред оних са благим режимом преузимања, што дугорочно води потресима у привреди због борби око преузимања циљних друштава, оштећењу малих инвеститора и исцрпљивању самог друштва.³⁰

Пословна етика и заштита улагача

Корпоративна култура и клима утичу на понашање свих запослених, посебно на хармонију између економских, социјалних и етичких вредности компаније, група и појединаца.³¹ Резултати теоријско-емпиријских истраживања показују да постоје четири нивоа етичких

етичност и праведност, кодексе пословне етике и корпоративног управљања, као и судску заштиту.

27 Под преузимањем сматра се тржишна активност која обухвата различите облике преноса контроле над компанијом са једне групе акционара на другу. Постоје стратегије које се примењују у циљу стицања контроле. Тако разликујемо пријатељска и непријатељска преузимања. Прво се своди на добровољни споразум стране која жели да изврши преузимање и субјекта који је предмет преузимања, а остварује се кроз договор понуђача, с једне, и власника и менаџера с друге стране, док се ово друго реализује супротно вољи и интересу менаџера и власника друштва који се преузима. Формални метод одбране од покушаја непријатељског преузимања који, креиран и предложен од стране менаџера, а усвојен од стране скупштине друштва мете преузимања, често постаје саставни део њихових интерних аката и као такав примењује се пре јавног објављивања понуде за преузимање.

28 *Directive 2004/25/EC of the European Parliament and of the Council of 21 april 2004 on takeover bids*, Official Journal L 142, 30/04/04

29 Сл. гласник РС, 46/06. Закон је ступио на снагу 10. јуна 2006. Поред њега, ово питање уређују и два подзаконска акта Комисије за хартије од вредности – Правилник о садржини и форми понуде за преузимање акција и Упутство о садржини и форми понуде за преузимање акција (Сл. гласник 102/03 и 25/04)

30 Н. Јовановић, *ibidem*, стр. 286.

31 С.W. Frederik & K. Davis, *Business and Society, Corporate Strategy, Public Policy, Ethics*, McGraw-Hill, 1988, стр.39.

питања у предузетништву, менаџменту и пословању, а дефинишу се као социјални, пословни, интерни и персонални.³² Овај први односи се на решавање основних питања у друштву, где се држава стара о наплати и утаји пореза, контролише положај одређених имовинских група у друштву и др. Пословни ниво обухвата односе запослених у компанији и *stakeholders-a* (потрошачи, запослени, акционари) и тиче се опхођења компаније са спољним групама (купцима, акционарима, банкама), као и њене одговорности за производе, услуге, исплату дивиденде и остало. Интерни ниво чини однос између компаније и запослених, док персонални обухвата обавезе и одговорности запослених у компанији.

Етички принципи у трговању хартијама од вредности не разликују се, у начелу, од понашања и пословања осталих привредних субјеката. Тако, Закон о привредним друштвима³³ казује да управни одбор котираног акционарског друштва може донети свој кодекс понашања или прихватити неки други кодекс. Иако се доношење или прихватање овог кодекса одређује као факултативни³⁴ чин, ЗПД предвиђа и минимални садржај овог кодекса који се односи на принципе и стандарде управљања друштвом и принципе одговорности.³⁵ Кодекс се објављује на интернет страници акционарског друштва и може се учинити доступним, у писаној форми, сваком акционару на његов захтев.

Поштовање и примена етичких вредности подразумева заштиту интереса оних који улажу у куповину вредносних папира. У тој концепцији, од посебног значаја су: принцип обостране користи и интереса (нико од партнера не треба да има осећање преварене или изигране стране), као

32 F. Stoner & E. Freeman, *Management*, Pren Hall Intl., 1989, стр. 116-117.

33 ЗПД, чл. 318.

34 Неизвесност његове правне квалификације одражава се и на његову обавезност. Најпре, кодекс понашања (корпоративног управљања) није донет од стране законодавног органа, нити у процедури предвиђеној за доношење закона. Исто тако, он није део уговорног права, будући да нема уговорних страна. Коначно, из ове перспективе сувише би било рано говорити о њему као пословном обичају. Види: S. Bartman, *Corporate Governance Codes: Origins and Prospectives*, *European Company Law*, 2/2004, стр. 43.

35 Садржину кодекса чине: стандарди стручности и независности директора, његове одговорности, укључујући и присутност на седницама, пажњу у проучавању материјала и правила за објављивање и увид у могуће сукобе интереса са друштвом, политику накнада директорима, планирање замене за чланове одбора директора и извршне директоре. Ово је минимум који кодекс мора да садржи, што претпоставља да може садржати и друге елементе од значаја за компанију.

и принцип изграђеног међусобног поверења (који обично подразумева добре намере, али и висок степен пословног компромиса и толеранције).³⁶

Уместо закључка

Компанија као организациона форма носи собом предности, као што су уклањање ограничења раста капитала и ризика улагања. Креирање поузданих информација и њихова дистрибуција, са једне, као и заштита инвеститора са друге стране, јесу додатне базичне функције тржишта капитала.

Заштита инвеститора подразумева дефинисање страташких циљева даљег развоја тржишта хартија од вредности, међу којима су: транспарентност регулаторног система, добро корпоративно управљање, пословна етика, отвореност за инвестиције, заштита имовинских права, хипотеке и обезбеђене трансакције, забрана експропријације, ефикасно решавање судских и арбитражних спорова, подстицаји и друге пореске олакшице за инвеститоре.

У контроверзним збивањима на тржишту хартија од вредности није тешко запазити да, од претходно побројаних стратешких циљева, готово ниједан није у потпуности остварен. Развој финансијског тржишта намеће кохерентност законодавне регулативе, што утиче на ефикасност алокације капитала. Успостављање адекватног правног и институционалног оквира, који обезбеђује добро корпоративно управљање, могуће је само уз адекватну пословну регулативу, довољно транспарентну да гарантује правну сигурност улагачима.

³⁶ В. Огњановић, Заштита инвеститора у хартије од вредности – неки битни аспекти и приоритети, *Право и привреда*, бр. 5-8/07, стр. 914-915.

Milena Jovanović-Zattila, LL.D.
Associate Professor
Faculty of Law, University of Niš

SOME SHAREHOLDING CONTROVERSIS

Summary

As an organizational form of association, a company has some functional advantages: there are no restrictions on capital growth and companies endeavor to keep the investment risk relatively low. Some other basic functions of the capital market are to generate reliable and trustworthy information, to enable their distribution and to protect the investors.

The protection of investors entails defining strategic goals for a further development of the securities market. These strategic goals are: the transparency of regulations; good corporate governance; business ethics; being open to investments; the protection of property rights, mortgages and secured transactions; the prohibition of expropriation; efficient resolution of judicial and arbitration disputes; providing incentives and other tax relieves for investors.

The controversial developments in the securities market show that none of the previously stated strategic goals has been fully accomplished. The development of the financial market calls for a coherent legislation, which has a significant impact on the efficiency of capital allocation. The adequate legal and institutional framework should ensure good corporate governance but the establishment of such a framework is feasible only if there are adequate and transparent business regulations which can guarantee the investors' legal security.

Key words: *shareholding, corporate management, investor protection, financial market, business ethics, regulatory bodies.*

ХАРМОНИЗАЦИЈА ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ ИНТЕРЕСА КРОЗ ЈАВНО-ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО: ОГЛЕД О ДВОСТЕПЕНОЈ СТРУКТУРИ²

***Апстракт:** Јавно-приватно партнерство, као вид усклађивања јавног и приватног интереса, пролази кроз две фазе: фазу координације и фазу „галванизације“ тих интереса. Координација јавног и приватног актера заснована је на њиховом заједничком интересу за дефинисањем и имплементацијом узајамно прихватљивог решења за квалитетније остваривање јавног интереса у одређеној области. Кључни подстицај координације је међузависност актера и конвергенција њима инхерентних циљева. Фаза галванизације је процес директног усаглашавања различитих интереса и креирање новог квалитета у реализацији, заштити и развоју јавног интереса. Пример поступка координације и галванизације интереса ангажованих у јавно-приватном партнерству јесте поступак конкурентног дијалога. Описани поступак омогућава јавном актеру да развија сопствено знање користећи „крипто-конкуренцију“ приватних партиципаната у наведеној процедури. Тиме се у овом поступку принципи кооперације и конкуренције (витално значајни за успех и изградњу новог квалитета односа јавног и приватног сектора) преплићу кроз исти поступак. Описана карактеристика конкурентног дијалога*

pepicvetkovic@gmail.com

1 Истраживач на пројекту „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.

Истраживач на пројекту „Одрживост идентитета Срба и националних мањина и пограничним општинама источне и југоисточне Србије „ (179013) који се реализује на Универзитету у Нишу-Машински факултет, а финансира га Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

2 Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

назива се „коопетивност“. Суштински резултат прихватања и имплементације „коопетивности“ као карактеристике конкурентног дијалога лежи у легитимизацији тржишних концепција и принципа у поступку реализације јавног интереса кроз ЈПП пројекат.

Кључне речи: *Јавно-приватно партнерство; јавни интерес; конкурентни дијалог; конкуренција; координација; јавни интерес.*

1. Уводна разматрања

Јавно-приватно партнерство (даље и: „ЈПП“) оквир је решавања тензије између јавног и приватног сектора, а у циљу подизања квалитета установљавања, реализације, заштите и развоја јавног интереса (Цветковић, П, Миленковић-Керковић, Т:2011: 758-759). Концепт ЈПП-а требало би да омогући улазак приватног капитала и остваривање приватног интереса кроз делатност у јавном домену.

Реализација описаног приступа захтева усклађивање јавног и приватног интереса, у крајњем у корист остваривања јавног добра. Ови се циљеви разликују с обзиром на актере. Јавни актер има за циљ остваривање вишег нивоа квалитета остваривања јавног интереса. Приватни актер, пак има за циљ остваривање профита. Описани интереси нису неопходно контрадикторни. Наиме, посматрано из шире друштвене перспективе, ефикасно обављање делатности од јавног интереса (чему би требало да допринесе учешће приватног партнера у јавном сектору) свакако је корисна и у социјалном и у смислу „политичке додате вредности“ (што је интерес пре свега јавног партнера). Ипак, хијерархијско груписање ових циљева није једноставно, с обзиром на проблем асиметричности информација и потребу инхерентне флексибилности ЈПП пројекта (флексибилности која ни у ком случају не би смела да прерасте у несигурност; Цветковић, П, 2013: 243). Ови се интереси усклађују и кроз одређене методолошке приступе. Њихова анализа предмет је дела рада који следи.

2. Двостепена структура усаглашавања јавног и приватног интереса: координација и галванизација

Описана тензија између јавног и приватног актера ЈПП-а (првог који има за циљ заштиту јавног интереса, и другог који је усмерен ка остваривању профита), превазилази се двостепеном структуром усаглашавања конкурентних интереса.

Први степен овог усаглашавања чини координација јавног и приватног партнера.

Други степен обухвата конкретно и директно усклађивање наведених интереса на начин који ствара нови квалитет односа јавног и приватног сектора (за ову фазу у наставку рада користи се назив „галванизација“³ интереса јавног и приватног сектора).

2.1. Координација актера јавно-приватног партнерства

Координација јавног и приватног актера заснована је на њиховом заједничком интересу за дефинисањем и имплементацијом узајамно прихватљивог решења усмереног ка квалитетнијем остваривање јавног интереса у одређеној области. Као таква, ова активност почива на одређеном мотиву.

Док је мотив јавног сектора јасан (подизање нивоа квалитета остваривања јавног интереса) поставља се питање: где лежи могући мотив приватног партнера да се укључи у процес ЈПП-а? Неоправдани скептицизам у погледу постојања приватног интереса за укључивање у јавни сектор кроз институцију ЈПП-а потиче из игнорисања следеће чињенице: приватни интерес није синоним за профитну оријентацију приватног актера. Поред „warm glove“ феномена (феномена да приватне компаније, поступајући у складу са принципом социјално одговорног пословања, подржавају јавни сектор образлажући такво поступање сопственом моралном обавезом; Andreoni, J, 1990:465; Reynolds, M. A., Yuthas, K, 2008: 47–64) у новијој литератури заступљен је и образложен став да су приватни актери, поред профитног мотива, вођени и циљем опстанка фирме (Willem K. Korthals Altes W. K 2014:9).

Описани став посебно је дошао до изражаја у условима владајуће економске кризе. Ова је криза показала да постоји паралелизам између два интереса приватног сектора:

- тежње за профитом са једне, и
- опстанка фирме, са друге стране (опстанка коме доприноси и могућност учешћа у обављању делатности од јавног интереса).

³ Термин „галванизација“ користи се као илустрација прожимања јавног и приватног интереса путем ЈПП-а на начин који је више од простог одмеравања преговарачких снага. Галванизација је дијалог који води узајамном разумевању укључених актера са крајњим циљем остваривања вишег квалитета реализације јавног интереса. Видети више *infra* у тач. 2. 2. овог рада.

За приватног актера тржишно пословање (посебно финансијски сектор као сервис привреде) јесте системски ризик (преузет у циљу максимизације профита). У таквим условима легитимна је његова тежња да кроз повезивање са јавним сектором путем ЈПП-а барем делом отклони деловање тржишних законитости на свој пословни портфолио (мада га свакако не може искључити, барем када се ради о фази избора најповољнијег партнера). Описано смањење нивоа ризика остварује се партиципацијом у обављању делатности од јавног интереса у којима је, *per definitionem*, због лимитираности субјеката и ресурса, конкуренција редуцирана у односу на опште тржишне услове.

Примарна почетна претпоставка координације јавног и приватног сектора (као прве фазе усклађивања јавног и приватног интереса у оквиру ЈПП концепта) јесте међузависност актера (Kouwenhoven, V, 1993: 119–130). Поставља се питање: када настаје описана међузависност? Одговор је следећи: када актери почну да трпе „притисак“ (Sack, D, 2009: 214). Овај притисак има различите појавне облике:

- за јавног актера притисак је политички (притисак заснован на потреби да јавни интерес буде адекватно установљен, остварен, заштићен и развијан);
- приватни партнер трпи економски притисак да своје ресурсе стављене у функцију остваривања јавног ресурса користи на економски одржив и оправдан начин (генерише профит).

Фаза координације еманира се у два вида: први је спремност за кооперацију а други је развој „компоненте учења“.⁴ Наведене компоненте имају следеће карактеристике:

- спремност за кооперацију манифестује се кроз узајамно признање актера да су циљеви сваког од њих легитимни у контексту конкретног јПП пројекта (приватног да оствари профит; јавног да подигне квалитет реализације јавног интереса)
- јавно-приватно партнерство има, поред других димензија, и димензију (динамиком и структуром степенованог) „процеса учења“ (Sack, 2009: 213). Описана еманација неопходна је за потпуност процеса координације: без ње би „спремност“ за кооперацију остала би само

⁴ На овом месту ваља додати да када се ради о отворености и могућности за „учење“ као парадигми развоја ЈПП-а, постоји предност приватног у односу на јавни сектор (посебно у државама у транзицији, по правилу без озбиљне традиције у развоју односа јавног и приватног сектора). Приватни сектор је прилагодљивији и отворенији за нове методе и концепте, за разлику од неретко конзервативног и бирократизованог система јавне управе на којој је, по правилу, обавеза развоја и имплементације ЈПП пројеката.

флоскула без праве суштине. У коначном, ЈПП као процес учења требало би да допринесе изједначавању позиција актера јавно-приватног партнерства: позиција које, у супротном, остају различите у погледу интереса, знања и циљева.⁵

2.2. Галванизација интереса ЈПП актера

Као што је напред речено, координација јавног и приватног сектора заснована је на јасном заједничком интересу за дефинисањем и имплементацијом узајамно прихватљивог решења за квалитетније остваривање јавног интереса. Резултати такве промишљено дефинисане и координисане активности јавног и приватног актера основ су касније „галванизације“ јавног и приватног интереса, као другог корака у њиховом усаглашавању кроз ЈПП концепт.

Галванизација јавног и приватног интереса јесте вид њиховог директног усаглашавања са крајњим циљем подизања квалитета остваривања јавног интереса као примарног циља ЈПП-а. Пример овог усаглашавања је процедура конкурентног дијалога (е. „Competitive Dialogue Procedure“). Реч је о процедури чија је примарна сврха реализација дугорочних инфраструктурних и других пројеката од јавног интереса, пројеката који се у савременим тржишним привредама реализују у форми јавно-приватног партнерства. Описани карактер наведене процедуре легитимише је као релевантни пример галванизације јавног и приватног интереса.

2.2.1. Порекло конкурентног дијалога

Институт „конкурентног дијалога“ уведен је у право ЕУ (и одатле преузет у законодавни оквир Републике Србије)⁶ Директивом о координацији процедуре за доделу уговора о јавним радовима и грађењу, уговора о снабдевању добрима од општег интереса и уговорима о пружању услуга од општег интереса (е. „Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts“; даље и: „Класична“ директива).⁷ Кључна сврха института конкурентног

⁵ Више о развоју епистемолошке базе јавног партнера кроз процедуру конкурентног дијалога видети *infra* у тач. 2. 2.

⁶ Закон о ЈПП и концесијама изричито усваја процедуру конкурентног дијалога (видети чл. 23. ст. 2. тач. 2 Закона, „Сл. гласник РС“ бр. 88/2011), детаљно разрађену у Закону о јавним набавкама (видети чл. 37 Закона, „Сл. гласник РС“ бр. 124/2012, *passim*).

⁷ Термин „класична директива“ коришћен је да би се направила разлика између ове и Директиве о јавним набавкама у посебним секторима-водопривреди, енергетици,

дијалога је да обезбеди адекватну процедуру јавних набавки за комплексне пројекте код којих нису применљиви други поступци јавних набавки (попут отвореног, рестриктивног, преговарачког и других поступака).⁸ Као такав, поступак је поред осталог намењен и реализацији пројеката јавно-приватног партнерства. Од увођења Класичне директиве процедура конкурентног дијалога стекла је легитимет као релевантни поступак јавне набавке у процесу установљавања ЈПП пројеката. На пример, у Француској се у овом тренутку 88 пројеката налази у фази спровођења конкуренцијског дијалога (Verhoest, K, Carbonara, N, Lember, V, Petersen, O.H, Scherrer W and Van den Hurk, M, 2013: 47). Конкурентни дијалог елабориран је и у функцији спровођења јавних набавки на универзалном нивоу (Tvárnø, S: 2010). У Републици Србији, према изричитој дикцији Закона о јавним набавкама, пре покретања поступка конкурентног дијалога неопходно је да јавно тело које спроводи поступак прибави сагласност Управе за јавне набавке⁹. Тиме се спречава злоупотреба овог поступка, односно његова примена и у случајевима када то није оправдано околностима конкретног случаја.

транспорту и поштанским услугама (е. *Directive 2004/17/EC on contracts with entities operating in the 'special sectors' of water, energy, transport and postal services*-даље и: "Специјална директива"). Дана 14. јануара 2014. године Парламент ЕУ одобрио је нови легислативни пакет састављен од три директиве и једне уредбе. Две од три директиве мењају досадашњу традиционалну и специјалну директиву. Трећа директива регулише уговор о концесијама. Предложена уредба (која је још увек предмет преговора) уређује право приступа субјеката изван ЕУ тржишту јавних набавки Европске уније. Описана еволуција није утицала на присуство конкурентног дијалога који је дефинисан и уређен у доступним предлозима нове „Класичне“ и нове „Специјалне“ директиве. Видети: чл. 28 Предлога нове „Класичне“ директиве (е. *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement*), доступан на: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130913ATT71292/20130913ATT71292EN.pdf>, приступљено 15. јануара 2014; члан. 42а предлога нове „Специјалне“ директиве (е. *Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors*) доступан на: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130913ATT71296/20130913ATT71296EN.pdf>, приступљено 15. јануара 2014. Видети и: "New EU-procurement rules to ensure better quality and value for money", доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20140110IPR32386/html/New-EU-procurement-rules-to-ensure-better-quality-and-value-for-money>, приступљено 15. јануара 2014.

⁸ Релевантност и потреба за институтом конкурентног дијалога јасно је дефинисана у § Преамбуле нове „класичне“ директиве: "(...) It should be recalled that use of the competitive dialogue has significantly increased in terms of contract values over the last years. It has shown itself to be of use in cases where contracting authorities are unable to define the means of satisfying their needs or of assessing what the market can offer in terms of technical, financial or legal solutions (...).

⁹ Видети чл. 37. ст. 17-19. Закона о јавним набавкама.

2.2.2. Ток конкурентног дијалога

У контексту ЈПП концепта, јавни актер користи поступак конкурентног дијалога када због недостатка логистике и/или експертизе не може прецизно да одреди или опише предмет јавне набавке, односно технолошко решење које жели да оствари. Тиме се јавном партнеру омогућава да флексибилно постави услове јавне набавке ЈПП пројекта, остављајући простор за изналажење солуције која највише одговара његовим потребама.

Поступак конкурентног дијалога има три фазе: фазу квалификације, фазу дијалога у ужем смислу и фазу подношења понуда.

У првој фази сви заинтересовани актери, подносе пријаве на основу општих информација о пројекту (фаза квалификације). Фаза квалификације суштински има карактер „теста подобности“. Циљ ове ове фазе примарно је у идентификовању потенцијалних учесника фазе дијалога у ужем смислу (друге фазе поступка). Јавни партнер има могућност да позивом за квалификацију на општи начин дефинише карактеристике пројекта који жели да реализује.

У другој фази конкурентног дијалога (дијалог у ужем смислу) јавни партнер води дијалог са свим кандидатима (којима је претходно признао квалификацију) у циљу проналажења најповољнијег решења за реализацију ЈПП пројекта. Описана фаза требало би да омогући јавном партнеру и учесницима дијалога на страни приватног сектора да преговарају о условима и садржини задатака који се реализују. Циљ ове фазе је да се дефинишу:

- методологија обезбеђења траженог учинка ЈПП пројекта;
- претпоставке за реализацију ЈПП пројекта
- критеријуми алокација права, дужности и одговорности (Цветковић, П, Средојевић, Слађана, 2012: 65- 67).

Фаза дијалога динамичан је процес током кога јавни партнер тежи да добије што више информација од приватних актера, како би на одговарајући начин изабрао најбољу понуду (у трећој фази конкурентног дијалога). Све информације примљене од једног учесника фазе дијалога у ужем смислу јавни партнер мора третирати поверљивим. Јавни актер као наручилац пројекта може структурирати дијалог у више фаза како би се добио већи број информација.¹⁰ Тиме се:

- шири епистемолошка база (додатно знање) јавног партнера, i

¹⁰ Закон о јавним набавкама такође предвиђа овакву могућност. Видети чл. 37. ст. 11. Закона.

- сужавају критеријуми за избор најповољнијег понуђача.

Додатно знање јавни партнер добија сваким новим кораком у фази дијалога.

Горе наведено илустроваће се следећим хипотетичким примерима.

Пример 1: Код ЈПП пројеката јавља се ризик да технологија која је дефинисана као релевантна у уговору са јавним партнером постане превазиђена током трајања уговора. Таква ситуација настаје уколико је јавни партнер, дефинишући услове за учешће у поступку избора приватног партнера, изоставио обавезу заинтересованих учесника да, у случају да коришћена технологија постане превазиђена током трајања пројекта (ризик технолошке застарелости), такву технологију замене новом. За јавног партнера ово је „позната непознаница“ (е. „known unknown”¹¹; начелно је могуће да технолошки развој наступи у току реализације ЈПП пројекта; дугорочност ових пројеката чини ту вероватноћу вишом). Како год, јавни партнер потцењује тај ризик или нема о њему довољно информација. Када таква технологија постане превазиђена, јавни партнер је у позицији да плаћа приватном партнеру суму за коју је могао да (у случају да је обезбедио такву могућност *ex ante*) да прибави напреднију и ефикаснију технологију. У исто време јавни партнери из других држава (уколико се говори о међународној конкуренцији) или других локалних јединица (уколико говори о националном тржишту) користе нову технологију или плаћају нижу цену за стару технологију (нижу од оне коју плаћа јавни партнер који није предвидео могућност замене технологије). Суштински, дакле, јавни партнер који није предвидео могућност замене технологије потенцијално може да претрпи економску депривацију. Описана ситуација може се превазићи у конкурентском дијалогу уколико се од партиципаната тражи да се изјасне о технологији коју имају користити у конкретном случају, уз исцрпне податке о пореклу, карактеристикама, року технолошке амортизације и слично (ови се подаци могу тражити фазно, у складу са растом нивоа знања јавног актера). Коришћењем описаних података јавни партнер може са више сигурности да суди о нивоу вероватноће реализације ризика технолошке застарелости.

11 Енглески израз „позната непознаница (е. „known unknown“) преузет је из сада већ чувеног епистемолошког тројства које је формулисао некадашњи министар одбране САД, Доналд Рамсфелд. По њему, постоје три нивоа знања: познате чињенице (оне за које се зна); познате непознанице (е. known unknowns”), то јест то су чињенице за које се зна да постоје, али не зна се њихова садржина и значај; непознате непознанице (е. „unknown unknowns”), односно чињенице за које се и не зна да постоје. У контексту овог рада описана трипартитна подела користи се за описивање нивоа знања јавног партнера о ЈПП пројекту.

Пример 2: Уколико је предмет набавке изградња моста, након фазе квалификације један од приватних партиципаната у фази дијалога може да предложи решење које омогућава сервисирање и одржавање моста у дужим периодима него што је то уобичајено (нпр. једном годишње; ова је чињеница је од посебног значаја за објекте инфраструктуре који су у свакодневној употреби, тако да је интерес јавног актера да период између два одржавања буде што дужи). Наведени критеријум није био укључен у позив за квалификацију јер је у држави у питању уобичајено да се сервис и одржавање обављају сваких 6 месеци. Јавни актер ово питање (након што је стекао знање о њему; оно је из „непознате непознанице“ трансформисано у „познату непознаницу“¹²) укључује као релевантно у даљем развоју дијалога, тражећи од осталих партиципаната да се о овом питању изјасне. Истовремено, тиме и сужава број потенцијалних понудилаца. Фаза дијалога се завршава дефинисањем једне или више солуција које су подобне за реализацију ЈПП пројекта (могуће је и да се оконча без предлога: добра одлука о ЈПП-у је и да се у партнерство не уђе уколико нису испуњени услови за остваривање циљева јавног актера).

Пошто препозна једно или више решења као одговарајуће, наступа трећа фаза конкурентног дијалога, фаза подношења понуда. Јавни партнер позива приватног партнера или више њих да формулишу и доставе понуду. Основ понуде чине усаглашена решења до којих се дошло након окончања фазе дијалога у ужем смислу. Ипак, јавни партнер и у трећој фази конкурентног дијалога има право да од приватног актера тражи додатна разјашњења детаља понуде. Одлука јавног актера о најповољнијој понуди основ је за закључење уговора са приватним партнером. Пре закључења неопходно је да протекне одређени период у коме остали учесници у дијалогу могу да се информишу, пре потписивања уговора, којој је компанији додељена реализација пројекта и уз које образложење. Реч је о тзв. „Алкател“ клаузули коју познаје и Закон о ЈПП-у.¹³

2.2.3. Предности и недостаци конкурентног дијалога

Кључне предности конкурентног дијалога могу се свести на следеће:

- јавни партнер располаже флексибилним поступком избора најповољније понуде за реализацију конкретног ЈПП пројекта;

12 Ibidem.

13 Видети: чл. 40. ст. 4. Закона о ЈПП-у и концесијама. Назив клаузуле потиче из праксе Европског суда правде и тзв. „Altacel“ спора (Case C-81/98).

- могућност да друга фаза конкурентног дијалога (дијалог у ужем смислу) буде структурирана као вишестепена, што даје јавном партнеру простор да „учи“ од приватних актера;¹⁴
- дужности, обавезе и трошкови развоја уговора (високи код сложених ЈПП пројеката) лоцирани су (с обзиром на обавезу учешћа у дијалогу и обезбеђење адекватних информација) на приватне partnере који партиципирају у конкурентном дијалогу.

Суштински, конкурентни дијалог омогућава јавном партнеру да се у поступку реализације поступка избора понаша као приватни партнер: у могућности је да тражи најбоља решења на тржишту у складу са сопственим потребама.

Са друге стране, како јавни партнер на почетку поступка има ограничено знање о пројекту, он се мора ослонити на знање приватних партнера у погледу дефинисања конкретних услова за учинак ЈПП-а. Описана ситуација кореспондира са обавезом поверења на страни јавног партнера и поверљивости података добијених од стране приватних партнера. Наведена обавеза поверљивости се на концептуална, техничка и финансијска решења као део „пакета“ приватног партнера. Поступајући на описани начин, јавни партнер остаје по страни и не учествује нити се меша у „крипто-конкуренцију“ између приватних актера (ово мешање хипотетички би наступило када би о решењу које нуди један актер дискутовао са осталим актерима). Таквим немешањем делује у сопствену корист, јер се резултати описане „крипто- конкуренције“ манифестују као информације и знање о предмету ЈПП пројекта које му током дијалога постају доступне.

Илустрација спровођења „крипто-конкуренције“ биће дата кроз анализу горе наведеног примера пројекта изградње моста (пример 2).¹⁵ Наиме, јавни партнер поставља питање колики је временски размак између два сервисирања и одржавања моста. Тиме не открива да има знање о томе колики је тај размак уобичајено, нити какав је став других понудилаца о том питању (у хипотетичком примеру, ваља подсетити, тај рок је био годину дана, што је дуже од уобичајених шест месеци). Vice versa, „крипто-конкуренција“ била би нарушена уколико би поставио питање „да ли је могуће да се обезбеди размак између два сервисирања моста не краћи од годину дана“ (дужи рок је у интересу јавног партнера, јер омогућава несметано функционисање објекта). Тада се отвара могућност да други приватни партнер, који није имао знање о важности овог питања

14 Видети излагање *supra* у тач. 2. 2. 2. овог рада.

15 *Ibidem*.

(претпоставио је да је шест месеци константа која није подобна да буде предмет дијалога, па ни „конкуренције“), поступи „агресивно“ (опортуно) и понуди рок који је дужи, чак и када није сигуран да је тај рок одржив и технички оправдан (Цветковић, П, 2013: 249-253).

Кључни недостатак конкурентног дијалога лежи у следећем: припрема понуде и спровођење процедуре значајан је финансијски терет за потенцијалне приватне партнере. Тиме се ограничава круг компанија које могу да се појаве као партиципанти у конкурентном дијалогу. На који начин? Одговор лежи у следећем: како јавни партнер није у стању да креира потпун и исцрпан концепт са разложеним, јасним и поузданим подацима о пројекту, његовим планираним учинцима и карактеристикама, приватни партнер је тај који мора да концептуализује све посебне карактеристике неопходне за формулисање адекватне понуде. Поређења ради, код других поступака (отвореног, рестриктивног, преговарачког) наведени задаци су предмет и задатак било спољних консултаната јавног партнера (ангажовањем на основу тзв. „out sourcing“ концепта), било јединица и департмана државних органа и агенција (е. „in house“ ресурси). Из горе наведеног произилази да су мала и средња предузећа економским разлозима искључена из позиције да партиципирају у поступку јавне набавке ЈПП пројекта уколико се тај поступак спроводи у форми процедуре конкурентног дијалога. Тиме се у стварности редуцира капацитет за иновативна решења у односу на потенцијални пројекат јавно-приватног партнерства.

Описани сужен простор за мала и средња предузећа да учествују у поступцима за јавне набавке пројеката јавно-приватног партнерства спроведене у форми конкурентног дијалога, проширује се институцијом самоиницијативног предлога (е. „Unsolicited Project Proposal“). Ово решење познаје и Закон о ЈПП и концесијама Републике Србије.¹⁶ Самоиницијативни предлог је оригинално решење које је развио приватни сектор за решавање из области обављања делатности од јавног интереса. Важно је напоменути да иницијативу за оваквим решењем не даје јавно тело, већ приватни партнер. Политички контекст функционисања самоиницијативног предлога јесте да се њиме отвара простор и храбри приватни сектор да са јавним телима реализује идеје које би, у другим околностима, јавни сектор због инертности, нефлексибилности и спорог „учења“ превидео. Управо у горе наведеном лежи потреба за ЈПП пројектима заснованим

16 „Члан 19. Јавно тело има право да размотри и прихвати предлог заинтересованих лица за реализацију пројекта ЈПП са или без елемената концесије, на основу поступка предвиђеног овим чланом, под условом да се ти предлози не односе на пројекат за који је покренут поступак доделе јавног уговора или објављен јавни позив“.

на самоиницијативном предлогу: овај институт требало би да каналише иновативне предлоге. Самоиницијативни предлог опција је иновативног приватног партнера који је уверен у његов успех (Цветковић, П, Голубовић, С, 2013:487-489)

Имајући у виду горе наведене карактеристике процедуре конкурентног дијалога, чини се да се, с обзиром на његове учеснике и циљ, описана процедура може поделити (поред постојеће трипартитне поделе на фазу квалификације, дијалога у ужем смислу и подношења понуде, засноване на нормативним решењима релевантних директива ЕУ и законодавног оквира Републике Србије) на дијалог првог и другог реда.

Дијалог првог реда одвија се између јавног актера и приватних актера. Овај се дијалог одвија у фази дефинисања услова за квалификациони поступак, *ex ante*, и наставља се припремом за фазу дијалога у ужем смислу. У овој фази ограничено знање јавног партнера о сврси, карактеристикама и методама остваривања намераваног учинка ЈПП пројекта (јавни партнер зна шта жели, али не и како то да оствари) лимитира његов позив приватним актерима на опште информације и начелне захтеве.

Други ниво дијалога настаје између учесника приватних партнера. Ради се о „немом дијалогу“ у форми „крипто-конкуренције“ код кога се јавни партнер јавља као медијатор. Овај дијалог је механизам који даје додатно знање и коригује инхерентан недостатак епистемолошке легитимације јавног партнера у дијалогу првог реда.¹⁷

3. Закључак

Јавно-приватно партнерство пролази кроз две фазе усаглашавања јавног и приватног интереса. Прва је фаза координације јавног и приватног партнера. Координација је заснована на заједничком интересу за дефинисањем и имплементацијом узајамно прихватљивог решења за квалитетније остваривање јавног интереса. Координација претпоставља и међузависност укључених актера и конвергенцију њихових циљева у конкретном ЈПП пројекту.

Друга фаза усаглашавања интереса јавног и приватног сектора у оквиру јавно-приватног партнерства јесте поступак „галванизације“ ових интереса. Реч је о процесу директног и непосредног усклађивања ангажованих јавних и приватних интереса. Пример описаног усклађивања је процедура конкурентног дијалога. Кроз наведену процедуру јавни

¹⁷ Називе дијалог првог и дијалог другог реда користиће се се у наставку текста са значењем датим у тексту изнадове напомене.

партнер ослања се и „учи“ из знања и искуства приватних актера користећи „крипто-конкуренцију“ између партиципаната у фази дијалога: ова је конкуренција посредована кроз питања и захтеве јавног партнера упућене приватним актерима који партиципирају у конкурентном дијалогу. На овај начин јавни партнер користи могућности које му код других метода јавне набавке ЈПП пројекта нису на располагању: у стању је да користи тржишне принципе („крипто-конкуренцију“) како би изградио сопствену базу знања и тиме побољшао преговарачку позицију у конкретном ЈПП пројекту.

Узимајући у обзир горе наведено, однос јавног и приватног актера (једног или више) током поступка конкурентног дијалога назива се „коопетитивним“ (Araujo, L., Dubois, A, & Gadde, L.-E., 1999: 5.). Због чега? Јер се у конкурентном дијалогу фаза кооперације и конкуренције преплићу кроз исти однос, при чему су обе витално значајне за изградњу новог квалитета односа јавног и приватног сектора. Коопетитивни однос се има сматрати балансом између принципа конкуренције и кооперације у специфичним односима креираним на основу трансакције са природом јавно-приватног партнерства. Суштински резултат прихватања и имплементације „коопетивности“ као карактеристике конкурентног дијалога лежи у легитимизацији тржишних концепција и принципа у поступку реализације јавног интереса кроз ЈПП пројекат. Горе наведено чини кључну вредносну тврдњу овог рада.

Резиме

Јавно-приватно партнерство пролази кроз две фазе усаглашавања јавног и приватног интереса. Прва је фаза координације јавног и приватног партнера. Координација је заснована на заједничком интересу за дефинисањем и имплементацијом узајамно прихватљивог решења за квалитетније остваривање јавног интереса. Координација претпоставља и међузависност укључених актера и конвергенцију њихових циљева у конкретном ЈПП пројекту.

Друга фаза усаглашавања интереса јавног и приватног сектора у оквиру јавно-приватног партнерства јесте поступак „галванизације“ ових интереса. Реч је о процесу директног и непосредног усклађивања ангажованих јавних и приватних интереса. Пример описаног усклађивања је процедура конкурентног дијалога. Кроз наведену процедуру јавни партнер ослања се и „учи“ из знања и искуства приватних актера користећи „крипто-конкуренцију“ између партиципаната у фази дијалога: ова је

конкуренција посредована кроз питања и захтеве јавног партнера упућене приватним актерима који партиципирају у конкурентном дијалогу

Узимајући у обзир горе наведено, однос јавног и приватног актера (једног или више) током поступка конкурентног дијалога назива се „коопетитивним“. Због чега? Јер се у конкурентном дијалогу фаза кооперације и конкуренције преплићу кроз исти однос, при чему су обе витално значајне за изградњу новог квалитета односа јавног и приватног сектора. Суштински резултат прихватања и имплементације „коопетитивности“ као карактеристике конкурентног дијалога лежи у легитимизацији тржишних концепција и принципа у поступку реализације јавног интереса кроз ЈПП пројекат. Горе наведено чини кључну вредносну тврдњу овог рада.

Литература

КЊИГЕ

Korthals Altes, W.K. (2014) *Private market PPP versus innovative public market procurement practices* OTB - Research Institute for the Built Environment, Delft University of Technology, доступно на: http://repository.tudelft.nl/assets/uuid:34fdc472-0c15-4d35-bb10-03721c4a8f4c/OTB_Working_papers_2014-02_Private_market_PPP.pdf, приступљено 15. јануара 2014.

Kouwenhoven, V. (1993) *The Rise of the Public Private Partnership – A Model for the Management of Public-Private Cooperation*, in: Kooiman J, (Hg.): “Modern Governance - New Government - Society Interactions” (1993), pp. 119–130.

Public-Private Partnerships: An International Analysis in a Legal and Economic Perspective (2010) Editor Tvarnø, Christina D. Copenhagen Business School, Law Department Host publication information, Asialink, EuropeAid, доступно на: <http://unpcdc.org/media/142722/ppp%20book%5B1%5D.pdf>; приступљено 11. децембра 2012.

Public Private Partnerships in Transport: Trends & Theory P3T3 (2013) Discussion Papers, Part I Country Profiles, Edited by Verhoest, K, Carbonara, N, Lember, V, Petersen, O.H, Scherrer W and Van den Hurk, M, доступно на: http://www.ppptransport.eu/docs/Book_part_1.pdf, приступљено 12. децембра 2013.

Цветковић, П, Средојевић, С. (2012). *Јавно-приватно партнерство: приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе*, Издавач Стална конференција градова и општина – Савез градова и општина Србије, Београд, 180 страна

Чланци

Andreoni, J (1990), "Impure Altruism and Donations to Public Goods: a Theory of Warm-Glow Giving", *The Economic Journal*, Volume 100, Issue 401, Jun., 1990, pp. 464-477

Araujo, L., Dubois, A. & Gadde, L.-E, (1999). *Managing Interfaces with Suppliers. Industrial Marketing Management*, 28(5), pp.497-506.

Reynolds, A. A, Yuthas, K. (2008) *Moral Discourse and Corporate Social Responsibility Reporting*, *Journal of Business Ethics* 78, pp. 47-64.

Sack, D. (2009) *Zwischen Usurpation und Synergie – Motive, Formen und Entwicklungsprozesse von Public Private Partnership*, *ZSR* 55 Heft 3, pp. 211-230.

Цветковић, П. (2013) *Теорија игара као аналитички оквир јавно-приватног партнерства*, Тематски зборник радова Правног факултета у Нишу, Ниш, стр. 241-255.

Цветковић, П, Голубовић, С.(2013). *Самоиницијативни предлог као инструмент реализације јавно-приватног партнерства*, *Право и привреда*, Београд, бр. 4-6, стр. 476-489;

Цветковић, П, Миленковић-Керковић, Т (2011). *Тамара, Јавно-приватно партнерство: полазна разматрања*, *Право и привреда*. - Београд: Удружење правника у привреди Србије, 2011. - Бр. 4-6, стр. 758-770;

Прописи

Directive 2004/17/EC on contracts with entities operating in the "special sectors" of water, energy, transport and postal services, доступно на: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0001:0113:en:PDF>, приступљено 10 јуна 2010.

Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contracts, public supply contracts and public service contracts, доступно на:

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2004L001:20090101:EN:PDF>, приступљено 10. јуна 2010.

Закон о јавно-приватном партнерству и концесијама, Сл. гласник РС“ бр. 88/2011

Закон о јавним набавкама, Сл. гласник РС 124/2012

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, доступан на: доступно на:

<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130913ATT71292/20130913ATT71292EN.pdf>, приступљено 15. јануара 2014;

Proposal for Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, доступан на: <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/201309/20130913ATT71296/20130913ATT71296EN.pdf>, приступљено 15. јануара 2014.

Електронски извори

New EU-procurement rules to ensure better quality and value for money, доступно на: <http://www.europarl.europa.eu/news/en/news-room/content/20140110IPR32386/html/New-EU-procurement-rules-to-ensure-better-quality-and-value-for-money>, приступљено 15. јануара 2014.

Судске одлуке

Alcatel case (Case C-81/98), доступно на: <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=en&num=C-81/98>, приступљено 12. децембра 2012.

*Prof. Predrag Cvetković, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

***HARMONIZATION OF PUBLIC AND PRIVATE INTERESTS THROUGH
PUBLIC-PRIVATE PARTNERSHIP: An Essay on its two-fold structure***

Summary

In the process of harmonizing the public and the private interest, Public-private partnership (PPP) passes through two distinctive stages. The first phase is the coordination of public and private partners. Coordination is based on a common interest in defining and implementing a mutually acceptable solution for the creation of new quality in exercising the public interest. Coordination implies the interdependence of actors and the convergence of their respective goals in the particular PPP project.

The second phase of harmonizing the interests of the public and the private sector through PPP is the “galvanization” of public and private interests, which implies a process of direct harmonization of involved interests. The example of this process is the competitive dialogue procedure. By conducting the abovementioned procedure, the public partner “learns” from the knowledge and experience of the private actors. The learning process is the result of crypto-competition between the participants in the second stage of competitive dialogue procedure. This “competition” is mediated by the public actor who poses questions and requests to the private actors participating at the competitive dialogue procedure.

With the reference to the aforesaid, the relationship between the public and the private actor(s) in the framework of competitive dialogue procedure is labeled as “coopetition” because the competitive dialogue procedure includes elements of both cooperation and competition. Those two principles (which are both vital for developing a new quality in the realization of public interests) are intertwined through one single procedure. Therefore, the essential result of the acceptance and implementation of coopetition as a feature of competitive dialogue procedure should be the legitimization of market concepts and principles in the process of accomplishing public interests via PPP projects. This is the main value statement of this paper.

Key words: *Public-private partnerships, public interest, competitive dialogue, competition, coordination, public interest*

UDK: 342.735/.738:004.738.5](497.11)

UDK: 343.44/.45:004.738.5](497.11)

Проф. др Видоје Спасић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА У СРБИЈИ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ¹

Апстракт: Генерално, лични подаци су информације о појединцу које су предмет његових личних права (на име, слику, част, достојанство и сл.). Приватност појединца је по садржини шири појам, јер поред личних података обухвата и неке друге чињенице из интима појединца. Питање заштите личних података одувек је било предмет пажње и интересовања различитих субјеката у друштву. У аналогном окружењу проблем заштите личних података релативно лако је решаван. Међутим, у информатичком окружењу прикупљање и употреба личних података постају знатно олакшани, а могућности злоупотребе невероватно повећане. Појавом смарт уређаја и докумената који садрже биометријске податке, појављују се неограничене могућности за злоупотребу личних података.

Србија има нову и солидну легислативу (законодавство) у области заштите личних података. Међутим, у пракси често долази до злоупотребе личних података од стране различитих субјеката (нпр. трговаца, банака, здравствених установа, осигуравајућих кућа, али и од стране државних органа).

Кључне речи: лични подаци, прикупљање, употреба, интернет, заштита.

¹ Чланак је резултат истраживачког рада на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске Уније“, који финансира Правни факултет у Нишу.

1. УВОД

У најширем смислу, лични подаци су информације о појединцу које су предмет личних права (право на име, слику, част, достојанство, вероисповест, здравствено стање и сл.).

Под приватношћу или интимом подразумевамо скуп чињеница нераскидиво везаних за појединца које дају печат његовој индивидуалности, које су у његовом поседу и фактички заштићене од неовлашћеног приступа од стране сваког другог лица. Ове чињенице тичу се првенствено личних права, али и брачног или породичног живота, сексуалног опредељења, навика, хобија или другог личног интересовања појединца. Приватност, дакле, значи много ствари многим људима и различите ствари у различитим контекстима. Једну од ранијих дефиниција овог права формулисала је америчка јуриспруденција крајем XIX века као „право да се буде остављен на миру“ (енг. *right to be left alone*).

Упоредо са појављивањем првих уређаја информатичке технологије (телефона, телеграфа итд.), настала је и савремена концепција „права на приватност“ (енг. *right to privacy*).² Савремена правна теорија право на приватност посматра са тзв. активног становишта.³ Предност дефиниција приватности које полазе од контроле информација јесте у томе што омогућавају да се јасно идентификује интерес који је у питању (као нпр. при вршењу електронског надзора и праћења). Интерес који се јавља код права приватности представља интерес самоодређивања сопствене комуникације са другима и одражава жељу појединца и група да саопштавају информације о себи како нађу за сходно и коме нађу за сходно.⁴ Савремени концепт права на приватност личног и породичног живота обухвата комплексно људско право, које се може посматрати са више аспеката: као приватност дома, преписке, комуникације, интимног и породичног живота.

Ако појмовно посматрамо однос личних података и приватности можемо изрећи следеће констатације. Без обзира што на први поглед можда изгледа другачије, у суштини не може се ставити знак једнакости између личних података и приватности. Истина, ови појмови често имају исту или

2 Ова концепција приватности изнета је још крајем прошлог века: Warren Samuel, Brandeis Louis, *The Right to be Left Alone*, Harvard Law Review, 1890. (G.L. Simons, *Privacy on the Computer Age*, p. 14).

3 Др Драган Прља, др Марио Рељановић, др Звонимир Ивановић, *Интернет право*, Београд, 2012, стр. 95.

4 Schafer Arthur, *Privacy - A Philosophical Overview, Aspects of Privacy Law*, Edited by Dale Gibson, Toronto, 1980, p. 9.

сличну садржину, али таква констатација се не може генерализовати. У сваком случају, према садржини приватност је шири појам од појма личних података. Приватност, поред личних података садржи и неке чињенице или околности које нису забележене и квантификоване, као што је то случај са личним подацима. Нема дилеме да у приватност спадају, између осталог, сексуални живот, породични односи или осећања неког лица, а то су категорије које превазилазе оквир личних података.

Питање правне и технолошке заштите личних података одувек је било значајно како за државу, тако и за појединца. Међутим, са појавом интернета ово представља једно од најзначајнијих проблема у сајбер простору. Најзначајније области у којима долази до електронског сакупљања личних података и до могућности њихове злоупотребе су електронско пословање (укључујући и електронско плаћање), медицинско поступање и коришћење различитих врста интернет сервиса.⁵ Али, поред тога, појединци откривају информације о себи на интернету, било активно, односно вољно или пасивно, односно несвесно. Пасивним откривањем одају се подаци које појединац, иначе, не би желео да открије о себи, најчешће употребом тзв. "cookies" фајлова, који могу да открију информације о "clickstream"-у, односно који корисник, када и колико је користио одређени сајт, које друге сајтове посећује, па чак и информације о садржају корисничког хард драјва.

Електронска комуникација подразумева размену информација између два корисника или корисника и сервера. Она има два основна вида: видљива и невидљива размена. Видљив процес размене података врши се уз знање корисника и одвија се путем тзв. "ћаскања" или тзв. "четовања" (chat rooms discussion), newsgroups, е-маил-а, директоријума (тзв. регистра), електронског пословања (укључујући и електронска плаћања, мада се она могу, у извесним случајевима обављати и путем невидљиве комуникације). Невидљиво поступање одвија се без знања корисника и врши се преко података за повезивање (тзв. лог фајлова), "traffic data" (података о саобраћају) и "cookies" (тзв. "колачићи").

1.1. Очекивање тајности, правичности и контроле личних података

Када појединац сурфује нетом, он очекује потпуну анонимност, чак и већу него у физичком свету. Уколико он није намерно открио податке о себи и свом идентитету, он верује да нико не зна ко је он или шта ради. Али, интернет оставља детаљан траг података о сваком кораку који

⁵ Тако, нпр. при електронском пословању сакупљају се велике количине информација о потрошачима, посебно путем "click-stream мониторинга".

појединац направи на мрежи. Трансакциони подаци, "click-stream" подаци или "mouse-droppings" подаци могу да дају профил нечијег онлајн живота. Технологије као што су "cookies" или тзв. "колачићи", исписане директно на корисниковом хардверу омогућавају Web сајтовима да тајно прикупљају информације о његовим онлајн активностима и сачувају их за каснију употребу.

У физичком свету појединци могу да плаћају робу и услуге великим бројем платежних средстава. Избор платежног механизма представља латентан атак на приватност. Количина личних информација која се добија и сакупља креће се од практично никакве у готовинској трансакцији, до откривања идентитета, врсте робе или услуге, имена продавца и датума кредитне трансакције, код електронског плаћања. Сходно томе, листа лица која имају приступ личним подацима много је већа. У суштини, готовина пружа највећу могућу заштиту приватности приликом финансијских трансакција у офлајн свету. Њој је тешко ући у траг, јер се не захтева додатно доказивање аутентичности које често доводи до прикупљања информација о идентитету.

У онлајн свету, дигитални еквивалент готовини још није нашао широку примену. Већина онлајн куповина обавља се помоћу кредитне картице, која открива лични идентитет и олакшава прикупљање података о куповини. Недостатак еквивалента готовини у онлајн свету, као и његова редукована употреба у физичком свету прете да озбиљно угрозе личну приватност у финансијским трансакцијама.

Исто тако, када појединци повере информације доктору, трговцу или банци, они очекују од њих да са њиховим информацијама поступају професионално и користе их само у сврхе пружања жељене услуге. Међутим, постоје бројни примери да компаније користе поверене личне податке својих клијената у сврхе које далеко премашују намере и жеље клијената.

Када неко пошаље е-маил поруку, он очекује да ће је прочитати једино особа којој је та порука и намењена. Нажалост, и ово очекивање је у опасности. У поређењу са писмом, е-маил порука путује по релативно непредвидљивом и неконтролисаним окружењу. Док путује мрежом, е-маилом манипулишу многи независни субјекти. И док порука може без тешкоћа путовати од једног народа до другог, уставна заштита приватности престаје на граници. Осим тога, за разлику од телефонских или поштанских система, интернет нема централизовану места контроле.

Осим наведеног, данас је вероватније да се наши дневници, медицински досијеи, приватни разговори и поверљива докуманта нађу у компјутерској

мрежи, него на сигурном. То има драстичне последице по нашу приватност. Док се наше личне информације крећу све даље и даље мрежом, постојећи закон пружа све мању и мању заштиту. Такође, постоји слаба заштита приватности када је реч о личним документима и досијеима. Традиционално, дневници су се некада чували под креветом, у задњој фиоци ормана или у радном столу. Са појавом кућних компјутера лични дневници су премештени у хардвер. Грађани су брзо искористили предности компјутера за обраду и преписивање својих важних докумената и мисли. На исти начин и слике из фото албума прешле су на CD-ROM.

Данас компјутерска мрежа пружа појединцима могућност да изнајме простор ван својих кућа и тамо чувају личне досијее и личне странице са Web-а. Али, чување ових личних мисли и успомена на удаљеном серверу елиминише многе могућности заштите приватности, које су постојале док су чуване на традиционалан начин у кући.

1.2. Како се заштити?

Заштита личних података није била на задовољавајућем нивоу, чак ни у тзв. аналогном окружењу. Одувек је било људи који су из било ког разлога желели да завире у туђу приватност. Такође, увек је било несавесних службеника у органима који су прикупљали или обрађивали личне податке појединаца, да подлегну искушењу и личне податке употребе у сврхе за које нису намењени, односно повреде тајност личних података. Историјски посматрано, у ранијим фазама развитка људског друштва нису постојали озбиљнији разлози и потребе за масовнијим прикупљањем и повредом личних података појединаца. Ова појава св више узима маха са све већим ширењем тржишта, односно развојем капитализма и његовим уласком у највиши стадијум. Борба за тржишта и профит нужно имплицира тражење нових начина за придобијање потрошача. На том путу и зарад тог циља трговци су просто принуђени да све више „продире“ у профил потрошача, а неизбежно средство у постизању тог циља је прикупљање информација, тј. података о потрошачима, чију окосницу чине одређени лични подаци појединаца – потрошача. У циљу придобијања клијената на исти корак су биле „ принуђиване“ и банке, осигуравајуће куће и друге институције. Касније су истом методу почеле да прибегавају и здравствене установе у сарадњи са фармацеутским кућама. Но, све до појаве дигиталне технологије, интернета и његових сервиса, традиционална (аналогна) технологија била је својеврсна брана од масовнијих и прекомернијих повреда личних података појединаца. Макар је било теже прикупити, средити и дистрибуирати, па самим тим и повредити нечије личне податке, односно његову приватност.

У информатичком друштву питање личних података добија другачије димензије. Савремене информатичке технологије и дигитално окружење стављају личне податке на велика искушења. То је и разумљиво с обзиром на невероватну лакоћу прикупљања и коришћења личних података, што отвара неслућене могућности за неовлашћену употребу и злоупотребу личних података. Кад се томе дода и околност да у свеопштој трци за профитом, постоји неодољива потреба за прикупљањем личних података различите природе за потребе различитих категорија субјеката у оквиру одређених привредних или друштвених делатности.

Постојећи законски оквир није предвидео свеобухватну и прожимајућу улогу коју ће информациона технологија имати у нашем свакодневном животу. Законски оквир за заштиту приватности у средствима електронске комуникације, иако изграђен на уставним и законским принципима заштите, одсликава техничке и социјалне “пропусте”, одређених периода историје. С друге стране, стварање одговарајуће заштите приватности у сфери електронике одувек је представљало велики напор. То захтева велику свест, не само о променама у технологији, већ и о променама у начину коришћења технологије од стране грађана и о томе како се те промене крећу у границама постојећег закона.

Постоји више подручја ка којима се морају да усмерити активности како би се побољшала заштита личних података и приватности. У том смислу треба, пре свега, учинити следеће:

- Задржати конзистентан ниво заштите приватности комуникација и информација без обзира на то где се чувају;
- Спровести легалну заштиту прикупљених трансакционих података;
- Подстаћи технологије које ограничавају прикупљање података који идентификују појединца;
- Увести правила и применити технологије које у току комерцијалних интеракција дају појединцима контролу над личним информацијама.

2. ЕВРОПСКА ЛЕГИСЛАТИВА

2.1. Национална законодавства

У чл. 12 Универзалне Декларације о људским правима, од 10. децембра 1949. године, каже се: “Нико не сме патити због самовољног уплитања у његов приватан живот, породицу, дом или кореспонденцију, или због вређања његове части и угледа.”

У чл. 8, Европске Конвенције и заштити људских права и основних слобода, од 04. 11. 1950. године, установљено је овлашћење на поштовање приватности и породичног живота, дома и кореспонденције.

Заштита података о личности загарантована је уставом сваке државе. Њихово сакупљање, држање и употреба уређују се законом. Такође, забрањена је и кажњива свака употреба података ван сврхе за коју су намењени. Најзад, свако лице има право, у складу са законом, да буде обавештено о прикупљеним подацима о својој личности.

Дигитализација података у готово свим сферама државне управе отворила је и питање њихове заштите. Први посебни закон који непосредно регулише питање заштите података донела је 1970. године савезна држава Хесе у Немачкој. Касније су то учиниле и друге државе. Материја заштите личних података у неким земљама регулисано непосредно и уставима тих земаља.⁶

Национални кривични закони санкционишу повреде права на приватни живот. Тако су, на пример, кривична дела неовлашћено фотографисање, објављивање туђег списка, портрета, фотографије, филма или фонограма личног карактера, и неовлашћено прислушкивање и тонско снимање .

У Француској је Актом № 70-643, од 17. јула 1970. године, уведен чл. 9 у Грађански законик, чији први параграф истиче да свако има право на поштовање своје приватности.

У Немачкој је на снази Савезни Закон о мултимедијима, од 1. августа 1997. године, у чијем чл. 2 се регулише заштита података. У том смислу, установљена је обавеза за пружаоце услуга да понуде својим корисницима могућност анонимног приступа и плаћања (или псеудонимно), кад год је то разумно и технички могуће.

Са друге стране, закони који омогућавају властима да шпијунирају кориснике интернета све чешћи су и у демократским земљама. Амерички конгрес усвојио је такав закон (Patriot Act) у октобру 2001. године, а Француска месец дана касније (Закон о свакодневной безбедности и Закон о дигиталној економији).

Немачка је једна од земаља пионира у изградњи онога што је интернет данас. Она припада групи од двадесет земаља које су потпуно интернет речником речено "конектоване". Власти су озбиљније почеле да се боре против расизма, порнографије присутне на нету, а које угрожавају

6 Van Duyn J. A., *The Human Factor in Computer Crime*, Los Angeles, 1985, p. 4. Преузето из: Прља Драган, Рељановић Марио, *Правна информатика, op.cit*, стр. 88.

приватност или слободу изражавања. Оно што покушаје оваквих борби спутава је немачка бирократија, тј. компликованост односа између федералних и локалних, покрајинских власти.

С обзиром на начин регулисања предметне материје, данас у свету постоје два основна система: англосаксонски и европски-континентални.

Уколико се при регулисању наведене материје полази са становишта „приватноправне“ заштите (личних права и слобода појединца), резултат ће, по правилу, бити правна заштита права на приватност, односно доношење „закона о приватности“, као што је случај са већином земаља англосаксонске правне традиције (нпр. САД, већина канадских провинција итд.), у којима је ова област регулисана законом чије се спровођење остварује судским путем по основу „личне иницијативе“. Интересантно је поменути да Закон о заштити података Велике Британије (*Data Protection Act*, 1984.), између осталог, предвиђа образовање „регистрара за заштиту података“, тј. посебног „матичара за вођење евиденције о заштити података“, кога именује Круна и који је практично независан од владе. Регистрар је орган за заштиту података с овлашћењима сличним овлашћењима „повереника парламента“, односно омбудсмана. Услови у вези с приступањем *Европској конвенцији за заштиту појединаца у односу на аутоматску обраду личних података* (1981.) били су разлог што је Велика Британија донела овај Закон. По својој структури, а посебно по својој садржини, овај Закон пре следи евроконтиненталне, а не англосаксонске моделе.

Са друге стране, уколико се при одређивању основних институција законодавне регулативе и механизма правне заштите полази са становишта императивног остваривања начела законитости и пружања „јавноправне“ заштите појединцу и грађанима, као резултат ће, по правилу, бити доношење закона о „заштити података“. Такав је случај с већином земаља евроконтиненталног правног система – Француском, Немачком, Шведском итд. Француски закон којим је регулисана област заштите података донет је 1978. године и носи назив Закон о информатици, евиденцијама и слободама. У области заштите података, може се рећи да је француски закон, пре свега, из разлога оснивања посебног органа за заштиту података, прототип законодавног акта „јавноправног“ карактера. Законом је, између осталог, формирано и посебно тело с регулативним, контролним и неким другим овлашћењима – Национална комисија за информатику и слободу, тзв. „CNIL“ са обележјима независног државног тела са својством правног лица, које подлеже само судској контроли.

7 Maisl Herbert, *Etat de la Legislation Française et Tendances de la Jurisprudence Relatives à la Protection des données Personnelles*, Revue Internationale de Droit Comparé, No. 3, 1987, p. 581.

Насупрот овом решењу, друге земље које су образовале посебан орган за заштиту личних података установиле су га у колегијалном облику. Тако, на пример, овај колегијалан орган образован је као Комисија за заштиту личних података (Аустрија), Уред за заштиту приватности (Белгија), Комисија за заштиту података (Шведска), Национална комисија за информатику и слободе – тзв. CNIL (Француска), Рачунарски одбор (Исланд).

2.2. Европска Унија

У оквиру ЕУ донето је неколико прописа који уређују материју заштите личних података.

2.2.1. Конвенција Савета Европе о заштити лица у односу на аутоматску обраду података

Савет Европе донео је у јануару 1981. године, у Стразбуру, Конвенцију о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података. Конвенција је имала за циљ да прошири заштиту основних права и слобода појединца, нарочито права на приватност, када је реч о аутоматској обради личних података. Државама је препуштено да се у регулисању ове материје одреде у погледу садржаја, домета и обима заштите личних података.

Основна начела ове Конвенције јесу начело законитости и непристрасности у заштити личних података. То, такође, подразумева да се подаци о личности прикупљају, обрађују и користе на начин којим се не вређа лично достојанство човека.

Прописи којима се регулише заштита података о личности треба да садрже и одредбе засноване на начелу тачности података, односно заснованости на веродостојним изворима. Начело подразумева и одговорност лица задужених за поступање за прикупљање и обраду података о личности.

Лица чији подаци се прикупљају и обрађују подаци треба да буду обавештени о свим релевантним чињеницама у вези са прикупљањем и обрадом података. То, даље подразумева и да обавеза обраде и чувања личних података престаје са реализацијом потребе, односно остварењем циља или протеком рока трајања збирке личних података, одређеног законом или писменом сагласношћу лица на које се односе.

Начело доступности података подразумева право лица о коме се воде подаци да буде обавештено о постојању збирке или друге евиденције с личним подацима, право да може да има увид у исте, тражења исправке

нетачних података, брисање података ако њихова обрада није у складу са законом или уговором, забрану коришћења нетачних, неажурних и непотпуних података, односно забрану коришћења података ако се не користе у складу са законом или уговором.

Конвенција прописује да права лица о коме су прикупљени и обрађени подаци могу бити ограничена и могу се користити у обиму који је неопходан за заштиту безбедности земље, јавне безбедности, монетарних интереса државе или за сузбијање кривичних дела, као и права и слобода других. То су случајеви у којима се изузетно, у складу с чланом 9, Конвенције, законом могу ограничити права лица о чијим подацима се ради.

Собзиром да се одређени лични подаци прикупљају, обрађују и користе у посебном режиму, за њих су прописана посебна правила. Ту посебну категорију података чине лични подаци о расном пореклу, националној припадности, религиозним и другим уверењима, политичким и синдикалним опредељењима и сексуалном животу. Ови подаци могу се прикупљати, обрађивати и користити само уз писмену сагласност лица на које се односе и под условима који су прописани законом. Исто важи и за податке о здравственом стању и осуђиваности лица. Изузеци од овог начела могу бити прописани законом и то у оквиру лимита који је одређен Међународном повељом о људским правима и другим релевантним документима у области заштите људских права и спречавања дискриминације.

У складу с начелом безбедности, законом треба регулисати и мере и поступке које лице задужено за евиденције и збирке личних података треба да предузме ради заштите тих збирки, како од природних опасности (од случајних губитака, оштећења или уништења), тако и од ризика који може настати деловањем људског фактора (као што су неовлашћени приступ подацима, злоупотреба података или инфицирање компјутерским вирусима).

Полазећи од начела слободног протока, размене и изношења личних података из земље, националним законом треба предвидети услове за прекограничну размену информација и мере заштите приватности. Неоправдана забрана протока информација не може се предвидети, осим уколико то не захтева заштита приватности или поштовање начела узајамности.

Имајући у виду значај питања заштите личних података, националним законом треба установити орган који ће вршити свеобухватну контролу примене закона и поштовање његових начела. Надлежни (контролни) орган треба да има и овлашћење да забрани прикупљање, обраду,

коришћење и преношење података о личности, наредити отклањање уочених неправилности у заштити, као и брисање података када утврди да су повређена лична права лица чији су подаци обрађени.

Националним законом треба обавезно предвидети и одговарајуће санкције (кривичне, прекршајне и друге) за непоштавање или кршење одредаба и принципа о прикупљању и употреби личних података.

2.2.2. Директива о поступању са личним подацима и заштити приватности у области електронске комуникације

На нивоу ЕУ донета је Директива 95/46, од 24. октобра 1995. године, о заштити и слободном кретању личних података,⁸ као и Директива 97/66, о поступању и заштити података личног карактера у сектору комуникације, од 15. децембра 1997. године.⁹ Најзад, као одговор на неадекватност постојеће правне заштите 12. јула 2002. године, донета је **Директива поступању са личним подацима и заштити приватности у области електронске комуникације**.¹⁰ Ова Директива намеће обавезу хармонизације у циљу обезбеђивања адекватног нивоа заштите фундаменталних права и слобода, нарочито права на приватност, у поступању са личним подацима у електронској комуникацији и слободног кретања таквих података и средстава и сервиса електронских комуникација у оквиру ЕУ. У том смислу, провајдери јавно приступачних електронских комуникационих сервиса морају предузети све техничке и организационе мере ради обезбеђивања сигурности својих сервиса (чл. 4).

Државе чланице дужне су да у националним законодавствима, а посредством наведених јавних сервиса, обезбеде поверљивост комуникација у односу на тзв. "traffic data" (податке о саобраћају или промету на мрежи, који укључују све појединости везане за приступ и коришћење мреже, као што су корисник, компјутер са кога се приступа, време и трајање приступа, назив приступљеним сајтовима, радње предузете на њима, читање или "скидање" одређених фајлова и тд.). Овакви подаци морају остати тајни и бити недоступни трећим лицима, осим на захтев државних органа при спровођењу одређених поступака. (чл. 5). Такође, подаци везани за претплатника или другог корисника на мрежи, морају бити уништени или бити држани анонимно и могу се употребити само за строго прецизирану сврху (нпр. за специфицирање наплате од

8 Official Journal L 281, 23/11/1995. p. 0031-0050.

9 Official Journal N°L 024, 30/01 1998, p. 0001-0008.

10 Директива о приватном животу и електронским комуникацијама, бр. 2002/58, 12. 07. 2002; Official Journal N° L 201, of 31/07/2002. p. 0037-047.

стране овлашћеног провајдер сервиса, а која обухвата мерење и наплату времена коришћења мреже, од стране овлашћеног провајдер-сервиса, или за утврђивање неовлашћеног приступа и коришћења мреже, односно одређених сајтова) (чл. 6 и 7).

У случајевима када се за коришћење мреже захтева откривање идентитета корисника, сервис-провајдер је дужан спречити његово откривање трећим лицима (чл. 8).

У чл. 12 Директиве, регулисани су тзв. директоријуми или регистри. У том смислу, чланице треба да обезбеде да претплатник буде бесплатно и пре укључивања у директоријум информисан о сврси штампаног или електронског директоријума претплатника, који је на располагању јавности или је добијен преко директоријума захтеваног сервиса, у којима лични подаци могу бити инкорпорисани, тако да свака њихова будућа употреба може бити базирана на тражењу уграђених функција у електронској верзији директоријума (чл.12).

3. СРБИЈА

У законодавству Србије, у вези са заштитом личних података, посебан значај имају неколико закона. Они стварају солидан законодавни оквир заштите личних података.

3.1. Закон о слободном приступу информацијама од јавног значаја¹¹

Овим законом уређују се права на приступ информацијама од јавног значаја којима располажу органи јавне власти, ради остварења и заштите интереса јавности да зна и остварења слободног демократског поретка и отвореног друштва. Ради остваривања права на приступ информацијама од јавног значаја којима располажу органи јавне власти, овим законом установљава се Повереник за информације од јавног значаја, као самосталан државни орган, независан у вршењу своје надлежности.

Информација од јавног значаја, у смислу овог закона, јесте информација којом располаже орган јавне власти, настала у раду или у вези са радом органа јавне власти, садржана у одређеном документу, а односи се на све оно о чему јавност има оправдан интерес да зна. Да би се нека информација сматрала информацијом од јавног значаја није битно да ли је извор информације орган јавне власти или које друго лице, није битан носач информација (папир, трака, филм, електронски медији и сл.) на коме се налази документ који садржи информацију, датум настанка информације,

¹¹ "Службени гласник РС", бр. 120/2004, 54/2007, 104/2009 и 36/2010.

начин сазнавања информације, нити су битна друга слична својства информације.

Орган јавне власти у смислу овог закона су: 1) државни орган, орган територијалне аутономије, орган локалне самоуправе, као и организација којој је поверено вршење јавних овлашћења (у даљем тексту: државни орган); 2) правно лице које оснива или финансира у целини, односно у претежном делу државни орган.

Свако има право да му буде саопштено да ли орган власти поседује одређену информацију од јавног значаја, односно да ли му је она иначе доступна. Свако има право да му се информација од јавног значаја учини доступном тако што ће му се омогућити увид у документ који садржи информацију од јавног значаја, право на копију тог документа, као и право да му се, на захтев, копија документа упути поштом, факсом, електронском поштом или на други начин.

Када орган власти не поседује документ који садржи тражену информацију, проследиће захтев Поверенику и обавестиће њега и тражиоца о томе у чијем се поседу, по његовом знању, документ налази. По пријему захтева Повереник проверава да ли се документ који садржи тражену информацију на коју се захтев односи налази у поседу органа власти који му је проследио захтев. Ако утврди да се документ не налази у поседу органа власти који му је проследио захтев тражиоца, Повереник ће доставити захтев органу власти који тај документ поседује, осим ако је тражилац одредио другачије, и о томе ће обавестити тражиоца или ће тражиоца упутити на орган власти у чијем поседу се налази тражена информација. Начин поступања одредиће Повереник у зависности од тога на који ће се начин ефикасније остварити права на приступ информацијама од јавног значаја. Ако Повереник достави захтев органу власти, рок почиње да тече од дана достављања. На поступак пред органом власти примењују се одредбе закона којим се уређује општи управни поступак, а које се односе на решавање првостепеног органа, осим ако је овим законом другачије одређено.

У року од три месеца од окончања фискалне године, Повереник подноси Народној скупштини годишњи извештај о радњама предузетим од стране органа власти у примени овог закона, као и о својим радњама и издацима. Поред овог извештаја Повереник подноси Народној скупштини и друге извештаје, када оцени да је то потребно.

3.2. Закон о заштити података о личности¹²

Овим законом се уређују услови за прикупљање и обраду података о личности, права лица и заштита права на приватност и осталих права и слобода лица чији се подаци прикупљају и обрађују.

Закон обезбеђује заштиту података о личности сваком физичком лицу, без обзира на држављанство, пол, веру, расу или било које друго својство или припадност лица.

Послове заштите података о личности обавља Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности.

Податак о личности је свака информација која се односи на физичко лице, без обзира на облик у коме је изражена и на носач информације (папир, трака, филм, електронски медијум и сл.), по чијем налогу, у чије име, односно за чији рачун је информација прикупљена, место и начин сазнавања информације (непосредно, путем слушања, гледања и сл, односно посредно, путем увида у документ у сл.), као и без обзира на друго својство информације.

Обрада података је свака радња предузета у вези са подацима као што су: прикупљање, бележење, преписивање, умножавање, преношење, претраживање, разврставање, похрањивање, раздвајање, укрштање, обједињавање, уподобљавање, мењање, обезбеђивање, коришћење, стављање на увид, откривање, објављивање, ширење, снимање, организовање, чување, прилагођавање, откривање путем преноса или на други начин чињење доступним, прикривање, измештање и на други начин чињење недоступним, као и спровођење других радњи у вези са наведеним подацима, без обзира да ли се врши аутоматски, полуаутоматски или на други начин.

Корисник података је физичко или правно лице, односно орган власти, који је законом или по пристанку лица овлашћен да користи податке.

Обрађивач података је физичко или правно лице, односно орган власти, коме руковалац на основу закона или уговора поверава одређене послове у вези са обрадом.

Руковалац података је физичко или правно лице, односно орган власти који обрађује податке.

¹² “Сл.гласник РС” бр. 97/2008, 104/2009 - др. закон 68/2012,-Одлука УС и 107/2012.

Са аспекта теме овог рада и могућности повреде личних података веома је значајна недозвољеност обраде, која је регулисана у члану 8. Обрада није дозвољена ако:

- 1) физичко лице није дало пристанак за обраду, односно ако се обрада врши без законског овлашћења;
- 2) се врши у сврху различиту од оне за коју је одређена, без обзира да ли се врши на основу пристанка лица или законског овлашћења за обраду без пристанка, осим ако се врши у сврху прикупљања средстава за хуманитарне потребе из члана 12. тачка 2а) и члана 12а овог закона;
- 3) сврха обраде није јасно одређена, ако је измењена, недозвољена или већ остварена;
- 4) је лице на које се подаци односе одређено или одредиво и након што се оствари сврха обраде;
- 5) је начин обраде недозвољен;
- 6) је податак који се обрађује непотребан или неподесан за остварење сврхе обраде;
- 7) су број или врста података који се обрађују несразмерни сврси обраде;
- 8) је податак неистинит и непотпун, односно када није заснован на веродостојном извору или је застарео.

Веома су значајни и случајеви обраде без пристанка, прописани у чл. 12. Они ће бити дозвољени:

- 1) да би се остварили или заштитили животно важни интереси лица или другог лица, а посебно живот, здравље и физички интегритет;
- 2) у сврху извршења обавеза одређених законом, актом донетим у складу са законом или уговором закљученим између лица и руковооца, као и ради припреме закључења уговора;
- 2а) у сврху прикупљања средстава за хуманитарне потребе;
- 3) у другим случајевима одређеним овим законом, ради остварења претежног оправданог интереса лица, руковооца или корисника.

Закон, такође, допушта обраду без пристанка од стране органа власти, ако је обрада неопходна у циљу остваривања интереса националне или јавне безбедности, одбране земље, спречавања, откривања, истраге и гоњења за кривична дела, економских, односно финансијских интереса државе, заштите здравља и морала, заштите права и слобода и другог

јавног интереса, а у другим случајевима на основу писменог пристанка лица (чл.13).

Закон посебну пажњу посвећује регулисању нарочито осетљивих података. (чл 16 и 17). Ово је, такође, веома значајан сегмент за нашу тему. То су подаци који се односе на националну припадност, расу, пол, језик, вероисповест, припадност политичкој странци, синдикално чланство, здравствено стање, примање социјалне помоћи, жртву насиља, осуду за кривично дело и сексуални живот могу се обрађивати на основу слободно датог пристанка лица, осим када законом није дозвољена обрада ни уз пристанак. Изузетно, подаци који се односе на припадност политичкој странци, здравствено стање и примање социјалне помоћи, могу се обрађивати без пристанка лица, само ако је то законом прописано.

Пристанак за обраду нарочито осетљивих података даје се у писменом облику, који садржи ознаку податка који се обрађује, сврху обраде и начин његовог коришћења.

Поглавље III Закона регулише права лица и њихову заштиту. У том смислу, као посебна права лица о чијим се подацима ради су:

- Право на обавештење о обради;
- Право на увид;
- Право на копију.

Постоје и одређена права лица поводом извршеног увида.

Најзад, у чл. 31 обезбеђена је заштита личности. Ако се објављивањем податка у јавном гласилу и публикацији повреди право или правно заштићен интерес неког лица, оно може захтевати од одговорног уредника и издавача јавног гласила обавештење о подацима који се о њему обрађују, увид у податке и копију, изузев ако:

- 1) би се тиме открили подаци у вези са извором информације које новинар и други медијски посленик нису дужни или нису спремни да открију;
- 2) би се тиме открили подаци у вези са лицем које је учествовало у припреми и објављивању информације, а одговорни уредник није спреман да их открије;
- 3) постоје околности у којима би обавештавање, увид или израда копије битно омели обавештавање јавности о информацијама од јавног значаја.

Надзор над спровођењем и извршавањем овог закона врши Повереник. Он је дужан да чува тајност свих података које је сазнао у обављању својих дужности, чак и након престанка његове дужности.

3.3. Кривични законик Србије¹³

Кључну улогу у заштити личних података има Кривични законик Србије. Овај Законик у оквиру главе четрнаест предвиђа сет кривичних дела против слобода и права човека и грађанина.

Неовлашћено откривање тајне (чл. 141)

Адвокат, лекар или друго лице које неовлашћено открије тајну коју је сазнало у вршењу свог позива, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.

Повреда тајности писма и других пошиљки (чл. 142)

Ко неовлашћено отвори туђе писмо, телеграм или какво друго затворено писмено или пошиљку или на други начин повреди њихову тајност или исто неовлашћено задржи, прикрије, уништи или преда другом или ко повреди тајност електронске поште или другог средства за телекомуникацију, казниће се новчаном казном или затвором до две године.

Казниће се и онај ко саопшти другом садржину коју је сазнао повредом тајности туђег писма, телеграма или каквог другог затвореног писмена или пошиљке или се том садржином послужи.

У случају да дело учини службено службено лице у вршењу службе, казниће се затвором од шест месеци до три године.

Неовлашћено прислушкивање и снимање (чл. 143)

Ко посебним уређајима неовлашћено прислушкује или снима разговор, изјаву или какво саопштење који му нису намењени, казниће се новчаном казном или затвором од три месеца до три године.

Кажњиво је омогућавање непозваном лицу да се упозна са разговором, изјавом или саопштењем који су неовлашћено прислушкивани, односно тонски снимани.

Ако дело учини службено лице у вршењу службе, казниће се затвором од шест месеци до пет година.

¹³ “Сл.гласник РС” бр. 85/2005, 88/2005 – испр., 107/2005 –испр. 72/2009, 111/09 и 121/2012.

Неовлашћено фотографисање (чл. 144)

Ко неовлашћено начини фотографски, филмски, видео или други снимак неког лица и тиме осетно задре у његов лични живот или ко такав снимак преда или показује трећем лицу или му на други начин омогући да се са њим упозна, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.

Ако дело учини службено лице у вршењу службе, казниће се затвором до три године.

Неовлашћено објављивање и приказивање туђег списка, портрета и снимка (чл. 145)

Ко објави или прикаже спис, портрет, фотографију, филм или фонограм личног карактера без пристанка лица које је спис саставило или на кога се спис односи, односно без пристанка лица које је приказано на портрету, фотографији или филму или чији је глас снимљен на фонограму или без пристанка другог лица чији се пристанак по закону тражи и тиме осетно задре у лични живот тог лица, казниће се новчаном казном или затвором до две године.

Ако дело учини службено лице у вршењу службе, казниће се затвором до три године.

Неовлашћено прикупљање личних података (чл. 146)

Ко податке о личности који се прикупљају, обрађују и користе на основу закона неовлашћено прибави, саопшти другом или употреби у сврху за коју нису намењени, казниће се новчаном казном или затвором до једне године.

Казниће се и онај ко противно закону прикупљаили користи податке о личности грађана.

Ако дело учини службено лице у вршењу службе, казниће се затвором до три године.

3.4. Закон о правима пацијената¹⁴

Закон о правима пацијената, поред осталих права, уређује и заштиту пацијентових личних података и његове приватности. У том смислу, прописана су два права пацијената. Најпре, у чл. 14 установљено је право на приватност и поверљивост. Пацијент има право на поверљивост свих личних информација, које је саопштио надлежном здравственом раднику, односно здравственом сараднику, укључујући и оне које се односе на стање његовог здравља и потенцијалне дијагностичке и терапијске

¹⁴ „Службени гласник РС“ бр. 45/2013, од 22. 05. 2013. године.

процедуре, као и право на заштиту своје приватности током спровођења дијагностичких испитивања и лечења у целини.

У чл. 21 регулисано је право на поверљивост података о здравственом стању пацијента. Подаци о здравственом стању, односно подаци из медицинске документације, спадају у податке о личности и представљају нарочито осетљиве податке о личности пацијента, у складу са законом.

Наведене податке (из чл. 14 и 21), дужни су да чувају и поштују њихову поверљивост сви здравствени радници, односно здравствени сарадници, као и сва друга лица запослена у здравственим установама, која на било који начин имају увид у наведене податке.

Нарочито осетљивим подацима о личности пацијента сматрају се и подаци о људским супстанцама, на основу којих се може утврдити идентитет лица од кога оне потичу.

3.5. Стратегија Републике Србије о заштити података о личности

Имајући у виду значај личних података, а сагласно преузетим или очекиваним обавезама у оквиру процеса придруживања ЕУ, Влада Србије донела је **Стратегију заштите података о личности**.¹⁵

Право на заштиту података о личности, представља есенцијални елемент права на приватност, које је једно од основних људских права.

Подаци на основу којих се утврђује или се може утврдити идентитет одређеног лица могу бити злоупотребљени за мониторинг и усмеравање понашања и навика тог лица, затрговину и размену база података о личности, за крађу идентитета, као и за разне друге облике злоупотребе. **Због свега тога**, у Републици Србији је неопходно стратешким приступом, користећи искуства и помоћ међународне заједнице, обезбедити одговарајуће правне и фактичке претпоставке за заштиту података о личности. У том циљу, нужно је **створити адекватне нормативне**, друштвене, логистичке, али и све друге претпоставке да би се првенствено **превентивно али и на други начин спречило угрожавање** тог права.

У нашој земљи законодавни оквир заштите података о личности постоји већ десетак година, након што је Скупштина Савезне Републике Југославије 1992. године, потврдила Конвенцију Савета Европе о заштити лица у односу на аутоматску обраду личних података која је тако постала саставни део нашег унутрашњег правног поретка. Наведени закон био је фокусиран углавном на материју заштите података о личности, али није

15 “Службени гласник РС” бр. 58/ 2010 од 20. 08. 2010. године.

уредио прикупљање, обраду или коришћење података о личности, што је требало да буде уређено посебним законима који никада нису донети. Због тога закон никада није ни био реално примењен, тако да Република Србија формално јесте, а фактички није имала закон који уређују ову област.

Осим наведеног, суштински разлози за стање у области заштите података о личности су и ти што неадекватни стандарди садржани у наведеном Закону нису ни могли да обезбеде захтеве који произилазе из **Директиве Европског парламента и Савета 95/46/ЕЗ, Уставом Републике Србије**, у члану 42 загарантована је заштита података о личности. Да би се она могла ефикасно обезбедити, било је неопходно донети нови закон, који би на савремени начин, у складу са важећим стандардима Европске уније, обезбедио ефикасну заштиту личних података.

У међувремену, у Србији су донети закони који су у непосредној вези са заштитом података о личности, као што су нпр. **Закон о личној карти**¹⁶ и **Закон о путним исправама**.¹⁷ Оба ова закона предвиђају коришћење биометријских података о личности у новим документима, што, без адекватног система контроле коришћења и обраде, представља реалну опасност за кршење уставног права на заштиту податка о личности.

Чињенице и сазнања до којих је Повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности дошао на основу пријава и жалби грађана, као и других видова сазнања током 2009. године, прве године примене Закона о заштити података о личности, када фактички и нису постојали реални услови за остваривање функције надзора, говоре о следећем:

Око 350.000 субјеката јавног и приватног сектора баве се обрадом података о личности. Већина тих субјеката, има по неколико збирки или база података о личности и укупан број евиденција се процењује на преко милион. Ове евиденције обухватају евиденције државних органа, установа пензијског и здравственог осигурања, образовања, социјалне заштите, банкарског система, комуналних служби, удружења грађана, као и обраду података путем видео надзора на јавним местима, пословним и стамбеним објектима и др. За многе од тих обрада података не постоји изричит законски основ, а у многим од ових случајева се ради о обради нарочито осетљивих података.¹⁸

Посебан проблем представља чињеница што Повереник не учествује у поступку предлагања и доношења прописа којима се успостављају нове

16 “Сл. гласник РС” бр. 62/2006 и 36/2011.

17 “Сл. гласник РС” бр. 90/2007, 116/2008, 104/2009 и 76/2010.

18 Као што су подаци о лечењу, социјалном статусу и др.

збирке података или уводе нове информационе технологије. Због тога он може да реагује тек накнадно, што није најцелисходније. Иначе, потреба да Повереник учествује у поступку доношења прописа којима се уређују одређена питања права на заштиту података о личности, кроз давање мишљења, јасно произилази из члана 44, став 1, тачка 7. Закона о заштити података о личности и чл. 20. и 28. Директиве 95/46/ЕЗ.

Будући да је Република Србија једна од последњих земаља у Европи која је донела системски закон који уређује заштиту података о личности, доношење Стратегије је значајно за достизање постављених циљева у овој области што је веома значајно и са становишта наставка европских интеграција, као и поштовања демократских стандарда и људских права.

4. ЗАКЉУЧАК

Проблем заштите личних података није нов. Напротив, постоји одавно. Међутим, све до појаве савремене информатичке технологије ово питање је имало другачије димензије. У аналогном окружењу су прикупљани и обрађивани лични подаци појединаца. Наравно, постојале су и злоупотребе, у овом или оном виду, чињене од стране субјеката који су те податке овлашћено прикупљали за одређене сврхе или од стране трећих лица која су потпуно неовлашћено долазила до одређених личних података. Међутим, појавом интернета и савремене информационе технологије (нарочито смарт картица и уређаја), лични подаци и приватност појединаца стављени су пред велике и реалне. Лакоћа и брзина прикупљања личних података ствара изузетно плодно тло за њихове повреде. Различити начини деловања на мрежи (видљиви и невидљиви), доводе до сталне и све веће размене података, који садрже знатне елементе приватности и који могу бити употребљени на различите начине. Суштина је да прикупљање података личног карактера, чак и ако се и врши мимо знање клијента, не сме бити злоупотребљено или употребљено у друге сврхе, осим оне за коју је примарно намењено. Данас, нема никакве сумње да је приватност појединца у дигиталном свету веома крхка. Другим речима, информациона приватност је редак комодитет у сајбер простору. Међутим, да би се, ипак, колико-толико обезбедила заштит личних података на Web-у података потребно је предузети озбиљне и свеобухватне мере, које ће обухватити комбинацију средстава — законских, политичких, технолошких (снажне мере криптографије), али и само-регулативних (деонтолошки или етички кодекси и сл.).

Велику опасност по личне податке појединаца и њихову приватност представља и стално појављивање нових или усавршавање постојећих

уређаја. У том смислу, појављују се нови уређаји чија је функција до скоро била сасвим другачија. Тако, многи нови, тзв. "смарт" (паметни) ТВ апарати су у стању да нас посматрају и да оглашиваче обавештавају о одређеним чињеницама, нпр. које су наше омиљене емисије. Притом, не постоји дугме за искључивање такве функција. Дакле, сасвим је могуће да нас негде, можда чак и на другом крају света, неки људи помно посматрају и пажљиво бележе све о нама. Могу да виде какву одећу носимо, коју храну једемо, да чују сваку нашу изговорену реч и да улогују сваку ТВ емисију коју смо гледали. Притом, нису сви посматрачи добронамерни хобисти или доколичари, већ су неки од њих криминалци, други раде за велике компаније. А знају све наше најинтимније тајне. Паметни телевизори прикључени на интернет практично функционишу као рачунари - што значи да нису само пријемници, већ остварују двосмерну комуникацију, а као и у сваки компјутер у њих је лако "провалити" и искористити их да шаљу податке о кориснику. С том разликом што, за разлику од рачунара, немају заштитне програме, нити могућност да се ови програми у њих уграде, као ни могућност искључивања такве функције, односно активности. Ово је све извеснија реалност и велика опасност за приватност и личне податке појединаца.¹⁹

Захваљући најпре смартфонима, а сада и паметним ТВ уређајима, полако улазимо у врли нови свет, у коме смо на сваком кораку и у сваком тренутку окружени уређајима који нас посматрају. А ту су увек и људи који то умеју да искористе за своје недозвољене циљеве.

Резимирајући, на самом крају, можемо изнети следеће констатације. Србија спада у круг земаља које су донеле (истина међу последњима) одговарајуће законодавство у области заштите личних података. Оно је конзистентно и задовољавајуће. Међутим, као што је и сам повереник за информације од јавног значаја и заштиту података о личности изјавио (и често наглашава), Србија нема разлога за задовољство у овој области.²⁰ Пракса говори да се видео надзор на многим местима изузетно широко и

19 Половином новембра текуће, 2013. године, у Британији је велику пажњу привукао случај ИТ консултанта Џејсона Хантлија, који је утврдио и доказао да LG телевизор који му од летос стоји у дневној соби угрожава приватност његове породице. Овај такозвани смарт ТВ (тј. паметни телевизор) повезан на интернет слао је произвођачу у Кореји све податке о емисијама које гледа и свему за шта свој телевизор користи, а овај је на томе добро зарађивао, рекламирајући се оглашивачима као способан да им обезбеди "оглашивачко искуство о ком су одувек сањали". Међу подацима које је ТВ апарат слао били су и садржај Хантлијеве приватне видео колекције коју је преко телевизора гледао, као и снимци породичних прослава, његове супруге и двоје мале деце.

20 Изјава Родољуба Шабића дата Тањугу, поводом 28. јануара - Европског дана заштите података о личности.

недозвољено користи. Такође, често су предмет повреде или неовлашћене употребе и листинзи телефонских разговора. Велики је број представки грађана које се односе на крађу идентитета или представљање у туђе име на друштвеним мрежама, објављивање фотографија или видео материјала, злоупотребу лозинки на интернет профилима и електронској пошти. Испред свих злоупотреба личних података предњачи злоупотреба података преко друштвених мрежа, али не заостају ни злоупотребе личних података грађана у области трговине, телекомуникацијског, банкарског, здравственог и осигуравајућег сектора. У последње време појавили су се и случајеви принудног судског извршења чија је законитост у најмању руку сумњива.²¹

Свему изнетом треба додати и реалност да ће дигитализација све више узимати маха и није далеко дан када ће и човек, попут личне карте бити “чипован”, односно представљати биометријски продукт састављен од скупа дигиталних података. Такође, према очекивању научника у блиској будућности интернет ће бити доступан посредством контактних сочива, па ћемо поред лица особа с којима разговарамо моћи да видимо њихову биографију. Исто тако, у скорије време ћемо управљати рачунарима помоћу мисли, а не мишем. Тако ће **“мозак-нет”** **замени** **интернет**.

Због свега изнетог, пред Србијом у блиској будућности стоје сасвим озбиљни и обимни задаци на пољу заштите личних података у пракси. Ово, не само због обавеза које морамо испунити у склопу процеса приступања Европској Унији, већ то морамо урадити ако желимо да постанемо део демократског и цивилизованог света.

21 Реч је о спровођењу извршења “скидањем” новца са рачуна дужника - клијената у банци, на захтев “Паркинг- сервиса” у Београду. Постоји оправдана сумња да је банка неовлашћено открила “Паркинг-сервису” личне податке неких клијената у вези са њиховим банкарским рачунима.

Prof. Vidoje Spasić, LL. D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

PROTECTION OF PERSONAL DATA IN SERBIA:
Current circumstances and prospects

Summary

Generally speaking, personal data includes information about an individual who is entitled to exercise a number of personal rights (concerning one's identity, reputation, honor, dignity, etc.). Privacy of an individual is a broader concept because, in addition to personal data, it includes some other specific facts from the individual's private domain.

The issue of protection of personal data has always been a subject matter of interest of different stakeholders in the society. In the analog environment, the problem of personal data protection was relatively easy to solve. The digital information environment has facilitated the collection and use of personal data but it has also dramatically increased the opportunity for misusing/abusing one's personal data. The likelihood of abuse has been substantially augmented after the development of smart devices and documents containing biometric data, which offer limitless possibilities for the abuse of personal data.

Serbia has a new and fairly good legislative framework in the field of personal data protection. However, in practice, personal data are still frequently abused or misused by various entities, such as: traders, banks, health care institutions, insurance companies, state authorities, etc.

Key words: *personal data, collection, use, Internet, protection*

ПОРЕСКО УПРАВНО ПОСТУПАЊЕ И ПОРЕСКА САГЛАСНОСТ ОБВЕЗНИКА¹

Апстракт: Аутор у раду настоји да укаже на утицај који пореско управно поступање остварује на повиновање обвезника пореским обавезама (пореску сагласност). У том циљу се, најпре, даје краћи осврт на проблематику европских захтева у домену управног поступања у целини а потом се анализира питање поштовања европских начела јавне управе као претпоставке доброг пореског управног поступања и добровољног повиновања обвезника порезима. Упоредо са анализом начела која се односе на област пореских прописа, пореских поступака и пореских службеника, аутор указује на испољене специфичности и потребне промене у овим областима, како би се побољшао положај обвезника пореза и позитивно утицало на њихову пореску сагласност.

Кључне речи: порески органи, порески обвезници, порески поступак, Европска унија, државе у транзицији, пореска сагласност.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018. година.

Увод

Ефикасна реализација пореског потраживања државе подразумева постојање високог степена пореске сагласности обвезника. Добровољно повиновање обвезника пореским обавезама фундаментални је циљ савремених пореских система. Остваривање овог циља суочава се са бројним тешкоћама, које су посебно наглашене у кризним временима. Идентификовати, у највећој могућој мери, чиниоце који утичу на прихватање пореза од стране обвезника, као и опсег њиховог утицаја, захтеван је задатак пореске власти сваке државе. Од успешности испуњења овог задатка зависи и примена адекватних мера утицаја на понашање пореских обвезника.

Искуство потврђује да поступање пореских управних органа у пореском управном поступку остварује значајан утицај на пореске обвезнике и испуњење пореских обавеза са њихове стране. Адекватни принципи, облици и стандарди поступања пореских органа обликују амбијент који је погодан за развој коректних односа пореских органа и пореских обвезника. Такви односи су претпоставка остваривања планираних циљева државе у сфери опорезивања и поштовања и заштите права и интереса обвезника пореза.

Кратак осврт на европске захтеве и остварење управног поступања

Државе чланице Европске уније (ЕУ), свака понаособ, уживају значајну самосталност уређивања своје управне области. Управно право ових држава се примењује искључиво на њиховом подручју. Ова констатација не изненађује уколико се има у виду чињеница да је Европска унија претежно економска интеграција. Постојање европског економског простора је логично будући да политике Уније и стварају и креирају овај простор. Постепено и прилично видљиво се, међутим, дешавају и одређене промене у управној области на подручју ЕУ. Ове промене су више фактичке (мање *de iure*) али, у сваком случају, довољне да се може говорити о европском управном простору у настајању. Томе је нарочито допринела међусобна сарадња јавних службеника држава чланица ЕУ, њихова сарадња са органима Уније и европско право које почива на прилично сличним начелима поступања јавне управе.²

2 Невен Шимац, Европски управни простор и европска начела јавне управе, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 2/2012, стр. 354.

Европски управни простор промовише одређене вредности, утемељене у начелима која треба да буду општеприхваћена и уграђена (уколико то већ није случај) у право свих држава чланица ЕУ, као и држава које теже да постану део ове интеграције. Та начела нису малобројна и, у данашњим условима, се истиче неопходност њиховог поштовања приликом уређивања односа грађана и управе. Ради се о својеврсним европским стандардима у управној области, односно области управног поступања.

У циљу имплементације тих стандарда, у многим земљама, се спроводи реформисање и осавремењивање рада јавне управе. У први план се истиче одговорност јавне управе, „добро управљање“, сузбијање негативних појава у њеном функционисању, модернизација управе. Усклађивање прописа, до којег долази у поступку правне хармонизације на подручју ЕУ, само по себи није довољно, уколико нису обезбеђене претпоставке да се хармонизовани прописи доследно примењују. Примена прописа се треба вршити у духу поштовања европских вредности, начела и стандарда јавне управе. Изузетно је важна способност постизања резултата у примени правне тековине Европске уније (*acquis communautaire*). Упркос чињеници да у области јавне управе видљивија формална правна тековина ЕУ не постоји, стварање амбијента, који логички произилази из политика ЕУ и потребе једнаке примене ЕУ норми на грађане и привредне субјекте ЕУ, је перманентни захтев. Истовремено се од националних јавних управа, очекује манифестовање способности да ефикасно учествују у формулисању и остваривању политика ЕУ. Европски управни простор и настаје у таквом амбијенту а карактерише га „административна веродостојност правне државе и ефективна примена политика ЕУ“. Веродостојност значи и способност и ефективност и предвидивост, али и регуларност и транспарентност поступака, капацитет да се одговори изазовима актуелног времена и простора.³

Порески органи, као део јавне управе, деле судбину јавне управе у целини. У том смислу, осавремењивање њиховог поступања треба вршити у духу прокламованих и општеприхваћених европских захтева. Истовремено је неопходно уважити и специфичности примене закона у области опорезивања. О којим специфичностима је реч, како се оне одражавају на правила пореског управног поступања, која треба да буду гарант квалитета овог поступања, биће речи у наставку рада.

3 *Ibid*, стр. 358.

Поштовање европских начела јавне управе као претпоставка доброг пореског управног поступања и добровољног повиновања обвезника порезима

Поштовање европских начела јавне управе представља претпоставку њеног демократског функционисања.⁴ Наведено се односи како на целу јавну управу, тако и на пореске органе као део јавне управе тј. посебне управне органе. Ова начела су бројна и уколико се посматра поступање пореских органа, могу се сврстати у начела која се тичу области пореских прописа (прописа који уређују поједине врсте пореза), пореских поступака и службеника који воде пореске поступке (пореских службеника).⁵

а) Порески прописи

Квалитет пореских прописа, који је гарантован уколико се доследно уважавају одређена начела при њиховом формулисању, остварује велики утицај на поступање пореских органа. *Прегледност, једноставност и јасноћа* су од фундаменталног значаја с обзиром да њихово поштовање при формулисању пореских прописа доприноси лакшој примени истих и позитивно утиче на поступање пореских органа. Супротно томе, бројност, сложеност, двосмисленост, непотпуност и противуречност пореских прописа неповољно утичу на пореско управно поступање. Уколико порески закони и њима установљено опорезивање (материјално пореско право) не „значи“ општошћу и равномерношћу (тзв. хоризонтална и вертикална правичност), већ привилегијама за одређене групе пореских обвезника, примена таквих закона ће пореским органима бити додатно отежана. Неправичне пореске погодности, дате неким групама пореских обвезника, слабе пореску сагласност обвезника. Порески закони који установљавају и штите неправду неправедни су, а изречена санкција за њихово непоштовање повећава штетне последице које ти закони производе. У условима значајних проблема у економији и неповољног економског положаја великог дела грађана у једној земљи, такви закони могу да изазову бурне негативне реакције које су обично највидљивије на релацији порески органи – порески обвезници.

4 Европски принципи јавне управе су детаљније обрађени у следећим публикацијама: European Principles for Public Administration, SIGMA papers, No 27, OECD, 1999; Preparing Public Administrations for the European Administrative Space, SIGMA papers, No 23, OECD, 1998; Sustainable Institutions for European Union Membership, SIGMA papers, No 26, OECD, 1998.

5 Упореди: Невен Шимац, Еуропски управни простор и еуропска начела јавне управе, *op. cit.* стр. 359-360.

Један од захтева који се поставља пред креаторе пореских прописа, а у сагласју је са *начелом правне сигурности*, свакако јесте и захтев да се порески прописи не мењају често. Другим речима, захтева се *постојаност пореских прописа*. Овај захтев у сфери опорезивања, искуство показује, није увек лако уважити. Порески прописи који се покажу као некавалитетни морају се мењати. Уз то, комплексни и променљиви облици економске активности пореских обвезника се, у савременим условима, много пута, не могу подвести под постојеће (традиционалне) пореске норме. Пореске прописе је, стога, неопходно осавременјивати. Сами порески органи морају бити свесни глобалних економских кретања и савремених трендова у пословању и тога како и којом брзином они делују на „застаревање“ пореских прописа и успешност у примени пореза. Нестабилност пореских прописа, без обзира шта условљавало пореске промене, увек оставља одређени „траг“ на пореско управно поступање и пореску сагласност обвезника.

б) Порески поступци

Порески поступак, као скуп процесних правила о редоследу и облику радњи које при доношењу пореских управних аката (решавању пореских управних ствари) морају применити порески органи, битна је гаранција заштите права и интереса пореских обвезника, као и заштите јавног интереса. Квалитет пореске процесне регулативе (формално пореско право) је подједнако важно питање пореске области у једној земљи, као и одабир облика пореза који чине порески систем и квалитет њиховог законског регулисања (материјално пореско право). Формално (процесно) пореско право је средство или „алат“ за примену материјалног пореског права.⁶

Питање поштовања начела пореског поступка има велики значај за успешно вођење овог поступка. Правила управног поступка у европском праву⁷ и њихова анализа могу корисно послужити приликом преиспитивања постојећих правила пореских поступака и евентуалног предлагања њихове модификације сходно европским захтевима. У принципу, у новије време се јасно издваја тренд јачања права појединаца у управним поступцима (што се односи и на пореске обвезнике и пореске поступке), чиме посебно

6 Милева Анђелковић, Марина Димитријевић, Пореско право Србије, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2009, стр. 179.

7 Видети опширније: Дарио Ђерђа, Правила управног поступка у Европском праву, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр. 1/2012, стр. 109-144.

на значају добија њихово право на тзв. *добру управу*.⁸ Веће Европе је, 2007. године, у Препоруци СМ/Рес (2007)7 Већа министара државама чланицама о доброј управи детаљније разрадило шта се све сматра добром управом, као и којим начелима се добра управа остварује. Према овој препоруци, да би се постигла добра управа, приликом одлучивања о правима, обавезама и правним интересима појединаца, морају бити поштована следећа начела: начело законитости, начело једнакости, начело непристрасности, начело пропорционалности, начело правне сигурности, начело предузимања радње у разумном року, начело учешћа странке у поступку, начело заштите приватности и начело транспарентности. Препорука истиче да се против сваке одлуке управе треба обезбедити судска заштита, као и жалба као редовно правно средство. Препорука поставља и обавезу накнаде штете коју управни орган начини појединцу.⁹

У области добре управе важношћу се истиче и Европски кодекс доброг административног понашања (*The European Code of Good Administrative Behaviour*). Овај кодекс поставља општи оквир правилног административног понашања – управног поступања (добре управе). Кодекс одражава следеће принципе Европског управног простора: законитост; забрану дискриминације; сразмерност и сврсисходност; забрану злоупотребе и прекорачења овлашћења; непристрасност и самосталност; објективност; доследност и поштовање оправданих очекивања; правичност; учтивост; исправљање пропуста; језик и писмо; потврду пријема и обавештење о надлежном службенику; прослеђивање и исправку поднесака; право појединца да буде саслушан и да даје изјаве; разумни рок за доношење одлуке; образложење одлуке; поуку о правном средству; достављање одлуке; заштиту података о личности; пружање информација о поступку; приступ информацијама од јавног значаја; вођење одговарајуће евиденције; право притужбе због кршења Кодекса.¹⁰

Фундаментално начело за остваривање добре управе јесте *начело законитости*. Поштовање овог начела у пореском поступку и постојање добрих пореских органа, подразумева „везаност“ пореских органа законом и у материјалном и у формалном смислу.¹¹ Појединачни порески управни

8 Carol Harlow, *European Administrative Law and the Global Challenge*, European University Institute, RSCAS Working Paper, No 23/98, стр. 6.

9 Дарио Ђерђа, *Правила управног поступка у Европском праву*, *op. cit.* стр. 119.

10 Видети детаљније: *The European Code of Good Administrative Behaviour*, <http://www.ombudsman.europa.eu/resources/code.faces>.

11 Повеља о основним правима Европске уније (*Charter of Fundamental Rights of the European Union*) у чл. 41. гарантује право на добру управу (*right to good administration*). Право на добру управу је једно од новијих права које је кодификовано у Повељи о

акти морају бити у сагласности са законом на основу кога се доносе, уз поштовање правила приликом њиховог доношења. Уважавање начела законитости спречава самовољу и произвољност током решавања појединачне пореске управне ствари и обезбеђује да се, правилним спровођењем пореског поступка и правилном применом материјалног пореског права, конкретна пореска управна ствар законито реши. Другим речима, појединачни управни акт, који порески орган доноси у пореском поступку, мора бити законски одређен и у процесном (формалном) и у садржинском (материјалном) смислу. Процесни аспект начела законитости подразумева обавезу пореских органа да се доследно придржавају законских одредби о пореском поступку. У садржинском погледу, законитост решавања у пореским управним стварима тиче се одређивања меродавног (одговарајућег) прописа у конкретном случају и у његовој правилној примени на утврђено чињенично стање.

У циљу достизања задовољавајућег степена повиновања обвезника порезима, свакако је важно да порески органи, приликом пореског управног поступања, воде рачуна о формалноправној законитости, тј. порески поступак воде уз поштовање свих правила поступка, чињенично стање правилно и потпуно утврђују, доносе пореска решења (пореске управне акте) која благовремена,¹² довољно јасна и прецизно образложена. Порески службеници који воде порески поступак треба добро да познају и материјално пореско право и формално пореско право. И материјалноправна и формалноправна законитост морају бити кумулативно испуњење да би појединачни порески управни акт био законит. Законитост је темељна претпоставка правне сигурности.¹³ Потпуно поштовање закона у поступку искључује сваки облик самовоље у одлучивању и спречава неједнако

основним правима Европске уније (Ница, 2000.). Члан 6. Уговора о Европској унији предвиђа да Унија признаје права, слободе и начела из Повеље о основним правима Европске уније која има правну снагу једнаку оснивачким уговорима. Текст Повеље о основним правима Европске уније, као и остали материјали везани за њен садржај, доступни су на следећој интернет страници: http://www.europarl.europa.eu/charter/default_en.htm.

12 Порески поступак и одлучивање у овом поступку морају бити брзи, али у мери која остварује поштовање норми и интереса учесника у поступку. Одговорачење пореског поступка изазива незадовољство пореских обвезника а истовремено је противно и јавном интересу.

13 Правна сигурност у раду пореских органа постоји уколико је рад ових органа законит а то значи и поуздан и предвидив. Једнообразност у управном поступању увек иде у прилог правној сигурности и доприноси владавини права. Уз то, она убрзава вођење пореских поступака и тиме утиче на ефикасност поступања пореских органа.

поступање према пореским обвезницима. Наведено се повољно одражава и на поштовање пореских закона од стране обвезника.

Начело законитости је у директној вези са *начелом материјалне истине* у пореском поступку.¹⁴ Неутврђивање тачног пореског чињеничног стања и праве економске снаге пореског обвезника представља повреду *начела једнакости у поступању пореских органа*, као и у доношењу пореских одлука у поступку. Таквим поступањем повлашћују се одређене групе пореских обвезника, тј. врши се дискриминација осталих пореских обвезника. Постојање оваквог поступања пореских органа се негативно одражава на пореску сагласност обвезника у целини. Супротно томе, поштовање *начела непристрасности* и *начела правичности* у вођењу пореског поступка позитивно утиче на повиновање обвезника порезима и њихову пореску лојалност. Одредбе о забрани злоупотребе овлашћења¹⁵ доприносе објективном поступању и правичности у вођењу пореског поступка. Порески органи треба да утврде све чињенице које су битне за доношење законите и правилне одлуке у пореском поступку, посвећујући једнаку пажњу и чињеницама које иду у чињеницама које не иду у прилог пореском обвезнику. Наравно, обвезницима треба омогућити да се изјасне о чињеницама које су од значаја за одређивање пореске обавезе.

Поступање пореских органа у пореском поступку подлеже одговорности. *Начело одговорности* има своје позитивно, морално значење, као и негативну, правну димензију. Одговорност значи, с једне стране, да порески органи морају одговорно доносити своје одлуке у пореском поступку, бити у стању образложити те одлуке, а с друге стране порески органи морају да одговарају за етичност свог поступања, као и за законитост својих одлука и то пред вишим пореским управним и судским органима. Није реч о некој апстрактној одговорности, јер се она односи на конкретна правна питања о одлукама и поступању пореских службеника, које правни пропису регулишу. То је тзв. управљање управом (пореским органима) помоћу права.¹⁶

14 У пореском поступку је, у највећој могућој мери, потребно користити савремене технике доказивања, стручне методе за утврђивање свих релевантних пореских чињеница и стандардне рачуноводствене критеријуме за утврђивање прихода, дохотка и имовине, као манифестације економске моћи обвезника коју треба захватити порезима.

15 Најчешће у пореском поступку долази до злоупотребе овлашћења на дискрециону оцену од стране пореских органа. Док се повреде пореских закона, материјалне и формалне природе, релативно лако могу открити на основу тумачења самог закона, дотле је за откривање незаконитости у циљу или сврси закона неопходно познавати дух и смисао целог закона, па и основних начела правног поретка.

16 Невен Шимац, Еуропски управни простор и еуропска начела јавне управе, *op. cit.* стр. 361.

Поступање пореских органа подлеже различитим механизмима контроле. Поред правних механизма контроле (управна и судска контрола), који се остварују преко низа прилично формалних поступака, постоје и неправни механизми контроле (омбусман, јавно мњење). Контрола је претпоставка одговорности а одговорност је крајња сврха контроле. Контролом треба гарантовати принцип законитости у поступању пореских органа, јер је неопходно заштити и јавни интерес и права и интересе пореских обвезника. Уколико су механизми контроле делотворни остварује се позитиван утицај на правну сигурност и легитимитет пореских органа. То, збирно посматрано, остварује адекватан утицај на популацију пореских обвезника и њихову свест да је држави неопходно плаћати порезе.

Успешно поступање пореских органа у пореском поступку, сигурно значи и уважавање *начела ефикасности* и *начела ефективности*. Уважавање ових начела у пореском управном поступању за резултат може имати веће задовољство пореских обвезника радом пореских органа. Наиме, ефикасност у раду пореских органа представља посебну димензију правне одговорности. Реч је о успостављању доброг односа између ресурса који се троше и резултата који се постижу. То је могуће остварити само у поступку у коме порески органи своје надлежности обављају са најмањим бројем људи, уз најмањи трошак средстава, у најкраћем времену у коме се постижу добри резултати. Информационо-технолошка модернизација пореског поступка је велики покретач промена у овом поступку и доноси бројне новине које утичу на ефикасност пореског управног поступања. У вези са ефикасношћу је и ефективност која у основи представља успешност пореских органа у постизању циљева које им закон налаже. Остварени резултати се посматрају у односу на постављене циљеве, тј. значајна ефективност у поступању пореских органа је остварена уколико порески обвезници у великој мери добровољно испуњавају своје пореске обавезе.

Успешније пореско управно поступање сигурно значи трагање за већом ефикасношћу и ефективношћу у границама владавине права. Пракса је показала да реорганизацију пореских органа, у данашњим условима, треба базирати на повећању њихове успешности кроз осавремењивање организације и постојећих начина поступања са обвезницима пореза (већа усмереност ка пореским обвезницима и њиховим потребама), модернизацију пореских поступака и веће коришћење информационо-комуникационе технологије у раду.¹⁷ Сходно томе, остварује се већа транспарентност

17 Значајна примена информационо-комуникационе технологије омогућила је увођење већег броја стручних поступака у пореском управном раду, код којих је темељно начело *lex artis*, а не закон принуде. Упоредо са смањењем значаја принуде у пореским поступцима (изузев у поступку принудне наплате пореза), опада и утицај фактора

пореских поступака – *начело транспарентности* и повећава отвореност пореских органа према пореским обвезницима – *начело отворености*. Поштовање начела отворености и транспарентности омогућава јавности да дође до потребних информација о поступању пореских органа. Другим речима, сваки субјект кога се тиче пореско управно поступање може да сазна правни основ тог поступања. С друге стране, начела отворености и транспарентности олакшавају вршење контроле пореског управног поступања. Уз то, отвореност и транспарентност су неопходна начела за остваривање владавине права, једнакости пореских обвезника пред законом, као и остваривање одговорности пореских органа.

в) Порески службеници

Поштовање начела која се односе на пореске службенике остварује значајан утицај на пореску сагласност обвезника. Порески службеници су репрезенти пореске власти. У контактима са пореским обвезницима они непосредно долазе до информација о томе да ли и у којој мери порески обвезници прихватају актуелни систем опорезивања и постојећи ниво пореског оптерећења.

Неколико је начела која треба да допринесу квалитетном раду пореских службеника. Својим значајем се, најпре, истиче *професионалност*. Она је предуслов поузданости и предвидивости у раду. Професионални интегритет се гради непристрасношћу у поступању и професионалном независношћу. Независност у раду, у сваком случају, не значи апсолутно право на слободан суд или мишљење јер постоје законске норме и професионални стандарди који од стране пореских службеника морају да буду поштовани.

Материјална незаинтересованост, као начело, такође битно одређује квалитет поступања пореских службеника. Ово начело подразумева одсуство могућности за подмићивање пореских службеника. Базична претпоставка за то су јасни и прецизни прописи о статусу пореских службеника. Ови прописи треба да спрече било какав конфликт интереса. Реч је, пре свега, о изигравању и/или угрожавању јавног интереса (интереса пореске службе) због приватних интереса пореских службеника.

Повећање броја пореских службеника негативно утиче на став пореских обвезника према пореској власти. Порески обвезници су нарочито осетљиви на ову појаву у време друштвене и економске кризе.

принуде у односима пореских органа са пореским обвезницима. Видети више: Еуген Пусић, Наука о управи, Школска књига, Загреб, 2002, стр. 98-106.

Незадовољство обвезника је веће уколико рад пореских службеника није квалитетан и уколико су порески службеници некоректни према пореским обвезницима. Ставови пореских обвезника као појединаца и актуелни друштвени односи се морају заједно посматрати будући да снажно делују на пореску сагласност обвезника. У овом контексту, значајан утицај на повиновање обвезника порезима имају и прописане пореске санкције и њихова примена.

Обавеза пореских службеника је и чување службене тајне – *начело чувања службене тајне*. Порески службеници треба да се уздрже од било каквог коментарисања свог рада и изношења било каквих чињеница из пореског поступка који воде. Начело службене тајне има посебан значај за обезбеђење личног и професионалног интегритета пореских обвезника и налази свој пандан у праву ових субјеката на поверљивост и тајност података које сакупљају порески органи. Уколико порески обвезници немају гаранције да ће подаци које достављају пореским органима, односно до којих су они дошли, бити третирани као тајна, постојаће јак подстицај да пореске податке не пријављују или да их само селективно пријављују. Институт тзв. *пореске тајне* је изузетно важан јер је претпоставка остваривања већих јавних прихода, што је у јавном интересу, а уједно и претпоставка заштите интереса пореских обвезника. Пореска тајна није ограничена само на економске или пореско-релевантне чињенице, већ и на животне околности пореског обвезника и чланова његове породице.¹⁸ Зато је њено поштовање од видног значаја за повиновање обвезника пореским обавезама.

У циљу грађења квалитетних односа пореских органа и пореских обвезника, порески службеници су дужни да у пореском поступку поступају у доброј вери – *начело поступања у доброј вери*. Поштовањем овог начела, порески службеници а и порески обвезници се обавезују на савесно, коректно, поштено и добронамерно међусобно понашање. Добра вера (*bona fides*) је незамењива основа ефикасне реализације порескоправног односа. Дугорочно посматрано, једна је од кључних одредница пореске лојалности обвезника.¹⁹

Поштовање начела поступања у доброј вери, између осталог, подразумева обавезу пореских органа (пореских службеника) да изграде систем информисања који ће обвезницима омогућити јединствен, савремен и што

18 О институту пореске тајне видети: Оливера Лончарић-Хорват, Поресна тајна, Право и порези, бр. 11/2004, стр. 3-4; Никола Мијатовић, Одређење института поресне тајне у немачком праву, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 1/2013, стр. 71-93.

19 У том смислу видети: Наташа Жунић-Ковачевић, Примјена начела добре вјере у поресном поступку, Зборник Правног факултета у Ријеци, бр. 1/2010, стр. 133-150.

лакши приступ информацијама из пореске области, као и информацијама о правима и обавезама у поступцима који ће се, у вези са обвезником, водити пред пореским органима. Уосталом право је пореског обвезника да буде упознат са информацијама којима порески органи располажу а тичу се примене прописа. Поштовање овог обвезничког права директно утиче на став пореског обвезника према прихватању пореских обавеза, као и на обвезничкову кооперативност у пореском поступку на којој се данас нарочито инсистира.

Порески службеници у многим земљама, много више него раније, прихватају услужно-оријентисани концепт рада, у чијем фокусу су порески обвезници, као корисници пореских услуга и њихове потребе. Овај концепт, настао као резултат е-управе, обилује многим предностима: правовремено располагање потребним пореским информацијама, мрежно повезивање, електронска пошта, подношење е-поднесака пореским органима, континуирани радни процес, on-line пореска питања и одговори и сл. Увођење електронске комуникације (наравно уз постојећу традиционалну комуникацију) ствара предуслове за смањење броја непосредних контаката пореских обвезника и пореских службеника. Пружање пореских услуга пореским обвезницима и њихово моделирање према различитим категоријама пореских обвезника и њиховим посебностима подстиче на прави начин добровољну пореску сагласност обвезника.²⁰

Закључак

Успешна примена пореског система је основни циљ савремених пореских држава. Циљ није лако достићи уколико се има у виду разноликост популације пореских обвезника и различит ниво пореске културе. Сви порески обвезници немају свест о чињеници да је неопходно плаћати порезе и да је то неопходан услов нормалног финансирања и функционисања државе. Поред пореских обвезника који имају завидан степен пореске свести, постоје и порески обвезници који имају свест о нужности плаћања пореза, али би радије да терет финансирања државе и јавне потрошње сноси неко други. Они се труде да, на све могуће начине, избегну плаћање пореских обавеза. У оваквим околностима, порески органи треба да реализују своје законом прописане надлежности, кроз пореско управно поступање, што је, мора се признати, задатак са пуно изазова. Истовремено, својим поступањем порески органи треба позитивно да утичу и на пореску

20 Видети више: Improving Taxpayer Service Delivery: Channel Strategy Development, Prepared by Forum on Tax Administration Taxpayer Services Sub-group, Approved by Committee on Fiscal Affairs, OECD, May 2007.

сагласност обвезника. Шта је најбоља препорука пореским органима у вези испуњавања ових задатака? Искуство и пракса су дали одговор на постављено питање. Потребно је доследно примењивати пореске прописе и потпуно поштовати општеприхваћене европска начела јавне управе и управног поступања. Наведено представља гаранцију исправног поступања пореских управних органа, адекватног уважавања пореских обвезника као странака у пореском поступку (на чему се данас посебно инсистира), али и гаранцију да порески органи имају капацитет да се суоче са променљивим друштвеним, економским и правним околностима модерног доба.

Резиме

Квалитетно пореско управно поступање, које остварују порески органи у пореском поступку, битна је гаранција заштите јавног интереса у сфери опорезивања, као и права и интереса пореских обвезника. Адекватни принципи, облици и стандарди поступања пореских органа, приликом решавања пореских управних ствари, од великог су значаја у свакој држави, која претендује да успешно реализује своја пореска потраживања и гради коректне односе са пореским обвезницима.

Порески органи у данашњим условима функционишу под утицајем комплексних друштвених, политичких и економских околности. Кроз реформу и модернизацију рада ових органа, у многим државама Европске уније и државама у транзицији, желе се пронаћи прикладни одговори на бројне изазове модерног доба. Без таквих одговора нема успешно спроведених поступака опорезивања, правне сигурности, владавине права и задовољавајућег нивоа прихватања пореских обавеза. Будући да је моделирање правила савременог пореског поступка често засновано на детаљнијој разради поступања пореских органа у пореском поступку, као и разради положаја пореског обвезника наспрам пореских органа, аутор у раду, на основу извршене анализе, указује на утицај који пореско управно поступање остварује на пореску сагласност обвезника. Реч је о утицају који суштински одредјује испуњење планираних циљева опорезивања.

Prof. Marina Dimitrijević, LL.D.

Associate Professor,

Faculty of Law, University of Niš

TAX ADMINISTRATIVE PROCEDURE AND TAXPAYER COMPLIANCE

Summary

Quality tax administrative procedure, conducted by tax authorities in tax procedure, is an important guarantee in protecting the public interest in the field of taxation as well as the rights and interests of taxpayers. The adequate principles, forms and standards governing the conduct of tax authorities are of great importance in resolving tax administration matters in any country aspiring to successfully realize its tax claims and build proper relations with taxpayers.

Today, tax authorities are under the influence of complex social, political and economic circumstances. In order to appropriately respond to numerous challenges of the contemporary world, many European Union countries and transition countries exert their best efforts to reform and modernize their tax administration institutions. It is a prerequisite for successfully implemented taxation procedures, legal security, the rule of law and a satisfactory level of citizens' acceptance of tax liabilities. The process of designing contemporary tax procedure rules includes an explicit specification of the tax authorities' behaviour in tax proceedings as well as the need to clearly define the taxpayer's status in relation to tax authorities. On the basis of the conducted analysis, the author of this paper discusses the influence of the tax administration procedure on taxpayers' compliance, which has a substantial impact on the accomplishment of the envisaged taxation objectives.

Key words: *tax authorities, taxpayers, tax procedure, the European Union, tax compliance.*

Проф. др Небојша Раичевић, ванредни професор
Правни факултет Универзитета у Нишу

АГЕНЦИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ЗА ОСНОВНА ПРАВА¹

Апстракт: Ради што успешнијег деловања на плану поштовања људских права, Европска унија је 2007. године основала Агенцију за основна права. Агенција је правни сукцесор Европског центра за надзирање расизма и ксенофобије и има правни субјективитет. Она делује независно од држава чланица и институција ЕУ. Радом Агенције управљају четири органа, и то: Управни одбор, Извршни одбор, Стручни комитет и Директор. Агенција нема законодавна, регулаторна, судска нити квазисудска овлашћења. Она има задатак да прикупља објективне, поуздане и упоредиве информације и податке о основним правима. Агенција је несумњиво допринела бољем поштовању основних права у ЕУ, али има два значајна недостатка. Најпре, она не усваја сопствени Вишегодишњи план рада, већ то чини Савет ЕУ, на предлог Комисије, и друго, искључена је њена надлежност из области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима.

Кључне речи: Агенција Европске уније за основна права, Европска унија, основна права, полицијска и правосудна сарадња у кривичним стварима.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018. година.

1. Увод

Иако у почетку то није био случај, поштовање људских права данас заузима важно место у агенди деловања Европске уније. Најпре кроз праксу Суда правде, а потом и кроз измене оснивачких уговора, људска права су добила карактер основне вредности на којима је базирана ова европска организација. Са нормативним унапређењем људских права у ЕУ, увидело се да је неопходно створити једну посебну институцију задужену за ту област. Та идеја се јавила још крајем 90-тих година XX века, а коначно је реализована 2007. године, када је одлуком Савета ЕУ створена Агенција Европске уније за основна права (енг. *European Union Agency for Fundamental Rights*).

На почетку овог рада дат је кратак историјски осврт на нормативни статус људских права у Европској унији. Након тога, пажња се усмерава на саму Агенцију Европске уније за основна права. Најпре се описује процес њеног оснивања, потом се објашњава правни статус и организациона структура Агенције, да би на крају била изложена правила о надлежности те институције.

2. Европска унија и људска права

На почетку треба рећи да се у ЕУ не употребљава израз „људска права“, већ се доминантно користи израз „основна права“. Разлог за то је тежња за наглашавањем уставног, а не међународног карактера тих права. Израз „основна права“ везује се, пре свега, за уставно право, док се израз „људска права“ претежно користи у међународном праву. Правни поредак ЕУ је уставни поредак, који данас има своју Повељу о основним правима као сопствени Бил о правима, слично као што државе имају устав и уставни каталог права.² Пракса Суда правде ЕУ на пољу заштите људских права и сама Повеља ЕУ о основним правима јесу стваране под утицајем Европске конвенције о људским правима и других међународних уговора. Међутим, формални извор права ЕУ у тој области који је директно примењив јесу општа начела права ЕУ, а од 2009. године и Повеља ЕУ о основним правима. Међународни инструменти су само служили и служе као смернице и инспирација, а не као директно примењиви и обавезујући извори.³

2 A. Rosas-L. Armati: *EU Constitutional Law – An Introduction*, Oxford/Portland, 2010, pp. 13-14.

3 A. Rosas: *The European Union and International Human Rights Instruments*, in: V. Kronenberger (ed.): *The European Union and the International Legal Order: Discord or Harmony*, The Hague, 2001, p. 53.

Европска унија, односно њене претече у виду европских заједница, створене су ради остваривања заједничких економских интереса држава и грађана. Главни циљ оснивања поменутих организација био је стварање заједничког тржишта, а не заштита људских права. Људска права су унутар ових интеграција тек касније постепено узимана у обзир. Циљ таквог поступања био је ограничавање дискреције европских супранационалних институција.⁴ Она су најпре третирана у оквиру неписаног права, тј. општих начела креираних у пракси Суда правде у Луксембургу.⁵

Тек је Уговором из Мастрихта (чл. 6, бивши чл. Ф) поштовање основних права нашло своје место у оснивачким уговорима. У ставу 1 је било речено да се ЕУ заснива на начелима слободе, демократије, поштовања људских права и основних слобода и на владавини права. У ставу 2 је извршена одређена конкретизација, истицањем да се у ЕУ поштују основна права гарантована Европском конвенцијом о људским правима и она основна права која проистичу из уставних традиција заједничких државама чланицама, и то као општа начела комунитарног права. Обавеза поштовања људских права не односи се само на институције ЕУ, већ и на државе чланице и њихове судове и друге органе. Уговор из Амстердама (1997), у чл. 6(1), предвиђао је да се ЕУ темељи на принципима слободе, демократије, поштовања људских права и основних слобода и владавани права, као принципима који су заједнички државама чланицама. Овај уговор (чл. 7) уводи и механизам политичке контроле поштовања вредности наведених у чл. 6(1). Према чл. 7 Амстердамског уговора, Савет, одлучујући на основу предлога трећине држава чланица или Комисије и након добијања сагласности Европског парламента, може једногласно утврдити да је нека држава чланица извршила озбиљну и трајну повреду принципа наведених у чл. 6(1). Уколико утврди постојање такве повреде, Савет може квалификованом већином одлучити да тој држави суспендује нека права, укључујући и право гласа у Савету. Уговором из Нице (2000) чл. 7 је допуњен додатним увођењем превентивне процедуре. Према ставу 2 тог члана, Савет, одлучујући по предлогу трећине држава чланица, Европског парламента или Комисије и након добијања сагласности Европског парламента, може већином од 4/5 својих чланица утврдити да у некој држави чланици постоји јасан ризик озбиљног кршења принципа наведених у чл. 6(1). У тој ситуацији

4 J. D. Rochere: Challenges for the Protection of Fundamental Rights in the EU at the Time of the Entry into Force of the Lisbon Treaty, *Fordham International Law Journal*, Vol. 33, 2011, No. 6, p. 1794.

5 Court of Justice, Case 29/69, *Erich Stauder v City of Ulm – Sozialamt*, Judgment of 12 November 1969, ECR 1969, p. 425, para. 7; Court of Justice, Case 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH/Einfuhr-und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*, Judgment of 17 December 1970, ECR 1970, p. 1134, para. 4.

Савет може упутити одговарајуће препоруке дотичној држави чланици. Те 2000. године усвојена је и Повеља ЕУ о основним правима, као заједнички документ Комисије, Савета и Европског парламента. Она садржи исцрпни каталог основних права, али је у почетку имала само политички, а не и правно обавезујући карактер.

Ступањем на снагу Лисабонског уговора (2009) Повеља добија обавезујући карактер, јер према чл. 6(1) Уговора о ЕУ она има „исту правну вредност као уговори“. Тиме не само да је Повеља постала правно обавезујући акт, већ је добила снагу примарног извора права ЕУ која има примат над секундарном легислативом ЕУ и над националним правом држава чланица.

Може се видети да је Европска унија изграђена на традицији поштовања људских права. Многи органи ове организације, а пре свега Суд правде ЕУ и Комисија, задужени су за надзор над поштовањем људских права како од стране држава чланица, тако и од самих институција ЕУ. Ради што успешнијег деловања на плану поштовања људских права, основана је и Агенција Европске уније за основна права (у даљем тексту „Агенција“).

3. Оснивање Агенције

Претходник Агенције био је Европски центар за надзирање расизма и ксенофобије, установљен 1997. године,⁶ створен услед пораста ксенофобије у неким државама чланицама ЕУ. Према Регулативи којом је установљен, његов главни задатак био је обезбеђивање објективних, поузданих и упоредивих података о расизму, ксенофобији и антисемитизму на нивоу ЕУ. Поред тога, Центар је имао и овлашћење да истражује узроке и последице тих појава, као и да идентификује примере успешних контрамера.

Након усвајања Повеље ЕУ о основним правима, Европски савет је 2003. године нагласио потребу прикупљања и анализе података о људским правима са циљем да се дефинише политика ЕУ у тој сфери. Имајући то у виду, Европски савет је тада одлучио да треба проширити мандат Европског центра за надзирање расизма и ксенофобије и трансформисати га у посебну агенцију за људска права.⁷ Како би разјаснила и уобличила структуру и задатке предложене агенције, Европска комисија је 2004. године сачинила и објавила документ на који су заинтересовани субјекти могли да изнесу

6 Council Regulation (EC) No. 1035/97, 2 June 1997, OJ 1997, L 151/1.

7 European Council Meeting in Brussels (12-13 December 2003), Conclusions of the Representatives of the Member States, Meeting at Head of State or Government Level in Brussels on 13 December 2003, p. 27.

своје примедбе.⁸ Велики број актера поднео је примедбе и сугестије на тај докуменат.⁹ Након тога, Комисија је сачинила коначан предлог регулативе о оснивању агенције и упутила га Савету ЕУ.¹⁰ Правни основ за стварање Агенције за основна права, као и код других агенција ЕУ, Комисија је нашла у чл. 308 Уговора о ЕЗ (данас чл. 352 Уговора о функционисању ЕУ). На основу предлога Комисије, Савет ЕУ је 15. фебруара 2007. године усвојио Регулативу бр. 168/2007¹¹ (у даљем тексту „Регулатива“) којом је основана Агенција ЕУ за основна права, а рад ове агенције отпочео је марта исте године.

4. Правни статус и организациона структура Агенције

Агенција има правни субјективитет. Она је правни сукцесор Европског центра за надзирање расизма и ксенофобије. Седиште Агенције је у Бечу. Она ужива привилегије и имунитете на основу Протокола о привилегијама и имунитетима ЕУ.

Према чл. 16 Регулативе, Агенција врши своје послове „потпуно независно“. По томе се она разликује од свих других агенција ЕУ. Агенција је независна од држава чланица ЕУ, али и од институција ове организације. На тај начин су испоштовани „Париски принципи“¹² који су експлицитно и поменути у ст. 20 преамбуле Регулативе. Плурализам и независност су два најапстрактнија Париска принципа. Плурализам у Агенцији је остварен стварањем већег броја органа који руководе њеним радом, док је независност постигнута саставом тих органа.

Ипак, Агенцији се може упутити и једна замерка у погледу независности њеног рада. Чл. 5(1) Регулативе предвиђа да Вишегодишњи програм рада Агенције, на предлог Европске комисије, усваја Савет ЕУ, уз претходно

8 COM(2004) 693 final, Communication from the Commission, The Fundamental Rights Agency, 25 October 2004 .

9 O. De Schutter, The EU Fundamental Rights Agency: Genesis and Potential, in K. Boyle (ed.), *New Institutions for Human Rights Protection*, Oxford, 2009, p. 101.

10 European Commission, Proposal for a Council Regulation establishing a European Union Agency for Fundamental Rights, COM(2005) 280 final, 30. June 2005.

11 Council Regulation No. 168/2007, 15 February 2007, OJ 2007, L 53/1.

12 Генерална скупштина УН је 1993. године дефинисала принципе независности и плурализма на којима треба да се заснивају националне институције које се баве људским правима. Та правила су позната под називом „Париски принципи“; UN General Assembly, *National institutions for the promotion and protection of human rights*, 20 December 1993, UN Doc. A/RES/48/134.

консултовање Европског парламента.¹³ Овакво утврђивање програма рада свакако ускраћује самосталност Агенције, чиме се донекле одступа од Париских принципа. Чињеница да Комисија приликом припреме предлога Вишегодишњег програма рада мора консултовати Управни одбор Агенције, никако не пружа гаранцију самосталности у креирању будућег рада тог тела за заштиту основних права у ЕУ. Та самосталност се донекле може задржати, и избећи сувишно мешање Комисије и Савета у рад Агенције, кроз начин формулисања Вишегодишњег програма рада. Пошто Регулатива не прописује колико програм рада мора да буде детаљан, он треба бити апстрактно формулисан, чиме ће Агенција бити остављена довољна аутономија.¹⁴

Иако је Агенција независно тело, Суд правде ЕУ је надлежан, да у складу са чл. 263 и 265 Уговора о функционисању ЕУ, оцењује законитост њених аката и њено уздржавање од деловања.¹⁵ Дакле, овлашћени тужиоци могу поднети тужбу за поништај аката, односно тужбу због пропуштања и затражити од Суда правде ЕУ да утврди да ли је Агенција прекршила право ЕУ.¹⁶ Поред тога, чл. 19 Регулативе предвиђа да деловање Агенције потпада под надзор Омбудсмана, у складу са чл. 228 Уговора о функционисању ЕУ (ранији чл. 195). Према наведеном члану, Омбудсман има право да прима жалбе физичких и правних лица због лошег поступања Агенције и да по тим жалбама спроводи одговарајућу истрагу.

Агенција има сложену организациону структуру и већи број органа. Ово тело има седам организационих јединица, и то: Директорат, Административно одељење, Одељење за људске ресурсе и планирање, Одељење за једнакост и права грађана, Одељење за слободе и правду, Одељење за комуникацију и јачање информисаности и Одељење за спољне односе и умрежавање.¹⁷

13 Чл. 5 Регулативе. До сада су усвојена два таква вишегодишња програма, и то за период 2007-2012. година (Council in Decision 2008/203/EC, 28 February 2008) и 2013-2017. година (Council decision No. 252/2013/EU, 11 March 2013).

14 A. Bogdany-J. Bernstorff: The European Union Fundamental Rights Agency within the European and international human rights architecture: the legal framework after the entry into force of the Treaty of Lisbon, in: Council of Europe: Definition and Development of Human Rights and Popular Sovereignty in Europe, 2011, p. 199.

15 Чл. 27, ст. 3 Регулативе о оснивању Агенције.

16 О томе више видети: З. Радивојевић-В. Кнежевић-Предић: Институције Европске уније, Ниш, 2008, стр. 158-167.

17 Агенција запошљава 90 службеника, укључујући правне експерте, стручњаке политичких и других друштвених наука, статистичаре, као и стручњаке за комуникацију и умрежавање.

Агенција има четири органа која управљају њеним радом, и то: Управни одбор, Извршни одбор, Стручни комитет и директор.¹⁸ Регулатива (чл. 11-15) прописује састав и надлежности поменутих органа.

Управни одбор чини по један независни члан из сваке од 28 држава чланица, један независни члан кога именује Савет Европе и два представника Комисије. Услов за чланство у овом органу је „одговарајуће искуство у управљању јавним или приватним организацијама, као и знање у области људских права“. Треба рећи да није прописана никаква процедура за именовање чланова Управног одбора. Мандат чланова траје пет година, без могућности понављања. На челу овог тела налазе се председник и потпредседник које бирају чланови из својих редова, на период од две и по године.

Чланови које именују државе и Савет Европе не заступају интересе субјеката који су их именовали, већ делују независно. Структура Управног одбора јасно показује доминацију независних личности, што у његовом одлучивању искључује утицај држава чланица и појединих институција ЕУ. Разлог за именовање једног члана од стране Савета Европе јесте усклађивање и кординација активности Агенције и Савета Европе на плану заштите основних права, како не би дошло до непотребног преклапања делатности та два тела.

Управни одбор има широка овлашћења. Он усваја неколико важних докумената за рад Агенције, и то: годишњи програм рада, у складу са Вишегодишњим програмом, нацрт годишњег буџета Агенције, као и годишњи извештај о раду Агенције. Поред тога, он бира чланове Извршног одбора и чланове Научног комитета и именује (и разрешава) директора Агенције.

Утицај Комисије на рад Агенције не остварује се преко чланова Управног одбора које именује Комисија (њих је само 2 од данас укупно 31 члана). Као што је већ речено, тај утицај се остварује преко Вишегодишњег програма рада Агенције који припрема Комисија, а усваја Савет ЕУ.

Извршни одбор чине председник и потпредседник Управног одбора, још два члана које из свог састава бира то тело, као и један од представника Европске комисије у Управном одбору. Састанцима Извршног одбора могу присуствовати члан Савета Европе именован у Управни одбор и директор Агенције, али без права гласа. Задатак Извршног одбора је да пружа потребну помоћ за рад Управног одбора и директора Агенције.

¹⁸ Овакав систем органа постоји и код других агенција ЕУ.

На челу Агенције се налази директор. Њега бира Управни одбор, а мандат му траје пет година. Директор припрема одлуке које усваја Управни одбор, стара се о спровођењу одлука Управног одбора, решава текућа административна питања и проблеме запослених у Агенцији. Директор своје послове треба да извршава независно од других органа и институција.

Научни комитет чини 11 независних личности, који су истакнути стручњаци у области основних права. Чланове тог тела именује Управни одбор, и то од лица која су се пријавила на јавни конкурс за ту позицију. Приликом избора чланова Научног комитета мора се водити рачуна о равномерној географској заступљености. Мандат чланова тог тела траје пет година. Научни комитет је гарант научног квалитета рада Агенције. Овај орган пружа директору, на његов захтев, сву стручну помоћ потребну за израду докумената које припрема тај инокосни орган.

Поставља се питање каква је природа одлука које доноси Научни комитет – да ли оне обавезује друге органе Агенције или само препоручују одређено понашање. У чл. 14(5) Регулативе стоји да је Комитет „гарант стручног квалитета рада Агенције“, што несумњиво одлукама овог тела даје ауторитативан значај. Чињеница да чл. 14(6) прописује формалну правну процедуру приликом одлучивања у Научном комитету може послужити као доказ да његове одлуке имају обавезујући карактер за друге органе Агенције.¹⁹

5. Надлежност Агенције

Надлежност Агенције је утврђена оснивачком Регулативом. За разлику од Европског центра за надзирање расизма и ксенофобије који је имао само уско поље деловања (борба против расизма и ксенофобије), Агенција је надлежна за целокупну област основних права. Она је надлежна за надзор над поштовањем грађанских, политичких, економских, социјалних и културних права.

Агенција пружа институцијама Европске уније и државама чланицама стручне савете из области основних права. Циљ рада Агенције је да допринесе обезбеђивању потпуног поштовања основних права широм Европске уније. Да би испунила тај циљ, Агенција за основна права ЕУ обавља следеће задатке: а) прикупљање и анализирање информација и података; б) пружање помоћи и давање стручних мишљења; в) информисање и подизање свести о основним правима; и г) саветовање и сарадња са партнерима (институције ЕУ, владе држава, међународне организације, невладине организације, националне институције које се баве људским правима, академске институције).

19 A. Bogdany-J. Bernstorff: *op. cit.*, p. 192.

Према чл. 2 Регулative, задатак Агенције јесте да релевантним институцијама, телима, уредима и агенцијама ЕУ и државама чланицама обезбеди помоћ и стручне савете за питања која се тичу основних права. Према чл. 2 и чл. 3(3) Регулative, Агенција је овлашћена да се у ЕУ и државама бави проблемом основних права само када ови субјекти примењују комунитарно право. Дакле, Агенција има право да се бави само питањима која потпадају под надлежност Европске уније. Такав приступ је различит у односу на овлашћења ранијег Центра за борбу против расизма и ксенофобије који је могао да надзире државе чланица и изван домена комунитарног права, додуше само у једном ужем аспекту (расизам и ксенофобија). Код надлежности Агенције у потпуности је испошван принцип супсидијарности према којем европске институције могу да се баве само оним питањима која су у надлежности ЕУ, а не и питањима која спадају у искључиву надлежност држава чланица.

Агенција нема законодавна, регулаторна, судска нити квазисудска овлашћења. Као што је већ речено, Агенција има задатак да прикупља објективне, поуздане и упоредиве информације и податке о основним правима. Њена првенствена улога је спровођење истраживања о одређеним темама широм Европске уније, а не нормирање и надгледање поштовања основних права од стране институција ЕУ и држава чланица. Главни резултат рада Агенције јесу њени годишњи извештаји, тематски извештаји и разне анкете.

Ради остваривања својих циљева, Агенција остварује различите облике сарадње са великим бројем партнера, како унутар ЕУ, тако и изван ње. Између осталог, Агенција сарађује са Европском комисијом, Саветом, Европским парламентом, другим међународним организацијама као што су Савет Европе, Уједињене нације и ОЕБС, као и са владама, организацијама цивилног друштва, академским институцијама, телима за промовисање равноправности и националним институцијама за људска права.

Оснивачка Регулative није дала овлашћење Агенцији да доноси легислативне акте. То се уклапа у опште опредељење у ЕУ да агенцијама не треба давати право да доносе опште акте обавезујућег карактера. Такво опредељење је потврдио и Суд правде, истичући да приликом стварања агенција у ЕУ треби применити рестриктивни приступ код делегације овлашћења на та тела и никако им недати могућност доношења аката који имају снагу закона.²⁰

²⁰ Court of Justice, Case 98/80, Giuseppe Romano v Institut national d'assurance maladie-invalidité, Judgment of 14 May 1981, ECR 1981, p. 1241, para 20.

Агенција нема ни мандат да *ex officio* испитује сагласност правних аката које доноси ЕУ са стандардима који регулишу основна права. Она то једино може чинити уколико нека од институција ЕУ која је укључена у законодавни процес затражи такво мишљење Агенције. То је изричито прописано у чл. 4(2) Регулative, где стоји да се закључци, мишљења и извештаји Агенције „могу односити на предлоге Комисије према чл. 250 Уговора или на ставове заузете од стране других институција током законодавне процедуре једино уколико нека од тих институција поднесе такав захтев“. На тај начин, ангажовање Агенције приликом креирања правних аката који дотичу основна права у потпуности зависи од захтева актера укључених у законодавни поступак. Тиме је законодавна процедура можда поједностављена, али је квалитативно ослабљена.

Агенција, такође, нема ни овлашћење да испитује да ли су правни акти које усвајају државе чланице усклађени са правом ЕУ које регулише основна права. Према поменутом чл. 4(2) Регулative, Агенција „се неће бавити ... питањем да ли је држава чланица пропустила да испуни обавезу предвиђену Уговором у складу са чл. 226 Уговора“. Дакле, оцена усаглашености националних прописа са правом ЕУ не потпада под надлежност Агенције, већ и даље остаје у надлежности Комисије и Суда правде.²¹

Из напред реченог се може видети да Агенција не може вршити „нормативни правни надзор, већ само „посматрачки надзор“ над поштовањем основних права у ЕУ. Како би појаснила будућу функцију Агенције, Европска комисија је још 2005. године у својим припремним документима истакла да Агенција неће имати овлашћење да врши „надзор у правном смислу“, већ само „посматрачки надзор“. Комисија је појаснила да „надзор у правном смислу“ представља правну контролу исправности примене комунитарног права и да ту функцију може вршити једино Комисија. Делегирање те функције на Агенцију представљало би нарушавање институционалног баланса у ЕУ.²² У оквиру „посматрачког надзора“, Агенција се бави већ поменути активностима (прикупљање и анализирање података и информација,

21 У вези са овим проблемом је постављено и посланичко питање (Written question by Bernd Posselt (MEP) to the Commission, Competences of the European Agency for Fundamental Rights, Official Journal of the EU, No. C 10 E/1, 14. 1. 2011, p. 181). Комисија је у свом одговору само потврдила оно што предвиђа чл. 4(2) Регулative (Answer given by Mr Barrot on behalf of the Commission, P-5744/2009, 15 January 2010, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2009-5744&language=EN>).

22 European Policy Evaluation Consortium (EPEC), Preparatory Study for the Impact Assessment and Ex-Ante Evaluation of Fundamental Rights Agency: Final Report, February 2005, p. 14; наведено према: B. Sokhi-Bulley: The Fundamental Rights Agency of the European Union: A New Panopticism, Human Rights Law Review, Vol. 11, 2011, No. 4, p. 687.

пружање помоћи и давање стучних савета и информаисање и подизање свести о основним правима).

Упркос чињеници да Агенција нуди информације појединцима о томе како и где да остваре своја права, она не може да испитује жалбе појединаца, нити да одлучује о њима. У складу са својим мандатом, Агенција може једино указати појединцима на прави пут за остваривање помоћи на националном, европском и међународном плану. Агенција врши промоцију индивидуалних права само кроз административне активности и тако допуњује судску заштиту.²³

Постоји још једно значајно ограничење надлежности Агенције. Формулацијом из чл. 2 и 3(3) Регулative искључена је њена делатност из области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима (ранији трећи стуб). Према наведеним члановима, Агенција се може „бавити основним правима у Европској унији и њеним државама чланицама приликом примене *комунитарног* права“ (подвукао Н.Р.). У области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима Агенција може деловати једино на захтев неке од институција ЕУ, али не и *ex officio*. На тај начин активност Агенција у тој области значајно је ограничена и учињена зависном од воље појединих институција. Надлежност Агенције је искључена из области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима због оштрог противљења држава чланица.

Према Регулative којом је основана, Агенција није добила никакво изричито овлашћење у превентивној и репресивној процедури из чл. 7 Уговора о Европској унији.²⁴ Међутим, то не представља препреку да приликом спровођења процедуре из тог члана институције ЕУ добровољно затраже стручну помоћ Агенције. Уколико такав захтев буде упућен Агенцији, она је дужна да пружи тражену помоћ. Дакле, у овом поступку Агенција има искључиво саветодавну улогу. Један од разлога за такву

23 J. D. Rochere: *op. cit.*, p. 1795.

24 У првом ставу чл. 7 Уговора о Европској унији предвиђено је да Савет ЕУ, након добијања одобрења Европског парламента, може 4/5 већином својих чланова утврдити да постоји очигледна опасност да ће нека држава чланица озбиљно прекршити основна права. У ставу 2 истог члана је прописано да Европски савет, након добијања одобрења Европског парламента, може једногласном одлуком утврдити да нека држава чланица озбиљно и трајно крши основна права. Уколико Европски савет констатује постојање таквог стања, онда Савет квалификованом већином може донети одлуку да суспендује нека права те чланице која проистичу из оснивачких уговора, укључујући и њено право гласа у Савету (ст. 3).

улогу Агенције јесте тежња за очувањем политичког карактера механизма установљеног чл. 7 Уговора о Европској унији.²⁵

Када је у питању територијална надлежност, према чл. 3(3) Регулative, Агенција се може бавити питањима основних права у „Европској унији и њеним државама чланицима“. Чл. 28, ипак, даје могућност да у Агенцији као посматрачи буду заступљене и државе које имају статус кандидата за чланство у ЕУ (Србија, Црна Гора, Македонија, Исланд и Турска). Начин учешћа тих држава у раду Агенције утврђује се одлуком савета за придруживање тих држава. Савет за придруживање може одлучити да се Агенција бави основним правима и у држави кандидату, у мери у којој је то потребно за постепено усклађивање домаћег права са правом ЕУ. Поред тога, Савет може једногласном одлуком позвати и државе са којима ЕУ има закључене уговоре о стабилизацији и придруживању да учествују у раду Агенције као посматрачи. У том случају поступак сарадње, као и права и обавезе Агенције идентичне су као и код сарадње са државама кандидатима за чланство.

6. Закључак

Агенција представља посебно тело ЕУ чија је активност искључиво усмерена на обезбеђивање поштовања основних права. Иако нема законодавна, регулаторна, судска нити квазисудска овлашћења, Агенција је попунила значајну празнину у надзирању поштовања основних права у Европској унији. Она је допринела прикупљању веродостојних и упоредивих информација и података о људским правима на нивоу ЕУ. Ипак, Агенцији се могу упутити и одређене замереке. Најпре, може се изразити сумња у независност Агенције. С обзиром да Вишегодишњи план рада Агенције усваја Савет, на предлог Комисије, та два тела у значајној мери могу утицати на рад ове институције. Поред тога, надлежност Агенције ограничена је само на имплементацију комунитарног права, чиме је област полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима остала изван њеног домашаја. С обзиром да су у тој области многа основна права изложена ризику кршења од стране институција ЕУ и држава чланица, такво ограничење надлежности Агенције значајано слаби овај контролни механизам.

25 К. Kinzelbach-J. Kozma, Portraying Normative Legitimacy: The EU in Need of Institutional Safeguards for Human Rights, Perspectives on European Politics and Society, Vol. 10, 2009, No. 4, p. 609.

Резиме

Европска унија је изграђена на традицији поштовања људских права. Многи органи ове организације, а пре свега Суд правде ЕУ и Комисија, задужени су за надзор над поштовањем људских права. Ради што успешнијег деловања на плану поштовања људских права, основана је и Агенција Европске уније за основна права. Ова Агенција је створена Регулатором бр. 168/2007, коју је Савет ЕУ усвојио на предлог Комисије. Агенција је правни сукцесор Европског центра за надзирање расизма и ксенофобије и има правни субјективитет и делује независно од држава чланица ЕУ, али и од институција ове организације. Независност у деловању Агенције се испољава и кроз структуру и састав њених органа. Агенција има четири органа, и то: Управни одбор, Извршни одбор, Стручни комитет и директора. У састав ових органа, углавном, улазе личности које делују у личном својству. Када је у питању надлежност Агенције, она је специфична у односу на надлежност других међународних тела која се баве заштитом људских права. Агенција нема законодавна, регулаторна, судска нити квазисудска овлашћења. Она има задатак да прикупља објективне, поуздане и упоредиве информације и податке о основним правима. Њена првенствена улога је спровођење истраживања о одређеним темама широм Европске уније, а не нормирање и надгледање поштовања основних права од стране институција ЕУ и држава чланица. Главни резултат рада Агенције јесу њени годишњи извештаји, тематски извештаји и анкете. Иако је Агенција несумњиво допринела бољем поштовању људских права у ЕУ, њој се могу упутити о одређене замерка. Независност Агенције је нарушена чињеницом да она не усваја сопствени Вишегодишњи план рада, већ то чини Савет ЕУ, на предлог Комисије. Друга значајна слабост Агенције јесте искључење њеног деловања из области полицијске и правосудне сарадње у кривичним стварима (ранији трећи стуб ЕУ).

Prof. Nebojša Raičević, LL.D.,
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS

Summary

The European Union is built on the tradition of respecting fundamental human rights. There is a number of EU bodies, such as the Court of Justice of the EU and the European Commission, which are in charge of instituting control over the observance of human rights. The European Union Agency for Fundamental Rights was established for the purpose of providing better protection and observance of human rights. This Agency was established by Regulation No. 168/2007, which was adopted by the Council EU upon the proposal of the Commission. The Agency is the legal successor of the European Monitoring Centre on Racism and Xenophobia; it has legal personality and it acts independently from the EU member states and the EU institutions. Its independent activity is also reflected in the structure and composition of its bodies. The Agency has four bodies: the Management Board, the Executive Board, the Scientific Committee and the Director. The membership in these bodies mainly includes people acting in personal capacity. The Agency has specific jurisdiction as compared to other international bodies dealing with human rights protection. The Agency does not have legislative or regulatory power, judicial or quasi-judicial competence. The Agency has a duty to collect objective, reliable and comparable information and data on fundamental rights. Its activities are not aimed at regulating the fundamental rights and supervising whether the EU institutions and member states respect the fundamental human rights. The primary role of the Agency is to conduct some subject-specific research all over the European Union. The results are published in the Agency annual reports, thematic reports and inquiries. Although the Agency has certainly contributed to a better observance of human rights in the EU, there are some drawbacks which may be subject to some criticism. The independence of its activities is undermined by the fact that the Agency does not have the power to adopt its own Multiannual Work Programme, which is adopted by the Council of EU upon the proposal of the Commission. Another significant drawback is that the Agency is excluded from the area of police and judicial cooperation in criminal matters (former third pillar of the EU).

Key words: *European Union Agency for Fundamental Rights, European Union, fundamental rights, police and judicial cooperation in criminal matters.*

ВРЕДНОСНО ЗАСНИВАЊЕ ПРИНЦИПА ЕУ¹

Апстракт: *Метафизичко мишљење тражи осмишљавање само у општим принципима, а не у близини, у конкретном људском општењу. По њему је свет без смисла *nonens*, јер у таквом свету човек не би могао живети. *Nonens*, дакле нествар, ништа зато што је *nonens*, бесмислен, испразњен од сваког смисла. Ту се по принципу *contraria contrariis curantur* (противности се лече противностима) показује да је баш бесмислен свет за човека једино смисаон. И ово закључивање захтева бар две претпоставке – да бесмислено није противсмислено, већ по себи смисаоно индиферентно, дакле отворено осмишљавању и да је човек биће обдареноза осмишљавање.*

Кључне речи: *Дистрибутивна правда, комутативна правда, мир, ред, сигурности, слобода, људско достојанство.*

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

Европска унија почива на вредностима које су заједничке државама чланицама. Вредносно, односно идејно утемељење правног поретка све чешће заузима барем равноправно учешће у конкуренцији неспорних материјалних и формалних извора права.² Изучавањем вредности које имају посебан значај за право бави се правна аксиологија, као посебан део правне филозофије. Списак и објашњење темељних правних вредности разликују се од аутора до аутора. Најчешће се помињу правда, коју прати правичност, слобода, једнакост, мир, па и истина, лепота итд.

Како вредности претендују на универзалност, тако је и олакшан одговор на питање њиховог присуства у области међународног јавног права и посебно права Европске уније као организације *sui generis*. У чл. 2. Уговора о Европској унији се као вредности на којима почива ова Организација наводе: поштовање људског достојанства, слобода, демократија, једнакост, владавина права и поштовање људских права, укључујући и права припадника мањина.³ Ова листа свакако није коначна и неупитна. Поставља се питање односа ових вредности са општим правним начелима као неспорним изворима права Европске уније, као и са зацртаним циљевима Уније.⁴ Међународно-правна јавна доктрина се овим питањима не бави у значајнијем обиму, те је чини се потребно кренути *ab initio*. Наше разматрање ће, утолико, бити само „отшринута врата“ у простор најзначајнијих правних вредности, које као општу идејну основу треба да „баштини“ и прави Европске уније.

Смисао било ког облика људске егзистенције повезан је са смислом живота уопште, као посебно са општим. Тако је и са правом, као несумњивим обликом коегзистенције људи у друштву, заснованом на нормама особене врсте, наиме правним нормама. Овим не претендујемо на разрешење, вероватно јаловог питања, о приоритету значаја односа или норми у праву. И нека нам само у облику дигресије буде допуштено подсећање на оно што мање-више представља прећутно достигнуће целокупног развоја правно-теоријске мисли. Раду се и постојању три „основне боје“, односно „слике“ права – вредности, норми и односа, чије нам приказивање може бити дато у јединственом „раму“ интегралне теорије права или у одговарајућој композицији сложеној од већег броја „слика“.⁵ Три су круцијална питања: зашто, како и чему право? Одговор на прво води нас у сферу социолошког,

2 Радомир Д. Лукић, Будимир П. Кошутић, Увод у право, Београд, 2008, стр. 155.

3 Види Весна Кнежевић-Предић, Зоран Радивојевић, Како настаје и делује право Евроосје уније, Београд, 2009, стр. 56.

4 Види члан 3. ревидираног Уговора о Европакој унији.

5 Редукционистичка би, пак била она пројекција која баца светло само на једну од њих и то светло кое је „превише бљештаво и затвара поглед на остале проблеме,

наиме одређених друштвених односа које треба уредити. Објашњење начина, односно средстава којим се то постиже налазимо у области правне нормативности. Најзад, на питање смисла, сврхе, циља права одговара се указивањем на одговарајуће вредности у оквиру једне, више или мање развијене аксиологије права.

Дакле, чему право? Повезаност са смислом живота уопште може се успоставити на два начина, с обзиром на два могућа смера извођења. Једно је дедуктивно закључивање, које свој суд о вредности права извлачи из вредности целине људске егзистенције, или још даље, целине света. Друго је индукција, где се извориште смисла проналази у деловима, појединачним облицима људске егзистенције, па са њих преноси на целину.

Метафизичко мишљење тражи осмишљавање само у општим принципима, а не у близини, у конкретном људском општењу. По њему је свет без смисла *nonens*, јер у таквом свету човек не би могао живети. *Nonens*, дакле нествар, ништа зато што је *nonsens*, бесмислен, испражњен од сваког смисла. Две су претпоставке које утемељују овакав став. По једној, смисао се може налазити само у изворима света, по другој, смисао се може налазити само у целини света. Само са целине он се односи на део односно делове. Незамисливо је да смисао изворно појављује у деловима а још мање да са њих прелази на целину.⁶ То би, наиме, било супротно једнакости успостављеној на релацији *nonsens* – *nonens*, јер би значило постојање и валидност целине света без смисла, чије би осмишљавање било остављено на милост и немилост бројних облика људског живота и делања.

Проглашавањем двеју метафизичких претпоставки за предрасуде праћено је померањем центра смислености са општег на појединачно. Смисао света се испуњава од нечег партикуларног, које је уз то, по дефиницији, и секундарно и зависно. Ту се по принципу *contraria contrariis curantur* (противности се лече противностима) показује да је баш бесмислен свет за човека једино смисаон. И ово закључивање захтева бар две претпоставке – да бесмислено није противсмислено, већ по себи смисаоно индиферентно, дакле отворено осмишљавању и да је човек биће обдарено за осмишљавање.⁷ Смисао онда добија управо бесмислен свет, јер само такав пружа човеку (и друштву) терен за осмишљавање. У свету који би већ без њега био испуњем смислом, човек би био излишан. Упоредо са оваквим схватањем јавља се и могућност раскидање везе између општег и посебног у питањема смислености. Нешто

остављајући нас без јасног увида у целину“. Херберт Харт, Појам права, Подгорица-Цетиње, 1994, стр. 37.

6 Види Николај Хартман, Естетика, Београд, 1979, стр. 480.

7 Види *ibid*, стр. 481.

ограничено и појединачно може бити смислено а да се притом уопште не односи према некој већој целини или принципу.⁸

Горњи, тзв. метафизички проблем подразумева решење питања о начину постојања вредности, о смислу и пореклу њиховог важења и о њиховој релативности односно апсолутности. Без претензије на разрешење овог темељног аксиолошког проблема, ближи смо схватању о интендираности различитих класа вредности у врховној и аутономној вредности живота.⁹ Утолико би и вредност права давала особени допринос остварењу ове, која се може означити као „Добро, опстанак света, одн. опстанак највећег могућег броја бића, у њиховом пуном достојанству“.¹⁰ Ради се општој вредности права којом оно стоји, с обзиром на упућеност на Добро, у врло тесном односу са моралом. Специфичност, пак, права као средства опстанка и развоја друштва, у томе је што је за њега нужна принуда, која је не вредност по себи, јер сужава слободу личности и непосредно вређа достојанство човека. Зато се сазнање о општој вредности права може добити тек на основу одмеравања односа између права као средства опстанка друштва и принуде као негације вредности.¹¹

Задатак аксиологије права, поред утврђивања *вредности права* као особене појаве, управо друштвеног поретка, на основу одговарајућег удела у аутономној вредности живота, је и мање фундаментално, али не и мање компликовано, с обзиром на богатство и разнородност грађе, утврђивање *правних вредности*, управо вредности које које право остварује. Константу представља, чини се највише због етимолошког разлога, правда, а затим се ређају мир, сугурност, ред, људско достојанство, слобода, истина, законитост...

Иако је само један сегмент морала, једна од моралних врлина, правда је и највише правна међу врлинама. Због тога је смислено, како њено укључивање у ширу класу друштвених вредности, тако и третирање специфичном правном вредношћу. Правда је специфична вредност друштвених поредака, како правног, тако и моралног, обичајног и религијског. Правда је основа друштва – *Iustitia est fundamentum regnorum*,

8 „Тако је свако морално добро дело, свада мудра мисао, сваки адекватни вредносни одговор у животу сам по себи смисаон и даље осмишљавајући. Сам по себи, то значи: на тај начин да он нема смисо због нечег другог.“ Ibid.

9 „Задатак теорије о вредностима је да покаже који је то највиши, основни циљ за који човек треба да се бори да остварио своје аутентичне људске могућности..... Формулација таквог највишег циља је основа са које се оцењују постојећи системи позитивних вредности“. Миладин Животић, Човек и вредност, Београд, 1969, стр. 11.

10 Радомир Лукић, Систем Филозофије права, Београд, 1992, стр. 485.

11 Види *ibid*, стр-448.

те је бесмислена уколико у себи не садржи социјални елемент.¹² У праву, пак има најелементарнији облик, јер дели с њим општу карактеристику формализма.¹³ Правда, као средишњи појам природноправног учења, показује се у историји правне мисли трајном и опортуним, колико и то учење. Управо и више, јер може бити тематизирана и независно од њега, у оквиру правополитичких разматрања о начину и мери (квалитету и квантитету) остварења претпостављеног идеала од стране позитивног права.

Рефлексије о правки никако не могу заобићи Аристотелово схватање, будући да оно у овој области удара камен-темељац. Општа правда, као поштовање закона, није испражњена од сваке садржине, јер се закон стара о друштвеном добру. Посебна правда, као део опште правде, односи се на нешто конкретно и значи успостављање једнакости. Овде више „није реч о оној праведности која се мери по позитивном праву, него о оној по којој се мери позитивно право“.¹⁴ Своје гесло „Исте случајеве просуђуј на исти начин, а различите на различити“ правда једном остварује методом геометријске сразмере а други пут методом аритметичке сразмере. Ради се о познатој подели на дистрибутивну и корективну правду. Дистрибутивна, расподељујућа правда примењује се у дељењу, тако да свако добије од заједничког добра сразмерно својим заслугама. Корективна, комутативна, изједначавајућа правда има за подручје примене размену или одштету и значи да свака од двеју страна које стоје у међусобном односу добија подједнако. Док се дистрибутивном правдом остварује начело расподеле обавезе и права у јавном праву, корективном се удахњује живот начелу размене еквивалената у облигацијама и накнаде штете по њеној објективној вредности. Дистрибутивна правда је првобитни облик правде, јер комутативна правда, као правда међу равноправнима, претпоставља један акт дистрибутивне правде којим учесници добијају једнак статус, односно равноправност.¹⁵

Подсећањем на Аристотелову мисао о суштинама и врстама правде обележен је само неспорни део схватања о овој. Наиме, у структури идеје правде постоји сложеност, управо двослојност. Униформно или константно

12 Види Ђорђе Тасић, Увод у правне науке, Енциклопедија права, Београд, 1995, стр. 262. Правда, по аутору, „не би била ништа друго него специфичан облик солидарности“.

13 По Лукићу правна правда је и „најгрубља, најпростија, најмање племенита. Ту се размењују углавном материјалне вредности или бар добра која се могу приближно материјално изразити, а ако нису материјална, она су бар реална добра, чија се вредност може прецизно измерити.“ Р. Лукић, *op.cit.*, стр. 265.

14 Густав Радбрух, Филозофија права, Београд, 1980, стр. 46.

15 *Ibid.*, стр. 47.

начело једнакости само је један слој који може бити ефективан тек у коегистенцији са одређеним критеријумом за утврђивање релевантности сличности и разлика. Јер, с једне стране у идеји дистрибутивне правде може се пронаћи само сразмера а не и начин третирања разних лица и с друге стране, начело комутативне правде не каже кога треба третирати као једнаког а кога као неједнаког. Разликовање два слоја, односно вида правде захтева и одговарајућу терминолошку диференцијацију. По правилу се предлажу изрази формална и материјална правда.¹⁶ Формална правда, односно формални вид правде почива на апсолутном, логичном принципу идентитета, који у области социјалног живота намеће захтев за једнаким поступањем с једнаким стварима, односно неједнако поступање с неједнаким стварима, сразмерно њиховој неједнакости.¹⁷ Материјални вид правде чини људско мерило вредности, којим се оцењује које су ствари једнаке, односно у којој сразмери стоје међусобно по својој вредности. Као релативно, дакле промењиво, оно у правду уноси динамичност, а као ванредно сложено, разноврсност.¹⁸

Иако се често третирају као синоними, између појма правде и правичности треба направити разлику. И ово сазнање дугујемо Аристотелу, по коме је правичност део појма правде, прецифичан по уважавању и прилагођавању особеностима конкретног случаја. Концизношћу и сликовитошћу привлачи Радбрухов закључак: "Правичност је правда појединачног случаја".¹⁹ Дакле, разлика између правде и правичности није предметна, већ методолошка. Погрешно је правичност сводити само на осећање, јер и она, као и правда, садржи извесне идеје и принципе којима у примени саглашавамо апстрактне прописе.

16 „Док формална правда претставља аритметички и непромењив принцип једнакости поступања, дотле појам материјалне правде садржи просторно и временски промењив друштвени критериум о вредности ствари и људи“. Божудар С. Марковић, Правичност као мисао и правно искуство, Архив за правне и друштвене науке LII/1937, стр. 221.

17 Види Божидар С. Марковић. О позитивном и праведном праву, Зборник за теорију права, св. IV, Београд, 1990, стр. 51.

18 По Марковићу „њега сачињавају материјалне чињенице и духовна стања, рационални и ирационално фактори: биолошки услови живота, економија, религија, политика, научна сазнања, идеологија, веровања, заблуде, традиција, организована сила и остале друштвене снаге“. Ibid, стр. 72. Неки писци, с аргументима или без њих преферирају поједине факторе. Тако нпр. Харт издваја као фундаменталне, опште моралне и политичке ставове. Види Х: Харт, op.cit, стр. 200-201.

19 Ibid, стр. 48.

Вредности мира, реда и сигурности готово су опште место у правној литератури, али не увек са прецизно одвојеним делокругом.²⁰ Најмање неслагања има у погледу вредности мира, који се најчешће негативно дефинише као одсуство борбе и употребе силе уопште. Монополизација физичке присиле на страни друштвене заједнице односно државе, као позитивно одређење мира, указује да је он реално могућ само као релативна категорија. Говори се и о миру у субјективном смислу, као вољи за мирним споразумом код људи.²¹ У сваком случају, реч је о вредности која је неопходна и иманентна праву,²² што, ипак, не сме бити основ за њено апстрактно величање.²³ Интересантна је чињеница да вредност мира признају и нормативисти, сматрајући је једином вредношћу која може бити предмет рационалне спознаје. Тако Келзен, у оквиру своје функционалне анализе, говори о друштвеном миру и колективној сигурности, додуше само као о „минималном и посредном циљу, који има инструменталну вредност, будући да служи као претходни увјет за постизање других циљева“²⁴

У погледу онтолошког статуса реда, као вредности у праву, постоје велика неслагања. С једне стране, има схватања по којима ред не означава никакву посебну правну вредност поред мира и сигурности. С друге стране, међу онима који признају специфичност вредности реда, нема јединственог става о његовој онтолошкој самосталности. Док по једнима, ред сам по себи има вредност, по другима ред није вредност по себи већ тек у спрези са другим вредностима.²⁵ Међутим, и код првих се ред често појављује у конвергенцији са миром и сигурношћу. Тако се, по Тасићу, ред у објективном смислу везује за мир а ред у субјективном смислу за сигурност.²⁶ И доиста, ред, поредак, као систем устаљених друштвених односа који функционише по одређеним друштвеним (и у оквиру тога правним) правилима, услов је мира и претпоставка сигурности. Иако ред није искључиво, па ни

20 „Редовито се изрази „мир“, „ред“ и „сигурност“ употребљавају на начин да нисмо начисто да ли означавају једну или више различитих појава“. Никола Висковић, Појам права, Сплит, 1981, стр.138.

21 Види Ђ. Тасић, *op.cit*, стр, 260.

22 По Лукићу је мир основна и особена вредност права, јер је оно настало и постоји управо да би служило миру у друштву у коме постоје оштри сукоби интереса разних врста. Види Р. Лукић, *op.cit*, стр. 462.

23 О аксиолошком рангу и хуманитету немира види у Н. Висковић, *op.cit*, стр. 140.

24 Норберто Бобио. Есеји из теорије права, Структура и функција у Келзеновој теорији права, Сплит, 1988, стр. 119.

25 Види Никола Висковић, *op. cit*, стр.138.

26 Види Р.Лукић;*op.cit*, стр464.

претежно, правна, већ друштвена вредност, њега право, захваљујући својој организованости и принудљивости, најбоље штити.

Вредност сигурности се обично третира као специфична правна вредност, иако се признаје и њено опште значење као састојка сваког вида људске егзистенције. Некада се означавала и као врховна правна вредност, која се готово поклапа са самим правом, јер у објективном смислу није ништа друго до стање извесности, благовремене и потпуне примене правних норми у свим случајевима које оне регулишу. Свест о том објективном стању, као поуздано уверење да ће право бити примењено, чини субјективну страну сигурности. Као и друге вредности у праву и сигурност је релативна, и то двоструко. Као средство за остварење осталих правних вредности, она је условљена тим другим вредностима, пре свега одговарајућим схватањем правде. Постоји и релативност правне сигурности онтолошке природе, изражене у томе што ни у једној области људске делатности, па ни у праву, није могућа апсолутна предвидљивост. Она као таква, уосталом, није ни пожељна, јер би значила препреку људској делатности у циљу преображавања и побољшања постојећих услова живота.²⁷ Сигурност је у тор мери условљена миром и редом да има схватања по којима се она у њима исцрпљује. Тако са по Радбруху, сигурност као први задатак права, који сви подједнако одобравају, описана дубљим вредносним формулама, свод на мир и ред.²⁸

Општа сазнајна вредност истине има на подручју права, не баш популарну, особеност, због чега се може говорити о специфичности правне истине. Мислимо, пре свега, на утврђивање истинитости правно релевантних чињеница. У погледу проширивања поља примене вредности истине и на правну нормативност, задржавамо резерву, јер је јако дискутабилна могућност „истинитог“ извођења правих норми из постојеће стварности. Да би правне норме биле делотворне неопходно је да одговарају реалним друштвеним односима, да, дакле, буду, у неку руку, њихов одраз. Али, неспорно је да то одражавања нема квалитет истине као објективног, интерсубјективно проверљивог сазнања, чији се идеал алегорично може поредити са одразом у огледалу. Оно такав квалитет и не треба да има, уколико жели да мења постојећу стварност у одређеном правцу. Карактеристика правне истине, у напред ограниченом смислу, као тачно утврђивање чињеница поводом одређених конкретних правних односа, састоји се у томе што је она везана за унапред тачно предвиђене поступке, који се морају строго примењивати. Она тако, и поред битног историјског

²⁷ Види Н. Висковић, *op cit*, стр. 142.

²⁸ Вид Г. Радбрух, *op.cit*, стр 95,109. О аргументима против овог схватања види Р. Лукић, *op.cit*, стр.479,

помака од формалног ка материјалном, неопходно задржава извесну меру формалности.²⁹

Између слободе и људског достојанства постоји садржинска блискост, јер људско достојанство као понос људског самобитика није могуће у стању неслободе, као што ни слободе нема без осећања властите вредности и достојанства.³⁰ Ипак, док је људско достојанство ближе морелу, који располаже погоднијим средствима за његову заштиту, слобода је онтолошка претпоставка права.³¹ Теорија слободе је најутицајнија у групи оних схватања које право дефинишу материјално, путем одређивања његовог циља. Обично се за парадигму узима Кантово одређење права као регулисање понашања према коме би се слобода сваког сложила са слободом свију. Иако право делује као ограничење слободе, јер је суштина сваке, па и правне норме у искључивању слободног нахођења, његов циљ је управо могуће у друштву обезбеђење индивидуалне слободе. Слобода се уобичајено одређује као крајњи циљ у индивидуалистичком схватању.³² Али, могуће је њено појављивање и у домену социјалног. У том случају постоји „величанствена веза између појединачног индивидуума као моралне особе и интереса друштва кој није ... ништа друго него интерес за слободу, неповредивост, достојанство особе“.³³ Политичко-социјална слобода претпоставља психолошку слободу воје, односно слободу избора, али не као произвољност, већ као надвладавање присиљавања субјективног фактора над присиљавањем помоћу других прилика.³⁴

Има писаца који сматрају да све специфичне правне вредности треба делити на материјалне и формалне. Материјалне, у које се убрајају све или неке о којима је горе било речи, показују како треба уредити друштво

29 Услед тога што је за право истина само оно што је утврђено у тачно одређеном правном поступку, на тачно утврђен начин „може доћи и до трагедије што неправници, људи здравог раума, тешко могу да схвате: невино осуђени на смрт иду, запрепашћени на вешала и никако не могу да схвате рационалност, друштвену, правну рационалност таквог права, које се извргава у своју сушту супротност. Али, то је тако и тешко се може избећи“. Р.Лукић, *op.cit*, стр.471.

30 Јер човек који нема то осећање, нити га поштује у другима „не може бити слободан, пошто ће радије бити склон да се преда привидним угодностима служења или сумњивим уживањима господарења“. Коста Чавошки, Увод у право I, Основни појмови и државни облици, Београд, 1994. стр. 71.

31 „Кад човек не би био слободан, „понашао“ би се као и обична материја, и право не би имало никакав утицај на њега, па не би ни постојало“. Р. Лукић, *op.cit*, стр 476.

32 Види Г. Радбрух, *op. cit*, стр. 75.

33 Ернст Блох, Природно право и људско достојанство, Београд, 1977,стр. 476.

34 Види *ibid*, стр. 146.

и расподелити моћ и добра. Специфичне формалне правне вредности показују, пак, какве треба да буду релације између правних норми у правном систему. У њих се убрајају кохерентност правних норми, односно њихова законитост, а такође и њихова потпуност и одређеност.³⁵ При томе су и једне и друге нужно испуњене садржајима неспецифичних правних вредности живота, здравља, власништва, власти, образовања итд. Тако ове, иако неспецифичне, постају примарни аксиолошки садржај сваког правног поретка, будући да су специфичне правне вредности само средства њиховог уређивања. Посебно питање, које ћемо тематизирати само у облику напомене, је оно које се тиче карактера односа међу самим специфичним правним вредностима. То је питање посебно изражено у случају њиховог сукобљавања, које може настати у бројним варијантама, с обзиром на бројност релација њиховог међусобног контакта. Најзначајнија је напетост која може настати између правде и осталих правних вредности, а пре свега правне сигурности. На питање чему дати предност врло је тешко одговорити, јер су и праведност и позитивитет, који обезбеђује правна сигурност, есенцијални за право. У својој Филозофији права из 1932. године Радбрух изричито стоји на страни позитивног права: „Правда је други велики задатак права, а најпречи је правна сигурност, мир, ред“.³⁶ У ауторовим послератним филозофско правним чланцима, након искушења са нацистичким злочиначким законима, однос између вредности је преокренут у корист правде.³⁷

Третман вредности у правној теорији креће се од потпуног искључења из појма права и правне науке, преко одбацивања само вредносног критеријума правности, до уношења у појам права и најзад, признавања за сам критеријум правности.³⁸ Чини се да су и овде, као у процењивању друштвених појава уопште, крајности неприхватљиве и да се „права мера“ налази негде на средини. Правна појава у целини се не може схватити изван односа са вредносним ставовима и циљевима. Због тога је неопходно да минимални програмски захтев правне теорије буде објашњење аксиолошког састава бића права путем дескрипције његових особина везаних за вредност. Прихватљив максимални захтев мора ићи испод

35 Види Н. Висковић, *op.cit.*, стр. 136.

36 Г. Радбрух, *op.cit.*, стр. 109.

37 „Кад закони свесно оповргавају вољу за правдом кад се нпр људска права самовочно одобравају и одричу људима, онда ти закони немају важење, онда им народ не дугује послушност, онда и правници морају наћи храбрости да им порекну карактер права.“ Г. Радбрух, *Пет минута филозофије права* (1945), *op.cit.*, стр. 267

38 О шест типова ставова правне науке у погледу односа вредносно-теолошког садржаја правног искуства и појма права види у Н. Висковић, *op. cit.*, стр.110-124.

узимања вредности, најчешће правде, за критеријум утврђивања правне обавезности норми, јер то са собом увек носи опасност робовања права владајућој политичко-правно идеологији. Правна терија је легитимна не само за описивање, већ и за оцењивање правног поретка у целини и свих његових елемената са становишта специфичних правних вредности. Деликатност оваквог ангажованог, управо критичког задатка, изражена је у одговорности за сопствени став, која подразумева захтев за објективним и одмереним научним приступом.

РЕЗИМЕ

Задатак аксиологије права, поред утврђивања вредности као основене појаве, управо друштвеног поретка, на основу одговарајућег удела у аутономној вредности живота, је и мање фундаментално, али не и мање компликовано, с обзиром на богатство и разнородност грађе, утврђивање правних вредности, управо вредности које право остварује. Константу представља, чини се највише због етимолошког разлога, правда. Постоји једна општа правда која се исцрпљује у поштовању закона и која није испражњена од сваке садржине, јер се закон стара о друштвеном добру. Поред ње постоје и дистрибутивна и корективна правда. Дистрибутивна, расподељујућа правда примењује се у дељењу, тако да свако добије од заједничког добра сразмерно својим заслугама. Корективна, комутативна, изједначујућа правда има за подручје примене размену или одштету и значи да свака од двеју страна које стоје у међусобном односу добија подједнако. Правичност је правда појединачног случаја.

Третман вредности у правној теорији креће се од потпуног исључења из појма права и правне неуке, прако одбацивања само вредносног критеријума правности, до уношења у појам права и најзад, признавања за сам критеријум правности.

*Doc. Suzana Medar, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš*

Establishing the Legal Values of EU Principles

Summary

Axiology of law is a scientific discipline aimed at establishing the value as a distinctive phenomenon in a social order by considering its respective share in the autonomous value of human existence. Given the abundance and diversity of study material, axiology of law does not involve an extensive fundamental research but it is by no means less complicated to determine the legal values which are embodied in the normative framework and exercised through the operation of the law. Justice seems to be the ultimate constant, mostly for etymological reasons. There is a general concept of justice which is embodied in the observance of the legal order. It is not deprived of content because law is in the service of social welfare.

In addition, there are distributive justice and corrective justice. Distributive justice is applied in the distribution of common goods and it ensures that everyone gets a respective share, which is proportionate to one's merits. Corrective or commutative justice provides for an equitable exchange of goods or compensation for damage; it is based on the equality of the parties involved in any relationship. Equity is justice operating on the merits of each individual case.

In legal theory, values are perceived and approached in various ways, including a total exclusion of values from the concept of law and legal science, a rejection of the value criterion in the concept of lawfulness, an inclusion of the value criterion in the concept of law, and recognition of lawfulness as a relevant value criterion.

Key words: *distributive justice, commutative justice, law and order, certainty, freedom, human dignity*

**УЛОГА ОРГАНА СТАРАТЕЉСТВА У ПОСТУПКУ
СТАРАТЕЉСКЕ ЗАШТИТЕ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА
- пример Републике Македоније, Србије и Црне Горе -**

Апстракт:Анализа института старатељства над малолетницима у породичним праву Македоније, Србије и Црне Горе, показује велики степен сличности правних правила којима се регулише овај институт. Ово је вероватно последица што сва три породична закона у регулисању овог института полазе од основних принципа установљених још у великим кодификацијама грађанског друштва, које своје корене имају у римском праву. У регулисању принципа старатељске заштите примат има Закон о семејству Македоније (1992) који је послужио као узор Породичном закону Србије (2005) и Породичном закону Црне Горе (2006).

Кључне речи: орган старатељства, старатељство над малолетницима, *cura tutorum* у римском праву.

Увод

У свакој друштвеној заједници одувек је постојао одређени круг лица која нису била у стању, из различитих разлога, да се старају о себи, својим правима и интересима. Из тог разлога у правним системима постоји институт старатељства којим држава обезбеђује непосредну заштиту деци без родитељског старања, лицима која су лишена пословне способности и другим лицима кад постоји потреба за заштитом њихових права и интереса.

Познато је да закони којима се уређује старатељство као породичноправни институт обично не дефинишу институт старатељства¹ и да законодавац најчешће само одређује циљеве старатељства.

За старатељство, као правни институт, карактеристична су три субјекта: орган старатељства, штићеник и старатељ.² Орган старатељства је јавна установа коју је држава овластила да врши послове старатељства тако што ће организовати и обезбедити пружање старатељске заштите и вршити надзор над њеним вршењем. Штићеник је лице коме се пружа старатељска заштита јер није у стању да се стара о себи или је спречено да брине о својим правима и интересима, док је старатељ физичко лице које се стара о правима, обавезама, интересима и имовини штићеника.

У овом раду посебна пажња посвећена је старатељској заштити која се пружа малолетним лицима у циљу заштите њихових права и интереса у три регионална правна система. У праву Републике Србије,³ као и у праву Републике Македоније⁴ и Црне Горе,⁵ улажу се велики напори у циљу збрињавања деце остале без родитељског старања. У том смислу посебна пажња се поклања активностима Центра за социјални рад,⁶ као органа старатељства, чији је основни задатак обезбеђивање старатељске заштите деци која су остала без родитељске бриге.

1 Тако и: З. Поњавић, *Породично право*, Крагујевац, 2005, стр. 280.

2 Поред ових лица, као субјекти старатељског односа, у зависности од врсте старатељства, могу се појавити и следећа лица: родитељи малолетног лица, супружник, ванбрачни партнер, блиски сродници, хранитељ детета, лица која живе у породичном домаћинству са лицем коме треба пружити старатељску заштиту итд.

3 Породични закон Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 18/2005; у даљем тексту – ПЗ РС

4 Закон о семејству Републике Македоније, *Службени весник РМ*, бр. 80/1992, у даљем тексту – ЗС РМ.

5 Породични закон, *Службени лист Републике Црне Горе*, бр. 1 /2007, у даљем тексту – ПЗ ЦГ.

6 У даљем тексту: ЦСР.

1. Правна природа старатељске заштите и њене основне карактеристике

Старатељска заштита је настала је из сталне потребе човека да води бригу о онима који из различитих разлога имају потребу за туђом негом и помоћи. То се у првом реду односило на децу и отуда је најважнија функција старатељске заштите брига о малолетној личности и њеном оспособљавању за живот.⁷ Историјски посматрано, у најранијим фазама развоја друштва, брига о личности припадала је целом генсу одн. његовом поједином члану, што још увек није имало значење правне обавезе старања.⁸

Са развојем римског права, тачније доношењем Закона XII таблица, старатељство добија своје правно обличје. Римско право је познавало две установе којима је обезбеђивана старатељска заштита: туторство (*tutela*) и старатељство (*cura*). Туторство се уводило над малолетним лицима и женама, док се старатељство уводило над лицима која због болести или сличног стања нису била у стању да се сама старају о својим правима и интересима.⁹ У класној фази друштвеног развоја, кад је успостављено грађанско друштво, старатељство је имало изразит приватно-правни карактер. Као установа приватно-правног карактера, било је регулисано у свим грађанским законцима тога доба. У даљој фази развоја овог института показало се да се старатељство није могло одржати на основама породичне солидарности, нарочито када се радило о малолетним лицима. У интересу државе било је да у своје руке предузме надзор над овим лицима тако да је старатељство постало облик друштвено организоване заштите.

Упоредно-правни осврт на савремене правне системе у којима је регулисан институт старатељства, показује да оно данас има карактер

7 Изузетно је тежак задатак помоћи лицу под старатељством, да се у потпуности развије (старатељство над малолетницима). Управо, из тог разлога на старатељство се данас гледа као на свестрану бригу о лицу под старатељством а не смо као на посебну заштиту. Видети: М. Младеновић – *Породица и породични односи*, Београд, 1963, стр. 410.

8 Опширније: Игњатовић, М. – *Старатељство над малолетницима – некад и сад*, Задужбина Андрејевић, Библиотека Academia, Београд, 2007.

9 Суштина старатељства код ових института у самом њиховом почетку није била на старању о личности, већ о имовини штићеника. Тутор је постајао власник имовине малолетног лица да би могао да предузима правне послове и да се стара о имовини, док је брига о личности малолетника била поверена родбини. С друге стране, куратори су давали пристанак на посао који би штићеник предузео, док су се о штићенику старали и водили бригу његови сродници.

друштвене, а не породичне институције.¹⁰ Међутим, с обзиром на врло сложену природу овог института која у себи обухвата различите елементе, у теорији не постоји јединствено схватање у погледу његове правне природе. На старатељство се гледа као на породичноправну установу која представља део породичног права, као на институт грађанског права и то као на део статусног, личног права, као на институт социјалне заштите или социјалне политике, али и као на део управног права због све већег ангажовања органа надлежног за послове старатељства.¹¹

2. Врсте старатељства

У регионалним породичноправним прописима садржане су одредбе које се односе на врсте старатељства. Према ЗСРМ (чл.124) старатељство се дефинише као посебна заштита малолетних лица која су остала без родитељског старања и пунолетних лица којима је одузета или ограничена пословна способност. Према ставу 2. овог истог члана, предвиђено је да се и другим лицима која нису у могућности да се брину о заштити својих права и интереса обезбеђује овај вид заштите.¹² ПЗРС (чл.124) одређује је да се под старатељство ставља дете без родитељског старања (малолетни штићеник) или пунолетно лице које је лишено пословне способности (пунолетни штићеник). ПЗЦГ одређује старатељство као скуп мера и активности које предузима држава преко одређеног органа непосредно или преко старатеља ради заштите малолетне деце без родитељског старања и пунолетних лица која нису способна или која нису у могућности да се сама старају о својој личности, правима и интересима.

Према одредбама наведених регионалних закона може се закључити да постоје три врсте старатељства: старатељство над малолетницима, старатељство над пунолетним лицима лишеним пословне способности и старатељство за посебне случајеве. Малолетно лице се ставља под старатељство, с обзиром на чињеницу да је лишено родитељског старања,¹³ да због узраста још увек нема довољно животног искуства

10 О томе: Љ. Спиrowsик-Трпеновска – *Семејно право*, Скопје, 1997, стр.186.

11 Детаљније: С. Лилић, *Посебно управно право*, Београд, 1998, стр.112.

12 Видети: К. Чавдар, *Коментар на Законот за семејството*, Скопје, 1998, стр.237.

13 Овлашћење за стављање детета под старатељство даје Центар за социјални рад и када родитељи који су живи привремено или трајно не врше родитељско право. У том случају, иако није донета одлука суда о лишавању родитељског права, Центар за

и способност да се само брине о себи, и да је пословно неспособно. У том случају законом је предвиђена надлежност органа старатељства да стави дете под старатељство. И лица, којима је одлуком суда у потпуности или делимично одузета пословна способност у ванпарничном судском поступку, стављају се под старатељство. За разлику од старатељства над малолетницима, овај вид старатељства представља другачију врсту старатељства¹⁴ – старатељство над лицима лишеним пословне способности.¹⁵ Старатељство за посебне случајеве представља трећу врсту старатељства коју познају сва три регионална породична закона.¹⁶ Оно је специфична врста старатељства¹⁷ јер се њиме не обезбеђује комплетна правна заштита штићеника, него се именује старатељ само за одређене случајеве.¹⁸

3. Орган надлежан за послове старатељства

Одређивање органа надлежног за послове старатељства, несумњиво представља једно од најзначајнијих питања старатељске заштите. Орган старатељства је специјализовани јавни орган коме је, између осталог,¹⁹ поверено вршење послова из домена старатељске заштите.

социјални рад треба да поступа као и у случају лишења родитељског права. Опширније: К. Чавдар, *op.cit.* стр. 266.

14 Чл. 165. ЗС РМ, чл. 146. ПЗ РС, чл. 229. ПЗ ЦГ.

15 За разлику од ЗС РМ и ПЗ РС, ПЗ ЦГ садржи ширу формулацију и каже да се пунолетно лице потпуно лишава пословне способности ако због душевне болести, душевне заосталости или којег другог разлога није способно да се само стара о својим правима и интересима. Видети: чл. 229. став 1. ПЗ ЦГ:

16 Иако се ова трећа врста старатељства регулише у сва три породична закона, може се уочити разлика у последу начина на који је она регулисана. Док ЗС РМ изричито у чл. 124. ст. 2. предвиђа старатељство за посебне случајеве, као и ПЗЦГ, у ПЗРС о овој, посебној врсти старатељства говори се на посредан начин у чл.132. који говори о привременом старатељу. Дефинишући надлежност привременог старатеља, законодавац наводи све случајеве који се подводе под старатељство за посебне случајеве. Видети: чл. 124. ст. 2. ЗС РМ, чл.13. ПЗ ЦГ, чл.132. ПЗ РС.

17 О томе: О. Цвејић-Јанчић - *Породично право*, књига II, *Родитељско и старатељско право*, Нови Сад, 2004, стр.153.

18 Поред органа старатељства, старатеља у посебним случајевима може да постави и суд и то из разлога хитности у оним случајевима у току поступка кад би редовни поступак за постављање старатеља дуго трајао (привремени старатељ, колизијски старатељ, старатељ за пријем писмена итд).

19 Орган старатељства има широки спектар овлашћења у свим гранама породичног права. Он има овлашћења која се односе на заштиту и помоћ породици, поред старатељске заштите, и овлашћења из домена социјалног рада и социјалне заштите

У регионалним правним системима прописано је да послове заштите помоћи породици у старатељству, врши Центар за социјални рад.²⁰

Приликом регулисања овог питања у упоредном праву открива се велика разноликост правних решења јер постоје различита правна решења која се односе на орган који обезбеђује старатељску заштиту.²¹ Тако, у зависности од става законске регулативе појединих земаља, постоји неколико различитих система старатељских органа. Прву групу држава чине оне земље које припадају романском систему јер као узор узимају француски *Code civile*.²² Код њих значајну улогу у извршавању старатељске дужности има породични савет као орган старатељства. Међутим, он није независан у свом раду. Полазећи од хијерархије субјеката надлежних за обављање старатељске дужности, исправније би било да се наведу овим редом: суд, судија појединац, породични савет и тотор (старатељ).²³ Имајући у виду органе надлежне за вршење старатељске дужности у овим земљама, може се закључити да оне у одређивању надлежности органа за обављање старатељске дужности прихватају традиционални концепт. Другу групу држава чине оне државе у којима је, по узору на немачки систем,²⁴ улога суда²⁵ доминантна у вршењу старатељске дужности.²⁶ Системи у којима је сва

у решавању неких животних питања грађана. Из тог разлога се сматра да технички термин којим је означен овај орган, који води порекло из времена кад су послови старатељства вршени у оквиру управе, није одговарајући и да га треба променити. Осим тога, овлашћења која су у надлежности органа старатељства врши посебно правно лице коме је поверено вршење јавних овлашћења – центар за социјални рад.

20 Према ПЗ ЦГ послове органа старатељства такође врши Центар за социјални рад, осим ако вршење ових послова није поверено другом органу, организацији или заједници. Видети: чл.156. ПЗ ЦГ.

21 О томе: Љ. Спириков-Трпеновска, *op. cit.*, стр.193.

22 Нпр. Француска, Шпанија, Белгија, неке државе Јужне Америке итд.

23 У Француској је 1964. год. извршена реформа породичног савета. Као последица ове реформе сада се на челу породичног савета јавља судија појединац који именује чланове савета.

24 Видети: Љ. Спириков-Трпеновска, *op. cit.* стр.193.

25 У ову групу земаља спадају: бивша СР Немачка, бивша Чехословачка, Аустрија, Пољска, САД и Велика Британија.

26 У правном систему Краљевине Југославије поступак у стварима старатељства био је у компетенцији суда и имао је карактер посебног ванпарничног поступка. Видети: С. Цуља, *Грађанско процесно право Краљевине Југославије*, св. друга, *Ванпарнични поступци*, Београд, 1938, стр. 703.

надлежност у вршењу старатељске заштите поверена управном органу, представља трећу групу држава.²⁷

У регионалном праву које је било предмет наше пажње, надлежност органа старатељства обухвата широки дијапазон овлашћења.²⁸ Он одлучује о стављању лица под старатељство, постављењу или разрешавању дужности старатеља, о обиму овлашћења старатеља, правима и интересима лица стављених под старатељство као и о разлозима за престанак старатељства.²⁹ Због тога се делатност органа старатељства може, у зависности од природе овлашћења, поделити у две групе: то су овлашћења која Центар за социјални рад обавља као старатељски орган и друго, овлашћења која Центар врши у оквиру заштите породице уопште.³⁰ Уколико Центар за социјални рад у вршењу својих овлашћења³¹ одлучује о управним стварима,³² тада он поступа по правилима Закона о општем управном поступку.³³ Како су овлашћења органа старатељства веома различита, у његовом раду могу учествовати³⁴ стручњаци различитих профила: психолози, социјални

27 У њу су спадали: бивши СССР, Бугарска и Швајцарска. Карактеристично је да данас у Шведској постоји суд али и инспекција старатељства као управни орган који брине о исправности спровођења старатељске заштите. О томе и: С. Лилић, *op. cit.* стр.116.

28 Детаљније: Љ. Спиrowик-Трпеновска, *op.cit.* стр.195.

29 “Комплексност функције органа старатељства одражава се и на различите, па и противуречне позиције у поступку. Ако се појављује у судском поступку орган старатељства има положај странке или вештака или заступника. Ако даје мишљење и предлог за поверавање детета једном од родитеља има претензије да његово опредељење буде дефинитивно став суда позивајући се на стручност мишљења.” (М. Јањић-Комар, Р. Кораћ, З. Поњавић – *Породично право*, Београд, 1995, стр.253.)

30 Видети: Љ. Спиrowик-Трпеновска, *op. cit.* стр.196.

31 У домаћој, па и регионалној литератури, често се погрешно говори о “словима” које обавља орган старатељства тако да се један термин који припада лексици облигационог права користи као синоним за овлашћења која припадају овом специјализованом јавном органу.

32 Ово решење садржано је у сва три породична закона.

33 “У вршењу својих послова орган старатељства дужан је да предузме потребне мере како би се на најбољи начин остварила сврха старатељства. У том циљу може користити све видове социјалне заштите и радње социјалних, здравствених, образовно-васпитних и других организација.” (О. Цвејић-Јанчић, *op.cit.* стр. 154).

34 У црногорском праву орган старатељства може образовати саветодавно стручно тело, састављено од одговарајућих стручњака (лекара, педагога, правника, психолога, социјалних радника итд.), које има задатак да разматра стручна питања и предузима неопходне мере. Видети: чл. 160. ПЗЦГ.

радници, педагози, правници и др.³⁵ Овлашћења из своје надлежности која се односи на старатељску заштиту, орган старатељства може вршити самостално (непосредно вршење старатељске дужности) или постављањем лица за старатеља (посредно вршење старатељске дужности). У овом другом случају старатељ добија улогу посредника између лица стављеног под старатељство и центра за социјални рад.

4. Старатељ

Старатељ³⁶ је, по правилу, физичко лице које се непосредно стара о заштити личних и имовинских права штићеника. Према одредбама у регионалним породичном кодексима, старатељ се одређује као лице које има лична својства и способности потребне за обављање дужности старатеља, а пристало је да буде старатељ. Међутим, термин старатељ се користи и за означавање различитих врста старатељства.³⁷

Поред физичког лица, дужност старатеља према ЗБПО РС (чл. 228) могла је бити поверена друштвено-правном лицу³⁸ које је било дужно да именује једно физичко лице, које ће у његово име вршити старање над штићеником и бити њему одговорно. У том случају се са поверавањем старатељске заштите старатељу морао сагласити орган старатељства (чл. 228. ЗБПО РС). Уколико је штићеник био смештен у васпитно-образовну установу, социјалну, здравствену или неку другу

35 У новије време све је више захтева да се у неком будућем законском уређењу старатељске заштите, изричито предвиди да орган старатељства може користити и услуге хуманитарних и других невладиних (домаћих и страних) организација, чија се помоћ у области старатељске заштите до сада показала изузетно значајном. Видети: М. Драшкић – *Породично право*, Београд, 1998, стр. 299.

36 Овај назив користи ЗСРМ. У ЗБПО Србије и ПЗ ЦГ уобичајан назив за ово лице био је «старалац». Према ПЗРС овај назив је промењен и прихваћен је назив «старатељ». Дошло је до терминолошке промене за коју се сматра да је више у духу српског језика, тј. промене назива овог лица а садржај његових функција остао је исти. Видети: чл. 126-133. ПЗ РС.

37 У правним системима других земаља користи се више различитих термина за означавање различитих врста старатељства. Нпр. у Француској разликује се тутор који се именује за малолетнике и пословно неспособна лица, куратор за еманципованог малолетника итд. Видети: Лилић, С. *op. cit.* стр.117. Међутим и поред разних термина од којих неки као (нпр. тутор, куратор), воде порекло још из римског права, општа је појава данас, да се прихвата термина старатељ. О томе: Љ. Спиновић-Трпеновска, *op.cit.* стр. 200.

38 Црногорско право не познаје могућност да дужност старатеља обавља друго правно лице осим самог органа старатељства.

организацију, орган старатељства му је постављао старатеља за оне послове које та организација не обавља у оквиру своје редовне радне делатности (чл. 231. ЗБПО РС). Овакво законско решење садржи и ЗСРМ (чл. 137). Међутим, према ПЗРС (чл. 130) предвиђено је да ће директор установе социјалне заштите за смештај корисника, одн. лице запослено у тој установи обављати дужности старатеља штићеника смештених у ту установу, ако на то пристане штићеник и ако је то у његовом интересу.

За старатеља се првенствено постављају блиска лица или најближи сродници лица које се ставља под старатељство. То могу бити: супружник,³⁹ сродник, хранитељ штићеника, осим ако интерес штићеника не налаже другачије (чл. 126. став 2 ПЗРС).⁴⁰ Именовање блиског рођака за старатеља, лицу под старатељством, несумњиво је у његовом највишем интересу, јер се полази од претпоставке да је то лице које најбоље познаје његове потребе и навике и уопште све околности у вези са лицем које се ставља под старатељство.

За старатеља се не може поставити: лице које је потпуно или делимично лишено пословне способности, лице које је потпуно или делимично лишено родитељског права, лице чији су интереси у супротности са интересима штићеника, као и лице од кога се, с обзиром на његове личне односе са штићеником, родитељима штићеника или другим сродницима, не може очекивати да ће правилно обављати послове старатеља.⁴¹

Уколико једно лице испуњава услове да буде старатељ, може се догодити да једно исто лице буде постављено за старатеља више лица.⁴² При том се, према ЗСРМ (чл. 136), захтева да је то у интересу самог лица које врши функцију старатеља, у интересу лица које је под старатељством, као и да овакво обављање старатељске дужности није у супротности са интересима неких од тих лица над којима се врши старатељство.

39 Пошто су изједначене брачна и ванбрачна заједница, старатељ може да буде и ванбрачни партнер.

40 Док је ПЗ РС у именовању најближих сродника за старатеља, па их у том смислу и таксативно набраја, ЗС РМ (чл.135.) садржи уопштенију одредбу, која каже да се за старатеља поставља близак рођак лица под старатељством не наводећи ко се све може сматрати блиским рођаком.

41 Видети: чл.139. ЗС РМ; чл.128.ПЗ РС; и ПЗ ЦГ. Садржину овог правног стандарда одредиће сам орган старатељства у поступку за одређивање старатеља.

42 О томе: Љ. Спировик-Трпеновска, *op. cit.* стр. 201.

Према ПЗРС (чл. 129) наводе се само прва два услова док је овај трећи изостављен.⁴³

Орган старатељства је дужан да приликом постављања старатеља узме у обзир и жељу штићеника (чл. 127. ПЗРС), ако је он у стању да је изрази. У том смислу жељу може изразити сваки малолетник који је напунио 10 година и ако је способан за расуђивање. У праву Македоније приликом избора старатеља узимају се у обзир и жеља блиских рођака (чл. 135.став 4. ЗС РМ).⁴⁴

Орган старатељства може да одлучи да постави привременог старатеља штићенику, као и детету под родитељским старањем одн. пословно способном лицу, ако процени да је то неопходно ради привремене заштите личности, права или интереса тих лица (чл. 132. ПЗРС). Именовање старатеља за појединачне случајеве познају и други регионални правни системи, с том разликом што се у овом случају говори о старатељству у посебним случајевима и таксативно се наводе случајеви у којима се именује старатељ за посебне случајеве.⁴⁵

У погледу вршења дужности старатељ је дужан да се о штићенику савесно стара, штитећи његову личност, права и имовину. У вршењу своје дужности, он за штићеника закључује разне правне послове као његов законски заступник. Надзор над његовим радом обавља орган старатељства, коме је он дужан да подноси извештај и полаже рачуне о свом раду сваке календарске године за претходну годину (редовни извештај), кад орган старатељства то затражи (ванредни извештај), одн. након престанка старатељства (завршни извештај).⁴⁶

С обзиром да се за старатеља најчешће именује лице из реда рођака, опште је прихваћено правило да он ту функцију обавља добровољно, без

43 ПЗЦГ (џл.167) предвиђа да се исто лице може поставити за старатеља већем броју штићеника, ако је то у интересу штићеника. Овакав старатељ поиставља се појединачном одлуком органа старатељства.

44 Одредба ЗСРМ по којој би орган старатељства приликом постављања старатеља требало да води рачуна и о жељама блиских сродника, ако је то у интересу штићеника, била је предвиђена ранијим ЗБПО Републике Србије (чл. 230). У ПЗ РС оваква одредба не постоји.

45 И у ЗБПО РС, постојао је старатељ за посебне случајеве. Међутим, доношењем ПЗ РС у чл. 132. регулишу се права и дужности привременог старатеља, при чему се таксативно наводе случајеви у којима он обавља старатељску дужност. Набројани случајеви, заправо, представљају оне исте који су раније били обухваћени посебним старатељством.

46 Видети: чл. 144. ПЗРС, чл.151. ЗСРМ, чл. 178. ПЗЦГ.

надокнаде. Међутим, орган старатељства може старатељу да одреди и накнаду као награду ако сматра да је старатељ уложио допунски напор у вршењу старатељске дужности и да се истакао у томе.⁴⁷ Награда и накнада трошкова које он одобрава по правилу се исплаћују из средстава неопходних за издржавање лица под старатељством. Међутим, уколико би то угрозило издржавање лица под старатељством онда би се награда као и накнада, према ЗСРМ исплаћивала на терет државног буџета у Македонији и Црној Гори. ПЗРС предвиђа да се награда, као и накнада трошкова, старатељу исплаћују првенствено из штићеникових прихода, осим ако се тиме не угрожава штићениково издржавање. У том случају услове за накнаду трошкова и награду старатељу, прописује министар надлежан за породичну заштиту (чл. 143. и 144. ПЗ РС).

5. Старатељство над малолетницима

ПЗ РС (чл. 124) садржи уопштену одредбу по којој се под старатељство ставља дете без родитељског старање не наводећи случајеве кад се сматра да представљају изостанак родитељске бриге.⁴⁸ ЗСРМ (чл. 159) предвиђа да се под старатељство ставља малолетно лице без родитељске бриге с тим што се под дететом без родитељске бриге подразумева дете чији родитељи нису живи, који су нестали, непознати или им је непознато место пребивалишта више од једне године и дете чији родитељи без обзира на разлоге привремено или трајно не извршавају своја родитељска права и дужности. Сличну одредбу садржи и ПЗЦГ, с том разликом што је црногорско право још детаљније одредило појам малолетника који се ставља под старатељство.⁴⁹

Уколико се ради о старатељству над малолетником који има родитеље, али су они из било којих разлога спречени да врше родитељско право, стављањем детета под старатељство не престаје родитељско право природних родитеља. У том случају долази само до ограничења

47 Видети: чл. 152. ЗСРМ, чл. 143. и 144. ПЗ РС, чл. 191. ПЗЦГ.

48 УЗБПО РС (чл. 265.) наведени су били случајеви када се сматрало да је дете остало без родитељске бриге.

49 Тако се наводи да се под старатељство ставља оно малолетно лице чији су родитељи умрли, непознати или су непознатог пребивалишта, чији су родитељи лишени родитељског права, чијим родитељима је одузета пословна способност, чији родитељи злоупотребљавају или грубо занемарују вршење родитељског права, чији су родитељи одсутни и нису у могућности да се редовно старају о њему, а нису га поверили на чување и васпитање лицу за које је орган старатељства утврдио да испуњава услове за старатеља. Видети: чл. 210. ПЗ ЦГ.

родитељског права, преношењем одређених овлашћења на старатеља. Колики ће бити обим овлашћења одређује у сваком конкретном случају орган старатељства.⁵⁰

Основна дужност старатеља малолетног лица састоји се у савесном старању о личности штићеника. Сва три породична закона под старањем подразумевају: старање о личности, заступање, присвајање средстава за издржавање малолетног лица и управљање и располагање његовом имовином.⁵¹ На основу дужности које старатељ има према малолетном лицу, може се уочити да су оне веома сличне дужностима које имају родитељи према својој деци. То је један од разлога што је данас све присутнија појава приближавања старатељства родитељском праву кад су у питању малолетници. Међутим, до потпуног стапања ова два института у погледу малолетника још увек није дошло. Разлике између њих постоје и у огледају се у следећем: између родитеља и деце постоји природна веза – крвно сродство, која настаје рођењем детета, док између старатеља и штићеника може постојати сродство, али оно није произашло из старатељства, већ обрнуто, постојање сродства може бити разлог за именовање једног лица за старатеља; малолетна лица имају право да живе са својим родитељима, док малолетни штићеник не мора да живи са старатељем; старатељ нема дужност да издржава малолетног штићеника из својих средстава, док родитељи имају ту дужност на основу родитељског односа; дужност старатеља је привремена, док је родитељски однос трајан; родитељи немају дужност да подносе извештај органу старатељства о старању над малолетним лицем, док старатељ ту дужност има; старатељу је потребно одобрење органа старатељства за многобројне одлуке које се тичу личности штићеника, док родитељ мора тражити одобрење за много ужи круг послова у погледу имовине детета; између старатеља и штићеника не настаје имовинска заједница; старатељство није основ законског наслеђивања, док родитељски однос јесте.⁵²

Без обзира на наведене разлике између старатељства и родитељског права, у погледу основне дужности старатеља (да се брине о здрављу, васпитању и образовању детета), његов положај сличан је положају родитеља. Међутим, морамо подвући да у овом случају оно што представља

50 Карактеристично је тумачење ове одредбе у Републици Македонији. Иако невршење родитељског права у овом случају не значи и њихов престанак, фактичко дејство за малолетника је исто као и када су родитељи лишени родитељског права. Видети: К. Чавдар, *op. cit.* стр. 266.

51 Чл. 135-141. ПЗ РС, чл. 221-228. ПЗЦГ, чл. 160. ЗСРМ.

52 Опширније: О. Цвејић-Јанчић, *op. cit.* стр. 168-169.

дужност за старатеља, у случају родитељског односа, представља право за родитеље (право да се брину о здрављу, васпитању и образовању детета).⁵³

Колики ће бити обим старатељске дужности зависи и од пословне способности малолетног штићеника.⁵⁴ Уколико је у питању малолетник под старатељством који није навршио 14 година живота, ради се о потпуно пословно неспособном лицу, за кога старатељ, као законски заступник, мора закључивати све правне послове (осим оне за које се сматра да су од малог значаја, као што су свакодневне набавке), јер у противном правни посао који закључи малолетно лице не производи никакво правно дејство, он је апсолутно ништав. Ако се ради о малолетном штићенику који је навршило 14 година живота, он је способан да самостално закључује послове мањег значаја, као и све остале, али уз претходно одобрење старатеља,⁵⁵ одн. органа старатељства ако је реч о пословима које старатељ не може сам да предузме. Исто решење предвиђа и црногорско право с том разликом што није предвиђено право старијег малолетника да самостално закључује послове мањег значаја.⁵⁶ Према ЗСРМ⁵⁷ малолетник, који је напунио 15 година живота може самостално без одобрења старатеља да закључује правне послове, а ако су они од изузетног значаја потребна је претходна дозвола његовог старатеља.⁵⁸

Неке послове који се непосредно тичу личности малолетног лица, старатељ може предузимати само на основу дозволе органа старатељства.⁵⁹

53 И према одредбама Конвенције о правима детета предвиђена је дужност старатеља, као законског заступника детета, да обрати пажњу на потребу успостављања континуитета у подизању детета као и у етничком, религиозном, културном и језичком пореклу детета. Видети: *Конвенција о правима детета*, чл. 20. став 3.

54 Управо овде се може уочити велика сличност данашњег института старатељства и старатељства утемљеног у Јустинијановском праву. И у римском праву дужност старатеља над малолетним лицем зависила је од узраста пупиле. Опширније: Игњатовић, М. – *Старатељство над малолетницима у римском и савременом праву* (магистарски рад), Скопље, 2005.

55 Чл. 137. ПЗ РС.

56 Чл. 212. ПЗ ЦГ.

57 Чл. 162. ЗС РМ.

58 Граница од 15 година, у македонском праву одређена је тако што се пошло од чл. 7. Закона о радним односима, по коме радни однос може да заснује лице које има 15 година старости и општу здравствену способност. Због тога се по одредбама ЗСРМ сматра да је малолетник са 15 година живота способан да без одобрења старатеља закључује правне послове. Видети: К. Чавдар, *op.cit.* стр. 269.

59 Нпр. поверавање малолетника дечијем дому или некој другој организацији за децу и малолетнике на чување, васпитање и образовање, поверавање неком другом лицу на васпитање, негу и старање, смештај малолетника на дуже време у здравствену

У погледу имовине малолетног лица, у праву Македоније старатељ може, уз претходну сагласност органа старатељства, да предузме следеће правне послове: да отуђи или оптерети непокретност штићеника; да отуђи из имовине штићеника покретне ствари веће вредности или да располаже имовинским правима веће вредности; да се одрекне наследства или легата; као и да предузме и друге мере предвиђене законом.⁶⁰ Црногорско право⁶¹ још је детаљније регулисало послове имовинске природе које старатељ може предузети уз дозволу органа старатељства. У ПЗ РС нису таксативно наведени случајеви у којима старатељ обавља послове имовинске природе на основу дозволе органа старатељства, као у претходна два закона, већ се само у чл. 137. наводи да старатељ може, само уз одобрење органа старатељства, да обавља послове који превазилазе оквир редовног управљања имовином штићеника.

Уколико орган старатељства одбије да да сагласност старатељу за обављање послова који превазилазе оквире његове редовне надлежности, према ранијем ЗБПО РС малолетник је имао право жалбе против одлуке органа старатељства или другог органа који ускраћује такво одобрење. Жалба се је у том случају подносила суду.⁶² Међутим, у ПЗРС није предвиђено право жалбе малолетног лица. Право жалбе малолетног лица не познају ни црногорско, ни македонско право.

Поред послова које старатељ може да закључује уз претходну сагласност органа старатељства, постоје и одређена лична права самог малолетника која старатељ уопште не може да врши. То су: изјава о признавања очинства и материнства, коју може дати малолетника са навршених 16 година живота, давања сагласности за признавање очинства и материнства, подношење предлога суду за давање дозволе за ступање у брак пре пунолетства; одлучивање о прекиду трудноће; заснивање радног односа.

организацију на лечење, прекидање школовања малолетника или промена школе, одлучивање о избору занимања и сл. (чл. 137. ПЗРС). У црногорском праву ово питање регулисано је одредбом чл. 180. ПЗ где се на уопштен начин говори о пословима које старатељ може са одобрењем органа старатељства да обавља.

60 Чл. 147. ЗСРМ.

61 Чл. 180. ПЗЦГ.

62 Иако је на први поглед то могло значити повољнији положај за само малолетно лице под старатељством у односу на малолетника над којим су родитељи вршили родитељско право (јер они нису имали право жалбе), ипак то није било тако. И сам законодавац прописујући овакву одредбу имао је на уму да су интереси детета под родитељским старањем боље заштићени од интереса детета стављеног под старатељство.

Уколико малолетног штићеника треба упутити у установу за васпитање због поремећаја у понашању, поступак је исти као и кад се ради о детету под родитељским старањем. О овој потреби одлучује орган старатељства, који у поступку против малолетног лица игра врло активну улогу. Од његовог става зависи и покретање поступка за упућивање. Улога органа старатељства у поступку против малолетног лица важна је како у припремном поступку, тако и касније на седници већа за малолетнике и на самом претресу где орган старатељства настоји да осветли лик малолетног деликвента и да пружи адекватну помоћ, а у циљу доношења законите и правилне одлуке. С обзиром на чињеницу да је једно од основних начела овог поступка хитност, онда се може закључити колико је улога органа старатељства у конкретном случају важна и деликатна. Ово из разлога што орган старатељства, да би интервенисао на време у свим стадијумима поступка, мора да располаже свим потребним подацима који се односе не само на личност малолетног лица, већ и на средину у којој је то лице одрасло, његово социјално порекло, школовање итд. Прикупљање свих ових релевантних података о личности малолетника нужно захтева од органа старатељства већу оперативност у раду, што са друге стране указује и на потребу за ангажовањем свих лица са терена која ће у овом поступку бити од користи у смислу пружања адекватних информација (суседи, учитељи, занатлије, одн. сви они који су на неки начин били у контакту са малолетним лицем). У свом раду, орган старатељства се ослања и на стручну помоћ лица која су у стању да утврде душевну развијеност малолетника (лекари, психијатри, педагози и друга лица). Наравно, да та лица износе мишљење о зрелости малолетника на основу података органа старатељства који је до њих дошао на основу прикупљених података са терена. Дакле, ако у овом поступку орган старатељства не испољи активно учешће, малолетник се излаже ризику да постуак који се води против њега буде мањкав и да заштита која би у овом поступку требало да му се пружи не буде адекватна, чиме улога органа старатељства губи законски смисао и садржину.

Малолетник који је под условима прописаним законом који уређују радне односе засновао радни однос код послодавца, без обзира да ли је још увек или није под старатељством, има право на зараду којом слободно располаже. У том случају он је стекао ограничену пословну способност и може самостално да закључује правне послове и да располаже својом зарадом и уз ограничење које се односи на дужност да из својих средстава доприноси своје издржавању, васпитању и образовању. Овакво решење садрже сва три наведена породична закона.⁶³

63 Видети: чл. 162. ЗС РМ; чл.139. ПЗ РС; чл. 213. ПЗ ЦГ.

Старатељство над малолетником може престати било стицањем пунолетства са 18 година; стицањем пословне способности у судском поступку (судска еманципација)⁶⁴; усвојењем; враћањем родитељских права; смрћу детета. Уколико дође до престанка старатељства, орган старатељства је дужан да позове старатеља да у одређеном року поднесе извештај о старању о личности и имовини штићеника, као и да преда штићенику имовину на управљање, ако је овај стекао пословну способност. Предаја имовине обавља се у присуству старатеља, штићеника одн. родитеља или усвојоца и органа старатељства. Ако се утврди да је старатељ пословао злонамерно биће покренут поступак против њега (кривични или грађански) или предузете друге мере за заштиту интереса штићеника.

6. Поступак за стављање под старатељство

Питање покретања поступка за стављање једног малолетног лица под старатељство, поставља се оног момента када се дозна да оваква потреба постоји. Поступак, пре свега, може да покрене сам орган старатељства по службеној дужности.⁶⁵ Покретање поступка може да иницира и свако заинтересовано лице које обавештава орган старатељства о потреби да се малолетнику обезбеди старатељска заштита. Иницирање поступка од стране трећег лица представља још један у низу доказа да је питање за стављање малолетног лица под старатељство од општег друштвеног значаја, тј. да је у сагласности са општим друштвеним интересима који се у првом реду односе на нормалан развој сваке јединке. У том смислу је и оправдано што је законодавац признао право сваком трећем заинтересованом лицу да иницира поступак за остваривање старатељске заштите.

ЗСРМ прецизно одређује која лица могу да иницирају поступак за стављање под старатељство тако што у чл. 128. таксативно набраја ова лица,⁶⁶ за

64 О томе: Г. Станковић – Ванпарнични поступак за стицање пословне способности, *Правни живот*, 13/2008; Г. Станковић – Поступак за стицање пословне способности, *Зборник на Правниот факултет „Јустинијан Први“, во чест на Стефан Георгијевски*, Скопје, 2009, стр. 27.

65 Овде се ради о изузетку од правила, да се управни поступак покреће по захтеву странке, када је реч о остваривању њених права. Код старатељства, орган покреће поступак по службеној дужности, иако се у суштини ради о заштити права лица које се ставља под старатељство. Види: Лилић, С. – *Посебно управно право*, Београд, 1988, стр.122.

66 “У случају постојања потребе да се неко лице стави под старатељство или да се на њега примени неки облик заштите, коју даје Центар за социјалан рад, дужни су

разлику од законодавца у Србији који није тако прецизан у одређивању круга лица који су дужни да, пошто сазнају за потребу стављања неког лица под старатељство, обавесте и надлежни орган.

Када се стекну услови да се једно лице стави под старатељство, и када је о томе обавештен надлежни орган старатељства, потребно је да он одмах, без било каквог одлагања, предузме мере које су потребне да би се заштитила права и интереси малолетног лица, тј. да би се заштитила његова личност и његова имовина.

У поступку за стављање малолетника под старатељство именује се старатељ и одређују се његова права и дужности, као и то да ли ће он своју дужност остваривати непосредно или преко неког правног лица. По именовану старатеља, орган старатељства уводи старатеља у дужност. Увођење старатеља у дужност састоји се у томе што орган старатељства упознаје старатеља, потом штићеника (уколико је овај у стању да схвати значај тих речи) и чланове породице, са дужностима и овлашћењима старатеља и са задацима и циљем старатељства.⁶⁷ У случају да штићеник има имовину, управљање над њом поверава се старатељу.

Приликом доношења одлуке о виду најпримереније заштите у конкретном случају, орган старатељства руководиће се, најпре, интересима самог штићеника, користећи се при том савременим методама социјалне заштите. Међутим, с обзиром на немогућност ограна старатељства да у свакој ситуацији испита све чињенице које су од значаја за заштиту интереса детета, а и с обзиром на хитност поступка, у пракси се, као неопходност, истиче потреба за активним учешћем органа старатељства. При том се не мисли само на орган који би требало искључиво са правним средствима да остварује своју заштитничку функцију, него на орган који би био у стању да на основу истраживања, користећи се савременим социјалним методама, делује на превенирање свих негативних појава до којих у овом поступку може доћи.

У стручној литератури се истиче да постоји потреба да се донесу и посебни прописи којима ће се конкретизовати улога органа старатељства у свим поступцима за заштиту деце и њихових права и интереса, па и у материји старатељства над малолетницима. Конкретизација улоге органа старатељства, како сматрају практичари, остваривала би се

да извести тај орган: 1) матичар и државни орган који је у вршењу послова из своје надлежности сазнао за такав случај; 2) родитељи, чланови породице и суседи; 3) предузећа, установе, месне заједнице и друге организације и заједнице."

⁶⁷ Опширније: О. Цвејић-Јанчић. – *Породично право*, књига II, *Родитељско и старатељско право*, Нови Сад, 2004, стр.165.

преко именовања специјалног заступника детета. Међутим, именовање специјалног заступника детета покреће још једно ново питање, а то је дали и на њега треба гледати као на специјалног (законског) заступника или као на контролни орган, који је сличан органу старатељства по функцији, који би интервенисао само у оним ситуацијама када се за то јави потреба?

Потреба за увођењем специјалног (законског) заступника све се више намеће као нужност, имајући у виду да орган старатељства, због широког дијапазона овлашћења која има, није у стању да успешно одговори на многобројне задатке који му се стављају у надлежност. Увођењем специјалног заступника детета, који би претходио поступку стављања под старатељство или који би се водио паралелно са њим, увећала би се ефикасност у контролној функцији старатељске заштите, побољшала организованост у функционисању органа старатељства и остварила успешна примена савремених социјалних метода који би се примењивали у самом поступку стављања под старатељство и у току старатељске заштите.

У поступку стављања под старатељство орган старатељства примењује правила Закона о општем управном поступку. Према одредбама овог закона, орган старатељства поступа не само када је у питању стављање под старатељство, него и када су у питању и друге правне ствари из домена породичног права које су му стављене у надлежност и где је неопходна његова интервенција.⁶⁸

Поступак стављања под старатељство се завршава доношењем акта који има форму решења. Решење се доставља надлежном матичару у року од 15 дана по правоснажности, а ако штићеник има непокретности, у овом истом року неопходно је да се изврши и упис у јавне књиге за евиденцију непокретности.

Решење за стављање малолетног лица под старатељство не постаје одмах правоснажно јер одређени круг лица има право на правни лек. Малолетник и његови рођаци, као и трећа лица која за то имају интерес имају право на жалбу.

ЗАКЉУЧНО РАЗМАТРАЊЕ

Упоредно-правни приказ законских решења која се односе на старатељску заштиту малолетних лица и улогу органа старатељства у поступку заштите малолетних лица у регионалним породичноправним системима Македоније, Србије и Црне Горе показује значајну и врло деликатну улогу овог органа. Намера нам је била да овим приказом законских

68 *Idem*, стр. 166.

решења подстакнемо ширу правничку и стручну јавност на потребу да се даље унапређује улога органа старатељства, посебно ради заштите малолетника. Систематизована сазнања у погледу нових решења која се односе на старатељску заштиту малолетника помажу законодавцу да обликује адекватне видове заштите, одн. да прошири круг лица која учествују у њеном пружању. Истраживање ове проблематике је важно не само за правну науку и за законодавство, већ и за само друштво. Овај рад имао је за циљ, поред упоредноправног приказа, и да испровоцира и нове промене у законодавству које би обезбедиле ефикасније механизме и основе за ширу друштвену заштиту малолетних лица када је неопходно да се она остварује преко органа старатељства.

Doc. Marija Ignjatović, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

**THE ROLE OF GUARDIANSHIP AUTHORITIES
IN THE PROTECTION OF MINORS:**

Legal solutions in Macedonia, Serbia and Montenegro

Summary

In this article, the author analysis of the institute of guardianship over minors in the family laws of Macedonia, Serbia and Montenegro. The legal rules that regulate this legal institute are substantially similar in these three countries. It is most likely the consequence of the fact that these three family law systems are based on the same fundamental principles established in large civil codification, which are rooted in Roman law. Thus, the Macedonian Family Act (1992) was used as a model for regulating the principle of guardianship protection in the subsequently adopted Serbian Family Act (2005) and the Montenegrin Family Act (2006).

The author provides a comparative analysis of the legal solutions on guardianship of minors and the role of guardianship authorities in the legal protection of minors in the family legislations of Macedonia, Serbia and Montenegro, all of which demonstrate a delicate role of guardianship authorities. The systematic overview of legal solutions contained in the national legislations is aimed at prompting the wider academic and professional public to keep promoting the role of guardianship authorities in the legal protection of minors. The awareness of new solutions on the guardianship of minors may help the legislator in shaping adequate form of legal protection, by expanding the range of persons who may provide such protection. The study of this matter is important not only for legal science but also for the society at large. This paper is also aimed at initiating changes in the national legislation which should provide more efficient mechanisms and grounds for a more comprehensive social protection of minors when it is exercised through guardianship authorities.

Key words: *guardianship authorities, guardianship of minors, cura minorum in Roman law.*

ПОЛИТИЧКО НАСЛЕЂЕ И ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ СРБИЈЕ

Апстракт: Процес евроинтеграција Србије претпоставља низ друштвених, економских, културних, политичких, институционалних, правних и других промена, дакле, целовитих променачких промена. Посебан аспект тих промена представља превладавање наслеђених образаца друштвене и политичке свести односно раније стечене политичке културе друштва која се показује као озбиљна сметња рационализацији, регулацији и демократизацији друштвеног живота Србије. Одреднице наслеђене политичке културе, инерција традиционалне свести и перцепција новоустановљених околности, стварају посебан тип мешовите, прелазне политичке културе која није подесна модерној демократској култури. Аутор образлаже тезу да садржај наслеђених значајки политичке културе успорава процес консолидације демократије у Србији и њен евро-интеграциони капацитет.

Кључне речи: политичко наслеђе, транзиција, прелазна политичка култура, европске интеграције.

Увод

Политичка култура се одређује као систем уверења, ставова, оријентација и понашања у односу на институционалне-нормативне структуре друштвеног и политичког поретка. Политичка култура и политичка структура (институције) морају бити у функционалној и садржинској равнотежи и подударности како би укупан политички систем био стабилан, делотворан и развојан. Свака промена или трансформација система је извесна ако се промени и базични образац политичког мишљења и понашања. А промена друштвене и политичке културе није могућа у кратком временском периоду и она се често не поклапа са променом формалних институција и процедура. Ако се политичка култура друштва споро мења и ако њен развој успоравају апорије прошлости онда она није подесна за нови тип политичке формације друштва.

Политичка култура у транзицији је неразвијена, несразмерна, непримерна и неприлагођена, неинтегрисана, амбивалентна, поларизирана, фрагментарна, дифузна, конфликтна, претежно апатична, отуђена, ауторитарна, патерналистичка, десубјективизирана, поданичка, застарела, групно колективистички оријентисана, традиционална, често ирационална, емоционално-симболички преобладајућа. Институције (политичке структуре) нормативно неутемељене и неизграђене, ситуационо променљиве, нефункционалне, персонализоване и приватизоване, са изразитом децизионистичком хромашћу, неодговорне са ослабљеним репрезентативним и управљачким капацитетом.

Не само народносне представе и властодржачки погледи већ и добар део интелектуалних посленика нису схватили или разумели саму природу промена а тиме и политичких промена. Пошли су од тога да су промене могуће у кратком периоду, од погрешне антрополошке претпоставке о једноставној механичкој промени човека за кратко време, превидели су традиционалне наносе који су дубоко укорењени у свести и менталитету и који јако отежавају нове политичке спознаје и изградњу новог обрасца друштвеног и политичког понашања. Такав конструктивистички еспериментализам није могао имати далекосежне позитивне исходе. Транзиција друштва и политике претпоставља личну транзицију појединца. Без промена у дубинама структуре друштва, нема ни промена у политици и институцијама одлучивања.

Витални нагон прилагођавања не подразумева само механичку копију једног модела друштва и једног модела политичког система. Већ наведени културни диверзитет у свету, постојање културних планетарних зона, плурализам култура и традиција у свету, не може се изразити и предметити

у једнотипском моделу политичког система и институција. Унификација политике у светскоглобалним границама ризикује модернизовану политичку тиранију и механичку конструкцију институционалних модела односа. Све транзиционе земље, па и Србија, су показале когнитивну хромост у перцепцији западног модела демократије, прихватајући га без узимања у обзир контекстуалних прилика и без критичког осврта на негативне стране које су се показале у земљама-оргиналима. И тамо демократија има своје добре и лоше стране чега нису били свесни транзициони актери. Некритичка, маханичка перцепција оргинала ствара једва видљиве обресе бледе копије.

Стање спремности за консолидацију демократије

После већ извесног, и за науку релевантног периода, показује се да је почетна транзициона теоријска парадигма¹ у кризи јер није верификована у транзиционом искуству, посебно у случају Србије. Показало се да нису сва транзициона друштва подједнако спремна за промене, да немају сва друштва исто или слично наслеђе, да је негде криза била далеко дубља и сложенија, да појединачна друштва нису имала исту стартну позицију у процесе трансформације. Србија је посебан случај у односу на све транзиционе земље бар у неколико битних специфичности. Прво, Србија је имала изразите и радикалне дисконтинуитете у државотворном, правном и идеолошком смислу, који се пресликао и у транзициони контекст, и створио изразито поларизовано, традиционално, идеолошки хетерогено и неуправљиво друштво.

Друго, Србија је ушла у процес транзиције са ослабљеним капацитетом државности који је обележен процесом сецесије односно губитком дела суверене територије, с једне стране, и проблемом нефункционалне државе и њеног смањеног управљачког капацитета, са друге стране. Распад друге Југославије, праћен грађанским ратом, а посебно фактичка сецесија Косова и њено међународно признање, посебно се одразио у свести људи и схваћен је као претећи, угрожавајући, неправедан акт стварајући истовремено несигурност, стрепњу и осећај егзистенцијалне угрожености државе и нације. То је створило посебно стање замрзнутости и затворености друштва и немогућност искорака ка решавању других питања друштвеног живота. Стварање односно одржање државе није претежно демократско питање, оно је претходно питање без кога нема продора ка даљем развоју друштва.

1 Collier, R: Paths Toward Democracy: The Working Class and Elites in Western Europe and South America, Cambridge University Press, 1999, p.5-18

Бављењем прошлости и размирицама око тумачења прошлости, немоћним ламентирањем над прошлим временима, несналажењем у околностима дезинтеграције Југославије и фиктивним рефлексијама о косовској независности – потрошено је драгоцене време, док се истовремено продубљивала друштвена и економска криза а политичке елите невешто импровизовале своју транзициону политику.

Наведене дилеме нису само одгодиле нужне промене него су и данас сметња у процесу трансформације друштва. Закаснили одговор на велике изазове не само што успорава промене, него и уназађује друштво. Немогућност одговора на сложене и противречне историјске изазове представља битну одредницу наше политичке културе, а виталитет народа и држава управо се изражава у благовременом, одговарајућем, рационалном, извесном одговору на бременитости наслеђа и нових околности. Неразрешене контроверзе традиције и даље опстају у сиромашном, економски неразвијеном, нормативно аномичном друштву, које се веома споро односно тешко мења. Ставови, орјентације и понашања људи немају претежну и већинску реформску орјентацију, нити постоји садржинска ни процедурална сагласност односно легитимитет око основних приоритета и нужних јавних политика трансформације.

Промена генерација и/или промена унутар генерације

Да ли се, у процесу друштвене и политичке мутације, консолидације демократије и стварања европске демократске политичке културе, трансформација може остварити са сменом генерација и/или променама унутар политичких генерација?

Претпоставка да су демократске промена питање смене генерација а не унутарживотне промене већ социјализованих појединаца заснива се на идеји да се политичка култура не мења преко ноћи или у оквиру једне генерације јер се основни слојеви старе политичке културе временски протежу и после промене старих политичких институција и озаконења новог политичког система. Ако до промене и дође она је више изражена код млађих генерација због тога што је њихово дечије и адолсцентно учење политичке културе несистематизовано и недовољно искуствено утемељено. Ако се има у виду распон политичких генерација у земљама посткомунизма уочиће се значајне разлике, јер су најстарије генерације социјализоване у претходном режиму а најмлађе у условима кризе и антиципативне социјализације. Изразити генерацијски дисконтинуитет резултат је радикалних смена политичких система с једне стране, и недовољно конзистентна и утемељена политичка култура у оквиру

политичких генерација. И долазеће политичке генерације стицале су неадекватна политичка знања и искуства од стране недовољно социјализоване односно индоктринисане свести оних који су били позвани да та знања пренесу. Конфузија настала због краха система и кризе друштвених вредности имала је противречан утицај и на младе генерације које су одрастале у условима аномије, вредностно-идеолошког вакума и недостатка демократских узора и норми понашања.

Претпоставка животне ситуације појединаца полази од тога да се човек може мењати у току свог животног века у релативно кратком року, па чак и кад је у питању радикална промена политичког система. Она полази од маханичке пројекције брзих ресоцијализацијских ефеката. Објективне околности смене различитих и по природи супротних режима (монархија-комунизам-национализам-демократија) стварају конфузију и подељену лојалност код појединаца и група а тако дезорјентисани људи се тешко прилагођавају новонасталим околностима. Стечене навике се тешко мењају а често и нису у функцији времена. Питање промене политичке културе пре је питање смена политичких генерације, него што је питање промене унутар конзервиране свести појединачног живота човека. Смене генерација, под условом да долазећа генерација има извесне околности и да унутар такве генерације социјализација производи демократске ефекте.

Модел смене генерација је повезан са хипотезом унутаргенерацијске промене. Није могућа промена сменом генерација уколико се унутар генерације односно генерација не догађају процеси рационалне демократске ресоцијализације. Са друге стране, није могућа доследна и извесна промена унутар једне генерације јер је утицај одлазећих политичких генерација и наметнутих антидемократских модела вредновања и идентификација још увек ефективан.

Традиционална инерција свести и транзиционо искуство

Дакле, транзициона перцепција промена условљена је досањашњим изразитим идеолошким и државним дисконтинуитетом и апоричним дилемама традиције. Наслеђе транзиционих друштава и сам чин рушења старог режима обојен је „институционалним насиљем“ у односу на стечену политичку културу. То се у свим посткомунистичким друштвима изражавало као радикално поништавање и оспоравање доприноса претходних генерација, а свака нова генерација настоји да „преко ноћи“ усади нова уверења, ставове и вредности. Тако је створена представа да свака нова политичка формација значи нулти почетак. Насилне социјалистичке револуције које су обогатиле своје значење идејом о

„перманентној револуцији“ оставила је лош траг у транзиционом добу које је одбацило позитивну политичку традицију и наслеђе. Смена власти као смена различитих типова политика и политичких пројеката доживљава се еуфорично и фатално а сваки исход периодичних избора доживљава као или губитак стеченог или скретање са опредељеног.

Политичка култура се не мења са променом формално институционалног склопа. Једном усвојен систем идеја, веровања и праксе опстаје иако више није подесан за ново време и губи на значају, и омета усвајање новог образаца политичке културе. Промењене политичке околности не значе брзу и трајну промену оријентација и ставова али њихова промена могућа је у релативно дужем процесу ресоцијализације и реинституционализације друштва. Такође, није могућа брза ресоцијализација генерација и прихватање демократских политичких институција и подршке успостављању нових демократија. Без обзира на самологичност ових налаза, ипак је неопходно објаснити механизме мутације политичке културе.

Када говоре о политичкој култури, Dawson и Prewitt полазе од тога да се политичка култура трансформише у односу на ново искуство различито од претходног, а у случају изузетних промена или специфичних случајева, као што је настанак нове политичке заједнице ствара нову политичку културу која није постојала.² На овом трагу могуће је разликовати две врсте промена: варијација политичко-културних оријентација унутар једног система, на једној страни, и промена политичке културе која настаје услед радикалане промене политичког режима и државног дисконтинуитета. Када су у питању транзиционе земље више је значајна теза о историјском, политичком и државном дисконтинуитету, а у случају Србије, ради се о радикалној промени политичких режима који су по својој природи различити.

У ситуацији када је стари вредностно-идеолошки систем дискредитован, политички режим срушен а стара политичка елита уклоњена са власти или се самотрансформисала, а закони, институције и правила игре радикално промењени, претходно стечен политичко-културни систем назора и идентификација више није погодна средство адаптације и очекиване демократске оријентације. Тако ће утицај непосредних околности и догађаја смањити раније стечене навике, оријентације и норме понашања, а политички живот људи ће усмеравати ситуационо прилагођавање без формативног искуства са новом политичком формацијом. Световна религија својствена ранијем поретку, вредности, конфо-

² Dawson Richard and Prewitt Kenneth: Political Socialiyation, Boston-Toronto: Little, Brown and Compani, 1969.

рмистички обрасци, структура и врста ауторитета, ритуали, језик, припадања, лојалности и идентификације, са пропашћу старог режима једноставно су нестали остављајући вредностно-нормативни и институционални вакуум. Нефункционалност политичких институција и разарање читавог једног модела друштвено-политичких и економских односа, које је у бившој Југославији попримило ратно разарање, оставља појединца у једном „безваздушном“ когнитивно-вредностном простору. Како је човеку урођено да се на одређени начин прилагођава на нове околности и догађаје, тако се и „социјалистички човек“ вратио на давнашње обрасце идентификације и пројекције. Своје упориште напшао је у нацији, религији или у супституисаном политичком ауторитету вође.

Својеврсни ретрадиционализам у мишљењу и понашању Алмонд је објаснио у случају Русије утврђујући сличности између природе легитимацијског образаца совјетског и бившег царистичког режима у смислу екстензивности досега власти, централизације и арбитрерности.³ А у случају Србије, Подунавац подвлачи органску основу српске политичке културе која је ослоњена на традиционално-ортодоксно православље⁴, а Кузмановић наглашава ауторитарно-бољшевичку црту политичког стила понашања.⁵ Наслеђена ауторитарна форма променила је садржај и функцију. Ауторитарни модел није превладан, него је само супституисан у одговарајуће партијско-идеолошке свере.

Индоктринација комунистичког система усадила је идеју органоаритметичког егалитаризма и лимитираног материјализма. Тако створена егалитарна свест одржавана је на привлачном идеалу једнакости који је практично био подстакнут административно диригованом индустријализацијом и техничком модернизацијом изласка из традиционалног сиромаштва. Традиционални елементи социјалистичке доктрине условили су да је у свест широких слојева брзо и интензивно почела да продире идеја да је социјализам пре свега једнакост у свему и свачему.

Жупанов наглашава фактор егалитарног синдрома који је по инерцији пренешен и у постсоцијалистички период. Егалитарна концепција социјализма, сматра Жупанов, обезбедила је социјалну функцију вредносног консензуса, интегрисације друштва и мобилисање маса према

3 Almond and Verba, Almond, G. And Verba, S: The Civic Culture - Revisited, Sage Publications, London, 1980.p. 93.

4 Podunavac, M: Поредак, конституционализам, демократија, Чигоја, 2006.

5 Golubović, Kuzmanović, Vasović: Друштвени карактер и друштвене промене у светлу националних sukoba, IDN, Beograd, 1995.

режимско-идеолошким императивима.⁶ Иван Берник говори о симбиози радничког егалитаризма и бирократског ауторитаризма: социјалистичка елита је била покровитељ радничких захтева и очекивања и успешно их размењивала за подршку својој власти.⁷

Патримонијално-клијентелистичка свест такође је једна врста континуитета политичке свести појединаца и група која је снажно утицала на наглашену персонализацију партијских и државних функција, деинституционализацију политичких функција и патерналистичка очекивања од државе.

Поред наведеног, могуће је навести још неколико значајних карактеристика новонастале политичке културе посткомунистичке транзиције: колективизам насупрот индивидуализму, популизам као политички манир понашања, плебиститарни стил доношења и прихватања политичких одлука, слабо знање и информисаност о политици, висок степен неповерења у односу на нефункционалне институције, политичка апатија, нетолеранција према другачијем мишљењу и политичким супарницима.

Прелазна политичка култура у транзицији

Политичка култура у транзицији је мешавина рецидива старог режима институција и селективне перцепције ноустановљеног институционалног аранжмана политичког система, компилација инерције политичке свести, протегнутог дејства социјалистичке културе и фрагмената новоустановљене апстрактне демократске политичке оријентације. Штавише, политичка култура у посткомунизму је *sui generis* политичка култура јер је истовремено настала под утицајем бремена комунистичког наслеђа, стеченог искуства али и врлина и мана западне демократије на коју се толико угледа. Транзициона политичка култура је је тип прелазне, слојевите политичке културе различитих идеологија и режимских реликата. Она је комплексно противречна јер је обележавају различити и супростављени системи традиционалних и идеолошких норми.

(1) Ауторитарни синдром политичког веровања и понашања је релативно трајна политичка оријентација која је својствена како за политичке режиме царизма, монархизма, периферног капитализма, тако и за режиме социјалкомунизма у којем је ауторитарна политичка воља харизматског вође била основа политичке интеграције и мобилизације маса. Политички режим

6 Županov, J: *Od komunističkog pakla do divljeg kapitalizma: odabrane rasprave i eseji 1995.-2001.*

7 Bernik, I: *Political Culture in Post-socialist Transition: Radical Cultural Change or Adaptation on the Basis of Old Cultural Patterns?*, Frankfurt, No 09/2000.

који је предходио социјалистичком периоду карактерисао се, да га тако назовем, као систем патријархалног дефанзивног ауторитаризма који се инерцијом пренео у наредно политичко комунистичко раздобље у форми ауторитарног бирократизма јаке социјалистичке државе чиме је накнадно учврстио неограничену моћ персонализоване социјалистичке елите.

На нивоу народносне свести, политички ауторитаризам се одликује зависношћу у веровању, вредновању и понашању, некритичком подвргавању власти, групној психодинамици „ми-они“, нетолеранцијом, неконтролисано (не)насилном агресијом. Ауторитарни синдром је имао и значајну парохијалну црту. Велико совјетско царство, а и југословенска полараризована консоцијација, били су сложени и слојевити конгломерат различитих група, аутономија и подструктура које су подељене у религијском, регионалом, културно-цивилизацијском смислу са неједнаким културно-економским статусом. Сви ти регионализми створили су посебне облике парохијалне и локалистичке лојалности на уштрб идентификације са глобалном социјалистичком државом.

Наслеђена ауторитарност имала је двоструке импликације у транзиционом периоду: на нивоу политичких лидера и на нивоу грађана. На нивоу политичког лидерства уочљива је нарочита ауторитарна црта, како оних на власти тако и оних опозиционих“. Наслеђени политички нарцизам из комунистичког периода који се изражавао као индивидуални и групни авангардизам, наслеђен је и код транзиционих елита које показују нарочиту склоност ка монополском тумачењу демократске транзиције и њиховом непролазношћу на политичкој сцени.

Ради се о нарочитој врсти политичке умишљености транзиционог лидерства који се изражава као саморазумевање себе као незаменљивог фактора демократских реформи. Један ауторитарни вођа из претходног система замењен је неколицином ауторитарних промотера демократије. Политичка комуникација ауторитарних вођа и њихових партија тако се претворила у робусан стил дисквалификације. Таква деструктивна конкуренција поделила је и бирачко тело које се сепаратно идентификује са сваком од опстајућих политичких лидера.

На нивоу народне свести, поред поменуте рецепције мишљења и понашања лидера, ауторитарност се манифестовала као ситуациона, реактивна ауторитарност односно као реакција на економску кризу, незапосленост, низак социјални стандард односно као реакција на нејасне, недефинисане и непознатљиве процесе. Такво стање је створило фрустрације, депресије и анксиозности. Ова ситуациона ауторитарност имала је функцију адаптације на непознате и неочекиване транзиционе исходе.

(2) Преношење социјалистичког искуства на новонастале транзиционе изазове је значајан фактор транзиционе политичке културе. Ради се о наслеђеним, у свести чврсто опредмећеним, обрасцима и моделима мишљења, идентификација и очекивања које су пренешене и нефункционално модификоване транзициону политичку праксу. Указаћемо само на неколико елементата, а посебно, на начин мишљења, однос према држави, замена идентификационог објекта и носталгију за пређашњим добрим искуствима.

Монократски образац политичког мишљења, створен под утицајем једне идеологије и једне партије, обеснажио је плуралистички искорак у нови демократски поредак. Једнолично мишљење и понашање научено у социјализму створило је несналажење у сложенем плуралистичком окружењу, и односе неповерења и нетолеранције према политичким неистомишљеницима. Плурализам мишљења, идеја, идеологија и партија отворио је простор за дезоријентацију и трагање за новим политичким погледом на свет, честу промену политичког става и превртљивост у партијској оријентацији. Исто бирачко тело изражавало је секвенциону политичку подршку политичким групацијама различитим у програмском и идеолошком смислу.

Однос према јакој социјалистичкој држави, која „храни и брани“, „која праведно распоређује добра“, која се стара и гарантује социјалну сигурност и сигурну запосленост, створио је нарочиту врсту етатистичке свести која државу поима као патерналистичку институцију која води бригу о целом друштву и одговорна је за егзистенцију појединаца и група. Навикнути на патерналистичку протекцију државе, а поучени лошим искуствима приватизације и тржишних слобода, грађани су створили један амбивалентан однос према држави. Емпиријска истраживања показују да грађани априорно високо вреднују тржишне слободе, предузимљивост, приватизацију раније подржављених привредних субјеката, али кад се суоче са свим негативним аспектима транзиције (губитак посла, ниске плате) онда се њихова очекивања према интервентној функцији државе појачавају.⁸ Државне институције суочене са незадовољством широких слојева становништва још увек прибегавају краткорочним мерама социјално-економске политике и тако хране наслеђену етатистичку оријентацију и поништавају осећај личне одговорности и самоиницијативности.

Наведено стање социјалне неизвесности а тиме и безнадежности код људи је пробудило ауторитарну носталгију у односу на социјалну сигурност претходног режима. Ради се о веома поједностављеном и погрешном психо-

8 Slavujević, Z: Izborne kampanje: pohod na birače ИДН-ФПН, 2007.

логичком, идеолошком, политичком и међународно-контекстуалном упоштавању једног искуства које је било сасвим одређено везано само за тадашњи концепт „социјалистичке правде“ и констелацију међународних односа. Ауторитарна носталгија и позитивна осећања у односу на раније харизматске вође, нарочито непоновљиве фигуре Тита и Стаљина, такође је нарочита психичка потреба за патерналистичким ауторитетом која је толико карактеристична за деперсонализоване појединце и аморфне социјалне групе. „Жал за социјализам“, односно „повратак у сигурну прошлост“ нарочито је изражен у бившим југословенским републикама, сада сувереним државама, јер се радило о тзв. меком типу социјализма који је имао компаративну предност у погледу сигурности сигурности запослења и ниске стопе криминала у односу на друге источно-европске земље тог периода. Неуротична сентименталност за претходним временима и за оним што више не постоји, дакле бивша Југославија и Србија са Косова, посебно се изражава као субјективно иреална реинтеграција неопозиве реалности. Што се више враћамо у традицију, трагајући за оним што се фактички не може обновити, то више губимо реално виђење садашњости и рационалну пројекцију будућности. Да је друга Југославија била добро уређена и интегрисана државна, политичка и идеолошка творевина утемељена на „социјалистичкој политичкој култури“, она се никада не би распала на тако бруталан начин и за кратак временски период.

Социјалистички модел групних и колективистичких оријентација, било као научен, било по инерцији, пренешен је у ново транзиционо искушење. Урушавање социјализма, а тиме и заснованих идентитета, лојалности и хијерарије вредности и моћи, оставља слободан простор за нове орјентире припадништва и ослонце идентификације. Протезање групног припадништва и групних, колективистичких самоидентификација довело је до тога да је национална идентификација заузела место класне, а традиција и/или религија односно „своја историја“ заузела је место идеологије. Верско националистичка орјентација добила је статус догматизоване идеологије.

На нивоу вертикалних идентификација, садржај наслеђено форматираног образаца ауторитета само је добио другу садржину. Смисао и образац индивидуално-вертикалне идентификације заснован на бази супериорне моћи политичког ауторитета није се променио већ само се супституисао. Надискуствени, ирационални, персонализовани модел политичког ауторитета као образаца е идентификације само је пренешен на транзиционо лидерство. Модел транзиционог лидерства се репродуковао на стари начин и изражава се као субјективна, емоционална, дифузна, безусловна политичка подршка која није заснована на стварним постугнућама политичких елита.

(3) Значајни аспекти политичке културе у транзицији настали су процесом редрегирање политичке свести. Ради се о оним идејно-симболичким, идеолошким и политичким аспектима живота који су били санкционисани анатемисани у званичној идеологији комунистичке партије и на тај начин смештени у присвесно, латентно стање, потенцијално спремни да се репродукују у новим околностима неизвесности. Регредирање политичке свести је облик инфатилизације човека, вражање примарним персонализованим ауторитетима, форма политичког непунолетства појединаца група и народа.

Да подсетим да је после великих социјалистичких револуција учињен насилан раскид са претходном традицијом а супарничке политичке идеологије и партије сврстане у каталог „класног непријатеља“. Како је попустила идеолошка контрола партијске бирократије комунистичког режима а простр за политичко опредељење ослобођен, испливали су сви архајски, архетипски, давнашњи, духом времена превазиђени слојеви традиције. Пример Србије је поучан. Негација комунистичког политичког ауторитета афирмисао је монархизам и четничку традицију. Не само да је тзв. партизански републиканизам протегнут на транзицију, већ и тзв. четнички монархизам. Начин негације једног ауторитета опредељује и природу подчињавања другој врсти ауторитета. Негација једне традиције значила је ригидну догматизацију и митизацију другог слоја традиције. Дакле, политичка ретрадиционализација у транзиционој култури није имала само форму антикомунизма и повратка на предкомунистичку еру, већ и враћање националним и религијским архетиповима, „вери својих предака“, „враћање својим коренима“ и обнављање архарјских фрагмената из националне историје. Потреба ретрадиционализације је нека врста лутања за самобитношћу и улазак у саму митологију националног порекла. Реидентификација са појединим фрагментима наше историје, владарима и временима, створила је такву когнитивну мапу политичког друштва Србије да оно данас личи на хаотичан „музеј старина“ некритички валоризован и недоследно изопштен из бурне политичке историје.

Потреба за историјском и националном укорењеношћу и самобитношћу довела је и до фалсификовања историје, преиспитивање и превредновање чак неспорних историјских догађаја а реинтерпретација историје је доминантно идеолошка са елементима митизације и конфабулације.

Формула „братства и јединства“ и монолитна идеологија која је више била инструмент владања а мање форма стабилне интеграције поларизованих заједница, потиснула је неосвешћен колективни „национални идентитет“, а етничке и верске разлике надоместила конструисаном наднационалном

формулом. Обнављање националне свести и национална идентификација као основни облик политичке идентификације и пројекције, обележили су распад Југославије, стварање нових националних држава, производњу етничких и националних предрасуда и представа о угрожености, стереотипа о мање и више опасном национализму и сл. Потреба за етно-националном укоренењошћу омета либерално-демократски искорак друштва.

(4) Ново политичко искуство у транзицији такође је дало печат транзиционој политичкој култури. После свих неуспелих промена које су предводиле транзиционе владе, политички систем Србије је враћен на почетак. Карактеристична стерилност изборних циклуса огледа се у томе да се „изборна агенда“ од првих вишестраначких избора па до данас није променила, да проблеми који су чекали решење прве вишестраначке владе постоје и данас, да нереална изборна обећања понављана из избора у изборе нису санкционисана од стране бирачког тела, да су велика очекивања људи нестала лошим постигнућима власти, да су партијске елите, истрошене управљачким учинком још увек незаменљиви актери политичке сцене, речју, институт вишестраначких избора, са оваквим политичким актерима које толерише изборно тело, постали су бесмислени. Изтазита неделотворност транзиционих влада створила је посебну врсту транзиционе депресије и сумљу као алтернативу свим другим типовима политичких система.

Меланхолично афектирање друштва у „сивој зони“ транзиције, изразит неуспех политичких елита у консолидацији демократских институција, подизању животног стандарда и декриминализацији друштва, затим, системски дефицити у функционисању политичког и правног система, економска неразвијеност - представљају структурну сметњу за стварање одговорног друштва и функционалне власти. Стога, само формално усаглашавање правног система са правним тековинама Европске уније није довољан услов већ је потребна спремност српског друштва у целини за улазак у развијено демократско друштво конкуренције.

КОНЦЕПЦИЈА СПОРАЗУМНОГ РАЗВОДА БРАКА У ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ КРОЗ ИСТОРИЈУ И ДАНАС¹

Апстракт: Намера аутора овог рада јесте да укаже на неке специфичности концепције споразумног развода брака у француском праву кроз историју и данас. У почетном делу рада дата је сумарна историјска ретроспектива раније важећег бракоразводног законодавства, а указано је и на поједине факторе који су га обликовали. Наставак рада посвећен је свеобухватној, темељној и критичкој анализи позитивноправне регулативе у овој области. Нормирајући два модела споразумног развода брака и стимулишући 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, чиме је омогућена модификација основа за развод и трансформација бракоразводног поступка, француски законодавац знатно фаворизује споразумни развод брака. У том контексту, развод брака на основу споразума супружника ужива изузетну популарност у француској судској пракси и полако постаје преовлађујући облик развода у модерној Француској.

Кључне речи: француско право, споразумни развод, развод на основу прихватања слома брака, супружници, последице развода, бракоразводна процедура.

¹ Чланак представља резултат истраживања на пројекту "Усклађивање права Србије са правом Европске Уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу (пројектни циклус 2013-2018. г.).

1. Уводне напомене

Као модел развода код кога сагласној вољи супружника припада доминантна улога у раскиду брачне заједнице, споразумни развод је у Француској нормативно уобличен крајем XVIII, под утицајем идеја Француске буржоаске револуције (1789) и индивидуалистичке концепције брака као уговора грађанског права, да би у доба Реставрације (1816) био елиминисан из правног поретка. До реafirмисања споразумног развода долази тек седамдесетих година XX века, када је, након дугогодишње егзистенције (у камуфлираном виду) у француској судској пракси, по други пут легализован. Данас се, међутим, може говорити о привилегованом положају ове форме развода у француском бракоразводном систему, будући да су нормиране две варијанте споразумног развода, као и да се супружници охрабрују да закључују споразуме о разводу и о одређеним правним последицама развода у свим фазама бракоразводне процедуре, при чему је ирелевантно којим иницијалним актом је покренут поступак за развод.

За предмет овог рада изабрали смо анализу нормативног оквира споразумног развода брака у Француској кроз историју и данас, са циљем да укажемо на поједине специфичности концепције споразумног развода у француском праву, као и на еволутивне промене у правном регулисању овог института.²

2. Историјска ретроспектива француског бракоразводног законодавства и фактора који су га обликовали

2.1. Утицај Галиканског покрета, рационалистичке филозофије XVIII века и Француске буржоаске револуције на концепцију брака и развода

Галикански покрет се јавио у Француској у XV веку. Главни циљеви овог покрета тицали су се јачања световне власти француских владара и афирмације и осамостаљивања француске католичке цркве, која је била под јаким утицајем Ватикана. Галикански покрет је дао снажан подстицај законодавној активности француских краљева у области брачног права. Присталице овог покрета су указале на дуалистичку природу установе брака. По њима, брак је истовремено и уговор и света тајна. Регулисање брака као уговора требало би да буде у надлежности световне власти, док би црква задржала компетенције у сфери уређења верског сегмента брака.

² Развод брака по споразуму супружника представља изузетно популаран начин престанка брака у савременом свету. Детаљније о томе: Т. Китановић, *Споразумни развод брака у домаћем и упоредном праву*, докторска дисертација, Нови Сад, 2011.

С тим у вези, Галикански покрет је иницирао период константних сукоба између цркве и државе око ингеренција у домену уређења институције брака, који су окончани победом световне власти.

Сукобе између цркве и државе, у контексту правног регулисања установе брака, својим ставовима су подгревали и француски филозофи XVIII века. При том, они су се посебно бавили проблематиком развода брака. Учења француских филозофа формирала су, заправо, идејну подлогу на бази које је развод брака инкорпориран у правни систем револуционарне Француске. Тако, на пример, Монтескје (*Montesquieu*) је указао на неопходност постојања института развода, као и на велику политичку и грађанску корист од њега. По њему, развод није у супротности са природом, а у Француској није прихваћен јер је једној државној религији поверена регулатива брака и развода, а она у први план истиче нераскидивост брака. Са друге стране, Волтер (*Voltaire*) је на развод гледао као на очигледну психолошку потребу, а чувена је његова тврдња да је брак уговор световног права од кога су припадници католичке цркве направила свету тајну. Дидро (*Didrot*) је оштро критиковао канонско право, које је догмом о нераскидивости брака заувек везивало два бића једно за друго, не водећи рачуна о променама које се дешавају у њима самима. У прилог оправданости увођења развода у правни систем Француске изјашњавали су се и Хелвецијус (*Helvetius*), Русо (*Rousseau*), Холбах (*Holbah*) и др.

Француска буржоаска револуција спада у ред најрадикалнијих социјалних револуција у досадашњој историји човечанства, којом је срушен омражени феудални поредак, па и феудална схватања брака, породице и развода. Револуционари су настојали да повежу начело аутономије воље са теоријом о браку као уговору грађанског права. Једнакост уговорних страна и аутономија воље при закључењу уговора, као и при његовом раскиду, су идеје грађанског, приватног права, које су револуционари пренели на терен брака и развода. Међутим, убрзо се показало да брак, ипак, није обичан уговор грађанског права.

Француска буржоаска револуција је показала да преображаји у браку и породици нису паралелни са политичким еволуцијама, као и да ново друштво мора да преузме стару породицу, а она ће се постепено прилагодити измењеним друштвеним околностима. Законодавство може да убрза процес преображаја у породичним односима, али га не може битније изменити, јер породица није законодавна творевина, већ резултат одређених друштвених, економских и других фактора, који условљавају одређени тип брака и породице.³ Ову законитост је одлично уочио знаменити француски правник Наке (*Nacquet*). Познате су његове

3 М. Младеновић, *Развод брака и узроци за развод брака*, Београд, 1974, стр. 100.

речи - "Раније сам био склон да верујем да друштвена револуција почиње у породици да би се проширила на економски терен једне нације. Сада сам уверен да ће преображај нашег друштва отпочети са економским преображајем, а да ће породичне слободе, уместо да буду узрок, бити његова последица".⁴

2.2. Закон о браку из 1792. године

Француски револуционарни Устав, који је усвојен 3. септембра 1791. године, у чл. 7 је прокламовао да брак није ништа друго до обичан уговор грађанског права (*"La loi ne considère le mariage que comme contrat civil"*). Закон о разводу, донет 20. септембра 1792. године, такође је прихватио индивидуалистички концепт брака као уговора грађанског права. Закон је нормирао споразумни развод, развод на захтев једног супружника због несагласности нарави и развод због одређених узрока. Законодавац је посебно био наклоњен споразумном разводу, сматрајући га најпожељнијим обликом раскида брака. Будући да је брак уговор који настаје сагласношћу воља супружника, логично је да може престати на исти начин, односно уколико *"муж и жена споразумно траже развод"* (art. 2). При том, супружници нису били дужни навести конкретне разлоге за развод брака.

Револуционарно законодавство је прихватило веома либералну концепцију споразумног развода брака, уз минимална ограничења, махом процедуралне природе. Супружници су именовали шесточлани породични савет (по три члана, сродника или пријатеља, именовано је сваки супружник), пред којим су морали изразити своју жељу да се разведу. Породични савет је спроводио поступак мирења, а могао се састати најраније три месеца од именовања. Уколико мирење не успе, јавни бележник је о томе издавао потврду, која се достављала општини на чијој територији је муж имао пребивалиште. Супружници су се морали јавити матичару најраније у року од једног месеца, а најкасније у року од шест месеци од издавања потврде. Матичар је био дужан да провери да ли су испоштована сва материјална и процесна правила, посебно да ли су поштовани прописани рокови, и да прогласи развод брака. Рокови су били дужи ако су у браку рођена деца, или ако је један брачни партнер био малолетан. Матичар, дакле, није испитивао конкретне разлоге за развод брака.

Поступак добијања споразумног развода додатно је убрзан Декретом од 28. децембра 1793. године, којим је допуштено састајање породичног савета истог месеца када су именовани његови чланови. У циљу спречавања

4 А. Nacquet, *La loi du divorce*, Париз, 1903, предговор, VI. Наведено према: М. Младеновић, *op. cit.*, стр. 101.

самовоље матичара, била је предвиђена могућност његовог кажњавања уколико одбије да изрекне развод брака, упркос томе што су испуњени сви законом прописани услови за то.

Може се закључити да је процедура добијања развода у револуционарној Француској била прилично једноставна. Посебно је контроверзна одредба по којој су супружници сами одређивали састав породичног савета, чиме је, практично, онемогућено противљење овог тела разводу, будући да су супружници именовали управо оне особе за које су могли претпоставити да ће поштовати њихову вољу да се разведу. Заправо, породични савет није имао никакву стварну власт, с обзиром да није могао осујетити развод брака ни онда када су се његови чланови противили разводу. Поред тога, улога јавног бележника сводила се на регистрацију неуспеха поступка мирења, док је матичар изрицао развод, не упуштајући се у истраживање узрока пропасти брака.

Либерализовано бракоразводно законодавство је узроковало низ негативних појава. Дошло је до пораста броја развода, смањења броја закључених бракова, пада наталитета, слабљења породичног и друштвеног морала и великих злоупотреба у сфери развода.⁵ При том, споразумни развод је неоправдано етикетан као главни кривац и узрочник драстичног повећања стопе диворцијалитета. У таквим околностима, јавно мњење се веома брзо окренуло против развода.

2.3. Француски грађански законик из 1804. године⁶

Бракоразводно законодавство, оличено у револуционарном Закону о браку из 1792. године, садржало је у тој мери слободоумне идеје да је

5 Статистички подаци о броју склопљених и разведених бракова у доба револуције недвосмислено показују какве је негативне последице (и у ком обиму) проузроковала револуционарна бракоразводна легислатива. Треба, међутим, напоменути да је у првој години примене револуционарног законодавства дошло до конверзије великог броја одлука о растави од стола и постеље у одлуке о разводу брака, што је значајно повећало укупан број разведених бракова. Видети: E. Glason, *Le mariage civil et le divorce dan l'Antiquité et dans les principales législations modernes de l'Europe*, Paris, 1880, стр. 261.

6 *Code civil des Français* (Грађански законик Француза) је изворни назив под којим је Француски грађански законик усвојен 21. марта 1804. године. Поред тога, од 1807. године, у част првог конзула Француске Републике, Наполеона Бонапарте (*Napoléon Bonaparte*), који је иницирао доношење законика и дао лични печат његовим многобројним решењима, посебно у области бракоразводног права, па и породичног права уопште, у службеној употреби је и назив *Code Napoléon*. Ипак, законик је најпознатији под називом *Code civil* (у даљем тексту ће бити коришћена и општеприхваћена скраћеница *CC*).

веома брзо морало бити укинуто и замењено далеко умеренијим. Наиме, кампања против развода довела је до тога да су редактори *Code civil-a* прихватили средње решење; брак је могао престати разводом, али су укинуте велике слободе дате супружницима у револуционарном праву. *Code civil* није предвиђао развод због несагласности нарави, будући да је управо он био главни узрочник енормног пораста стопе диворцијалитета у револуционарном периоду. Брак је могао престати споразумним разводом и разводом из одређених разлога (развод на основу кривице), при чему су оба бракоразводна узрока била знатно сужена.⁷

Процедура добијања споразумног развода била је изузетно компликована и дуготрајна, а била су предвиђена и бројна ограничења материјалне природе. Супружници су се морали договорити о имовинским последицама развода које погађају њих саме, као и о издржавању деце, а морали су на децу пренети и трећину своје имовине. Исто тако, супруг је морао имати навршених 25 година живота а супруга 21 годину, брак је морао трајати најмање 2 године, а уколико је трајао више од 20 година, као и у случају да је супруга навршила 45 година живота, ова форма развода није била допуштена. Поред тога, уведена је и обавеза пристанка родитеља или других живих предака на споразумни развод, као и забрана закључења новог брака у року од 3 године од развода претходног.

Наведене рестрикције су умногоме отежале споразумни развод брака и смањиле његову атрактивност, тако да су споразумни разводи у пракси били изузетно ретки. Међутим, институт развода је веома брзо, са рестаурацијом Бурбона, елиминисан из правног поретка Француске⁸, тако да развод није био дозвољен све до 1884. године, када је донет тзв. Накеов закон⁹, којим је обновљен бракоразводни систем садржан у *Code civil-u*, али уз бројна ограничења, од којих је најзначајније укидање споразумног развода брака.¹⁰

7 Састављачи *Code civil-a*, као уосталом и француско јавно мњење тога доба, нису имали јединствен став по питању споразумног развода брака. Тако, на пример, сам Порталис (*Portalis*) је био изричито против ове форме развода. Ипак, превагнуло је гледиште присталица споразумног развода.

8 *Loi Bonald*, од 8. маја 1816. године.

9 *Loi Naquet*, од 27. јула 1884. године.

10 Треба, међутим, напоменути да је кампања за поновно увођење развода доста дуго трајала, а да је пројекат закона из 1879. године, између осталог, предвиђао и опцију споразумног развода, уколико у браку нису рођена деца. Ипак, овај предлог закона није добио подршку већине у француском Парламенту.

2.4. Закон о разводу (Loi n° 75-617) од 11. јула 1975. године¹¹

До реафирмације и поновног регулисања споразумног развода у Француској је дошло тек седамдесетих година прошлог века. Наиме, Законом број 75-617, од 11. јула 1975. године, у Француској је по други пут легализован споразумни развод.¹² Међутим, споразумни развод је, мада у камуфлираном виду, у једном дужем временском периоду практикован у француској судској пракси, што је узроковало многобројне критике и осуду раније важећег бракоразводног система.¹³

Закон је предвиђао два модела споразумног развода: први, када оба супружника траже развод подношењем заједничког предлога (*divorce par consentement mutuel*; art. 230-232), и други, када један супружник тражи развод а други га прихвата, тј. не противи се разводу (*divorce demandé par un époux et accepté par l'autre*; art. 233-234).

Споразумни развод на заједнички захтев супружника био је омеђан бројним ограничењима. Најпре, супружници су се могли користити овом опцијом уколико је њихов брак трајао најмање 6 месеци. Потом, супружници су морали постићи споразум о принципима развода, као и о последицама развода личне и имовинске природе, које су погађале како њих саме, тако и њихову заједничку малолетну децу, односно децу над којом су вршили родитељску власт. Супружници су, заправо, морали сачинити и презентовати суду два споразума: први, који је био привременог карактера и којим су се уређивале последице развода брака за време трајања бракоразводне процедуре (нпр. питање становања супружника,

11 *Loi n° 75-617*, од 11. јула 1975. године (ступео на снагу 1. јануара 1976. године), објављен у *Journal Officiel*, од 12. јула 1975. године. Закон је инкорпориран у СС.

12 Рад на реформи бракоразводног система отпочео је крајем шесдесетих година прошлог века, под диригентском палицом знаменитог француског правника Карбонијеа (*Jean Carbonnier*). Припрема реформе била је изванредно опсежна и озбиљна, а изгласавању Закона је претходила бурна дискусија у Парламенту. Међутим, либерализација бракоразводног режима, која се може одредити као револуционарна у поређењу са бившим, прилично застарелим законодавством, суштински се сводила на нормативно уобличавање решења која су већ егзистирала у судској пракси.

13 Уколико се брак није могао развести на основу законом предвиђених бракоразводних узрока, а супружници су били решени да се разведу, морали су симулирати неки од узрока (нпр. прељубу), тј. изрежирати развод. Међутим, нису само супружници били у незавидном положају, већ је ненормирање споразумног развода резултирало и деградацијом правосуђа. Наиме, с обзиром да је институција развода већ одавно стекла «право грађанства» у француском друштву, и да је већ тада преовладао став да супружницима свакако треба омогућити излазак из брака, уколико они више не желе да остану у њему, судови су изрицали развод чак и када је било сасвим очигледно да симулирани бракоразводни узрок не постоји.

режим употребе породичног дома и предмета домаћинства, питање поверавања деце до развода брака, њиховог издржавања и одржавања личних односа са родитељем са којим неће живети и сл.), и други, којим су се дефинитивно уређивале последице развода. Дефинитивни споразум је био свеобухватнији, јер су се њиме морале уредити све последице престанка конкретне породичне заједнице. Дакле, поред питања која су била предмет регулисања привременог споразума, дефинитивним споразумом је било неопходно уредити и сва остала питања, попут ликвидације брачног имовинског режима, употребе презимена након развода, повраћаја поклона, компензаторне престације и сл.

Нормирање обавезе подношења привременог споразума било је у тесној вези са још једним условом, који се јављао као ограничавајући фактор прве варијанте споразумног развода брака. Реч је о периоду за размишљање, којим се пролонгирао развод за одређени временски период. Наиме, после предаје споразумног захтева за развод, уз који је приложен привремени споразум о последицама развода, суд је одређивао период за размишљање у трајању од 3 месеца. Судија је по службеној дужности испитивао усклађеност привременог споразума са интересима деце, тако да је могао укинути или изменити одредбе овог споразума, уколико би утврдио да су супротне интересима деце (art. 253/2). Након истека тромесечног рока поступак се настављао, тако што је суд потврђивао дефинитивни споразум о последицама развода и изрицао развод брака. При том, суд је био овлашћен да по службеној дужности испитује и дефинитивни споразум, па уколико би дошао до закључка да њиме нису у довољној мери заштићени интереси деце или једног супружника, могао је одбити да га потврди, што је доводило до немогућности развода по овом основу (art. 232/2).

Наведена ограничења су била у функцији спречавања лакомислених развода. Међутим, иако су биле брана недовољно промишљеним разводима, прописане рестрикције су довеле до непопуларности споразумног развода.

Други модел споразумног развода (прихваћени развод) примењивао се у ситуацијама када су супружници били сагласни у погледу тога да је њихов брак доживео неуспех, тако да су били спремни да се разведу, међутим један супружник, најчешће из религиозних разлога (с обзиром да је догма о нераскидивости брака седамдесетих година прошлог века још увек била широко прихваћена од стране припадника католичке вероисповести), није желео да, заједно са другим супружником, иницира поступак развода. Поред тога, ова опција споразумног развода била је актуелна и онда када се супружници никако нису могли договорити о последицама развода (art. 233).

Поступак за развод се покретао тужбом једног супружника, а у њој је тужилац морао описати стање брачних односа, по могућству што објективније, како изложени приказ брачне ситуације не би изазвао револт тужене стране. Прецизније речено, тужилац је морао бити крајње умерен и опрезан у изношењу околности брачног живота, клонећи се оптуживања туженог за неуспех брака, будући да је тужени, услед незадовољства изазваног наводима у тужби, могао оспорити тужбени захтев и осујетити развод по овом основу. Заправо, тужени је могао у целини прихватити наводе тужиоца, а могао је и презентовати суду своју интерпретацију стања брачних односа, при чему је било од пресудне важности да не оспори наводе тужиоца и да изричито и у писаној форми прихвати развод брака.

Тужба за развод могла се поднети и непосредно по склапању брака. Наиме, у литератури је заузето гледиште да се већ у првим данима брака заједнички живот може показати неподношљивим, без било каквих изгледа да дође до побољшања, тако да нема оправдања ограничавати одређеним трајањем брака могућност развода по овом основу.¹⁴ Рок од 6 месеци у коме се није могао тражити развод на основу art. 230 СС имао је заштитни карактер, будући да су супружници били дужни постићи споразум о разводу и уредити последице развода пре иницирања бракоразводне процедуре, односно мимо суда пред којим нису морали изнети ни разлоге поремећаја брачних односа, тако да је било неопходно предвидети одређени механизам којим би се спречавали преурањени и неосновани разводи. Међутим, у случају развода на основу art. 233 СС, споразум се постигао у поступку пред судом, који је био упознат са стањем брачних односа и са разлозима који су довели до поремећаја истих. Додуше, суд није могао одбити да прогласи развод ако је тужени признао чињенице наведене у тужби, али је тужени могао спречити развод својим ћутањем или оспоравањем тужбе, што је представљало својеврсну гаранцију да до лакомислених развода неће ни доћи.¹⁵

3. Режим споразумног развода брака у савременом француском праву

3.1. Реформа бракоразводног права у Француској – разлози који су је узроковали и циљеви реформе

Бракоразводно право Француске реформисано је Законом о разводу (*Loi n° 2004-439*), који је усвојен у француском Парламенту 12. маја 2004.

¹⁴ Видети: О. Цвејић-Јанчић, *Развод брака у Француској после реформе из 1975. године*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 4/1977, стр. 547.

¹⁵ *Ibid*, стр. 548.

године, а проглашен 26. маја исте године.¹⁶ Доношењу Закона је претходила вишегодишња дебата о фундаменталним принципима француског бракоразводног права и моделима развода који треба да буду прихваћени у ревидираном законодавству.¹⁷ Пре свега, била је присутна потреба за додатном либерализацијом бракоразводног режима, како би се брачним партнерима олакшао развод, нарочито у ситуацијама када само један супружник исказује жељу за разводом.¹⁸ Када је, пак, реч о ситуацијама када оба супружника желе развод, уочена је неопходност реформе бракоразводног поступка, с обзиром да је споразумни развод био скопчан са многобројним потешкоћама процедуралне природе, које су ову форму развода учиниле исувише компликованом, неефикасном и оптерећујућом за супружнике, што је резултирало непопуларношћу и некоришћењем споразумног развода у мери у којој је то пожељно.¹⁹ Француска се последњих година суочава са константним растом броја развода, па је и то условило

16 *Loi n° 2004-439*, од 26. маја 2004. године (ступио на снагу 1. јануара 2005. године), имплементиран је у *Code civil*, тако да је његов саставни део. Интегрални текст *Code civil-a* доступан је на сајту француске Владе: <http://legifrance.gouv.fr>.

17 Рад на реформи француског бракоразводног режима започео је крајем деведесетих година прошлог века, при чему је тек четврти законски пројекат добио подршку у Парламенту. Најпре је уочена потреба за новелирањем бракоразводног законодавства у домену споразумног развода, тако што би се супружницима без деце и без заједничке имовине омогућио развод у административном поступку. Поред тога, било је и предлога који су се тицали редукције бракоразводних узрока, те напуштања кривице као узрока за развод. У том контексту, један пројекат закона, који није добио значајнију подршку у научним и стручним круговима, а изостала је и шира дрштвена подршка, нормирао је само два облика развода: споразумни развод и развод из објективних узрока, тј. развод услед непоправљивог поремећаја брачних односа (*divorce pour rupture irrémédiable du lien conjugal*). Овај предлог је, међутим, оцењен као превише радикалан и у нескладу са реалношћу и актуелном перцепцијом развода у француском друштву, с обзиром да је кривица још увек, и то у значајном проценту, основ за развод брака у Француској. О процесу реформе бракоразводног система у Француској видети детаљније: Н. Петрушић, *Реформа бракоразводног права у Француској*, зборник радова: Двестотине година од доношења Француског грађанског законика - утицај Француског грађанског законика на српско право, Ниш, 2006, стр. 179-183.

18 У француској судској пракси нису реткост одлуке о одбијању захтева за развод. Тако је 2000. године, од укупно 114620 бракоразводних предмета, у 4167 случајева одбијен развод брака. До одбијања захтева за развод најчешће долази у ситуацијама када недостаје споразум супружника о разводу и о његовим последицама, док је проглашење развода готово извесно уколико су супружници постигли споразум о овим питањима. Наведено према: F. Ferrand, *Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses, National Report, France*, стр. 6, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/France-Divorce.pdf>, приступ: 20.07.2013

19 Према статистичким подацима, од укупног броја развода на годишњем нивоу, у 48% случајева супружници се опредељују за развод по споразуму, док је у 13%

либерализацију и симплификацију бракоразводног законодавства, посебно процедуралних правила.²⁰ Из тих разлога, Законом из 2004. године је знатно поједностављена процедура добијања развода, пре свега када је реч о споразумном разводу.²¹

Реформисано законодавство предвиђа две варијанте споразумног развода брака: развод по споразуму (*divorce par consentement mutuel*; art. 230-232) и прихваћени развод, тј. развод на основу прихватања слома брака (*divorce accepté; d'acceptation du principe de la rupture du mariage*; art. 233-234).²²

3.2. Споразумни развод (*divorce par consentement mutuel*)

По позитивном француском законодавству, споразумни развод је могућ уколико супружници поднесу заједнички захтев за развод, јер су сагласни да су њихови односи поремећени, тако да је настављање брачне заједнице немогуће. Поред сагласности о самом разводу, супружници се морају сагласити и о последицама развода, које погађају како њих саме, тако и њихову заједничку малолетну децу. Споразумни развод је допуштен без обзира на то колико је брак трајао, што значи да се брак може развести и одмах након венчања (art. 230). Овим је напуштено трајање брака као услов за споразумни развод. Наиме, како смо видели у претходном одељку овог рада, споразумни развод је раније био допуштен тек по истеку шест месеци од закључења брака.

случајева реч о разводу по пристанку друге стране. Видети: P. Courbe, *Le divorce*, Paris, Dalloz, 2004, стр. 8.

20 Тако је, примера ради, 2000. године забележено 116723 развода, 2001. 115388, 2002. 118686, 2003. 127966, 2004. 134601, 2005. 155253, а 2006. 139147 развода. Интересантан је податак да је 2005. године, када је почело да се примењује реформисано бракоразводно законодавство, регистрован рекордно висок број развода. Наведено према: *Nombre de mariages, de divorces, proportion de premiers mariages et âge moyen au mariage*, Institut national de la statistique et des études économiques, http://www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0ref_id=NATCCF02302, приступ: 20.07.2013.

21 У том смислу, у литератури се наводи да су либерализација бракоразводног система, поједностављење процедуре добијања развода и пацификација развода главни циљеви законодавне реформе из 2004. године. Детаљније о томе: Н. Петрушић, *op. cit.*, стр. 184-187.

22 Поред тога, предвиђена су још два бракоразводна узрока: развод услед дефинитивног нарушавања брачне везе (*divorce pour altération définitive du lien conjugal*; art. 237) и развод на основу кривице (*divorce pour faute*; art. 242). Иако је један од нацрта закона предлагао напуштање скривљених бракоразводних узрока, предвиђајући само споразумни развод и развод због трајног и непоправљивог поремећаја брачних односа, француски законодавац је, ипак, задржао кривицу као бракоразводни узрок, сматрајући да је овакво решење у складу са тренутним потребама француског друштва.

Бракоразводна процедура по захтеву за споразумни развод је значајно упрошћена, тако да сада судија може прогласити развод већ на првом рочишту, уколико стекне уверење да су супружници непоколебљиви у својој намери да се разведу, да је њихова сагласност озбиљна, стварна и слободно дата, и да су споразумом о последицама развода ефикасно и уравнотежено заштићени интереси како заједничке малолетне деце, тако и самих супружника (art. 232). Дакле, суд није овлашћен да испитује конкретне узроке поремећаја брачних односа, као ни мотиве због којих супружници траже развод.²³

Нови Закон о разводу Француске напушта рок за размишљање, који је био предвиђен раније важећим правом, као један од услова за споразумни развод. Суд ће, дакле, потврдити споразум о последицама развода и прогласити развод без одређивања рока за размишљање. Међутим, уколико суд сматра да споразум није у складу са најбољим интересом детета, или ако је противан интересима једног супружника, одбиће да га потврди и да прогласи развод, а супружницима ће оставити рок од шест месеци да сами ревидирају споразум. У случају да супружници у остављеном року не измене споразум, суд је овлашћен да одбије споразум о последицама развода и развод по споразуму.

По раније важећем праву, судија је био дужан да одреди рок за размишљање у трајању од три месеца, а по истеку овог рока супружници су морали обновити захтев за споразумни развод. Стога је и поступак добијања развода трајао нешто дуже, а супружници су морали презентовати суду два споразума о последицама развода: привремени споразум, којим се пре свега регулисало питање вршења родитељског права док траје бракоразводна процедура, али су се уређивали и међусобни односи супружника, и дефинитивни споразум, којим су се коначно регулисале све последице развода брака, а који је био подложен верификацији од стране суда.

Сада се, међутим, уз захтев за развод прилаже само један споразум којим се уређују сва правна дејства развода. При том, супружници се морају договорити о: вршењу родитељске власти над заједничком малолетном децом, употреби личног имена након развода, ликвидацији брачног имовинског режима, праву на пензију, социјалном осигурању, повраћају поклона и компензаторној престацији. Будући да је у бракоразводном поступку обавезно заступање од стране адвоката, више од 90% брачних парова се опредељује за опцију заједничког адвоката, претежно из финансијских разлога.²⁴

23 Видети: G. Cornu, *Droit civil – La famille*, Montchrestien, Paris, 2006, стр. 508.

24 P. Courbe, *op. cit.*, стр. 15.

Када је реч о последицама развода које се рефлектују на децу, супружници морају уредити начин вршења родитељског права над заједничком малолетном децом, укључујући и питање њиховог издржавања. Законом о родитељској власти од 4. марта 2002. године реформисани су односи родитеља и деце. Заједничко вршење родитељске власти, као равноправан модел вршења родитељске власти након развода, у Француској је уведено 1993. године, док је Законом из 2002. године дефинисано као уобичајени начин вршења родитељске власти разведених супружника, тако да се данас самостално старање може одредити само изузетно, тј. онда када заједничко старање није у интересу детета (art. 373/2). Родитељи треба да постигну споразум о боравишту детета (*résidence habituelle*). Ако га не постигну или ако он, по оцени суда, није у интересу детета, суд ће сам одредити боравиште детета. При том, судија може одредити боравиште детета и код оца и код мајке, када ће оба родитеља имати и фактичко (физичко) старање о детету. Француско право налаже родитељима дужност одржавања личних односа са својом децом. Поред тога, родитељи су у обавези да поштују и да омогуће контакте детета са другим родитељем.

Будући да је у савременом француском праву прихваћен концепт по коме разводом престају све релације између бивших брачних партнера, неопходно је да они споразумом о правним консеквенцама развода у целини регулишу све своје међусобне односе. У том контексту, супружници су дужни уредити имовинска питања, тј. ликвидирати брачни имовински режим, при чему је од посебне важности околност да ли су закључили (пред)брачни уговор.²⁵

Такође, супружници се морају договорити и о материјалној помоћи коју једна страна (економски јача) треба да пружи другој страни, а која има форму компензаторне престације (*prestation compensatoire*). Исплата ове накнаде може имати различите модалитете. Иако су супружници, у начелу, аутономни у погледу уређења висине и начина исплате поменуте накнаде (у виду капиталне исплате, у виду ренте итд.), као и да се, у циљу дефинитивног уређења међусобних односа супружника, фаворизује интеграција споразума о компензаторној накнади у споразум о последицама развода, споразумом не смеју бити повређени интереси супружника. У противном, доводи се у питање опстанак споразума и самог споразумног развода. Компензаторна престација је реформисана Законом број 2000-596 од 30. јуна 2000. године, да би 2004. године правни режим ове

25 Детаљније о (пред)брачним имовинским односима супружника у савременом праву, М. Игњатовић, *Предбрачни имовинскоправни односи у римском и савременом праву*, докторска дисертација, Скопље, 2009.

установе био додатно прецизиран.²⁶ Међутим, по мишљењу неких аутора, режим компензаторне престације је прилично контроверзан.²⁷ Реформом из 2004. године укинута је могућност давања алиментације на месечном нивоу (*pension alimentaire*), тако да је сада компензаторна престација једини вид помоћи необезбеђеном супружнику, односно супружнику на чији се финансијски положај негативно одражава развод брака.

3.3. Прихваћени развод или развод на основу прихватања слома брака (*divorce accepté; d'acceptation du principe de la rupture du mariage*)

Код друге форме споразумног развода, развода на основу прихватања дефинитивне пропасти брака, супружници треба да постигну сагласност о томе да је њихов брак доживео трајан и дефинитивни слом, при чему су конкретни узроци пропасти брачне заједнице ирелевантни. Овај облик развода се у литератури означава и као развод на основу резигнације (*divorce résignation*). Захтев за развод брака могу поднети оба супружника или један од њих. При том је неопходно да супружници пред судом сагласно изјаве да је њихов брак дефинитивно пропао. Закон изричито прописује да је изјава супружника о потпуном и дефинитивном краху брака неопозива. Правне последице развода брака, међутим, уређује суд својом одлуком (art. 233 и 234). Нормирајући ову форму развода законодавац је, по свему судећи, имао у виду оне животне ситуације у којима су супружници сагласни са разводом, али међу њима нема сагласности о вршењу родитељског права, као ни о личним и имовинским последицама развода које треба њих да погоде.

3.4. Бракоразводна процедура

Поступак за споразумни развод, по француском праву, има карактер ванпарничног поступка, мада је било предлога да се ова форма развода изузме из судске надлежности и повери административним органима, који, међутим, нису прихваћени. Када је, пак, реч о разводу на основу прихватања слома брака, поступак се иницира тужбом и има карактер парничног поступка. Законодавном реформом из 2004. године бракоразводна процедура је поједностављена и постала је флексибилна, тако да су могуће накнадне промене у захтевима странака. Интересантно

²⁶ О компензаторној престацији (компензаторној суми или накнади) и модалитетима њене исплате више у: G. Cornu, *op. cit.*, стр. 514-516.

²⁷ P. Courbe, *op. cit.*, стр. 9.

је напоменути да актуелни Закон о разводу Француске води рачуна о заштити интима супружника, не само када се ради о споразумном разводу и разводу на основу прихватања дефинитивне пропасти брака, већ и када је поступак инициран тужбом на основу једног од преостала два бракоразводна узрока (кривице или дефинитивног погоршања брачног односа), с обзиром да супружници могу тражити од суда да у образложење одлуке о разводу унесе констатацију да бракоразводни узрок постоји, без навођења конкретних околности које су узроковале поремећај брачних односа, чиме се максимално штити достојанство брачних партнера (art. 245).

Анализом норми о разводу брака уочава се да је, у актуелном временском тренутку, основна преокупација француског законодавца фаворизовање споразума, не само у случају споразумног развода, већ и када су у питању други начини развода брака, при чему је од посебне важности новоуведена установа модификације основа за развод брака у току трајања бракоразводног поступка (*modifications du fondement d'une demande en divorce*).²⁸ Наиме, независно од врсте иницијалног акта којим је покренут поступак за развод, супружници се у свим фазама поступка стимулишу да постигну сагласност о разводу и о његовим последицама, чиме се омогућава модификација основа за развод и трансформација поступка, тј. доношење одлуке о разводу на основу споразума супружника. У овом случају, суд ће констатовати да су се супружници споразумели о разводу и о његовим последицама, па пошто испита усаглашеност споразума са интересима деце и самих супружника, унеће га у диспозитив пресуде о разводу брака (art. 247). Исто тако, уколико супружници нису постигли сагласност у домену регулисања последица развода, али су се сагласили да је њихов брак дефинитивно пропао, могу захтевати промену бракоразводног основа, тј. могу тражити да се њихов брак разведе на основу прихватања пропасти брака, а не на основу кривице или дефинитивног погоршања брачног односа, иако је тужба првобитно била заснована на наведеним бракоразводним узроцима (art. 247/1). У поменутој ситуацији, суд ће констатовати да су се супружници сагласили око дефинитивног слома брака, а потом ће уредити консеквенце развода о којима се они нису могли договорити.

4. Закључне напомене

Споразумни развод брака има дугогодишњу традицију у француском праву. Овај облик раскида брака првобитно је нормиран Законом о разводу

²⁸ P. Courbe, *op. cit.*, стр. 55-56.

из 1792. године, чија су решења обликована под снажним утицајем идеја Француске буржоаске револуције и индивидуалистичког поимања брака као уговора грађанског права. Међутим, концепт споразумног развода који је промовисало револуционарно законодавство, био је у тој мери либералан да је убрзо морао бити замењен далеко умеренијим, нормативно уобличеним у *Code civil*-у. Ипак, ни кориговани, омеђан бројним ограничењима, модел споразумног развода није био дугог века, будући да је са рестаурацијом Бурбона институт развода у Француској потпуно укинут.

До реафирмације и поновног регулисања споразумног развода долази тек седамдесетих година прошлог века. Међутим, пре тога он је у прикривеној форми годинама практикован у судској пракси, што је био повод за оштре критике тада актуелног бракоразводног режима, које су резултирале законодавном реформом и легализацијом овог облика развода брака.

Савремени бракоразводни систем Француске обухвата два модела споразумног развода: развод на основу споразума брачних партнера и развод на бази прихватања дефинитивног слома брака. Код прве варијанте споразумног развода, супружници морају постићи и презентовати суду споразум о разводу и комплетан споразум о његовим последицама, док се код другог облика споразумног развода супружници саглашавају да је њихов брак доживео дефинитивни слом, при чему се суду препушта уређење спорних последица развода.

Нормирањем два модела споразумног развода и стимулисањем супружника да закључују споразуме о разводу и о правним последицама развода, независно од врсте иницијалног акта којим је покренут поступак за развод и стадијума у коме се овај поступак налази, чиме је омогућена модификација основа за развод и трансформација бракоразводног поступка, француски законодавац значајно фаворизује споразумни развод брака. У том контексту, споразумни развод ужива изузетну популарност у француској бракоразводној пракси и полако постаје преовлађујући облик развода у модерној Француској.

Tanja Kitanović, LL.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Niš

**THE CONCEPT OF MUTUAL CONSENT DIVORCE IN FRENCH
LAW THROUGHOUT HISTORY AND TODAY**

Summary

In this paper, the author points out to some distinctive features of the concept of consensual divorce in French law throughout history and today. In the first part of the paper, the author provides a brief historical retrospective of former divorce legislation in France, indicating the factors which shaped it. Further on, the author embarks on a comprehensive, systematic and critical analysis of positive legislation in this area. The French legislator apparently favours divorce by mutual consent by envisaging two models of divorce by mutual consent and stimulating the spouses to conclude agreements on divorce and some divorce-related matters stemming from divorce (irrespective of the type of initial legal act which has been used to initiate the divorce proceedings and the specific stage in the proceedings). This has facilitated a modification of the grounds for divorce and transformation of divorce proceedings. In that context, divorce by mutual consent of the spouses is immensely popular in French judicial practice and it is gradually turning into a prevalent type of divorce in modern France.

Key words: French law, consensual divorce, no fault divorce based on the irretrievable breakdown of marriage, spouses, divorce consequences, divorce procedure.

ТЕРИТОРИЈАЛНА ОРГАНИЗАЦИЈА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ^{1*}

Апстракт: Предмет рада је територијална организације Републике Србије према важећем праву. Аутор на почетку даје кратак приказ промена правног режима у овој области после Другог светског рата, а потом применом догматског и нормативног метода врши детаљну анализу насељеног места, општине, града и аутономне покрајине као основних правних категорија у овој области. Посебну вредност рада представља синтеза одредаба различитих правних извора у вези са поступцима оснивања, спајања, укидања и промене територија општина и градова у Републици Србији. На крају рада извршена је анализа усклађености важећег система територијалне организације са општим принципима територијалне организације.

Кључне речи: територијална организација, насељено место, општина, град, аутономна покрајина.

¹ * Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

1. Увод

После Другог светског рата територијална организација у Републици Србији уређивана је: Законом о административно-територијалној подели Народне Републике Србије,² Општим законом о уређењу срезова и општина,³ Законом о образовању општина,⁴ Законом о територијалној организацији општина⁵ и Законом о територијалној организацији Републике Србије.⁶

Посебно је значајно да је у периоду од 1955. до 1990. године, територијална организација знатно поједностављена. Уместо дотадашње општине која је бројала нешто преко 4.000 становника, нова општина у првим годинама важења Општег закона о уређењу општина и срезова нарасла је на преко 11.000 становника у просеку и обухвата, без разлике, истом организацијом, и градска и сеоска подручја.

Година 1955. је значајна због начелне промене у приступу територијалној организацији јединица децентрализације у Републици Србији. Прелази се од политипске ка монотипској територијалној организацији. На општину је пребачено тежиште свих послова посредством генералне клаузуле о надлежности. Као резултат повећања послова и капацитета општина, она се територијално увећава и временом постаје једини облик јединице децентрализације, с обзиром да се срезови укидају 1967. године.

Од 1963. године уводи се институција месне заједнице, као посебан облик заједнице грађана и унутрашње децентрализације, а Уставом из 1974. године она постаје један од основних елемената (организациони и изборни) српског политичког система, и током времена израста у облик самоуправног организовања радних људи и грађана ради задовољавања заједничких интереса.

Закон о територијалној организацији Републике Србије и локалној самоуправи,⁷ у суштини задржава територијалну организацију која је уобличена 70-тих година прошлог века.

Данас је Република Србија унитарна држава у којој грађани имају право на покрајинску аутономију и локалну самоуправу, које остварују непосредно или преко својих слободно изабраних представника.

2 „Службени гласник НР Србије“, бр. 17/47, 23/49 и 7/50.

3 „Службени лист ФНРЈ“, бр. 26/55 и 29/57.

4 „Службени гласник РС“, бр. 51/59, 42/62, 51/62, 51/65, 52/66, 6/67, 43/67, 7/69, 4/70, 47/70, 48/71, 40/72 и 6/74.

5 „Службени гласник РС“, бр. 31/77, 16/79, 25/79 и 16/90.

6 „Службени гласник РС“, бр. 47/91, 79/92, 82/92, 47/94, 49/99 и 129/07.

7 „Службени гласник РС“, број 47/91.

Основни статистички подаци који се тичу српских јединица децентрализације дати су у наредне две табеле.

Табела 1.

	Општина	Површина (км ²)	Општина	Број становника
Најмања	Сремски Карловци	51	Црна Трава	1915
Највећа	Град Београд	3.227	Град Београд	1.611.333
Просечно		447		50.907

Извор података: Републички завод за статистику (<http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/>). Статистичка обрада: аутор.

Табела 2.

Број становника	Број јединица територијалне децентрализације	Процент %
< 1.000	0	0
1.000 – 5.000	1	0.70%
5.000 – 10.000	8	5.50%
10.000 – 20.000	53	37%
20.000 – 50.000	50	34%
50.000 – 100.000	20	13.70%
100 000 – 500.000	13	8.90%

Извор података: Републички завод за статистику (<http://webzrs.stat.gov.rs/WebSite/>). Статистичка обрада: аутор.

Усвајањем Устава Републике Србије из 2006. године одређен је правац даљег развоја територијалне организације система децентрализације у Србији и његовог прилагођавања „ситуацији на терену“. Закон о територијалној организацији из 2007. године⁸ у суштини не мења постојећу територијалну организацију Републике Србије, у односу на дотадашње стање. Она се састоји од 150 општина, 23 града, града Београда и аутономних покрајина. То значи да је број јединица децентрализације које су, поред Новог Сада, Крагујевца, Ниша и Приштине, утврђене као градови порастао за 19 и њима се сада могу, полазећи од члана 189. став 3. Устава, поверити нове, веће надлежности. Дакле, Законом о територијалној организацији Републике Србије не врше се никакве територијалне промене, не образују нове

8 „Службени гласник РС“, број 129/07.

територијалне јединице, већ се оставља на снази постојећа територијална структура, уз то да је већи број општина добио статус града.

Критеријуми за образовање општина из одредбе члана 11. ст. 1. до 3. Закона дословно исто гласе као они садржани у члану 18. Закона о локалној самоуправи, и врло су непрецизно одмерени (изузев једног квантитативног – да општина мора имати најмање 10.000 становника), што омогућава да се готово свако подручје конституише као територијална јединица.

Број градова повећан је за 19 и њима се сада, полазећи од члана 189. став 3. Устава, могу поверити нове, веће надлежности. За разлику од општине, град мора бити утемељен применом два мерила. Првог, да је број становника већи од 100.000, и другог, да постоје економске, административне, географске и културне околности који га чине гравитационом седиштем. Само у изузетним околностима, услед посебних економских, историјских и географских разлога, и општине које не испуњавају критеријум минималног броја становника, могу бити установљене као градови. С обзиром на то, мало је чудно да је по општим условима из Закона одређено девет градова, а по посебним, иако би то требало да представља изизетак, укупно још 10 градова.

У основним одредбама Закона прописано је да територијалну организацију Републике Србије чине општине, градови и град Београд, као територијалне јединице, и аутономне покрајине, као облик територијалне аутономије. Ова одредба има основ у члану 182. и члану 188. став 1. Устава. Територију општине, града и града Београда чине насељена места, односно подручја катастарских општина, која улазе у састав јединица децентрализоване организације, а границе јединица локалне самоуправе утврђене су границама одговарајућих катастарских општина са њихове територије. Оснивање нових јединица локалне самоуправе, спајање, укидање и промена територије постојећих јединица локалне самоуправе, уређује се у складу са критеријумима предвиђеним члановима 16 – 18. Законом о локалној самоуправи, по претходно одржаном саветодавном референдуму на територији тих јединица локалне самоуправе, при чему се називи општина и градова, називи насељених места и катастарских општина, као и начин њихове промене, утврђују Законом о територијалној организацији.

2. Насељено место

Закон о територијалној организацији дефинише насељено место као део територије општине који има изграђене објекте за становање и привређивање, основну комуналну инфраструктуру и друге објекте за задовољавање потреба становника који су ту стално настањени. Оно може

бити у саставу само једне јединице локалне самоуправе. Насељеном месту може се дати назив који има географска, етнографска, историјска и друга обележја, као и име умрле знамените личности. Иницијативу за промену назива насељеног места утврђеног Законом, за одређивање назива новонасталог места, односно за утврђивање да је насељено место престало да постоји, може покренути скупштина јединице локалне самоуправе, грађани, месна заједница и други заинтересовани органи заједнице, док се предлог за промену назива постојећег насељеног места, одређивање назива новообразованог насељеног места, односно за утврђивање да је насељено место престало да постоји, утврђује по претходно прибављеном мишљењу надлежног органа територијалне аутономије и скупштине јединице локалне самоуправе. Ради остваривања увида у насељена места и катастарске општине које чине територију општине, града и града Београда, води се евиденција насељених места, у складу са законом, а означавање назива насељеног места, улица, тргова и зграда, као и вођење регистра кућних бројева, улица и тргова, прописује Влада.

У прелазним и завршним одредбама Закон нормира да ће Влада прописати означавање назива насељеног места, улица, тргова и зграда, као и вођење регистра кућних бројева, улица и тргова.

3. Општина

Према Закону о територијалној организацији, општина је основна територијална јединица у којој се остварује локална самоуправа, која је способна да преко својих органа самостално врши сва права и дужности из своје надлежности и која има најмање 10.000 становника. Општине које су образоване до ступања на снагу Закона могу имати мање од 10.000 становника, а изузетно, када постоје посебни економски, географски или историјски разлози, може се основати нова општина која има мање од 10.000 становника. Такође, Законом се одређује да територија за коју се оснива општина представља природну и географску целину, економски повезан простор, који поседује развијену и изграђену комуникацију међу насељеним местима, са седиштем као гравитационим центром.

4. Град

Град је територијална јединица утврђена Законом, која представља економски, административни, географски и културни центар ширег подручја и има више од 100.000 становника. Изузетно, када постоје посебни економски, географски или историјски разлози, може се утврдити да је

град и територијална јединица која има мање од 100.000 становника, ако испуњава све остале критеријуме предвиђене законом. Територија за коју се образује град представља природну географску целину, економски повезан простор, који поседује изграђену комуникацију међу насељеним местима, са седиштем града као гравитационим центром.

Промена територије града врши се на начин предвиђен за промене територије општине.

За разлику од претходног Закона, којим је подела на градске општине била обавезан предуслов за стицање статуса града, важећи Закон предвиђа да територија града може бити подељена на градске општине. Подела града на градске општине утврђује се статутом града, у складу са законом.

Град Београд је посебна територијална јединица, промене његове територије врше се на начин предвиђен за промену територије општине, а подела града Београда на градске општине врши се статутом града Београда, у складу са законом.

5. Поступак оснивања, спајања и укидања општине, као и промена територије општине

Поступак оснивања, спајања и укидања општине, као и промена територије општине, уређују се, осим Законом о територијалној организацији РС, и Законом о референдуму и народној иницијативи.⁹

Иницијативу за покретање поступка за оснивање, укидање и промену територије општине може поднети скупштина општине или 10% бирача који имају пребивалиште на територији општине на коју се промена односи. Уз иницијативу се подноси анализа са економским, просторним, демографским и другим показатељима ефеката промене која се иницира. Графички приказ је обавезан саставни део поднете иницијативе. Ако оцени да је предложена промена законита и оправдана, Влада доставља Народној скупштини предлог за расписивање саветодавног референдума.

Народна скупштина, у складу са законом, расписује саветодавни референдум на којем се грађани који имају бирачко право и пребивалиште на територији општине на које се промена односи изјашњавају да ли су „за“ или „против“ промене која се иницира. Сматра се да су грађани подржали промену која се иницира ако се за њу изјаснила већина од оних који су гласали. Приликом утврђивања предлога за измену закона којим се оснива, укида или врши промена територије општине, Влада ће водити рачуна

9 «Службени гласник РС» бр.48/94 и 11/98.

о резултатима спроведеног референдума. Дакле, референдум има само саветодавни, не и обавезујући карактер.

Предлогу закона којим се предлаже оснивање, укидање или промена територије општине који поднесе народни посланик, скупштина аутономне покрајине или најмање 30.000 бирача, мора се приложити анализа са економским, просторним, демографским и другим показатељима ефеката промене која се иницира. Графички приказ је обавезан саставни део поднете иницијативе. Пре разматрања предлога закона који поднесе народни посланик, скупштина аутономне покрајине или најмање 30.000 бирача, као и предлога закона који утврди Влада, Народна скупштина расписује саветодавни референдум. Народна скупштина приликом одлучивања о предлогу закона који поднесе народни посланик, скупштина аутономне покрајине или најмање 30.000 бирача, води рачуна о резултатима спроведеног референдума.

Према основним одредбама Закона о референдуму и народној иницијативи, њиме се уређује начин непосредног изјашњавања, односно одлучивања грађана референдумом и начин остваривања народне иницијативе.

Право учествовања у народној иницијативи имају грађани који у складу с прописима о изборима имају бирачко право. Нико не може позвати грађанина на одговорност због изјашњавања на референдуму, односно због учествовања у народној иницијативи у складу с овим законом. У народној иницијативи грађани учествују потписивањем одговарајућег предлога. На акте за спровођење референдума и остваривање народне иницијативе не плаћају се таксе. Грађани имају право на приговор због неправилности у поступку спровођења референдума, као и право да указују на пропусте и недостатке у поступку остваривања народне иницијативе.

Грађани, ради остваривања народне иницијативе, образују иницијативни одбор од најмање три члана који имају бирачко право. Иницијативни одбор може образовати посебне одборе за прикупљање потписа на појединим местима. Предлог за промену или доношење одговарајућег акта, односно други предлог обухваћен народном иницијативом, мора бити сачињен тако да се из њега јасно виде правци промена, односно решења о којима надлежни орган треба да се изјасни. Тај предлог потписују чланови иницијативног одбора. Иницијативни одбор доставља предлог органу надлежном за доношење акта, односно за решавање о питању на који се предлог односи, ради обавештења да се за тај предлог прикупљају потписи. Надлежни орган потврђује пријем предлога за који се прикупљају потписи на првој страници текста предлога и оверава сваку страницу текста предлога у оноликом броју копија колико поднесе иницијативни одбор.

Надлежни орган задржава једну копију предлога за који се прикупљају потписи. Од подношења предлога за који се прикупљају потписи предлог се не може мењати нити допуњавати.

Иницијативни одбор пријављује прикупљање потписа Министарству унутрашњих послова, и то организационој јединици у општини на чијој ће се територији прикупљати потписи. Та пријава подноси се најкасније три дана пре почетка прикупљања потписа. У пријави се наводе: назив органа којем је поднет предлог за који се прикупљају потписи и пријемни број под којим је тај предлог заведен; место, време и начин прикупљања потписа; лични подаци лица која ће прикупљати потписе и мере које ће иницијативни одбор предузети ради спречавања евентуалних злоупотреба у вези с прикупљањем потписа. Пријаву потписују чланови иницијативног одбора, односно чланови одбора који ће прикупљати потписе.

Листа потписника народне иницијативе садржи:

- 1) назначење предлога за који се прикупљају потписи с пријемним бројем надлежног органа;
- 2) податке о потписницима иницијативе, који се уписују у следеће рубрике: редни број потписника народне иницијативе; лично име потписника иницијативе, које се исписује читким штампаним словима и потврђује његовим својеручним потписом; адреса потписника иницијативе; лични број потписника иницијативе ако га има; регистарски број личне карте потписника иницијативе;
- 3) датум и место прикупљања потписа;
- 4) изјаву иницијативног одбора, односно одбора који је прикупљао потписе, да сви потписници на листи имају право учествовања у народној иницијативи у складу са законом и да су се само једном потписали на листи, као и напомену о евентуалном повлачењу потписа грађана;
- 5) потписе чланова иницијативног одбора, односно одбора који је прикупљао потписе.

Прикупљање потписа грађана који учествују у народној иницијативи траје најдуже седам дана, рачунајући од дана који је у пријави Министарству унутрашњих послова означен као почетни дан прикупљања потписа. Грађанин се може само једном потписати на листи потписника народне иницијативе. Грађанин може свој потпис повући до истека последњег дана одређеног за прикупљање потписа. Потпис се повлачи у писменој форми, а одбор за прикупљање потписа констатује то у листи потписника народне иницијативе.

На месту где се прикупљају потписи, текст предлога за који се прикупљају потписи, оверен од надлежног органа и снабдевен његовим пријемним бројем, мора бити истакнут тако да буде доступан грађанима. Грађанин има право да надлежном органу укаже на пропусте и недостатке у поступку прикупљања потписа за предлог обухваћен народном иницијативом.

Иницијативни одбор доставља листу потписника народне иницијативе надлежном органу. Надлежни орган проверава да ли је листа потписника народне иницијативе сачињена у складу с одредбама овог закона и да ли је прикупљен потребан број потписа, при чему разматра и евентуалне примедбе грађана на поступак прикупљања потписа. Ако грађанин, односно иницијативни одбор, сматра да је надлежан орган неправилно поступио приликом обављања радњи провере, може поднети жалбу одговарајућем суду. По тој жалби суд решава у року од 48 сати од пријема жалбе. Одлука суда по жалби коначна је.

Кад је листа потписника народне иницијативе сачињена у складу с одредбама закона о референдуму и народној иницијативи, а прикупљен је потребан број потписа, надлежни орган дужан је да о предлогу за који су прикупљени потписи одлучи на начин и по поступку утврђеном Уставом и законом, односно одговарајућим статутом или пословником. Кад надлежни орган не прихвати предлог грађана, дужан је да о томе обавести иницијативни одбор. Ако иницијативни одбор сматра да надлежни орган није правилно поступио, може поднети жалбу одговарајућем суду. Суд решава по жалби, коначном одлуком, у року од 15 дана од пријема жалбе.

Према Уставу РС и Пословнику о раду Народне Скупштине, законе, друге прописе и опште акте, доноси Народна скупштина Републике Србије. Право предлагања закона, других прописа и општих аката имају сваки народни посланик, Влада, скупштина аутономне покрајине или најмање 30.000 бирача. Заштитник грађана и Народна банка Србије имају право предлагања закона из своје надлежности (Члан 107 Устава).

Овлашћени предлагач закона Народној скупштини подноси:

Предлог закона у облику у коме се доноси, са образложењем које обавезно садржи:

- уставни основ;
- разлоге за доношење закона;
- објашњење основних правних института и појединачних решења и
- процену износа финансијских средстава потребних за спровођење закона.

Нова општина образује се спајањем две или више постојећих општина или издвајањем дела територије из једне или више постојећих општина у нову општину, а општина се може укинути и њена територија припојити једној или више постојећих општина. Промена територије општине се врши издвајањем насељеног места из састава једне општине и припајањем другој. Променом територије општине сматра се и измена граница катастарских општина које обухватају ненасељено подручје, уколико се извршеном изменом део катастарске општине једне општине припаја катастарској општини друге општине.

Председник Народне скупштине ће расписати изборе за одборнике скупштине нове општине у року од шест месеци од дана ступања на снагу закона којим је нова општина основана. Постојеће скупштине, у општинама у којима је дошло до промене територије, настављају са радом и врше своје надлежности и на територији на којој је дошло до промена, до конституисања нових скупштина општина. У новим општинама образоваће се општинска управа, односно управе за поједине области, у року од 30 дана од дана избора извршних органа општине, док ће до образовања општинске управе, односно управе за поједине области, и преузимања предмета, њихове послове обављати општинске управе, односно управе за поједине области које су имале месну надлежност на тој територији пре извршене измене.

6. Аутономне покрајине

Аутономне покрајине су аутономне територијалне заједнице у којима грађани остварују право на покрајинску аутономију. Закон о територијалној организацији предвиђа да Република Србија има Аутономну покрајину Војводину и Аутономну покрајину Косово и Метохија, а суштинска аутономија Аутономне покрајине Косово и Метохија уредиће се посебним законом који се доноси по поступку предвиђеном за промену Устава.

7. Закључак

На основу свега изнетог, можемо да закључимо да је на подручју Републике Србије примењен добар број општих принципа територијалне организације јединица децентрализације.¹⁰ Ту пре свега мислимо на принцип потпуне обухваћености државне територије јединицама децентрализације,

¹⁰ О принципима територијалне организације видети више у: Д. Вучетић, Децентрализација у континенталним правним системима (докторска дисертација), Ниш, 2012, стр. 102-120.

принцип трајности (као што смо видели постојећа структура са мањим променама постоји од средине 20. века) и принцип практичности (систем јединица децентрализације је јасан, прегледан и уређен). Принцип уједначености није у потпуности примењен, али то и није било могуће јер се српске јединице децентрализације значајно разликују по површини и броју становника. Такође, принцип одговарајуће организационе структуре није задовољавајуће примењен. Испод нивоа државе налазе се само две аутономне покрајине, што указује на премали број контаката, и укупно 174 основне јединице, где је распон контаката огroman и само ублажен установљавањем управних округа.

Када су посебни принципи територијалне организације у питању, њихова примењеност се разликује од јединице до јединице, али је евидентно да добар број њих има проблема у остваривању принципа економске самосталности, а јединице са великом површином имају потешкоћа и са реализацијом принципа оптималне површине, тј. приступачности сопствених јавних служби (нпр. Лесковац). Такође, у стручној јавности је уврежено мишљење да принцип оптималног броја становника није одговарајуће примењен, и да су српске јединице децентрализације међу највећима у Европи (просек од 40.000 становника по јединици), када је број становника у питању. Овакав аргумент је споран из два разлога. Прво, уколико би се изузео Град Београд, просечан број становника би спао на 20.000 по јединици и друго, уз снажно изражену тенденцију депопулације тај број ће у будућности сигурно бити све мањи.

У Републици Србији постоји изражена депопулација одређених подручја, с једне стране, и велика концентрација становништва и привреде у тек неколико градова, с друге стране. Таква кретања имају нежељене последице у економској, социјалној, просторној и еколошкој сфери. Године 2010., Законом о регионалном развоју,¹¹ извршена је подела на статистичке регионе. Србија је подељена на пет већих територијалних целина: Град Београд, Војводину, Косово и Метохију, Шумадију и западну Србију, и Источну и јужну Србију. Оваква подела извршена је са циљем омогућавања квалитетнијег управљања државом, односно ради приближавања европским статистичким стандардима, међутим на основу критеријума који нису обухватили све релевантне карактеристике посматраних подручја.

Оваква територијална организација свакако не одговара великим променама извршеним у правном систему у последњих 20 година, нити знатно промењеном положају и улози јединица децентрализације, а посебно

11 „Сл. гласник РС“, бр. 51/09 и 30/10.

не врсти и обиму послова које на основу Устава и закона треба да обављају (нпр. управљање општинском имовином, могућност јавног задуживања, јавно-приватна партнерства, могућност оснивања предузећа и јавних служби итд), начину финансирања, као ни потреби да се на ефикаснији и делотворнији начин, уз облике широког учешћа грађана у управљању јавним пословима локалног карактера, остварује уставно право грађана на локалну самоуправу. Очигледно је да су нове територијалне промене нужне и да нам шире промене у територијалној основи локалне самоуправе, сходно промењеним околностима, тек предстоје.

Резиме

Територијална организација Републике Србије у периоду од 1955. до 1990. године значајно је поједностављена и извршена је промена концепта територијалне организације преласком са политипске на монотипску територијалну организацију. На општину је пребачено тежиште свих послова посредством генералне клаузуле о надлежности. Данас је Република Србија унитарна држава у којој грађани имају право на покрајинску аутономију и локалну самоуправу, а територијалну организацију чине општине, градови, град Београд и аутономне покрајине. Рад детаљно приказује све фазе поступка оснивања, спајања и укидања општина, као и промена територије општина. Аутор закључује да је на подручју Републике Србије адекватно примењен навећи број принципа територијалне организације. Принцип уједначености није у потпуности примењен, обзиром на разлике у површини и броју становника јединица. Такође, принцип одговарајуће организационе структуре није задовољавајуће примењен, јер се испод нивоа државе налазе само две аутономне покрајине, и укупно 174 основне јединице, где је број огроман вертикалних организационих линија само ублажен установљавањем управних округа. У раду се закључује да постоје проблеми и у остваривању принципа економске самосталности и принципа оптималне површине. Аутор аргументовано оспорава став стручне јавности да су српске јединице децентрализације међу највећима у Европи када је принцип оптималног броја становника у питању, наводећи да уколико би се изузео град Београд просечан број становника по јединици децентрализације не би прелазео 20.000.

Doc. Dejan Vučetić, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Territorial Organization of the Republic of Serbia

Summary

In the period from 1955 to 1990, the territorial organization of the Republic of Serbia was significantly simplified and the concept of territorial organization shifted from the political to the monotype territorial organization system. Under a general jurisdiction clause governing the distribution of powers, all administrative affairs were vested in municipalities. Today, the Republic of Serbia is a unitary state whose citizens are entitled to exercise their right to provincial autonomy and local self-government. The territorial organization units are municipalities, cities, the city of Belgrade, and autonomous provinces.

In this paper, the author explores the process of instituting territorial changes in municipalities and provides a detailed account on all the stages in the process of establishing, merging and dissolving municipalities in the territory of the Republic of Serbia. The author concludes that most of the territorial organization principles have been observed and adequately applied. However, the principle of comparative uniformity of territorial capacity has not been fully observed as there is a disproportion between the total land area and the total population in the territorial units. The principle of good organizational structure has not been applied in a satisfactory manner either. Namely, apart from the state level, there are only two autonomous provinces and a total of 174 basic decentralization units, whereas a huge number of vertical organizational lines is only slightly relaxed by establishing administrative districts. The author indicates further problems in implementing the principle of economic self-sufficiency and the principle of optimal territory. As for the principle governing the optimal population, the author challenges the opinion of academic/professional public that Serbian decentralization units are among the largest territorial units in Europe; namely, if the City of Belgrade were to be excluded, the average number of people per decentralization unit would not exceed 20,000 citizens.

Key words: territorial organization, settlement, municipality, city, autonomous province

ИНТЕЛИГЕНЦИЈА И ЕМОЦИЈЕ КАО ФАКТОРИ ИЗВРШЕЊА УБИСТАВА У ЈУГОИСТОЧНОЈ СРБИЈИ

Апстракт: Наглашавајући да је убиство у криминолошком аспекту до сада било предмет истраживања у неколико наврата у нашој држави, аутор истиче да ниједно криминолошко истраживање убиства за своје територијално одређење није имало област југоисточне Србије. Аутор наглашава да је феномен хомицида резултат деловања бројних криминогених фактора, како егзогених, тако и ендогених. У овом раду аутор се бави интелигенцијом и емоцијама као криминогеним факторима, посматрајући их кроз призму феномена хомицида у југоисточној Србији у периоду од 2006. до 2010. године.

Кључне речи: убиства, југоисточна Србија, интелигенција, мотив, емоције.

¹ доцент, Правни факултет Универзитета у Нишу, darko@prafak.ni.ac.rs

1. Увод

Још пре Другог светског рата су поједини кривичноправни писци почели да се интересују за феномен хомицида. Такви писци су били Гроздановић Глигорије, Кларић Фрањо, Суботић В. и други. Међутим, дуго времена је недостајало бављење на целовити начин појавом, настанком и превенцијом убистава. Криминолошки и виктимолошки приступ оваквој појави је био још мањи. Тако је, на пример, само Милован Миловановић у свом чланку „*Хомицидодогена улога убијених у убиству*“ из 1930. године имао виктимолошки приступ убиствима пре Другог светског рата. Ипак, неколицина истраживача је отворила пут већем посматрању убистава кроз криминолошку призму. Прва је била професорка на Правном факултету у Нишу, Слободанка Константиновић Вилић са својом докторском дисертацијом „*Жене убице*“ из 1984. године. Исте године криминолог Шпиро Вуковић се, такође, на један свеобухватан начин, а пре свега криминолошки, бавио крвним деликтима у Србији. Такође, професорка Миомира Костић је на Правном факултету у Нишу 2001. године одбранила докторат под називом „*Деца убице*“. Убиство са криминолошког аспекта је било предмет доктората још само код Биљане Симеуновић Патић, код које оно било територијално ограничено само на простор Београда. Иако су досадашња истраживања открила бројне феноменолошке и етиолошке аспекте кривичног дела убиства, још увек има доста простора за спровођење разних истраживања, чији би предмет било убиство. До сада територијално одређење једне криминолошке студије о убиствима није била територија југоисточне Србије.

2. Поставке емпиријског истраживања

Како су основни и виши судови надлежни за кривично дело убиства, предмет истраживања је ограничен на територију југоисточне Србије, у складу са темом истраживања, под надлежношћу основних и виших судова у Нишу, Пироту, Врању, Лесковцу и Прокупљу. Како би се обезбедили сви потребни подаци, истраживање је спроведено у оним казнено-поправним заводима или окружним затворима, као и у Васпитно-поправном дому у Крушевцу, у којима су упућена осуђена лица на издржавање одговарајућих кривичних санкција. Такође, временски истраживање је ограничено на период од 2006. до 2010. године, при чему предмет интересовања истраживача само су правноснажне пресуде. Истраживањем су обухваћени случајеви кривичних дела убиства, пресуђених на територији одабраних седишта основних и виших судова, при чему се истраживач руководи следећим критеријумима: да је донесена правноснажна судска одлука за извршено убиство; да је извршен било који облик привилегованог,

обичног или квалификованог убиства или покушај и да су обухваћени пресуђењима, у посматраном временском периоду, од 2006. до 2010. године.

Структура убистава према полу у југоисточној Србији је веома различита. можемо видети да су бројни облици убистава извршени у периоду 2005-2010. године били почињени само од стране мушкараца. Тако су само припадници јачег пола извршавали обична убиства – 31 убица мушког пола. Такође, поред обичног убиства, које спада у „специјалност“ мушкараца, и убиства на свиреп и подмукао начин, убиство којим се доводи у опасност живот још неког лица, убиства при извршењу разбојништва или разбојничке крађе, убиства из користољубља и убиства из безобзирне освете или других ниских побуда спадају у „ексклузивни домен“ вршења убистава од стране мушкараца.

Треба напоменути да је у посматраном узорку било 4 починитеља убиства више лица мушког пола, док је само једна жена извршила овај облик тешког убиства. По једна извршитељка јавила се код убиство на мах, као и код убиства детета при порођају.

3. Интелигенција и убиства

Један од веома значајних ендогених криминогених фактора извршења кривичних дела је интелигенција. Међу самим психолозима не постоји јединствен став о појму интелигенције. Другим речима, ниједан други појам у психологији није изазивао толико пажње и различитих мишљења. Ипак, већина се слаже да интелигенција представља потенцијал, а не потпуно развијену способност.² Сам термин интелигенција потиче од латинске речи *inteligere*, што значи разумети, схватити, али је њу, као термин, у психологију увео Спенсер, на основу Цицероновог превода Аристотеловог појма „разумевање“.³ Полазећи од етимологије ове речи, једна од могућих дефиниција интелигенције је та да је она ментална карактеристика која се састоји у способности учења из искуства, док је други одређују као способност решавања нових проблема и сналажење у новонасталим ситуацијама. Такође, постоје таква одређења интелигенције под којима се подразумева схватање узрока и последица неког проблема.⁴

2 *Етосије*. Видети: http://www.psihologija.autentik.net/inteligencija_sta_je_inteligencija.php, приступ 24.12.2011. године

3 *Интелигенција*. Видети: <http://www.dodaj.rs/f/2W/Ii/3LzORKLU/inteligencija-bio.ppt>, приступ 24.12.2011. године

4 *Википедија, Интелигенција*. Видети: <http://bs.wikipedia.org/wiki/Inteligencija>, приступ 24.12.2011. године

До утврђивања степена интелигенције се долази применом одређених тестова, којим се утврђује тзв. количник интелигенције (IQ). Наиме, количник интелигенције се добија дељењем менталне старости, која је претходно утврђена тестом, са бројем старости у месецима одређеног лица, при чему се резултат помножи са 100. У зависности од вредности IQ могуће је извршити класификацију лица у групе: 1) веома висока интелигенција (количник интелигенције је виши од 120), 2) висока интелигенција (количник интелигенције је 111-120), 3) просечна интелигенција (количник интелигенције је 90-110), 4) физиолошки тупи – исподпросечна интелигенција (количник интелигенције је 70-89). Уколико нека особа има количник интелигенције мањи од 70, за ту особу кажемо да пати од менталне ретардације (стање заустављеног и непотпуног развоја интелигенције), односно од менталне деменције (губитак раније стечених интелектуалних функција).⁵

Међу криминолозима не постоји једнообразно схватање о утицају интелигенције на извршење кривичних дела, самим тим и кривичних дела убиства. Наиме, постоји схватање о томе да интелигенција не врши утицај на чињење кривичних дела, док је код другог становишта је заступљен став да је слабоумно лице потенцијални делинквент. Са повећањем области интересовања криминологије, почела су и испитивања о корелацији интелигенције и криминалитета. Таква истраживања су почела да се спроводе почетком XX века. Амерички криминолози Тревис Хирши и Мајкл Хинделанг су спроводили истраживања о вези између криминалитета и интелигенције, закључивши да је ниска интелигенција криминогени фактор, повезујући је при томе са одређеном друштвеном класом и расом.⁶ Међутим, несумњиво је да за нека криминална понашања, попут неких од облика компјутерског криминалитета или криминалитета белог оковратника, потребан средњи или висок коефицијент интелигенције.

Такође, вршена су бројна истраживања чији је циљ био утврђивање степена интелигенције извршилаца кривичних дела убиства. Тако је, на пример, према истраживању криминолога Лангевина из 1982. године закључено да убице имају нижи степен интелигенције у односу како на лица осуђена за ненасилна кривична дела, тако и лица која нису била процесуирана за било које кривично дело. Сличне податке су добили Хајес, Солвеј и Шрајнер, при чему су се они бавили малолетничким убиствима. Другим речима, малолетне убице су имале слабији IQ у поређењу су другим малолетним

5 *Šta je IQ?* Видети: http://www.sanjalica.com/iq_testovi.php, приступ 24.12.2011. године

6 Burfeind, J., Bartusch, D., *Juvenile Delinquency: An Integrated Approach*, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, 2011, p. 135.

делинквентима.⁷ Међутим, неки криминолози, попут Пантона, су 1976. године дошли до другачијих резултата. Наиме, он је установио да не постоји разлика у степену интелигенције између особа осуђених за убиство или силовање и особа осуђених за друга кривична дела, обухватајући при томе лица из Северне Каролине.⁸ Други криминолози су, ипак, установили неке друге чињенице везане за интелигенцију малолетних убица. Криминолог Буш је, са сарадницима, у свом узорку од 71 малолетног убице утврдио да њих 15, односно 21%, имају интелигенцију испод просека - ментално су ретардирани.⁹ Предмет интересовања, пре свега америчких криминолога, су биле и серијске убице, за које је установљено да углавном имају просечну интелигенцију, уз постојање одређених изузетака, и у односу на надпросечну интелигенцију, и у односу на IQ мањи од просека.¹⁰ Исто тако, проучаване су и друге посебне категорије убица – сексуалне убице. Од 34 сексуалних убица, њих 27 или 80% су имали просечну или надпросечну интелигенцију, од чега је 16 особа било просечно интелигентно, а њих 11 са IQ изнад 120. Остале убице су имале резултате на тесту интелигенције испод просека.¹¹

У нашем истраживању степена интелигенције учинилаца разних облика кривичног дела убистава (у покушају) утврђено је да највећи број убица, њих 42, има просечну интелигенцију, што чини 76% случајева. У ову категорију су убрајане и две жене убице, које имају просечан IQ. Са уделом од 15% (8 убица) се налазе извршиоци овог кривичног дела, који имају IQ испод просека. Само 4% има интелигенцију која је изнад просека (2 убице). Треба напоменути да у 3 случаја није било могуће установити степен интелигенције учинилаца, јер лични листови нису садржали такве податке (5%).

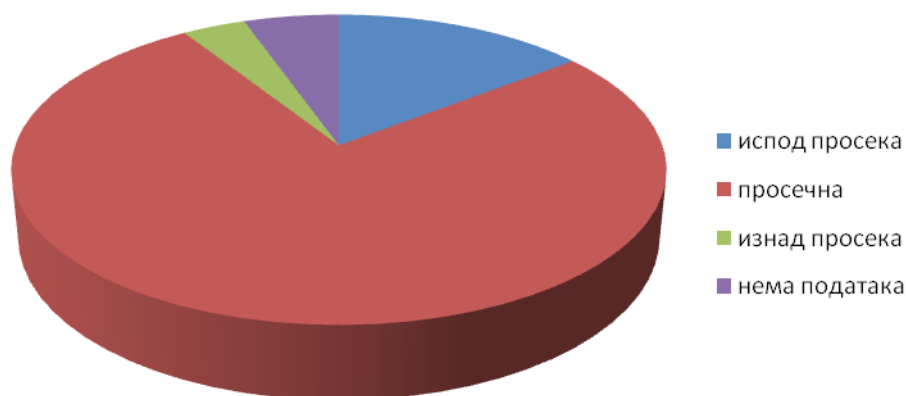
7 Pallone, N., Hennessy, J., *Criminal behavior: a process psychology analysis : personal constructs*, Transaction Publishers, New Jersey, 2009, p. 189.

8 Ibidem

9 Heckel, R., Shumaker, D., *Children who murder: a psychological perspective*, Praegar Publishers, Westport, 2001, p. 36.

10 Palermo, G., Kocsis, R., *Offender profiling: an introduction to the sociopsychological analysis of violent crime*, Charles C Thomas Publishers, Illinois, 2005, p. 58.

11 Ressler, R., Burgess, A., Douglas, J., *Sexual homicide: patterns and motives*, The Free Press, New York, 1992, p. 16.



Графикон 1. Степен интелигенције убица у југоисточној Србији

У Табели 1. дат је приказ облика убистава, у односу на степен интелигенције извршилаца ових кривичних дела. Интересантан је податак да је обично убиство такав облик убиства које карактерише постојање сва три степена интелигенције – испод просека, просечно и изнад просека. Осим њега, и извршилац убиства на свиреп или подмукао начин има IQ који је у једном случају испод просека. Сви остали облици, што квалификованих, што привилегованих облика убистава су извршени од стране особа са просечном интелигенцијом.

Облик убиства	Испод просека	Просечна	Изнад просека	Непознато
Обично убиство	7	20	2	2
Убиство на свиреп или подмукао начин	1	5	/	/
Убиство којим се са умишљајем доводи у опасност живот још неког лица	/	2	/	/

Убиство при извршењу разбојништва или разбојничке крађе	/	2	/	/
Убиство из користољубља	/	4	/	/
Убиство из безобзирне освете или других ниских побуда	/	3	/	/
Убиство више лица	/	4	/	1
Убиство на мах	/	1	/	/
Убиство детета при порођају	/	1	/	/
Укупно	8	42	2	3

Табела 1. Структура убистава према степену интелигенције убица у југоисточној Србији

4. Емоције и убиства

Када би људи били само рационална бића, они би предузимали своје поступке само на основу разума. Међутим, људи се врло често понашају под дејством својих емоција (осећања). Оне се могу одредити као специфични лични доживљаји објективне реалности и нас самих.¹² Исто тако, постоје и друга одређења емоција. Тако је, на пример, професорка Мирјана Франческо схватала емоције као стање повећане активности организма које се манифестује у карактеристичном доживљају, одређеним физиолошким променама и карактеристичном спољашњем понашању.¹³ Из оваквог одређења емоција се, уједно, може и уочити њена разлика у односу на интелектуалне процесе. Наиме, постоје три особине емоција. Прва особина се огледа у постојању карактеристичних доживљаја при

¹² Ђирић, З., Димитријевић, Б., *Основи Судске психијатрије и психологије*, Студентски културни центар, Ниш, 2009. година, стр. 35.

¹³ *Емоције*. Видети: www.fpm.me/Prezent/EMOCIJE.ppt, приступ 09.01.2012. године

емоционалном реаговању, при чему се јављају доживљаји пријатности, односно непријатности. Једна од одлика емоција су карактеристичне физиолошке промене у функционисању појединих унутрашњих органа (убрзано дисање, ширење зеница и друго). Последња особина емоција је промена на екстремитетима и промена гласа.¹⁴

Емоције се развијају током људског живота. Постоји неколико фактора који утичу на процес развоја и сазревања личности. Другим речима, емоције се не јављају произвољно, него настају као плод одређених околности. Иако постоји могућност даље промене емоција, најважније су оне емоције које се развијају у раној младости људске јединке. Какве емоције ће се развити код деце зависи од: умора, слабог здравственог стања, догађаја, става родитеља и друштвене средине.¹⁵ Умор има велики утицај на емоције деце. Што су деца млађа, тај утицај је већи. Међутим, то не значи да умор, као фактор који утиче на осећања, апсолутно треба искључити у даљем животу једне особе, јер је могуће да и одрасле особе различито реагују на унутрашње и спољашње околности, у зависности од физичког стања у којем се налазе. Слабо здравствено стање има велики утицај на испољене емоције код деце. Уколико је оно болесно, долази до повећања стања раздражљивости. Такође, слабо здравствено стање утиче и на емоционално стање одрасле особе. До претераног испољавања осећања долази у зависности од одређених догађаја. То се најбоље може видети на примеру промене сатнице храњења и спавања. Став родитеља се, са правом, сматра једним од најзначајних фактора емоционалног развоја једне особе. Нека деца су од стране родитеља занемарена, што утиче на то да постану неповерљива и пакосна. Исто тако, поклањање претеране пажње доводи до стварања размажене деце, која се не могу уздржати од испољавања претераних емоција и од нервозе. И једна и друга ситуација могу, уз постојање „адекватног микса“ других криминогених фактора, узроковати криминално понашање, чак и оно са смртним исходом. Последњи, једнако значајан фактор за емоционални развој деце, као и став родитеља, је друштвена средина. Постоји „трансфер“ околности из друштвене средине на емоционалне реакције детета. Када једно дете проводи своје време са особом раздражљиве природе, то дете ће неминовно постати исто такво.

Постоје неке карактеристике дечијих емоција: начин њиховог изражавања, њихова учесталост и дужина трајања. Осећања код деце трају веома кратко,

14 Перовић, К., *Криминологија*, ОДП Штампарија „Требиње“, Никшић, 1998. година, стр. 374.

15 *Емоције*. Видети: http://www.psihologija.autentik.net/emocije_sve_o_emocijama.php, приступ 09.01.2012. године

уз нагло престајање. Дечијим емоцијама недостаје, такође, и градација, што значи да дете веома бурно реагује на неке безначајне поводе. Не треба заборавити да код деце постоји могућност да се понашају из једне у другу крајност – плач, а одмах после тога смех.¹⁶

Током адолесценције развијају се осећање сигурности и потреба за истицањем. У овом периоду постоји амбивалентан однос између новонасталих социјалних и полних потреба, са једне стране, и несигурности, која је условљена непотпуним формираним личним идентитетом, са друге стране. Овакво стање доводи до стварања емоционалне преосетљивости, несигурности, страха и непријатности, што у крајњем случају може имати реперкусије на извршење кривичних дела.

Уколико једно лице успе, током свог живота, да преброди све препреке на емоционалном плану, развија се у емоционално зрелу личност. Особине емоционалне зреле личности се манифестују у: 1) способност одлагања, контроле и промене емоционалних реакција и њиховог прилагођавања постојећој животној ситуацији; 2) интелектуалне функције имају примат у контроли емоција, у односу на нагонске подстицаје; 3) постојање емоционалне самокритичности и самосталности; 4) уравнотеженост и стабилност основног расположења; 5) релативна постојаност емоционалних одговора и б) могућност доживљавања разумевања, симпатије и љубави према другим лицима, уз развијеност тзв. стечених емоција.¹⁷

Међутим, када већина од ових својстава нису развијене на потребном нивоу кажемо да је та особа емоционално незрела. Другим речима, оваква личност представља негацију емоционално зреле особе и можемо да говоримо да постоје три типа емоционално незреле личности:

Пасивно-зависни тип је таква личност коју карактеришу емоционална несамосталност, непредузимљивост и инертност. Како су им емоционалне реакције незреле, уз постојање осећања беспомоћности, њима је потребна константна емоционална подршка, како би могли да превазиђу осећање непријатности и незадовољства;

Пасивно-агресивни тип, такође, одликују непредузимљивост, снижена самоиницијативност. Међутим, за разлику од пасивно-зависног типа, који прихвата туђу емоционалну подршку, код пасивно-агресивног типа постоји негативан однос према таквој врсти помоћи. Одбијање подршке резултира

¹⁶ *Karakteristike dečijih emocija*. Видети: <http://predskolskodete.com/?p=56>, приступ 09.01.2012. године

¹⁷ Ћирић, З., Димитријевић, Б., *op. cit.*, стр. 36.

агресивношћу и на веома мале поводе, због постојања тврдоглавости, безразложне љутње, пасивног и/или активног негативизма;

Агресивни тип је, због емоционалне раздражљивости и лабилности, таква особа која испољава висок степен агресије и деструкције. Због оваквог понашања, средина има негативан став према њима. Велики број оваквих особа врши кривична дела.

Постоје разне класификације емоција. Једна од основних подела је на позитивне и негативне. Свака од постојећих емоција се може разврстати по овом критеријуму.¹⁸ Према сложености, емоције се могу поделити на: једноставне (страх, туга, срџба) и сложене (љубав, љубомора, завист). Постоји подела емоција на адекватне (наш емоционални доживљај је адекватан ситуацији на коју реагујемо и по квалитету и по интензитету и по дужини трајања), супримиране (на пригушено изражавање емоција утицали су забране и начин васпитања, због чега неке емоције нисмо у стању да изразимо) и ескалиране (изражавање емоција је пренаглашено, јер се током формирања референтног оквира личности, добија дозвола и подстицај за њихово изражавање).¹⁹

Емоције се могу класификовати и по другим основама. Једна од опште-прихваћених подела је она коју су дали Креч и Крачфилд. Међутим, од свих њихових наведених облика, нису све емоције релевантне за извршиоце кривичних дела убиства. Гнев је таква емоција која може имати одређени допринос приликом чињења крвних деликата. Наиме, Видебек дефинише гнев као нормалну емоцију, која подразумева јако непријатни и емоционални одговор на доживљену провокацију. Он спада у примарне емоције и јавља се кад постоје одређене препреке у остваривању одређених циљева. Његов значај, код убиства, се огледа у његовој повезаности са психолошком интерпретацијом увређености и тежњом да се тој особи узврати, кроз процес одмазде. Манифестација беса се може наћи у специфичном изразу лица, говору тела, физиолошким реакцијама, а понекад и у испољавању агресије.²⁰ Иако знамо да испољавање агресије не мора бити повезано са бесом, познато је да лоша контрола беса често узрокује вршење најтежих облика криминалитета насиља. Другим речима, насилни криминалци имају веће проблеме у контроли осећања беса, него

18 *Vrste emocija*. Видети: <http://sites.google.com/site/emocijesanda/vrste-emocija>, приступ 10.01.2012. године

19 *Wikipedija, Emocija*. Видети: <http://bs.wikipedia.org/wiki/Emocija>, приступ 10.01.2012. године

20 *Wikipedia, Anger*. Видети: <http://en.wikipedia.org/wiki/Anger>, 12.01.2012. године

починиоци ненасилних кривичних дела.²¹ Емоција беса је значајна и по томе што је послужила као основ изградње нове типологије масовних убица. Тако су Левин и Фокс 1996. године узели бес као референтну тачку, јер су сматрали да је бес један од главних мотивационих фактора вршења масовних убистава.²²

Иако на први поглед страх нема везе са извршењем убиства, ипак треба бити опрезан, јер је борба један од облика понашања које је узроковано стањем опасности. Други облици понашања су бекство и укоченост. Страх описује емотивну реакцију на непосредну опасност.²³ Једно истраживање малолетничких убистава је показало да је осећање страха значајнији фактор вршења убистава од стране малолетника него агресивност, јер је једна трећина испитаника била у страху пре него што су починила убиство.²⁴

Љубомора је веома важна емоција, у правилном схватању извршења неких облика убистава. То је осећање према другим људима, које се може одредити као озлојеђеност према другој особи, која је посматрана кроз призму ривалства, због његовог успеха, одређене предности.²⁵ Мушкарци су одговорни за већи број убистава почињено због постојања љубоморе. Криминолог Гибенс је у свом узорку од 195 случајева убистава пронашао љубомору као мотив извршења у 22% случаја, док су Волфганг и Вест у својим радовима закључили да се љубомора налази на трећем месту мотива извршења убистава. Љубомора је постојала и код убистава међу партнерима. Једна студија, спроведена у Канади, је показала љубомору као непосредни узрок тзв. породичних убистава, у 20% случајева. И у источним земљама, као и у земљама трећег света, љубомора се јављала код овог облика убиства. Узрок јављања љубоморе је била сумња мушкарца у неверство своје жене или њено напуштање заједничког дома.²⁶

21 Hesltine, H., *Anger nad its link to violetnig offending*. Видети: <http://www.unisa.edu.au/giving/news/successfulageing/archive/AngerInSociety.pdf>, приступ 12.01.2012. године

22 Petee, T., *Differentiating forms of mass murder*. Видети from: <http://www.auburn.edu/~peteeta/massmurder1.htm>, приступ 12.01.2012. године

23 *Fear*. Видети: <http://www.edu.pe.ca/southernkings/emotionsfear.htm>, приступ 12.01.2012. године

24 Loeber, R., Farrington, D., *Young Homicide Offenders and Victims: Risk Factors, Prediction, and Prevention from Childhood*, Springer, Pittsburgh, 2011, p. 156.

25 *Jealous*. Видети: <http://dictionary.reference.com/browse/jealous>, приступ 12.01.2012. године

26 *Jealousy and Violence*. Видети: http://www.hkjpsych.com/journal_file/9501_P18-24.pdf, приступ 12.01.2012. године

Мржња је, такође, емоција према другим особама, при чему се она састоји од трајније емоционалне диспозиције према објекту мржње и повремених периода интензивирања негативног емоционалног узбуђења. Како мржња у себи носи и жељу за уништавањем објекта, некада су њен степен и облик испољавања такви да доводе до вршења тешких кривичних дела, врло често са смртним исходом.²⁷ У страниј криминолошкој литератури се наводи да је мржња основни узрок вршења убиства сексуалних мањина. Тако се, на пример, у Аустралији од 1990. године води евиденција о овим убиствима од стране савезне државе Њу Саут Велс. У десетогодишњем периоду (1. јул 1989-30. јун 1999. године) било је извршено 37 убистава хомосексуалаца, при чему је основни мотив извршења ових дела била мржња према њима, док су остали облици убистава извршени у обиму од 1.072 случаја.²⁸

Још један од мотива који може допринети вршењу убистава је завист. Она се одређује као негативна емоција према другој особи, при чему се јавља уколико друга особа поседује оно што бисмо ми јако волели да имамо. Статистика објављена од стране осигуравајуће компаније „*Metropolitan life insurance*”, током 1939. године, показује да је завист један од мотива 500 почињених убистава.²⁹

Поремећаји осећања могу бити једна од одлика убица. Емотивна лабилност, коју одликује нагла променљивост осећања и немотивисане реакције, заједно са емотивном раздражљивошћу, чија је карактеристика недоследност и непостојаност у понашању, праћене јаким емотивним реакцијама, могу представљати једну од особина извршиоца убиства. Криминолози убрајају емотивну лабилност, поред егоцентричности, импулсивности, нарцисоизма, опсесивности, параноје, садизма и амбиваленције, у психолошке особине убица.³⁰ Истраживачи Романо и Паолела су у својој студији о убиствима утврдили постојање емотивне раздражљивости, применом одређених психолошких тестова.³¹

27 Ђирић, З., Димитријевић, Б., *op. cit.*, стр. 43.

28 Mouzos, J., Thompson, S., *Gay-Hate Related Homicides: An Overview of Major Findings in New South Wales*, Australian Institute of Criminology. Видети: <http://www.aic.gov.au/documents/4/D/3/%7B4D3405AD-0BD1-4140-A1DD-2544B9050875%7Dti155.pdf>, приступ 12.01.2012. године

29 Hafner, H., Boker, W., Immich, H., Kohler, C., Schmitt, A., Wagner, G., *Crimes of Violence by Mentally Abnormal Offenders: A Psychiatric and Epidemiological study in the Federal German Republic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, p. 253.

30 Kocsis, R., *Criminal profiling: international theory, research and practice*, Humana Press, New Jersey, 2007, p. 7.

31 Wolfgang, M., Ferracuti, F., *The Subculture of Violence*, Routledge, London, 2001, p. 214.

Иако је и расположење, заједно са емоцијама и афектима, једна од категорија афективног живота, она није од велике важности приликом проучавања етиологије убистава. Због тога неће бити предмет детаљне анализе, али ће се посветити одређена пажња неким њеним појмовима, значајним у етиолошком сагледавању убистава. Један од таквих поремећаја основног расположења познат је по имену анксиозност. Код анксиозности, за разлику од страха код којег постоји умишљени или реални повод оваквог стања, овде не можемо говорити о постојању једног оваквог повода, без обзира што анксиозност изазива исто стање као и страх. Уколико је ово осећање трајније природе постоји тзв. анксиозно расположење. Исти је случај и са одређеним облицима афеката, нарочито његовим патолошким манифестацијама. Један од облика убистава, у којем се огледа значај афеката, је убиство на мах, јер се оно извршава у стању јаке раздражености. Овакво стање, при чему може постојати и патолошки афекат препаст, може узроковати и убиство у прекорачењу нужне одбране.

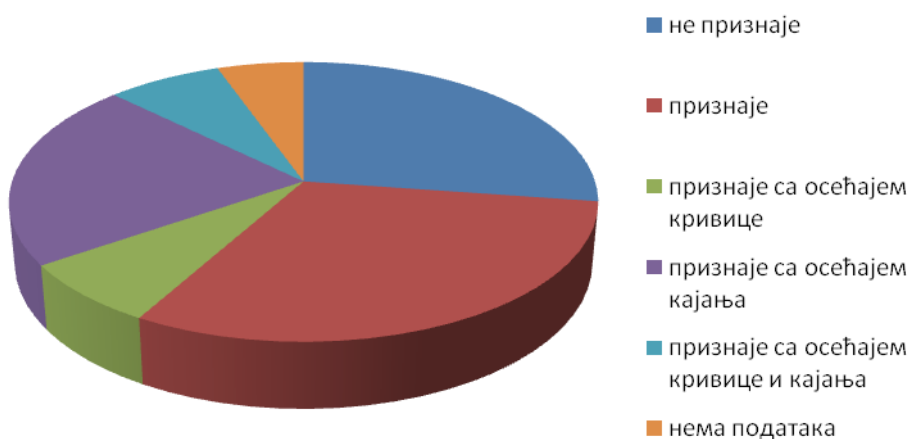
Најзаступљенија емоционална карактеристика убица из југоисточне Србије је низак праг толеранције на фрустрацију. Наиме, 38 убица одликује се неадекватним реакцијама у њима непријатним ситуацијама, што чини 69% од укупно 55 извршиоца овог кривичног дела. Треба напоменути да код 4 убица не постоје подаци о њиховим емоционалним карактеристикама. Емоционална нестабилност са 35% (19 учинилаца) и емоционална незрелост са 33% (18 учинилаца) представљају заступљеније одлике емотивног живота убица са посматране територије државе Србије. Увидом у личне листове лица осуђених за убиство, почињеним на територији југоисточне Србије, утврђене су одређене поделе емотивно незреле личности. Тако је, сходно налазима стручних тимова у пријемним одељењима у казнено-поправним установама, утврђено да од 55 убица њих 10 припада пасивно-зависном типу (18%), а 8 пасивно-агресивном типу емотивно незреле личности (15%).

Анксиозност, као поремећај основног расположења, се јавља код 17 убица, са уделом од скоро трећине убица – 31%. Међутим, за разлику од анксиозности, осећање страха је веома мало заступљено. Оно је постојало само код 9 извршиоца најтежег крвног деликта (16%). Тако је један извршилац убиства из безобзирне освете учинио ово кривично дело услед физиолошког афекта страха лаког до средњег интензитета, док је једно обично убиство почињено услед акумулације афекта страха. Такође, једно обично убиство у покушају је извршено под дејством страха јаког интензитета. С обзиром на то да је афект егзистенцијалног страха јаког степена постојао код једног кривичног догађаја лишења живота, надлежни суд га је оквалификовао као убиство на мах. За разлику од

претходно почињених убистава, 4 убице су се одликовали афектом страха од средњег до јаког интензитета. Код једног починиоца убиства, којим се са умишљајем доводи у опасност живот још неког лица, постоји афект страха средњег интензитета.

Четрнаест убица је разне облике кривичног дела извршило под утицајем афекта гнева од лаког до средњег степена интензитета, што представља 25% од укупног броја убица. Исто тако, депресивност је подједнако заступљена као и егоцентричност. Остале емотивне особине су драстично мање заступљене као личне карактеристике извршиоца кривичних дела убистава на територији југоисточне Србије: аутоагресивност – 4 убице, бес – 3 убице, стрес – 2 убице, инфантилност – 1 убица, љубомора – 1 убица и нивелисаност – 1 убица.

Највећи број убица из југоисточне Србије, њих 17, је само признало извршено кривично дело, при чему код њих не постоји осећај кривице и/или кајања (Графикон 2). Другим речима, скоро трећина, тачније 32%, признаје почињено убиство. Исто тако, велики је проценат особа које не признају облик убиства за које су правноснажно осуђени – 27% (15 особа). У осталим случајевима, постоји код убица осећај кривице, осећај кајања или један и други. Тако код 4 лица осуђених за убиство постоји признање са осећајем кривице, што чини 7% од укупног броја. Исти проценат се налази и код лица, која признају извршено убиство, уз постојање осећаја кривице и кајања. Код великог броја убица - 12, постоји само осећај кајања (22%). Треба нагласити да је код три убица било немогуће установити њих став према извршеном кривичном делу (5%).



Графикон 2. (Не)признање убица за извршено кривично дело са територије југоисточне Србије

5. Закључак

Имајући у виду коначност и по последицама свевременост самог чина убиства, као потпуно друштвено негативну појаву, никада се не може рећи да је овај проблем довољно осветљен. За његово свеобухватно схватање потребно је садејство истраживача из најразличитијих области.

Тешко је дати одговор на једноставно питање: зашто починиоци убистава лишавају живота друге људе? Разлози су веома различити. На појаву хомицида делују, поред спољашњих, и унутрашњи фактори. Иако извршење убиства зависи од бројних криминогених фактора, неопходно је проучавати их појединачно. Стога је посебна пажња, у овом раду, поклоњена интелигенцији и емоцијама као факторима извршења убистава на територији југоисточне Србије. Раније спроведена истраживања о интелигенцији као фактору извршења убистава показивала су контрадикторне резултате. Како се већинско становништво одликује просечним IQ, највише убица са територије југоисточне Србије има овај степен интелигенције. На основу тога интелигенцију не треба посматрати као фактор у генерисању хомицида са територије нашег истраживања.

Емоционални статус убица се карактерише специфичним одликама – ниским прагом толеранције на фрустрацију, емоционалном незрелошћу, емоционалном нестабилношћу, као и анксиозношћу. То значи да убице током периода свог одрастања нису имале адекватне емоционалне подстицаје од стране својих родитеља или других лица која су их чувала и васпитавала, како би развиле праве и одмерене реакције на њима проблематичне ситуације.

Наглашавамо да, иако су у раду обрађена само два криминогена фактора, неопходно је радити на утврђивању свих узрока, услова и повода вршења убистава, како би се изградиле ефикасне мере превенције вршења истих.

Библиографија

Извори на страном језику

Burfeind, J., Bartusch, D., *Juvenile Delinquency: An Integrated Approach*, Jones and Bartlett Publishers, Sudbury, 2011,

Hafner, H., Boker, W., Immich, H., Kohler, C., Schmitt, A., Wagner, G., *Crimes of Violence by Mentally Abnormal Offenders: A Psychiatric and Epidemiological study in the Federal German Republic*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011,

Heckel, R., Shumaker, D., *Children who murder: a psychological perspective*, Praeger Publishers, Westport, 2001,

Kocsis, R., *Criminal profiling: international theory, research and practice*, Humana Press, New Jersey, 2007,

Loeber, R., Farrington, D., *Young Homicide Offenders and Victims: Risk Factors, Prediction, and Prevention from Childhood*, Springer, Pittsburgh, 2011,

Palermo, G., Kocsis, R., *Offender profiling: an introduction to the sociopsychological analysis of violent crime*, Charles C Thomas Publishers, Illinois, 2005,

Pallone, N., Hennessy, J., *Criminal behavior: a process psychology analysis : personal constructs*, Transaction Publishers, New Jersey, 2009,

Ressler, R., Burgess, A., Douglas, J., *Sexual homicide: patterns and motives*, The Free Press, New York, 1992,

Wolfgang, M., Ferracuti, F., *The Subculture of Violence*, Routledge, London, 2001,

Извори на српском језику

Перовић, К., *Криминологија*, ОДП Штампарииа „Требиње“, Никшић, 1998. година,

Ђирић, З., Димитријевић, Б., *Основи Судске психијатрије и психологије*, Студентски културни центар, Ниш, 2009. година,

Интернет адресе

Emocije, http://www.psihologija.autentik.net/emocije_sve_o_emocijama.php

Emocije, www.fpm.me/Prezent/EMOCIJE.ppt

Fear. <http://www.edu.pe.ca/southernkings/emotionsfear.htm>

Hesltine, H., *Anger nad its link to violetnig offending* (Electronic version). Retrieved, <http://www.unisa.edu.au/giving/news/successfulageing/archive/AngerInSociety.pdf>

Inteligencija, <http://www.dodaj.rs/f/2W/li/3LzORKLU/inteligencija-bio.ppt>

Inteligencija, http://www.psihologija.autentik.net/inteligencija_sta_je_inteligencija.php

Jealous. <http://dictionary.reference.com/browse/jealous>

Jealousy and Violence. http://www.hkjpsych.com/journal_file/9501_P18-24.pdf

Karakteristike dečijih emocija. <http://predskolskodete.com/?p=56>

Mouzos, J., Thompson, S., *Gay-Hate Related Homicides: An Overview of Major Findings in New South Wales*, Australian Institute of Criminology (Electronic version). <http://www.aic.gov.au/documents/4/D/3/%7B4D3405AD-0BD1-4140-A1DD-2544B9050875%7Dti155.pdf>

Petee, T., *Differentiating forms of mass murder*. (Electronic version). <http://www.auburn.edu/~peteeta/massmurder1.htm>

Šta je IQ? http://www.sanjalica.com/iq_testovi.php

Wikipedija, *Emocija*. <http://bs.wikipedia.org/wiki/Emocija>

Wikipedija, *Inteligencija*. <http://bs.wikipedia.org/wiki/Inteligencija>

Vrste emocija. <http://sites.google.com/site/emocijesanda/vrste-emocija>

Wikipedia, *Anger*. <http://en.wikipedia.org/wiki/Anger>

Резиме

Спроведена истраживања о феномену хомицида су открила његове бројне феноменолошке и етиолошке карактеристике. Међутим, још увек има доста простора за спровођење разних истраживања, чији би предмет било убиство. До сада територијално одређење једне криминолошке студије о убиствима није била територија југоисточне Србије.

Аутор је, постављајући предмет свог истраживања, пошао од три критеријума: 1) да је донесена правноснажна судска одлука за извршено убиство; 2) да је извршен било који облик привилегованог, обичног или квалификованог убиства или покушај и 3) да су обухваћени пресуђењима, у посматраном временском периоду, од 2006. до 2010. године. Поред утврђивања обима, динамике, структуре, просторне и временске дистрибуције убистава на територији југоисточне Србије, потребно је утврдити криминогене факторе, који условљавају извршење убистава на поменутој територији. Како је немогуће у овом научном чланку представити све криминогене факторе, аутор се одлучио да анализира интелигенцију и емоције, као узроке јављања феномена хомицида у југоисточној Србији. Добијени подаци указују да се највише убица, са територије југоисточне Србије, одликује средњим степеном интелигенције. На основу тога интелигенцију не треба посматрати као фактор у генерисању хомицида са територије нашег истраживања. Посматрајући убице кроз призму емоција, аутор закључује да највећи број убица има низак праг толеранције на фрустрацију, емоционалну незрелост, емоционалну нестабилност, као и анксиозност.

Док. Darko Dimovski, LL.D.

Assistant Professor,

Faculty of Law, University of Niš

Intelligence and Emotion as Homicide Factors in Southeastern Serbia

Summary

The research conducted on the phenomenon of homicide in Serbia has revealed numerous phenomenological and etiological aspects of homicide. Yet, there is still a lot of latitude for further research on this subject matter. Thus far, the territory of Southeastern Serbia has not been subject to criminological research on homicide.

In the process of structuring the substance of his research on homicide in Southeastern Serbia, the author was guided by the following criteria: 1) that the competent court rendered a final judicial decision on the committed act of homicide; 2) that the offender committed any form of privileged, common or qualified murder, or any form of attempted murder; and 3) that the judgments were issued in the observed period from 2006 to 2010. In addition to determining the structural framework, scope, dynamics, time span and territorial distribution of the committed acts of homicide in Southeastern Serbia, it was necessary to identify the numerous criminogenic factors causing the commission of murder in this territory. Considering that the ample criminogenic factors may not be presented with due diligence within the confines of this article, the author focuses on analyzing intelligence and emotions as two important factors in the commission of homicide. The research findings indicate that most killers in the territory of Southeastern Serbia are people of average IQ (intelligence coefficient) level. It yields a conclusion that intelligence shall not be considered as a distinctive factor governing the commission of homicide in the territory of Southeastern Serbia. In terms of examining the killers' emotions, the research has shown that a vast majority of murderers in this territory demonstrate a low threshold of tolerance for frustration, emotional immaturity, emotional instability and anxiety.

Key words: *homicide, Southeastern Serbia, intelligence, motives, emotions*

ВРАЋАЊЕ НЕОСНОВАНО СТЕЧЕНОГ ПОВРЕДОМ ЛИЧНИХ ПРАВА¹

Апстракт: Грађанскоправна заштита права личности протеже се од захтева за пропуштање (радње од које прети опасност повреде, окончање оне која је у току или већ извршене, али прети да буде поновљена) и уклањање (насталих последица повреде), преко захтева за надокнаду штете (материјалне или нематеријалне), до кондикцијског захтева за враћање неосновано стечене користи. Објекат заштите ових захтева јесу лична права, али су претпоставке њихове примене различите. Одштетна одговорност претпоставља да је титулар повређеног личног права претрпео губитак који задовољава правни појам штете и који надокнадом треба отклонити на терет одговорног лица. Одговорност по правилима о неоснованом обогаћењу изазвана је неовлашћеном употребом туђег личног добра, која је повредиоцу била корисна и без правног основа увећавала његову имовину добитком који правно припада имаоцу личног права. Укриштање одштетне и реститутивне одговорности могуће је код таквих повреда које титулару права наносе губитак - штету, а штетнику доносе корист, али и код оних које су само увећале имовину повредиоца (и учиниле га неосновано обогаћеним), без истовременог умањења имовине друге стране. У раду је испитана оправданост враћања неосновано стеченог по правилима о неоснованом обогаћењу у случајевима без реалног умањења имовине титулара неовлашћено вршеног личног права. По мишљењу ауторке, основаност кондикцијског захтева не би требало да зависи од намере титулара да право и лично врши, чињенице да туђом неовлашћеном употребом није био спречен у личном вршењу права нити да му је оно било отежано. Аргумент у прилог таквом ставу налази се у природи и дејству личних права, ексклузивних и апсолутних, чијом заштитом треба осигурати

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту Усклађивање права Србије са правом Европске уније, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

искључиво овлашћење њиховог титулара да одлучи да ли ће, ко и како ово право вршити и коме ће припасти одатле проистекла корист.

Кључне речи: *права личности, неосновано обогаћење, штета, одговорност, реституција.*

Увод

Апсолутна права на нематеријалним добрима могу бити повређена на више начина. Један од њих јесте неовлашћено вршење туђег права, рецимо права на слику, и стицање по том основу добити, која повредиоцу не припада. Он не би смео да задржи добит, јер је она проистекла из недопуштене радње (деликта), што је трајно одређује као неосновано стечену, чак и када је њеној висини допринела умешност повредиоца.

Нека лична права, захваљујући свом објекту, могу да се комерцијализују и добију новчано процењиву вредност, макар према уобичајеној тржишној накнади која би се имала платити за њихову овлашћену употребу (слике, гласа, приватних података, приватне преписке). Она лична права која се не могу одредити (права на достојанство, углед, част, име), заштићена су правом на деманти, одговор и извињење, дакле – средствима натуралне реституције, по правилима одштетног права.² Изузетно, околности случаја могу оправдати досуђивање новчане накнаде³ и због повреде оваквих личних права, ради сатисфакције повређеног, што се опет своди на грађанскоправну заштиту на терену одштетног права.

2 Законом је суду дато овлашћење изрицања, на трошак штетника, објављивање пресуде, тј. исправке, или налагање овоме да повуче повређујућу изјаву или учини нешто друго чиме се постиже сврха накнаде (чл. 199 Закона о облигационим односима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89 и 57/89 и „Сл. лист СРЈ“, бр. 31/93. У наставку: 300). Ово је облик поствентивне заштите и остварује се усвајањем негаторног захтева оштећеног за уклањање насталог стања повреде. Квазинегаторним захтевом, постављеним у ситуацији угрожености личног права, тражи се превентивна заштита, налагањем лицу да се уздржи од радње коју припрема, престане са започетом или да не понови већ извршену радњу, чије се понављање припрема или се оправдано може очекивати. Видети: Водинелић, В., „Облигационоправна заштита личности“, *Закон о облигационим односима, 1978-1988, Књига о десетогодишњици*, Правни живот, Београд, 1988, стр. 567-586.

3 Законом о облигационим односима суд је овлашћен да оштећеном досуди правичну новчану накнаду за претрпљене душевне болове због повреде угледа, части, слободе или права личности, уколико нађе да околности случаја, посебно јачина болова и страха и њихово трајање, то оправдавају. В., чл. 200 ст. 1 300.

Лична права која дозвољавају властито опредмећење могла би се, осим признањем права на накнаду штете, заштитити и по правилима о правно неоснованом обogaћењу (стицању без основа, чл. 210-219 ЗОО). Имамо у виду одредбу чл. 219 Закона, којом је имаоцу ствари признат захтев за накнаду користи остварене њеном неовлашћеном употребом од стране трећег. Иако је овде правно санкционисано неовлашћено вршење туђег права на употребу ствари, као елемента права својине, санкција би се могла проширити и на права личности (заправо, на сва апсолутна права) јер су им карактеристике заједничке, пре свега искључивост.⁴ Титулару повређеног личног права могао би се, стога, признати захтев да му друга страна преда корист коју је стекао неовлашћеном употребом облика у коме је фиксиран неки израз његове личности (фотографија, преписка, дневници, снимљен глас). Основаност кондикционог захтева не би требало да зависи од намере титулара да право и лично врши, нити од чињенице да туђом неовлашћеном употребом није био спречен у личном вршењу права, или да му је оно било отежано.

У излагању пред вама проверили смо оправданост ове идеје.

1. Пuteви грађанскоправне заштите права личности

Идеја о заштити личних права по правилима о неоснованом обogaћењу у тесној је вези са признањем овим правима деликтне грађанскоправне заштите, пре свега надокнадом нематеријалне штете.⁵

Познато је да се схватање о праву на обештећење титулара повређеног личног права споро пробијало⁶ јер се, у свом исходу – плаћање у новцу

4 Уставном гаранцијом неприкосновености људске личности њена лична права постају уставноправна категорија и њима ваља обезбедити свеобухватну правну заштиту – кривичноправну, управноправну и грађанскоправну. Позивом на уставне гаранције неповредивости личности човека и његовог достојанства, стварају се услови за потпуну заштиту свих личних права, па и оних чија садржина није посебно уређена законом. Пример таквог поступања јесте судска пракса највиших судова Немачке – Савезног уставног суда и Савезног суда. О развоју појма људских (и личних) права у немачком праву, в., Гајин, С., *Људска права, Правно-системски оквир*, друго издање, Правни факултет Универзитета Унион, Београд и Центар за унапређење правних студија, Београд, 2012, стр. 81-125.

5 Везивање грађанскоправне заштите права личности за услове деликтне одговорности (штету, кривицу и противправност повређујуће радње) у литератури је критиковано као неоправдано строго, јер прети да их остави незаштићеним сваки пут када ови услови нису испуњени, а право је угрожено или се наступање повреде не може осујетити. Тако, Водинелић, В., нав. дело, стр. 570.

6 Преглед теоријских схватања у прилог досуђивању новчане накнаде и против њега, видети у: Станковић, О., *Новчана накнада неимовинске штете*, Београд, 1972, стр. 40-49.

због повреде имовински непроцењивог добра, могло злоупотребити у комерцијалне сврхе, што свакако никада није био његов смисао. Постављање строгих услова за накнаду нематеријалне штете, посебно ограничавањем њених правно заштићених облика⁷, и препознавање суштинског циља коме она треба да послужи (сатисфакција оштећеног, а не плаћање као еквивалент прикраћеног добра), допринели су да ова накнада постане користан, често неопходан, елемент сложеног механизма грађанскоправне заштите личности.

Санкционисање губитка титулара личног права по правилима неоснованог обогаћења тек је касније препознато као одговарајућа допуна постојећег инструментаријума грађанскоправне заштите. У овом систему заштите усмеравамо се на неосновано стечену корист, не на губитак, на који иначе „циља“ одштетна одговорност и чији еквивалент треба да буде досуђена накнада⁸.

Реституцијом стеченог, које потиче од неовлашћене употребе (комерцијализације) туђег личног права, успостављамо имовинску равнотежу поремећену захватом у апсолутно и искључиво право, заштићено према свима како забраном проузроковања штете, тако и забраном неоснованог обогаћења. Под одређеним условима, забрана неоснованог обогаћења треба да спречи трајно стицање користи неовлашћеном употребом (опредмећеног израза) туђег личног права, којом је титулару ускраћено искључиво овлашћење одлучивања да ли ће, ко и како ово право вршити. Дејство забране неоснованог обогаћења не престаје чак ни када нема видљивог имовинског губитка титулара права ни кривице повредиоца (као неопходних минимума субјективне одговорности за штету). Важно је да има користи (1), стечене вршењем туђег личног права, заштићеног према свима (2), без ваљаног титуларевог овлашћења (3).⁹

7 По Закону о облигационим односима. и макар ако се штите новчаном надокнадом, признати облици нематеријалне штете јесу: физички бол, душевни бол и страх (чл. 200 ст. 1 ЗОУ). У наставку рада указаћемо на теоријске ставове, по нама основане, о ширем тумачењу нематеријалне штете и важности да се таквом сматра већ сама повреда личног права, без обзира на начин изражавања субјективног трпљења.

8 Надокнадом штете успоставља се *status ante*, пре свега у имовини оштећеног, док за одговорно лице испуњење обавезе може значити умањење имовине, тако да оно стоји лошије у односу на стање пре проузроковања штете.

9 Испуњеност ових услова задовољава уобичајену формулу одговорности по правилима неоснованог стицања: обогаћење једног лица (1), са њиме повезано осиромашење другог (2), недостатак основа обогаћења, тј. осиромашења (3). Ове претпоставке наводи професор Радишић. В., Радишић, Ј., *Облигационо право, Општи део*, осмо, прерађено издање, Номос, Београд, 2008, стр. 293.

2. Конкуренција одштетне и реститутивне одговорности због повреде личних права

Враћање користи, вршењем туђег апсолутног права неосновано стечене, оствариво је применом две групе правних правила: одштетног права и права о неоснованом обogaћењу. Конкуренција захтева – одштетног и реститутивног (из неоснованог обogaћења) – произлази из ексклузивности ових субјективних права (стварних, личних и права умне својине).

Уколико је недопуштеном употребом туђег личног права повредилац остварио (процењиву) корист, осим одговорности за штету или уместо ње, могуће га је изложити одговорности по правилима о стицању без основа¹⁰ и обавезати га да стечену корист, на коју нема право, преда титулару, чије је право неовлашћено вршио. Обавеза надокнаде штете у овом случају је замењена обавезом враћања неосновано стечене користи.

Неоснованост стицања види се у односу према оштећеном титулару права, коме корист није припала, а требало је будући да потиче од његовог апсолутног субјективног права. Ако би повредилац задржао стечену корист, неосновано би се обогатио, што је недопустиво, утолико пре јер је она проистекла из његовог неовлашћеног захвата у туђу правну сферу. Реститутивна заштита објашњава се природом повређеног права, која захтева једну овако свеобухватну правну заштиту.

Сваким и самим неовлашћеним вршењем права ствара се ситуација супротна њиховој ексклузивној правној природи, по којој нико, осим имаоца права, не сме да има додира са овим правима. Задирање у субјективна права апсолутног дејства, које титулар није допустио нити пристао на њега, сам по себи, недопуштен је и штетан, без обзира да ли има видљиве и мерљиве штете и да ли му је ускраћено или отежано истовремено остваривање њихове садржине. Повод реститутивној заштити, и њен конститутивни услов, јесте корист стечена на туђ рачун (обogaћење), без икаквог или ваљаног правног основа, која мора да припадне имаоцу повређеног личног права. Стога је можда боље, уместо израза штета, употребљавати израз повреда права, обухватајући њиме и радњу повреде и њену последицу – обogaћење. Због природе на овај начин заштићеног права (апсолутно

¹⁰ „Кад је неки део имовине једног лица прешао на било који начин у имовину неког другог лица, а тај прелаз нема свој основ у неком правном послу или у закону, стицалац је дужан да га врати, а кад то није могуће – да *накнади вредност постигнутих користи*“ (подвукла аут.), чл. 210 ст. 1 ЗОУ.

„Кад је неко туђу ствар употребио у своју корист, ималац може захтевати, *независно од права на накнаду штете, или у одсуству ове* (подвукла аут.) да му овај накнади корист коју је имао од употребе.“, чл. 219 ЗОУ.

је и искључиво), свако његово неовлашћено вршење поприма одлике недопуштене радње, која може водити ка грађанскоправној одговорности, чак и ако титулар повређеног права не трпи штету. Мишљења смо да се поимањем штете у ширем смислу, чак њеним изједначавањем са радњом неовлашћеног задирања у туђу ексклузивну правну сферу (без обзира како се оно одражава у имовини титулара неовлашћено вршеног права), отвара простор реститутивне заштите враћањем стечене користи, па и онда када титулар није намеравао да право и сâм врши или га туђа употреба није у томе спречила.

3. Осврт на правне могућности заштите права личности у упоредном праву

Заштита права личности, која ће нам послужити за испитивање могућности враћања користи стечене њиховом повредом, у европским земљама није уређена на једнообразан начин. Преовладавају класични облигационоправни инструменти - тужбе за пропуштање и за накнаду штете, али се испитује и могућност употпуњавања ове заштите признањем титулару права да, уместо наведених, постави кондикциони захтев из неоснованог обогаћења. Аутори који су се бавили упоредноправним проучавањем овог правног института примећују да су титулару повређеног личног права, које је другоме било корисно, стављене на располагање две могућности: заснивање захтева за враћање користи непосредно на нормама о правно неоснованом обогаћењу или узимање ове користи за оријентир у одмеравању висине накнаде штете.¹¹

Представник прве могућности јесте немачко облигационо право, са законским уређењем посебне врсте кондикција, усмерених на повраћај неосновано стеченог захватом у туђу заштићену правну сферу (*Eingriffskondiktion*, § 812 (1) BGB-а, прва реченица, друга алтернатива, као и § 816 (1) BGB-а, којим је титулар заштићен од неовлашћеног располагања).

Другу могућност правно су уредиле земље романског правног круга - Француска, Белгија и Луксембург, опредељујући се да неосновано вршење туђег личног права, праћено стицањем користи на страни повредиоца ипак квалификују као деликт. Повремено, уколико је штета тешко одредива

11 Видети: Schlechtriem, P., *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Ein rechtsvergleichende Darstellung, II*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, стр. 289-290; *Principles of European Law, Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, Study Group on a European Civil Code, prepared by Von Bar, C., Swann, S., Sellier, Bruylant, Stämpfli Publishers Ltd. Berne, München, 2010, стр. 152.

или повреда права превазилази видљиве штетне последице, као замена могу се користити и правила о неоснованом обогаћењу.¹²

У опредељењу за један од наведена два приступа постоје разлике међу националним правима држава. Оне су повезане са основним опредељењем законодавца о месту неоснованог обогаћења у систему извора облигационих односа¹³ и ширини подручја на коме важе правила о одговорности за штету. Правило је да довољно широко дефинисани појам штете и претпоставке одговорности сужавају простор на коме важе правила о неоснованом обогаћењу, и обрнуто.

Неуједначености у избору подесног заштитног правног инструмента доприносе и разлике у законском уређењу права личности, тиме и њихове заштите: може се право личности гарантовати као опште, обухватањем свих видова испољавања људске личности, или се могу уредити поједине врсте личних права, пружањем правне заштите само оним личним добрима који су њихови правни објекти.¹⁴

12 Von Bar, C., Swann, S., нав. дело, стр. 152.

13 Неосновано обогаћење може бити: посебан, и са осталим изворима равноправан, извор облигационих односа, у целости уређен законом (300, BGB, OR), законом уређен само у неким својим облицима, редовно испуњење недугованог, и супсидијаран у примени (Code Civile, ABGB) или, захваљујући судској пракси, осамостаљен у односу на два велика извора облигационих овлашћења и обавеза – уговора и проузроковања штете – под које се раније сврставало (права англосаксонског правног система). Више у: Симоновић, И., *Реституција у грађанском праву – домаћа примена*, докторска дисертација, Правни факултет Универзитета у Нишу, 2013, стр. 45-59, и тамо наведеној литератури.

14 Пример гарантовања општег права личности је Швајцарски грађански законик, а појединих – Немачки грађански законик, у коме су, као заштитни објекти, наведени име (§ 12 BGB), живот, здравље, слобода, својина, и *остала права* (признањем права на накнаду имовинске и неимовинске штете §§ 823 и 253 BGB). Та *остала права* заштићена су уколико су истих карактеристика као и пре њих изричито наведена - по дејству апсолутна и искључива. Тиме су грађанскоправну заштиту добили и други (ненумерисани) облици испољавања људске личности и њено достојанство. Изван одредаба грађанског законика, прописима о интелектуалној својини, заштићено је право на властити лик (§ 22-24 *Kunsturhebergesetz*, скраћено KUG). Заштити општег права личности допринео је и начин на који су Савезни уставни суд и Савезни врховни суд тумачили одредбе Основног закона о неприкосновености људског достојанства (чл. 1) и признања сваком људском бићу права на слободан развој личности (чл. 2). Не само да је прокламована обавеза поштовања људског достојанства већ је дат налог држави да омогући његову заштиту, у односу на јавну власт и појединце, и у судницама Савезног уставног суда, и у оним у којима председавају судије цивилисти. О пракси тумачења и примене прва два члана немачког Основног закона, в., Гајин, С., *Људска права, Правно-системски оквир*, стр. 81-119. О месту личних права, в., Krneta, S., „Pitanje mjesta ličnih prava u sistemu građanskog prava“, *Odabrane teme privatnog prava*,

3.1. Могућност избора правног пута заштите у немачком праву

Заштита по правилима о неоснованом обогаћењу уместо по правилима одштетног права није могућа у свим правима. Немачко облигационо право јесте пример допуштености кондикционе заштите, захваљујући посебној врсти оваквих захтева, непосредно усмерених на повраћај користи неосновано стечене вршењем туђих, садржајно и по дејству, ексклузивних права, за трећа лица искључивих (објашњено појмом *Zuweisungsgehalt*).¹⁵

Већ сам назив кондикција – *Eingriffskondiktionen*, описује радњу повреде, на коју се последично надовезало обогаћење: ради се о захвату у онај део туђе правне сфере који треба да остане под сувереном контролом титулара права, као једино овлашћеног на вршење садржине апсолутних права или пренос појединих њихових овлашћења на другог (бесплатно или уз накнаду). Природа заштићеног права описује круг слободе његовог титулара, уједно исцртавајући границе за чије је прелажење трећима неопходна његова дозвола. Одсуство дозволе – овлашћења чини да је вршење туђег права противправна радња, коју је могуће санкционисати или као деликт – уколико је проузрокована штета, или као неосновано обогаћење – ако је повредом стечена корист.

Законска стипулација појма неоснованог обогаћења дозвољава кондикциону (реститутивну) заштиту независно од претрпљене штете и кривице повредиоца. Дужност враћања прописана је за сваког ко чинидбом или на други начин стекне нешто на рачун другог, без правног основа.¹⁶ *Eingriffskondiktionen* су усмерене на корист стечену *на други начин*, санкционисањем неовлашћене употребе, комерцијализације и утروشка добара која правно припадају искључиво титулару права којих су она објекат.¹⁷ Заштићени су правни објекти ексклузивних права и њихова, према трећим лицима искључујућа, овлашћења држања, употребе и располагања, припадајућа само своје титулару.¹⁸

Pravni fakultet Univerziteta u Sarajevu, Sarajevo, 2007, стр. 251-269 (изворно објављено у *Godišnjaku Pravnog fakulteta u Sarajevu*, бр. V, 1957, стр. 109-125).

15 Тако и: Dreier, T., *Kompensation und Prävention*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2002, стр. 368-369.

16 „Wer durch die Leistung eines anderen oder *in sonstiger Weise* (подвукла аут.) auf dessen Kosten etwas ohne rechtlichen Grund erlangt, ist ihm zur Herausgabe verpflichtet.“, § 812 реч. 1 BGB. („Ко чинидбом другог или *на други начин* стекне нешто на његов рачун, без правног основа, дужан је да му стечено врати.“)

17 Stadler, A., *Jauernig Bürgerlichen Gesetzbuch, Kommentar*, 12. neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2007, стр. 1085.

18 У литератури се оваква садржина права означава изразом *Zuweisungsgehalt* (в., Schlechtriem, P., *Restitution und Bereicherungsausgleich in Europa, Ein rechtsvergleichende*

Следом реченог, ималац личног права ово може вршити, не вршити или другога овластити на вршење, са накнадом или без ње. У сваком одабраном модалитету понашања, он је заштићен од неовлашћеног захвата другог, који ће увек морати да врати стечену корист, па и онда када ималац није претендовао на комерцијалну употребу свог права.¹⁹

Изравнавање имовинских позиција повредиоца и имаоца личног права по правилима о неоснованом обogaћењу гарантовано је и у аустријском и швајцарском праву.²⁰

3.2. Опредељење у француском праву за један правни пут заштите

У француском праву заштићена су поједина лична права, пре свих права на приватност (*la vie privée*), властити лик и име. Овим и другим облицима испољавања личности пружена је заштита од проузроковања штете, док је примена правила о неоснованом обogaћењу ређа, већ због правила о супсидијарној примени кондикционих захтева.

Одредбама чл. 9 *Code civile* гарантовано је право на поштовање приватног живота, чија је повреда санкционисана обавезом надокнаде штете, али и другим средствима, по процени суда, одговарајућим да спрече радњу повреде или прекину ону која је у току. Захваљујући пракси Касационог суда, обештећење није условљено доказом о стварно претрпљеној штети (*dommage*) и кривици штетника (*faute*), чиме је судији остављен простор да висину надокнаде одреди према слободној процени, независно од услова постављених генералном деликтном клаузулом из чл. 1382 Законика²¹.

Darstellung, II, Mohr Siebeck, Tübingen, 2001, стр. 86).

19 Према преовладавајућем савременом схватању немачких теоретичара (супротно ранијој доктрини), намера комерцијализације не треба да буде услов реститутивне заштите ниједног апсолутног субјективног права, што одговара садржини њихових овлашћења (*Zuweisungsgehalt*). Наводи се пример неовлашћеног отуђења породичног накита, чијем је власнику увек признато право на реституцију (натуралну или новчану, већ према томе да ли је отуђење трећем пуноважно или не). Не треба испитивати да ли би и како ималац вршио право, већ се усмерити на његову вредност, неовлашћено припалу трећем, коју, у сумњи, треба одредити према уобичајеној тржишној цени. Тако: Schlechtriem, P., нав. дело, стр. 252-253.

20 У швајцарском праву долази у обзир и примена правила о неправом пословодству без налога (чл. 423 ст. 1 OR). Титулар неовлашћено вршеног права (господар посла) овлашћен је захтевати да му посленик, који је право вршио у свом интересу, намеравајући да присвоји стечену корист, ову врати као неосновано стечену. Видети и: Hausheer, H., Aebi-Müller, E. R., *Das Personenrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag, AG Bern, 2005, стр. 224-225.

21 Обавезан је надокнадити штету свако ко је скривио њено проузроковање.

Управо се у питању висине надокнаде штете „сусрећу“ правила одштетног са правилима о неоснованом обогаћењу, које је у француском праву само делимично регулисано²² и примењиво једино уколико се спорни однос не може решити по постојећим законским правилима²³.

Приближавање се постиже у нарочитом методу обрачуна накнаде штете, усмеравањем пажње на остварени добитак штетника, независно од губитка (штете) оштећеног, па и у његовом одсуству.

Илустроваћемо два примера из судске праксе.

У првом је случају извесни Хајнрих Ротшилд (*Heinrich Rothschild*), презимењак барона Ротшилда, производио и продавао луксузне предмете означене марком *Rothschild*, без додавања свог имена ради указивања на разлике у идентитетима. По тужби члана баронске породице Ротшилд, првостепеном одлуком досуђену накнаду моралне штете (*dommage moral*) у износу од једног симболичног франка, Апелациони суд је преиначио и тужиоцу признао право на обештећење у висини добити остварене продајом спорних предмета.²⁴

Други случај издвајамо из низа одлука о повреди приватности принцезе Каролине од Монака (*Caroline von Monaco*), која је такође допринела развоју француске судске праксе. Спор је настао у вези са неовлашћено снимљеном фотографијом принцезе и њеног (јавности непознатог) пратиоца, у приватној ситуацији, објављеној (опет без овлашћења) у једном француском илустрованом часопису. По тужби због повреде права на лик (сопствену слику), првостепени суд је принцези досудио 80 000

22 Закоником је уређена исплата недугованог (*paiement de l'indu*, чл. 1376-1381 Code civile), као квазиконтрактуална обавеза (уз незвано вршење туђих послова, *gestion d'affaires d'autrui*, 1372-1375 Code civile). Неоснованим обогаћењем сматрају се само случајеви заштићени верзионим захтевом (*actio de in rem verso*), о којем правила не треба тражити у Законику већ у судској пракси, која их је, уз помоћ правне теорије, уобличио. В., Даниловић, Ј., „Неосновано обогаћење“, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада*, т. трећи, НИУ „Службени лист“, Београд, 1978, стр. 401.

23 Правило супсидијарности примењује се доследно, па је захтев из неоснованог обогаћења последње правно средство за којим се посеже у изравнавању имовинске неравнотеже. Разлог томе треба тражити у узроцима његовог настанка - требало је њиме надоместити у законику непостојећа правила за животне ситуације настале на темељу неоснованог стицања, али без задирања у закоником утврђене изворе облигација. По слову закона, облигације су или уговорне или неугворне, а ове последње могу бити законске, квазиконтрактуалне, квазиделиктне и деликтне.

24 TGI Paris 4. 7. 1984, D. 1985, 293 и CA Paris 10. 7. 1986, JCP 1986, II, 20712 m. Anm. *Agostini*. Нав. према: Schlechtriem, P., нав. дело, стр. 254. Пресуда је постала преседан каснијим одлукама о повреди личности неовлашћеном употребом њених личних добара.

франака, а њеном пратиоцу симболични франак, што је и Апелациони суд, у жалбеном поступку, оценио за правилно одмерену накнаду.²⁵ Очигледно је да су судови били оријентисани на накнаду која би се имала платити за овлашћено објављивање фотографије познате личности.

3.3. Заштитни инструменти права личности у англосаксонском правном систему

У енглеском праву лична права су заштићена посредно – правилима о одговорности за штету, под условом да је проузрокована деликтним радњама које санкционише пре свега *common law*, ређе *equity law*. Уколико се радња повреде не може подвести под неки од тих захтева, а они су – *defamation, injurious falsehood, passing of* и *negligence* – оштећени остаје без судске заштите.²⁶

Наведеним одштетним захтевима заштићени су: углед (тужбом *defamation*), пословна репутација (тужбом *injurious falsehood*)²⁷, заштитни знак који чини препознатљивом робу или услуге одређеног привредног субјекта (*passing of*) и било које право титулара, па и право личности, од повреде обавезе пажљивог поступања (*negligence*)²⁸.

Приватност је заштићена неколиким захтевима, од којих неки то чине посредно (могли бисмо рећи и узгредно), штитећи друго право, пре свих право на мирно уживање поседа. Приватна сфера је заштићена од неовлашћеног упада на туђ посед (*intrusion*), које може имати

25 Civ. 1re 5. 11. 1996, D. 1997, 403 m. Anm. *Laulom* и Civ. 1re 6. 10. 1998, JCP 1998, IV, 3294. Нав. према: Schlechtriem, P., нав. дело, стр. 255.

26 Принцип легалитета дела, по ком, да би била санкционисана, повреда субјективног права мора одговарати неком од унапред предвиђених деликата (*torts*) и само у тој форми бива заштићена.

27 Разлика између ових двеју тужби је у заштитном објекту, посредно и титулару повређеног добра. У првом случају заштићен је добар глас (углед) појединца као приватне личности; у другом заштићени су пословни интереси привредних субјеката од свесног изношења неистинитих тврдњи које су им нанеле финансијске губитке. Приватно лице такође може употребити тужбу *injurious falsehood*, под условом да су се неистините тврдње, редовно о другим аспектима његове личности, не о пословању, ипак одразиле и на његове пословне интересе. В., Funkel, T., *Schutz der Persönlichkeit durch Ersatz immaterieller Schäden in Geld*, Verlag C. H., Beck, München, 2001, стр. 65.

28 Код овог захтева нагласак је на постојању обавезе пажљивог поступања (*duty of care*) одређеног субјекта према другом, тачно одређеном или макар одредивом, субјекту, због чега је не треба изједначавати са општом забраном доношења штете другоме. О специфичностима овог и осталих побројаних деликтних захтева видети: Funkel, T., нав. дело, стр. 49-73.

форму физичког приступа на туђ посед (*trespass to land*) или сметања његовог уживања на други начин, не и физичким контактом (*nuisance*).²⁹ Приметићемо да је овде непосредни заштитни објекат државина на (непокретној) ствари, а личност држаоца тек посредно, уколико је неовлашћени приступ био праћен њеним психичким узнемирењем. Телесни интегритет, као непосредни објекат (*trespass to person*) заштићен је тужбом *battery*.³⁰

Титулар који не успе да повреду свог личног добра сврста под неки од постојећих захтева остаће без заштите, макар по прецедентним правилима судова *common law*. Малобројни правни прописи штите приватност комуникације (телефонске или преписком)³¹ и право да се не буде малтретиран, чак и прогоњен³².

Достојним заштите енглеско право сматра и интерес личности да се не објављују подаци у вези са њом или њеним пословањем, иако су тачни (*public disclosure of true private facts*).³³ Повреда дужности чувања тајним одређених података, сазнатих на основу нарочитог односа поверења обавезног лица и оног кога се подаци тичу, санкционисана је и као *breach of confidence*, дословно преведено као „кршење поверења“.

Наведени облици повреде личних права, будући правно квалификовани као деликт, тако су и санкционисани - мерама одштетног права, пре свега новчаном надокнадом штете, изузетно и неким облицима натуралне репарације, у форми извињења, уклањања противправног стања, привремених мера.³⁴ Захват у туђе лично право, ради остваривања користи и са таквом последицом (*appropriation of personality*), ређе се санкционише као неосновано обогаћење (*unjust enrichment*), предајом неосновано стечене користи ономе коме она правно припада, дакле титулару тог неовлашћено вршеног права.

29 Опис ових деликата дат је у: Funkel, T., нав. дело, стр. 76-80.

30 *Ibidem*, стр. 81-82.

31 *Interception of Communications Act* (1985) санкционише казном неовлашћено снимање разговора.

32 *Protection from Harassment Act* (1997). Овај закон (за разлику од у претходној напомени наведеног), осим казнене, предвиђа и грађанскоправну одговорност, изражену захтевима за пропуштање и накнаду штете и привременим мерама.

33 Funkel, T., нав. дело, стр. 83-84. Приметимо да су заштитни објекат истинити подаци које особа чији су жели да сачува као тајне, и ту се могу сврстати и пословне тајне, *know-how*, проналазак, још увек незаштићен као патент и слични (по посебним прописима правно незаштићени) резултати интелектуалног рада.

34 Видети. Funkel, T., нав. дело, стр. 95-99.

У америчкој пракси познатим личностима је признато посебно право - *right of publicity* (преведимо га као „право на публицитет, познатост“) – ради заштите њихових имовинских интереса и ексклузивног права да њима (или од њих овлашћеним лицима) припадну економски учинци њихове славе. Настанак овог права као „четвртог права на приватност“³⁵ инспирисано је тежњом да се права на комерцијално искоришћавање лика и дела познатих личности ограничи и призна искључиво њима, а трећима само на основу њиховог посебног овлашћења. Конституисање таквог овлашћења омогућава да се на повреду личних права познатих (неовлашћеним снимањем, објављивањем фотографија или приватних података и сл.), која је повредиоцу донела корист, реагује њеним одузимањем (*disgorgement of profits*) и предајом ономе коме припада или му је намењена.³⁶ По усмерености на корист (добит) уместо на губитак (штету), тиме и на имовински положај стицаоца (неосновано обогаћеног), ова се мера значајно приближава реституцији из неоснованог обогаћења.

4. Применљивост кондикцијских захтева ради заштите права личности у српском праву

Каква је могућност заштите личности по правилима стицања без основа у нашем праву?

Грађанскоправна заштита личности несумњиво је успостављена по правилима одговорности за проузроковану штету, материјалну и нематеријалну.

Надокнадом материјалне штете, у складу са правилом о потпуној накнади (чл. 190 ЗО), оштећеног треба довести у стање у коме би се налазио да није било штетне радње или пропуштања. Законом му је признато право да захтева накнаду и обичне штете и измакле користи, а висина обеју се утврђује према ценама у време доношења судске одлуке (чл. 189 ст. 2 ЗО).

Надокнада нематеријалне штете зависи од њене дефиниције, посебно значајне уколико бисмо на повреду права личности желели реаговати новчаном сатисфакцијом.

35 „*Publicity fame as fourth branch of privacy*“. Идеја заснована на поимању личноправних овлашћења као права својине на властитој личности, Rösler, H., „*Dignitarian Posthumous Personality Rights – An Analysis of US and German Constitutional and Tort Law*“, *Berkeley Journal of International Law*, Vol. 26, 2008, стр. 194.

36 Познати се не противе сваком објављивању података о себи, већ траже одређену накнаду за то. Отуда и настојање да контролишу коме ће припасти корист од комерцијализације њихове славе.

По закону, нематеријална штета јесте наношење другогме физичког или психичког бола и страха.³⁷ Тумачењем одредаба о условима за новчану накнаду нематеријалне штете и њеној сврси, долазимо до сличног одређења, с том разликом што је овде нагласак на последици повреде - на трпљењу физичког бола, душевног бола и страха.³⁸

У литератури је оправдано указивано да је законски појам нематеријалне штете преузак³⁹, да су њиме помешани објекти штете са објектима штетне радње⁴⁰ и да се губи из вида да сулична добра неимовинска, због чега титулар права већ саму њихову повреду осећа као штету (губитак), без обзира да ли је ова видљива у имовини или није.⁴¹ Теоретичари су предложили да се, ради потпуније заштите права личности, већ сама њихова повреда сматра штетом, а да изричито наведени облици испољавања нематеријалне штете

37 В., чл. 155 ЗОО. У Скици за Законик о облигацијама и уговорима професора Константиновића, штетом се, осим умањења нечије имовине (претрпљени губитак или проста штета) и спречавања њеног повећања (измакли добитак), сматра и свака повреда нечијег законитог интереса, па и повреда права личности (подвукла аут.): слободe, части, угледа, стида, личног и породичног мира и других личних добара, као и наношење другогме физичког или психичког бола (морална или неимовинска штета). В., чл. 124 Скице.

38 В., чл. 200 ст. 1 ЗОО.

39 Петровић, З., „Новчана надокнада нематеријалне штете и права личности“, *Закон о облигационим односима, 1978-1988, Књига о десетогодишњици*, Правни живот, Београд, 1988, стр. 509.

40 Klarić, P., Vedriš, M., *Грађанско право, Опћи дио, стварно право, обвезно и наједно право*, XII неизменјено издање, Народне новине, Загреб, 2009, стр. 589.

41 *Ibidem*, стр. 590. Супротног становишта и у прилог важећег законског одређења штете, био је професор Станковић, указивањем на субјективно трпљење као значајну карактеристику нематеријалне штете, изражене у разним врстама физичких болова, душевној патњи, страху, бризи, интимном трпљењу. Свима им је заједничко да за нас представљају неугодан осећај, да ремете нашу емоционалну (психичку) равнотежу и да је задатак накнаде неимовинске штете да је отклони или ублажи, по потреби и помоћу новца. Више: Станковић, О., *Новчана накнада неимовинске штете*, стр. 23-33.

постану критеријуми за одмеравање њене висине.^{42 43} Са друге стране, није остало непримеђено ни да је домаћи законодавац средства заштите осмислио исувише одштетноправно, остављајући веома узак простор за реаговање на повреде које не испуњавају услове деликтне одговорности.⁴⁴

Осим надокнадом у новцу, повреда нанета личним правима може се отклонити средствима натуралне реституције: повлачењем повређујуће изјаве, извињењем, објављивањем пресуде или исправке о трошку штетника, и другим, по налажењу суда, подесним средствима за постизање циља заштите.⁴⁵ Уколико пођемо од законског налога суду да

42 У Коментару Закона о облигационим односима, професор Цигој пледира на повезано тумачење чл. 155 ЗОО, у коме је штета дефинисана, са законским одредбама о облицима њеног поправљања, превентивним (чл. 157) и поствентивним мерама (чл. 198 и 199), ради њеног потпунијег појмовног одређења. Из правила о превенцији и репарацији може се видети да „чим закон установљава заштиту од настанка недопуштене последице, он је ту последицу већ определио као губитак стране која трпи. Тај губитак има све карактеристике личног губитка, који се по критеријумима грађанског права не може определити друкчије него као лична, неимовинска штета.“ Из тога се види ауторов став да са сваким дирањем у права личности треба поступати као са правно признатом штетом. В., Цигој, С., *Коментар Закона о облигационим односима, I* (ред. Благојевић, Б., Круљ, В.), Савремена администрација, Београд, 1980, стр. 430-431.

43 Хрватски законодавац је институт одговорности за неимовинску штету концепцијски и садржајно изменио Законом о обвезним односима из 2005. године (објављен у *Народним новинама* бр. 35/2005). У чл. 1046 Закона одређен је општи појам штете, схваћене као „умањење нечије имовине (обична штета), спречавање њезина повећања (измакла корист) и повреда права особности (неимовинска штета).“ Прихватањем објективне концепције неимовинске штете, према којој ова настаје већ самом повредом права личности, дотадашња њена конститутивна обележја – физички и душевни бол и страх (по ЗОО из 1978.) – постају мерила тежине повреде личних права и обима претпрљене штете, значајни за избор облика њеног поправљања. Више у: Klarić, P., „Naknada neimovinske štete“, *Novi Zakon o obveznim odnosima – najznačajnije izmjene i novi instituti*, Inženjerski biro, Zagreb, 2005, стр. 27-32.

44 Водинелић, В., „Облигационоправна заштита личности“, *Закон о облигационим односима, 1978-1988, Књига о десетогодишњици*, Правни живот, I том, Београд, 1988, стр. 570. Све захтеве за заштиту личних права аутор дели на неправне и праве личноправне захтеве. Захтевима уз прве групе – за накнаду штете (схваћене у субјективном смислу) и кондикцијском – заједничка је усмереност на отклањање штете, тј. неоснованог стицања, као непосредних последица повреде права личности. Правим или личноправним захтевима у ужем смислу реагује се већ на саму повреду или угрожавање личних права, без инсистирања на додатној последици, што је услов основаности захтева из прве групе. Прави личноправни захтеви су за пропуштање и за уклањање. В., Водинелић, В., *Грађанско право, Увод у грађанско право и Општи део грађанског права*, Правни факултет Универзитета Унион у Београду и ЈП Службени гласник, Београд, 2012, стр. 262-263.

45 В., чл. 199 ЗОО.

води рачуна о циљу новчане надокнаде нематеријалне штете, како би се избегла комерцијализација личних права⁴⁶, могли бисмо рећи да у избору заштитних средстава треба давати предност натуралној реституцији, а новчаној надокнади прибећи као последњем средству заштите. Уколико се, дакле, сатисфакција, као циљ надокнаде нематеријалне штете, не да постићи ни на који други начин осим правичном новчаном надокнадом.

Отклањање учињене повреде по правилима одштетне одговорности има смисла све док је губитак/штета једина последица повреде. Ако се на повреду надовеже и добитак/корист, и то за штетника, оправдано је размислити и о другом путу заштите, наиме о примени правила о стицању без основа, ради уклањања обеју последица: брисања губитка оштећеног и лишавања штетника користи, коју не би смео да задржи, јер она произлази из једне недопуштене радње.

Применом правила о стицању без основа уравнотежавамо имовинске позиције обеју страна (осиромашеног и обогашеног), тако да ниједна не стоји лошије у односу на стање пре правно неоправданог обогашења.

Класична реститутивна мера, заснована на забрани неоснованог обогашења, уравнотежава имовинске позиције обеју страна – осиромашеног и обогашеног – које се, враћањем користи првome, доводе на своје почетне позиције, какве су биле пре неоснованог померања користи. У том је смислу реституција из неоснованог обогашења успостављање пређашњег стања у правом смислу речи, и то на обе стране. Могућа су и одступања, а нама је интересантна ситуација у којој има обогашења, али не и са њиме последично повезаног осиромашења. Она настаје у случају да је неовлашћено вршено неко апсолутно право, рецимо право на слику, или је туђим заштитним знаком означен сопствени производ, тиме стечена корист, а да титулар није претрпео губитак. Непостојање губитка произлази отуд што он није био спречен у истовременом остваривању садржаја истог права или није намеравао да врши право нити да другome дозволи употребу свог права.

Основни проблем је немогућност успостављања узрочно-последичне везе између два елемента института неоснованог обогашења – обогашења, које је несумњиво, и осиромашења, којег у описаним ситуацијама нема, јер стечена корист никада није била вредносно изражена у имовини титулара неовлашћено вршеног права (осиромашеног). Да ли је кондикцијски захтев ипак могућ и, уколико јесте, како?

Савремено тумачење правила о неоснованом обогашењу наглашава важност постојања користи, стечене без правног основа, на рачун другог. Истовремено постојање користи и губитка није увек неопходно:

46 В. чл. 200 ст. 2 ЗСО.

под условом да се стечено може правно квалификовати као неосновано обогаћење⁴⁷, чак и да раније није било у имовини другог, има му се вратити, јер му је правно намењено. Ради заштите титулара права, неопходна узрочно-последична веза успоставља се између реалног увећања имовине обогаћеног, мерљивог у новцу, и виртуелног (хипотетичког) умањења имовине „осиромашеног“. Виртуелног/хипотетичког – зато што у имовини осиромашеног, пре неоснованог стицања, користи није било, али увек постоји могућност њеног стицања, употребом објекта права, и она треба да припадне осиромашеном, а другоме – само по његовом овлашћењу. Неовлашћеним вршењем туђег права спречава се очекивано или, макар, могуће (јер објекат права дозвољава комерцијализацију⁴⁸) увећање имовине титулара права, најмање у висини накнаде која би му се морала платити за овлашћену употребу права.

Описано обогаћење има одлике деликта⁴⁹, па би се осујећено (и оправдано очекивано) увећање имовине могло назвати штетом (измаклом користи), и цео однос расправити по правилима одговорности за штету.

47 Предлогом Студијске групе за израду Европског грађанског законика – део о неоснованом обогаћењу, оно је дефинисано као увећање имовине једног лица (обogaћеног) стицањем користи на коју оно нема право због непостојања правног основа стицања (чл. 1: 101 – Основно правило). Корист може потицати и од неовлашћене употребе туђег права (преносивог или непреносивог свеједно), под условом да је употреба вредносно процењива и изразива. Отуда се неосновано обогаћеним може постати и захватом у лична права другог. Мада се ово право не може пренети на другог, неки облици његове употребе могу бити предмет правног промета, и то теретним правним послом. Накнада не изражава вредност личног права, чију процену не дозвољава његов објекат, већ вредност (цену, лиценцу) која би се имала платити да је обогаћеном ималац права пренео овлашћење његове употребе. Видети: чл. 3: 101 (Обогаћење), чл. 3: 102 (Осиромашење), чл. 4: 101 (Узрочно-последична веза, у ком делу је објашњено када се обогаћење једног може приписати осиромашењу/губитку другог). Видети: *Principles of European Law, Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, Study Group on a European Civil Code, припремили Von Bar, C., Swann, S.

48 Могућност комерцијализације кореспондира са природом имовинских права, јер постоје објективни (тржишни) показатељи вредности правних објеката поводом којих су призната, и ту нема спора да њихово правно неосновано вршење јесте имаочев губитак. За неимовинска, тиме и лична права, код којих нема ових показатеља, важна је могућност тражења накнаде, правом санкционисано овлашћење титулара да уз накнаду другоме уступи вршење преносивих овлашћења из свог права. Ако дозвола није затражена нити је неовлашћено вршење права накнадно одобрено, стечена корист је обогаћеном припала без правног основа и дужан ју је вратити. Видети и: *Principles of European Law, Unjustified Enrichment (PEL Unj. Enr.)*, Study Group on a European Civil Code, стр. 350-352.

49 Под условом да сваку повреду личних права означимо штетом (објективна противправност).

Полазећи од репарације као циља накнаде имовинске штете и чињенице да смо, одмеравајући висину накнаде, окренути ка губитку оштећеног, одговорном лицу требало би наложити да плати онолико колико је потребно за брисање тог губитка. Редовно, уколико би титулар допустио вршење свог права, износ би одговарао уобичајеној тржишној накнади за овлашћену употребу таквог истоврсног права. Имамо у виду она апсолутна права која могу, захваљујући свом објекту, добити имовинску вредност, новчано изразиву, чије се стицање може пренети на другог. Претпоставља се да би титулар права, за овлашћену употребу, уговорио макар уобичајену тржишну накнаду (објективна процена), и она је минимум накнаде штете. На неке облике употребе својих личних права титулар може овластити и другог (да објави његову фотографију или дневник, сними филм о његовом животу и сл.), што дозвољава да се противправном и штетном сматра свака, другоме корисна, употреба за коју није прибављена његова сагласност. Тада би се она санкционисала на исти начин као и недопуштена употреба туђих имовинских права.

Закључак

Неовлашћена и повредиоцу корисна употреба туђег личног добра може се санкционисати по правилима одговорности за штету или по правилима о неоснованом обогаћењу. Ови различити путеви доласка до циља – отклањање повреде и враћање користи титулару личног права - у једном тренутку могу се укрстити, давањем коначном стању ствари идентичан изглед. Могуће је, наиме, приближавање у исходу примене једних и других правила, под условом одређивања висине накнаде штете према вредности неосновано стечене користи. Метод обрачуна накнаде приближава одштетну одговорност реститутивној⁵⁰, која је у пољу стицања без основа усмерена на корист, а не на губитак. Тиме можемо објаснити због чега се има одговарати и када у имовини титулара права нема видљивог губитка, будући да га неовлашћена употреба није спречила у вршењу права или га учинила тежим. Посезањем за користи која се без правног основа нашла у имовини обогаћеног, штитимо ексклузивитет апсолутног права (то је тај *Zuweisungsgehalt* немачког права) и искључиво овлашћење титулара да одлучује о његовом вршењу. Уколико је право, преко свог објекта, подесно за комерцијализацију, заштићена је и могућност стицања

50 Под условом да се њоме исправља прелаз користи из имовинске сфере осиромашеног у имовинску сферу обогаћеног, без ваљаног или икаквог правног основа, јер реститутивних повода има и у другим областима грађанског права. Више: Симоновић, И., *Реституција у грађанском праву – домашај примене*, докторска дисертација, стр. 17-19, 230-253.

користи употребом тог објекта, која трећем може припасти једино на основу овлашћења титулара права.

Чини се да на правнозаштитни инструментаријум, више од дефинисања појма права личности, утиче одређивање циља њихове грађанскоправне заштите: санкционисање саме повреде или угрожавања права, неусловљених додатном последицом; сатисфакција (надокнадом штете) или реституција (враћањем неосновано стечене користи).

Класична функција реституције (из неоснованог обogaћења) састоји су у изједначавању имовинских позиција титулара повређеног права и повредиоца, враћањем првоне користи стечене на његов рачун (неовлашћеним вршењем његовог личног права). Она је вредносно неутрална, зато што брише „плус“ и „минус“ у обема имовинама и обе стране враћа на њихове почетне имовинске позиције. Неспорно је да повредилац не сме да задржи корист, иначе би био неоправдано обogaћен, и ту нам за посезање у његову имовину нису потребни додатни аргументи.

Допуштено је запитати се чиме објаснити враћање користи у ситуацији у којој, и поред „плуса“ у имовини повредиоца, стеченог неоснованом употребом предметног личног права другог (слике, гласа, приватних података), на другој страни нема „минуса“, јер титулар није намеравао да врши право или не би то допустио другоме, или у вршењу права није био спречен туђом неовлашћеном употребом. Овде недостаје његов губитак или штета, као видљиво умањење имовине.

Недостајући аргумент за додељивање те користи титулару права јесте што је повређено његово лично, тиме и право дејства *erga omnes*, о чијој употреби само он може одлучивати, само он присвајати употребом остварене користи или на њено прибављање овластити другог. Корист стечена мимо ових услова више правно припада титулару права него повредиоцу, па и онда када јој нема пандана у виду осиромашења.

Овакво санкционисање повреде личних права није опредељење свих законодаваца. Многи су остали у оквиру одштетне одговорности, а везу са неоснованим обogaћењем успоставили преко метода обрачуна висине накнаде штете. Уколико је штетник знао или могао знати да врши туђе право или да нема овлашћење на употребу туђег права (несавесни обogaћени), може му се наложити да плати накнаду у висини стечене користи.

Ситуације у којој је штетник/обогаћени савестан далеко су ређе, али не и немогуће. Ослобођења од одговорности нема⁵¹, али се његова *bona fidei* мора правно уважити, и то одмеравањем накнаде у износу који би се имао платити за овлашћену употребу туђег личног права или права интелектуалног стваралаштва.⁵² Чини се да би накнада за употребу туђег личног права морала да се одреди по слободној оцени судије, јер нема упоредивог тржишног показатеља његове вредности, док би за употребу права умне својине могла да се досуди тржишна накнада уобичајено платива за истородно право (тзв. *licence fee*).

Уколико бисмо висину накнаде хтели да измеримо износом стечене користи, али и да останемо при класичном одштетном усмерењу поравнања губитка (штете) оштећеног, морали бисмо да редефинишемо појам штете, како бисмо њиме обухватили сваки неовлашћени захват у право личности другог (вршењем, употребом, присвајањем). Такви захвати увек би били штетни, захваљујући природи и дејству заштитног објекта – лично право као апсолутно и искључиво, и као такви санкционисани.⁵³ У првом плану није губитак оштећеног, већ повреда или угрожавање његовог личног права. Променила би се функција надокнаде штете променом метода њеног обрачуна, у коме се преплићу елементи неоснованог обогаћења, репарације и казне.⁵⁴ У тако изабраном методу обрачуна, примењивом и

51 Став да је већ сама повреда или угрожавање личних права недозвољено прикрађивање личности (захваљујући њиховом апсолутном дејству и ексклузивности), са којим се слажемо (видети нап. 4) ослобађа нас обавезе утврђивања противправности радње повреде/угрожавања.

52 Служећи се речником права о неоснованом обогаћењу, стечену корист бисмо означили као уштеду издатака, које би обогаћени имао да је другоме платио за употребу његовог личног добра. Висину накнаде за употребу личног добра коју ималац не би одобрио ваља одредити према целокупној стеченој користи, умањеној за вредност рада и других трошкова обогаћеног учињених ради њеног стицања. Тако и: Водинелић, В., „Облигационоправна заштита личности“, *Закон о облигационим односима, 1978-1988, Књига о десетогодишњици*, стр. 583, нап. 65.

53 Натуралном реституцијом (демантијем, извињењем, објављивањем пресуде у средствима информисања, повлачењем из штампе или дистрибуције повређујућег чланка) или новчаном накнадом ради сатисфакције оштећеног.

54 Казнена функција накнаде штете видљива је у *punitive damages* америчког права, насупротив *compensatory damages*. Првој је сврха кажњавање штетника због недопуштеног дела (*wrong-oriented*), па њену висину одређују тежина деликта, намера или непажња штетника, његове имовинске прилике, корист стечена деликтном радњом, нужност застрашивања штетника и њему сличних, ради одвраћања од будућег сличног понашања, потреба принудног остварења правног поретка. Улога ове врсте надокнаде штете посматра се са позиције штетника и друштвене заједнице којој припада (*tortfeasor and society oriented*), окренута је противправној радњи (*action-oriented*) и проспективна је. Сврха *compensatory damages* јесте стављање оштећеног у позицију у којој би се

ради заштите права интелектуалне својине или заштите од нелојалне конкуренције, накнада би била једнака износу који би повредилац морао платити за овлашћену употребу права (лиценца) или једнака висини неосновано стечене добити произашле из неовлашћене употребе туђег права. Износ накнаде одредила би и савесност/несавесност штетника, па је први дуговао савесни, а други несавесни штетник.

Прелазак на терен неоснованог обogaћења омогућава нам да се послужимо његовим правилима и да се оријентишемо на корист, која се – будући неосновано стечена – мора вратити, без обзира на висину губитка, па и у његовом одсуству. Корист се враћа ономе коме је била намењена. „Намењеност“ користи објашњава нам зашто се стечено враћа и када титулар личног права не би пристао да га други употреби, кад није намеравао да право врши (тима и стиче корист) или када га неовлашћена употреба у томе није спречила. Заштићена је сама *могућност стицања* јер је повређено право ексклузивно по садржају и апсолутно по дејству.

Предност примене правила о неоснованом обogaћењу огледа се у окретању ка стеченој користи, којом је увећана имовина повредиоца права, и њеном „пребацавању“ у имовину титулара, коме треба да припадне. Функција кондикцијског захтева је у довођењу повредиоцеве имовине у њено пређашње (пре повреде) стање⁵⁵, изузимањем оних права (користи) која су се ту нашаа без правног основа, и преносом у имовину титулара, чије је право вршио без његовог допуштења или пристанка, неосновано се тиме обогативши. Пошто корист потиче од права другог, од кога претходно није био затражен пристанак, том другом треба да припадне, чак и ако он сâм не би вршио право нити другоме то допустио. Непостојање минуса у имовини титулара неовлашћено вршеног права не сме да буде препрека да му припадне све користи, јер, видели смо, осиромашење није свагдашња претпоставка основаности кондикцијског захтева.

налазио да није било штетне радње или пропуштања; она је у потпуности окренута ка оштећеном (*victim-oriented*) и претрпљеном губитку (*loss-oriented*), ретроспективна је, а једини њен проспективни елемент видљив је када се надокнађује и евентуална будућа штета. Више: Behr, V., „Punitive damages in american and german law – Tendencies towards approximation of apparently irreconcilable concepts“, *Chicago-Kentucky Law Review*, Vol. 78, 2003, стр. 105-116.

55 Тако и: Водинелић, В., нав. дело, стр. 582.

Резиме

Неовлашћена и повредиоцу корисна употреба туђег личног добра може се санкционисати по правилима одговорности за штету или по правилима о неоснованом обогаћењу. Ови различити путеви доласка до циља – отклањање повреде и враћање користи титулару личног права - у једном тренутку могу се укрстити, давањем коначном стању ствари идентичан изглед. Избор заштитне мере зависи од циља грађанскоправне санкције: санкционисање саме повреде или угрожавања личног права, неусловљених додатном последицом у виду штете или осиромашења; сатисфакција (надокнадом штете) или реституција (враћањем неосновано стечене користи).

Предност примене правила о неоснованом обогаћењу је у окретању ка стеченој користи, којом је увећана имовина повредиоца права, и њеном „пребацивању“ у имовину титулара коме треба да припадне. Функција кондикцијског захтева је у довођењу повредиоцеве имовине у њено пређашње (пре повреде) стање, изузимањем оних права (користи) која су се ту наша без правног основа, и преносом у имовину титулара чије је право вршио без његовог допуштења или пристанка, неосновано се тиме обогативши. Пошто корист потиче од права другог, од кога претходно није био затражен пристанак, том другом треба да припадне, чак и ако он сâм не би вршио право нити другоме то допустио. Непостојање минуса у имовини титулара неовлашћено вршеног права не сме да буде препрека да му припадну све користи, јер осиромашење није свагдашња претпоставка основаности кондикцијског захтева.

Док. Ivana Simonović, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Restitution of Unjustified Benefit Acquired by Infringement of Personality Rights

Summary

The unauthorized use of another's personal property for the benefit of the wrongdoer may be sanctioned under the rules on liability for damage or unjustified enrichment. The two different courses of action may converge, intertwine and ultimately result in the same outcome. In either case, the ultimate goal is to remedy the injury and return the benefit to the holder of the personality right. The choice of the protective measure depends on the goal of the civil law sanction: to remedy the injury or threat to a personality right (irrespective of other consequences such as damage or impoverishment); to provide just satisfaction (by awarding damages); or to pursue restitution (by returning the unjustly acquired benefit to the disadvantaged party).

*The primary advantage of applying the unjust enrichment rules is the focus on the acquired benefit (which has led to the enlargement of the wrongdoer's property) and the transfer of such benefit into the property of the disadvantaged party, who is entitled to receive it. The function of a *condictio* claim is to reinstate the prior state of affairs by excluding the unjustly acquired benefits from the wrongdoer's property and transferring them into the property of the disadvantaged party, particularly given the fact that the right has been exercised without the holder's permission or consent, which eventually resulted in the wrongdoer's unjust enrichment. As the benefit stems from infringing the right of another (impoverished party), it shall belong to that party even if the party would not have exercised the right or allowed it to be exercised by another. Even though the property of the holder of unjustly exercised personality right has not been diminished, it may not preclude the holder from obtaining all the benefits he is entitled to receive because impoverishment is not necessarily a presumption for a *condictio* claim.*

Key words: *personality rights, unjust enrichment, damage, liability, restitution*

ПОСЕБНА ЕВИДЕНЦИЈА УЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА¹

Апстракт: Конвенција о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања је ратификована постала део нашег правног поретка, чиме је и настала обавеза да се различите мере које предвиђа у циљу сузбијања овог облика криминалитета детаљније уреди, што је и остварено доношењем Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима. Овај рад представља покушај да се детаљније проучи једна од мера коју ови извори предвиђају, а то је вођење посебне евиденције учинилаца кривичних дела против полне слободе према малолетницима. У том смислу, разматрана су најзначајнија питања евидентирања, почевши од избора кривичних дела и учинилаца који подлежу евидентирању, преко начина вођења евиденције, до доступности података из њеног садржаја.

Кључне речи: сексуално насиље, малолетници, посебна евиденција учинилаца кривичних дела против полне слободе.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

Увод

Поједина истраживања указују на алармантан податак да је једно од петоро деце у Европи жртва неког облика сексуалног насиља.² И сазнања о распрострањености овог типа криминалитета код нас дају повода за забринутост, при чему је довољно илустративно навести да је чак 68% деце жртва траговине људима у Србији било намењено управо сексуалној експлоатацији или да је једна од три девојчице до своје османаесте године доживела неки вид сексуалног злостављања.³ Учесталост поменуте појаве, њено еволуирање кроз нове модалитете настале злоупотребом информационих и комуникационих технологија, транснационална заступљеност која захтева озбиљне кораке у успостављању међународне сарадње у циљу сузбијања, деструктивно дејство по здравље малолетних лица и њихов психосоцијални развој, представљају разлоге због којих је у оквиру Савета Европе 2007. године донета Конвенција о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања.⁴ Конвенција је ратификацијом постала део нашег правног поретка,⁵ чиме је настала обавеза да се различите мере из сложеног механизма који она предвиђа детаљније уреде, што је и остварено доношењем Закона о посебним мерама за спречавање вршења кривичних дела против полне слободе према малолетним лицима.⁶ Даље излагање је фокусирано на анализу једне од њих – посебне евиденције учинилаца кривичних дела против полне слободе према малолетницима, са циљем да се утврди на који начин су искоришћени капацитети које Конвенција пружа, да ли је било и неких других могућности (посматрано са теоријског, али и компаративноправног аспекта), као и да се укаже на практичне импликације прихваћених и могућих решења. У том смислу, разматрана су кључна питања евидентирања, почевши

2 Податак је настао укрштањем резултата различитих истраживања спроведених у многим европским земљама, статистика УНИЦЕФ-а и Светске здравствене организације. Више о томе у материјалима за кампању Савета Европе под називом *One in Five: The Council of Europe Campaign to Stop Sexual Violence Against Children*, доступним на http://www.coe.int/t/DG3/children/1in5/default_en.asp, приступ 10.07.2013. године.

3 Резултати домаћих истраживања дати на основу приказа из чланка Н. Петковић, М. Ђорђевић, Ђ. Балос: *Анализа ставова јавности у Србији према феномену сексуалне злоупотребе деце*, Темида, бр. 4, 2010. године, стр. 63.

4 *Council of Europe Convention of the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse, Lanzarote Convention (CETS 201)*. Пошто је ратификована од стране прописаног броја држава, она је и ступила на снагу неколико година касније, тачније јула 2010. године.

5 Закон о потврђивању Конвенције о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/10.

6 *Службени гласник РС*, бр. 32/13.

од избора дела и учинилаца који подлежу евидентирању, преко начина вођења евиденције, до доступности података из њеног садржаја.

1. Неколико напомена о учиниоцима и делима која се евидентирају

Посебна евиденција обухвата искључиво пунолетне учиниоце таксативно набројаних дела, што представља уобичајно решење, иако постоје и системи који дозвољавају евидентирање малолетних учинилаца.⁷ При томе, законодавац се определио за регистровање следећих дела: силовање (чл. 178. ст. 3. и 4. КЗ-а), обљуба над немоћним лицем (чл. 179. ст. 2. и 3.), обљуба над дететом (чл. 180.), обљуба злоупотребом положаја (чл. 181.), недозвољене полне радње (чл. 182.), подвођење и омогућавање вршења полног односа (чл. 183.), посредовање у вршењу проституције (чл. 184. ст. 2.), приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију (чл. 185.), навођење малолетног лица на присуствовање полним радњама (чл. 185а) и искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (чл. 185б).⁸ Ради се кривичним делима против полне слободе која су успостављена искључиво ради заштите малолетника или о квалификованим облицима општих дела, када се као жртва јављају малолетник и дете.

Принципијелно посматрано, приликом избора дела сваки законодавац се налази у дилеми да ли да дозволи регистровање свих сексуалних деликата или да искључи регистровање лакших дела, ако то не изискују разлози јавне сигурности. У крајњем, избор између ових опција зависи од тога чему се даје превага, интересу да се друштво заштити од криминалитета

7 Такав је случај са Канадом, у којој је питање регистровања сексуалних делинквената регулисано *Sex Offender Information Registration Act*-ом из 2004. године, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-8.7/FullText.html>, приступ 10.7.2013. године. Видети члан 7. овог закона. Слично је и у Француској где се и малолетни учиниоци региструју, али не ако нису навршили тринаест година. Видети члан 706-53-2 *Code de procédure pénale*. Коришћена енглеска верзија текста са <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>, приступ 10.07.2013. године.

8 Овде би требало поменути да Конвенција у области материјалног кривичног права предвиђа обавезу да се одређена понашања инкриминишу. Уопштено посматрано, ради се о сексуалном злостављању (чл. 18. Конвенције), делима у вези са дечијом проституцијом (чл. 19.) и дечијом порнографијом (чл. 20.), делима у вези са учешћем детета у порнографским представама (чл. 21.), тзв. корумпирању деце (чл. 22.) и наговарању деце у сексуалне сврхе (чл. 23.). Ова дела су добро „покривена“ нашим законодавством, посебно од новелирања КЗ-а из 2009. године, када су уведене и нове инкриминације из чл. 185а и 185б.

или интересу заштите права на приватност учиниоца. Више примера из компаративног права показује тенденцију ка ширем евидентирању; у Великој Британији се у регистар уносе учиниоци свих сексуалних деликата,⁹ као и у Америци,¹⁰ док се у Канади региструју учиниоци дела сексуалне природе, што подразумева дела која су то сама по себи, али и дела учињена са сексуалном намером.¹¹ Хрватска евиденција обухвата кривична дела полног злостављања и искоришћавања детета,¹² али и тешка дела против полне слободе.¹³

Када је наша листа у питању приметан је и изостанак ванбрачне заједнице са малолетником (чл. 190.), родоскрвњења (чл. 197.) и трговине људима (чл. 388.). Формално посматрано, она не припадају групи против полне слободе, јер су сврстана у групу против брака и породице, односно против човечности и других добара заштићених међународним правом. Радња извршења основног облика ванбрачне заједнице јесте живот у ванбрачној заједници са малолетником, мада ово дело има и посебан облик када родитељ, усвојилац или старалац омогуће да малолетник живи

9 Видети *Sexual Offences Act* из 2003. године, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>, приступ 10.07.2013. године. Иначе, регистар је у Великој Британији уведен *Sex Offender Act*-ом из 1997. године, који је новелиран 2000. године под притиском јавности после убиства девојчице Sarah Payne (измене су познате као *Sarah's Law*). Нови талас реформе у овој области је настао 2003. године, када је донет поменути закон који је данас на снази.

10 Видети *Adam Walsh Act* из 2006. године на http://www.justice.gov/olp/pdf/adam_walsh_act.pdf, приступ 10.07.2013. године. Историјски посматрано, регистровање је у САД први пут било омогућено доношењем *Jacob Wetterling Crimes Against Children and Sexually Violent Offender Registration Act*-а из 1994. године, а ова материја је постепено допуњавана доношењем следећих закона – *Megan's Law* и *Pam Lyncher Law* 1996. године.

11 Чл. 3(2) *Sex Offender Information Registration Act*-а.

12 Под овиме се подразумевају следећа дела: полна злоупотреба детета млађег од 15 година, полна злоупотреба детета старијег од 15 година, задовољење похоте пред дететом млађим од 15 година, мамљење деце за задовољење полних потреба, подвођење детета, искоришћавање деце за порнографију, искоришћавање деце за порнографске представе, упознавање деце са порнографијом, и тешка дела полног злостављања и искоришћавања детета. Видети чл. 13. ст. 4. *Закона о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији, Народне новине РХ, бр. 143/12.*

13 Овде спадају: полни однос без пристанка и силовање, ако су учињени према члану породице, према посебно рањивој жртви због њене доби, болести, зависности, трудноће, инвалидитета, тешке телесне или душевне сметње, на нарочито окрутан или понижавајућ начин, из мржње, заједно са једним или више учинилаца, при чему је према истом лицу извршено више полних сношаја или са њим изједначених полних радњи, уз употребу оружја или опасног оруђа, ако је наступила тешка телесна повреда или трудноћа силоване особе, ако је наступила смрт жртве. Видети чл. 13. ст. 4. *Закона о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији.*

у ванбрачној заједници са пуноленим лицем или када га на то наведу. Квалификовани облик настаје ако је дело учињено из користољубља. Овом инкриминацијом пружа се заштита малолетницима, јер се сматра да нису достигли довољан степен телесне и душевне зрелости, услед чега би живот у ванбрачној заједници био препрека за њихов даљи развој, образовање и слично.¹⁴ Међутим, осим чињенице заједничког живота, ванбрачна заједница подразумева и одржавање сексуалних односа,¹⁵ те је тешко негирати да се у неким случајевима и вршењем овог дела може остваривати сексуална злоупотреба и сексуално искоришћавање малолетника. Чињеница је да није свака ванбрачна заједница формирана са оваквим циљем, али се не може оспорити да такве заједнице постоје. Чини се да су општост формулације, а тиме и различити видови испољавања овог дела у пракси, представљали разлоге због којих се оно није нашло на листи. Могућност евидентирања би, свакако, стварала неправедне исходе, јер би се у евиденцији могла наћи и једва пунолетна лица, која живе у заједници са старијим малолетником, а без икаквих „прљавих“ мотива, већ са намером да закључе брак или формирају породицу, што је веома честа појава код припадника појединих мањина. Иако представља дигресију, требало би додати и запажање да ово кривично дело не обухвата ванбрачну хомосексуалну заједницу са малолетником, пошто се при тумачењу појма ванбрачне заједнице користи одређење дато у Породичном закону, по којем је у питању „трајнија заједница живота жене и мушкарца“.¹⁶ То практично значи да су лица која на овакав начин злоупотребљавају малолетника заправо „привилегована“, што уопште није праведно, мада се ради о статистички мање присутној појави.

Родоскрвњење постоји када пунолетно лице изврши обљубу или са њом изједначен полни чин са малолетним сродником по крви у правој линији или са малолетним братом односно сестром. Иако је ова инкриминација у делу наше теорије оцењена као криминално-политички спорна, законодавства већине европских земаља је садрже, уз тенденцију сужавања криминалне зоне.¹⁷ Оваква развојна линија је, на изванредан начин, приметна и у нашем законодавству, тако да се овим делом сада пружа заштита само малолетним члановима породице, док је сама радња проширена, јер се више не односи само на обљубу у ужем смислу. Сексуална злоупотреба је у свим случајевима родоскрвњења неспорна, али се ова компонента некако губи и разводњава

14 З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика, четврто измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2012. године, стр. 562.

15 З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 562.

16 Члан 4. Породичног закона, *Службени гласник*, бр. 18/05 и 72/11.

17 З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 581.

тима што је сврстано у групу дела против брака и породице. Док постоји оправдање да се учиниоци ванбрачне заједнице са малолетником не уведу у регистар, тешко да би се оно могло изнаћи за розкрвљење. Лице које је на овакав начин злоупотребило малолетног сродника сигурно не би требало да ужива било какав привилеговани статус у односу на друге учиниоце сексуалних деликата према малолетницима, тим пре што су нека од дела обухваћених евиденцијом лакша од родоскрвљења (за које је прописана казна затвора од шест месеци до пет година), попут недозвољених полних радњи (за основни облик је прописана новчана казна или казна затвора до три године) или приказивања, прибављања и поседовања порнографског материјала и искоришћавања малолетног лица за порнографију (за облик из става 1. је прописана новчана казна или казна затвора до шест месеци, а за облик из става 4. казна затвора до две године). Овде се не бисмо упуштали у расправу о оправданости постојања инкриминације родоскрвљења у виду какав је присутан у нашем позитивном праву, нити о томе да ли је важећа казнена политика исправна. Циљ ових напомена је да покаже да је било логично ово дело ставити на листу, и то не само из наведеног разлога, него и због чињенице да управо родоскрвљење ствара најтрауматичније искуство и оставља трајне, доживотне последице по жртву.¹⁸ Поједина законодавства имају правилнији став према овом делу, чији се учиниоци обавезно евидентирају.¹⁹

Код трговине људима требало би издвојити све квалификоване облике у којима се као жртва појављује малолетно лице (чл. 388. ст. 2-7.), али само уколико је дело извршено у циљу проституције, другог вида сексуалне експлоатације или у порнографске сврхе. У обзир би, такође, требало узети и посебан облик, који настаје када учинилац зна или је могао знати да је малолетно лице жртва трговине људима, па користи његов положај или другоме омогући искоришћавање његовог положаја у циљу проституције, другог вида сексуалне експлоатације или у порнографске сврхе (ст. 9.). Ако је интенција законодавца била да омогући ширу заштиту малолетника, трговину људима је требало обухватити, тим пре што је на почетку излагања речено да је већина малолетних жртава трговине људима код нас

18 Више о последицама у З. Мршевић: *Инцест између мита и стварности*, Институт за криминолошка и социолошка истраживања и Југословенски центар за права детета, Београд, 1997. године.

19 Видети, на пример, чл. 3. македонског *Закона за Посебен регистар за лица осудени со правосилна пресуда за кривични дела за сексуална злоупотреба на малолетни лица и педофилија*, *Службен весник на Република Македонија*, бр. 11/2012.

намењена управо сексуалној експлоатацији. Поред тога, овакво решење је присутно у страним законодавствима.²⁰

2. Садржај посебне евиденције о учиниоцима кривичних дела против полне слободе према малолетницима

Конвенција одређује садржај евиденције постављањем обавезе државама чланицама да бележе и архивирају податке који се односе на идентитет и генетски профил учиниоца (чл. 37.). Закон је неупоредиво детаљнији, тако да евиденција обухвата: име и презиме осуђеног, његов јединствени матични број, адресу пребивалишта, податке о запослењу, податке о значају за физичко препознавање осуђеног и његове фотографије, ДНК профил, податке о кривичном делу и казни на коју је осуђен, податке о правним последицама осуде, податке о спровођењу посебних мера прописаних овом законом (чл. 13.). Једним делом се овде могу препознати чињенице какве се бележе у општој казненој евиденцији, мада су приметне и извесне разлике.²¹

Могло би се рећи да су подаци из наше евиденције типични. Поједини страни регистри, међутим, много детаљније „обрађују“ учиниоце, изричито тражећи и отиске прстију и отиске целог длана, податке о сваком псеудониму под којем је учинилац познат, о полу, држављанству, националности, о локацији места на којем се може наћи ако нема пребивалиште или боравиште, о субјекту код којег је ангажован на волонтерској бази и о врсти посла који на овакав начин обавља, о свакој образовној институцији на коју је уписан, о војном чину, ако учинилац има чин официра или подофицира и контакту са његовом јединицом, о возилу које користи (регистарски број и опис – модел, година производње и боја), али и бројеве телефона на којима је доступан, фотокопију личне карте и слично.²² Оно што би могло бити од користи за идентификовање непознатих учинилаца јесте и податак о посебном начину извршења дела или о посебним склоностима учиниоца.²³ Са тиме су у вези и подаци

²⁰ Члан 3. македонског Закона за Посебен регистар, чл. 57-59. британског *Sexual Offences Act*-а из 2003. године и др.

²¹ Општа евиденција садржи: личне податке о учиниоцу кривичног дела, податке о кривичном делу за које је осуђен, податке о казни, условној осуди, судској опмени, ослобођењу од казне и опроштеној казни, податке о правним последицама осуде, касније измене података садржаних у казненој евиденцији, податке о издржавању казне, као и поништење евиденције о погрешној осуди (чл. 102. ст. 1. КЗ-а).

²² Регистри САД (чл. 114. *Adam Welsh Act*-а) и Канаде (чл. 8. *Sex Offender Information Registration Act*-а).

²³ Тако је у Канади (чл. 8. *Sex Offender Information Registration Act*-а).

о жртвама, под којима се подразумевају године старости жртве, пол и њен однос са учиниоцем.²⁴ Занимљиво је да је у делу земаља дозвољено у евиденцију унети судске одлуке које нису правноснажне и судске одлуке донете у случају када су учиниоци ослобођени кривичне одговорности због менталног поремећаја (неурачунљивости),²⁵ док има и оних које унос ограничавају само на правноснажне одлуке,²⁶ што нашим законом није изричито наглашено. Овде би требало поменути да је у неким системима (поједине федералне државе у САД) могућа и тзв. ретроактивна регистрација, којом су у евиденцију уведена и лица осуђена пре ступања на снагу закона који регулишу регистрацију. Она се нигде не помиње у нашем закону, а пошто је веома спорна са аспекта начела законитости и заштите људских права, за њу се и не треба залагати.

Међу прописним подацима највећу пажњу свакако привлаче одређени биометријски подаци, тј. ДНК профил учиниоца, са којим наш систем нема никаквих претходних искустава. Очигледно је да су по овом питању дословно испуњени захтеви Конвенције, јер се у нашу евиденцију уноси ДНК профил (или бројчани код ДНК), а не ДНК узорак. Прихваћено решење је потпуно разумљиво, и то не само због стриктног поштовања Конвенције, него и због чињенице да депоновање узорака може водити ка њиховој злоупотреби или ка сумњи да могу бити злоупотребљени, што је на описани начин спречено. Иако је депоновање узорака веома осетљиво и контраверзно питање, то не значи да се у другим земљама ово не чини.²⁷ Такође, неке државе имају издвојени регистар ДНК профила, као Француска, мада се он не односи само на сексуалне делинквенте, већ и на учиниоце других тешких кривичних дела,²⁸ као што има и оних које не предвиђају архивирање овог податка, што је случај са Македонијом и Хрватском.

Укупно посматрано, сви подаци који се односе на идентитет и генетски профил учиниоца сматрају се осетљивим подацима, тако да је Конвенцијом изричито упозорено да се њихово прикупљање и коришћење морају прилагодити унутрашњим прописима, као и међународним стандардима

24 Видети чл. 8. ст. 1. тач. VI канадског закона.

25 Регистри САД (чл. 114.), Канаде (чл. 8v) и Француске (чл. 706-52-2).

26 Видети чл. 6. тач. б хрватског *Закон о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији* или македонски *Закон за Посебен регистар за лица осудени со правосилна пресуда за кривични дела за сексуална злоупотреба на малолетни лица и педофилија*, из чијег се назива види да су предмет евидентирања само правноснажне одлуке.

27 Чл. 114(6) *Adam Welsh Act*-а.

28 Чл. 706-54 и 706-55 француског *Code de procédure pénale*.

у овој области.²⁹ Заштита података о личности је у нашем систему гарантована Уставом,³⁰ и она је детаљно уређена посебним законом.³¹ У компаративном праву је додатна заштита ових података осигурана и кроз казнене одредбе закона који регулишу евидентирање учинилаца сексуалних деликата према малолетницима. Тако је у Македонији за злоупотребу јавно доступних података из регистра у циљу застрашивања и узнемиравања осуђеног лица или чланова његове породице предвиђена новчана казна или казна затвора у трајању до шест месеци.³² Евидентно је да у нашем закону прекршаји из ове области не обухватају и оне који би се односили на злоупотребе података из посебне евиденције. Казнене одредбе су везане или за кршење правних последица осуде и неиспуњавање посебних мера (када је у питању учинилац) или за непоштовање правних последица осуде, недавање података и нетражење података из евиденције (када су у питању правна лица, предузетници и одговорна лица). То је значајан недостатак, који би требало исправити *de lege ferenda*. Иако се наш законодавац није определио за општу доступност података, каква постоји у земљама чије су евиденције јавне и могу се прегледати путем интернета, то не значи да нема простора за злоупотребе, већ само да су оне мање изражене.

3. Вођење посебне евиденције – надлежни орган, поступак евидентирања и трајање уноса

Остала питања везана за евиденцију препуштена су државама потписницама, пошто Конвенција нигде не сугерише да ли је треба уклопити у већ постојеће опште казнене евиденције или је потребно издвојити је и оформити као самосталну евиденцију, као што не садржи ни назнаку о томе да ли би требало да буде централна (тј. јединствена за

29 Из тих разлога је и донета посебна Конвенција Савета Европе о заштити лица у поступку аутоматске обраде личних података (*Convention for Protection of Individuals with Regard to Automatic Processing of Personal Data, ETS 108*), која третира медицинске податке, податке о ранијој осуђиваности и сексуалном опредељењу. Текст Конвенције је доступан на conventions.coe.int/Treaty/Treaties/Html/108.htm, приступ 10.07.2013. године.

30 По уставној одредби свако прикупљање, држање, обрада и коришћење података о личности дозвољени су под условима прописаним законом, а забрањена је њихова употреба мимо сврхе за коју су прикупљани, осим за потребе вођења кривичног поступка или потребе безбедности Републике Србије. Гарантовано је и право лица да буде обавештено о прикупљеним подацима и право на судску заштиту у случају њихове злоупотребе. Видети члан 42. Устава Републике Србије, *Службени гласник РС*, бр. 86/06.

31 Закон о заштити података о личности, *Службени гласник РС*, бр. 97/08 и 104/09.

32 Члан 21. *Закона за Посебен регистар*.

целу земљу) или децентрализована. Није одређен ни орган надлежан за послове евидентирања, прописано је једино да приликом потписивања или депоновања ратификационих инструмената треба доставити његов назив и адресу, ради остваривања међународне сарадње у овој области. Наш законодавац се определио за успостављање посебне јединствене евиденције.³³ Конституисање јединствене евиденције би се могло бранити аргументом да је Србија мала земља, да би некакво сегментирање било оправдано. Вођење ове евиденције је стављено у надлежност Министарства правде, тачније Управе за извршење кривичних санкција.³⁴ Теоријски посматрано, постојале су и неке друге могућности – да се овај посао повери полицији,³⁵ државном тужилаштву, пошто оно покреће поступак за кривична дела која се бележе, или неком другом органу.³⁶

Што се поступка регистравања тиче, свим државним и другим органима, као и правним лицима и предузетницима, постављена је обавеза достављања података о којима се води посебна евиденција овлашћеном лицу Управе за извршење кривичних санкција и то у року од три дана од дана прибављања (чл. 14. ст. 3.). Уколико уопште не доставе податак, или га не доставе у законском року, или ако не затраже податак из посебне евиденције у случајевима када их закон на то обавезује, поменути субјекти чине прекршај за који је прописана новчана казна.³⁷ У компаративном

33 Неке чланице Уније немају посебну, издвојену евиденцију. Такви примери су Француска, која има Правосудни електронски регистар осуђених за кривична дела против полне слободе и насилних кривичних дела – FIJ AISV (*Fichier judiciaire national automatisé des auteurs d'infractions sexuelles ou violentes*) или Хрватска, која у оквиру опште евиденције има посебан попис правноснажно осуђених учинилаца сексуалних деликата према малолетницима. Евиденције су углавном централизоване, а изузеци постоје само у великим државама, попут САД, где свака федерална држава има свој регистар учинилаца.

34 Надлежност Министарства правде постоји у Француској где, прецизније речено, ове послове обавља Одељење за казнене евиденције, које се налази у саставу Министарства (чл. 706-53-1 *Code de procédure pénale*). Овакво решење је прихваћено и у Хрватској (чл. 3. *Закон о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији*).

35 Као у Великој Британији, САД и Канади.

36 У Македонији је регистар у надлежности Министарства за рад и социјалну политику које преко Завода за социјалну заштиту обавља уношење, ажурирање, као и објављивање података на интернету (чл. 5. *Закон за Посебен регистар*).

37 Од 500.000 до 2.000.000 динара, за предузетнике од 200.000 до 500.000 динара, а за одговорно лице у правном лицу и државном органу од 100.000 до 150.000 динара (чл. 17.).

праву је присутно решење по којем део података мора да достави сам осуђени лично, у које спадају „класични“ лични подаци.³⁸

Наш законодавац се определио за то да се подаци из посебне евиденције воде трајно и да се не могу се брисати,³⁹ мада се у већини земаља трајање регистрације доводи у везу са тежином кривичног дела, што представља праведније решење. Тако је у САД, на пример, рок постављен на петнаесет и двадесетпет година, мада постоје и дела за која упис траје доживотно,⁴⁰ док је Француска по овом питању блажа, јер упис остаје у регистру двадесет односно тридесет година.⁴¹ Уобичајно је да законодавства која садрже доживотни упис предвиђају и могућност скраћења, ако у одређеном року лице не буде осуђено за сексуални деликт, ако је прошло одговарајући третман и ако је успешно „одслужило“ казну.⁴² Нека законодавства не дозвољавају скраћење трајања самог уписа, али остављају могућност ограничавања периода јавне доступности података из уписа. У Македонији, на пример, осуђено лице има право да тражи пред судом престанак јавног објављивања података из регистра након десет година од истека казне, уколико у том периоду није поновило кривично дело за које је осуђено или учинило неко друго дело сексуалне злоупотребе, педофилије и трговине малолетним лицима.⁴³

Уобичајно се у прописима о евидентирању сексуалних делинквената предвиђа и правило да се у време трајања регистрације не урачунава време проведено на издржавању казне затвора, мада је оно у нашем закону изостало, пошто је унос трајан те не би имало смисла.

Када је дужина регистровања у питању, није неосновано запитати се да ли је варијанта за коју се определио наш законодавац престрога и да ли је у складу са општим одредбама о рехабилитацији. Познато је да законска рехабилитација наступа после десет година од дана када је казна извршена, опроштена или застарела, за лица осуђена на казну затвора у трајању преко једне до три године, уколико у том периоду нису учинили ново кривично дело (чл. 98. КЗ-а). Са друге стране, судска рехабилитација се може дати и

38 Лично регистровање постоји, на пример, у Канади (чл. 4-7. *Sex Offender Information Registration Act-a*).

39 Такво решење је прихваћено и у Македонији (чл. 7. *Закон за Посебен регистар*).

40 Сви учиниоци сексуалних деликата су сврстани у три групе, у зависности од тога какво су дело учинили (чл. 111. *Adam Welsh Act-a*), а од тога зависи дужина трајања уписа (чл. 115. *Adam Welsh Act-a*).

41 Видети чл. 706-53-4 *Code de procédure pénale*.

42 Видети чл. 115. *Adam Welsh Act-a*.

43 Чл. 10. *Закон за Посебен регистар*.

лицу које је осуђено на казну затвора преко три до пет година, ако у року од десет година од дана када је та казна извршена, опроштена или застарела није учинило ново кривично дело (чл. 99. КЗ-а). Очигледно је да за осуде на казну затвора преко пет година ни под којим условима не може наступити рехабилитација, те у овом домену нема несагласности. Али, шта са осудама које испуњавају опште услове за рехабилитацију из Кривичног законика, а које по Закону по посебним мерама остају трајно уписане у евиденцију? Ово не би требало схватити као покушај фаворизовања учинилаца сексуалних деликата према малолетницима, већ као упозорење да систем кривичног права мора бити кохерентан и усаглашен, као што би требало да почива на начелу једнакости.⁴⁴ И у хрватском закону је учињен изузетак према овим учиниоцима, али не тако радикалан као код нас, тако да до брисања осуде за учиниоце сексуалних деликата према малолетницима ипак може доћи, али протеком двоструких (општих) рокова предвиђених за рехабилитацију.⁴⁵

Када се даље упореди са страним законима из компаративног прегледа, очито је да нашој регулативи недостају правила о ажурирању или периодичној провери података из базе. Неки од њих се временом мењају, почевши од личног изгледа до места пребивалишта или боравишта. Страна законодавства предвиђају обавезну проверу на свака три месеца, сваких шест месеци или сваке године у зависности од тежине дела, при чему је учинилац дужан да их лично достави и да се поново фотографише, да не би у супротном био кажњен.⁴⁶

Коначно, требало би поменути да је за ефикасно вођење евиденције потребно стицање читавог низа предуслова, почевши од доношења подзаконских аката и посебних протокола о сарадњи између различитих државних органа, полиције, тужилаштва, судова, затворских установа и Управе за извршење кривичних санкција, све до обуке лица која ће водити евиденцију.

44 Регистровање учинилаца сексуалних деликата је у САД својевремено изазвало талас подношења уставних тужби, између осталог, и због приговора дискриминације, јер се учиниоци сексуалних деликата третирају теже него учиниоци других тешких кривичних дела. За илустрацију се може искористити случај *Doe v. Poritz*, 662 A. 2d 367 (N. J. 1995). Подаци о овом предмету су преузети са стране http://www.megannicolekankaoundation.org/nj_court_challenges.htm, приступ 10.07.2013. године.

45 Чл. 19. ст. 6. Закона о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији.

46 Видети чл. 115. *Adam Welsh Act*-а.

4. Доступност података из посебне евиденције

Доступност података из евиденције представља једно од најзначајнијих и веома осетљивих питања, при чему је могуће пронаћи и разлоге за и разлоге против шире доступности. Са једне стране, реч је о опасним делима и учиниоцима склоним рецидиву, те би шира доступност требала да буде у функцији превенције и заштите од нових дела. Међутим, не треба изгубити из вида да се на овакав начин ствара опасност од стигматизације, чиме се отежава реинтеграција осуђеника, док би у радикалнијим случајевима могла да утиче на стварање атмосфере мржње, па чак и линча. Наш Закон о посебним мерама је ову материју уредио тако да податке могу добити различити субјекти, почевши од суда, јавног тужиоца и полиције у вези са кривичним поступком који се води против лица које се налази у посебној евиденцији, као и надлежне организационе јединице полиције и организационе јединице Управе за извршење кривичних санкција надлежне за третман и алтернативне санкције, када је то потребно за вршење послова из њихове надлежности (чл. 15. ст. 1.). Другим кругом су обухваћени државни органи, предузећа, друге организације или предузетници, који ове податке могу добити на образложен захтев, ако трају правне последице осуде и ако за то постоји оправдани интерес заснован за закону (ст. 2.). За поједине субјекте је конституисана обавеза да траже податке из евиденције, те тако државни и други органи, правна лица и предузетници који раде са малолетним лицима морају да затраже податак о томе да ли је лице које треба да заснује радни однос код њих, односно обавља послове са малолетницима, уписано у посебну евиденцију (ст. 3.). Подаци из посебне евиденције могу се дати и иностраним државним органима у складу са међународним споразумом (ст. 4.).⁴⁷

47 Поређења ради, подаци из опште казнене евиденције могу се дати само суду, државном тужиоцу и полицији у вези са кривичним поступком који се води против лица које је раније било осуђено, органу за извршење кривичних санкција и органу који учествује у поступку давања амнестије, помиловања, рехабилитације или одлучивања о престанку правних последица осуде, као и органима старатељства, кад је то потребно за вршење послова из њихове надлежности. Подаци из казнене евиденције могу се дати и другим државним органима који су надлежни за откривање и спречавање извршења кривичних дела, када је то посебним законом прописано. Подаци из казнене евиденције могу се, на образложен захтев, дати и државном органу, предузећу, другој организацији или предузетнику, ако још трају правне последице осуде или мере безбедности и ако за то постоји оправдани интерес заснован на закону. Нико нема права да тражи од грађанина да подноси доказ о својој осуђиваности или неосуђиваности. Грађанима се, на њихов захтев, могу давати подаци о њиховој осуђиваности или неосуђиваности. Подаци о брисаној осуди не могу се ником дати (чл. 102. ст. 2-6. КЗ-а).

У компаративном праву став према доступности података из регистара сексуалних делинквената према малолетницима варира. Углавном је правило да они нису опште доступни, уобичајно је да су доступни полицији која може да обавести ширу јавност о њима ако је то у изузетним случајевима потребно ради превенције дела. У Великој Британији је могуће обавестити директоре школа, лекаре, управнике спортских клубова, лица на челу дечијих и омладинских организација и слично, уз обавезу да морају чувати тајност ових података. У САД је постојало шаренолико уређење овог питања, од тога да је у неким државама преко интернета могуће сазнати податке о учиниоцима, до много рестриктивнијих решења. *Adam Welsh Act* је увео обавезу државама да развију посебан софтвер за увођење мреже са подацима о сексуалним деликвентима. Правило је да се не сме објавити име жртве нити имена лица против којих је поступак у току а није правноснажно окончан.⁴⁸ И неке земље из нашег окружења су се определиле за доступност широј јавности, као Македонија.⁴⁹ Француска је приступ овим осетљивим информацијама ограничила на државно тужилаштво, суд, полицију, али и друге државне органе и установе, који их могу добити на основу посебног решења и то у циљу провере кандидата за радна места која укључују контакт са малолетницима.⁵⁰ Хрватска даје непосредан приступ полицији, судовима и тужилаштву у односу на особу за коју је почео казни прогон и за потребе спречавања, откривања и гоњења кривичних дела.⁵¹ Подаци из казнене евиденције се сматрају службеним подацима и на њих се не примењују прописи о приступу информацијама од јавног интереса. Судовима, телима јавне власти и установама у поступцима заштите права и интереса деце, као и у поступцима поверавања одређених послова и задатака у раду са децом, могу се на образложен захтев посебним уверењем издавати подаци из посебног пописа. Иако је прописано да нико нема право да од грађана тражи доказе о њиховој осуђиваности или неосуђиваности, у Хрватској је дозвољено да приликом заснивања радног односа или поверавања послова који подразумевају редовне контакте са децом послодавац може, уз сагласност особе за коју се ти подаци траже, да затражи издавање посебног уверења о подацима из пописа.⁵²

48 Чл. 123. *Adam Welsh Act*-а.

49 Постоји сајт са подацима о учиниоцима www.registarnapedofili.mk.

50 Чл. 706-53-7 *Code de procédure pénale*.

51 Чл. 9. ст. 1. и 2. *Закон о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији*.

52 Чл. 14. ст. 1. и 2. *Закон о правним посљедицама осуде, казненој евиденцији и рехабилитацији*.

5. Закључак

Очекивања од увођења евиденције учинилаца кривичних дела против полне слободе према малолетницима су велика, јер се претпоставља да би она могла да утиче на ефикасније расветљавање ових дела и идентификовање њихових учинилаца, који се традиционално сматрају склоним рецидивирању, као што се претпоставља и остваривање извесних генерално-превентивних ефеката. Готово да нема сумње да би наша јавност подржала описани облик управљања ризиком од рецидивирања, с обзиром на то да је изразито репресивно оријентисана према сексуалној злоупотреби и искоришћавању малолетника.⁵³ По том питању сличне резултате дају и поједина страна истраживања, која показују да би чак 73% испитаника одобрило евидентирање и јавно објављивање података о сексуалним делинквентима, чак и када би научни докази о ефикасности ове мере изостали.⁵⁴ Међутим, од разумљивих емотивно обојених ставова и „слабости“ према малолетницима, треба одвојити реалне капацитете евидентирања сексуалних делинквената. У страниј литератури се истиче да још увек није доказано да се овом мером заиста смањује поврат и повећава сигурност заједнице,⁵⁵ као што има и аутора који сматрају да она готово уопште нема ефекта на сексуално искоришћавање и злоупотребе малолетника у оквиру породице и круга познатих.⁵⁶ Друга страна медаље су и штетне последице евидентирања по саме учиниоце, неретко и чланове њихових породица, у виду стигматизације, социјалне изолације, отежане реинтеграције и слично.⁵⁷ Све то упозорава да се не сме заборавити правна

53 У једном новијем истраживању испитаници су се изјашњавали у прилог увођења строгих затворских казни, хемијске кастрације и поновног увођења смртне казне. Више о томе у Н. Петковић, М. Ђорђевић, В. Балос: *op. cit.*, стр. 74.

54 J. S. Levenson, Y. N. Brannon, T. Fortney, J. Baker: *Public Perceptions about Sex Offenders and Community Protection Policies*, Analysis of Social Issues and Public Policy, vol. 7, is. 1, December, 2007. године, стр. 137-161.

55 J. S. Levenson, D. H. D'Amora: *Social Policies Designed to Prevent Sexual Violence: The Emperor's New Clothes*, Criminal Justice Policy, vol. 18, no. 2, 2007. године, стр. 168-199, М. F. Coldwell, B. A. Dickinson: *Sex Offender Registration and Recidivism Risk in Juvenile Sexual Offenders*, Behavioral Sciences and the Law, vol. 27, is. 6, 2009. године, стр. 941-956, E. J. Letourneau, D. Bandyopadhyay, K. S. Armstrong, D. Sinha: *Do Sex Offender Registration and Notification Requirements Deter Juvenile Sex Crimes*, Criminal Justice and Behavior, vol. 37, no. 5, 2010. године, стр. 553-569. и др.

56 A. Long: *Sex Offender Laws of the United Kingdom and the United States: Flawed Systems and Needed Reforms*, Transnational Law and Contemporary Problems, vol. 18, Winter, 2009. године, стр. 161.

57 T. Thomas: *When Public Protection Becomes Punishment? The UK Use of Civil Measures to Constrain the Sex Offender*, European Journal on Criminal Policy and Research, vol. 1, is. 4, 2004. године, стр. 337-351, R. Tewksbury: *Collateral Consequences of Sex Offender Registration*,

природа евидентирања, чињеница да је у питању само административна мера, која не би требало да прерасте у некакву санкцију *sui generis*, што се лако може десити прихватањем превише строгих и претераних решења.

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.M.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

REGISTRATION OF PERPETRATORS OF SEX CRIMES COMMITTED AGAINST JUVENILES

Summary

The Convention on the Protection of Children against Sexual Exploitation and Sexual Abuse (2007) has become part of the Serbian legal system after being ratified in 2010. Thus, Serbia assumed an obligation to provide a more detailed legislative framework for combating sex crimes against minors and regulating the implementation of diverse measures envisaged in this Convention. The Republic of Serbia responded by adopting the Act on Special Measures for Preventing the Commission of Sex Crimes against Minors (2013). This paper is a result of the author's endeavor to explore one of the measures envisaged in these legal documents and provide a more detailed analysis on recording and storing national data on convicted sexual offenders against minors. In that context, the author discusses the most important issues related to registration of perpetrators of sex crimes committed against minors: the corpus of criminal offences and the types of criminal offenders to be registered, the registration proceedings and the accessibility of data contained in the register.

Key words: *sexual violence, juveniles, registration of perpetrators of sex crimes against juveniles.*

Journal of Contemporary Criminal Justice, vol. 21, no. 1, February, 2005. године, стр. 67-81, R. G. Wright: *Parole and Probation: Sex Offender Post-Incarceration Sanctions: Are There Any Limits*, New England Journal on Criminal and Civil Confinement vol. 34, no. 1, Winter, 2008. године, стр. 17-50, J. Levenson, R. Tewksbury: *Collateral Damage: Family Members of Registered Sex Offenders*, American Journal of Criminal Justice, vol. 34, is. 1-2, 2009. године, стр. 54-68, R. Tewksbury, K. M. Zgoba: *Perceptions and Coping with Punishment: How Registered Sex Offenders Respond to Stress, Internet Restrictions and Collateral Consequences of Registration*, International Journal of Offender Therapy and Comparative Criminology, vol. 54, no. 4, 2010. године, стр. 537-551. и др.

УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ ДЕТЕТА – ПРЕСУДА У СЛУЧАЈУ ХАРУН¹

Апстракт: Концепт општег појма уобичајеног боравишта подразумева постојање два елемента – боравишта (објективни елемент) и намере за трајнији боравак (субјективни елемент). Временом је услед потребе прилагођавања различитим материјама дошло до раслојавања овог појма на више посебних појмова. У ту групу појмова спада и уобичајено боравиште детета. Ипак, без обзира на специфичности посебног појма уобичајеног детета у погледу субјективног елемента, чији значај, по природи ствари, варира у зависности од узраста детета, до сада није било спора о неопходности постојања објективног елемента – боравишта. Међутим, најновија одлука Врховног суда Уједињеног Краљевства из новембра 2013. године у случају „Харун“ уноси сумњу у до сада непољуљани став према коме дете увек мора боравити у одређеној држави да би у њој стекло уобичајено боравиште. Ова дилема није безазлена јер има кључну улогу за примену Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце (1980) чија је уговорница и Република Србија. У раду, аутор управо анализира разлоге за одустајање, у изузетним ситуацијама, од боравка у одређеној држави као услова за стицање уобичајеног боравишта детета у њој, посебно када је његово непостојање последица насиља у породици.

Кључне речи: уобичајено боравиште детета, боравиште, намера, насиље у породици, незаконито задржавање и одвођење деце.

1 Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

Увод

1. Да ли дете може имати уобичајено боравиште у држави у коју никада није крочило? На ово питање, сасвим извесно, већина правника би одречно одмахнула главом, изненађена што се о таквој могућности уопште говори. И заиста, у први мах, дилема делује крајње необично. Међутим, несвакидашње околности појединих случајева могу понекад довести у сумњу неопходност (физичког) присуства као елемента уобичајеног боравишта детета. Но, пре анализе овог проблема, пожељно је учинити неколико напомена у вези општег појма уобичајеног боравишта. Наиме, концепт уобичајеног боравишта детета, као посебан појам, потиче из општег, али се истовремено од њега и разликује.

2. Као што је познато, уобичајено боравиште је појам који је настао под окриљем Хашке конференције за међународно приватно право. С обзиром да је данас прожео скоро све поре међународног приватног права - од надлежности до меродавног права, од уговорних и вануговорних обавеза до породичноправних и наследноправних односа, од физичких до правних лица - временом је дошло до његовог раслојавања. Тако су, поред општег појма уобичајеног боравишта, настали и његови посебни појмови, условљени специфичностима појединих ситуација или потребом за заштитом појединих категорија лица за које се овај појам везује.² Један од тих посебних појмова је управо и уобичајено боравиште детета. Међутим,

2 Хашка конвенција о грађанском поступку из 1896. године (*Convention de La Haye du 14 novembre 1896 relative à la procédure civile*) коју је касније заменила Хашка конвенција о грађанском поступку из 1905. године (*Convention de La Haye du 17 juillet 1905 relative à la procédure civile*). Уопште о Конвенцији из 1869. године Т.М.С. Asser, *La Convention de la Haye du 14 Novembre 1896 Relative À la Procédure Civile*, London, 1901 (reprint 2013). Видети и Ј.Н.А. van Loon, *The Hague Conference on Private International Law: An Introduction*, The Hague: Legal Capital of the World (eds. P. J. Van Krieken, D. McKay), Т.М.С. Asser Press, The Hague, 2005, р. 519. Доступан је и на <http://www.hcch.net/upload/capital.pdf> (15.02.2014). Видети такође и F. Ferrari, *Contracts for the International Sales of Goods: Applicability and Application of the 1980 United Nations Sales Convention*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2012, р. 54 (фуснота 260).

Тако данас, поред уобичајеног боравишта физичког лица, постоји и уобичајено боравиште правних лица односно организација без својства правног лица, уобичајено боравиште предузетника и уобичајено боравиште детета. Видети излагање М. Живковића „*Concept of habitual residence in Serbian law*“ на међународној конференцији о Хашкој конвенцији о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце из 1980. године, коју су организовали Министарство правде Републике Србије и Европска комисија - *Technical Assistance Information Exchange Instrument (TAIEX), DG Enlargement*, у периоду од 3. до 4. фебруара 2011. године. Презентација излагања је доступна на <http://arhiva.mpravde.gov.rs/lt/news/vesti/otmica-dece-gradjansko-pravni-aspekti-haska-konvencija.html> (18.12.2013).

слично општем појму уобичајеног боравишта, уобичајено боравиште детета није дефинисано ни у једној од бројних хашких конвенција које га употребљавају. Када је, пак, реч о националним кодификацијама међународног приватног права, могу се пронаћи оне које дефинишу општи појам уобичајеног боравишта или неке неке његове посебне појмове,³ док је то крајње ретко у случају уобичајеног боравишта детета.⁴

3. Општи појам уобичајеног боравишта, као и све друге територијалне тачке везивања, садржи два елемента – намеру боравка (настајења) и физичко присуство у одређеној држави (боравиште). Њихов међусобни однос је утврђивала пракса, као тумач и често креатор концепта уобичајеног

3 Закон о међународном приватном праву Швајцарске из 1986. године (члан 20 став 1 тач. б), Закон о међународном приватном праву Белгије из 2004. године (члан 4 став 2 тач. 1), Закон о међународном приватном праву Бугарске из 2005. године (члан 48 став 7), Закон о међународном приватном праву Македоније из 2007. године (члан 12а став 1) и Закон о међународном приватном праву Црне Горе из 2013. године (члан 12 став 1). Нацрт новог Закона о међународном приватном праву Србије, према последњој верзији, садржи дефиницију у члану 6. Више о томе М. Живковић, *О примени Хашког протокола о меродавном праву за обавезе издржавања (2007) у међународном приватном праву Републике Србије*, Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу, 65/2013, стр. 84 *ad* 18 (фуснота).

4 У ретким државама у којима постоји дефиниција, уобичајено боравиште детета је уређено другим законима а не оним посвећеним међународном приватном праву. Тако, *Children's Law Reform Act* (R.S.O. 1990, Chapter C.12) провинције Онтарио у Канади у члану 22 ставу 2 предвиђа дефиницију овог појма за потребе заснивања надлежности у споровима о вршењу родитељског права. Слично томе, у Уједињеном Краљевству (Енглеска и Велс), пак, *Children's Act* (1989) у члану 105 ставу 6 садржи одређење појма који се у енглеској судској пракси често изједначава са уобичајеним боравиштем детета. Реч је о тзв. *ordinary residence*. Тако се према овој одредби сматра да се приликом утврђивања *ordinary residence* не узима у обзир период проведен у школи и другим установама, потом, период проведен под надзором, као и период када смештај одређују локалне власти. У северној Ирској, *Children (Northern Ireland) Order* (1995) (1995 No. 755 (N.I. 2)) у члану 2 став 9 на исти начин уређује *ordinary residence* детета. О оправданости овог изједначавања видети више J. O'Brien, *Conflict of Laws*, second edition, London, 1999, pp. 37-41. Када је реч о праву Републике Србије, тренутно не постоји дефиниција уобичајеног боравишта детета с обзиром да породично право Србије познаје само појам пребивалишта детета. Насупрот позитивном законодавству, у члану 4 Нацрта Закона о грађанскоправној заштити деце од незаконитог прекограничног одвођења или задржавања Републике Србије дати су, по први пут, критеријуми за утврђивање уобичајеног боравишта детета. Видети више С. Марјановић, *Међународна надлежност у споровима о издржавању у међународном приватном праву Србије de lege lata и de lege ferenda*, Зборник Правног факултета Универзитета у Нишу, број. 65, 2013, стр. 403 (фуснота 14). О пракси судова других држава уговорница Конвенције 1980 видети у домаћој литератури П. Ђундић, *Редовно боравиште детета у пракси примене Хашке конвенције о грађанскоправним аспектима међународне отмице деце од 25 октобра 1980. године*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, број 38, 2004, стр. 551-570.

боравишта *in concreto*, тако што је одређивала, прецизирала и набрајала чињенице којима је у конкретним случајевима давала посебан значај. Подупирући један или други елемент уобичајеног боравишта, пракса је на тај начин и коначно одређивала овај појам.

Када је реч о посебним појмовима уобичајеног боравишта, ова два елемента општег појма се, по правилу, подразумевају и у сваком од њих. Друге релевантне околности се, баш као и код општег појма, утврђују у сваком конкретном случају. Процену испуњености ових услова, такође, врше судови односно други органи примене права. На тај начин, иако првенствено фактичке природе, уобичајено боравиште добија и одређену правну физиономију будући да је, пре свега, судски концепт.⁵

4. Када је, пак, реч о деци, за утврђивање њиховог уобичајеног боравишта важи нешто другачији приступ. Наиме, *намера* за заснивање уобичајеног боравишта зависи од узраста детета. Тако, док уобичајено боравиште деце млађег узраста, по природи ствари, зависи од намере родитеља, у случају старије деце, њихова намера ипак може бити релевантна.⁶ Исто тако, постоје и приступи који су више окренути процени природе и квалитета уобичајеног боравишта детета у одређеној држави него намери родитеља.⁷ Из овога се може закључити да се и појам уобичајеног боравишта детета, слично општем појму, раслојава на уже категорије: уобичајено боравиште *новорођенчета* (одојчета), детета *млађег узраста* и *старије деце* (школског узраста).

5. Међутим, питање које је у фокусу овог рада односи се на неопходност другог елемента уобичајеног боравишта – *физичко присуство (боравак) детета у одређеној држави*. У том смислу, предмет анализе је најновија

5 Видети *Court of Appeal Judgment, ZA & Anor v NA* [2012] EWCA Civ 1396, мишљење судије Патена (*Patten LJ*) ad 59. Реч је о поступку по жалби у случају Харун пред Апелационим судом.

6 У том смислу видети посебно одлуку Врховног суда УК од 14. јануара 2014. године *In the matter of LC (Children) and In the matter of LC (Children) (No 2)*. Доступна на http://supremecourt.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0221_Judgment.pdf (28.01.2014).

7 Намера родитеља је релевантна према тзв. тесту родитељског права (*parental rights test*). Тест фокусиран на дете (*child-centered test*) окренут је, пак, оцени природе и квалитета уобичајеног боравишта детета у одређеној држави. Слично важи и за тест фактичких околности (*fact-based test*), који полази од тога да се уобичајено боравиште детета одређује као фактичко питање, проценом свих околности случаја. Насупрот овим приступима је тзв. тест повезаности (*dependancy test*) према коме уобичајено боравиште детета у потпуности зависи од уобичајеног боравишта родитеља, слично као што пребивалиште деце зависи од пребивалишта родитеља. Иако је први настао, овај тест је данас превазиђен. Више N. Lowe, M. Everall, M. Nicholls, *International Movement of Children, Family Law, Bristol*, 2004, стр. 59-66.

одлука Врховног суда УК у случају *A v A (Children) (Habitual Residence)*), који је у овом раду скраћено назван случај *Харун*, како је суд назвао овог дечака⁸ (2). С обзиром да се судије у њој позивају на пресуду коју је десетак година раније, у околностима које су веома сличне онима у случају *Харун*, донео енглески Високи суд (*High Court, Family Division*), потребно је и њу узети у обзир. Реч је о одлуци у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)*⁹ (1). *Коначно, имајући у виду да пресуда у случају Харун није донета једногласно, те да издвојено мишљење једног судије и његови аргументи побуђују посебну пажњу, циљ је и да се укаже на опасности које ова пресуда Врховног суда потенцијално представља за Хашку конвенцију о грађанскоправним аспектима отмице деце из 1980. године (даље Конвенција 1980), чија је уговорница и Србија.*¹⁰ Иако није директно везан за њену примену, случај *Харун* има значај за утврђивање уобичајеног боравишта детета и у смислу Конвенције 1980 (3).

1. Поглед у блиску прошлост - случај *B v H (Habitual Residence: Wardship) (2001)*

6. Поступак у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* тицао се захтева мајке, држављанке Бангладеша, за повратак њено четворо деце из Бангладеша, држављана Бангладеша и УК.¹¹ То је подразумевао да се претходно утврди уобичајено боравиште ове деце, с обзиром да би енглески суд био надлежан за одлучивање о вршењу родитељског права тек ако деца имају уобичајено боравиште у Енглеској. Чињенично стање је било веома занимљиво с обзиром да је најмлађе (четврто) дете рођено у Бангладешу и никада није било у Енглеској.

7. Конкретно, радило се о томе да је мајка заједно са (тада) троје деце и њиховим оцем, дошла из Енглеске у Бангладеш у посету која је, према њеном уверењу, требало да траје 4-5 недеља. Родитељи су били у браку. Међутим, отац (држављанин Бангладеша и УК) јој је, месец дана након

8 *A v A (Children) (Habitual Residence)* (2013) UKSC 60, INCADAT HC/E/Uke1233. Пресуда Врховног суда донета је 9. септембра 2013. године. Дечак који је у жижи овог случаја назван је *Харун (Haroon)* у образложењу Врховног суда, које је у име већине судија саопштила судија Лејди Хејл (*Lady Hale*). Пресуда доступна на http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2013_0106_Judgment.pdf (10.10.2013).

9 *B v H (Habitual Residence: Wardship)*, 19.10. 2001 [2002] 1 FLR 388.

10 Сл. лист СФРЈ – Међународни уговори, бр. 7/91.

11 Случај се није тицао примене Конвенције 1980, с обзиром да Бангладеш није држава уговорница, али је у пресуди, у циљу утврђивања уобичајеног боравишта детета, разматрана судска пракса поводом примене Конвенције 1980.

доласка у Бангладеш, саопштио да није купио повратне карте и да се неће вратити у Енглеску. Такође, одузео је пасоше и њој и деци. Он сâм је, пак, у неколико наврата одлазио у Енглеску и остајао тамо око 4-8 недеља, што би мајка сазнала тек када би јој се јавио телефоном. Како је она већ била трудна кад су отпутовали из Енглеске, четврто дете је, стицајем околности, рођено у Бангладешу. Након рођења овог детета, отац је у неколико наврата тражио од мајке да оде у Енглеску и поведе троје старије деце, али да најмлађе остави у Бангладешу, уз образложење да оно још увек нема пасош. Мајка је то одбила. Када су и најмлађем детету извадили пасош (Уједињеног Краљевства), она је поново тражила да се врате у Енглеску, али отац ни сада није дозволио да најмлађе дете оде и одузео је његов пасош. Након још једне сцене породичног насиља којем је и раније била изложена, мајка је пријавила супруга полицији у Бангладешу. Након тога, брак је окончан установом талак (*Talag*),¹² а отац јој је потом вратио пасош (али не и пасоше деце). Мајка је отпутовала у Енглеску и поднела тужбу тражећи да се деца повере њој.

8. Суд је донео одлуку по којој сва деца, укључујући и најмлађе (рођено у Бангладешу), имају уобичајено боравиште у Енглеској. У својој одлуци, судија је навео да најмлађе дете није стекло уобичајено боравиште у Бангладешу јер његово уобичајено боравиште *прати* уобичајено боравиште чланова породице:

„Одојче је имало, а има и даље уобичајено боравиште у Енглеској иако тамо никада није било. Дете не може стећи уобичајено боравиште док се не роди и постане независно биће; по рођењу, уобичајено боравиште детета је исто као и уобичајено боравиште лица која имају родитељско право... одојче има уобичајено боравиште ако га имају његови родитељи. Проста чињеница да је дете рођено у иностранству сама по себи не доводи до закључка да одојче нема уобичајено боравиште у Енглеској... Очева једнострана одлука да остану у Бангладешу, иако донета и саопштена пре његовог рођења, није променила уобичајено боравиште бебе у тренутку рођења, већ је оно исто као и (уобичајено боравиште)¹³ мајке и браће.... уобичајено боравиште у Енглеској није изгубљено као последица продуженог боравка у Бангладешу.“¹⁴

12 Установа шеријатског права којом се окончава брак. Подразумева одређену писану форму, али се може обавити и усмено. Препоручљиво је да у сваком случају буду присутна два сведока.

13 Додао аутор ради јасноће.

14 Из одлуке, образложење судије Чарлса Ј. (*Charles J.*).

Троје старије деце, пак, нису засновала ново уобичајено боравиште у Бангладешу јер је намера родитеља била једнострана – само је отац долазак у Бангладеш сматрао пресељем породице, али је своју намеру мајци саопштио тек након доласка у ову државу. Насупрот томе, она није желела да промени уобичајено боравиште већ је отпутовала из Енглеске уверена да је реч о привременој посети. Стога је мајка, баш као и троје старије деце, задржала уобичајено боравиште у Енглеској.

9. Иако донета пре десетак година, ова одлука још увек има одјека. Основна критика, наведена и у каснијем случају *Харун*, тиче се паралеле која је, чини се, по преовлађујућем тумачењу енглеских судија, повучена са пребивалиштем.¹⁵ Проблем је у томе што је уобичајено боравиште, као што је већ напоменуто, фактички концепт, а пребивалиште правни, те се не могу утврђивати на исти начин. Штавише, уобичајено боравиште и пребивалиште се не морају нужно поклапати. Међутим, питање је да ли је судија у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* заиста утврдио уобичајено боравиште најмлађег детета на основу паралеле са пребивалиштем или је, пак, реч о оци свих *фактичких* околности везаних за његово рођење и боравак у Бангладешу, тим пре што се у одлуци изричито не наводи да је питање решено на исти начин као што би се поступило у случају утврђивања пребивалишта. При томе, судија није тежио да донесе одлуку која би била *универзално* применљива већ се јасно ограничио на утврђивање уобичајено боравиште *одојчета (бебе)* у овим конкретним и *изузетним* околностима:

„Један пример би био превремени порођај током викенда који је брачни пар са уобичајеним боравиштем у Енглеској провео у Француској. У таквим околностима... зар беба не би имала уобичајено боравиште у Енглеској већ у тренутку рођења, пре него у тренутку повратка у Енглеску или тек по протеклу одређеног временског периода након повратка? Имајући у виду да уобичајено боравиште није дефинисано и да је то фактичко питање које се утврђује на основу свих околности случаја, позивањем на намеру и поступке родитеља, по мом мишљењу, нема разлога да беба не стекне уобичајено боравиште у Енглеској у тренутку рођења... Другим речима... ако се ово питање разматра као фактичко, онда не може бити случај да беба нема уобичајено боравиште у Енглеској док не буде овде физички присутна. У доласку до овог закључка прихватам да случајеви губљења уобичајеног боравишта и стицања новог показују да лице може бити без уобичајеног боравишта. Међутим, у мојој пресуди је примењен другачији приступ на

¹⁵ Сматра се да је у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* судија Чарлс (*Charles J*), приликом утврђивања уобичајеног боравиште најмлађег детета, применио тест повезаности (*dependancy test*).

*новорођенче у смислу да ако релеватни родитељ или родитељи имају уобичајено боравиште у тренутку рођења детета онда је то и уобичајено боравиште детета.*¹⁶

Очигледно је да судија у овом случају није имао у виду *сву* децу, већ *ново-рођенчад* односно *одојчад* и питање да ли она стичу уобичајено боравиште већ у *тренутку рођења* ако се роде ван државе у којој родитељи имају уобичајено боравиште или, пак, *остају без уобичајеног боравишта* све док се породица не врати у ту државу. С обзиром да новорођенче, по природи ствари, не може имати своју вољу, онда намера родитеља заиста има одлучујући утицај. То не значи да постоји паралела са пребивалиштем, већ је оваква одлука суда последица управо фактичких околности случаја будући да је реч о *беби која нема своју вољу и зависи од чланова породице, односно у овој ситуацији од родитеља, који већ имају засновано уобичајено боравиште у тренутку њеног рођења.*

Штавише, чак и да оставимо по страни контроверзе око врсте теста на основу кога је у овом случају суд утврдио уобичајено боравиште бебе, мислим да би се до истог закључка дошло оценом субјективних и скоро свих објективних елемената овог појма, како на основу теста родитељског права тако и применом теста фокусираног на дете. Као што смо видели, с једне стране, тест родитељског права, полазећи од фактичке природе уобичајеног боравишта детета (посебно млађег узраста), предност ипак даје намери родитеља. С друге стране, примена теста фокусираног на дете такође би требало да води истом закључку јер у случају новорођенчади односно одојчета намера родитеља има утицај управо као одлучујућа *фактичка* околност на коју указују и све друге објективне фактичке околности случаја (узраст бебе, немогућност постојања њене воље, упућености бебе на породицу, постојање уобичајеног боравишта породице). Дакле, *све ове* околности указују да уобичајено боравиште детета на рођењу прати уобичајено боравиште родитеља. Проблем је само боравиште као објективни елемент, кога нема зато што је његово остваривање родитељ силом спречио.

2. Поглед у садашњост - случај Харун (A v A (Children) (Habitual Residence)) (2013)

2.1. Чињенично стање

10. Чињенично стање случаја Харун (A v A (Children) (Habitual Residence)) веома подсећа на околности под којима су се догађаји одиграли у претходном

¹⁶ Из одлуке у случају B v H (Habitual Residence: Wardship), судија Чарлс Ј.(Charles J.) ad 113-115.

примеру. Наиме, сада је реч о поступку који је покренула мајка у циљу повратка деце из Пакистана у Енглеску, након што су тамо задржани мимо њене воље.¹⁷ Наиме, мајка (држављанка Пакистана) је заједно са троје деце (држављана Уједињеног Краљевства и Пакистана), рођене у Енглеској, дошла у Пакистан у посету свом оцу не знајући да је њен муж (отац деце, такође држављанин обеју држава) већ тамо.¹⁸ Брак између њих није био најсрећнији и често је долазило до физичког насиља.¹⁹ Међутим, након доласка у Пакистан, на њу је извршен притисак да се помири са мужем. Муж и његови рођаци су је и физички нападали, а одузети су јој и њен пасош и пасоши деце. Након што ју је муж уверавао да ће се вратити у Енглеску ако пристане да се помири са њим, она је то и учинила, сматрајући, како је наведено у првостепеној одлуци, „да је притисак на њу био толики да она није имала другог избора, посебно због тога што није хтела да остави децу и бојала се последица.“²⁰ У међувремену је затруднела и Харун је рођен 20. октобра 2010. године. Троје старије деце су, против њене воље, уписани у пакистанске школе, с обзиром да отац није ни имао намеру да испуни своје обећање о повратку у Енглеску. Након бројних потешкоћа, маја 2011. године, уз помоћ свог оца и неколицине рођака, успела је да добије пасош (али само свој) и отпутује у Енглеску, уз изговор да ће остати пар дана како би посетила рођаке. Она у Енглеској, потом, покреће поступак да јој се деца повере на чување и васпитање и врате. Поступак је покренут јуна 2011. године и донета је одлука којом су сва деца (њих четворо) стављено под старатељство суда, а оцу наређено да омогући повратак деце.²¹ После

17 Случај се не тиче примене Конвенције 1980, већ вршења родитељског права (иако је у заглављу пресуде наведено да је реч о повратку) и то на основу Регулative ЕУ 2201/2003 о надлежности, признању и извршењу одлука у брачним стварима и стварима родитељске одговорности (*Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and the matters of parental responsibility, repealing Regulation (EC) No 1347/2000*), даље Брисел IIbis. Ипак, одлука коју је донео Врховни суд (*Supreme Court*) има значаја и за уобичајено боравиште детета.

18 Мајка и деца су отпутовали 13. октобра 2009. године и имали су повратне карте за почетак новембра исте године.

19 У току 2008. године мајка је заједно са децом због породичног насиља живела у сигурној кући. Почетком 2009. године, њих четворо су се преселили у стан чији је власник био очев брат и мајка је плаћала закупнину.

20 Одлука Високог суда (*High Court*) и судије Паркер (*Parker J*). Наведено према одлуци Врховног суда, *supra* фуснота 7, *ad* 5.

21 Такође, надлежни органи Исламске Републике Пакистан су замољени, на основу Судског Протокола о стварима у вези деце између УК и Пакистана из 2003. године (*UK-Pakistan Judicial Protocol on Children Matters signed by the Chief Justice of Pakistan and the President of the Family Division of the High Court of England and Wales on 17 January 2003*),

тога, октобра 2011. године изречена је мера којом су одређена средства обезбеђења на имовини оца у Енглеској (*freezing order*) како би се извршио притисак на њега да поступи по претходној одлуци или да барем обезбеди мајци финансијска средства за вођење поступка у Пакистану.²² О овом случају су даље одлучивали Високи суд, а потом и Апелациони односно Врховни суд.

2.2. Одлуке Високог суда и Апелационог суда

11. **Високи суд** (*High Court, Family Division*) је, 20. фебруара 2012. године, одлучио да се деца врате у Енглеску, сматрајући, управо на основу одлуке у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* из 2001. године, да она имају уобичајено боравиште у Енглеској. Отац се потом жалио и **Апелациони суд** (*Court of Appeal*) је у поступку који је трајао од јула 2012. године до јануара 2013. године дошао до другачијег закључка. Сматрајући да уобичајено боравиште детета не може бити засновано без боравишта у конкретној држави, веће од тројице судије је донело одлуку да троје старије деце заиста имају уобичајено боравиште у Енглеској јер се „уобичајено боравиште не може мењати једностраном одлуком једног родитеља“.²³ Насупрот томе, најмлађе дете, рођено у Пакистану, пак, нема уобичајено боравиште у Енглеској, с обзиром да је „...један од суштинских елемената... тај да је лице у неком тренутку боравило у тој држави. Ако нема боравка, нема ни уобичајеног боравишта.“²⁴ Међутим, одлука није била једногласна, те је судија Лорд Торп (*Lord Justice Thorp*) у издвојеном мишљењу навео да се, у изузетним околностима, уобичајено боравиште детета може стећи и без физичког присуства, уверен да би приступ проблему у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)* из 2001. године и у овом случају био основан.²⁵ Након Апелационог суда, случај доспева, по жалби мајке, и до Врховног суда (*Supreme Court*).

2.3. Одлука Врховног суда – мишљење већине

12. Одлука коју је донео **Врховни суд** (09. септембар 2013. године) није се у меритуму тицала уобичајеног боравишта, већ могућности за заснивање

да помогну при предузимању неопходних мера, посебно у циљу проналажења деце, њихове сигурности и олакшања повратка у Енглеску.

22 Тада се у поступак укључује очев брат као сувласник једне од ствари на коју се мера обезбеђења односила. Отац није био присутан у поступку, иако је судија и телефоном покушао да ступи у контакт са њим, али јесу његова два брата.

23 *ZA v NA [2012] EWCA Civ 1396, [2012] 3 F.C.R. 421, INCADAT HC/E/UKe 1192.*

24 Судија Лорд Рајмер (*Lord Justice Rimer*), који је дао образложење у име већине. *Ibidem.*

25 Судија Лорд Торп (*Lord Justice Thorpe*). *Ibidem.*

надлежности енглеског суда преко резидуалне (помоћне) надлежности.²⁶ Упркос томе, судије су изнеле и своје ставове о начину утврђивања уобичајеног боравишта детета. Мишљење већине ишло је у прилог тези да деца не могу имати уобичајено боравиште у држави у коју никада нису крочила.²⁷ Том приликом, скренута је пажња и да су енглески судови склони да фактички концепт уобичајеног боравишта замене правним, те да ако родитељи заједнички врше родитељско право (што је управо сада био случај), уобичајено боравиште не може бити промењено једностраном одлуком. Из овог правила судови су створили још једно, по коме дете нужно дели уобичајено боравиште лица које се непосредно стара о њему (*primary caretaker*).

13. Позивајући се на одлуку донету у случају **Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)**²⁸, по којој лице не може засновати уобичајено боравиште у току једног дана (иако га може изгубити у једном дану ако постоји намера да се никада не врати), Врховни суд је сматрао да је, у највећем броју случајева, за заснивање новог уобичајеног боравишта, поред намере, потребан и боравак у одређеном временском периоду. Међутим, истовремено се нису сложили са ставом заузетим у **наведеној одлуци о томе да се уобичајено боравиште не може стећи у једном дану. Напротив, таква могућност остаје отворена и зависи од околности случаја. Осим тога, лице не мора увек имати уобичајено боравиште – оно га може изгубити у једној држави али га не мора одмах стећи у другој. Такође, лице може имати и уобичајено боравиште у држави у којој се не налази у релевантном тренутку.**

26 Случај се тичао примене члана 14 Брисел IIbis који дозвољава заснивање надлежности у спору о родитељском праву на основу националних норми о међународној надлежности, ако ниједан суд државе ЕУ не би био надлежан на основу других одредаба ове Регулative. У случају *Харун* поставило се питање заснивања надлежности енглеског суда преко држављанства или уобичајеног боравишта деце.

27 Овај став су заузели судије Лејди Хејл (*Lady Hale*), Лорд Вилсон (*Lord Wilson*), Лорд Рид (*Lord Reed*) и Лорд Тјулсен (*Lord Toulson*).

28 Мишљење судије Лорда Брендона (*Lord Brandon*) у случају **Re J (A Minor) (Abduction: Custody Rights)** [1990] 2 А.С. 562 [INCADAT Reference: HC/E/UKе]. Чињенично стање у овом случају је било следеће: дечак од 2 године и 4 месеца је цео свој живот провео у Аустралији у којој је и рођен. Родитељско право је вршила само мајка јер је дете било ванбрачно. Мајка се заједно са дететом 21. марта 1990. године вратила у Енглеску (из које потиче). Потом, Породични суд западне Аустралије (*Family Court of Western Australia*), 12. априла исте године, додељује оцу самостално вршење родитељског права, и у складу са тим, након 7 дана, покреће се механизам Конвенције 1980 за повратак детета. Одлучујући о овом захтеву, енглески Високи суд (*High Court*) долази до закључка да не постоји незаконито одвођење детета јер је дете изгубило уобичајено боравиште у Аустралији по одласку са мајком. Отац се жалио на ову одлуку али безуспешно јер је Апелациони суд одбио жалбу и потврдио одлуку Високог суда.

14. Разматрајући да ли је присуство неопходан услов за стицање уобичајеног боравишта и у овом конкретном случају или је, пак, довољан само однос који постоји између Харуна и његове породице, већина судија Врховног суда предност је дала присуству и закључила да он нема уобичајено боравиште у Енглеској. При томе је повучена разлика између, с једне стране, интегрисаности детета у конкретну средину која првенствено зависи, када је реч о детету млађег узраста, од степена интегрисаности родитеља, и, с друге стране, немогућности да се дете интегрише у средину у коју га родитељ никада није одвео.

2.4. Одлука Врховног суда – издвојено мишљење

15. Међутим, као што је већ напоменуто, мишљење Врховног суда у погледу Харуновог уобичајеног боравишта није била једногласна. Наиме, судија Лорд Хјуз (*Lord Hughes*) је сматрао да би у овом случају био адекватан приступ сличан управо оном примењеном у *B v H (Habitual Residence: Wardship)*. По његовом мишљењу, ни у једном од ова два случаја није реч о томе да дете своје уобичајено боравиште *стиче* из уобичајеног боравишта родитеља *ex lege*.²⁹ Напротив, фактички концепт уобичајеног боравишта подразумева управо оцену интегрисаности у одређену средину породице којој дете припада, из чега следи да оно, заправо, *дели* уобичајено боравиште породице, чак и ако никада није било у конкретној држави.³⁰ У ситуацији када је један родитељ *силом* спречаван да напусти одређену државу и врати се у ону у којој има уобичајено боравиште, веома је опасно сматрати да новорођено дете уопште нема уобичајено боравиште.³¹ Посматрано шире, у контексту Конвенције 1980, одвођење или задржавање детета се онда не би могло сматрати незаконитим.³² Судија Хјуз је сматрао да је управо овај случај пример онога што би се према Конвенцији 1980 квалификовало као незаконито задржавање и то у погледу све деце, укључујући и малог Харуна.³³

29 Одлука Врховног суда, издвојено мишљење Лорда Хјуза *ad 90*.

30 *Ibidem*.

31 *Ibidem ad 93*.

32 *Ibidem*.

33 Према члановима 3 и 5 Конвенције 1980, одвођење или задржавање деце из државе њиховог уобичајеног боравишта постаје незаконито ако се тиме крши право на старање које, према Конвенцији, подразумева нарочито право на одређивање уобичајеног боравишта детета. У том смислу, одвођење или задржавање је незаконито ако представља повреду права на старање које је додељено лицу, установи или било којем другом телу, самостално или заједнички, у складу са правом државе у којој је дете имало своје уобичајено боравиште непосредно пре одвођења или задржавања (први услов) и ако се у време одвођења или задржавања ово право заиста, заједнички

2.5. Коментар издвојеног мишљења

16. Узимајући у обзир наведену аргументацију судија Врховног суда у овом случају, мој утисак је да издвојено мишљење заслужује посебну пажњу. Наиме, фактички концепт уобичајеног боравишта подразумева да се оно цени *in concreto*, у зависности од околности случаја. При томе, у образложењу већине судија Врховног суда (али и Апелационог суда) наводи се да уобичајено боравиште подразумева и физичку присутност у одређеној држави и намеру боравка. Међутим, овај концепт, познат као *Ша формула (Shah formula)*³⁴, који је потпуно применљив на пунолетна лица, постаје проблематичан када је реч о деци. Наиме, одступање од њега већ постоји, као што смо видели, када је реч о намери боравка. Разлог је једноставан - дете, пре свега млађег узраста, не само да нема правно релевантну вољу за заснивање уобичајеног боравишта, већ и потпуно зависи од лица која се непосредно старају о њему. Другим речима, деца у овом узрасту, по правилу, *деле* уобичајено боравиште своје породице и то не *ex lege*, већ управо на основу фактичких околности (узраст и чињеница да зависе од чланова породице). Осим тога, *Ша формула* је усвојена у случају који се није тицао ни Конвенције 1980 ни деце. Штавише, и сам Врховни суд је истакао у образложењу да *Ша формула* не треба да се примењује на децу.³⁵

или самостално, вршило или би се вршило да није било одвођења или задржавања (други услов). Право на старање може нарочито проистацати из закона, судске одлуке или одлуке органа управе, као и из споразума који је пуноважан према праву државе у којој је дете имало уобичајено боравиште непосредно пре одвођења или задржавања.

34 *Akbarali v Brent London Borough Council; Abdullah v Ahropshire County Council; Shabpar v Barnet London Borough Council; Jitendra Shah v Barnet London Borough Council; Barnet London Borough Council v Nilish Shah*, (1983) 2 AC 309[1983] 2 WLR 16, [1983] 1 All ER 226, HL. У овом случају је било речи о примени прописа о образовању. Петоро страних студената је поднело захтев локалним властима да им се одобри награда која је била обавезна осим у погледу странаца који немају боравиште у Енглеској у протекле 3 године. Захтев четворо студената је одбијен и пред локалним властима и у поступку по жалби поднетој Окружном суду (*Divisional Court*). У односу на петог студента, жалба је била допуштена. Потом је о жалбама четворо студената и локалних власти (у случају петог студента) одлучивао Апелациони суд, који је поново одбио жалбе 4 студента јер се сматрало да немају боравиште у Енглеској с обзиром да обраовање не може бити повод за његово стицање јер је реч о боравку чије је трајање унапред одређено, а жалбу петог студента дозволио. Нове жалбе су поднете Кући лордова (*House of Lords*), који је усвојио све жалбе студената сматрајући да образовање може бити основ за стицање боравишта.

35 Образложење које је у име свих судија дала Лејди Хејл, Одлука Врховног суда *ad 54 v*). Иначе, *Ша формула* се односила на концепт (*привременог*) боравишта (*ordinary residence*), а не уобичајеног боравишта. Због тога је позивање на ову одлуку у случајевима утврђивања уобичајеног боравишта детета окарактерисано у теорији и као иронично.

17. Када је конкретно реч о уобичајеном боравишту Харуна, Врховни суд је истакао и да „одојче или дете млађег узраста дели друштвено и породично окружење са оним лицима (без обзира да ли су то родитељи или друга лица) од којих зависи.³⁶ Услед тога, неопходно је оценити интегрисаност тог или тих лица у друштвено и породично окружење у релеватној држави“.³⁷ С тим у вези, не би се могло тврдити да је породица засновала уобичајено боравиште у Пакистану јер је очигледно да не постоји таква намера оба родитеља и у погледу тога је постигнута сагласност свих судија. Како је истакао Врховни суд, уобичајено боравиште детета процењује се на основу интегрисаности у друштвено и породично окружење лица од којих оно зависи. Ако је пресељење последица једностране одлуке, при чему је други родитељ непрестано покушавао да се врати у државу свог уобичајеног боравишта, онда се не може говорити о интегрисаности породице у нову средину у којој је задржана услед насиља у породици.

Надаље, будући да се Врховни суд сложио у погледу могућности стицања уобичајеног боравишта у једном дану, можемо поставити и ново питање - да ли би онда било довољно да Харун проведе само тај један дан у Енглеској како би стекао уобичајено боравиште, које већ имају и његова мајка, сестре и брат? Чини се да би такав захтев онда био усмерен на задовољење пуке форме. Наиме, у том случају би било очигледно да је уобичајено боравиште Харуна све време фактички гравитирало ка Енглеској, а да је било потребно само да коначно и угледа небо изнад ње, макар на један дан.³⁸

18. Осим тога, ниједна од судских одлука на које се Врховни суд позивао у образложењу већине, како истиче Лорд Хјуз, заиста се није тичала породице која је против своје воље задржана у другој држави јер је један од родитеља прибеглао насиљу у породици.³⁹ Самим тим се може поставити питање

Видети R. Shuz, *Habitual residence of children under the Hague Child Abduction Convention – theory and practice*, Child and Family Quarterly, Vol. 13, No 1, 2001.

36 Овај став Врховног суда заправо се заснива на одлуци Европског суда правде у случају *Mercredi v Chaffe* (C-497 PPU; INCADAT HC/E/ 1044). Видети *infra ad* 38.

37 Одлука Врховног суда, образложење Лејди Хејл *ad* 54 vi).

38 Слично овом аргументу, судија Хјуз у свом мишљењу с правом наводи да би одговор сваког, *осим* правника, на питање где је уобичајено боравиште детета рођеног док је мајка била на одмору у Шпанији или на прекоморском крстарењу или док је бежала из неке државе, било „тамо где имају и мајка, браћа и сестре, наравно.“ Видети одлуку Врховног суда, издвојено мишљење Лорда Хјуза *ad* 88.

39 То су, пре свега, два случаја које је решавао Европски суд правде и који представљају камене темељце схватању уобичајеног боравишта детета. Први (C-523/07 од 2. априла 2009. године, INCADAT HC/E/ 1000) се тичао троје деце која су живела и у Финској и у Шведској са својом мајком и очухом. Будући да је очух био насилан према њима, организована је алтернативна брига о њима од стране локалних органа у Финској.

оправданости примене класичног начина за утврђивање уобичајеног боравишта детета (који подразумева боравиште у одређеној држави) и у случају малог *Харуна*. Парадоксално, поводом једине одлуке која је донета у случају *B v H (Habitual Residence: Wardship)*, чије околности неодољиво подсећају на случај *Харун*, већина судија је сматрала да је приступ по коме

Спровођење мере је прекинуто и породица се преселила у Шведску децембра 2001. године. У лето 2005. године отишли су на одмор у Финску. Породица је живела у приколицама и камповима, а деца нису похађала школу. Октобра исте године пријавили су се за социјално становање. Средином новембра мајка и очух су отишли у Шведску а децу су оставили код очухове сестре. Истог месеца деца су преузета на старање с обзиром да су сматрана напуштеном. Према одлуци Суд правде ЕУ, уобичајено боравиште треба да означава нешто више од пуке физичке присутности детета. Суд правде ЕУ је заузео став да у случају деце мањег узраста уобичајено боравиште одређује намера родитеља, али само као један од могућих индикатора, посебно ако између родитеља постоји неслагање о овом питању. Суд је сматрао да се уобичајено боравиште детета мора одређивати **на основу свих околности конкретног случаја**. Поред физичке присутности, други фактори треба да укажу да није реч о краткотрајном или привременом боравку. Ту је пре свега назначио следеће критеријуме: **степен интегрисаности у друштвену и породичну средину**, трајање, редовност, **услове и разлоге за останак на територији одређене државе** чланице, пресељење породице, држављанство детета, место и услови похађања школе, познавање језика, породичне и друштвене везе детета у конкретној држави. У другом случају (*C 497/10 PPU Mercredi v Chaffe* од 22.12.2010. године, INCADAT HC/E/ 1044) који је Суд правде ЕУ разматрао, мајка је повела своју двомесечну ћерку на острво Реунион као своју државу порекла, у намери да тамо стално живе. Отац није живео са њима и није био титулар родитељског права нити је био у браку са мајком а није био наведен ни у матичној књизи рођених као отац. Суд правде ЕУ је у својој одлуци, позивајући се на ставове из случаја *C-523/07*, проширио критеријуме за утврђивање уобичајеног боравишта детета. Тако је посебан значај дат **узрасту детета**, мајчином географском и породичном пореклу и породичним и друштвеним везама које мајка и дете имају у новој држави. Породично и друштвено окружење детета је основно за утврђивање његовог уобичајеног боравишта, као што је његов узраст од посебног значаја. Тако, **млађе дете нужно дели друштвену и породичну средину круга људи на које је упућено и од којих зависи. Његова средина је суштински породично окружење одређено вољом лица са којима оно живи**. Слично томе, ни одлуке енглеских судова на које се већина судија Врховног суда позивала у образложењу нису донете у случевима који би били слични Харуновом. Тако се у случају *Al Habtoor v. Fotheringham* [2001] EWCA Civ 186 (INCADAT HC/E/Uke 875) поставило питање уобичајеног боравишта дечака чија се цела породица преселила у Дубаи у коме је живео отац. Међутим, мајка се накнадно предомислила и вратила у Енглеску без дечака, те се поставило питање да ли је и дечак поново стекао уобичајено боравиште у Енглеској с обзиром да мајка јесте. Такође, у случају *In re M (Abduction: Habitual Residence)* [1996] 1 FLR 887, родитељи су се договорили да пошаљу сина у Индију до његовог пунолетства како би га подизали баба и деда. Мајка се накнадно предомислила и поставило се питање да ли дечак који је још увек био у Индији може поново стећи уобичајено боравиште у Енглеској само на основу тога што се мајка предомислила.

боравиште *изузетно* не мора да постоји погрешан. Штавише, једина разлика између ова два случаја је та што је дете у *B v H (Habitual Residence: Wardship)* зачето у Енглеској, а рођено у Бангладешу, док је Харун стицајем околности зачет и рођен у Пакистану *након* што је његову породицу отац присило да остану у овој држави. Међутим, као што је већ истакнуто, највећи проблем у прихватању приступа којим би се у изузетним околностима дозволило одступање од објективног елемента уобичајеног боравишта детата везан је за чињеницу да је већина судија сматрала да се на тај начин повлачи аналогија са пребивалиштем, што је, видели смо, ипак дискутабилно.

19. Насупрот томе, Лорд Хјуз у свом издвојеном мишљењу наводи важне аргументе у смислу изузетног одступања од постојања боравишта. Пре свега, Европски суд правде, као и енглески судови чије је одлуке Врховни суд овом приликом разматрао,⁴⁰ приликом утврђивања уобичајеног боравишта детета полазе од тога да је породица примарно окружење одојчета односно детета млађег узраста, те да његово уобичајено боравиште тада зависи од степена интегрисаности његове породице узимајући у обзир *све* околности случаја. Када се овај став примени на случај *Харун*, онда се не могу пренебећи да су *све* околности *потпуно специфичне* – да су мајка, сестре, браћа, па и он, силом задржани, те да је породица интегрисана у енглеску средину, а не ону у Пакистану. Међутим, може се тврдити и да је Харун након сада већ три године проведене у Пакистану у одређеној мери већ интегрисан у средину у којој је рођен и коју једино познаје као своју,⁴¹ с обзиром да живи у Пакистану, да се у Пакистану остварује непосредно старање о њему, да су у овој држави његов отац, рођаци, две старије сестре и брат.⁴² Међутим, како Лорд Хјуз истиче, то је само зато што га је, баш као и сестре и брата, отац *силом незаконито задржао*.⁴³

20. Постојање боравишта као услова за стицање уобичајеног боравишта детета, чак и у случајевима који нису толико специфични као случај *Харун*, није апсолутно најважнији елемент, већ његов значај зависи од других околности случаја.⁴⁴ Тако је чак и боравак од 11 година био без значаја за

40 Видети *supra ad 39*.

41 Мада се не може пренебегнути чињеница да је томе допринео и необично дуг поступак пред Апелационим судом.

42 Одлука Врховног суда, издвојено мишљење Лорда Хјуза *ad 87*. Харун је, подсећања ради, рођен октобра 2010. године. У тренутку покретања поступка имао је 7 месеци. Одлука Врховног суда је донета 9. септембра 2013. године, када је имао већ 3 године.

43 *Ibidem*.

44 Како наводи и судија Лорд Хјуз, одлука Врховног суда, издвојено мишљење *ad 87*.

стицање новог уобичајеног боравишта детета.⁴⁵ Осим тога, ни у случају Харунових сестара и брата, чињеница да су они живели у Пакистану годину дана дуже (од 2009. године) у односу на Харуна (од 2010. године) и да су уписани у пакистанске школе није, по мишљењу Врховног суда, било довољно да објективни елемент (боравак) превагне. Дакле, ако постојање објективног елемента није пресудно чак и када изузетно дуго постоји као у претходном примеру, онда би уобичајено боравиште детета могло постојати и без њега будући да оно није ни могло настати услед неочекиване, али озбиљне присиле. Заправо, ни у једној одлуци на које се Врховни суд позива није дат одговор на питање да ли је присуство увек неопходно.⁴⁶ Тим питањем се, као што Лорд Хјуз с правом истиче, није до сада бавио ни Европски суд правде. Једина разлика између Харуна и његових сестара и брата је у томе што он није присутан у Енглеској, а није присутан зато што га је отац незаконито задржао применом силе. Упркос томе, Харун је део исте породице као и његове сестре и брат који имају уобичајено боравиште у Енглеској јер, као што смо видели, судска пракса *не дозвољава* да се уобичајено боравиште деце мења вољом *само једног родитеља* када се родитељско право врши заједнички.

3. Последице одлуке Врховног суда у случају Харун на незаконито одвођење и задржавање деце

21. Такође, постоји још један изузетно важан аргумент, који наводи и Лорд Хјуз, а којим се указује на шири значај случаја *Харун*. Наиме, уколико се мишљење већине судија Врховног суда о томе да уобичајено боравиште Харуна није у Енглеској сматра исправним, онда би га отац могао одвести из Пакистана и у неку другу државу, а да одвођење не буде квалификовано као незаконито. При томе треба имати у виду да сукцесивна пресељења деце из једне у другу државу нису реткост, посебно када родитељ покушава да осујети извршење одлуке којом се дете поверава другом родитељу. Ако дете, пак, у оваквим околностима може бити без уобичајеног боравишта, онда његово накнадно пресељење никада не би могло да се подведе под појам незаконитог одвођења или задржавања у смислу Конвенције 1980. Другим речима, да је Пакистан у ком живи Харун којим случајем држава уговорница Конвенције 1980 да ли би мајка могла да тражи његов

⁴⁵ Случај *Isaacs v. Rice*, 1998 U.S. Dist. Lexis 12602. Наведено према R. Schuz, *Policy Consideration in Determining the Habitual Residence of a Child and the Relevance of Context*, *Journal of Transnational Law and Policy* 11, 2001, стр. 56. У домаћој литератури случај наводи и П. Ђундић, *op.cit. supra ad 4*, стр. 565-566.

⁴⁶ Као што судија Хјуз и примећује. Одлука Врховног суда, издвојено мишљење Лорда Хјуза *ad 87*.

повратак? Одговор већине судија Врховног суда био би – не, јер Харун нема уобичајено боравиште у Енглеској те његов боравак у Пакистану није незаконит иако је ту само зато што отац силом не дозвољава да оде из ове државе. Насупрот томе, ако би став Врховног суда био да је Харун стекао уобичајено боравиште у Пакистану, да ли то значи да један родитељ може вршећи насиље у породици да издејствује останак деце у одређеној држави против воље другог родитеља који такође врши родитељско право?

22. Потврдан одговор на последње питање заиста може да угрози примену Конвенције 1980 уколико се уобичајено боравиште детета у сличним ситуацијама доведе у питање. Наиме, пракса енглеских судова једна је од најутицајнијих и најчешће цитираних и у одлукама судова других држава уговорница.⁴⁷ С обзиром да се одређивање уобичајеног боравишта детета показало као проблематично услед различитих тумачења, праћење упоредне судске праксе је, за сада, можда и једини начин да се унапреди функционисање Конвенције 1980.⁴⁸ У том смислу, иако се случај Харун, као што је већ речено, не односи на примену те конвенције (јер Пакистан није држава уговорница), његов значај у погледу утврђивања уобичајеног боравишта детета је несумњив. Наиме, у *INCADAT* бази случајева Хашке конференције која се води поводом примене Конвенције 1980 он је званично означен као веома важан.⁴⁹ Управо зато, ако би се прихватила одлука већине судија Врховног суда по којој Харун нема уобичајено боравиште у Енглеској само зато што никада није био у њој, иако је то последица незаконитог понашања оца, онда се тиме, *en général*, даје зелено светло родитељима да могу на силу задржавати децу без икаквих последица. Заправо, на тај начин се дозвољава да се *легалује* понашање родитеља које би иначе требало да буде квалификовано као незаконито одвођење или, у овом случају, задржавање.

Управо зато се стиче утисак да у одлуци већине судија Врховног суда није довољно пажње поклоњено *изузетним* околностима овог случаја односно прихичком и физичком насиљу које је спречило да Харун заједно

47 Довољно је погледати случајеве унете у званичну базу *INCADAT* (<http://www.incadat.com>) Хашке конференције за међународно приватно право да би се стекла права слика о значају одлука судова Уједињеног Краљевства. Ипак, међу њима има и оних којима је чак дозвољено да фактичка веза добије превагу над различити намерама родитеља у погледу заснивања уобичајеног боравишта детета, уколико је боравак довољно дуго трајао. Више Р. McElevy, *Habitual residence and children*, *International Family Law*, March 2012, стр. 21.

48 *A v A and another (Children: Habitual Residence) (Reunite International Child Abduction Centre intervening)* [2013] UKSC 60 [2013] 3 WLR 761 *INCADAT* HC/E/Uke 1233, *INCADAT Comment ad Habitual Residence*.

49 *INCADAT* HC/E/Uke 1233.

са мајком, сестрама и браћом оде у Енглеску. Овакво понашање оца је имало за циљ да мајци онемогући повратак у Енглеску *са децом* и присили је да *остане* у Пакистану. Баш зато су сви судови који су одлучивали у случају Харун сматрали да мајка и троје старије деце нису изгубили уобичајено боравиште у Енглеској. Такође, од тренутка када је сазнала за трудноћу, мајка је интензивирала позиве сигурној кући у Енглеској (чије је „услуге“ и раније користила заједно са децом) молећи за помоћ,⁵⁰ што додатно говори о томе да је она све време имала намеру да се врати у Енглеску, укључујући и период пре и током трудноће, као и након Харуновог рођења. Осим тога, одузимањем пасоша мајци и деци, отац је прекршио и једно од основних људских права – право на слободу кретања. У таквој ситуацији, није постојала никаква могућност да се мајка заједно са децом врати у Енглеску.

23. Стога се стиче утисак да је у случају малог Харуна физичко присуство односно одсуство *однело превагу над свим другим, неспорно изузетним, околностима случаја*. Насупрот томе, у свим одлукама Суда правде ЕУ које је Врховни суд цитирао боравак је само један од елемената, који има значаја у мери у којој је у сагласности са другим фактичким околностима, пре свега, са степеном интегрисаности *породице* којој дете припада у одређену средину. Када би присуство имало већи значај од других околности, онда не би биле могуће ситуације у којима дете нема уобичајено боравиште ни у једној држави.⁵¹ Заправо, све околности случаја Харун које су релевантне за утврђивање уобичајеног боравишта детета, сем физичког присуства,

⁵⁰ Из Одлуке Врховног суда, образложење Лејди Хејл, стр. 4 *ad* 6. Склониште у Енглеској је потврдило ову инфомацију.

⁵¹ Видети, на пример, врло значајну одлуку у случају *W. and B. v. H. (Child Abduction: Surrogacy)* [2002] 1 FLR 1008, INCADAT HC/E/Uke 470 од 18. 02.2002. године, којом је утврђено да близанци, зачети вештачком оплодњом, немају уобичајено боравиште ни у једној држави. Наиме сурогат мајка је затруднела у Калифорнији, али се након тога вратила у Енглеску да би се породила, прекршивши споразум са родитељима овако зачетих близанаца. Наиме, сурогат мајка је требало да се пред порођај врати у Калифорнију јер су родитељи желели да присуствују порођају. Стога су родитељи поднели захтев за повратак у складу са Конвенцијом 1980, али су морали да докажу да су деца имала уобичајено боравиште у Калифорнији пре незаконитог задржавања. Према праву ове савезне државе родитељско право припада само биолошком оцу јер је јајна ћелија донирана. Штавише, спор између сурогат мајке и америчког брачног права настао управо када је сурогат мајка сазнала да је у питању близаначка трудноћа и тужила брачни пар суду у Калифорнији. Суд у Калифорнији је, тим поводом, донео одлуку којом је утврдио да заједничко родитељско право припада америчком брачном пару „...јер сурогат мајка није ни у каквом родитељском односу ни са једним дететом.“ Међутим, у време када се поступак за повратак водио пред судом у Енглеској, деца су била стара само 3 месеца и све време су живела у Енглеској са сурогат мајком која је, неспорно, имала уобичајено боравиште у овој држави. Високи суд (*High Court*) је одбио

гравититрају управо ка Енглеској. Присуства нема јер га је отац силом онемогућио.

24. Но, могло би се тврдити и да се у оваквим случајевима ради о *невољном* уобичајеном боравишту, које постоји када је једно лице принуђено да живи у одређеној средини у којој се обрело мимо своје воље. Паралела би се у том случају могла повући у односу на уџбеничке примере уобичајеног боравишта Робинзона Крусое или, пак, затвореника.

У том смислу је енглески суд у често цитираној одлуци у случају *Cameron v. Cameron*⁵² заузео следећи став:

„Боравиште не мора увек да буде засновано добровољно пре него што постане уобичајено боравиште. На пример, иако Робинзон Крусое није имао прилику за бекство, врло је вероватно да је он имао уобичајено боравиште на свом пустом острву.“

Слична је ситуација и са затвореницима јер ни њихов боравак у затвору није добровољан, али они ипак, до истека казне, имају уобичајено боравиште у држави у којој је издржавају. Међутим, по мом мишљењу, ова два случаја се у погледу чињеничних околности значајно разликују од случаја *Харун*, што онемогућава да се између њих стави знак једнакости. С једне стране, у случају Робинзона Крусое, стицање уобичајеног боравишта је резултат дејства *више силе* која је узроковала бродолом и Крусоеов останак на пустом острву. С друге стране, пак, затвореници стичу уобичајено боравиште зато што су осуђени и лишени слободе на основу *правноснажне судске одлуке*. Харун, пак, са своје стране, не борави у Пакистану нити на основу одлуке суда нити услед дејства *vis maior*. У његовом случају, задржавање јесте резултат силе, али не више, већ оне коју је применио родитељ!

25. Такође, могло би се тврдити и да пракса поводом Конвенције 1980 допушта да (невољно) боравиште детета однесе превагу над другим околностима (пре свега, над намером родитеља) у случајевима стицања

захтев за повратак детета јер је утврђено да деца немају уобичајено боравиште ни у Енглеској ни у Калифорнији:

„...На крају, морам закључити да ова деца, без обзира какви су правни односи у питању, једноставно немају уобичајено боравиште у Калифорнији у којој никада нису била. Ако бисмо тврдили да имају, то би била у одређеном степену вештачка творевина која није у складу са чињеницама... Исто тако, не сматрам ни да она имају уобичајено боравиште у Енглеској. Упркос томе што се, према енглеском праву, не сматра њиховом мајком, она нису биолошки повезана са њом...дошао сам до закључка да за сада ова деца немају уобичајено боравиште...“

52 1996 SC 17, INCADAT HC/E/UKs 71.

уобичајеног боравишта детета.⁵³ Ипак, то важи само за поједине ситуације када боравиште детета дуго траје, али је и тада овакав став резултат основне идеје Конвенције 1980 – *спречавање отмичара да из свог незаконитог понашања извуче корист*.⁵⁴ Међутим, на случај малог Харуна се не може применити ни овај начин размишљања јер закључак да Харун по рођењу није стекао уобичајено боравиште у Енглеској управо *награђује* оца који га је задржао у Пакистану.⁵⁵

53 Тако Ђундић наводи да „вишегодишњи боравак у једном месту неизбежно доводи до заснивања редовног боравишта, па и ако једно лице на том месту борави противно својој вољи, законским нормама или судској одлуци.“ П. Ђундић, *op.cit. supra ad 4*, стр. 566.

54 Видети посебно случај *Friedrich v. Friedrich*, US Court of Appeals; 983 F Supp 2d 1396, INCADAT HC/E/USf 142. Овај случај се односио на примену Конвенције 1980. Дечак Томас рођен је у Немачкој. Његова мајка је америчка држављанка, која је у својству војног лица била смештена у америчкој бази у Немачкој, а отац има држављанство Немачке. Када је Томас имао скоро две године, родитељи су се растали. Мање од две недеље након тога, мајка је одвела Томаса у САД, а да претходно није обавестила његовог оца. Након пар недеља, отац је поднео захтев за Томасов повратак према Конвенцији 1980, пошто је претходно суд у Немачкој донео одлуку о самосталном вршењу родитељског права у корист оца. Критеријуми које је у случају *Friedrich v Friedrich* истакао амерички Апелациони суд, заправо, представљају илустрацију теста фокусираног на дете: 1) дете може имати само једно уобичајено боравиште, 2) уобичајено боравиште подразумева уобичајени боравак пре одвођења (пресељења), 3) суд треба да гледа уназад а не унапред, 4) одређује се уобичајено боравиште детета, а не његових родитеља, 5) уобичајено боравиште детета се може променити само након географске промене и по протеклу одређеног временског периода, а не услед промена наклоности родитеља, и 6) географска промена мора да претходи пресељењу. INCADAT HC/E/USf 142 *ad legal basis*.

55 Тим поводом се можемо запитати и да ли би задржавање Харуна било незаконито у хипотези да се Конвенција 1980 може применити. Тада би било речи о тзв. „предвиђеном задржавању“ који подразумева дилему да ли задржавање може постати незаконито пре одређеног датума предвиђеног за повратак, како је овај случај окарактерисан у INCADAT бази. Судови држава уговорница Конвенције 1980 су у већем броју случајева негирали могућност да задржавање пре одређеног датума за повратак постане незаконито зато што је оно било последица или 1) споразума родитеља (случај о коме је одлучивао Апелациони суд у Хонг Конгу, *B.L.W. v. B.W.L.* [2007] 2 HKLRD 193, INCADAT HC/E/CNh 975. Такође и одлука Апелационог суда Новог Зеланда у случају *P. v. Secretary for Justice* [2004] 2 NZLR 28, INCADAT HC/E/NZ 583. Посебан случај који би спадао под споразум родитеља је и онај у коме је подељено уобичајено боравиште детета резултат договора родитеља те се боравак код једног од њих у складу са споразумом не може сматрати незаконитим задржавањем. Одлука суда у Шкотској, *Watson v. Jamieson* 1998 SLT 180 INCADAT HC/E/UKs 75) или 2) чињенице да још увек није протекло договорени период који дете проводи са другим родитељем (тада боравак још увек није постао незаконит јер је захтев за повратак детета преурањен - видети одлуку Апелационог суда САД, *Toren v. Toren*, 191 F.3d 23 (1st Cir. 1999), INCADAT HC/E/USf 584) или 3) пристанка родитеља који тражи повратак детета (Одлука француског

26. Коначно, у свим наведеним примерима (Робинзон Крусо, затвореници, спречавање отмичара да извуче корист) реч је *промени* уобичајеног боравишта одређеног лица, када се заснивањем *новог* уобичајеног боравишта прекида веза са државом *претходног* уобичајеног боравишта. Насупрот томе, случај *Харун* није пример промене уобичајеног боравишта детета већ заснивања *првог* уобичајеног боравишта детета у *тренутку његовог рођења* у околностима које су несвакидашње.

27. Ови аргументи говоре у прилог тези да *изузетне околности* ситуације у којој се дете налази захтевају *специфичан приступ проблему утврђивања његовог уобичајеног боравишта*. То не значи да би евентуално одступање од обавезног услова боравишта детета у одређеној држави постало правило нити се, пак, поистовећују пребивалиште и уобичајено боравиште, што је, као што смо видели, била главна бојазан Врховног суда. Управо супротно, ово одступање би било резултат оцене *изузетних* фактичких околности. На тај начин се, у сличним случајевима, родитељима шаље јасно упозорење да не могу извући корист из свог незаконитог понашања, те да судови неће толерисати примену силе и манипулацију децом. Коначно, с обзиром да, како чак *све* судије Врховног суда примећују, ниједно мишљење поводом оваквих случаја није *acte claire*, све су очи сада упрте у Суд правде ЕУ⁵⁶ који треба да постави јасне критеријуме у атипичним ситуацијама, као што је случај *Харун*⁵⁷ или *неки други слични случај*.

Касационог суда у случају *Cass Civ 1ère 19/03/2002 (Arrêt n° 516 FS-P, pourvoi n° 00-17692), INCADAT HC/E/FR 512*) С тим у вези, очигледно је да боравак малог Харуна у Пакистану није резултат ниједног од ових разлога. Штавише, могло би се тврдити и да он никада и није био законит. У том смислу и судија Лорд Хјуз наводи да је задржавање Харуна у Пакистану постало незаконито одмах по његовом рођењу. Видети Одлуку Врховног суда, издвојено мишљење Лорда Хјуза *ad 93*.

56 Суд правде ЕУ до сада заиста није имао сличан случај, али оно што охрабрује јесте чињеница да је његов приступ индивидуалистички односно прави се разлика између деце у зависности од узраста и степена развоја. Тако су до сада разматрани случајеви деце која су напустила школу; деце школског узраста; деце млађег узраста и одојчади, с тим што околности нису биле сличне онима из случаја *Харун*. Видети више о овој пракси Суда правде ЕУ, Р. McElevay, *op.cit. supra ad 47*, стр. 20-23.

57 Ова могућност постоји и зависиће од одлуке првостепеног суда о надлежности. Наиме, ако он одлучи да не заснује надлежност на основу Харуновог држављанства, онда Харунова мајка може да затражи обраћање Суду правде ЕУ који би потом требало да појасни тест уобичајеног боравишта детета. Видети образложење Лејди Хејл, Одлука Врховног суда *ad 67*.

Sanja Marjanović, LL.D.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Habitual Residence of the Child: Judgment in Haroon case

Summary

In general, the concept of habitual residence includes the presence of two elements: the actual residence (objective element) and the intent to establish the main residence (subjective element). In time, given the need to adapt to different circumstances, the general concept has become so diversified that it now covers a number of subject-specific concepts. One of these subject-specific concepts is the habitual residence of the child. In spite of the specific features underlying the subjective element of child's habitual residence (whose relevance necessarily varies depending on the child's age), there has been no dispute so far about the necessity of meeting the requirement on the objective element (actual residence).

However, the latest decision of the UK Supreme Court rendered in Haroon case in November 2013 raises doubt about the common formerly uncompromising position that the child necessarily has to reside in the territory of a specific state in order to be granted habitual residence. This dilemma is by no means inconsequential because it plays the key role in the application of the Hague Convention on Civil Aspects of International Child Abduction (1980), particularly given the fact that Serbia is a Contracting State to this Convention. In this paper, the author analyses the reasons for forsaking (in exceptional circumstances) the objective element of residing in a particular country as a requirement for obtaining the child's habitual residence status. This is particularly important in case when the non-existence of this requirement (the actual residence) is a consequence family violence.

Key words: *child's habitual residence, residence, intention, family violence, wrongful retention and removal of children.*

УРЕДБА О ИНТАБУЛАЦИЈИ ИЗ 1839. ГОДИНЕ¹*

Апстракт: Хипотекарно право, као део стварног права којим је регулисано заложно право на непокретностима, први пут је уређено у Србији Уредбом од 14. септембра 1839. године. Ауторка најпре објашњава стање у својинским односима у тридесетим годинама XIX века, промене до којих долази у тој области након обнародовања Хатишерифа из 1830. и 1833. године и законодавне активности српских власти у циљу успостављања имовинске сигурности. Након тога, излаже и објашњава систем хипотекарног права који је успостављен првом Уредбом о интабулацији. Решења Уредбе и њен значај посматра у конкретним историјским околностима, оцењујући их не само према начелима хипотекарног права, већ и реалног стања у својинским односима Србије у посматраном периоду.

Кључне речи: Уредба о интабулацији, хипотекарно право, Србија, својински односи.

¹ * Рад је резултат истраживања на пројекту: "Усклађивање права Србије са правом Европске уније", који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

Увод

Уређење хипотекарних односа у Кнежевини Србији започело је 1839. године. Услови за спровођење тог процеса настали су када је након Хатишерифа из 1830. и 1833. године у Србији укинута феудализам и када је као самоуправна провинција Отоманског царства добила право да самостално дефинише своје унутрашње уређење. Сложени својински односи у Отоманском царству, специфичан феудални систем и поседе са различитим правним статусом, уступили су тада место приватној својини над земљом.

Потпуна неуређеност својинских односа и отоманско наслеђе, условиће вишедеценијску несигурност у овој области, коју Србија, и поред различитих законодавних активности, неће превазићи ни у наредном веку.

У таквим околностима је донета Уредба о интабулацији 1839. године, акт којим се први пут у Србији уређује заложно право на непокретностима. Ова Уредба ће, уз допуне из 1849. године, важити до доношења наредне, 1853. године. Убрзо ће и она бити замењена Уредбом која је ступила на снагу 1. јануара 1855. године, која ће као додатак члану 326 Српског грађанског законика важити све до доношења Закона о неважности правних прописа донетих пре 6. априла 1941. године.

Да би се у потпуности разумела прва решења којим се у Србији уређује заложно право на непокретностима, морају се најпре сагледати околности које су утицале на изграђивање и дефинисање права својине, услови у којима је до првих законских решења дошло, као и наслеђе које је млада Кнежевина унела у свој самосталан живот.

1. Промене у својинским односима у тридесетим годинама XIX века

Приватна својина је један од материјалних услова који чини основу хипотекарног права. Стога је неопходно, ради његовог бољег објашњења, осврнути се на развој приватне својине у посматраном периоду.

1.1. Формалне претпоставке за укидање отоманског баштинског система у Србији, створили су Хатишерифи из 1830. и 1833. године, којима Србија постаје самоуправна провинција Отоманског царства. Промене у до тада постојећем баштинском систему најављене су беседом кнеза Милоша поводом Хатишерифа који је Србија добила 1829. године: „Цар нам својим ферманом утврђује да неће међу нама бити више других Турака, осим оних, који ће чувати градове и да се нама предају сва имања турска у Србији, пак што је приватно имање турско било, као миљкови, куће, дућани, воденице, ливаде и проча, то да откупимо; а што је царско било као спахилуци, зијамети и мукаде, да ми управљамо, а за приходе данак да плаћамо“.²

2 М. Гавриловић, *Милош Обреновић III*, Београд 1912, 153.

Из реченог се види да је већ тада направљена разлика између феудалних (војних) поседа, с једне стране, и приватних добара Турака, с друге. Судбина феудалних добара у Србији (тј. Смедеревском санџаку) одређена је чланом 4 Хатишерифа из 1830. године, који одређује да ће приходи са тимара и зијамета који ће прећи под власт Срба бити процењени, након чега ће се, заједно са приходима предела чије се припајање Србији очекује, плаћати јединственом сумом.

Добра која су била у приватном власништву Турака подвргнута су посебном режиму. Она су могла бити продата Србима у року од годину дана, по правичној цени коју би одредила комисија. Уколико, пак, Турци не би хтели да продају своја добра, приходи са њих би били процењени и заједно са данком уплаћивани београдској благајни, која би их онда исплаћивала Турцима (чл.11).³

1.2. Због бројних проблема који су пратили тај процес, рок за откуп турских добара је Хатишерифом из 1833. године продужен на пет година, али се и то показало недовољним.⁴ Овај Хатишериф такође решава и спахијско питање, коначним утврђивањем суме која се на име данка има плаћати Отоманском царству. У данак се урачунавају приходи од „тимара, зијамета и муката, који правленије има прећи у руке Срба, арач и сви данци вообште, кои су досад примани ил' у готову новцу, ил' у натури, ког му драго имена били“. За разлику од претходног, Хатишерифом из 1833. године се утврђује нека врста обавезе откупа турских поседа, која одговара обавези Турака да се, након истека продуженог петогодишњег рока, иселе из Србије или да населе унутрашњост утврђења.

Док је овај легалан начин укидања отоманског баштинског система потпуно јасан, остаје отворено питање на који начин су Срби постали власници земље који обрађују и ко је постао власник - Кнежевина, породица, појединац?

1.3. Из сачуваних прописа и других извора може се закључити да су српске власти на различите начине настојале да уреде процес откупа турске земље. У првим годинама након обнародовања хатишерифа поступак откупа је прилично неуједначен и чини се да су се одлуке доносиле према околностима конкретног случаја. Касније је поступање било уједначеније, али су ипак прописи који су са тим циљем издавани често непрецизни. Међутим, несигурност у области својинско-правних односа била је толика

3 Текст Хатишерифа из 1830. године у: Д. Матић, *Јавно право Књажевства Србије*, Београд 1851, 33.

4 Текст Хатишерифа из 1833. године у: *Ibid.*, 45.

да се оправдано може претпоставити да и изграђеније државе не би са више успеха решиле постојеће проблеме.

Обим овог рада не дозвољава да се питање откупа земље у потпуности осветли, али ће пар примера послужити за поткрепљење изнетих тврдњи.

Један од првих прописа којима се интервенише у својинским односима био је „Закон на повраћај земаља“ из 1839. године⁵, чије је доношење инспирисано великим бројем парница које су се појавиле пред судом након обнародовања Устава из 1838. године, којим се учвршћује право својине.⁶ Несумњиво да је циљ српских власти био отклањање нејасности и давање упутства судовима, али одредбе овог Закона откривају и суштинско неразумевање отоманског баштинског система. Тако чл. 5 одређује да се до 1833. године за праве власнике земљишних поседа могу сматрати само они који су обезбеђени тапијама, док су остали само држаоци земље, јер су „прави и савршени господари“ спахије. Спахије у Отоманском царству никада нису биле власници поседа који су им додељивани ради уживања прихода, стога је овакво одређење суштински нетачно.⁷ Наредни члан Закона објашњава положај сељака на спахијским поседима након прекида спахијске везе 1833. године: „...постали су сви Срби праве сајбије своји земаља и изравнали су се са онима, кои тапије на земљу имају. И зато како е кои онда што притажавао, и гди се који у оно време затекао, ондако је оно постало његова собственост, која е морала бити невредима...“

Док су на овај начин решавани својински односи на спахилуцима, питање откупа турских приватних имања (миљкова) изазивало је још веће проблеме.

Уредба којом је најпре покушано уређење ових питања је „Уредба за откупљивање турски земаља“ од 16. децембра 1843. године.⁸ Ова Уредба предвиђа право прече куповине за сељаке који живе на поседу који Турчин жели да прода. Тек уколико такав сељак одбије понуду учињену преко надлежног суда да земљу откупи, продавац ће слободно бирати коме ће је продати. Уредба наглашава (мада истовремено каже да се то претпоставља) да ће Турци моћи да продају само земљу чији су прави власници (миљк-сајбије) и за коју поседују тапију. Да ова Уредба није била довољна да

5 *Сборник закона и уредба и уредбени указа I*, Београд 1840, 103.

6 В. Чл.46 и 65 Устава из 1838. Текст Устав у: Н. Ранђеловић, М. Тодоровић-Крстић, *Одабрани извори из државноправне историје јужнословенских народа*, Београд 2009, 115.

7 О томе в. „Хатишерифи из 1830. и 1833. године и земљишна својина у Србији“, *Зборник Правног факултета у Нишу, тематски број - Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова*, Ниш 2012, 463-478.

8 *Сборник закона и уредба и уредбени указа III*, Београд 1847, 168.

спречи разне злоупотребе које су се вршиле приликом купопродаје турских земаља, показује наредна, од 1. августа 1845. године, којом српске власти поштравају поступак доказивања власништва предвиђањем обавезе да се власништво доказује, сем тапијама, и сведоцима који ће потврдити да је Турчин који продаје земљу Србину заиста власник.⁹

Да би процес преласка земље у српске руке био успешно окончан, било је потребно, пре свега, прецизирати ко има право да прода земљу. Међутим, у жељи да ово питање уреде, српске власти издају прописе који понекад уносе додатну забуну. На пример, Циркулар Попечитељства (министарства) правде од 15. априла 1844. године, одређује да „Правитељство Српско признаје све оне тапије, биле оне спајиске, или војводске, или чије му драго, које Турци имају на земље лежеће у атару оног места где су они живели до изласка њиховог из Србије“.¹⁰ Међутим, у отоманском баштинском праву и држаоци мири земље (на којој је власништво имала само муслиманска заједница, изводећи своје право из врховног власништва Бога)¹¹ могли су имати тапије, јер је тапија била најпре потврда о плаћању таксе (тапу) приликом преноса поседа са једног лица на друго.¹² Дакле, наведено решење из Циркулара се не односи само на Турке који продају сопствена добра (миљк), што је потпуно у нескладу са формалним оквиром откупа имања, постављеним хатишерифима.

Сачувани извори показују да је у пракси, приликом откупа турских имања долазило до најразличитијих ситуација. Купована су имања од Турака који су могли да се као власници легитимишу тапијом, али такође и имања без тапије.¹³ Поред тога, изгледа да је и сама власт учествовала у њиховој куповини, па их касније продавала сељацима.¹⁴ Из извора се такође може закључити да је процес откупљивања добара трајао много дуже од Хатишерифом предвиђеног петогодишњег рока, али и да су том

9 *Ibid.*, 86.

10 Б. Недељковић, *Историја баштинске својине у Новој Србији од краја 18 века до 1931*, Београд 1935, 195.

11 О томе, М. Тодоровић, „Хатишерифи из 1830. и 1833. године и земљишна својина у Србији“, *Зборник Правног факултета у Нишу, тематски број - Заштита људских и мањинских права у европском правном простору: тематски зборник радова*, Ниш 2012, 463-478.

12 Једно од права које је спахија имао на свом поседу је управо учешће у преносу поседа уз плаћање таксе „тапу“.

13 Писмо саветнику Милисаву Здравковићу о куповини без тапија, 16. јун 1835. године: Архив Србије ЗМП 4476; Налог да се не купују земље без тапија од 7. септембра 1834. године: Б. Перуничкић, *Земљишна својина у Србији 1815-1845*, Београд 1977, 287.

14 Б. Перуничкић, *Ibid.*, 288.

приликом чињене озбиљне злоупотребе, нарочито од стране припадника старешинског слоја.¹⁵

2. Решења из Уредбе о интабулацији од 14. септембра 1839. године

Први акт Кнежевине Србије којим је регулисано заложно право на непокретностима је Уредба о интабулацији од 14. септембра 1839. године.¹⁶ Привредни развој захтевао је регулисање кредитних односа, што је условило потребу за формалном регулативом. Намера законодавца видљива је већ из уводног дела прве Уредбе о интабулацији, у којем се каже: „Сматрајући кредит или међусобну веру и сигурност као велику подпору сваке полезне радње, трговине и промишљености, обратили смо вниманије наше на средства, којима би се у Отечеству нашем дугови код дужника обезбедили...“.¹⁷ Поред увођења интабулационих књига, у које ће се уписивати дугови чија се исплата одређеним непокретностима гарантује, из увода се назире и намера увођења баштинских књига. То произилази и из члана 9, у коме стоји да ће интабулациони протокол бити повезан са књигом или списком непокретних добара, који ће такође водити судови. Међутим, чак и након што је постојање баштинских књига било предвиђено Српским грађанским закоником 1844. године, потом и Решењем о увођењу баштинских књига из 1850. године¹⁸, ове књиге још дуго неће бити уведене у Србији, а прописи који се на њих односе ће се тумачењем примењивати на тапијски систем.

2.1. Увођење интабулационих књига које би водили судови у складу је са *начелом публицитета* које важи у хипотекарном праву. Упис у интабулационе књиге (или друге јавне регистре), тражи се у са циљем да се хипотека учини јавном. Јавност хипотеке обезбеђује вишеструку корист. Пре свега, увећава се кредитни потенцијал и пружа безбедност онима који дају зајмове на залог непокретних добара.¹⁹ Ипак, такво решење није одувек постојало у свим системима.²⁰

15 Видети, на пример, „Предмет о ислеђењу злоупотреба у Подринско-Савској команди на основу тужби крајишника на Л. Теодоровића због незаконикте куповине турских земаља и поступка са сељацима“. Архив Србије, ЗМП 4826.

16 *Сборник закона и уредба и уредбени указа I*, Београд 1840, 122.

17 Текст ове Уредбе и свих правних прописа који су цитирани у овом раду, донекле су прилагођени савременом српском језику.

18 *Сборник закона и уредба и уредбени указа V*, Београд 1853, 126.

19 Л. Марковић, *Хипотекарно право*, Београд 1911, 97-98.

20 Начело публицитета води порекло из германског права. Усвојено је и у француском Грађанском законнику, након занимљиве расправе. Наиме,

Упис у интабулационе књиге у тапијском систему има конститутивно дејство.²¹ Упис, дакле, ствара право које се уписује.²² Без њега, постоји потраживање повериоца, али не и право да се наплати из вредности дужникове непокретности. У литератури је изнето и становиште да упис не ствара право, јер ако право (потраживање) пре тога не постоји, неће ни настати уписом у интабулациони протокол.²³ Међутим, неспорно је да ће у случају сукоба формалног и материјалног права, превагу однети материјално, али то не оспорава конститутивност уписа. За интабулирано право важи оборива претпоставка да постоји. Уколико би се утврдило супротно, морало би да се екстабулира. Једна од основних разлика између интабулације у тапијском систему и систему земљишних књига је управо та што у тапијском систему за упис не важи фикција апсолутне тачности.

2.2. У Уредби из 1839. одређено је да сваки поверилац може захтевати обезбеђење свог потраживања на непокретности дужника. Из овога се може закључити да за упис интабулације није потребан *пристанак дужника*, из чега произилази да по одредбама ове Уредбе, воља дужника није правни основ за уписивање интабулације. Упис интабулације независно од воље дужника доводи до ограничења права својине дужника вољом повериоца. Међутим, *clausula intabulandi*, тј. безусловна изјава власника непокретности да пристаје да поверилац упише хипотеку на његовој непокретности, представља основни елемент уговорне хипотеке.²⁴ Дужник, власник непокретности, мора сам пристати на ограничење свог права. Такво решење је предвиђено већ наредном Уредбом о интабулацији из 1853. године. Предвиђено је да се „интабулација може удејствовати само

Актом од Бримера из 1798. године, већ је било уведено начело публицитета, као и специјалност хипотеке. Међутим, у расправи о пројекту, представници „старог режима“ били су против таквог решења, наводећи да је систем са тајном хипотеком био много једноставнији и да је више одговарао слободи уговарања. Принцип јавности хипотеке је ипак однео превагу, највероватније захваљујући залагању Касационог суда који га је бранио. М. Planiol, *Traité élémentaire de droit civil, tome II*, Paris 1902, 810.

21 М. Лазић, „Значај јавног регистра за хипотеку“, *Анали правног факултета у Београду, Земљишне књиге и јединствена евиденција*, 2003, 227; С. Георгиевски, *Тапискиот систем во Југославија*, Скопје 1978, 47.

22 То је основна разлика између уписа у интабулациону књигу и уписа у књигу тапија које има само декларативан карактер (књиге тапија су у српско право уведене тек Законом о тапијама 1929. године).

23 Ф. Чулиновић, *Коментар Закона о издавању тапија*, Пожаревац 1932, 29.

24 М. Лазић, *Стварно право*, Ниш 2009, 255

у следству саизвољенија дужниковог.²⁵ Према решењима Уредбе из 1853. године, дужник може дати пристанак писмено или усмено пред судом, а у случају да је писмени документ којим се потврђује постојање дуга и пристанак поверилаца на упис интабулације оверен код суда, интабулација ће се уписати одмах.

Овде се, као претходно, може поставити питање: ко је дужник? Свакако, власник непокретности на којој се захтева упис интабулације. Међутим, у поступку прописаном овом Уредбом се не тражи да дужник докаже да је власник одређеног имања. Безмало век касније ће Законом о издавању тапија бити прописано да нико не може интабулисати уговорену хипотеку (интабулацију), нити прибелешку (пренотацију), ако суду не поднесе тапију од непокретног имања на које се има да интабулише. Такво решење без сумње иде у прилог сигурности обезбеђивања потраживања, али његово непредвиђање у првим прописима о интабулацијама не би требало приписати ни случајности, нити неукости српских правника, већ реалном стању у својинским односима.²⁶

2.3. За упис интабулације *надлежан је окружни суд* на чијем подручју се налази дужникова непокретност. Уколико би се непокретност налазила на подручју више судова, интабулација уписана код једног не би била довољна, већ би поверилац, за делове непокретности који су на подручју другог округа, морао тражити посебну интабулацију код надлежног окружног суда. Надлежност суда се одређује искључиво према месту на коме је непокретност, јер се на тај начин обезбеђује сигурност у правном промету. Уколико би се надлежност одређивала према пребивалишту дужника, могло би се десити да повериоци буду изиграни.

2.4. Услов за упис интабулације је *писмени доказ о потраживању*. Поступак прописан овом Уредбом одређује да ће након примљеног захтева за упис интабулације, поткрепљеним писменом исправом, суд позвати дужника да се изјасни да ли дуг признаје или не. У случају потврдног одговора, интабулација ће одмах бити уписана, уколико пак дуг не призна, уписаће се само прибелешка, а о спорном дугу ће бити покренута парница (чл.6). Прибелешком ће стварно право бити стечено условно. Ова Уредба не

25 29. новембар 1853. године. *Сборник закона и уредба и уредбени указа VII*, Београд 1854, 121.

26 Говорећи о том решењу, А. Лазаревић наводи да ће „он у прво време, док појединци не буду били у могућности да се снабдеју са уредним тапијама од свога имања, чинити велике тешкоће правном и кредитном саобраћају.“ А. Лазаревић, „О изменама у нашем баштинском праву“, *Архив за правне и друштвене науке* књ.37/1930. Уколико је таква оцена тачна за тридесете године XX века довољна је да се претпостави, чак и без прецизнијег знања о томе, какво је стање било скоро читав век раније.

прецизира шта ће се десити уколико поверилац успе да у поступку пред судом оправда своју тражбину. Каснија Уредба, из 1854. године, већ садржи прецизнија правила. Уколико би суд утврдио да дуг постоји, таква прибелешка би имала снагу интабулације (чл.20). Прибелешка би аутоматски била претворена у интабулацију, с пуним правним дејством и важношћу „од дана пријављења, а не по суд. пост. чл. 561. од дана дозвољења“.²⁷ Овако привремено уписане хипотеке у интересу су повериоца и обезбеђења њихових потраживања. Изјашњавање дужника о дугу неће бити тражено, уколико би писмени документ о дугу био потврђен код суда. У том случају би интабулација одмах била уписана (чл.7).

2.5. Уредба из 1839. године не предвиђа да писмена исправа о дугу, која је услов за упис интабулације, мора садржати тачне податке о износу тражбине, што говори да овом Уредбом није уведено *начело специјалности хипотеке*. Ово начело, поред начела публицитета, тековина је модерног права. Састоји се у захтеву да се тачно одреди и предмет хипотеке и сума која се хипотеком обезбеђује, са циљем прецизног одређивања имовног стања дужника у погледу реалних терета. На тај начин, извештајем о тачном имовном стању дужника са прецизно одређеним добрима која поседује, која су хипотекована и износом хипотека, повериоцима се пружају добре гаранције да ће им потраживања бити обезбеђена.²⁸ Специјалност хипотеке је двострука и постоји као специјалност добра и специјалност тражбине.

Околност да Уредбом није предвиђена обавеза специјализације добара на која се ставља хипотека у исправи која представља основ за њено конституисање, говори да је овом Уредбом усвојен систем генералних хипотека. Овај систем је напуштен Уредбом о интабулацији из 1854. године, када је чланом 9 одређено да се „захтевања без определителног назначења непокретног добра“ морају одбити.²⁹

27 Уредба од 19. новембра 1854. године, *Сборник закона и уредба и уредбени указа VIII*, Београд 1856, 29; В. Рајчевић, „Паралела између предбележбе заложног права по Закону о земљишним књигама и досадање прибелешке – као средстава обезбеђења“, *Архив за правне и друштвене науке*, књ.26, 4/1933, 302.

28 Л. Марковић, *Хипотекарно право*, 106 и даље.

29 С тим у вези, Уредба из 1854. године дужнику оставља могућност да у обавезној дозволи уписа интабулације прецизно назначи добра на којима ће бити уписана интабулација или да само уопштено дозволи упис на своја непокретна добра (чл.8). Из овога би се могло закључити да добра на која се ставља хипотека не морају бити специјализована у исправи која представља основ за конституисање хипотеке, али морају у повериочевој молби за упис. Ј. Вукотић, *Стицање земљишнокрњижних права уписом у јавне регистре* (докторска дисертација), Београд 2012, 104.

Поред тога, Уредба из 1839. године не предвиђа да у писменој исправи која је услов за конституисање хипотеке буде тачно одређена тражбина. Због проблема која је оваква неодређеност изазвала у поступању судова, Попечитељство (министарство) правосуђа затражило је од Савета тумачење тачке 6 ове Уредбе. Савет је свим министарствима упутио објашњење 23. новембра 1849. године.³⁰ У њему одређује да суд не треба да уважи захтев за упис интабулације, уколико лице које упис захтева ничим не би показало какав је дуг, тј. уколико би дуг остао „посве неизвестан и неодређен“. У том случају, Савет одређује да суд не сме учинити ни приблешку, све док се у судском поступку ове чињенице не утврде.

Решење са истим циљем усвојено је и Уредбом из 1854. године. Одређено је да писмена исправа са неодређеним дугом („у којој новчана сума не би и у квалитету и у количеству изложена била“)³¹ не може бити предмет интабулације (чл.5).

2.6. Према Уредби из 1839. године, поверилац има *право следовања*. У случају да оптерећено добро буде пренето на другога (продајом или другим начином), интабулација ће још увек важити и поверилац ће моћи да се намири из вредности непокретног добра (чл.11). Савесни купци нису заштићени од евикције, па Уредба препоручује да сваки купац провери да ли је непокретност оптерећена интабулацијом. При том су судови дужни да купца обавесте о теретима. Ова дужност суда је разумљива, јер се пренос непокретности, према тада важећем праву, обављао пред судом. Овде је занимљиво питање шта ће се десити уколико суд погрешно обавести купца да непокретност нема терет? Имајући у виду чл.17 Уредбе, који предвиђа да ће судија који је дозволио исплату дуга из вредности хипотековане непокретности повериоцу који није имао првенство, бити дужан да сам исплати повериоца који је таквим поступком оштећен, аналогним тумачењем могло би се закључити да би и у случају давања погрешне информације купцу да добро није оптерећено, штету требало да надокнади судија. Међутим, нема доказа да је тако било у пракси.

Чини се да српске власти нису у потпуности разумеле право следовања и начин на који оно обезбеђује интересе хипотекарних повериоца. На тај закључак наводи Решење од 28. априла 1853. године, које наређује да судови не могу потврђивати продају хипотековане непокретности без одобрења хипотекарног повериоца. Кроз неколико година увидело се да је такво решење супротно, како одредбама Грађанског законика, тако

30 *Сборник закона и уредба и уредбени указа V*, Београд 1853, 59.

31 *Уредба о интабулацији, Сборник закона и уредба и уредбени указа VIII*, Београд 1856, 29. „Квалитету“ се овде вероватно односи на одређену валуту.

и природи својинских овлашћења. То је довело до издавања Наредбе, да „судови у будуће могу пренос другом обтерећеног непокретног добра одобравати и тапије потврђивати и без питања интабулираних повериоца, само што ће суд дужан бити, пре него што тапију купцу изда, у интабулациони протокол исто добро на име купца пренети, са назначењем од кога га је купио и назначити какви терети на њему постоје...“.³² Овакво резонување је потпуно разумљиво. С једне стране, захваљујући праву следовања, интереси повериоца су обезбеђени и он ће моћи да намири своје потраживање из хипотекованог добра. С друге стране, власник добра је слободан да својим добром располаже, дакле и да га прода. Међутим, питање сукоба тапије и хипотеке остало је спорно и у деценијама које су уследиле, како у судској пракси, тако и у теорији.³³

2.7. Члан 12 Уредбе из 1839. године дозвољава да иста непокретност буде неколико пута интабулирана. Истовремено, одређује да ће се *првенство* хипотекарних поверилаца утврђивати према времену уписа интабулације, дакле према правилу *prior tempore potior iure*. Питање о времену уписа важно је са гледишта поверилаца утолико што се према времену уписа одређује и ранг хипотеке. Раније уписана хипотека има и бољи ранг, тако да ће се хипотекарни поверилац наплаћивати пре поверилаца који су хипотеку уписали посе њега.³⁴ На тај начин се отклања колизија између титулара више стварних права поводом исте ствари, када се продајом хипотековане ствари не могу намирити сва потраживања чијем обезбеђењу она служи.³⁵ Према Уредби, првенство ће имати поверилац који је први уписао интабулацију, независно од тога када је настао дуг ради чијег обезбеђења се интабулација уписује, док ће хипотекарни повериоци свакако имати првенство у односу на хирограферне (обичне) повериоце, чије потраживање није обезбеђено хипотеком. У случају да се истог дана у једном заседању јави више поверилаца са захтевом за упис интабулације, члан 13 одређује да ће првенство имати онај ко би се први јавио.

Утврђивање правила о рангу хипотеке извршено је и Указом којим је ова Уредба допуњена 6. марта 1842. године.³⁶ Поводом питања које је

32 24. октобар 1860. *Сборник закона и уредба и уредбени указа XIII*, Београд 1861, 151.

33 Касациони суд је с тим у вези донео одлуку да ће купац, коме је суд издао тапију на продато добро не обавестивши га о хипотеци која на њему постоји, бити у предности у односу на повериоца чије је потраживање заштићено том хипотеком. Та одлука је била оштро критикована у литератури. В. Ж. Перић, „О првенству између интабулације (хипотеке) и тапије (убаштињења), *Архив за правне и друштвене науке* књ.10, 1/1910, 1-17.

34 Л. Марковић, *Хипотекарно право*, 115.

35 М. Лазић, „Значај јавног регистра за хипотеку“, 231.

36 *Сборник закона и уредба и уредбених указа II*, Београд 1845, 163.

Попечитељство правосуђа поставило Савету, о поступку судова у случају да на исто добро дужника више поверилаца истовремено тражи упис интабулације, кнез издаје Указ који се додаје члану 13 Уредбе. Постојеће решење, које међу повериоцима који истог дана на исто добро желе да упишу интабулацију првенство у наплати даје ономе ко се први јавио, допуњено је правилима о првенству уколико се деси да повериоци истовремено затраже упис. Одређено је да ће под тим околностима сви повероци, на једном месту и под истим бројем бити заведени, што значи да ће потраживања бити истог ранга.

Уколико вредност непокретности у случају кризе или банкротства не би била довољна да намири све интабулисане дугове, отворио би се поступак извршења ради наплате свих поверилаца. Овде Уредба открива и на који начин су овакве ситуације решаване у прошлости. Наиме, из члана 19 се посредно може закључити да су до издавања ове Уредбе повериоци сразмерно наплаћивали дуг из вредности непокретности. Даље постојање такве праксе Уредба забрањује, али не прецизира на који начин ће бити решаван случај када вредност хипотековане непокретности није довољна за намирење свих поверилаца, већ само предвиђа да ће то бити регулисано посебном уредбом. У сваком случају, предност ће имати повериоци који су своје потраживање обезбедили хипотеком. Поред овога, предвиђене су и привилеговане тражбине које имају апсолутну предност. Из вредности непокретности најпре ће бити издвојене туђе ствари, а потом и новац за подмирење трошкова самог имања, плаћање данка и других давања, трошкова погребна, малолетних чланова породице или слуге, трошкова доктора, лекова или сл. (члан 21).

Правила о поступању са привилегованим потраживањима које држава има према имовини презадуженог дужника прецизирана су 1861. године. Потраживања државе (на име данка или општинских трошкова) нису ограничена на поједина добра дужника, већ су обезбеђена свим његовим добрима равномерно. Пре отварања стечаја³⁷ над имовином дужника чија је имовина преоптерећена хипотекама, полицијске власти по свом нахођењу могу одредити из ког дела имовине ће наплатити потраживања државе. Уколико би се десило да се са тим циљем прода непокретност на којој је била хипотека повериоца, онда би тај поверилац имао право првенства у односу на остале хипотекарне повериоце.³⁸

2.8. Чланови 15 и 16 говоре о поступку *брисања хипотеке*, тј. о поступку екстабулације. Предвиђено је да интабулација производи своје дејство све

37 Стечај се у овом акту користи за означавање инсолвентности дужника.

38 14. априла 1861. године; *Сборник закона и уредба и уредбени указа XIV*, Београд 1862, 85.

док се судски не избрише, истим начином на који је и уписана. Ово решење је у потпуности у складу са основним принципом хипотекарног права, да се хипотека једино прибавља уписом у јавне књиге, а да престаје исписом из истих. Тај принцип, додуше, у српском праву није спроведен до краја, као у правима која допуштају заснивање хипотеке као самосталног и од личне тражбине независног права, будући да је хипотека у српском праву само споредно право, дакле везано за судбину главног права.³⁹ Да је тако, види се и у члану 16 Уредбе из 1839. године, који предвиђа да зајмодавац или дужник морају доказати да је дуг исплаћен, након чега интабулација мора бити избрисана. Из формулације овог члана произилази да Уредба, као начин престанка хипотеке, препознаје само брисање интабулације због престанка тражбине услед исплате дуга.

3. Опште карактеристике Уредбе о интабулацији из 1839. године

3.1. Хипотекарно право у посматраном периоду, као и српско право у целини, одликује термилошка неизграђеност и непрецизност. У првој Уредби о интабулацији то се види у неколико ствари. Најпре, намеће се питање зашто наш законодавац у акту којим се први пут уређује ова област не помиње термин хипотека, који од римског права означава залог на непокретностима. Интабулација (*intabulare, intabulatio*) значи упис или бележење у таблице или књиге.⁴⁰ Дакле, упис уопште, не само у заложном праву на непокретностима. Међутим, овде није реч само о коришћењу неадекватног термина, већ и о погрешној употреби термина интабулација, који се меша са појмом хипотека. Интабулација није хипотека, већ упис хипотеке, док је хипотека предмет интабулације.⁴¹

Термилошка непрецизност види се и у томе што се у свим члановима Уредбе користи реч зајмодавац, уместо речи поверилац. Тражбина ради чијег обезбеђења се врши упис хипотеке, не мора проистицати из зајма. Погрешно означавање повериоца као зајмодавца постоји и у наредним уредбама (из 1853. и 1854. године), као и у решењима која се тичу залог у Српском грађанском законнику.⁴²

39 Л. Марковић, *Хипотекарно право*, 193.

40 Ђ. Павловић, *Хипотекарно право у Кнежевини Србији*, Београд 1868, 2.

41 С. Георгиевски, *Енциклопедија имовинског права и права удруженог рада* III, 279; Ј. Вукотић, 93.

42 Коришћење погрешног термина у чл.304 СГЗ: „ствар она, на којој зајмодавац такво право има, да ако дужник по обавези на време њега намирио не би, он себе из ње намири, зове се залог“, Л. Марковић објашњава погрешним преводом чл. 447 АГЗ, тачније, термина *Gläubiger*, који означава повериоца, а не зајмодавца. Л. Марковић, *Хипотекарно право*, 5.

3.2. Уредба о интабулацији из 1839. године, као и у касније уредбе, не помиње да ли се уписом у интабулационе књиге може, сем хипотеке, стећи и службеност. Ово питање је остало спорно и након кодификације приватног права 1844. године. Законик, наиме, у члану 342 одређује да се службености прибављају истим начином као и својина. То значи, да се службености стичу уписом у јавну књигу.⁴³ Међутим, Законик претпоставља постојање баштинских књига, а због немогућности њиховог увођења, 13. јула 1850. године одређено је да пред судом потврђене тапије и други уговори о преносу права имају исту правну важност као и убаштињење, тј. упис у јавне књиге. Из реченог произилази да би и службености требало прибављати издавањем и преносом тапије, међутим, такво решење је немогуће, јер се тапија издаје само за својину, не и за остала стварна права.⁴⁴ Питање стицања службености је тако постало спорно, али преовладава мишљење да се службености, уз хипотеку, могу прибавити уписом у интабулациону књигу.⁴⁵ Будући да су елементи тапијског система, као система о правима на непокретностима, поред тапије (касније књиге тапија) и интабулационе књиге, овакво решење се намеће као једино логично.

Закључак

Приликом процене правног система којим су уређивани својински односи и хипотекарно право у првим деценијама након стицања самоуправе, треба сагледати фактичко стање у својинским односима које карактерише потпуна несигурност. Како је и сам кнез Милош проценио у писму војним командантима 1837. године: „Будући да је к обезбеђенију сопствености која је свакому дужна бити неприкосновена, потребно је најпре знати шта је чија сопственост“.⁴⁶ Озбиљност српских власти да уреде својинске односе види се из анкете о обичајима у вези са наслеђем и држањем непокретних добара, чије спровођење је тим писмом наређено. Упркос чињеници да је систем грађанског права највећим делом настао преузимањем готових решења из других држава, ова анкета показује да се и те како водило рачуна о постојећим обичајима и да је постојала свест да закони треба да буду у складу са њима. Штавише, из писма кнеза Милоша које прати анкету, види се да је настојао не само да утврди обичаје у својинским односима, већ и да дође до предлога како би односи требало да буду уређени. Исте, 1837. године, наређен је и попис и процена добара Турака који су се иселили из

43 В. Д. Матић, *Објасненије Грађанског законика за Књажество Србско*, Београд 1850, 474.

44 С. Георгијевски, *Енциклопедија*, 279.

45 О томе в: М. Бартош, *Основи приватног права*, 110-111; Ђ. Павловић, *Хипотекарно право у Кнежевини Србији*, 259; Ф. Чулиновић, *Коментар*, 30-31; С. Георгијевски, *Тапискиот систем*, 43; Ј. Вукотић, 98-99.

46 Архив Србије КК, XXI-284.

Србије и утврђивање ко је купио одређена добра, као и да ли купац поседује или не поседује тапију.⁴⁷ То опет говори о напорима да се стекне прави увид у својинске односе, као претходница гарантовања неповредивости имовине. Одрицање српским властима сваке креативности и разумевања настанка права, више је одраз неразумевања услова у којима је израстала држава и процеса изградње правног система, него одраз правог стања ствари.

Поматрајући само текст Уредбе о интабулацији из 1839. године, може се донети неколико закључака. У њој је изражено начело следовања, дакле, поверилац је могао да се наплати из вредности хипотековане непокретности и у случају промене власника хипотекованог добра, као и начело акцесорности, јер хипотека настаје ради осигурања потраживања, као главног права, чију судбину дели. Такође, изражено је и начело првенства код утврђивања ранга хипотеке, које се огледа у томе да раније уписана хипотека има приоритет у односу на касније уписану. Као основне недостатке Уредбе из 1839. године, треба истаћи да не предвиђа начело деволуције, тј. није потребно одобрење власника да се конституише хипотека, као ни начело специјалности, јер допушта упис генералних хипотека. Поред тога, у њој се не прави разлика између интабулације и хипотеке и оставља потпуно нерегулисаним могућност стицања службености уписом у интабулационе књиге. Недостаци овог правног акта којим се први пут уређује хипотекарно право у Србији, условили су његову допуну 1849. године, потом и издавање нове Уредбе 1853. године, а затим и 1854. године.

На овај начин се може тумачити текст Уредбе, међутим, не и дати одговор на питање зашто су почеци хипотекарног права били такви; не могу се објаснити разлози настанака прописа којим се регулише заложно право на непокретностима и његов каснији развој. Одговор на та питања захтева сагледавање оквира у којем је настало хипотекарно право, а који чине: развој државе, својински односи и њихова правна уређеност, као и потребе развоја привреде, у периоду у којем је ова Уредба и настала. Имајући све то у виду, може се закључити да су почеци хипотекарног права, ма како рудиментарни они били у очима данашњих правника, били напредни за друштво и време којима су били намењени. Потреба за хипотекарним кредитом, као моћним фактором развоја економског живота, условила је појаву правних прописа којима се хипотека регулише, пре него што је успостављена минимална сигурност питањима обезбеђења и гарантовања својине, у чијем окриљу се заложно право на непокретностима развија.

47 Архив Србије, ЗМП 7308; Такође и „Наставленије о процени неоткупљених имања“, Архив Србије ЗМП 4918; О продаји након истека рока од пет година в. „Рапорт Начелства окружја Ђупријског Попечитељству финансија“, Архив Србије, ЗМП 7862.

Miljana Todorović, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

INTABULATION ORDINANCE (1839)

Summary

Mortgage law is an area of real property law regulating the right of pledge on real estate. In Serbia, this area was first regulated in the Intabulation Ordinance issued on 14 September 1839 governing the registration of land titles in land registers. In that context, the author first provides an overview of the general state of affairs in property relations in the 1830s, describes the changes in property legislation after the proclamation of the Ottoman Hatisheriffs (decree) of 1830 and 1833, and explains the legislative activities of the Serbian authorities aimed at establishing legal certainty and securing property rights. In the central part of the paper, the author focuses on the mortgage law system which was established by the first Intabulation Ordinance of 1839. The legal solutions contained in this Ordinance and its overall legal significance are observed with reference to the specific historical circumstances. These legal solutions are analyzed and evaluated not only on the the grounds of the underlying principles of mortgage law but also considering the actual situation in property relations in the Principality of Serbia in the observed period.

Key words: *Intabulation Ordinance of 1839, mortgage law, Serbia, property relations*

ПРЕТХОДНО ИСПИТИВАЊЕ ТУЖБЕ (БЛАГОВРЕМЕНО О БЛАГОВРЕМЕНОСТИ)¹

Апстракт: Припремни поступак, као фаза првостепеног поступка, служи припремању главне расправе као централног дела првостепеног поступка. Циљ припремног поступка, између осталог, јесте оцена испуњености услова за допуштеност пружања правне заштите. Иако је законодавац таксативно набројао случајеве у којима је суд дужан да, након претходног испитивања, тужбу одбаца као недопуштену, пракса показује да суд неретко пропушта прилику да о процесним претпоставкама одлучи у овој фази поступка. Из тог разлога, ауторка је, сагледавајући ток једног конкретог поступка, указала на важност благовременог одлучивања о процесним претпоставкама, али и поставила питање да ли важећа процесна правила остављају суду предуги рок да одлучује о испуњености појединих процесних претпоставки.

Кључне речи: процесне претпоставке, благовременост, припремни поступак, претходно испитивање тужбе.

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске Уније”.

Допуштеност пружања правне заштите

Право на правну заштиту јесте аутономно, јавно субјективно право које је прокламовано Уставом Републике Србије² и најзначајнијим међународним документима.³ Према чл. 32. Устава, свако има право да независан, непристрасан и законом већ установљен суд, правично и у разумном року, јавно расправи и одлучи о његовим правима и обавезама, основаности сумње која је била разлог за покретање поступка, као и о оптужбама против њега. У чл. 6. Европске конвенције прописано је да свако, током одлучивања о његовим грађанским правима и обавезама или о кривичној оптужби против њега, има право на правичну и јавну расправу у разумном року пред независним и непристрасним судом, образованим на основу закона.

Наспрам права на правну заштиту стоји обавеза суда да иницијалну ствар узме у разматрање, спроведе законом прописан поступак и донесе правилну одлуку. Да би један (парнични) поступак понео епитет законитог поступка, потребно је да испуни све гаранције предвиђене Уставом и међународним уговорима и буде спроведен према правилима (парничног) поступка. Правна заштита пружена је не само онда када суд мериторно одлучи о правој ствари која је била повод и посредан предмет конкретне парнице, већ и онда када нађе да нису испуњени услови за пуноважно заснивање, пуноважно развијање и пуноважно окончање једног процесног односа. Водећи рачуна о допуштености правне заштите, суд заправо води рачуна да ли су испуњене све процесне претпоставке прописане за вођење сваког или неког одређеног парничног поступка.⁴

2 Устав Републике Србије, „Сл. гласник РС“, бр. 98/2006, у даљем тексту и Устав.

3 Видети, између осталог Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода измењене у складу са Протоколом број 11, Протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 4 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода којим се обезбеђују извесна слобода и права који нису укључени у Конвенцију и Први Протокол уз њу, Протокола број 6 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне, Протокола број 7 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Протокола број 12 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода и Протокола број 13 уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода о укидању смртне казне у свим околностима, „Сл. лист СЦГ“ – међународни уговори, бр. 9/2003, (European Convention on Human Rights (Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)), у даљем тексту и Европска конвенција или Конвенција или Закон о ратификацији Међународног пакта о грађанским и политичким правима, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 7/71 (међународни уговори).

4 Међу више критеријума за поделу процесних претпоставки, постоји и онај који дели процесне претпоставке на опште и посебне, у односу на то да ли треба да буду испуњене у свакој парници или само у неким одређеним парницама (Гордана Станковић,

Значај процесних претпоставки је вишеструк. Са једне стране, оне представљају „брану“ за суд и имају за циљ да смање сувишно оптерећење судија и непотребно ангажовање правосудног апарата.⁵ Њима се, даље, обезбеђује правна сигурност и једнообразност у одлучивању.⁶ Напоследку, процесним претпоставкама суд штити једну парничну странку од шиканирања друге парничне странке, не дозвољавајући вођење поступака у оним ситуацијама када за тим не постоји оправдана потреба.⁷

Процесне претпоставке могу се међусобно упоредити према томе да ли о њима суд води рачуна по приговору странке или по службеној дужности; да ли се тичу суда, странака или спорне стране; да ли су од значаја за све или само за поједине парнице; да ли се на њих може указати у свакој фази поступка или постоји одређени тренутак у поступку када долази до валидирања једне процесне претпоставке. За све је, међутим, заједничко да благовремено откривање процесних сметњи доприноси остваривању начела ефикасности и економичности у поступку.⁸ Овим начелима се, пак,

Грађанско процесно право – парнично процесно право (прва свеска), Ниш, 2010, стр. 58). Пример за посебну парничну претпоставку може бити благовременост подизања тужбе у парницама за објављивање исправке неистините, непотпуне или нетачно пренете информације, а према правилима Закона о јавном информисању, „Сл. гласним РС“, бр. 43/2003, 61/2005, 71/2009, 89/2010 – одлука УС и 41/2011 – одлука УС).

5 Пример може бити постојање правног интереса, процесне претпоставке у погледу спорне ствари.

6 Литиспенденција, као процесна сметња која се тиче спорне ствари, има за циљ и да два суда не одлучују истовремено а различито о истој правној ствари.

7 Пример је поново (не)постојање правног интереса, мада то може бити и *res iudicata*.

8 Тако и Siniša Triva, Mihajlo Dika, *Грађанско парнично процесно право*, Zagreb, 2004, стр. 538: У већини случајева суд није преклудиран да у припремном поступку разматра наведена питања, али због разлога процесне економије ова питања је потребно што пре дефинитивно расправити како не би даљим наставком поступка били проузроковани непотребни трошкови и губитак времена. Да би начело процесне економије било остварено, процесне формалности морају да се сведу на меру која одговара савременој техници рада и пословног саобраћаја, методи рада морају бити прилагођени савременим схватањима о рационалисању духовне делатности, мора се остварити уштеда у времену и уштеда материјалних издатака (Опширније: Миливоје Марковић, *Основна начела парничног поступка*, Нови Сад, 1977).

остварује право на суђење у разумном року,⁹ које представља једну од компоненти права на правично суђење.¹⁰

Након што је показана веза: допуштеност пружања правне заштите – (правовремено реаговање на) процесне претпоставке – ефикасност и економичност поступка – право на суђење у разумном року – право на правично суђење – (поново) право на правну заштиту, поставља се питање на који начин је домаћи законодавац конкретизовао један од тих сегмената, допуштеност права на правну заштиту. Непосредни повод овог рада била је одлука Основног суда у Нишу којом је тужба одбачена због неблаговремености две године након њеног подизања, а након што је одржано 10 рочишта за главну расправу. Ова одлука потакла ме је да ако не одговорим на, онда бар отворим питање: да ли има сврхе о благовремености одлучивати неблаговремено? Из тог разлога, у раду ћу најпре анализирати правила припремног поступка, а затим ћу се бавити питањем благовремености, као једне од процесних претпоставки од које зависи допуштеност пружања правне заштите. Посебна пажња биће посвећена питању тренутка према коме се цени благовременост тужбе код преиначења, односно исправке и допуне тужбе, као проблему који је примећен у домаћој судској пракси.

9 Према пракси Европског суда за људска права, конкретизација овог стандарда зависи од следећих фактора: сложености правне ствари, понашања власти, важности предмета за подносиоца представке, односно ризика коме је подносилац представке изложен и понашања самог подносиоца представке (Опширније: Невена Петрушић, *Јуриспруденција Европског суда за људска права у заштити права на решавање грађанскоправне ствари у разумном року*, у: Европски систем заштите људских права: искуства и нови изазови, Ниш, 2005, стр. 199 – 221. Тако и Alan Uzelac, *Pravo na pošteno suđenje: opći i građansko-pravni aspekti čl. 6. st. 1. Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda*, у: Usklađenost hrvatskih zakona i prakse sa standardima Europske konvencije za zaštitu ljudskih prava i temeljnih sloboda, Zagreb, 2011, str. 96, с тим што се као критеријум додаје и број процесних стадијума кроз које је предмет прошао). У теорији се срећу и мишљења да је критеријум посебне важности предмета за подносиоца представке напуштен (Viktorija Mihić, *Pravo na pravično suđenje u razumnom roku*, у: Zbornik Pravnog fakulteta Sveučilišta u Mostaru, br. XVIII, 2005, str. 232).

10 Резултати истраживања показују неке драстичне резултате у погледу трајања парница у Србији. Тако, пред Првим основним судом у првостепеној фази поступка у тренутку спровођења истраживања налазиле су се 43 парнице које су старије од 20 година, а 573 које су старије од 10 година. Парница старијих од 10 година има и пред Другим основним судом (10), Основним судом у Нишу (две), Крагујеву (23) и Новом Саду (32). (Београдски центар за људска права, *Људска права у Србији*, 2012, str. 162).

Припремни поступак – појам, основна правила и значај

Припремни поступак јесте фаза првостепеног поступка која служи припремању главне расправе, као централног дела првостепеног поступка. Припреме за главну расправу обухватају претходно испитивање тужбе, достављање тужбе туженом на одговор, одржавање припремног рочишта¹¹ и заказивање главне расправе. Законодавац је прописао случајеве у којима је суд дужан да, по претходном испитивању тужбе, донесе решење којим се тужба одбацује. То су следећи случајеви: 1) ако одлучивање о тужбеном захтеву не спада у судску надлежност; 2) ако је тужба поднета неблаговремено, ако је посебним прописима предвиђен рок за подношење тужбе 3) ако о истом захтеву већ тече парница; 4) ако је ствар правноснажно пресуђена; 5) ако је у истој ствари већ закључено судско поравнање; 6) ако не постоји правни интерес тужиоца за подношење тужбе из чл. 194. овог закона (декларативна тужба, прим. А.Т), 7) ако је тужба неразумљива или непотпуна.¹² Ипак, ако нема довољно основа за доношење одлуке о неком питању које се појавило у току претходног испитивања тужбе, одлука о овом питању ће да се донесе по пријему одговора на тужбу или на припремном рочишту, односно на рочишту за главну расправу, ако припремно рочиште није одржано.¹³ Законодавац није нагласио да је по среди прво рочиште за главну расправу, чиме је оставио простора да суд о процесним претпоставкама одлучује до окончања главне расправе. То може довести до следећих ситуација: 1) да суд истовремено одлучи да је правна заштита недопуштено и неоснована затражена; 2) да суд истовремено одлучи да је пружање правне заштите недопуштено али основано затражено¹⁴; 3) да суд истовремено одлучи да је пружање правне

11 Резултати једног емпиријског истраживања, спроведеног, према расположивим подацима, у периоду 2001-2002 година, показују да је од 2212 прегледаних предмета, у оквиру којих је у 1300 било услова да се одржи припремно рочиште, оно одржано у 48.76%. Од активности које се на припремном рочишту могу предузети, у 28.71% забележено је само да странке остају при својим досадашњим наводима, на 51.26% су од странака затражена додатна појашњења о њиховим дотадашњим наводима, у 5.20% су разматране процесне претпоставке, а у 0.78% је због тога одбачена тужба. На 76.03% су извршене активности ради припремања доказног материјала за главну расправу, у 5.52% је одређено вештачење, у 1.42% увиђај, а било је и случајева одређивања извођења осталих доказа (Александра Недељковић, *Припремно рочиште у парничном поступку у теорији и пракси*, у: Правни живот, 12 (2002), стр. 179).

12 Чл. 294. ст. 1. т. 2. ЗПП.

13 Чл. 295. ЗПП.

14 Уколико нађе да је тражење правне заштите недопуштено, суд одбацује тужбу решењем. У том решењу, суд се не изјашњава о (не)основаности истакнутог захтева. Наведена ситуација се односи на оне случајеве у којима суд истовремено изводи доказе

заштите допуштено али неосновано затражено; 4) да суд истовремено одлучи да је пружање правне заштите и допуштено и основано затражено.

У првом случају, суд је уложио време и ресурсе да одлучује о основаности истакнутог захтева, а заправо нису биле испуњене процесне претпоставке за пружање правне заштите. Правосудни апарат је неоправдано ангажован, суд је беспотребно оптерећен а створени су трошкови у поступку, како судски тако и парнични. Иако је, на први поглед, тужени задовољан оваквом одлуком, претпоставка је да је и у његовом интересу било да се поступак оконча већ у фази припремног поступка, евентуално на првом рочишту за главну расправу. Тужилац је свакако незадовољан, а његово незадовољство чињеницом да није успео у поступку појачано сазнањем да је могао да плати ниже трошкове поступка да су процесне сметње уочене у раној фази поступка.

Друга ситуација изазвала би још већи револт парничних странака. Суд би одлучивао о суштитни истакнутог захтева, испитивао чињенице и прикупљао доказе, а да пружање правне заштите заправо уопште није допуштено. Поново би се створили непотребни трошкови поступка, уз нонсенс да треба да их надокнади странка за коју постоје изгледи да би, према доказима који су на расправи изведени, успела у парници. Неспорно је, наравно, да је и на њој одговорност што процесне сметње нису уочене раније, имајући у виду да о неким процесним претпоставкама суд води рачуна по службеној дужности а о неким по приговору странке, али то не може умањити одговорност суда што о процесним сметњама није одлучио пре окончања главне расправе.

Трећа и четврта ситуација могу се подвести под уобичајене ситуације, а странкама може да остане непознаница да је суд до доношења првостепене одлуке и даље имао неке процесне дилеме. То је, свакако, и последица непримењивања концепта отвореног правосуђења у домаћем праву. Овај концепт подразумева да је суд дужан да током поступка упознаје странке са ставовима од којих зависи усмеравање парнице, са својим радним тезама, квалификацијама, дијагнозама и оценама кад год оне одступају од страначких.¹⁵ На тај начин може да се избегне ситуација у којој су странке изненађене донетом пресудом, јер нису могле да предвиде околности и аргументе које ће суд да цени. Исто важи и за одлучивање о постојању процесних сметњи. Постоји могућност да странке верују да процесних сметњи нема ако суд у току припремног поступка, а најкасније на првом

и о допуштености и о основаности захтева за пружање правне заштите, па се током расправе код судије може створити уверење о оба питања.

15 Siniša Triva, Mihajlo Dika, *op. cit.*, str. 151.

рочишту за главну расправу није о њима одлучивао, а каткад ни указао странкама да се неко процесно питање јавило као спорно, уколико о њему води рачуна по службеној дужности а не по приговору странке. У том случају, ни странке нису у могућности да понуде чињенице и доказе којима ће спречити одбацавање тужбе.

Осим правила о претходном испитивању тужбе, која су иманентна сваком припремном поступку, нови ЗПП донео је и нека нова правила којима се повећава значај припремног поступка, али и одговорност коју странке и судије у овом стадијуму поступка имају.

Једна од најзначајнијих новина које је донео нови ЗПП јесте нови рок за преклузију странака у изношењу нових чињеница и нових доказа на главној расправи. Према чл. 308. ЗПП, странке су дужне најкасније на припремном рочишту, а ако припремно рочиште није држано, на првом рочишту за главну расправу изнесу све чињенице потребне за образложење својих предлога, да предложи доказе којима се потврђују изнете чињенице и да се изјасне о наводима и понуђеним доказима противне странке. Странке само изузетно могу износити нове чињенице и предлагати нове доказе до закључења главне расправе, уколико учине вероватним да их без своје кривице нису могле изнети раније. Иста ограничења важе и у поступку по жалби.

Припремни поступак додатно је добио на важности увођењем института временског оквира парнице.¹⁶ Према правилима о временском оквиру парнице, која су први пут прописана ЗПП-ом из 2011. године, суд је дужан да на припремном рочишту одреди временски оквир за спровођење поступка. Решење о одржавању временског оквира нарочито садржи: број рочишта, време одржавања рочишта, распоред извођења доказа на рочиштима и предузимање других процесних радњи, судске рокове као и укупно време трајања главне расправе.¹⁷ Већ у позиву за припремно рочиште странка се упозорава на дужност предлагања временског оквира парнице. Циљ овог института такође је остваривање права на суђење у разумном року.¹⁸

16 Времески оквир парнице изазвао је подељена мишљења међу правним теоретичарима. О оштрим критикама овог института опширније: Весна Ракић Водинелић, *Закон о парничном поступку Србије 2011*, у: Правни записи, год. II, бр. 2 (2011), стр. 516 – 526.

17 Чл. 308. Закона о парничном поступку („Сл. гласник РС“, бр. 72/2011, 49/2013 – одлука УС и 74/2013 – одлука УС, у даљем тексту и ЗПП).

18 Поставља се питање какве су последице пасивности странке приликом предлагања или одређивања временског оквира парнице, тј. да ли се она може позвати на повреду права на суђење у разумном року у уставној жалби или представци поднетој Европском суду за људска права. У образложењу предлога Закона наведено је да би странке

Примена правила о благовремености – осврт на случај из судске праксе

Повод да се у овом чланку детаљније обради питање благовремености, као једне од процесних претпоставки од значаја за допуштеност пружања правне заштите јесте одлука Основног суда у Нишу којом је суд, две године од њеног подизања, одбацио тужбу као неблаговремену. Спор који је био повод парници тицао се поништаја решења о распоређивању на друго радно место и поништаја решења о престанку радног односа. Тужила је, у складу са чл. 71. ст. 6. Закона о радним односима у државним органима,¹⁹ у року од 15 дана од дана доношења одлуке по поднетом приговору подигла тужбу пред надлежним судом.

Суд је, међутим, два и по месеца од подизања тужбе, тужили наложио да „прецизира“ тужбени захтев у делу који се односи на поништај наведених решења. Институт „прецизирања“ тужбеног захтева није регулисан Законом о парничном поступку, па није јасно која се тачно правила примењују на дату ситуацију. „Прецизирање“ тужбног захтева не може се поистоветити са објективним преиначењем тужбе,²⁰ будући да до објективног преиначења тужбе долази на иницијативу странке а не по налогу суда.²¹ Осим тога, за објективно преиначење тужбе након

биле лишене права да се позивају на повреду права на суђење у разумном, јер и саме учествују у временском управљању парницом, при чему је и суд везан временским оквиром. Има и мишљења да без обзира на одлуку странака у креирању временског оквира, за случај њихове пасивности, оне ипак не могу због тога да буду лишене права да се у случају повреде начела суђења у разумном року позивају на повреду овог права. Чини се да ће ова пасивност бити цењена заједно са оценом укупног понашања странке током парнице, злоупотребе процесних овлашћења и да ли је због њиховог понашања дошло до продуженог времена трајања парнице те би требало ценити и разлоге пасивности странке у сваком конкретном случају (Изабрани документи: *Стручни коментар - Временски оквир у новом Закону о парничном поступку*, Правна база Paragraf Lex).

19 “Сл. гласник РС”, бр. 48/91, 66/91, 44/98 - др. закон*, 49/99 - др. закон**, 34/2001 - др. закон***, 39/2002, 49/2005 - одлука УСРС, 79/2005 - др. закон, 81/2005 - испр. др. закона, 83/2005 - испр. др. закона и 23/2013 – одлука УС.

20 Тако и Гордана Станковић, *op. cit.*, стр. 353: У пракси су честе ситуације, кад је у питању накнада нематеријалне штете, да тужилац, пошто је завршено вештачење и пошто је сазнао да ће у будућности трпети штетне последице, изјави да „прецизира“ свој тужбени захтев и да квантитативно повећава висину захтева за накнаду штете. Иако се у том случају ради о објективном преиначењу тужбе, дешава се д суд у записник унесе констатацију да је „прецизиран“ тужбени захтев, а да пропусти да омогући туженом да се изјасни да ли пристаје на преиначење тужбе.

21 Према чл. 199. ст. 2, суд ће да дозволи преиначење и кад се тужени томе противи ако сматра да би то било целисходно за коначно решење односа међу странкама и ако

отпочињања литиспенденције потребна је сагласност туженог коју, судећи према списима предмета, суд није тражио.²² У конкретном случају не могу се применити ни одредбе ЗПП према којима тужба није преиначена ако је тужилац променио правни основ тужбеног захтева, ако је смањено тужбени захтев или ако је променио, допунио или исправио поједине наводе, тако да услед тога тужбени захтев није промењен,²³ будући да је у налогу суда коришћена формулација „прецизирање тужбеног захтева“ која се односи на сам захтев, а не на реферат тужбе.

Кључно питање у вези са „прецизирањем“ тужбеног захтева јесте, од ког тренутка суд цени благовременост изјављене тужбе. Уколико важе иста правила као за допуну или исправку тужбе, суд ће благовременост ценити према иницијалном тренутку подизања тужбе.²⁴ Ипак, да у овом конкретном примеру није реч ни о допуни и исправци тужбе, говори и чињеница да је тужбу у име и за рачун тужиље подигао пуномоћник адвокат. У складу са важећим законским прописима, овој странци тужба не би била враћена на исправку или допуну, већ би одмах била одбачена.²⁵ Са друге стране, у закону не постоје правила о томе на који начин ће се третирати благовременост преиначене тужбе. Како је код преиначења тужбе којим се мења предмет тужбе и напушта првобитно тражење заправо реч о (фикцији о) повлачењу тужбе, претпоставка је да се преиначена тужба сматра новом тужбом за коју се самостално рачунају рокови. Томе у прилог говори и став да „ако би преиначена тужба да би била допуштена кад би била поднесена као самостална тужба морала бити поднесена у преклузивном року, било би потребно да изјава о преиначењу буде дата у том року – изјаву о преиначењу која би била поднесена по истеку тог рока требало би одбацити“.²⁶ Ипак, нема експлицитних законских решења која овој претпоставци иду у прилог. Да ни судовима није јасна правна природа „прецизирања“, али и какве последице оно има на благовременост тужбе,

оцени да поступак по преиначеној тужби неће знатно да продужи трајање парнице. Овај став ЗПП не може се применити на конкретан случај, јер тужени уопште није добио прилику да се изјасни о преиначењу тужбе.

22 О значају преиначења тужбе, а посебно о специфичностима које се јављају у вези преиначења тужбе у поновном поступку опширније: Невена Петрушић, *Преиначење тужбе у парницама за новчану накнаду нематеријалне штете*, у: Проузроковање штете и њена накнада, II, Будва, 1999, стр. 151 – 159.

23 Чл. 200. ст. 3. ЗПП.

24 Чл. 101. ст. 3. ЗПП: Ако поднесак буде исправљен, односно допуњен и враћен суду у року одређеном за допуну или исправку, сматраће се да је поднет суду оног дана кад је први пут био поднет.

25 Чл. 101. ст. 5. ЗПП.

26 Mihajlo Dika, *Грађанско парнично право – тужба*, Zagreb, 2009.

показује и следећа одлука: „Када је тужилац благовремено поднео тужбу за сметање државине са описом радње да му је туженик пресекао водоводну цев, а тек касније на расправи сазна да се не ради о наведеној радњи, него о завртању вентила и одмах у том смислу прецизира тужбени захтев, тужба се сматра благовременом и уредном, те нема места њеном одбацивању“.²⁷ У потоњем случају, јасно је да је суд ситуацију „прецизирања тужбеног захтева“ поистоветио са исправком и допуном тужбе.

Одлука суда да, две године након подизања, одбаци тужбу због неблаговремености у супротности је са ставом из судске праксе који сматра да „нема услова за одбачај тужбе тужиоца након што је тужба достављена на одговор и заказана расправа, а применом чл. 103. и 279. Закона о парничном поступку“ (сентенца).²⁸ Иако судска пракса формално не представља извор права, начелни ставови и мишљења судова служе у сврху уједначавања судске праксе.²⁹

У поступку који је предмет анализе у овом раду, суд благовременост тужбе није ценио према тренутку подизања тужбе, већ према тренутку када је примио „прецизиран“ тужбени захтев. То отвара питање, на који начин би суд поступао у следећој хипотетичкој ситуацији: да је странка подигла тужбу првог дана преклузивног рока од 15 дана, а да је суд у наредних 14 дана стигао да одлучује о допуштености тужбе, достави тужбу тужиоцу на „прецизирање“ и тужилац врати исправљену тужбу суду, и даље у преклузивном року? Ако би „прецизиран“ захтев сматрао благовременим, онда ни у предметном случају странка није смела да трпи последице неблаговремености.

На 10 одржаних рочишта за главну расправу, суд је, осим чињеница које су од значаја за благовременост тужбе, утврђивао и чињенице и изводио доказе

27 Одлука Округног суда у Чачку, Гж. 1046/2004, наведено према Невена Петрушић, Драгољуб Симоновић, *Коментар Закона о парничном поступку*, Београд, 2011, стр. 566 – 567.

28 Из образложења: „Из наведених чињеница произилази да првостепени суд у поступку претходног испитивања тужбе није закључио да је тужба неуредна, јер није донето решење којим се одбацује тужба, тако да се достављањем тужбе на одговор, а потом и заказивањем рочишта за главну расправу, сматра да је првостепени суд оценио да је тужба уредна, тако да је искључена могућност да накнадно у току главне расправе поново преиспитује уредност тужбе, налаже тужиоцу да се тужба уреди, а потом доноси решење којим се тужба одбацује као неуредна. Из тог следи да сва питања која се наводе као спорна у образложењу ожалбеног решења могу да буду предмет оцене у коначној одлуци“. Решење Вишег суда у Чачку, Гж. 29/2010 од 24.3.2010. године.

29 Остали механизми за уједначавање судске праксе јесу решавање спорног правног питања и ревизија, са посебним освртом на ванредну ревизију (Опширније: Анђелија Тасић, *Инструменти за уједначавање судске праксе*, у: Правни живот, 2013, у штампи).

од којих зависи основаност тужбеног захтева. Извођени су докази у погледу тога да ли је лице које је потписало решења о отказу и распоређивању на друго радно место имало овлашћење за то или да ли је исти орган именовано тужилу на одређену функцију и разрешио је са те позиције па је потом распоредио на друго радно место. Како тужена странка није била та која је истакла приговор неблаговремености, код странака се могло створити уверење да је пружање правне заштите допуштено.

Када се то има у виду, поставља се питање да ли је благовременост таква процесна сметња о којој суд треба да води рачуна по окончању припремног рочишта. То би се питање, заправо, могло поставити за већину процесних претпоставки када се суд упустио у мериторно одлучивање о истакнутим захтевима. За правну сигурност свакако је целисходније да суд одлучи о основаности истакнутог захтева и донесе пресуду којом ће на несумњив и ауторитативан начин одлучити о спору који је био предмет парнице

Епилог

На донету одлуку, тужилац је изјавио жалбу. Виши суд потврдио је одлуку првостепеног суда. Врховни касациони суд одбио је изјављену ревизију. Поступак по уставној жалби је у току.

Закључак који се намеће јесте тај да се Основни суд кретао у границама законом постављених овлашћења ценећи благовременост након пријема тужбе и одржавања припремног рочишта. Виши суд у том делу није имао других могућности сем да потврди одлуку првостепеног суда, мада се могао упустити у оцену тренутка по коме се благовременост одређује. Врховни касациони суд одбио је ревизију јер, формалноправно, одлука коју је првостепени суд донео, а другостепени потврдио није незаконита. Да све што је законито, није пак и правично, други је пак утисак до кога може да се дође анализом чињеница предметног случаја. Очекивања странака су изневерена. Суд је неблаговремено ценио благовременост. Суд није преклудиран да цени околности од којих зависи преклузивност права странака. Међутим, суд није ни санкционисан, без обзира што је пропустио да правовремено цени благовременост тужбе. Странка јесте санкционисана јер је (пре)касно сазнала да пружање правне заштите није допуштено. Чак и да остваривање права странке није зависило од тренутка у коме ће суд одбацити тужбу, странка је утрошила време, енергију, и не мање значајно, финансијска средства да би остварила своја права. Она ће платити трошкове пуномоћника и за оне радње које је он предузео у сваком каснијем тренутку од првог тренутка у коме је могао да одбади тужбу као недопуштену, као и трошкове парничног противника за предузимање

свих оних радњи које су предузете све до окончања поступка. Држава ће сносити све судске трошкове који настану у овој парници. На тај начин штети се ефикасности и економичности других поступака. Штети се, у крајњем, поверењу грађана у рад судова.

Из тог разлога, треба размотрити промену законских решења, конкретно чл. 295. ЗПП, и ограничавање тренутка у коме суд по претходном испитивању тужбе може одбацили тужбу. Законским променама треба приступити пажљиво, након ширег емпиријског истраживања о резултатима примене постојећих законских решења, али и дискусије научне јавности.

Резиме

Припремни поступак, као фаза првостепеног поступка, служи припремању главне расправе као централног дела првостепеног поступка. Циљ припремног поступка, између осталог, јесте оцена испуњености услова за допуштеност пружања правне заштите. Иако је законодавац таксативно набројао случајеве у којима је суд дужан да, након претходног испитивања, тужбу одбаци као недопуштену, пракса показује да суд неретко пропушта прилику да о процесним претпоставкама одлучи у овој фази поступка. Примери из праксе показују да суд понекад пропусти прилику да се о одређеној процесној сметњи изјасни у ранијој фази поступка, чиме се парница непотребно одуговлачи а трошкови поступка непотребно стварају за једну или обе парничне странке. Из тог разлога, ауторка је, сагледавајући ток једног конкретног поступка, указала на важност благовременог одлучивања о процесним претпоставкама. Указано је и на коришћење неадекватне правне терминологије, која странке, али и више судске инстанце може довести у дилему о правилима ког процесног института је у конкретном случају реч.

*Anđelija Tasić, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš*

***Prior Assessment of Complaint in Civil Procedure:
Exceeding the time limit on timeliness***

Summary

The preparatory proceeding is a stage in the civil proceedings instituted before a first-instance court. Its primary objective is to prepare for the main hearing as the central part of civil trial. The preparatory proceeding is inter alia aimed at determining whether the litigants have met the statutory requirements governing the admissibility of being subject to relevant legal protection. This task is accomplished by conducting a prior assessment of the plaintiff's complaint. Although the legislator has provided an explicit list of circumstances where the court is obliged to reject the complaint as inadmissible, the judicial practice shows that courts often miss the opportunity to decide on some procedural requirements at this early stage of civil proceedings. The analyzed cases show that courts sometimes fail to eliminate some procedural impediments, which ultimately prolongs the litigation and generates unnecessary costs for one or both litigants. For this reason, the author examines the course of a preparatory proceeding in a particular civil case and emphasizes the importance of making a timely decision on procedural requirements pertaining to the case at issue. The author also points out to the practice of using inadequate legal terminology, which may cause confusion among litigants and the higher instance judiciary. Consequently, the higher court judges may have a problem in determining which specific procedural rules have been applied in the particular case.

Key words: *procedural requirements, timeliness, preparatory proceeding, prior assessment of complaint*

ПРАВНИ АСПЕКТИ УПРАВЉАЊА ЈАВНИМ ДУГОМ (ЗАЈМОМ)¹

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесу правни аспекти управљања јавним дугом у савременим јавним финансијама. У том смислу се, најпре, разматрају појам и модалитети јавног дуга, као и предности и недостаци коришћења овог инструмента за финансирање јавних добара. У даљем тексту се посебна пажња посвећује потреби за раздвајањем политике управљања јавним дугом од фискалне политике, уз наглашавање значаја усвајања јединственог правног акта (стратегије) за оптималним рефинансирањем доспелих државних обавеза.

Кључне речи: јавни дуг, јавна добра, јавни зајам, фискална политика, јавно јемство, пореско изглађивање.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: „Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

Увод

Финансирање јавних расхода државе насупрот порезима, могуће је остварити и задуживањем јавног сектора. Задуживање државе би пре свега требало бити последица постизања одређених фискалних циљева (превасходно стабилизационих), међутим оно може бити и последица тзв. *интертемпоралног уједначавња пореског терета*, које се раније прописивало и уставом, а све у жељи успостављања јасне везе између узимања кредита и конкретног облика јавног издатка.² *Јавни дуг* представља дужничко-поверилачки однос материјалног (новчаног) карактера у коме се држава налази у улози дужника, док се као повериоци могу јавити физичка и правна лица домаћег или иностраног права. Јавни дуг настаје као последица кумулираних буџетских дефицита из претходних рачунских година. У финансијској теорији се прави разлика између појмова *јавног дуга* и *јавног зајма*, јер јавни зајам представља ужи појам од јавног дуга и односи се на обавезе држава настале на основу уписа државних обвезница, док јавни дуг обухвата задуживање по било ком основу (опроштај дуга, поклона, репатријација ратне штете и друго).³ Наиме, како су остали поменути основи настанка јавног дуга реткост у савременим државама, његов најзначајнији облик остаје јавни зајам. Јавни зајам држава прописује кроз емисију државних обвезница са прецизно одређеном каматном стопом, роком доспелости и планом отплате, како би обезбедила додатна средства за буџет, односно како би привукла штедњу из финансијског (банкарског) сектора са циљем покретања јавних радова од општег значаја.⁴

1. Појам јавног дуга (јавног зајма)

Јавни дуг (јавни зајам) се посматра као инструмент фискалне политике (средства остварена на овај начин се користе за финансирање јавних расхода државе), али и као инструмент монетарно-кредитне политике (јер се њиме регулише понуда количине новца у оптицају кроз операције централне банке на отвореном тржишту). Политика задуживања јавног сектора, као значајан сегмент економске политике, са собом доноси одређене политичке, правне и економске реперкусије, од којих је најзначајније питање *кредибилитета (веродостојности)* таквог финансирања јавних добара.

2 Dieter Brummerhoff, *Јавне финансије*, превод, Pero Jurković, Đuro Njvaro, МАТЕ, Zagreb, 2010., стр.380-382.

3 Милева Анђелковић, *Јавне финансије и финансијско право*, Правни факултет Ниш, 2012., стр. 300-302. и *Буџетско право*, Правни факултет Ниш, 2010.

4 Жељко Марић, *Јавни дуг и дужничка криза (примјер Босне и Херцеговине)*, *Oeconomica Jadretina*, Vol. 2/2012, стр. 32.

Овај проблем се уочава приликом сервисирања позајмљених средства, јер држава често пролонгира доспеле обавезе на легитиман или нелегитиман начин, или уопште не извршава доспеле обавезе (што је у условима глобалне финансијске кризе учестала појава). Наравно, дужничка доцња (*mora debitoris*) не брине повериоце који разматрају финансирање у тзв. *бонд обвезнице* које издају државе чланице ОЕЦД-а, док се то не може рећи за позајмљивање новца државама, чији се привредни систем налази у процесу транзиције.⁵ У таквим околностима једини начин привлачења иностраног капитала остају *високе каматне стопе* на позајмљена средства, што свакако може бити на терет права пореских обвезника који у условима транзиције своју пореску способност „доказују“ до крајњих граница. Наиме, ако се средства за рефинансирање не могу обезбедити производњом (извозом доба и услуга), једини начин остаје *пооштравање пореских стопа*, чиме се потврђује теза о јавном дугу као *антиципираном (прикривеном) порезу*, који у моменту уписа има обележја нефискалног прихода, али се у моменту доспелости због принудности плаћања пореских средстава јавља као општи порески облик.

Да би се избегле последице неиспуњавања доспелих обавеза јавног зајма, неопходно је придржавање одређених принципа. Основни принцип би био да капитал позајмљен у иностранству треба инвестирати у производне и извозно оријетисане пројекте, са вишом профитном стопом од камате узете на кредите, не би ли се тако осигурао дугорочни привредни раст и избегли губици од промена у висини девизних курсева. Употреба у непроизводне сврхе (финансирање буџетских дефицита) смањује раположиве прихода за отплату јавног дуга и воду привреду у нову дужничку кризу.⁶ Можемо приметити да се поменути услов отежано респектује од стране влада земаља у развоју, јер се највећи део средстава позајмљеног капитала користи за финансирање јавних расхода, што само још више намеће потребу за пооштравањем правила *фискалне дисциплине*, односно *фискалне одговорности* наредбодаваца и рачунопологача као буџетских корисника. Уговори о оснивању Европске Уније наметнули су

5 David Stasavage, *Public Debt and Birth of the Democratic State, France and Great Britain 1688-1789*, Cambridge University Press, 2012, Chapter 1, pp.1-25. Доступно на: <http://dx.doi.org/10.1071/CB09781557.001-10.10.2013>. У финансијској литератури, *Велика Британија* се наводи као држава која је прва створила модеран систем јавних финансија у 18. веку, док се *Француска* (посматрана у том периоду) са друге стране, по мишљењу, већине теоретичара види као држава која своје фискалне реформе није успешно спровела. Свакако, познавање фискалне историје, *по нашем мишљењу*, значајно је због бољег разумевања токова у међународним финансијским кретањима данас, нарочито у области привредног развоја (раста) и пореске конкуренције.

6 Жељко Марић, *op.cit.* 34.

практичну потребу за одржавањем стабилних јавних финансија. У том смислу је могуће постићи пожељно стање у светлу буџетских ограничења предвиђеним оснивањем Европске монетране уније (ради се о обавези држава чланица да избегну велике буџетске дефиците, одржавајући ниво јавног дуга испод 60 процената домаћег бруто производа (ДБП) референтне вредности која се утврђује као просек за три до пет година и постизања буџетске равнотеже или буџетског вишка у складу са одредбама „Пакта о стабилности расту (*Stability and Growth Pact*)“.⁷

2. Развој политике управљања јавним дугом (*public debt management*)

У финансијској литератури, развој *политике управљања јавним дугом* може се поделити у *четири етапе*: етапу нетржишног задуживања државе, етапу преласка на тржишно оријентисан систем задуживања државе, етапу управљања државном имовином и етапу пружања услуге трезора уз управљање државном имовином и обавезама.⁸ У *првој фази* држава се задуживала кредитима централне банке, кредитима комерцијалних банака или повлашћеним зајмовима, које је добијала од међународних финансијских установа. У *другој фази* управљања јавним дугом, примарни начин финансирања постаје тржиште хартија од вредности, чијом се емисијом долази до неопходних нивчаних средстава за финансирање јавних расхода. Такође, у овој фази долази до оснивања посебних организацијских јединица за управљање јавним дугом тј. *канцеларија (*public debt administration*)*, као институционалног решења за све оперативне аспекте управљања.⁹ У *трећој фази* управљања се примењује тзв. „*приступ управљања свеукупном имовином и обавезама (*asset and liability management*)*“. Карактеристично за ову етапу јесте управљање текућим јавним дугом, са једне стране, али и потенцијалним обавезама, које представљају извор финансијских ризика, а све у циљу добијања реалније слике о фискалној позицији дужника (државе). Главну ставку државне имовине представљају будући буџетски приходи који нису изражени у домаћој валути и нису осетљиви на кретање карткорочних каматних стопа и инфлационих

7 *Stability and Growth Pact*, Paris, 2006., pp.100-121. Више о томе: Срђан Голубовић, *Фискална правила у Европској монетарној унији*, Правни факултет Ниш, 2012.

8 Storkey I., *Sound Practise*, in Michael Williams and Paul Brione, *Government Debt Management: New Trends and Challenges*, London, Central Banking Publication, 2006.

9 Сандра Шваљек, Ана Андабака Бадуринa, *Управљање јавним дугом прије, тијеком и након кризе*, у: Хрватски јавни дуг: Управљање и изазови развоја тржишта, Институт за Јавне финансије, Загреб, 2011., 5-7.

токова.¹⁰ У четвртој етапи управљања јавним дугом долази до ширења функција канцеларије за управљање јавним дугом. У том смислу функције обухватају и вредновање државних кредита, саветовање државних тела у управљању готовином и ризицима, контролу (саветовање) везану за јавно-приватна партнерства, као и услуге позајмљивања средстава нижим јединицама власти. Такође, канцеларије за управљање јавним дугом добијају и ингеренцију руковођења посебним фондовима јавног сектора, а услугама примања депозита и одобравања зајмова нижим јединицама власти стварају се услови за државну уштеду (јер овај механизам представља алтернативу коришћењу банкарских услуга).¹¹

Политика управљања јавним дугом се дуго третира као сегмент фискалне политике, на чему су нарочито инсистирали присталице тзв. „теорије пореског изглађивања (*tax smoothing*)“. Истовремено, она се сматрала и делом монетарно-кредитне политике, по схватањима присталица тзв. „теорије временске конзистентности (*time consistency literature*)“, наглашавајући притом тезу о средствима јавног дуга као посебном типу капитала доступног јавности, путем операција на отвореном тржишту, поред готовог новца и државних обвезница.¹² Због услова који постоје у финансијско-правној сфери привредног живота, данас се стало на становиште да политику управљања јавним зајмом треба посматрати као посебан сегмент макроекономске политике. Овај тренд постаје актуелан осмадесетих година прошлог века на Новом Зеланду, када је влада увидела да без посебног нормативног регулисања управљања јавним зајмом, циљеви предвиђени Законом о фискалној одговорности (*Fiscal Responsibility Act*), неће моћи да се реализују. Стога је убрзо и неколико европских земаља попут Белгије, Француске, Ирске и Португала донело одлуку о децентрализацији управљања јавним дугом ради остваривања циљева предвиђеним Пактом о стабилности и развоју. У Великој Британији, одговорност за последице политике управљања јавним дугом изузета је из надлежности централне банке, због елиминисања сваког сукоба интереса који би произашли из колизије монетарних задатака и рефинасирања дуга.

3. Усклађивање политике управљања јавним дугом са фискалном и монетарно-кредитном политиком (*fine tuning*)

¹⁰ *Op.cit.*, стр.11-32.

¹¹ Wheeler G., *Sound Practice in Government Debt Management*, Washington D. C., The World Bank, 2004.

¹² Elizabeth Currie, Jean-Jaques Jaques Dethier, Eriko Togo, *Institutional Arrangements for Public Debt Management*, World Bank Policy, Research Paper, No. 3021, 2003, pp. 22-65.

Разлог за издвајањем политике управљања јавним дугом из домена фискалне политике делује крајње логичан. Наиме, када фискус нпр. жели да трошак сервисирања дуга одржи на ниском нивоу у циљу стварања слободног фискалног простора, посматрано у краћем временском периоду, то може повећати вероватноћу кршења уговорних обавеза (плаћања ануитета) или утицати на доношење одлуке о повећању пореских стопа (односно смањења висине јавних расхода).¹³ Из сличних разлога, неопходно је одвојити политику управљања јавним дугом из домена монетарно-кредитне политике, јер је главни задатак централне банке, између осталог, одржавање ниске (прихватљиве) стопе инфлације, што може бити осујећено, ако истовремено централна банка мора да се брине о ниској каматној стопи позајмљених средстава на име јавног зајма. *Ratio legis* политике управљања јавним зајмом јесте старање да потреба за оваквим финансирањем јавног сектора (као и обавеза враћања позајмљених средстава) буде одређена на што нижем нивоу, посматрано у средњерочним (дугорочним временским оквирима) и да је као таква конзистентна пруденцијалном степену ризика враћања средстава.¹⁴ У таквим условима, главни циљ фискалне политике јесте вођење такве буџетске политике, која је што мање дисторзивна у циљу стабилизације висине аутопута. Можемо приметити да без обзира на самосталност концепта монетарно-кредитне, фискалне политике и политике управљања јавним дугом постоји потреба за њиховим функционалним усклађивањем, односно *финим подешавањем (fine tuning)*, што није нимало лак задатак. У том смислу, неопходно је успоставити *trade-off* између међусобно супротстављених циљева. Влада је често суочена са проблемом усклађивања унутар самог концепта поменутих сегмента економске политике. Тако се у области фискалне политике, често мора правити избор између ефикасности ил правичности опорезовања, слично као и у погледу одлуке о интертемпоралној алокацији пореског терета. На исти начин се и повериоци јавног дуга (зајма) суочавају са одлуком о избору преузимања додатног ризика у циљу смањења трошкова отплате. Лоше конципирана политика управљања јавним дугом, може приморати фискус (државу) да промени утврђене фискалне циљеве, из разлога што непожељна структура јавног зајма повећава трошкове сервисирања (због чега влада доноси одлуку о смањењу јавних издатака да не би запала у дужничку доцњу). Другачије посматрано, лош концепт фискалне политике утиче на ефикасност политике управљања јавним дугом, као што порези и јавни расходи условљавају ниво примарног буџетског дефицита (суфицита) у укупан износ дуга који треба исплатити повериоцу.

13 Eriko Togo, *Coordinating Public Debt Management with Fiscal and Monetary Policies: An Analytical Framework*, Banking and Debt Management Department, World Bank Treasury, 2010., pp. 5-6.

14 World Bank and IMF, *Guidelines for Public Debt Management*, Washington D.C., 2001.

3.1. Проблем пореског изглађивања (tax smoothing)

Суочавање са изборима у погледу међусобно супротстављених циљева може нам објаснити зашто се феномен „пореског изглађивања (tax smoothing)“, ретко јавља као циљ фискалне (пореске) политике.¹⁵ Пореско изглађивање у теоријском смислу би значило да је ризик буџетирања независтан од висне трошкова. У чему се огледа практично дејство овог пореског института? Пореско изглађивање минимизира економске трошкове поштреног опорезивања у условима проузрокаваних ратом, природним катастрофама, непогодама и слично.¹⁶ Према теорији оптималног опорезивања, коју је развио Рамзи (Ramsey) сматра се да би пореску стопу код пореза на доходак требало временом смањивати, а повећавати порске стопе код пореза на капитал.¹⁷ Принцип пореског изглађивања, први је у финансијску теорију увео економиста Роберт Баро (Robert J. Barro), базирајући свој приступ на премисама да влада треба да користи буџетске дефиците (суфиците) као својеврсну „брану“ против учесталих промена пореских стопа. Тачније, у периоду велике јавне потрошње држава би требало да се користи дефицитом, а периоду умерене потрошње суфицитом. Ова схватања се ослањају на тезу да су владе благодонашнице (у смислу да се брину за своје грађане), да се обим јавне потрошње не мења значајно током времена (*по нашем мишљењу*, неостарив услов у модерним финансисјким привредама) и да је аликутни губитак друштвеног благостања опорезивања дохотка занемарљив! Ипак, механизам пореског изглађивања се заснива на претпоставци да се висина јавних расхода не мења значајно посматрано у краћим временским оквирима (у условима глобалне економске кризе и тенденције константног пораста јавних расхода ова теза, *по нашем мишљењу*, постаје неодржива).¹⁸ Решење проблема према нашем мишљењу, јесте оптимална координација поменутих политика, на начин који подразумева постизање консензуса о главним циљевима које треба остварити на централном нивоу и делегација овлашћења за њихово остваривање на локалном нивоу. Сматрамо да координација циљева није

15 Missale Alessandro, *Managing the Public Debt: The Optimal Taxation Approach*, Journal of Economic Surveys, 11(3), 1997., pp.17-33.

16 Ivan Wering, *Tax Smoothing With Redistribution*, Federal Reserve Bank of Minneapolis, Research Department Staff Report, No. 365, December, 2005., pp. 2-21. Упореди са: Robert J. Barro, „*On the Determination of Public Debt*“, Journal of Political Economy, 1979., pp.1-13. & „*Note On Optimal Debt Management*“, 1999, Harvard University Press, pp. 11-17.

17 Dirk Niepelt, *Tax Smoothing Versus Tax Shifting*, Seminar Paper No.711, Institute for International Economic Studies, Stockholm University, Sweden, 2002., pp. 1-32.

18 Marco Battaglini, Stephen Coate, *A Dynamic Theory of Public Spending, Taxation and Debt*, American Economic Review, Vol. 98(1), 2008., pp. 201-236.

незамислива уколико постоји поступање у доброј вери (*bona fides*) ради постизања општег друштвеног благостања.

3.2. Концепт фискалне одрживости (*fiscal sustainability*)

Проблем фискалне одрживости подједнако је значајан и за државе (као *дужнике*) и за међународне организације (као *повериоце* зајма). Када је Џон Мајнард Кејнс (*John Maynard Keynes*) писао о проблему јавног дуга са којим се суочила Француска 1920. године, истакао је значај одрживе фискалне политике у циљу испуњавања буџетских ограничења. Он је сматрао да ће „*одсуство одрживе фискалне политике доћи до изражаја у моменту када државне обавезе на име уговора о јавном зајму премаше одређени проценат оствареног националног дохотка*“.¹⁹ Одржива фискална политика је често повезана и са питањем финансијске солвентности владе. Уколико сматрамо да је фискална политика у одређеном тренутку нестабилна, јавља се потреба за правним реформама финансијско-правних аката који би у будућности гарантовали поштовање буџетских ограничења. То значи да би у теоријском смислу, свака вредност буџетског дефицита била могућа, ако влада без законских последица може да повећава своју (не)одговорност.²⁰ Дуго се сматрало да у пракси такво стање не може да се догоди (или барем не би требало, али пример банкротства *Грчке и других европских земаља* наводи на размишљање!) због постојања фискалних правила.

На основу изложеног, можемо рећи да правни оквир одрживе фискалне политике постоји онда, када се посматрано у краткорочним временским оквирима, удео јавног дуга у домаћем бруто производу враћа на почетну пропорцију (предвиђену фискалним правилом), након неких великих одступања.²¹ Одрживу фискалну политику могуће је постићи условом да сви будући нето порески приходи (мислимо на износ прихода који остане након одбијања трансфера свих садашњих и будућих генерација, изражених у условима дисконтоване садашње вредности) буду довољни за покривање садашње вредности будуће јавне потрошње и сервисирања обавеза доспелог јавног зајма.²² Овај услов се тешко може остварити у

19 John Maynard Keynes, *A Tract on Monetary Reform, in the Collected Writings of John Maynard Keynes*, Vol. IV, Macmillan, London, 1971., pp. 23-25.

20 Cuddihon J., *Analyzing the Sustainability of Fiscal Deficits in Developing Countries*, Policy Research Working Papers No. 1784, World Bank, 1999., pp.178-188.

21 Blanchard Olivier & Alt., *The Sustainability of Fiscal Policy: New Answers to an Old Question*, The OECD Economic Studies, 15, autumn, 2000., pp. 1-36.

22 Antonio Alfonso, *Fiscal Sustainability: The Unpleasant European Case*, OECD Working Papers, 2004., pp.16-17.

практи. Један од разлога проблема везаних за буџетски дефицит јесте и финансирање доприноса за социјално осигурање тзв. „системом текућег једногодишњег усклађивања зарада са висином доприноса (*pay as you go*)“. То значи да имлицитна одговорност јавног сектора за пензионе буџетске трансфере није у потпуности уграђена у слику стања јавних финансија, што само додатно наглашава проблем фискалне одрживости.²³

4. Стратегија управљања јавним дугом

Стратегију управљања јавним дугом утврђује влада (тј. канцеларија задужена за област јавног задуживања државе) у форми предлога који подноси *министру финансија*.

Потом, министар финансија одобрава стратегију или је враћа на поновно усаглашавање, на основу мишљења које добија од *саветодавног одбора* за управљање јавним дугом. Саветодавни одбор настоји да у својој анализи предлога стратегије усагласи циљеве државне администрације и других регулаторних агенција, који су посредно условљени реглементираним правилима предлога стратегије. Коначну одлуку о структури стратегије доноси министар финансија.²⁴ У пракси, стратегија може имати *двојаки облик*. Може се јавити у форми *водича* (*guidelines for public debt management*) или *одредница* (*penepa*) портфоела дуга (*strategic benchmark*). Стратегија у форми водича упозорава повериоце јавног дуга на ризике скопчане са његовом отплатом (мислимо на ризик од промена у висини каматне стопе позајмљеног капитала, ризик од промена режима девизног курса и ризик рефинансирања). Стратегија мора задовољити и услов *јавности*, у смислу да као званични правни акт владе буде представљена јавности путем медија (на сајту канцеларије за управљање јавним дугом) или у годишњим извештајима регулаторног тела. Одредница портфоелија јавног дуга, као други модалитет стратегије, се односи на постизање жељеног стања портфоелија деоница јавног дуга, што се изражава одређеним квантитативним показатељима.²⁵ Стратегија би требала да пружи и одговор на питање избора мера и инструмента које стоје на располагању држави ради смањења јавног дуга.

23 Holzmann R., Placios R., Zvinieni A., *Implicit Pension Debt: Issues, Measurment and Scope in International Perspective*, Social Protection Discussion Paper No. 0403, March, World Bank, 2004, pp. 5-125.

24 *Guidelines for Public Debt Management: Accompanying Document and Selected Case Studies*, The International Monetary Fund and the World Bank, Washington D. C, 2004.

25 Martin Malecky, *A Cross-Country Analysis of Public Debt Management Strategies*, Policy Research Working Paper, No. 4287., The World Bank, Banking and Debt Management Department, 2007., pp. 3-6.

Кључне мере које се предвиђају Стратегијом, а које требају донети смањењу удела ДБП-а у јавном дугу (земаља у транзицији) односе се на продају државне имовине (предузећа) на тендерима, која не спадају у државне монополе (снадбевање водом, електричном енергијом, гасом и друго). Алтернативни начин смањења јавног дуга би била продаја неактивних државних ресурса (зграде, други грађевински објекти, пољопривредно земљиште).²⁶ Такође, важно је успоставити и контролу при одобравању инвестиционих пројеката (у смислу да се мора водити рачуна о њиховом приоритету). Ако у свакој држави постоји потерба адекватног статистичког извештавања јавности о тренутном стању јавног дуга, неопходно је извршити и редифинисање и усаглашавање основних дефиниција јавног дуга предвиђених буџетским и другим законима. Свакако код поменутих мера неопходна је строга законска контрола у циљу спречавања арбитрарног поступања овлашћених лица (органа) задужених за њихову имплементацију због увек присутне корупције, сиве економије и привредних кривичних дела. На овом месту морамо истаћи чињеницу да је управљање државном имовином, један од основних задатака тзв. „*новог јавног менаџмента (new public management)*“, под којим се подразумева увођење принципа тржишног понашања и мерења ефикасности у јавном сектору, у склопу његових административних и финансијских реформи. Конституисање националних регистара имовине, информационих система о њеном стању и употреби, уз централизацију надзора у погледу управљања су такође задатак реформи јавног сектора.²⁷ На овом месту правимо дистинкцију између појмова управљања и власништва. У законским прописима многих земаља истиче се да су власници државне имовине грађани којима влади подноси извештај о раду и политички је одговорна, али да имовином управља у њихово име и за њихов рачун (примери законских прописа *Новог Зеланда, Кине, Сингапура, Русије, Велике Британије*). Често организационо решење у систему управљања државном имовином јесте оснивање посебних агенција за управљање имовином (*asset management companies*). Да би деловање ових државних органа било ефиксно, неопходно је да се придржавају принципа тржишне усмерености, транспарентности, професионалности и понашања „*доброг домаћина*“. Кина се у пракси сматра успешним примером подизања валирта управљања

26 Новчана средства остварена поменутих мерама омогућиће исплату доспелих новчаних обавеза, чиме ће се директно смањити и оптерећења камата за наредне буџетске године.

27 Горана Роје, *Кључне поставке и активности у систему управљања државном имовином*, у: Хрватски јавни дуг: Управљање и изазови развоја тржишта, Институт за Јавне финансије, Загреб, 2011., стр. 238-245.

јавном имовиним и увиђења корпоративне културе и принципа у оквира управљања државном имовином.²⁸

У дефинисању оптималне стратегије за управљање јавним дугом морамо узети у обзир и проблем *пореске конкуренције*. Према *класичном* моделу пореске конкуренције, којим се предвиђа опште снижавање пореских стопа, односно смањење укупног пореског терета, крајњи исход би било и ограничавање издатака за јавну потрошњу. Ипак, искуства земаља чланица ЕУ показују нам да су њихове обавезе у сервисирању јавног дуга међусобно различите (иако у географском смислу представљају исто подручје), па самим тим користе и различит проценат укупно прикупљених пореских прихода за рефинансирање (ову тезу нам доказују скорошња искуства *Италије, Шпаније, Грчке, Данске*). Управо ове разлике у сервисирању доспелих новчаних обавеза условљавају креаторе фискалне политике приликом одређивања висине пореске стопе. Наиме, овом приликом, долази до ограничавања флексибилности фискалне (пореске) политике, јер су асиметрије обавеза сервисирања дуга повезане са високим пореским стопама или рестрикцијама у јавној потрошњи. *Питање које желимо да поставимо је да ли пореска конкуренција појачава асиметрије исплате доспелих новчаних обавеза државе на име уписаног јавног зајма? Тачније, можемо се запитати како се терет враћања јавног зајма респодељује између пореза и јавне потрошње?* С обзиром да пореска конкуренција доприноси снижавању пореских стопа (чиме се убира мање пореских прихода, под условом да не долази до проширења правно-економског чињеничног стања обухваћеног пореском нормом тј. пореске основице) битно се утиче на могућност државе (дужника) да о доспелости врати позајмљена средства. Искуства земаља чланица ЕУ нам показују да обавеза враћања јавног дуга смањује јавне инвестиције више него било који други сегмент јавне потрошње. Обавеза сервисирања јавног дуга утиче на повећање укупно убраних пореских прихода (изражених као проценат ДБП-а) и оштрије опорезивање капитала. Парадоксално, покушај *фискалне (пореске) консолидације* не доприноси конвергенцији циљева фискалне политике и политике јавног дуга, већ увећава постојећи обим задуживања јавног сектора.²⁹

28 Op. cit., стр. 247.

29 Signe Krogstrup, *Public Debt Asymmetries and Tax Competition*, EPRU Working Paper Series, Economic Policy Research Unit, University of Copenhagen, Denmark, ISSN 0908-7745, 2004., pp. 3-28. Упореди са: Robert J. Barro, *Public Debt and Taxes*, pp. 227-245, in: *Money, Expectations and Business Cycles, Essays in Macroeconomics*, The University of Rochester, New York and National Bureau of Economics Research, Cambridge, Massachusetts, 1981.

Правни оквир управљања јавним дугом у **Србији** дефинисан је одредбама Закона о буџетском систему и Закона о јавном дугу, као и Стратегијом управљања јавним дугом (од 2011. до 2013. године) и Меморандумом буџета у економској и финансијској политици (за 2011. годину са пројекцијом за 2012. годину и 2013. годину).³⁰ Зависно од текућег стања дуга и пројекције отплате, очекује се да у предстојећем периоду годишње доспе око 800 милиона евра, при чему су потребе за сервисирањем дуга једнако распоређене у периоду од 2011-2016. године, а најзначајнија појединачна обавеза јесте отплата старе девизне штедње (која доспева за наплату до 2016. године).

Процедура доношења стратегија у домаћем буџетском праву слична је методологији која постоји у упоредном законодавству. Министар финансија управља јавним дугом и припрема стратегију, која се доставља влади на усвајање једном годишње. Стратегија је саставни део „Меморандума о буџету и економској и фискалној политици“ за посматрану буџетску годину и наредне две фискалне године.³¹ Приликом израде средњерочне стратегије јавног дуга коришћене су анализе трошкова и ризика засноване на различитим пројекцијама. Такозвани *основни сценарио* (мисли се на услове који диктирају враћање јавног дуга) се односи на праћење промена девизног курса, референтних каматних стопа и референтних каматних стопа на страном тржишту. Поред дефинисања основног сценарија, предвиђени су још четири *додатна* сценарија, прилагођених евентуалним макроекономским шоковима и шокова у примарном буџету.³² У сарадњи

30 Према Закону о јавном дугу (Службени гласник РС, бр.61/05, 107/09, 78/11), као правном основу задуживања државе, јавни дуг јесте „дуг републике који настаје на основу уговора које закључи република; дуг републике на основу хартија од вредности; дуг републике по основу уговора, тј. репограмираним обавезама раније закључених уговора које је република преузела; дуг републике који настаје на основу гаранције или непосредног преузимања у свомству дужника на основу дате гаранције или контрагаранције; као и дуг локалне власти и правних лица чији је оснивач република (и за које је дала гаранцију)“. Јавни дуг Србије се дели на директне и индиректне обавезе, тј. обавезе у име и за рачун Републике, које произилазе из гаранција, које су емитоване од стране Републике у корист других правних лица. Директне и индиректне обавезе се деле на *унутрашњи* и *спољашњи* дуг, зависно од тога да ли су настале задуживањем на домаћем или иностраном тржишту. Више о томе: Закон о Агенцији за осигурање депозита, Службени гласник РС, бр. 61/05, 116/08 и 91/10.

31 Будимир Стакић, Миленка Јездимировић, *Јавне Финансије*, Универзитет Сингидунум, 2012., стр. 205-258.

32 *Допунски сценарио* се односе на: 1) *депресијацију динара у односу на амерички долар од 25 процената* (при чему би девизни курсевеи требало остати непромењени (мада овај сценарио нема директног утицаја на домаћу економију, постоји посредан утицај) 2) *депресијацију динара у односу на све валуте од 25 процената* (при чему се претпоставља да

са експертима светске Банке, *Управа за јавни дуг* применила је тзв. „*Модел средњерочне стратегије (Medium Term Debt Strategy Model-MTDS)*“ у циљу што ефикаснијег управљања јавним дугом. Том приликом су утвђене и *алтернативне стратегије финансирања* које се односе на финансирање јавног дуга путем емисије евробвезница (на различити временски рок) додатне емисије државних хартија од вредности у динарима.

Политика управљања јавним дугом се доноси за дужи временски период, али не смео заборавити да се одлука о финансирању буџетских издатака доноси на годишњем нивоу у оквиру буџетског закона. Чиниоци који отежавају имплементацију стратегије се односе на (не)стабилност макроекономске ситуације у земљи у смислу ефикасне наплате пореза, нивоа незапослености, инфлације, девизног курса, токова у светској економији, спољнотрговинских партнера и достигнутог степена фискалне децентрализације (могућности задуживања локалних нивоа власти).³³

Закључак

У условима глобалне финансијске кризе јавни дуг предствља значајан извор финансирања јавних расхода. У околностима када држава не може да обезбеди довољно буџетских средстава за финансирање јавне потрошње, јер не постоји могућност повећања пореских стопа или увођења нових пореских облика (због достигнуте границе апсолутног пореског лимита), фискални приходи уступају своје место нефискалним јавним приходима од којих је најзначајнији јавни зајам (као доминантан облик јавног дуга у савременим финансијским привредама). Због опасности од превеликог задуживања јавног сектора домаћим законодавством се успостављају одређена ограничења у виду фискалних правила, чији је *ratio legis* благовремено испуњавање доспелих новчаних обавеза државе као дужника. *По нашем мишљењу*, непоштовање фискалних правила би требало за последицу да има строжије правне санкције уз јасно дефинисану фискалну одговорност надлежних органа за њихово непоштовање, не би ли се избегле последице попут банкротства или мораторијума државе у погледу враћања јавног дуга. Политика управљања јавним дугом (зајмом)

су валутни курсеви стабилни у целом свету, а да би само динар депресирао) 3) *повећање каматних стопа на међународном тржишту* (у случају опоравка светске економије требало би доћи до повећања каматних стопа и смањене контроле централних банака) 4) *повећање каматних стопа на домаћем тржишту за 5 процената* (што је сценарио предвиђен за случај високе инфлације и волатилности курса према еврџ).

³³ *Стратегија управљања јавним дугом од 2013. до 2015. године*. Доступно на: <http://upravazajavnidug.rs>. Упореди са: *Закон о буџетском систему, Службени гласник РС, бр. 54/09, 73/10*.

се стога мора посматрати као самосталан сегмент економске политике, који располаже посебним законским мерама и инструментима, а не као саставни део фискалне (монетарно-кредитне) политике као што се то традиционално сматра у финансијској литератури. У креирању оптималне политике управљања јавним дугом посебна пажња се мора обратити на феномен пореске конкуренције и потребе за фискалном одрживошћу, што означава велики изазов за све земље у транзицији. Такође, сматрамо да јасно дефинисана и транспарентна стратегија за враћање јавног дуга као најзначајнијег системског правног акта (поред закона о јавном дугу и закона о буџету) мора бити функционално усклађена са циљевима фискалне политике и монетарно-кредитне политике ради постизања жељених макроекономских циљева у погледу тржишне стабилности.

Резиме

Предмет анализе у овом раду јесу правни аспекти управљања јавним дугом у савременим јавним финансијама. У том смислу се, најпре, разматрају појам и модалитети јавног дуга, као и предности и недостаци коришћења овог инструмента за финансирање јавних добара. У даљем тексту се посебна пажња посвећује потреби за раздвајањем политике управљања јавним дугом од фискалне (монетарно-кредитне) политике, уз наглашавање значаја усвајања јединственог правног акта (стратегије) ради оптималниг рефинансирања доспелих државних обавеза.

Marko Dimitrijević, LL.B.
Teaching Assistant
Faculty of Law, University of Niš

LEGAL ASPECTS OF PUBLIC DEBT MANAGEMENT

Summary

In this paper, the author analyzes the legal aspects of public debt management in the contemporary public finance. In that context, the author first discusses the concept and modalities of public debt, as well as the advantages and disadvantages of using this instrument to finance public goods. Further on, the author focuses on the need to separate the public debt management policy from the fiscal (monetary and credit) policy, with specific emphasis on the importance of adopting a single legal act (strategy) which would provide for the optimal refinancing of maturing government obligations.

Key words: *public debt, public goods, public loan, fiscal policy, public assurance, tax smoothing.*

МЕЂУНАРОДНИ ЗЛОЧИНИ И ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВА ПРЕМА НАЦРТУ ЧЛАНОВА О ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВА ЗА МЕЂУНАРОДНЕ ПРОТИВПРАВНЕ АКТЕ¹

Апстракт: Једно од кључних питања за кодификацију међународног права је питање одговорности држава за почињене међународне противправне акте. Рад на кодификацији трајао је пред Комисијом за међународно право Организације уједињених нација пуних 45 година, што довољно илуструје сложеност те проблематике. Једно од најспорнијих питања настало је поводом предлога да се дефинише и посебно издвоје међународни злочини држава, чиме се имплицирало постојање кривичне одговорности држава. Због противљења држава оваквом предлогу, као и правне немогућности да се адекватно дефинишу сви критеријуми и последице таквог облика противправних аката, у коначном тексту Нацрта одговорности држава за међународне противправне акте, усвојеног 2001. године, изостала је таква формулација. Уместо међународних злочина, као посебна категорија је уведено озбиљно кршење обавеза императивних норми општег међународног права.

Кључне речи: одговорност држава, Комисија за међународно право, Нацрт чланова о одговорности држава за противправне акте, међународни злочин, императивне норме.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Усклађивање права Србије са правом Европске уније“, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

1. УВОД

Правила о одговорности држава регулишу када и како је држава одговорна за повреду неке међународне обавезе. Реч је о „секундарним“ правилима која се баве питањем одговорности и правним последицама због кршења „примарних“, односно суштинских правила међународног права. Наиме, правила о одговорности држава не одређују и не прецизирају саме међународне обавезе, већ одређују одговорност на уопштен начин, регулишући правне последице које настају у случају кршења обавезе. Управо због те своје основне карактеристике, ова правила се могу проучавати независно од правила и садржине међународних обавеза.

Ова област међународног права до недавно уопште није била развијена, али се ситуација мења доношењем Нацрта правила о одговорности држава за противправне акте коју је сачинила Комисија за међународно право² (надаље КМП). Данас постоје бројни документи и припремни радови који помажу у анализи и разумевању дуготрајног, и још увек недовршеног рада на кодификацији одговорности држава. Са једне стране, Нацрт из 1996. године, који је настао као резултат првог читања, предвиђао је одговорност држава за тзв. међународне злочине, док их усвојени Нацрт из 2001. године не предвиђа.

Циљ овог рада је анализа предложених решења према Нацрту из 1996, као и анализа аргумената против укључивања тих решења у усвојени Нацрт чланова из 2001. године. Пре него што се пређе на саму анализу одговорности државе за међународне злочине, биће дат шири осврт на развој кодификације правила о одговорности држава на којима је радила Комисије за међународно право УН, као и сам концепт одговорности држава у међународном праву.

2. РАД КОМИСИЈЕ ЗА МЕЂУНАРОДНО ПРАВО УН НА КОДИФИКАЦИЈИ ПРАВИЛА О ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВА

Ради бољег разумевања сложености ове материје, неопходно је сагледати на који начин су се развијала правила о одговорности држава током читавог XX века. Као област од изузетног значаја за развој међународног права, кодификација одговорности држава започета је још под окриљем Друштва народа, и била је један од предмета разматрања неуспеле кодификационе конференције у Хагу 1930. године. Актуелизација овог питања извршена је формирањем Организације Уједињених нација

2 Помоћни орган Генералне скупштине Организације уједињених нације задужен за кодификацију међународног права.

(надаље УН), јер је Генерална скупштина УН 1948. године основала КМП, са циљем да се изврши кодификација кључних области међународног права. Управо је одговорност држава сврстана у једну од првих 14 тема којима је новоформирано тело требало да се бави. Рад на кодификацији одговорности држава био је ускоро и започет, именованем Ф.В. Гарсије Амадора (Куба), за првог специјалног известиоца. Он је почео са радом 1956, а у периоду од 1956-1961. год. је поднео шест извештаја, фокусирајући се пре свега на опште аспекте одговорности, као и на одговорност држава за повреде нанете странцима и њиховој имовини. Међутим, КМП није детаљно расправљала о садржини ових извештаја због интензивног рада на кодификацијама других области међународног права. До 1962. године искристалисала се идеја да би КМП требало да свој фокус усмери на „усвајање дефиниције општих правила о међународној одговорности држава“ и тиме постави камен темељац за даљу надградњу у кодификацији. Италијански професор Роберто Аго именован је за другог специјалног известиоца, а резултат његовог залагања је усвајање 35 чланова од стране КМП, који и данас чине базу правила о државној одговорности. У осам извештаја, колико је поднео у периоду од 1969-1980. године, акценат је стављен на питања порекла и основних карактеристика одговорности, које и данас сачињавају Део 1 актуелног Нацрта чланова. Између 1980-1986. године, трећи специјални извештај, Виљем Рипхаген (Холандија), представио је седам извештаја, а његов главни допринос био је дефинисање појма оштећене државе. Четврти специјални извештај био је Гаetano Аранђио - Руиз (Италија), који је у периоду 1988-1996. године, такође поднео осам извештаја, са основним освртом на питања последица међународних злочина, репарације, противмера и решавање међународних спорова. Управо је КМП за време овог специјалног известиоца усвојила први свеобухватни текст Нацрта чланова са коментарима 1996. године. Следећи специјални извештај, Џејмс Крофорд (Аустралија), именован је 1997. године и за време његовог кратког мандата, 1998-2001. године, КМП је завршила друго читање. Након разматрања коментара држава, на 53. седници 2001. године, КМП је коначно, 9. августа 2001. године, усвојила Нацрт чланова о државној одговорности за противправне акте као и пратећи Коментар.³

Упркос томе, даљи кораци нису предузети, јер до данас усвојени Нацрт није преточен у обавезујућу конвенцију нити је сазвана посебна међувладина конференција. Иако је Генерална скупштина УН поводом Нацрта усвојила

3 UN GAOR 56th Sess. Supp. No. 10, A/56/10, pp. 43-365.

више резолуција,⁴ ниједном од њих није прихватила текст Нацрта. Због тога, реч је о документу са значајем доктринарне кодификације који представља комбинацију чисте кодификације и прогресивног развоја. Премда је реч о правно необавезујућем документу, односно меком праву, ваља истаћи да он није без правног значаја, будући да је већ био цитиран од стране Међународног суда правде.⁵

Као што се може видети, рад на кодификацији правила о одговорности држава био је дуготрајан и сложен вишедеценијски процес у коме је учествовало чак пет специјалних известилаца. Последњи међу њима је увидео неопходност завршетка овог процеса, те су приликом другог читања предузети одлучни кораци у ревидирању текста Нацрта из 1996. године. Одбачена су бројна решења која су била извор тензија и оспоравања, а управо се међу избрисаним одредбама нашла и она која се тичала међународних злочина.

Пре саме анализе и поређења Нацрта из 1996. са Нацртом из 2001. године, неопходно је појаснити општи концепт одговорности, његову дефиницију и елементе, као и врсте одговорности држава.

Нужна последица кршења права је постојање одговорности.⁶ Међународна одговорност државе је један од основних принципа међународног права и проистиче из система међународног права и принципа државног суверенитета и једнакости држава.

Правила о одговорности држава у првом реду налазе се у Нацрту чланова о одговорности држава, као документу меког права, као и пракси држава и одлукама међународних судова.⁷ Међународно право одговорности држава бави се: 1) природом одговорности држава, 2) правним последицама противправних аката и радњи, као и 3) спровођењем (имплементацијом) државне одговорности. Усвојени Нацрт чланова о државној одговорности дефинише: а) међународне противправне акте;

4 Поводом Нацрта из 2001, ГС УН је усвојила четири резолуције: 1) 12. децембра 2001. Резолуцију 56/83; 2) Резолуцији 59/35 од 2. децембра 2004; 3) Резолуција 62/61 од 6. децембра 2007; 4) Резолуција 65/10 од 6. децембра 2010. године. Свим резолуцијама се потврђују и поздрављају усвојена правила, стављају на знање државама, разматрана је могућност претварања поменутих правила у конвенцију, али без успеха.

5 *Gabčíkovo-Nagyamaros Project* (Hungary/Slovakia), ICJ Reports 1997, p. 7.

6 Члан 1 Коментара Нацрта.

7 Ово је одређено чланом 1 Нацрта чланова о одговорности држава за међународне противправне акте из 2001. године. Такође, овај став потврђен је и у случајевима који су се водили пред Међународним судом правде: *Chorzów Factory Case (Indemnity)*, Merits PCIJ Series A, No. 17 p. 29; *Corfu Channel Case*, Merits ICJ Rep. (1949) pp. 12-23.

б) приписивост противправног акта држави; в) опште основе искључења од одговорности; и г) последице одговорности.

У међународном јавном праву је прихваћен концепт одговорности државе за сва противправна дела уперена против друге државе, а садржина те одговорности се састоји у престанку, непонављању или накнади штете.⁸ Противправни акт је понашање које се састоји из радње или пропуста, приписив држави на основу међународног права, које представља повреду неке међународне обавезе државе.⁹

Према Нацрту из 2001. године, који садржи 59 чланова, сваки противправни акт државе подразумева постојање њене одговорности,¹⁰ без обзира на порекло и карактер повређене обавезе.¹¹ Наиме, међународно право не прави разлику између уговорне и деликтне одговорности, те се међународна одговорност односи и на кршење међународних уговора као и кршење међународноправних обавеза које протистичу из других извора, најчешће међународног обичаја.

Државна одговорност се заснива на три основна елемента.¹² Први елемент подразумева постојање међународноправне обавезе на снази. Други елемент је противправна радња или пропуст, приписива држави, која представља кршење такве обавезе. Губитак или штета која произилази из противправног акта или пропуста представља трећи неопходан елемент. Потврду неопходности кумулативног постојања сва три елемента налазимо у неколико водећих међународних правних случајева, која је поновила и потврдила КМП у Нацрту чланова о одговорности.

Идеја о међународној одговорности држава развијала се у оквирима одговорности за насталу штету, односно у оквиру грађанске одговорности државе. Због тесне повезаности међународног јавног права са међународном политиком и међународним односима, сматра се да постоји и политичко-морална одговорност држава. Поред морално-политичке и грађанске одговорности које су неспорне, све се чешће чују контроверзне идеје и о постојању (квази)кривичне одговорности држава,¹³ која би настала

8 Погледати чланове 30-31 Нацрта из 2001. године. Видети случајеве: за престанак, *Rainbow Warrior Case* 82 ILR, p. 573; за непонављање: *LaGrand Case*, ICJ Rep. (2001), pp. 508-514; за накнаду штете: *Chorzów Factory Case (Indemnity)*, Merits PCIJ Series A, No. 17, pp. 47-48 и случај *Gabčíkovo-Nagymaros Project Case*, ICJ Rep. (1997), pp. 80-81.

9 Члан 2 Нацрта из 2001. године.

10 Члан 1 Нацрта из 2001. године.

11 Члан 12 Нацрта из 2001. године.

12 Shaw, M: *International Law*, p. 696.

13 *Ibid*, pp. 720-721.

као последица кршења међународних обавеза установљених у општем интересу читаве међународне заједнице (обавезе *erga omnes*). Поједини теоретичари тврде да поменути концепт није од правног значаја,¹⁴ док други истичу да се од 1945. године став према одређеним злочинима држава променио у великој мери, те је данас неопходно да такви злочини буду стављени у оквир међународног јавног права. Као потврду тога, они наводе три конкретне промене које су се догодиле од 1945. године као оправдање за постојање одговорности државе за међународне злочине.¹⁵ Прва промена представља развој императивних норми међународног права (*ius cogens*) од којих није дозвољено никакво одступање. Друга промена тиче се успостављања индивидуалне кривичне одговорности по међународном праву. Коначно, Повеља УН, предвиђа могућност спровођења акција против државе у случају да је извршена претња миру, угрожавање мира или агресија.¹⁶ У светлу ових промена, КМП је у Нацрту чланова приступила укључивању међународних злочина почињених од стране државе у оквиру међународног права, и тиме имплицирала идеју о постојању кривичне одговорности држава у члану 19 Нацрта из 1996. године.

3. ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВА ЗА МЕЂУНАРОДНЕ ЗЛОЧИНЕ ПРЕМА НАЦРТУ ЧЛАНОВА ИЗ 1996. ГОДИНЕ

Поред коначног утврђивања кључних дефиниција одговорности држава и противправног акта, одређивање предмета одговорности било је најтеже питање за кодификацију коју је вршила КМП. Тим поводом се унутар КМП повела велика расправа о предвиђању посебне категорије противправних аката, јер би се, поред међународних деликата, посебно издвајали међународни злочини.¹⁷ Специјални извештач Аго је истакао ову разлику и инсистирао да је реч о „два потпуно различита режима“ одговорности државе. Међународни злочини би се односили на ситуације када држава противправним актом крши неку међународну обавезу која је од суштинске важности за заштиту темељних интереса читаве међународне заједнице. Примери таквих међународних злочина су: агресија¹⁸, колонијална доминација, ропство, геноцид, апартејд и масовно

14 Brownlie, I: *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, 1963, pp. 150-154.

15 *Commentary of the Rapporteur to draft article 19, Yearbook of the ILC, Vol. II, 1970, pp.102-5.*

16 Глава VII Повеље УН.

17 Допринос дебати пружио је став исказан пред МСП у случају *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belgium v. Spain)*, New Application, 1970, ICJ Reports, p. 4.

18 Поред агресије, ту спада и претња агресијом у облику ултиматума, мешање у унутрашњу политичку борбу друге државе, припрема или дозвољавање припремања

загађење атмосфере.¹⁹ Сва остала међународно противправна дела била су дефинисана као међународни деликти. Реч је о мањим повредама обавеза које нису од фундаменталне важности за међународну заједницу, те се у литератури означавају и као „проста кршења“.²⁰ Премда је очигледно да је држава одговорна за међународне деликте, остаје спорно да ли су државе одговорне и за међународне злочине.

Иако је предлог члана о међународним злочинима био веома споран и критикован, стекао је довољну подршку да би био инкорпорисан у Нацрт из 1996. године. Стога је међународни злочин, према члану 19 (2), дефинисан као „међународни противправни акт државе који доводи до кршења међународне обавезе тако битне за заштиту темељних интереса међународне заједнице, да је таква повреда призната као злочин од стране читаве те заједнице“.²¹ Тиме су исказана два битна елемента концепта државне одговорности: 1) да одређене обавезе треба класификовати као обавезе према читавој међународној заједници, а не само појединим државама; 2) да поједине, посебно тешке повреде тих обавеза треба да имају за последицу и санкције посебне тежине. Браунли је чак предлагао да се велики број кривичних санкција, као што су обештећење, војна окупација, демилитаризација, мирна блокада и искључење из међународне заједнице држава, укључе у концепт кривичне одговорности држава.²² Међутим, ти предлози нису прихваћени, што је оправдано, јер је реч о драконским мерама. Иако Нацрт о државној одговорности из 1996. године не допушта употребу силе или војну окупацију против државе која је

напада на другу државу на подручју своје територије и сл; према: Крећа, М: Међународно јавно право, Београд 2009, стр. 202.

19 Члан 19 (3) Нацрта из 1996. године: „На основу правила међународног права на снази међународни злочин може да проистекне, између осталог, из: а) озбиљног кршења међународне обавезе суштинског значаја за одржавање међународног мира и безбедности, такве као што је забрана агресије; б) озбиљног кршења међународне обавезе суштинског значаја за обезбеђивање права на самоопредељење народа, као што је забрана установљавања и одржавања силом колонијалне доминације; в) озбиљно кршење широке скале међународних обавезасуштинског значаја за обезбеђење људског бића, такве као што су забране ропства, геноцида, апартхејда; г) озбиљно кршење међународне обавезе суштинског значаја за обезбеђење и очување људске околине, такве ко што су забрана масовног загађивања атмосфере или мора.“

20 Ago, R: Fifth Report on State Responsibility, ILC Yearbook, Vol. II, Part 1, 1976, p. 26, para. 80.

21 ILC Yearbook, Vol. II, Part 2, 1996, pp. 58-65. Нацрт члана 19 усвојен је од стране КМП 1976. године, према: ILC Yearbook, Vol. I, 1976, p. 253.

22 Brownlie, I: op.cit, pp. 150-151.

починила међународни злочин, он, ипак, садржи далекосежне одредбе о обавезама репарације и правичног задовољења.²³

Да би се избегла забуна у терминологији, КМП разликује израз „међународни злочин“, употребљен у члану 19, од других сличних израза који се користе у другим међународним инструментима, као што је „злочин против међународног права“. Изрази који се користе у другим међународним инструментима имају у виду дела извршена од стране појединца, који би требало да за последицу има индивидуалну кривичну одговорност, која је неспорна, за разлику од кривичне одговорности државе.

Свакако, није искључена могућност да нека таква дела не буду доведена у везу и са међународним противправним актом државе, односно међународним злочинима, према формулацији члана 19 Нацрта из 1996. године. Међутим, међународни злочин приписив држави мора се разликовати од злочина почињеног од стране појединца.²⁴ Тиме је КМП покушала да у погледу предмета и природе одговорности²⁵ у потпуности раздвоји концепт државне одговорности за почињено кривично дело од индивидуалне кривичне одговорности. Поменуто разликовање је поновљено и у члану 58 Нацрта из 2001. године.

4. ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВА ЗА ОЗБИЉНО КРШЕЊЕ ОБАВЕЗА ИМПЕРАТИВНИХ НОРМИ ОПШТЕГ МЕЂУНАРОДНОГ ПРАВА ПРЕМА НАЦРТУ ЧЛАНОВА ИЗ 2001. ГОДИНЕ

Како је Нацрт из 1996. године био изузетно контроверзан и жестоко критикован, КМП је приступила блаже у решењима Нацрта чланова о одговорности држава за противправне акте 2001. године. Потреба доношења компромисног решења, које би ипак садржавало и ефикасна правна решења, наметала је неопходно брзо ревидирање и окончавање вишедеценијског рада на кодификацији ове области. У разматрању Нацрта из 2001, коришћен је концептуални приступ постојећег Нацрта из 1996. године. Ипак, највећу измену управо је претпео онај део који се односио на међународне злочине. Поред разматрања нове формулације која је ушла у коначни усвојени текст из 2001. године, анализираће се и последице кршења императивних обавеза међународног права.

23 ILC Yearbook, Vol. II, Part 2, 1996, pp. 58-73, чланови 41-53 Нацрта из 1996.

24 Ibid, p. 119.

25 Hogan-Doran, Justin and van Ginkel, Bibi T: Aggression as a Crime under International Law and the Prosecution of Individuals by the Proposed International Criminal Court, Netherlands International Law Review, Volume 43, Issue 03, 1996, p. 324.

4.1. Концептуални приступ

Нацрт из 2001. године умногоме следи структуру, а делимично и садржај текста Нацрта из 1996. године. Извршене измене садржине углавном су се тичале поједностављења одређених формулација, чиме се није мењала основна концепција и структура. Део који се односи на повреде међународних обавеза је, пак, претрпео највеће измене, а од првобитних 10, остало је свега 4 члана. Нарочито споран био је ранији члан 19, који је регулисао међународне злочине. Он је у коначном Нацрту из 2001. године избрисан, тако да се категорија међународних злочина у њему и не помиње.

Наиме, након разматрања члана 19 током другог читања 1998. године, дошло се до закључка да решење које је предвиђао није одговарало структури нити правним последицама постављеним у Делу 1 Нацрта. Члан 19 предвиђао је специфичну ситуацију која је одударала од општих поставки одговорности и њених последица. Примера ради, иста правила о приписивости акта државе односила су се и на међународне деликте као и на међународне злочине. Исто је важило и за принцип објективне одговорности који је био оличен у члановима 1 и 2 првобитног Нацрта. На тај начин, створена је само делимична дистинкција између деликата и злочина на нивоу дефиниције појма, а затим су била примењивана истоветна правила, чиме је првобитно разликовање постало беспредметно.

Због тога је КМП 1998. године, након расправе о овом члану, одлучила: „ а) ...да ће нацрт члана 19 за сада оставити по страни, док Комисија настави са разматрањем других аспеката Дела 1; б) да ће узети у обзир могућност решавања дилеме која је постављена чланом 19 путем систематског развоја кључних појмова као што су *erga omnes* обавезе, императивне норме и размотрити могућност увођења нове категорије насловљене *најозбиљније повреде међународних обавеза*.“

КМП се 2000. године вратила разматрању међународних злочина из члана 19, као и последица дефинисаних у члану 40 (3) и 51-53. Постигнут је својеврсни компромис између заговорника који су били за посебну категорију најозбиљнијих противправних дела и оних који су сматрали да одговорност државе треба бити дефинисана на уопштен и јединствен начин за све међународне противправне акте. Остварен је троструки компромис. Као прво, члан 19 је обрисан, а термин „злочин“ се не помиње у коначном тексту Нацрта, што не представља пуку термилошку измену. Наиме, читав Део 1 је конципиран тако да се међународни противправни акти дефинишу на јединствен начин, што нарочито долази до изражаја код приписивости аката држави и основа за искључење одговорности. Другачије речено, ни на једном месту у Делу 1 се не врши разликовање

критеријума или последица „деликата“ наспрам „злочина“. Затим је сам појам „међународних злочина“ рашчлањен на две компоненте, те се у нацрту из 2001. врши позивање на императивне норме и обавезе према међународној заједници као целини. Тиме је дат правни основ за одговорност држава, за разлику од политичко-моралне основе која је била истицана. Треће, Део 2 садржи поглавље које се бави озбиљним кршењима обавеза према међународној заједници као целини. То поглавље има за циљ да отелотвори вредности некадашњег члана 19, избегавајући проблематичан термин „злочин“.

Дакле, у Нацрту из 2001. је изостала идеја о кривичној одговорности држава и међународним злочинима држава, а уместо тога се фокус усмерио ка последицама које проистичу из кршења *erga omnes* обавеза и императивних норми, односно норми *ius cogens*.²⁶ Компромис је постигнут увођењем категорије „озбиљног кршења обавеза императивних норми општег међународног права“,²⁷ чиме је потреба за снажнијом заштитом одређених значајних правних интереса међународне заједнице, као целине, нашла свој израз. Чланом 40 стипулише се да међународна одговорност државе настаје када држава изврши озбиљну повреду императивне норме општег међународног права. Истим чланом одређује се да је повреда озбиљна уколико доводи до масовног или систематског кршења обавезе предвиђене императивном нормом од стране државе.

26 Појам императивних норми заснива се на одређењу датом у широко прихваћеним Бечким конвенцијама о уговорном праву из 1969. и 1986. године, док се квалификација шта све представља императивну норму препушта државама, кроз развој праксе и доношење одлука надлежних правосудних органа. Поставља се питање које су то императивне норме међународног права. Данас се сматра неспорним да императивни карактер имају норме општег међународног права које забрањују: геноцид, агресију, апартхејд и присилно ускраћивање самоопредељења, што је потврдио и Међународни суд правде, истакавши да је реч о делима која „шокирају савест човечанства“, у случају Резерви на Конвенцију о спречавању и кажњавању геноцида, *Саветодавно мишљење*, ICJ Reports 1951, p. 15.

27 Део II, Поглавље III, чл. 40-41, Нацрта из 2001. године. Члан 40: „1. Ово поглавље примењује се у случајевима међународне одговорности проузроковане озбиљном повредом обавеза државе према императивним нормама општег међународног права. 2. Повреда овакве обавезе је озбиљна ако је реч о тешком или систематском пропуштању државе да испуни своју обавезу.“ Члан 41: „1. Државе ће сарађивати да би законитим средствима обуставиле сваку озбиљну повреду у смислу члана 40. 2. Ниједна држава неће признавати као закониту ситуацију која је проистекла из озбиљне повреде у смислу члана 40, и неће ни на који начин помоћи у одржавању такве ситуације. 3. Овај члан нема утицаја на друге последице прописане овим Делом, и на друге последице прописане међународним правом за повреде у смислу овог Дела.“

4.2. Последице озбиљног кршења обавеза императивних норми општег међународног права

Када је реч о последицама одговорности држава за озбиљне повреде императивних норми међународног права, треба разликовати мере садржане у усвојеном Нацрту из 2001. године, од оних решења која су, и поред разматрања и расправе, изостала из коначног текста Нацрта.

У случају повреде из члана 40 Нацрта из 2001. године, допушта се могућност реакције свих држава. Поред тога, чланом 41 је предвиђено да су државе у обавези да сарађују како би правно дозвољеним средствима обуставиле сваку озбиљну повреду дефинисану чланом 40. Поред обавезе сарадње, постоји и обавеза држава да не признају тако створену ситуацију за закониту, као и да не помажу у одржавању такве ситуације.

Тиме је КМП пронашла начин да се концепт међународних злочина уобличи у оквиру озбиљних кршења међународних обавеза према међународној заједници као целини. Међутим, у вези са таквом формулацијом, било је неопходно да КМП размотри још два питања: 1) да ли у случају озбиљних повреда међународних обавеза треба да настану и неке додатне последице, попут посебне репарације; 2) да ли остале заинтересоване државе, а не само оштећена држава, имају могућност предузимања противмера.

Након што је завршено прво читање Нацрта, главна критика упућена концепту међународних злочина тицала се ограничене природе додатних последица. Реч је о последицама које би настајале поврх оних које би се јављале након сваког међународног противправног акта, како би исказале тежину повреде међународне обавезе. Према бившем члану 52, постојале би једино две разлике у последицама између држава одговорних за извршење међународног злочина, од оних које су извршиле међународни деликт. Као прво, за разлику од деликата код којих је неопходно водити рачуна о принципу пропорционалности приликом утврђивања реституције, тај принцип није истакнут код утврђивања реституције за извршење међународних злочина. Тиме би се јавила могућност оштећене државе да стекне корист која је непропорционално већа од проузроковане штете. Поред тога, обавеза пружања реституције огромне вредности могла би да озбиљно угрози политичку независност или економску стабилност одговорне државе, као и да угрози основно право државе на међународно достојанство.

Због свега наведеног, предложене додатне последице биле би у великој мери неоствариве, као и арбитрерно постављене због чега су у потпуности изостављене из Нацрта од 2001. године. Идеја о међународним злочинима

је остала преодевена у рухо озбиљних повреда обавеза међународне заједнице као целине, али није усвојена и идеја о додатним последицама.

Поред питања додатних последица, поставило се и питање овлашћења на предузимање противмера. Наиме, да ли би и друге државе, поред оштећене, могле да врше противмере против одговорне државе, било у име оштећене државе или читаве међународне заједнице као целине. Сам термин „колективне противмере“ који је био коришћен у извештајима КМП је нејасан. Он је имао за циљ да опише реакције других држава које нису оштећене државе. Ове противмере су се називале колективним: 1) јер би једна држава иступала ради заштите општег, јавног интереса читаве међународне заједнице, без обзира што сама није оштећена тешком повредом међународне обавезе; или 2) зато што је реч о противмерама које би се остваривале координисаном акцијом више држава.

Као што се и може видети, реч је о врло деликатним питањима која пружају могућност злоупотребе. Са друге стране, постоји и неопходност реаговања на појаву тешких, озбиљних и очигледних кршења обавеза према међународној заједници као целини. Због наведеног, одлучено је да се направи компромис и дозволи ограничена могућност примене противмера,²⁸ али оне нису дефинисане као колективне противмере. Дакле, само је оштећена држава у могућности да предузима противмере, али је чл. 48 предвиђена могућност држава које нису оштећене да одговорну државу позове на одговорност.

Главни елемент прогресивног развоја у овој области је управо члан 48, који предвиђа да одређена кршења међународних обавеза могу утицати на међународну заједницу у целини, чиме и друге државе, чланице међународне заједнице, стичу могућност позивања на одговорност државу која је извршила повреду.²⁹

5. ЗАКЉУЧАК

Рад на кодификацији питања одговорности држава за међународне противправне акте био је дуготрајан и изузетно контроверзан. Једно од најспорнијих питања представљала је идеја о посебном издвајању међународних злочина, чиме се имплицирало постојање кривичне одговорности држава. Иако је текст Нацрта из 1996. године садржао члан

28 Чланови 49-53 Нацрта из 2001.

29 Тиме је у Нацрт из 2001. године инкорпорисан став МСП да постоје обавезе *erga omnes* према читавој међународној заједници, изражен у случају *Barcelona Traction, Light & Power Co. (Belgium v. Spain)*, New Application, 1970 ICJ Reports 4, 32.

19 који је дефинисао међународне злочине, коначни текст усвојеног Нацрта из 2001. године их не предвиђа.

Без обзира на општу спремност већине држава да прихвати општа начела одговорности држава за међународне противправне акте, идеја о државној одговорности за „међународне злочине“ је била и остала линија раздвајања и спорења, како међу државама, тако и међу теоретичарима. Поред противљења значајног броја држава, одредба о међународним злочинима била је суочена и са проблемима који проистичу из инкомпатибилности концепта међународних злочина са општим правним оквиром државне одговорности. Инкорпорисање посебног режима међународних злочина било је правно неодрживо, због немогућности да се тај посебан правни режим до краја заокружи као целина. Као основна замерка истицала се немогућност одређивања посебних правних последица које би настале извршењем међународног злочина.

Како је концепт кривичне одговорности држава изузетно споран, чини се прикладнијим да се избрише члан 19, као и помињање термина „злочин“, али да се задржи дух одредбе, која предвиђа посебно наглашавање међународних противправних аката који настају повредом највиталних интереса међународне заједнице као целине. Због тога је исправно што су Нацртом из 2001. године посебно издвојене одредбе о озбиљним повредама обавеза према императивним нормама општег међународног права. Тако начињен компромис чини се оправданим и представља боље решење од предложеног из 1996. године. Утолико пре што је и сам израз „злочин“ проблематичан, јер га не користи нити дефинише ниједан досад усвојен међународни инструмент.

РЕЗИМЕ

Комисија за међународно право Организације уједињених нација је пуних 45 година радила на кодификацији правила о одговорности држава за међународне противправне акте, што довољно илуструје сложеност те проблематике. Најспорније питање тичало се увођења појма међународног злочина држава у коначан текст нацрта. Након првог читања, 1996. године, усвојен је Нацрт чланова о одговорности држава за међународне противправне акте који је у члану 19 дефинисао овај појам. Тиме се имплицирало постојање кривичне одговорности држава, што је изразито спорно питање. Међутим, овај Нацрт није дефинисао посебне последице које би настале за одговорне државе у случају извршења међународних злочина, чиме се поставило питање сврхе њиховог посебног издвајања. Због тога је, након другог читања пред Комисијом за међународно право, коначно

усвојени Нацрт чланова из 2001. године изоставио помињање овог појма. Уместо тога, чланом 40 је уведена посебна категорија противправних аката држава насловљена озбиљна кршења обавеза императивних норми општег међународног права. Тиме је задржана идеја о посебном наглашавању противправних аката који настају повредом највиталних интереса међународне заједнице као целине, али без помињања проблематичног термина међународни злочин.

Sanja Đorđević, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

International Crime and Responsibility of States under the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts

Summary

For the past 45 years, the United Nations International Law Commission has been working on the codification of rules concerning the legal responsibility of states for international illegal acts. This time span sufficiently illustrates the complexity of codification problems encountered in the process of drafting “the Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts”, which was finally adopted after the first reading in 1996. The most disputable issue in this document was the concept of international crime, which was defined in Article 19 of the Draft Articles. The concept implies the criminal responsibility of states for illegal acts committed in breach of International Law, which is a highly controversial issue. However, this Draft did not specify the legal consequences that the responsible states would sustain in case of committing some international crime, which brought up an issue concerning the rationale of laying specific emphasis on this concept. Following a long process of subsequent revision, the Commission finally adopted a new version of the Draft Articles (2001), which does not include the controversial concept of “international crime”. Instead, Article 40 (dealing with “Serious breaches of obligations under peremptory norms of general international law”) contains a special category of illegal acts that may be committed by states. Thus, without explicitly mentioning the disputable term “international crime”, the framers of the Draft Articles have preserved the concept underscoring the illegal nature of acts resulting from a serious infringement of the most vital interest of the international community at large.

Key words: *responsibility of states, UN International Law Commission, Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, international crime, imperative norms*

ИЗВРШЕЊЕ МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ МЕДИЦИНСКОГ КАРАКТЕРА

Апстракт: У Кривичном законнику Србије предвиђене су четири мере медицинског карактера: обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи, обавезно психијатријско лечење на слободи, обавезно лечење наркомана и обавезно лечење алкохоличара. Поред материјалноправних услова за изрицање ових мера, у Кривичном законнику предвиђене су одредбе о извршењу. У Законнику о кривичном поступку регулисан је поступак за изрицање мера безбедности медицинског карактера, као и извршење ових мера. Осим тога, извршењем мера безбедности бави се и Закон о извршењу кривичних санкција, што представља његову *seades materiae*. Циљ рада је анализа одредби о извршењу мера безбедности медицинског карактера, из наведених закона, јер и поред опсежног регулисања, постоје противуречности, као и законске празнине. Осим тога, аутор националну регулативу сагледава из угла стандарда ЕУ, у погледу заштите здравља лица са душевним сметњама.

Кључне речи: мере безбедности, Кривични законик, Законик о кривичном поступку, ЗИКС.

Уводне напомене

Мере безбедности су врста кривичних санкција, супститути краткотрајне казне затвора, које се могу изрицати сваком учиниоцу кривичног дела, малолетном и пунолетном, лицу, које је скривљено или без кривице извршило кривично дело.¹ У кривичним законима, који су засновани на тзв. дуалитету кривичних санкција, мере безбедности су посебне кривичне санкције. То је случај са земљама германског правног круга (Немачка, Аустрија и Швајцарска), Италијом² и државама бивше СФРЈ. Оне су настале као реализација уочене потребе да се реагује према учиниоцима кривичних дела са душевним сметњама. Мере безбедности, које се изричу према окривљенима са психичким сметњама, као и зависницима од употребе опојних дрога или алкохола, медицинског су карактера, и есенцијално представљају примену одговарајућег психијатријског лечења или третмана одвикавања. Кривични законик Републике Србије³ предвиђа две мере безбедности, које се изричу окривљенима са душевним сметњама: обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи (чл. 81 КЗ) и обавезно психијатријско лечење на слободи (чл. 82 КЗ). Осим тога, предвиђене су две самосталне мере безбедности, којима се реагује према окривљенима, код којих је утврђена зависност од алкохола или дрога: обавезно лечење наркомана (члан 83. КЗ) и обавезно лечење алкохоличара (члан 84. КЗ). У раније важећем КЗ постојала је јединствена мера обавезног лечења наркомана и алкохоличара. Раздвајањем на две засебне мере омогућено је да се на адекватан начин примене терапијске методе у лечењу пацијената, јер је реч о болестима зависности, са бројним особеностима, које их диференцирају.⁴

1. Обавезно психијатријско лечење и чување у здравственој установи

Ова мера *обавезно се изриче* извршиоцу, који је у време извршења противправног дела, које је у закону одређено као кривично дело био неурачунљив. Она се, такође, *може изрећи* битно смањено урачунљивом

1 Д. Јовашевић, Кривично право- општи део, Београд 2010., стр. 253.

2 У италијанском праву мере безбедности нису кривичне санкције, већ мере административног карактера.

3 „Службени гласник РС“, бр. 85/2005, 88/2005- испр., 107/2005- испр., 72/2009 и 111/2009 и 121/2012, у даљем тексту КЗ.

4 З. Ђирић, Мере безбедности медицинског карактера у актуелном кривичном законодавству Србије, судско-психијатријски аспект, у: Право Србије и право ЕУ – стање и перспективе, Ниш 2010., стр. 714.

извршиоцу кривичног дела, уколико постоји озбиљна опасност да може учинити теже кривично дело, услед душевне поремећености, и уколико суд сматра да је за отклањање стања опасности, које учинилац носи у себи, потребно његово лечење и чување у здравственој установи (члан 81. КЗ). Суд о томе доноси одлуку на основу налаза и мишљења вештака судско - психијатријске струке. Наурачунљивом учиниоцу ова мера се изриче у посебном кривичном поступку, а битно смањено урачунљивом, у оквиру редовног или сумарног кривичног поступка (члан 521 – 534. ЗКП⁵)

Реч је о мери безбедности медицинског, куративног карактера, која се изриче самостално, осим у случају када је учинилац битно смањено урачунљив. У том случају се може изрећи суплементарно - уз казну и условну осуду. Према дикцији законске норме, ова мера безбедности се обавезно изриче према неурачунљивом лицу, а факултативно према битно смањено урачунљивом лицу. Њоме се учинилац изољује из друштва. Њему се ограничава слобода кретања за неодређено време. С обзиром да законом није одређено максимално време трајања ове мере, њена примена престаје, када престане потреба за лечењем и чувањем учиниоца у здравственој установи (члан 81. став 3. КЗ). У случају кумулативног изрицања ове мере са казном затвора, према битно смањено урачунљивом лицу, предвиђено је урачунавање времена проведеног у здравственој установи, у време трајања казне затвора. Ако је време проведено у здравственој установи краће од трајања изречене казне затвора, извршилац се може упутити у пенитенцијарну установу на извршење остатка казне, или пустити на условни отпуст. У случају примене условног отпуста, суд ће поред општих услова (да је осуђени издржао две трећине казне⁶ и да се осуђени тако поправио да се са основом може очекивати да до краја условног отпуста неће учинити ново кривично дело, члан 46. КЗ) посебно узети у обзир успех лечења, здравствено стање, време проведено у здравственој установи и остатак казне коју осуђени није издржао (члан 81. став 5. КЗ).

Према одредбама Закона о извршењу кривичних санкција⁷, суд који је у првом степену изрекао меру обавезног лечења и чувања у здравственој установи врши упућивање лица на њено извршење (члан 192. став 1. ЗИКС). Она се извршава редовно у Специјалној затворској болници, а изузетно и у другој здравственој установи. У погледу обима ограничења кретања и

5 Законик о кривичном поступку ("Сл. гласник РС", бр. 72/2011, 101/2011, 121/2012, 32/2013 и 45/2013). у даљем тексту ЗКП.

6 Овде аналогно, да је најмање половину времена изречене казне затвора провео у здравственој установи.

7 Сл. гласник РС", бр. бр. 85/2005, 88/2005 - испр., 107/2005 - испр., 72/2009, 111/2009, 121/2012 и 104/2013.

понашања, примена ове мере може садржати само оно што је неопходно за лечење и чување лица, према коме се примењује, као и ограничења, с циљем одржавања реда и дисциплине. Права и обавезе лица, према коме се примењује ова мера, еквивалентна су правима лица, која издржавају казну затвора (члан 193. став 2. ЗИКС).

У случају када је осуђујућом пресудом уз казну изречена и мера обавезног лечења и чувања у установи, најпре се извршава мера безбедности. Ако се лице, према коме је изречена ова мера безбедности не јави на извршење мере, суд може наредити његово довођење или издати потерницу. У току извршења ове мере врши се периодична провера успешности примене.⁸ Здравствена установа најмање једном годишње обавештава суд, који је изрекао меру, о здравственом стању лица, над којим се примењује. Са друге стране, и сам суд који је меру изрекао⁹ врши надзор над извршењем ове мере, као и проверу потребе даљег третмана. Суд ће сваких 9 месеци испитати даљу потребу лечења и чувања у здравственој установи (члан 531. став 1 ЗКП). У складу са резултатима третмана, може доћи до обуставе извршења, или замене ове мере мером безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи (члан 195. став 2. ЗИКС). Предлог за обуставу ове мере могу поднети здравствена установа, орган старатељства, и само лице коме је мера изречена. Суд¹⁰ ће донети одлуку о обустави ове мере у седници већа, на коју је потребно позвати јавног тужиоца, окривљеног и браниоца. Пре доношења одлуке може се саслушати окривљени, ако је способен да исказује. Целисходно је саслушати лекара здравствене установе, у којој се окривљени лечи, као и некога од чланова породице.¹¹ Суд доноси одлуку након саслушања јавног тужиоца, ако утврди да је престала потреба за даљим лечењем у здравственој установи (члан 531. став 2. ЗКП). У случају одбијања предлога за обуставу извршења ове мере безбедности, овлашћени предлагачи могу истаћи захтев по протеклу рока од 6 месеци, од дана доношења решења (члан 531. став 3. ЗКП).

8 Надзор над извршењем мера безбедности уопште врши Суд који је судио у првом степену, док стручност рада прати Министарство здравља, које доноси акте којима се ближе прописује извршење мера безбедности медицинског карактера.

9 У ЗИКС – у стоји „суд који је изрекао меру“, а у ЗКП „суд, који је судио у првом степену“. Према одредби уз ЗИКС –а могло би се, оправдано, закључити да је реч о истом већу, које је изрекло меру. Међутим, према одредби ЗКП, реч је о истом стварно и месно надлежном суду, а веће може бити састављено од судија, које нису учествовале у изрицању мере безбедности.

10 Функционална надлежност припада ванрасправном већу из члана 21. став 4. ЗКП (ВСС, Кж2. бр. 697/01, од 27. 06. 2001.

11 Г. Илић и др., Коментар Законика о кривичном поступку, Београд 2012., стр. 1096.

Време проведено на извршењу мере безбедности урачунава се у изречену казну затвора, тако што се један дан на лечењу изједначава са једним даном казне затвора. По завршетку лечења осуђено лице се може спровести на извршење казне, уколико му трајање казне још увек није истекло (члан 81. став 5. КЗ). Са друге, стране, може доћи и до условног отпуста, ако су испуњени законски услови. Уз условни отпуст, суд може изрећи меру безбедности обавезног лечења на слободи.

Имајући у виду неодређеност трајања мере безбедности обавезног лечења и чувања у здравственој установи, постоји дилема да ли њено трајање може бити дуже, од трајања кумулативно изречене казне затвора, битно смањено урачунљивом учиниоцу кривичног дела. Различита теоријска гледишта своде се на питање примарности кривичне санкције.¹² Протагонисти схватања, да је примарна санкција казна затвора, сматрају да се са истеком рока трајања казне мора обуставити извршење мере безбедности. Присталице супротног схватања истичу да је изрицање мере безбедности примарни вид друштвене реакције, имајући у виду циљ неутралисања темибилитета на страни учиниоца. Према том схватању, има места извршењу мере безбедности и након окончања казне затвора.

Према психичким болесницима потребно је спровести третман, за који је често немогуће унапред прогнозировать, у ком временском периоду ће дати, и да ли уопште може дати позитивне резултате. Стога се чини оправданим да мера безбедности психијатријског хоспиталног лечења, која се може изрећи овим лицима буде примарно неодређеног трајања. Но, како је реч о кривичној санкцији, неограничено трајање мере безбедности представља прекомерно задирање у основна људска права. Неограничено трајање мере безбедности представљало би примену државне репресије, на вишем нивоу, у односу на саму казну затвора, која може трајати најдуже 40 година. На другој страни, временско ограничење трајања ове мере безбедности довело би у опасност да се на слободу, након одређеног временског периода, морају пустити психички болесници, који представљају латентну опасност по околину. Стога сматрамо да би *de lege ferenda* требало одредити максимално трајање ове мере безбедности, након чега би се могло реаговати принудном хоспитализацијом, у ванпарничном поступку. Према важећим прописима, након извршења мере безбедности психијатријског лечења у установи, бригу о лицу, према коме је била примењена, преузима Центар за социјални рад, чија се надлежност одређује према његовом пребивалишту, односно боравишту.¹³

12 Више о томе: С. Кнежевић, Заштита људских права окривљеног у кривичном поступку, Ниш 2007., стр. 200-201.

13 Више о извршењу мере безбедности: С. Константиновић Вилић, М. Костић, Систем извршења кривичних санкција и пенални третман у Србији, Ниш 2013., стр. 142 – 149.,

Сматрамо да не постоји нормативна препрека за извршење мере безбедности хоспиталног лечења након истека трајања казне затвора. Извршење мере безбедности лечења и чувања у здравственој установи могуће је по окончању извршења казне затвора, али не у Специјалној затворској болници, већ у другој здравственој установи. То значи да би, након отпуштања из установе за извршење казне затвора осуђено лице морало бити премештено у другу здравствену установу. Потребан је предлог Специјалне затворске болнице, а одлуку о премаштају доноси суд (члан 192. став 4. ЗИКС).

У погледу третмана осуђених лица, према којима се извршава ова мера, ЗИКС садржи само две одредбе. Једна се односи на лимитирање ограничења слободе кретања и понашања, само ако је неопходно ради лечења и чувања, као и зарад одржавања реда и дисциплине (члан 193. став 1. ЗИКС). Ова лица изједначена су са осуђеним лицима на казну затвора, у погледу права и обавеза, осим ако потребе лечења другачије не захтевају (члан 193. став 2. ЗИКС). Према томе, није предвиђена ниједна специфичност, нити посебан облик третмана, за ову категорију осуђених лица. У бројним државама предвиђена су значајна одступања у третману према психијатријским болесницима. Њима се омогућава контакт са свештеницима и исповедницима, а са ближњима, путем телефона. У неким земљама контакт са посете чланова породице омогућавају се и до два пута недељно (Холандија, Француска, Пољска). У неким државама су дозвољене и посете партнера, без надзора (Финска, Пољска, Украјина).¹⁴ У Европској унији постоји иницијатива за побољшање положаја лица са душевним сметњама. Резултат тог настојања је усвајање „Зеленог папира“ Европске уније за побољшање менталног здравља становништва, из 2005. године.

2. Обавезно психијатријско лечење на слободи

Суд *ће изрећи* ову меру учиниоцу, који је у стању неурачунљивости извршио противправно дело, које је у закону предвиђено као кривично дело. Потребно је да постоји озбиљна опасност од поновног извршења кривичног дела и да је за отклањање опасности довољно његово лечење на слободи (члан 82. став 1. КЗ). Ова мера се, као и обавезно лечење у установи, изриче у посебном поступку, у форми решења.

14 E. Blaauw, R. Roesch, A. Kerkof, Mental Disorders in European Prison System, International Journal of Law and Psychiatry, бр. 5-6/2000, стр. 649-663. Наведено према Н. Мрвић Петровић, Кривичноправни положај лица са менталним поремећајима, Темида, бр. 2/2007, стр. 44-45.

Суд, такође, може ову меру изрећи окривљеном, који је кривично дело извршио у стању битно смањене урачунљивости, ако је изречена новчана казна, условна осуда или судска опомена. Изрицање уз казну затвора је искључено, јер је њено извршење неспојиво са институционалним третманом, у пеналној установи. Након истека трајања казне затвора, ако је кумулативно изречена мера безбедности обавезног лечења у установи, суд може одлучити да уз условни отпуст изрекне меру обавезног лечења на слободи (члан 531. став 3. ЗКП). Најзад, ова мера се може изрећи као супститут мере обавезног лечења и чувања у здравственој установи, приликом периодичне оцене потребе даљег хоспиталног третмана (члан 531. став 2. ЗКП). Ова мера безбедности је релативно неодређеног трајања. Обавезно лечење на слободи траје док за то постоји потреба, а најдуже 3 године. Генерална замерка може се упутити на одлуку законописца да у називу ове две мере инсистира на речи „обавезно“, будући да се према битно смањено урачунљивим учиниоцима оне изричу факултативно.

Извршење мере безбедности обавезног психијатријског лечења на слободи спроводи се у здравственој установи, коју одреди Суд који је меру изрекао (члан 199. став 1. ЗИКС). Лице коме је мера изречена упућује се на извршење у року од 8 дана, од правноснажности судске одлуке, а оно је дужно да се јави здравственој установи најкасније 15 дана од дана достављања одлуке о упућивању на лечење. У случају неповиновања донетој одлуци, о упућивању на лечење, као и када је лице постало опасно по околину, у мери да је потребно лечење и чување у установи, здравствена установа обавештава суд који је изрекао ову меру. О здравственом стању лица, према коме се ова мера примењује, здравствена установа обавештава суд на сваких 6 месеци. О завршетку лечења, такође постоји дужност обавештавања суда који је изрекао меру.

Иако се мера безбедности обавезног лечења на слободи извршава на начин, којим се окривљеном не ограничава лична слобода, постоји делимично одступање. У току извршења, може се спровести повремено лечење у здравственој установи, с тим што хоспитализација може да траје до 15 дана, непрекидно, а најдуже 2 месеца (члан 82. став 4. ЗКП). Остаје нејасно ко може да одреди привремену хоспитализацију. Из законских одредби не може се закључити да је то у надлежности суда. То отвара могућност да се привремена хоспитализација спроведе на основу одлуке саме здравствене установе. Са аспекта права окривљеног, боље је решење да о томе одлучује суд, рецимо приликом периодичне провере потребе даљег лечења на слободи. Други начин је да суд, у одлуци, којом изриче меру прецизира модалитет извршења. Но, треба узети у обзир да је неретко тешко предвидети потребу краткотрајне хоспитализације, при самом изрицању мере безбедности.

Изречена мера безбедности психијатријског лечења на слободи представља обавезу за окривљеног, да се периодично јавља лекару, неуропсихијатру, како би се предузеле адекватне медицинске методе. У случају неповиновања овој обавези, суд може, на предлог здравствене установе, или по службеној дужности да ову меру замени обавезним лечењем у здравственој установи (члан 532. ЗКП). Суд доноси одлуку након изјашњења јавног тужиоца. До замене изречене мере безбедности може доћи, ако се окривљени не јавља на лечење, или га самовољно напусти, као и кад се утврди постојање опасности по околину и поред лечења. Одлука се доноси на посебном рочишту, на које се позивају јавни тужилац, окривљени и његов бранилац и вештак, који је претходно обавио психијатријски преглед. Вештак се обавезно испитује, а окривљени једино ако његово здравствено стање дозвољава.

У погледу функционалне надлежности суда, ЗКП садржи упућујућу одредбу, путем које се долази до сазнања да је то „суд, који је судио у првом степену“. Према тексту раније важећег ЗКП (члан 510. члан 4. ЗКП из 2001. године) и поступању у пракси¹⁵ судова, одлуку доноси ванрасправно веће, у седници већа. Нови ЗКП не прецизира функционални састав суда, а додатну недоумицу представља могућност одлучивања на претресу. Веће позивних судија, по дефиницији, доноси решења у кривичном поступку, ван главног претреса (члан 21. став 4. ЗКП). Ово веће, у првом степену, поступа једино у предметима јавног тужилаштва посебне надлежности. Због тога сматрамо да има места тумачењу да, у случају замене мера безбедности, поступа судеће веће, које је судило у првом степену. Притом се не мисли на исти персонални састав суда. Доношење одлука, током трајања извршења кривичних санкција концепцијски доследније би било дати у надлежност судије за извршење кривичних санкција (члан 22. став 4.ЗКП).

3. Обавезно лечење наркомана и обавезно лечење алкохоличара

Мера обавезног лечења наркомана обавезно се изриче учиниоцу, који је кривично дело извршио услед зависности од употребе опојних дрога, уз додатни услов, да постоји опасност да ће услед зависности и даље да врши кривична дела. Обавезно лечење наркомана је мера безбедности суплементарног карактера, јер се може изрећи само уз казну, адмонитивну санкцију, ослобођење од казне или, према малолетницима, уз васпитне мере или казну малолетничког затвора. Законодавац је прописао максимално трајање ове мере, од три године. Она може трајати и краће, док постоји потреба за лечењем. Ова мера безбедности изриче се у оквиру редовног кривичног поступка.

15 Види: АСН, Кж2. бр. 910/11, од 26. 09. 2011. године.

Уколико је изречена уз казну затвора, учинилац се након изрицања мере упућује на њено извршење, у завод за извршење казне, у одговарајућу здравствену установу, или установу специјализовану за лечење болести зависности.¹⁶ Према одредбама ЗИКС, предметне мере безбедности извршавају се у посебној врсти завода, у Специјалној затворској болници (члан 13. став 1. тачка 4. ЗИКС). Међутим, у Србији постоји само један завод тог типа, у Београду¹⁷. Услед ограничених капацитета, остаје могућност извршења ових мера у „одговарајућој здравственој установи“. То могу бити установе, специјализоване за лечење болести зависности, или нека општа здравствена установа, ако има посебно одељење за болничко лечење зависника.¹⁸ Дубиозно је шта се сматра „другим специјализованим установама“, будући да је суштина ових мера безбедности у лечењу зависника. У којим би се установама, а да нису здравственог типа такво лечење могло спровести?!

У случају извршења неке од ових мера безбедности изречених уз казну затвора, постоји, заправо двојаки режим. Први модалитет представља истовремено извршење затворске казне и мере безбедности, уколико се извршава у Специјалној затворској болници. У случају извршења у другој одговарајућој или специјализованој установи, трајање лечења урачунава се у време извршења казне затвора. У овом случају извршење мере безбедности заправо претходи извршењу казне затвора. Несумљиво је повољнији положај оног лица, који се налази на лечењу „ван завода“.

Још један споран моменат представља ситуација, када се лице налази на извршењу мере безбедности у Специјалној затворској болници, у време истека трајања изречене казне затвора. Будући да трајање ових двеју мера безбедности није унапред предвиђено (осим апсолутног максимума од 3 године), шта ће се десити, у случају постојања потребе даљег лечења тог лица. Задржавање у установи затворског типа било би фактичко продужење трајања казне затвора. Стога сматрамо, да би се у том случају морале применити одредбе о извршењу ове мере на слободи.¹⁹ У ситуацији, када је изречена уз новчану казну, адмонитивне санкције (условну осуду или судску опомену), или ако је учинилац ослобођен од казне, ова мера се извршава на слободи (члан 83. став 5. КЗ).

16 Више о судској пракси види: <http://www.pravniportal.rs/index.php?cat=253&id=1291>.

17 Изменама и допунама ЗИКС из 2009. године, предвиђена је могућност оснивања посебних одељења за одвикавање од психоактивних супстанци. Међутим, ове мере безбедности не би се могле извршавати у тим одељењима, имајући у виду члан 13. став 1. тачка 4 ЗИКС.

18 Е. Ћоровић, Мере безбедности обавезног лечења наркомана и алкохоличара у кривичном праву (необјављена докторска дисертација), Нови Сад 2010., стр. 184.

19 Исто: Е. Ћоровић, *op. cit.*, стр. 186.

У погледу услова за изрицање, мера обавезног лечења алкохоличара је веома слична претходној, само што је узрок другачији. Она се наиме, обавезно изриче учиниоцу кривичног дела, које је извршио, услед зависности од употребе алкохола, ако постоји опасност, да ће услед те зависности и даље да врши кривична дела (члан 84. став 1. КЗ). Све остале одредбе, које се односе на ову меру, прописане су на истоветан начин, као код мере обавезног лечења наркомана. Једино је максимално трајање ове мере безбедности одређено другачије. Њена примена може трајати док траје потреба за лечењем, а најдуже 2 године. Не постоји законска препрека да се окривљеном истовремено изрекну обе мере за зависнике од употребе алкохола и опјних дрога.

Закон о извршењу кривичних санкција из 2005. године садржи заједничке одредбе за мере безбедности обавезно лечење наркомана и обавезно лечење алкохоличара. Упућивање на извршење ових двају мера врши суд, који их је изрекао, осим уколико се лице налази у притвору, када упућивање врши суд, у чијем се седишту извршава притвор (члан 202. став 1. ЗИКС). У погледу неодазивања позиву, или самовољног напуштања третмана, установа у којој се мера извршава обавестиће надлежни суд, који има две могућности – да нареди довођење лица, или да изда потерницу. Дужност периодичног обавештавања суда о току третмана, као и о завршетку лечења, решена је на исти начин као код мере безбедности обавезног лечења на слободи. Према члану 203. став 2. ЗИКС, установа, у којој се нека од ових мера извршава, дужна је да о завршетку лечења обавести суд, који је меру изрекао. Ова одредба је посебно значајна, јер се у судској одлуци не одређује време трајања ових мера. О томе суд одлучује, на основу постигнутих резултата у лечењу наркомана или алкохоличара. По завршетку лечења суд треба да донесе одлуку о обустави извршења мере безбедности, иако то у закону није изричито прописано.

Уколико је лицу, којем је изречена нека од две мере безбедности, истовремено изречена и казна затвора у дужем трајању, оно ће након завршетка лечења бити упућено на издржавање остатка казне (члан 204. ЗИКС). У овом случају, мера безбедности извршава се лечењем у одговарајућој здравственој, односно специјализованој установи, с тим што је реч о амбулантном третману.

У случају ако се лице, према коме је нека од ових мера изречена, не подвргне третману одвикавања, предвиђена је могућност принудног извршења. То је једино могуће учинити у некој од здравствених или специјализованих установа, које имају могућност за хоспитализацију. Одредбе о принудном извршењу ове мере налазимо у Законнику о кривичном поступку. Предвиђен

је, заправо, један некривични поступак, који се може водити након правноснажне судске одлуке, којом је нека од ових мера изречена, уз условну осуду.²⁰ Проблем је, међутим што постоји колизија између одредаба ЗКП и КЗ. Из дикције законске одредбе ЗКП, произилази да се она односи само на ситуацију, ако се мера безбедности обавезно лечење алкохоличара, односно наркомана изриче уз условну осуду (члан 534. ЗКП). Даље, према члану 534. став 1. ЗКП, према лицу које се није подвргло лечењу, или је лечење самовољно напустило, суд може двојако поступити – опозвати условну осуду, или одредити принудно извршење мере безбедности. КЗ међутим не предвиђа опозивање условне осуде, у овом случају.²¹ Принудно извршење ове мере одредиће се по саслушању јавног тужиоца и учиниоца кривичног дела, и након прибављања мишљења лекара, ако је потребно.

Законска празнина постоји и у вези питања односа рока кушње условне осуде и принудног извршења ове мере безбедности. Конкретније, дубиозно је да ли се време проведено на принудном извршењу ове мере урачунава у рок кушње? У теорији је прихваћено да не треба урачунавати, односно да период рока провере мирује за време принудног извршења ове мере. Има међутим основа и за другачије тумачење. Уколико поставимо паралелу са решењем, према коме се време извршења мере безбедности обавезно лечење алкохоличара и обавезно лечење наркомана у здравственој, односно специјализованој установи урачунава у казну затвора, има основа за пледирање у корист примене истог решења и за ову ситуацију.

Дилеме постоје и у случају, ако се нека од ове две мере изриче кумулативно са новчаном казном. Поставља се питање, да ли се мера безбедности извршава пре, у току или након извршења новчане казне. Једно од схватања је да се најпре извршава мера безбедности, а након тога новчана казна, урачунавањем сваког дана проведеног у установи за лечење у износ новчане казне.²² Међутим, постоји више контрааргумента, међу којима су најзначајнији: овде није реч о стационарном третману, већ о лечењу на слободи, те није могуће урачунавање. Такође, рокови за извршење новчане казне често ће бити знатно краћи од трајања лечења, па постоји опасност од њиховог прекорачења и кашњења у исплати. Најзад, може се десити да се урачунавањем дође до већег износа од изречене новчане казне, па ће се за „вишак“ лице према коме је казна изречена наћи у ситуацији неосновано осуђеног.

20 В. Ђурђић, Кривично процесно право – посебни део, Ниш, 2011., стр. 274.

21 Види: члан 83. и 84. КЗ Србије.

22 Љ. Лазаревић, Коментар Кривичног закона Савезне републике Југославије, Београд 1995., стр. 291.

Кривичним закоником није регулисао ни ситуацију, када се лице, према коме је изречена мера безбедности повргне лечењу, али не плати истовремено изречену новчану казну. Предлаже се да се најпре изврши тзв. суплеторни затвор, услед неплаћања новчане казне, а потом настави са лечењем.²³ Међутим, ако осуђени не плати ни новчану казну, нити се добровољно подвргне лечењу, ситуација је готово нерешива. Последица неплаћања новчане казне је суплеторни затвор, а последица неизвршења мере безбедности је њено принудно извршење. Логично би било да се тада извршење мере безбедности започне у затворској болници, или здравственој, односно специјализованој установи.²⁴ Међутим, то би било у колизији са законском одредбом, којом је изричито предвиђено да се ова мера, кад је изречена уз новчану казну, извршава на слободи.

ЗАКЉУЧАК

Извршење мера безбедности медицинског карактера регулисано је одредбама Кривичног законика, Законика о кривичном поступку и Закона о извршењу кривичних санкција. Мишљења смо да би у будућности требало стрикно разграничити материјална и процесна питања, од питања извршења кривичних санкција. На тај начин би се отклониле бројне противуречности, о којима је било речи, и попуниле правне празнине. Тиме би се створио нормативни оквир за ефикаснију примену мера безбедности, које у систему кривичних санкција заузимају важно место. Законске одредбе потребно је детаљно разрадити доношењем низа правилника, како би се омогућио адекватан третман осуђених лица, имајући у виду да је реч о психичким болесницима, алкохоличарима или наркоманима, према којима примена уобичајених облика третмана не може дати позитивне резултате. На тај начин би се створили услови за побољшање заштите здравља лица са душевним сметњама, као и зависника од алкохола или дрога, што је један од сегмената, на којима инсистирају прописи Европске уније.

23 Д. Дракић, Мере безбедности обавезног лечења наркомана и алкохоличара према новом Кривичном закоником Србије, Зборник радова Правног факултета Нови Сад, бр. 1-2/2008., стр. 621.

24 Ibid.

Ivan Ilić, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

ENFORCEMENT OF MEDICAL SECURITY MEASURES

Summary

*In Serbia, the enforcement of security measures involving different kinds of medical treatment is regulated by a number of provisions contained in the Serbian Criminal Code, the Criminal Procedure Code and the Act on the Execution of Criminal Sanctions. The Serbian Criminal Code envisages four medical security measures: compulsory psychiatric treatment and confinement to a medical institution; compulsory psychiatric treatment in an outpatients' medical institution; compulsory treatment of drug addicts, and compulsory treatment of alcohol abusers. In addition to the specific substantive requirements for imposing these measures, the Criminal Code also envisages the enforcement of these security measures. The Criminal Procedure Code regulates the procedure for imposing medical security measures and the enforcement of these measures. The Act on the Enforcement of Criminal Sanctions also includes some provisions on the enforcement of medical security measures, which is the *seades materiae* of this act. In spite of the extensive legislation on this matter, there are ample inconsistencies, contradictions and legal gaps. This paper is aimed at analyzing the provisions on the enforcement of medical security measures provided in the aforementioned acts and observing the national regulations from the perspective of EU standards, particularly in terms of health protection of mentally incompetent criminal offenders.*

Key words: security measures involving medical treatment, Serbian Criminal Code, Criminal Procedure Code, Act on the Execution of Criminal Sanctions

СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ НА НЕПОКРЕТНОСТИМА¹

Апстракт: Одржај је оригинаран начин стицања права својине заснован на државини одређеног квалитета и протеку законом одређеног рока. Већина савремених правних система познаје овај институт, који вуче корене из римског права. Одржај игра важну улогу у тим правима, као средство очувања правне сигурности, „умиривања“ права својине и других стварних права, средство за олакшано доказивање права својине, отклањања грешака у вођењу јавних евиденција непокретности и права на њима итд. Наша правна теорија и судска пракса негују благонаклон став према институту одржаја. Уопште се сматра да овај начин стицања својине игра једну важну улогу у правном поретку, улогу спашавања његове сигурности и очувања извесности у правним односима. При томе се не уважавају нарочито, осим у погледу рокова, разлике између покретних и непокретних ствари. Оно што може дати смисао одржају непокретних ствари јесу недостаци јавне евиденције непокретности и права на непокретностима – или такве евиденције нема или је она непотпуна и неажурирана. Други разлог који би оправдао одржај на непокретности био би смрт или несталост уписаног власника, или, пак његова незаинтересованост за вршење права својине, која се мора са сигурношћу утврдити. Уколико у једној држави постоји добро уређен и функционалан систем евиденције права на непокретностима, одржај нема много смисла.

Кључне речи: одржај, стицање својине на непокретностима, заштита права на имовину.

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту: “Усклађивање права Србије са правом Европске уније”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013 – 2018 године.

1. Стицање својине одржајем у римском праву

Одржај (*usucapio*)² је у римском праву по први пут био регулисан Законом XII таблица. Једини услов стицања својине одржајем је био да се непокретна ствар држи две године, а покретна годину дана. Никакви посебни квалитети државине нису се захтевали³. У том периоду развоја друштва старог Рима одржај, још увек, заправо, није био начин стицања, већ средство доказивања права својине⁴. Међутим, касније, са ширењем и јачањем римске државе, одржај се почиње све више злоупотребљавати као начин стицања права својине⁵. Тако су у периоду класичног римског права постављени следећи услови за стицање својине одржајем: подобност ствари да се на њој стекне својина одржајем (*res habilis*), да је државина заснована на пуноважном правном основу подобном да доведе до стицања права својине (*iusta causa usucapionis*)⁶, затим савесност државине (*bona fides*) и протек законом одређеног времена (годину дана за покретне и две године за непокретне ствари)⁷. Путем одржаја се, у овом периоду, могла стећи само квинитска својина, односно ову установу су могли користити само римски грађани, искључиво за стицање својине на италском земљишту. У провинцијама је примењиван институт *longi temporis praescriptio*, сличан одржају, који није водио стицању својине, већ застаревању својинске тужбе власника и то једино у односу на држаоца његове ствари⁸.

2 Лат. *usus* - коришћење, употреба и *capere* - стећи, добити: стицање права својине на туђој ствари кроз њено непрекидно коришћење у законом одређеном периоду – *usucapio est adiectio domini per continuationem possessionis tempore, lege definiti* – Modestinus. А. Ромас, Рјечник римског права, Загреб, 1975, стр. 595; Ж. Бујуклић, *Forum Romanum*, Београд, 2009, стр. 751.

3 В. Д. Стојчевић, Римско приватно право, Београд, 1983, стр. 143.

4 „Циљ ове установе био је тада доказивање и учвршећење права својине, нарочито на земљиштима стеченим поделом или приграбљивањем делова *ager gentilicus* или непријатељске имовине стечене у рату. Она је један од одраза изједначења факта држања и права на ствари, карактеристичног за схватања Римљана онога времена: доказивањем факта држања, што је видљиво, доказивано је право на држање. То је смисао одредаба Закона XII таблица: ко докаже да је покретну ствар држао и користио годину дана а непокретну две године, доказао је тиме своје право на држање и коришћење те ствари, које иначе постоји по неком другом основу.“ Д. Стојчевић, *op.cit.*, стр. 143-144.

5 Д. Стојчевић, *op.cit.*, стр. 143-144.

6 Нпр. купопродаја – *usucapio pro emptore*, поклон – *usucapio pro donato*, напуштање ствари – *usucapio pro derelicto*, итд. В. А. Ромас, *op.cit.*, стр. 597.

7 В. А. Ромас, *op.cit.*, стр. 597; Д. Стојчевић, нав. дело, стр. 144; И. Пухан, Римско право, Београд, 1977, стр. 213-214.

8 В. Ж. Бујуклић, Римско приватно право, Београд, 2012, стр. 266.

Јустинијановим законодавством уведене су промене у овој области. Избрисане су разлике према томе да ли се својина стиче у самом Риму или у провинцијама. Одржај (*usucapio*) постаје начин стицања својине на покретним стварима, *longi temporis praescriptio* постаје начин стицања својине на непокретним стварима (протеком десет, односно двадесет година). Код овог начина захтевали су се, поред протеча времена и *iusta causa* и *bona fides*, а уколико је постојала само савесност, без законитости државине, рок за стицање својине био је тридесет година (*longissimi temporis praescriptio*)⁹.

2. Стицање својине одржајем у савременом француском, немачком и швајцарском праву

2.1. Одржај у француском праву

По СС-у¹⁰ (чл. 2258) одржај или позитивна застарелост је начин стицања стварних права на основу државине. Суштински услов стицања својине одржајем у савременом француском праву је државина одређеног квалитета и трајања. Квалитети узугапионе државине набројани су у члану 2261 СС-а: државина мора бити непрекидна, мирна, јавна и, наравно, својинска¹¹. Када је реч о непокретностима, постоје два рока одржаја. Један је рок од тридесет година и односи се на стицање својине одржајем на основу државине која има напред побројане квалитете, али не мора бити и савесна¹². Овим путем својину на непокретности може стећи и узурпатор¹³. Други рок износи десет година и примењује се када узугапијент има савесну државину засновану на пуноважном правном послу¹⁴. Савесност државине се увек претпоставља, а онај ко тврди супротно, то мора и доказати¹⁵. Довољно је да савесност постоји у тренутку стицања државине¹⁶. Очигледно се за стицање својине одржајем у року од тридесет година не захтева ни пуноважан правни посао, с обзиром да законик предвиђа да правни посао

9 В. А. Ромас, *op.cit.*, стр. 597-598 и 328-329; Д. Стојчевић, *op.cit.*, стр. 146; И. Пухан, *op.cit.*, стр. 214-215, Ж. Бујуклић, *op.cit.*, стр. 266-267.

10 www.legifrance.gov.fr.

11 В. G. Cornu, *Droit civil*, Paris, 1991, стр. 502.

12 Чл. 2272, ст. 1. СС-а.

13 В. А. Colin – Н. Capitant – L. Julliot de la Morandiere, *Droit civil*, Paris, 1964, стр. 102.

14 Чл. 2272, ст. 2 СС-а; А. Colin – Н. Capitant – L. Julliot de la Morandiere, *op.cit.*, стр. 102-103.

15 Чл. 2274 СС-а; А. Colin – Н. Capitant – L. Julliot de la Morandiere, *op.cit.*, стр. 104; F. Terre - P. Simler, *Droit civil-Les biens*, Paris, 1992, стр. 283.

16 Чл. 2275 СС-а; А. Colin – Н. Capitant – L. Julliot de la Morandiere, *op.cit.*, стр. 104.

ништав због недостатка форме не може бити основ за стицање одржајем у року од десет година¹⁷. У француској правној теорији не постоји логично објашњење за тридесетогодишњи одржај код ког се не захтева савесност. Једноставно се излаже да је то општи рок застарелости права, како негативне, тако и позитивне застарелости и да се тај рок првенствено примењује код одржаја, с тим што је код покретних ствари у питању тзв. тренутни одржај, моментом заснивања државине, ако је држалац савестан. Оно што скраћује рок одржаја за непокретности на десет година јесу пуноважан правни основ и савесност државине¹⁸. Вероватно је тако конципирано опште правило о стицању својине одржајем реликт римског правног наслеђа. Сматрамо да ниједан продужени рок стицања, ма колико дуг био, не може бити „помагало“ за несавесно стицање својине на туђој ствари. Једини случај где се не би морало инсистирати на савесности, био би код стицања својине одржајем на напуштеној непокретности, под условом да прописи не налажу да она припадне држави, односно, на непокретности из заоставштине без наследника, под условом да се држава не јавља као последњи наследник.

Дејства одржаја наступају ретроактивно, истеком последњег дана рока одржаја. Сва располагања ранијег власника извршена од заснивања узупационе државине до истека рока одржаја и признања стеченог права, остају без дејства. Нови власник је дужан да трпи само оне терете који су настали пре заснивања његове узупационе државине. На другој страни, сва располагања учињена од стране узупацијента током рока одржаја (конституисање хипотеке, стварне службености или закупа) остају у правној важности. Ако је, нпр. једно лице ступило у брак са режимом заједничке имовине, након заснивања узупационе државине на некој непокретности, а пре истека рока одржаја, оно ће по протеку рока бити једини власник те непокретности, дакле тако стечено право својине не улази у заједничку имовину¹⁹. Узупацијент стиче право чију је садржину фактички извршавао током одређеног периода времена – *Quantum possessum tantum praescriptum*. Дејства одржаја не наступају *ex lege*. Потребно је да се узупацијент позове на одржај²⁰. Власник може спречити одржај, „позивањем правде“, подизањем тужбе против узупацијента, чак и након што је протекло рок одржаја, ако узупацијент већ није издејствовао судску

17 Чл. 2273 СС-а.

18 A. Colin – H. Capitant – L. Julliot de la Morandiere, *op.cit.*, стр. 102-103.

19 A. Colin – H. Capitant – L. Julliot de la Morandere, *op.cit.*, стр. 108-109.

20 „Савестан држалац, као и наследници несавесног држаоца, могу због немирне савести одбити да се позову на одржај“, A. Colin – H. Capitant – L. Julliot de la Morandere, *op.cit.*, стр. 109.

одлуку која декларише његово стицање²¹. Он се може одрећи последица одржаја и препустити ствар ранијем власнику²².

У француској правној теорији се истичу две позитивне функције одржаја: олакшава доказивање права својине избегавањем *probatio diabolica* и доприноси сигурности правног промета и „растерећењу правде“ од великог броја својинских спорова²³. Међутим, код одржаја су комплементарне две чињенице, једна позитивна – узукациона државина једног лица, друга негативна – непостојање државине првобитног власника, одсуство његове дилигенције у вршењу права, при чему пасивност овог потоњег додатно оправдава одржај²⁴. На тај начин „одржај санкционише одређени немар у вршењу права на страни власника, који допушта да рок одржаја протекне у корист трећег.“²⁵

2.2. Одржај у немачком праву

По BGB-у²⁶, општа правила о стицању својине одржајем примењују се само на покретне ствари. Одржај је регулисан одредбама параграфа 937-945, а оне се односе само на покретне ствари. Када је реч о непокретностима, законик изричито предвиђа да се сва стварна права на непокретностима стичу искључиво уписом у земљишне књиге²⁷. С обзиром на поменуто правило, затим начела јавности и начела поуздања у земљишне књиге, као и околности да се у одељку о стицању својине одржајем не говори о непокретностима, закључује се, иако није изричито предвиђено, да у немачком праву важи правило да својину на непокретностима није могуће стећи одржајем²⁸.

Од овог правила законик предвиђа изузетке. Први се односи на тзв. табуларни одржај. Ако је једно лице уписано у земљишне књиге као власник, а да није то заиста постало, током тридесетогодишњег периода, при чему је то земљишнокњижно стање подржано својинском државином уписаног лица на односној непокретности, у истом периоду, постаје власник те

21 A. Colin – H. Capitant – L. Julliot de la Morandere, *op.cit.*, стр. 106.

22 A. Colin – H. Capitant – L. Julliot de la Morandere, *op.cit.*, стр. 108-109; G. Cornu, *op.cit.*, стр. 510-511; F. Terre - P. Simler, *op.cit.*, стр. 295-298.

23 A. Colin – H. Capitant – L. Julliot de la Morandere, *op.cit.*, стр. 99-100; F. Terre - P. Simler, *op.cit.*, стр. 279-280.

24 G. Cornu, *op.cit.*, стр. 504.

25 *Ibid.*

26 www.bundesrecht.juris.de.

27 Пар. 873 BGB-а.

28 В. Л. Марковић, Грађанско право, Општи део и Стварно право, Београд, 1927, стр. 405.

непокретности²⁹. Ако је једно лице уписано у земљишне књиге као власник одређене непокретности, а друго лице има државину на тој непокретности током тридесетогодишњег периода, путем посебне процедуре јавног огласа, лице које је имало државину непокретности може бити уписано као власник те непокретности. Додатни услов, који се не може заобићи, јесте да је лице које је уписано као власник умрло или нестало³⁰.

У немачком праву је стицање својине одржајем на непокретностима сведено на два изузетна случаја. У првом, одржајем треба ускладити регистарско стање, које у овом систему осликава правно стање непокретности, са фактичким стањем. Регистарски одржај отклања грешку у упису у корист истог оног лица које је уписано као власник непокретности и које на њој има државину, али нису били испуњени сви потребни услови за стицање својине. У другом случају, институт одржаја је подржан захтевом општег интереса да непокретност која има друштвену вредност не остане неискоришћена због смрти или дуготрајне несталости уписаног власника. Путем одржаја се омогућава ефикасно коришћење непокретности. Поступак јавног оглашавања треба да пружи заштиту несталом власнику, за случај да је у животу.

2.3. Одржај у швајцарском праву

Одредбе Швајцарског грађанског законика³¹ говоре о две врсте одржаја – редовном и ванредном, мада суштина овог института, како је приказана у законнику, наводи на мисао о табуларном одржају³². Редовним одржајем својина се стиче када је једно лице било погрешно уписано у земљишне књиге као власник непокретности. Тај упис, иако првобитно погрешан, не може се доводити у питање након истека десетогодишњег периода, током ког је погрешно уписано лице вршило непрекидну, мирну и савесну државину на односној непокретности³³. Ванредни одржај по Швајцарском грађанском законнику има два вида. Први вид се односи на непокретност која уопште није уписана у земљишне књиге. Ако једно лице има непрекидну, мирну и савесну својинску државину на тој непокретности у трајању од тридесет година, оно има право да се упише у земљишне књиге као власник те непокретности³⁴. Други вид ванредног одржаја се односи на ситуацију

29 Пар. 900 BGB -а.

30 Пар. 927 BGB -а; В. Л. Марковић, *op.cit*, стр. 405-406.

31 www.admin.ch.

32 В. А. Чубински, *op.cit*, стр. 83-84.

33 Чл. 661 Швгз-а.

34 Чл. 662 ст. 1 Швгз-а.

када се из земљишног регистра не може сазнати ко је власник одређене неокретности, или је уписани власник преминуо или проглашен умрлим на почетку тридесетогодишњег периода мирне, непрекидне и савесне својинске државине другог лица, које се под тим условима, по истеку наведеног периода, може уписати у земљишне књиге као власник³⁵. У оба случаја упис узупационог држаоца као власника је конститутиван и може уследити на основу судске одлуке и то тек након истека рока за улагање приговора после јавног оглашавања, а да приговора није било, односно, након одбацивања уложених приговора³⁶.

Редовни одржај швајцарског права одговара табуларном одржају немачког права, с том разликом што је рок одржаја у швајцарском праву краћи. Међутим, *ratio* института је исти. Што се тиче ванредног одржаја, први његов вид има за функцију отклањање недостатака у вођењу земљишних књига и „умиривање“ права поводом непокретности. Други вид одржаја на непокретностима у швајцарском праву има за функцију задовољење општег интереса за што потпунијим и ефикаснијим искоришћавањем непокретности.

Додатна заштита првобитном власнику пружена је кроз посебну процедуру јавног оглашавања претензије узупацијента да буде уписан у земљишне књиге као власник. Власник може спречити коначно стицање својине на његовој непокретности улагањем одговарајућег приговора.

3. Стицање својине одржајем на непокретностима у позитивном праву Енглеске

У праву Енглеске је дуго времена постојало, као једино, правило о стицању својине одржајем кроз непрекидну и мирну државину у трајању од дванаест година. Савесност се није изричито захтевала³⁷. Због тако либерално постављених правила о стицању својине на непокретности која припада другом лицу, одржај је био под лупом правничке јавности и сматран, чак, једним видом крађе, узурпације непокретности, коју право олако „благосиља“³⁸. Услед тога, настаје реакција у виду доношења Закона о регистрацији непокретности³⁹ (Land Registration Act) 2002. године, који

35 Чл. 662. ст. 2 Швгз-а.

36 Чл. 662. ст. 3 Швгз-а.

37 С. Harpum – S. Bridge – M. Dixon, *The Law of Real Property*, London, 2008, стр. 1411, 1413; R. J. Smith, *Introduction to Land Law*, Harlow, 2010, стр. 35.

38 R. J. Smith, *op.cit*, стр. 36.

39 <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2002/9/contents>

је поставио много строжа правила за стицање својине на непокретностима одржајем и, практично, свео одржај на случајеве спорова око међа међу суседима и ситуације када се власник који је обавештен о узупацији не противи таквом стицању приговором⁴⁰. Старо правило о аутоматском стицању својине одржајем на основу дванаестогодишње државине се и даље примењује на нерегистроване непокретности. Међутим, у погледу регистрованих непокретности, којих је у Енглеској данас знатно већи проценат у односу на нерегистроване непокретности, Закон о регистарцији непокретности предвиђа прецизна материјалноправна правила и процедуру заснивања својине путем одржаја.

Лице које је имало државину одређене непокретности у трајању од десет година има право да се обрати надлежном регистру захтевом да буде уписано као власник те непокретности⁴¹. О примљеном захтеву за регистрацију надлежни регистар је дужан да обавести: власника непокретности на коју се пријава односи, титулара било ког уписаног терета на непокретности, као и сва остала заинтересована лица, у складу са законом⁴². Обавештење мора садржати упозорење да ће, ако се не уложи одговарајући приговор, непокретност припасти узупацијенту, који ће бити уписан у регистар као њен нови власник⁴³. Ако “прави” власник уложи приговор, у највећем броју случајева ће пријава „новог власника“ бити одбијена. Једини случај када одржај може победити вољу „правог“ власника да задржи своју непокретност, односи се на спорне међе. Најпре, потребно је да је непокретност на коју се односи пријава узупацијента била регистрована најмање годину дана пре подношења пријаве⁴⁴. Затим, услов је да су непокретност која је у својини узупацијента и регистрована непокретност на коју се односи пријава за регистарцију суседне и да међе између њих нису тачно утврђене⁴⁵. И потребно је да је најмање десет година, закључно са даном пријаве, постојала државина узупацијента, при чему је он оправдано веровао да непокретност на коју се односи пријава припада њему⁴⁶.

40 R. J. Smith, *op.cit*, стр. 36.

41 Sch. 6 par. 1, subpar. 1, Land Registration Act; C. Harpum – S. Bridge – M. Dixon, *op.cit*, стр. 1414; R. J. Smith, *op.cit*, стр. 36.

42 Sch. 6 par. 2, subpar. 1, Land Registration Act; C. Harpum – S. Bridge – M. Dixon, *op.cit*, стр. 1450; R. J. Smith, *op.cit*, стр. 36-37.

43 Sch. 6 par. 2, subpar. 2, Land Registration Act; C. Harpum – S. Bridge – M. Dixon, *op.cit*, стр. 1450; R. J. Smith, *op.cit*, стр. 36-37.

44 Sch. 6 par. 5, subpar. 4, Land Registration Act.

45 Sch. 6, par. 5, subpar. 4, (a), (b), Land Registration Act; C. Harpum – S. Bridge – M. Dixon, *op.cit*, стр. 1454-1458.

46 Sch. 6 par. 5, subpar. 4, (c), Land Registration Act.

Ако успе да докаже испуњеност ових услова или власник уопште не приговори његовој пријави за регистрацију, узупапијент ће бити уписан као нови власник непокретности⁴⁷.

Уколико власник уложи приговор, а нису испуњени напред наведени услови за стицање својине одржајем, власник ће морати да предузме одговарајуће мере, да не би изгубио својину на непокретности. Уколико власник не предузме ништа да евинцира узупапијента и поврати државину на непокретности у периоду од две године од одбацивања пријаве, а у том периоду је узупапијент имао државину на непокретности, узупапијент може поново, по истеку тог периода, да поднесе пријаву за регистрацију, овог пута без бојазни од неуспеха⁴⁸.

Убрзо по доношењу Закона о регистрацији непокретности из 2002 године, покренут је пред Европским судом за људска права поступак због повреде права на мирно уживање имовине из чл. 1 Протокола бр. 1 уз Европску конвенцију о заштити људских права, због законодавства о стицању својине одржајем на непокретности, које се искључиво примењивало до ступања на снагу наведеног закона⁴⁹. Поступак су покренуле две компаније из Велике Британије. Ове компаније су биле регистровани власници земљишне парцеле површине двадесет три хектара, са пољопривредном наменом, у Беркшајру (Енглеска). Ову непокретност власници су дали на коришћење власницима њој суседне непокретности, брачном пару Graham, за потребе попасања стоке, на основу уговора, закљученог за период од 01. јануара 1983. до 31. децембра 1983. године. Дана 30. децембра 1983. Graham-ови су примили обавештење од компанија да је њихов уговор о коришћењу земљишта за попашу на истеку и да је потребно да прекину са коришћењем земљишта. Graham-ови су компанијама упутили захтев за продужење уговора на још годину дана. Компаније су одбиле продужење уговора са образложењем да припремају план искоришћавања земљишта у производне сврхе. Graham-ови су, међутим, остали у државини спорне непокретности и после дванаест година неометане државине, поднели захтев надлежном регистру да буду уписани као власници тог земљишта. Захтев им је усвојен и компаније су изгубиле својину. Graham-ови су стекли својину одржајем на основу одредаба Закона о застарелости из 1980. године, које предвиђају да једно лице не може поднети захтев за враћање непокретности по истеку дванаест година државине другог лица на тој непокретности, као и одредаба Закона о регистрацији непокретности из

47 Sch. 6 par. 4, Land Registration Act.

48 Sch. 6, par. 6, subpar. 1, Land Registration Act, R. J. Smith, op.cit, стр. 38.

49 Видети Case of J. A. PYE (Oxford) Ltd and J. A PYE (Oxford) LAND Ltd v. The United Kingdom, No. 44302/02 од 17. децембра 2002. године.

1925, који је предвиђао да се по истеку дванаестогодишњег периода туђе државине на одређеној непокретности, раније уписани власник више не може сматрати власником те непокретности.

Европски суд за људска права је већином гласова десеторо судија од њих седамнаест, одлучио да у конкретном случају није било повреде чл. 1 Протокола 1. Суд је, најпре, констатовао да случај треба посматрати у светлу другог става поменутог члана⁵⁰, водећи рачуна о принципу правичне равнотеже између захтева општег друштвеног интереса и права на мирно уживање имовине. Суд је прихватио разлоге који оправдавају постојање института одржаја у једном правном систему: одржај штити држаоце непокретности од „старих“ захтева и не допушта власницима да „спавају на својим правима“; омогућава несметано одвијање промета права на непокретностима; штити савесног држаоца од неоправданог лишавања када је учинио трошкове везане за држање и коришћење непокретности; олакшава и појефтиније доказивање права својине на непокретностима; доводи до „умиривања“ права разјашњавањем правне ситуације када је непокретност пре успостављања узугационе државине била напуштена од стране власника; подстиче употребу непокретности за унапређење економског развоја, итд. Суд је такође констатовао да различите државе регулишу вршење права на имовину на различите начине и да свака држава треба да има широку слободу и у избору средстава контроле вршења овог права и у процени оправданости последица те контроле са становишта општег интереса. Указано је и да се компаније, подносиоци представке, нису могле позивати на непознавање законодавства о одржају или да је његова примена на њихов случај била изненађујућа, као и да је било потребно предузимање малог броја корака са њихове стране да би се прекинуо ток рока одржаја – да су нпр. захтевали од Graham-ових плаћање неког вида надокнаде за коришћење државине или да су, једноставно, подигли тужбу за повраћај непокретности. Компаније, по мишљењу Суда, нису биле без адекватне процедуралне заштите – имале су могућност, за све време трајања узугационе државине, да подигну својинску или државинску тужбу против Graham-ових. Закључак Суда био је да принцип правичне равнотеже који поставља чл. 1 Протокола 1 није нарушен и да, стога, у конкретном случају, није било повређено право на мирно уживање имовине.

Вреди се, међутим, осврнути на издвојено мишљење седморо судија који се нису могли придружити одлуци већине, и који су сматрали да у конкретном

50 „...Претходне одредбе не могу ни на који начин умањити право државе да примени законе које сматра неопходним да контролише уживање имовине у складу са општим интересом или да обезбеди наплату пореза или других доприноса или казни.“

случају јесте дошло до повреде чл. 1 Протокола 1 уз Европску конвенцију, да је престанак права својине компанија, као последица примене релевантног законодавства из 1925. и 1980. године представљао повреду права на мирно уживање имовине (подвукао аутор). У издвојеном мишљењу се истиче да се аргументи који иду у прилог институту одржаја не могу сматрати задовољавајућим у случају непокретности уписане у јавни регистар. Када је непокретност регистрована, готово да нема оправдања за правно правило које доводи до тако „очигледно неправичног резултата“ (подвукао аутор). „И поред значајне промене коју је донео Закон о регистрацији непокретности из 2002. године, ранији систем није био укинут и у конкретном случају се не може рећи да је послужио легитимној сврси.“ Указано је на то да је у конкретном случају био приметан изразит контраст између озбиљности мешања у вршење права својине и оправдања за такво мешање. „Несигурност која се може јавити код својине на непокретности минимизирана је у систему где се једноставно, увидом у регистар, може проверити ко је власник одређене непокретности. Када су у питању напуштене непокретности, општи интерес налаже њихово преузимање од стране неког ко ће је ефективно користити, али се општи интерес не може проширити преко границе где се регистрованом власнику одузима својина на бази чињенице туђе узупационе државине на његовој непокретности, на коју он није реаговао у одређеном периоду.“

Процедурална заштита власника, по мишљењу ових седморо судија, није била обезбеђена све до доношења Закона о регистрацији непокретности из 2002. године, јер до тада ниједна одредба релевантног законодавства, није налагала обавештавање власника, током периода трајања узупационе државине, како би био упозорен на опасност губитка права својине. У издвојеном мишљењу је изнето, против аргумента да институт одржаја подстиче власнике на искоришћавање и побољшавање непокретности, да се такав подстицај може постићи „мање тегобним средствима“ (подвукао аутор), као што су поједини облици пореза и различите мере подстицаја. Посебно је истакнуто да такав концепт одржаја „показује непоштовање према правима и легитимним очекивањима регистрованих власника непокретности, која укључују могућност чувања својих непокретности неискоришћених, ради развоја у неко будуће, повољније време, када су финансијски и на други начин спремнији да постигну одговарајуће резултате у коришћењу непокретности, или пак да сачувају својину за своје потомство.....Такав концепт одржаја изледа као да циља да казни регистрованог власника због непоказивања довољног интересовања за своју непокретност и неангажовања у истеривању узурпатора, који, у резултату, бива награђен стицањем права својине.“(подвукао аутор)

4. Стицање својине одржајем на непокретностима у праву Републике Србије

У важећем српском праву постоје две врсте одржаја: редовни и ванредни одржај. По правилима о редовном одржају својину на непокретности може стећи савесни и законити држалац који на тој непокретности врши својинску државину у трајању од десет година⁵¹. Ванредним одржајем својина на непокретности се стиче на основу савесне државине у трајању од двадесет година⁵².

Нацртом Законика о својини и другим стварним правима⁵³ предвиђене су три врсте одржаја непокретности. Савесни, законити⁵⁴ и исправни⁵⁵ држалац који врши својинску државину на непокретности стиче на њој својину протеком десет година⁵⁶. Својину на непокретности може стећи и савесни и законити, односно савесни и исправни држалац који на тој непокретности петнаест година врши својинску државину⁵⁷. На основу савесне државине стиче се својина на непокретности по протеклу двадесет година вршења својинске државине⁵⁸. Нацртом је посебно регулисан регистарски одржај⁵⁹. По правилима о регистарском одржају лице које је било уписано у јавни регистар као власник, иако за то нису били испуњени услови, постаје власник односне непокретности, под одређеним условима⁶⁰.

51 Чл. 28 ст.2 Закона о основама својинскоправних односа (ЗОСПО), „Сл. лист СФРЈ“ бр. 6/80 и 36/90, „Сл. лист СРЈ“ бр. 29/96, „Сл. гласник РС“ бр. 115/2005.

52 Чл. 28 ст. 4 ЗОСПО.

53 <http://arhiva.mpravde.gov.rs/cr/news/vesti/zakonik-o-svojini-i-drugim-stvarnim-pravima-radni-tekst.html>

54 „Државина је законита ако се заснива на правном основу, важећем и подесном за стицање оног права, односно обавезе којој одговара поступање држаоца у погледу ствари, а незаконита – ако држалац нема никакав правни основ, или има правни основ, неважећи или неподесан за оно право, односно обавезу којој одговара његово поступање у погледу ствари“, чл. 45 ст. 1 Нацрта.

55 “Државина је неисправна ако је прибављена силом, преваром, претњом, потајно, злоупотребом поверења, самовласним заузећем, самовласном променом поступања у односу на оно које је по молби одобрено, или на други неисправан начин, а исправна – ако није прибављена на неисправан начин.“, чл. 46, ст. 1 Нацрта.

56 Чл. 118 ст. 1 Нацрта.

57 Чл. 118 ст. 2 Нацрта.

58 Чл. 118. Ст. 3 Нацрта.

59 Чл. 119. Нацрта.

60 Предвиђена су два вида регистарског одржаја. Ако је једно лице уписано као власник непокретности на основу пуноважног правног посла закљученог са лицем које је претходно неосновано уписано као власник, стећи ће својину на непокретности по

Дејство одржаја наступа ретроактивно, од тренутка заснивања државине одговарајућег квалитета⁶¹. Стицалац се мора позвати на одржај, тј. захтевати доношење судске одлуке којом ће се констатовати стицање својине одржајем, због тога што суд о одржају не води рачуна по службеној дужности⁶². Он се може позвати на одржај и истицањем приговора у поступку покренутом реивиндикационом тужбом против њега⁶³. Упис у регистар непокретности је декларативног карактера⁶⁴.

Сматрамо да упис не треба да буде декларативан, већ конститутиван. „Правом“ власнику треба омогућити да брани својину у поступку који покреће узукапијент да би му се признало право својине стечено одржајем (тај поступак треба регулисати као посебан парнични поступак и он треба да буде обавезна фаза у процедури окончања стицања својине одржајем), без обзира што је протекао рок за одржај. Не можемо сваки пут унапред бити сигурни да је власник просто „запустио“ своји непокретност и препустио својину другом лицу. Својина је људско право које је основа човекове егзистенције (нарочито својина на непокретностима) и представља незастариво грађанско субјективно право. Иако се у теорији често указује на то да се код одржаја не ради о застаревању права својине⁶⁵, већ о једном начину стицања где је *conditio sine qua non* невршење права својине од стране лице које се у дејству одржаја лишава права својине, последица за то лице је, по нама, још ригорознија од застарелости. Ако прави власник не реагује, а утврди се да је био у могућности, оправдано је да својина припадне оном ко ће непокретност искоришћавати на најбољи начин. То јесте интерес друштвене заједнице. Ако власник реагује на одговарајући начин, остаје му непокретност, с тим што ће бити дужан да узукапијенту надокнади одговарајуће трошкове. Што се тиче српског права, за ванредни одржај се захтева само савесна државина и рок од

протеку десет година од уписа, без обзира на фактичку власт на тој непокретности. Ако је једно лице уписано као власник на основу правног посла или без њега, закљученог са лицем претходно уписаним, било основано, било неосновано, стећи ће својину на односној непокретности по протеку три године вршења својинске државине.

61 Ж. Перић, *Стварно право*, Београд, 1920, стр. 85-86; О. Станковић – М. Орлић, *Стварно право*, Београд, 1999, стр. 97; Р. Ковачевић-Куштримовић – М. Лазић, *Стварно право*, Ниш, 2009, стр. 110.

62 Ж. Перић, *op.cit.*, стр. 86; О. Станковић – М. Орлић, *op.cit.*, стр. 98.

63 *Ibid.*

64 О. Станковић – М. Орлић, *op.cit.*, стр. 97; Р. Ковачевић-Куштримовић – М. Лазић, *op.cit.*, стр. 111.

65 В. Р. Лоренц, *Право својине и застарелост*, Правни живот, бр. 4, Београд, 1954, стр. 7-9; О. Станковић – М. Орлић, *op.cit.*, стр. 84; М. Михајловић, *Редовни одржај*, Правна ријеч, бр. 28, Бања Лука, 2011, стр. 145-146.

двадесет година. Како говорити о савесности поред постојања начела уписа, начела јавности и начела поуздања у регистар непокретности? Савесност би могла да се односи само на недостатке у правном основу, због тога се и не захтева законитост државине. Тако да би се овај одржај могао односити на ситуацију када је неко уписан као власник, али није то могао постати јер постоји недостатак у правном основу, а код нас је упис каузалан – мора да следи пуноважан правни основ. То би онда био један вид табуларног одржаја. Међутим, наш законодавац га не означава тако, нити примену ванредног одржаја неком одредбом ограничава само на описану ситуацију. Сматрамо да је то велики ударац правној сигурности. Посебно је питање да ли је непокретност уопште уписана у регистар, и да ли би било допустиво и замисливо да у једној правно уређеној држави постоје нерегистроване непокретности.

Закључак

Видели смо да је одржај на самим почецима своје примене био врло либерално конципиран. У то време он је служио пре доказивању, него прибављању права својине. Међутим, са захуктавањем друштвених промена, одржај се почиње све више злоупотребљавати као начин стицања права својине, нарочито на непокретностима. Тако настаје потреба за његовом ревизијом и постављају се услови стицања својине одржајем, који су, нешто модификовани, преживели дејство времена и одржали се у савременом праву.

Међутим, правни институт одржаја нема једнак домаћај примене у свим анализираним правима, када се ради о стицању права својине на непокретностима. Тако, право Немачке и право Швајцарске ограничавају домаћај примене одржаја на изузетне случајеве који се свде или на регистарски одржај или на случајеве смрти или несталости власника. У праву Француске и праву Србије нема таквих ограничења, довољно је да се испуне општи услови за стицање. У праву Енглеске стицање својине одржајем на регистрованим непокретностима сведено је, практично, само на случајеве спорова око међа и случајеве крајње незаинтересованости првобитног власника за вршење својине на одређеној непокретности. Ни процедурална заштита првобитног власника није једнако регулисана и ту се нарочито истиче право Србије, где се, пошто се испуне законски услови врши декларативан упис новог власника непокретности у катастар. У праву Србије не постоји ни посебно регулисан поступак који би омогућио правом власнику да одбрани својину на непокретности и спречи коначно стицање одржајем.

Наша правна теорија и судска пракса негују благонаклон став према институту одржаја. Уопште се сматра да овај начин стицања својине игра једну важну улогу у правном поретку, улогу спашавања његове сигурности и очувања извесности у правним односима. При томе се не уважавају нарочито, осим у погледу рокова, разлике између покретних и непокретних ствари. О непокретностима се воде јавни регистри у којима су евидентиране правне ситуације ових ствари и укоје се уписују све промене ових ситуација. Начин стицања (*modus acquirendi*) стварних права на непокретностима је, по правилу, упис у земљишне књиге, односно катастар непокретности. Оно што може дати смисао одржају непокретних ствари јесу недостаци јавне евиденције непокретности и права на непокретностима – или такве евиденције нема или је она непотпуна и неажурирана. Други разлог који би оправдао одржај на непокретности био би смрт или несталост уписаног власника, или, пак његова незаинтересованост за вршење права својине, која се мора са сигурношћу утврдити. Уколико у једној држави постоји добро уређен и функционалан систем евиденције права на непокретностима, одржај нема много смисла. Чак ни као средство за лакше доказивање права својине, због тога што се у систему јавних регистара непокретности и права на непокретностима право својине и друга стварна права на непокретностима доказују изводом из таквог регистра.

Сматрамо да је нашем праву неопходно минуциозно и систематско приступање питању јавне евиденције непокретности и права на непокретностима, за којим треба да уследи, или, пак, да се са њим паралелно одвија, ревидирање услова и домаћаја примене стицања својине одржајем на непокретностима.

Milica Vučković, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

Acquisition of Ownership by Adverse Possession on Realty

Summary

Adverse possession (usucapio) is a unique method of acquiring title to property (ownership) through a continuous, exclusive and uninterrupted possession of property and upon the expiry of the statutory time limit. This institute is recognized in most contemporary legal systems and its roots may be traced back to the Roman law. In contemporary legislations, adverse possession has a significant role as an instrument for preserving legal certainty, assuring one's ownership right and other real property rights, facilitating the process of providing evidence to prove the ownership right, eliminating mistakes in the public real estate registries on real property and related property rights, etc. The Serbian legal theory and jurisprudence are quite open-minded towards the institute of adverse possession. This method of acquiring ownership is generally considered to have a very significant role in preserving the legal safety and legal certainty in legal relations. Except for the prescribed time limits, the terms and conditions governing the acquisition of ownership right are not substantially different for movable and immovable property. Congeniality

The institute of adverse possession makes sense in the circumstances where there are ample deficiencies in the public records registries on real estate and related property rights, which are either incomplete or outdated. This institute is also justifiable in case of death or a long-term absence of the registered owner, or the owner's apparent lack of interest to exercise the ownership right, which must be clearly ascertained. The institute of adverse possession does not make much sense in case there is a well-organized and functional system of public registers on real estate and related property rights.

Key words: *adverse possession, acquisition of ownership right on real estate, protection of right to property*

САДРЖАЈ

Проф. др Војислав Бурђић, Доц. др Марко Трајковић, ЉУДСКО ДОСТОЈАНСТВО У БИОЕТИЧКО-ПРАВНОМ ПОДРУЧЈУ	1
Проф. др Зоран Радивојевић, НЕПОСРЕДНО ДЕЈСТВО ДИРЕКТИВЕ У ЈУРИСПРУДЕНЦИЈИ СУДА ПРАВДЕ ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ.....	17
Проф. др Драган М. Стојановић,
НАДЛЕЖНОСТ УСТАВНОГ СУДА СРБИЈЕ ПРЕМА УСТАВУ ОД 2006. ГОДИНЕ.....	37
Проф. др Драган Николић, Др Александар Ђорђевић ИСПРАВЕ (ГРАМОТЕ) КАО ИЗВОРИ ДРЕВНОРУСКОГ ПРИВАТНОГ ПРАВА..	63
Проф. др Драган Чорбић, НАРОДЊАШТВО КАО ДРУШТВЕНО-ПОЛИТИЧКИ ПОКРЕТ	71
Проф. др Мирко Живковић, ЛИЧНО ИМЕ У МЕЂУНАРОДНОМ ПРИВАТНОМ ПРАВУ И РЕШЕЊА У НАЦРТУ НОВОГ ЗМПП РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ (I ДЕО)	85
Проф. др Предраг Димитријевић, ОСНОВЕ ИНСПЕКЦИЈСКОГ НАДЗОРА У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ.....	105
Проф. др Љубица Николић, Др Александар Мојашевић, СТРУКТУРА ФИНАНСИЈСКИХ ТРЖИШТА	121
Проф. др Зоран Ђурић, ВЕШТАК ПСИХИЈАТАР У СУДСКОМ ПОСТУПКУ - ПОЖЕЉНЕ КАРАКТЕРИСТИКЕ И СТРУЧНО-ЕТИЧКЕ ДИЛЕМЕ	139
Проф. др Милева Анђелковић, МЕЂУНАРОДНЕ ИНИЦИЈАТИВЕ У ДОМЕНУ СПРЕЧАВАЊА ПОРЕСКИХ ПРЕВАРА.....	153
Проф. др Миомира Костић, КРИМИНОЛОШКА ОБЕЛЕЖЈА МАЛОЛЕТНИЧКОГ ХОМИЦИДА	171

Проф. др Ирена Пејић, РАЦИОНАЛИЗОВАНИ ПАРЛАМЕНТАРИЗАМ И УСТАВНА ПОДЕЛА ВЛАСТИ У СРБИЈИ	191
Проф. др Саша Кнежевић, НАЧЕЛО НЕПОСРЕДНОСТИ.....	209
Проф. др Срђан Голубовић, СТРАНЕ ДИРЕКТНЕ ИНВЕСТИЦИЈЕ У ЗЕМЉАМА ЗАПАДНОГ БАЛКАНА У УСЛОВИМА ГЛОБАЛНЕ ФИНАНСИЈСКЕ КРИЗЕ	225
Проф. др Милена Јовановић – Zattila, НЕКЕ КОНТРОВЕРЗЕ АКЦИОНАРСТВА.....	241
Проф. др Предраг Цветковић, ХАРМОНИЗАЦИЈА ЈАВНОГ И ПРИВАТНОГ ИНТЕРЕСА КРОЗ ЈАВНО- ПРИВАТНО ПАРТНЕРСТВО: ОГЛЕД О ДВОСТЕПЕНОЈ СТРУКТУРИ.....	253
Проф. др Видоје Спасић, ЗАШТИТА ЛИЧНИХ ПОДАТАКА У СРБИЈИ – СТАЊЕ И ПЕРСПЕКТИВЕ....	271
Проф. др Марина Димитријевић, ПОРЕСКО УПРАВНО ПОСТУПАЊЕ И ПОРЕСКА САГЛАСНОСТ ОБВЕЗНИКА.....	295
Проф. др Небојша Раичевић, АГЕНЦИЈА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ ЗА ОСНОВНА ПРАВА	309
Др Сузана Медар, ВРЕДНОСНО ЗАСНИВАЊЕ ПРИНЦИПА ЕУ	323
Др Марија Игњатовић, УЛОГА ОРГАНА СТАРАТЕЉСТВА У ПОСТУПКУ СТАРАТЕЉСКЕ ЗАШТИТЕ МАЛОЛЕТНИХ ЛИЦА.....	335
Др Славиша Ковачевић, ПОЛИТИЧКО НАСЛЕЂЕ И ЕВРОПСКЕ ИНТЕГРАЦИЈЕ СРБИЈЕ.....	355
Др Тања Китановић, КОНЦЕПЦИЈА СПОРАЗУМНОГ РАЗВОДА БРАКА У ФРАНЦУСКОМ ПРАВУ КРОЗ ИСТОРИЈУ И ДАНАС	371
Др Дејан Вучетић, ТЕРИТОРИЈАЛНА ОРГАНИЗАЦИЈА РЕПУБЛИКЕ СРБИЈЕ	389
Др Дарко Димовски, ИНТЕЛИГЕНЦИЈА И ЕМОЦИЈЕ КАО ФАКТОРИ ИЗВРШЕЊА УБИСТАВА У ЈУГОИСТОЧНОЈ СРБИЈИ	403

Др Ивана Симоновић, ВРАЋАЊЕ НЕОСНОВАНО СТЕЧЕНОГ ПОВРЕДОМ ЛИЧНИХ ПРАВА	423
Мр Душица Миладиновић-Стефановић, ПОСЕБНА ЕВИДЕНЦИЈА УЧИНИЛАЦА КРИВИЧНИХ ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА.....	447
Сања Марјановић, УОБИЧАЈЕНО БОРАВИШТЕ ДЕТЕТА – ПРЕСУДА У СЛУЧАЈУ ХАРУН	463
Миљана Тодоровић, УРЕДБА О ИНТАБУЛАЦИЈИ ИЗ 1839. ГОДИНЕ	487
Анђелија Тасић, ПРЕТХОДНО ИСПИТИВАЊЕ ТУЖБЕ (БЛАГОВРЕМЕНО О БЛАГОВРЕМЕНОСТИ)	503
Марко Димитријевић, ПРАВНИ АСПЕКТИ УПРАВЉАЊА ЈАВНИМ ДУГОМ (ЗАЈМОМ).....	517
Сања Ђорђевић, МЕЂУНАРОДНИ ЗЛОЧИНИ И ОДГОВОРНОСТ ДРЖАВА ПРЕМА НАЦРТУ ЧЛАНОВА О ОДГОВОРНОСТИ ДРЖАВА ЗА МЕЂУНАРОДНЕ ПРОТИВПРАВНЕ АКТЕ	533
Иван Илић, ИЗВРШЕЊЕ МЕРА БЕЗБЕДНОСТИ МЕДИЦИНСКОГ КАРАКТЕРА	549
Милица Вучковић, СТИЦАЊЕ СВОЈИНЕ ОДРЖАЈЕМ НА НЕПОКРЕТНОСТИМА.....	563

CIP - Каталогизација у публикацији
Народна библиотека Србије, Београд

340.137(4-672EU:497.11)(082)

ТЕМАТСКИ зборник радова Правног факултета
у Нишу "Усклађивање права Србије са правом
ЕУ" / [главни и одговорни уредник Мирослав
Лазих]. - Ниш : Правни факултет Универзитета,
2014 (Ниш : Атлантис). - [12], 581 стр. ; 24
cm. - (Пројекат Усклађивање права Србије
са правом Европске уније)

Тираж 100. - Напомене и библиографске
референце уз текст. - Библиографија уз
поједине радове. - Summaries.

ISBN 978-86-7148-187-8

1. Лазих, Мирослав, 1961- [главни и
одговорни уредник]

а) Право - Хармонизација - Европска унија -
Србија - Зборници

COBISS.SR-ID 207216396