

Универзитет у Нишу
Правни факултет

**ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА
ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ**

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

Књига трећа

Ниш, 2013

ТЕМАТСКИ ЗБОРНИК РАДОВА ПРАВНОГ ФАКУЛТЕТА У НИШУ

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

Књига трећа

Овај зборник радова резултат је рада на Пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије под бројем 179046 Д.

Издавач

Правни факултет Универзитета у Нишу

За издавача

Проф. др Мирослав Лазић, декан

Главни и одговорни уредник

Проф. др Предраг Димитријевић, руководилац Пројекта

Преводи

Гордана Игњатовић

Технички уредник

Ненад Милошевић

Штампа

„Атлантис“ Ниш

Тираж

100

ISBN 978-86-7148-178-6

ПРЕДГОВОР

Публикација која је пред Вама, представља Зборник радова, који је резултат истраживачког и научног рада наставника и сарадника Правног факултета у Нишу, као учесника пројекта под називом: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“.

Питање људских и мањинских права је једно од кључних питања и проблема државно правних система, који претендују да буду демократски и утемељени на принципима правне државе и владавине права. Оно је централна тема и европске заједнице, па и читавог савременог света, као интерактивног глобалног система. Република Србија има своје сопствене проблеме, наслеђене из прошлости али и посебну одговорност да активно и ефикасно решава изазове људских и мањинских права, који су њена савремена реалност, ако жели да постане део европског правног простора. Мада, Република Србија прихвата готово све конвенције и стандарде Европске Уније, остаје пуно недоследности у имплементацији пројектоване јавне политике у овој материји.

Мотивисани актуелношћу теме и потребом да се отворе бројна питања али и да се понуде одговори и решења, велики број аутора, наставника и сарадника Правног факултета, као учесника на поменутом пројекту, послало је своје научне прилоге редакцији. Заштита људских и мањинских права у европском правном простору обрађивана је са кривично правног аспекта али такође и са јавно правног, финансијско правног, грађанско правног и других правних аспеката. То показује сложеност овог пројектног задатка али и висок степен напора и позитивног резултата да се померимо корак напред у нашем истраживачком раду.

Руководилац пројекта

Проф. др Предраг Димитријевић

САДРЖАЈ

Др Војислав Ђурђић, Др Марко Трајковић, ПРАВО ПРЕД БИОЕТИЧКИМ ИЗАЗОВИМА	1
Др Невена Петрушић, НОВИ ПРАВНИ РЕЖИМ ДОБРОВОЉНОГ СМЕШТАЈА ОСОБА СА МЕНТАЛНИМ СМЕТЊАМА У ПСИХИЈАТРИЈСКЕ УСТАНОВЕ.....	17
Др Зоран Радивојевић, НЕПОСРЕДНА ПРИМЕНА И НЕПОСРЕДНО ДЕЈСТВО ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ.....	45
Др Предраг Димитријевић, УПРАВНО ПРАВО И ЈАВНИ МЕНАЏМЕНТ	65
Др Драган Јовашевић, ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА.....	79
Др Љубица Николић, Др Александар Мојашевић, ФЛУКТУИРАЈУЋИ НАСУПРОТ ФИКСНОМ ДЕВИЗНОМ КУРСУ	101
Др Мирослав Лазић, Милица Вучковић, ПЛОДОУЖИВАЊЕ У ФУНКЦИЈИ ЗБРИЊАВАЊА НАСЛЕДНИКА.....	119
Др Зоран Ђирић, СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИ АСПЕКТ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ.....	137
Др Миомира Костић, КРИМИНАЛИТЕТ У ГРАДСКОМ ПОДРУЧЈУ – ОД ИСТРАЖИВАЊА ДО ДЕЛИНКВЕНЦИЈЕ	157
Др Наташа Стојановић, ЗАШТИЂЕНЕ ВРСТЕ ДИВЉЕ ФАУНЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И ЧОВЕК – Правни аспект –	171

Др Милена Јовановић Zattila, ТРГОВИНА ПОВЕРЉИВИМ ИНФОРМАЦИЈАМА НА ТРЖИШТУ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ	199
Др Небојша Ранђеловић, СПОЉНА ПОЛИТИКА КНЕЖЕВИНЕ СРБИЈЕ У ВРЕМЕ НАМЕСНИШТВА ..	213
Др Зоран Поњавић, ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ВОЉЕ ПУНОЛЕТНИХ ПОСЛОВНО НЕСПОСОБНИХ ЛИЦА	223
Др Предраг Цветковић, ТЕОРИЈА ИГАРА КАО АНАЛИТИЧКИ ОКВИР ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА.....	241
Др Горан Обрадовић МЕЂУНАРОДНИ И ДОМАЋИ СТАНДАРДИ О ЗАБРАНИ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ОБЛАСТИ РАДНИХ ОДНОСА.....	255
Др Видоје Спасић, Александра Васић, ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА СИСТЕМА КОНТРОЛЕ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ СА ОСВРТОМ НА ЕУ	273
Др Марина Димитријевић, ДОСТИГНУЋА И ПОТЕНЦИЈАЛНЕ ПРОМЕНЕ У МЕХАНИЗМИМА ЗАШТИТЕ ПРАВА ОБВЕЗНИКА ПОРЕЗА	291
Др Небојша Раичевић МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ЗАБРАНА КРИЈУМЧАРЕЊА МИГРАНАТА	307
Др Марија Игњатовић, Др Тања Китановић, DIVORTIUM ОД РИМСКОГ ДО САВРЕМЕНОГ ПРАВА	323
Др Дејан Вучетић ИНСТАНЦИОНА ЗАШТИТА ИЗБОРНОГ ПРАВА - ПО ПРИГОВОРУ СТРАНКЕ ИЛИ ПО СЛУЖБЕНОЈ ДУЖНОСТИ?	341

Др Тања Китановић, НЕКЕ СПЕЦИФИЧНОСТИ ВРШЕЊА РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА НАКОН РАЗВОДА БРАКА	357
Др Душица Миладиновић-Стефановић, ПОСЕБНЕ МЕРЕ ЗА СПРЕЧАВАЊЕ ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА	377
Др Дарко Димовски, ПРОСТОРНА И ВРЕМЕНСКА ДИСТРИБУЦИЈА УБИСТАВА У ЈУГОИСТОЧНОЈ СРБИЈИ.....	393
Сања Ђорђевић, ПРОТОКОЛ 15 УЗ ЕВРОПСКУ КОНВЕНЦИЈУ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА.....	413
Иван Илић, ДОСТИГНУТИ СТАНДАРДИ КРИВИЧНОПРОЦЕСНЕ ЗАШТИТЕ МАЛОЛЕТНИХ ОШТЕЂЕНИХ	431
Марко Димитријевић, ПОРЕСКА ПОЛИТИКА И ПРИВРЕДНИ РАЗВОЈ.....	451
Урош Здравковић, УЛОГА ИНТЕРПРЕТАТИВНИХ ПРАВИЛА БЕЧКЕ КОНВЕНЦИЈЕ О УГОВОРНОМ ПРАВУ ИЗ 1969. ГОДИНЕ У РЕШАВАЊУ СПОРОВА ПРЕД СВЕТСКОМ ТРГОВИНСКОМ ОРГАНИЗАЦИЈОМ.....	463
Вишња Милекић, Вељко Турањанин, ОДРЕЂИВАЊЕ ПРИТВОРА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ЗЛОУПОТРЕБЕ ОПОЈНИХ ДРОГА КРОЗ ПРАКСУ СУДОВА У СРБИЈИ И БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ.....	479

Др Војислав Ђурђић,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Др Марко Трајковић,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 608.1:174

ПРАВО ПРЕД БИОЕТИЧКИМ ИЗАЗОВИМА¹

Анстракт: Шта изазов значи за право? Да ли пред право још има да се постави неки изазов, или је оно све изазове већ „превазишло? Ако још има таквих изазова шта то још може да стане испред права као изазов? Биоетика као подручје стоји као изазов сама себи, а због потребе правног регулисања многобројних биоетичких питања, она представља изазов за право. Проблеми у регулисању настају због недовољне разумљивости проблема, као и због правне самодовољности и затворености у сопствену проблематику, из које је тешко разумети и одговорити на ове изазове.

Кључне речи: биоетика, право, изазов, вредности, живот.

УВОД

Са појмом изазов блиско је повезан и појам одговорности за оно што право учини одговарајући на изазове биоетике. Тако правна неодговорност учених правника може довести до „клизаве низбрдице“ у поступању, а крајњи резултат овакве низбрдице може бити закључак у облику појма *lebensunwertes Leben*, заједничком појму свих повреда светости људског живота, „*santità della vita*“.² Ово је сасвим могуће јер се и „демократија без вредности једноставно претвара у отворен или лажан тоталитаризам“.³

1 Овај чланак је резултат истраживачког рада у оквиру пројекта бр. 179046 „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ Правног факултета у Нишу који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

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

3 Енциклика *Centesimus annus*, бр. 46. Наведно према. М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, са писмом Бенедикта XVI*, Службени Гласник,

Такви примери застрашујуће изгледају и указују нам истовремено на важност ваљаних одговора на биоетичке изазове. Јер, биоетички изазови нису питања којима се баве „залудни“ правници, док се они „прави“ или „озбиљни“ правници баве јако „тешким“ и „важним“ правним питањима. Сав правнички материјал за рад баш долази из основног биоетичког питања и вечитог изазова који стоји пред нама, из живота. Да ли су сада биоетички изазови тек нека нова питања за која има времена, или је ипак живот само један и дарован, па се морамо одговорно понашати према њему? Дакле, сви изазови биоетике су јавна питања којим право ваља да се бави. Ми овде нисмо спремни да улазимо у разрешење појединачних изазова (на пример, вештачко размножавање, абортус, еутаназија, генетски ижењеринг) већ се бавимо наговором да се заштити оно што је заједнички појам сваког биоетичког изазова – светост живота. Јер „У биологији рађања уписана је генеалогичка особа“.⁴

1. ПРАВО У БИОЕТИЦИ И БИОЕТИКА У ПРАВУ

Два су могућа начина посматрања места права у биоетици. Али најпре, зашто право и биоетика? Јер су сва биоетичка питања, према Марчелу Пери (*Marcello Pera*), јавна или прецизније то су питања „јавне етике“.⁵ А „кућа биоетике коју овдје градимо треба бити гостољубива, жива кућа која у себи чува будућност“.⁶ Да се вратимо начинима посматрања места права у биоетици, дакле, један, потпуно позитивно-правни и други филозофско-правни. Који од та два желимо да изаберемо ствар је на почетку личног нахођења, док ће на крају резултат показати ваљаност нашег избора, јер и став „религиозно немузикалног грађанина“⁷ (Јирген Хабермас / *Jürgen Habermas*) мора да буде самокритички и да даље инсистира да вредност важења позитивног права захтева да оно буде засновано на „претполитичко-моралним убеђењима религиозних или националних заједница...“.⁸ Зашто? Јер „Устав сам по себи не ствара моралност“.⁹ И зато

Београд, 2010, 50.

4 Ivan Pavao II, *Evangelium vitae*, br. 23. Наведено према: L. Tomašević, *Bioetika u kršćanskoj tradiciji i sadašnjosti*, у: *Izazovi bioetike*, (ur.) A. Čović, Pergamena Zagreb, 2000, 165.

5 М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, са писмом Бенедикта XVI*, Службени Гласник, Београд, 2010, 141.

6 T. S. Hoffmann, *Bioetika i mnogostrukost pojmova prirode*, у: *Integrativna bioetika i izazovi suvremene civilizacije*, (ur.) Velimir Valjan, Bioetičko društvo u BiH, Sarajevo, 2007, 24.

7 J. Хабермас, J. Рацингер, *Дијалектика секуларизације*, Досије, Београд, 2006, 31.

8 Ibid., 19.

9 М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, са писмом Бенедикта XVI*, 90.

јер развој човекових моћи које су пречесто „разарачке“, намеће питање моралне контроле моћи која једноставно „исклизне из колосека“¹⁰ (Ј. Хабермас) и зато јер морални релативизам на крају парализује читав систем. А најадекватнији пример се налази у строгом држању државе када је у питању везивање појаса у аутомобилу, и њене благонаклоности „кад је реч о еутаназији“.¹¹ Апсолутна слобода, која не поштује живот је и сама је разарање слободе и указује на неопходност поштовања и најмањег закона вредности. Дакле, без тога остаје етичка празнина и право које „онакво какво је данас, представља науку која подучава принчеве до које мере могу да прекрше правду, а да не повреду сопствене интересе“.¹² Тако остаје питање који су критеријуми потребни да би право било добро право? Како у праву развити „морално осјетило“¹³ за биоетичке изазове?

Дакле, где је место права у биоетици? На ово питање можемо да одговоримо и речима да биоетике и нема без правног регулисања, јер сва биоетичка расправа може да остане само пуко академско расправљање које није у пракси спроводљиво без права. Али, правна решења морају да имају своју садржину, а њу може да понуди биоетика. И тако ипак изгледа да овај однос није једностран већ да се у том споју ових концентричних кругова налази место права у биоетици, и место биоетике у праву. Биоетика данас одређује правна питања, а право има моћ да реши биоетичке изазове. Те да човека заштити од злоупотребе развоја биологије и медицинског знања и реалправне наклоњености смрти те „неподношљиве лакоће биоетичких поремећаја“.¹⁴

Шта ми видимо од тих концентричних кругова? Видимо пресек, а то су биоетички изазови и њихова правна решења. Изазове нисмо у могућности да изменимо или изаберемо, док ствар другачије стоји са правним решењима. Ми смо директно одговорни за правна решења биоетичких изазова, јер ми бирамо приступ тим проблемима. Најпре морамо да „recognize urgent issues of bioethics“ зато што „the process of „recognizing“ urgent issues cannot be completely separated from the process of „solving“ the-

10 Ј. Хабермас, Ј. Разонгер, *Дијалектика секуларизације*, 16.

11 М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, са писмом Бенедикта XVI*, 139.

12 Ради се о мисли Шарл-Луј де Секонде Монтескјеа, барона од Бреда и Монтескјеа (Montesquieu Charles de Secondat, barone di La Brède e di) из *Писма XCIV*, 188. Навдено према: М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, са писмом Бенедикта XVI*, 63.

13 А. Ћовић, *Етика и биоетика, у: Изазови биоетике*, (ур.) А. Ћовић, Pergamena Zagreb, 2000, 97.

14 Т. Јојић, *Култура живота, у: Интегративна биоетика и интеркултуралност*, (ур.) В. Валјан, Биоетичко друштво БиН, Сарајево, 2009, 115.

se questions“.¹⁵ Сада остаје да одредимо основ тог приступа биоетичким изазовима. Основ нашег приступа биоетичким изазовима су вредности. На тај начин желимо да одредимо и место права у биоетици и место биоетике у праву. Само путем аксиолошког приступа овим изазовима, можемо ваљано да у крањем одговоримо на њих.

Још једно од питања које желимо да отворимо и покушамо да на то питање дамо одговор је да ли овом проблему приступамо са разине биоетике као науке и права као науке, или са разине биоетике као подручја и права као феномена који се свакодневно „дешава“ нама људима? Св. Тома Аквински (*Thomas Aquinas*) представља окосницу овакве идеје, својим ставом да се сва морална сфера не може покрити правом, те је „Bioethics is a necessary moral attitude, conviction and conduct. Bioethics recognized and respect all life and living interactions in nature and culture. Bioethics has legitimate obligations in professional settings, in publice sphere, and in education, consultancy, publics moralitz, and cultuure“.¹⁶ Определи смо се да биоетици приђемо као подручју, а праву као феномену те прихватимо: „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 од дјелова те цјелине, за живот у свим његовим облицима, ступњевима, фазама и појавностима“.¹⁷ Таква отвореност за дефинисање биоетике и могућа непристрасност је „одређеност неодређености“ биоетике која је, „њезина предност“¹⁸, која може „успоставити и осмислити... нову епохалну парадигму знања“.¹⁹ Јер, биоетика је као најкориснија мапа, не само што нам каже како нешто изгледа, већ нас и упозорава и каже: „Ту сте, одавде све почиње“. Како „нитко нема визију опстанка, нити тко може рећи што би у том правцу требало чинити и којим смјером ићи“,²⁰ тако и „не постоји ни „католичка“

15 T. Matulić, *Urgent Issues of Bioethics in Croatia*, у: *Biethik und kulturelle Pluralität, Biethics and Cultural Plurality*, A. Čović, T. S. Hoffmann (Hsgr.), Academia Verlag, Sankt Augustin, 2005, 174.

16 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 22.

17 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.

18 Ibid.

19 P. Barišić, *Pluripespektivizam – temeljni uvjet ili zatamnjenje istine?*, у: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo u BiH, Sarajevo, 2009, 26

20 T. Jozić, *Kultura života*, у: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, 111.

или „исламска“ биоетика...“.²¹ 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“.²²

2. ВРЕДНОСНИ ИЗАЗОВИ БИОЕТИКЕ

Шта је највећи вредносни изазов биоетике? Једноставно а изузетно вредно и истовремено компликовано, људски живот који је биоетичко-правно питање онда „када постане крхка саморазумљивост моралног понашања“.²³ Да ли је могуће склопити било какав споразум, или доћи до компромиса на рачун људског живота са нечим или оним ко подкопава саму моралност? Један од знакова потребе биоетике у праву и права у биоетици је потамњења вредности живота. Људски живот и његова заштита нису амбивалентни појмови, који су и добри и лоши. Повреда људског живота долази из самог средишта таме. Очито су напади на вредност људског живота. С једне стране истиче се вредност живота, но с друге стране људски живот у стварности није неповредив. Истовремено нас „бомбардују“ новим и новим генерацијама људских права које су почеле да више личе на „последњу“ генерацију аутомобила, него на људска права, која немоћно стоје пред фуријом.²⁴ Док нас бомбардују с многих страна те негације светости људског живота, свет са неверицом гледа и пита се да ли им се још неко притиви. Ми се противимо. Ми смо против еуфорије модерног доба. Наклоњени смо хришћанској нади, коју оптерећује огромна историјска одговорност.²⁵ Из овакве ситуације се може изаћи, ако двозначност живота победимо доследношћу ума и религије, јер „његова кућа смо ми, под условом да чувамо слободу и наду којом се поносимо“²⁶ и ако можемо

21 V. Valjan, *Muslimani i kršćani – zajednički ciljevi u bioetici*, у: *Integrativna bioetika i interkulturalnost*, (ur.) V. Valjan, Bioetičko društvo BiH, Sarajevo, 2009, 11.

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

23 G. Küenzlen, *Čovjek kao „osoba“*, у: *Izazovi bioetike*, (ur.) A. Čović, Pergamena Zagreb, 2000, 117.

24 М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, са писмом Бенедикта XVI*, 66.

25 Овде се мисли на Перину идеју о папи Бенедикту XVI као о симболу хришћанске наде.

26 Свети апостол Павле, *Посланица Јеврејима*. Навдено према: М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, са писмом Бенедикта XVI*, 9.

„превазићи самонаређена ограничења ума“²⁷ (Јозеф Рацингер – папа Бенедикт XVI / *Joseph Ratzinger – Benedictus PP. XVI*). Дакле, ако се вредност људског живота оправда у својим коренима. Само тада и на тај начин се може сперечити „клизава низбрдица“, која према Лео Александеру (Leo Alexander), представља пример последица прихватања еутаназије. Наводи се да су убиства која непосредно извршили лекари у Немачкој у периоду владавине националсоцијализма, била оправдана позивањем на појам живота који није вредан живљења *lebensunwertes Leben*, о чему су даље говорили Роберт Џеј Лифтон (*Robert Jay Lifton*) и Вилки (*J. C. Wilke*). Вилки доказује, да је неколико случајева убиства из милосрђа тешко деформисане одојчади и деце било први неморални корак на низбрдици нацизма, која је довела до холокауста.²⁸ Дакле, најпре то је било убиство ментално болесног детета, које је извршио његов отац 1937. године, при чему је отац благо кажњен. Након тога, уследио је 1939. године, други кључни случај одојчета по имену Кнауер (*Knauer*), рођеног слепог и без једне руке и ноге, које је прегледао лекар Карл Брант (*Karl Brandt*) и о томе обавестио Адолфа Хитлера (*Adolf Hitler*), који је потом Бранту издао допуштење да убије Кнауера и сву одојчад налик њему. Вилки тврди, да су ова два огледна случаја водила до прве фазе убијања у Немачкој, током које су побијена многа хендикепирана деца. Он процењује да се ради о бројки 6.000 деце што ће даље укључивати „масовну стерилизацију, убијање хендикепираних особа, чишћење етничких мањина, искорјењивање Жидова...“.²⁹ Сагласно овом, многи професори историје, према Г. Пенсу (*Gregory E. Pense*) сматрају, да је немачка медицина била отворено расистичка деценијама пре појаве нацизма. Дакле, према њима „коначно решење“ и друга масовна убиства, нису потицала од „танане“, у почетку неприметне промене ставова, већ од отвореног расизма који је тињао у Немачкој.³⁰ Зато сматрају, да ма који кораци да су водили до нацистичког програма еутаназије, који је прерастао у еугенику, нацистички програм нема ништа заједничко са добровољним умирањем уз лекарску помоћ компетентних пацјената у Холандији и Орегону.³¹ На жалост, они не увиђају следеће, нема ниједног народа који је у целини расистички настројен, и такве генерализације су екстремно

27 М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, са писмом Бенедикта XVI*, 151.

28 J. C. Wilkie, *Assisted Suicide and Euthanasia: Past and Present*, Hayes Publications, 1998, p. 9.

29 D. Polšek, *Eugenika i ljevica, u: Izazovi bioetike*, (ur.) A. Čović, Pergamena, Zagreb, 2000, 184-185.

30 U korist takvog stava navodi se Jorst i njegovo delo *Pravo na smrt* iz 1895. godine te delo *Zagarantovani dopust ukidanja nedostojnih života*, iz 1920. godine, koje su napisali K. Binding i A. Hoche.

31 Detaljnije o tome u: G. E. Pense, *Classic Cases in Medical Ethics*, 2004.

опасне, те оне представљају сигуран пут у мржњу и жељу за истребљењем једног народа. Јер, ипак ће за историју правно-етичких мисли остати реченица једног правника из Вирџиније, а везана је за еугенику „Нјемци нас туку на нашем терену“.³² Даље, веома је произвољан закључак да постоји национална медицина која је расистички настројена. Зар нам сав ужас тог рата није показао да се ваља клонити генерализације и општих осуда.³³ Ово потврђује и веза између еугенике и левице, јер левичарска еугеника је „прави зачетник данашњег ускрснућа еугенике“.³⁴ Међутим, ти левичарски еугеничари нису „имали политичку моћ провести своје намене“³⁵ те цела левичарска еугеника изгледа мање „страшно“. Ипак, овим се потврђује став да је историја „један грозан догађај за којим след други“.³⁶ Тако је и социјалиста Карл Петерсон (Karl Peterson) заступао став „да постоје веће урођене разлике између црнаца и бјелаца неголи између људи уопће и мајмуна“.³⁷ Тако се на овакву мисао наставља и идеја да ако „социјалист није уједно и еугеничар, онда ће социјалистичка држава убрзо нестати због расне деградације“.³⁸ Посебно је интересантна чињеница да је генетичар и добитник Нобелове награде за медицину 1946. године Херман Мулер (*Hermann Müller*) у свом заносу комунизмом посетио Стаљина (*Иосиф Виссарионович Сталин*) и предлагао да Стаљин и његови сарадници за које је сматрао да су генетички обдарене особе буду донатори сперме. Ако можемо да прихватимо да је Стаљин генетички обдарена особа зашто то нису и сви други диктатори, или се ради о пукој симпатији за неког диктатора? И шта се дешава када Политбиро или било која друга организација слична њему одлучује о генетском инжињерингу? Колико год ми позитивно вредновали генетски инжењеринг, толико он вуче са собом огроман број фантомских појмова, као што су на пример „позитивна еугеника“, као и сивих зона где се укрштају путеви „расизма, револуционарног реформаторства и обичне здравствене заштите“.³⁹ Те сиве зоне

32 D. Polšek, *Eugenika i ljevica*, 184.

33 Više o odnosu medicine i nacionalsocijalizma videti u: Beyertz, Kurt /Kroll Jürgen/ Weingart, Peter: Blut und Gene, Geschichte der Eugenik und Rassenhygiene in Deutschland, Frankfurt a.M. 1988. Klee Ernst, *Euthanasie*, im NS-Staat, Frankfurt a. M. 1985. Nowak Kurt, *Euthanasie und Sterilisierung im Dritten Reich*, Göttingen, 1984. Schmuhl Hans Walter, *Rassenhygiene, Nationalsozialismus, Euthanasie*, Göttingen, 1987. Adolf Hitler, Brief mit Datum 1. September 1939. auf persönlichem Briefpapier.

34 D. Polšek, *Eugenika i ljevica*, 183.

35 Ibid., 187.

36 А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, Албатрос Плус, Београд, 2011, 21.

37 D. Polšek, *Eugenika i ljevica*, 188.

38 Ibid.

39 D. Polšek, *Eugenika i ljevica*, у: *Izazovi bioetike*, 186.

баш представљају простор у којем се сусрећу право и биоетика. Јер, тек што укажемо на позитивне стране генетског инжењеринга, откријемо број стерилисаних особа, на пример у држави Калифорнији до 1929. године – 62 225 присилних стерилизација. И тек што превазиђемо и некако прихватимо ову бројку и то невољно, појави се случај *Buck v. Bell* из којег извлачимо не тако пристојну реченицу „три генерације идиота сасвим је довољно“.⁴⁰ Ајнштајново (*Albert Einstein*) упозорење „Пазите се трулих компромиса“⁴¹ налази своју примену и овде. Да ли је „позитивна еугеника“ која ваља да због будућег зла, уклони зло, трули компромис? И шта чинити са таквим предлогом за компромис? Авашаи Маргалит (*Avashai Margalit*) даје кратак одговор „трули компромиси нису дозвољени, чак ни у име мира“.⁴² Склопити мир са еугеником личи на нагодбу коју је начинио Роберт Опенхајмер (*Robert Oppenheimer*), „атомска бомба а за узврат могућност бављења физиком на високим нивоу...“.⁴³ Шта је било људско у нацистичком и левицарском програму еугенике? Одговор је кратак, ништа. Образложење налазимо у варварском и нељудском понашању читавих режима који подривају темеље моралности. Тако је за нас боље водити „дебелу парницу“ него склопити „мршави компромис“⁴⁴ у име „пристојног друштва“.⁴⁵ Овај „мршави компромис“ са еугеником личи на Минхенски споразум из 1938. године.⁴⁶ Кога су то присталице овог споразума „одобровољили“? Ми се ипак слажемо са Волтом Витменом (*Volt Whitman*): „Придржавајући се вредности, противречимо себи“.⁴⁷ Врло добро, нек противречимо себи, друштву, свету, али да никако нема Минхенског споразума са еугеником. Боље је да знамо вредност свему, а цену ничему.⁴⁸ Ипак, морамо да оства-

40 D. Polšek, *Eugenika i ljevica*, 184.

41 А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 9.

42 Ibid.

43 Ibid., 10.

44 Дакле, ради се о обрнутој сразмери у односу на изреку „Боље мршави компромис него дебела парница“. Наведено према: А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 12.

45 О питању пристојног друштва и питању понижавања видети више у: А. Margalit, *The Decent Society*.

46 Мислимо на споразум од 29. септембра 1938. године да се од чехословачке одузме Судетска област.

47 А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 21.

48 Ради се заправо о игри речи коју смо извели, заправо стоји код Оскара Вајлда (*Oscar Wilde*) у књизи „*Lady Windermere's Fan*“, Лорд Дарлингтон: „Човек који зна цену свему, а вредност ничему“. Наведено према: А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, Албатрос Плус, Београд, 2011, 36.

римо да „наше морално име“ остане неукаљано.⁴⁹ То је наш циљ, а не да прихватимо чист утилитаризам изражен у реченици која представља прихватање токова времена који настају баш са људима који их и стварају. Дакле, нисмо склони да прихватимо чак ни као поучно: „Кад Стаљин каже играј, онда паметан човек игра“.⁵⁰ Овим се ставом супростављамо Шмиту (Carl Schmitt) који тврди да у ненормалним ситуација моралност нема смисла.⁵¹ Ми тврдимо баш обратно, када је ситуација „ненормална“ она је истовремено и највећи морални изазов. Дакле, „Крв за камионе“⁵² шта је ту нормално, а ако изоставимо и морално просуђивање поступка где смо ми тада? Ако прихватимо као нормално да у кризним ситуацијама нема места моралном промишљању, онда и ми покушавамо да седимо на Инго-вом (*William Ralph Inge*) престолу од бајонета. Нас сада не интересује она еугеничка страна код компромиса већ наша, пасивна, која нема жељу да спречи еугенику, односно жели да је „одобровољи“. Да ли смо ми одлучили да се нечим што је свето, људски живот, понашамо као да је профано? Ми морамо да одбацимо ту срамоту, јер живот није ствар цењкања и погодбе.

Дакле, како спречити „клизаву низбрдицу“? Да ли одмах реаговати или сачекати да клизиште крене? Један од интересантних примера изгледа овако, Исаија Берлин (*Isaiah Berlin*) испричао је следећу причу: „Неки човек је бесно ударао по кључајућем чајнику. „Шта радиш?“ упитали су га. „Не могу да поднесем парне локомотиве“. „Али ово је чајник, а не локомотива“. „Да, јесте, знам, али морате да их убијете док су оне још мале“.⁵³ Што даље може да значи да „Ниједан мировни уговор неће бити ваљан уколико садржи у себи разлог за будући рат“.⁵⁴ Зашто ово кажемо? Јер нас заговорници еугенике подсећају на „ђавоље рачуновође“ које броје овако „Један, два, три, а онда прелазе на много“⁵⁵ и тако ствари постају замагљене. Овакво

49 „Не у наше име“ видети више о томе у: А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 130-133.

50 А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 188.

51 С. Schmitt, *Political Theology: Four Chapters on the Concept of Sovereignty*, Cambridge, 1922; С. Schmitt, *The Concept of the Political*, University of Chicago Press, 1996; К. Шмит, *Три врсте правнонаучног мишљења*, Досије, Београд, 2003; А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 135.

52 Мислимо на понуду погодбе Адолфа Ајхмана (Adolf Eichman) од 25. априла 1944. године, да се размени милион јевреја за десет хиљада камиона. Савезници су то одбили. Наведено према: А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 98.

53 А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 20.

54 I. Kant, *Toward Lasting Peace: A Philosophical Sketch*, 93. Наведено према: А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 77.

55 А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 182.

бројање води ка световној једначини, која води ка свету без Творца, који не прихватају „Brüder, überem Sternenzelt/Muss ein liber Vater wohnen“.⁵⁶ Што даље значи да са њима нема склапања *compromeso storico*.⁵⁷ У каквом се раскораку налази тада један морални човек и његово неморално друштво? Какво је то заједништво? Зашто је у том заједништву⁵⁸ данас забрањено да искажемо следећи суд, који је наш: „противим се абортусу, јер према мојој вери, нарушава светост живота“ и „ја сам против еутаназije јер, према мојој вери она вређа достојанство особе“.⁵⁹ Каква је то сада слобода? За кога је та слобода, за вас и нас, или само за вас? И како да се онда не роди подозрење према вашем праву? Те је „за свако друштво важно да превлада подозрење према праву и његовим законима, јер се само тако може савладати самовоља и живети у слободи која се заједнички дели“ и јер је таква слобода брана од „разарања слободе“ и права које више није „израз праведности“ већ „производ самовоље“ и неоснованог присвајања моћи коју имају.⁶⁰

Постоји недвосмислена веза између нацистичких и левичарских еугеничких теорија и данашњих проеутаназиских идеологија. Та веза се састоји у недостатку појма о трансценденцији људске особе. Даље стоји: „Када се умањи та врједност, уско повезана с афирмацијом егзистенције Бога као Особе, самовоља човјека над човјеком се очитује у политичком вођи неког апсолутистичког режима или у инстанцијама индивидуализма.“⁶¹ Образложење оваквог става налази се у следећим поставкама. У својој поруци Понтификалној академији 1996. године, Јован Павле II, говори о „онтолошком скоку“ који се догодио негде у еволуционом процесу настанка човека. Дакле, људска душа је нешто што је непосредно створио Бог, те је дубоко усађена у човеку и тајанствена.⁶² Када једном предузмемо први неморални корак, у људској природи бива ослобођено нешто лоше,

56 М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, са писмом Бенедикта XVI*, 64.

57 Ради се о историјском компромису који је током 1970-тих година Енрико Берлингуер (Enrico Berlinguer) увео као секретар Коминистичке партије Италије. Наведено према: А. Маргалит, *Компромис и трули компромиси*, 188.

58 М. Пера, *Зашто се морамо звати хришћани, Либерализам, Европа, етика, Са писмом Бенедикта XVI*, 9.

59 Ibid., 33.

60 Ј. Хабермас, Ј. Рацингер, *Дијалектика секуларизације*, 35.

61 Више о томе у: Velimir Valjan, *Bioetika, Svjetlo reči*, Sarajevo-Zagreb, 2004, 279.

62 О значењу израза „онтолошки скок“ видети – Erman McMullin, *Biology and the Theory of the Human*, у – Philip R. Sloan, *Controlling Our Desires: Historical, Philosophical, and Theological Perspectives on the Human Genome Project*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2000, 367.

и то више није могуће да се контролише. Раније је морално правило ту рђаву ствар држало спутаном, али сада је учињен изузетак који може да послужи као преседан, тако да је апсолутно морално правило нестало. Коначно је отворен пут ка апсолутно неморалној слободи. Дакле, када једном извршимо малу измену неког моралног правила, неизбежно следе друге промене, због захтева ума за конзистентношћу у третирању сличних случајева на сличан начин. Зато Норман Фост (*Norman Frost*) професор педијатрије у Висконсину и медицински етичар, сматра да је у сваком друштву у којем је законски прихваћен захтев пајента да умре, то било примењивано исувише широко и да се ситуација отргла контроли.⁶³ Баш је овакво зло у човековој природи, оно за шта тврдимо да легалне смрти уз помоћ лекара могу отпустити. Ово даље значи, да ће једном пуштени, деструктивни принцип прогутати целу личност и завладати свим њеним поступцима. Тако настали деструктивни пориви и деструктивне замисли не могу остати ограничени или усмерени само на један субјект или само на неколико субјеката, већ неизбежно морају да се прошире и да буду усмерени против целог околног света, укључујући и властиту групу и себе.

Тако Нат Хентоф (*Nat Hentoff*), адвокат за права особа са инвалидитетом, који се противи еутаназији, сматра да поступци др. Кеворкијана (*Jack Kevorkian*) или „доктора смрт“ и декриминализација умирања уз помоћ лекара у Холандији и Орегону⁶⁴ представља „бесомучно обезвређивање живота“.⁶⁵

3. ВАЉАН ОДГОВОР ПРАВА НА ИЗАЗОВЕ БИОЕТИКЕ

Легализација појма *lebensunwertes Leben* би додала целу једну нову категорију убиства, тако да би приватна лица, заправо добила „дозволу“ да једна друга убијају, како би уклонила патње. Ако би то било допуштено у закону за нормативисте би то било готова ствар јер „Има народа који егзистују без тла, без државе, без цркве, само у „закону“, њима се нормативистичко мишљење чини једино разумним правним мишљењем, а свака друга врста мишљења непојмљивом, мистичном, фантастичном

63 Navedeno u: M. Vard, *Experts Consider Legal and Ethical Aspect of Helping Americans Die*, Milwaukee Journal, Wisconsin, 1990.

64 Novembra 1994. godine, грађани Орегона прихватили су *Zakon o smrti sa dostojanstvom*. Овај *Zakon*, је омогућавао да лекар легално пружи медицинску помоћ при умирању prepisujući pacjentu odgovarajuće lekove.

65 Више о томе видети у: Nat Hentoff, *Decision on Euthanasia Will Create a Slippery Slope*, Village Voice, 1987.

или смешном“.⁶⁶ Дакле, опасност лежи не само у биоетичким изазовима већ и у начину на који ће право одговорити на те изазове, посебно ако полаже чврсту веру у људске прописе и одбацује све што није створено од човека. Да ли једна такав правник „с академским образовањем“ који седи „у својој собици наоружан само једном машином за мишљење“ а испред кога је једино „зелени сто на којем пред њим лежи државни закон“⁶⁷ може да одговори на биоетичке изазове? Не желимо да проширујемо категорију убиства у којој човек може да убија чак ни у име милосрђа, чак иако је то прихваћено од већине која верује у свемоћ човека, и без обзира на то чини „правно лудило величине“.⁶⁸ То би променило природу права и отворило пут злоупотребама. Ми бисмо тада зло које постоји у стварности фиксирани у правним нормама. Дакле, тада би право и формално постало извор зла. Дали бисмо прилику да кроз процес јустицијабилитације дође до претварања једне норме која собом носи зло у правну норму која би морала да буде гарант остварења вредности. Јер, ваља поћи од „сазнања да се јуриспруденцијом не треба, као до сада, бавити као с вербалном науком, да се њен посао не исцрпљује у тумачењу утврђених речи, него да се она вредносна наука која је у служби сврха социјалног живота“.⁶⁹ Тако бисмо избегли све недоумица, страхове и фантомске појмове који стоје, особито у материји кривичног права, пред нама када говоримо о заштити живота и настоје да пољуљају несталан људски инстинкт за добро.

Чак и чисто правнички посматрано, дакле, без аксиолошких уплива, нећемо стићи до оправдања декриминализације овог вида убистава. Као пример тумачења правника и његовог одговора на биоетички изазов, а које је у сукобу са вредносно-моралним тумачењем наводимо непотребно прављење суптилне разлике између добровољне еутаназije у којој пацијент захтева од лекара да му овај обезбеди смртоносни лек и асистираниг самоубиства код кога компетентна особа може да одлучи да сама узме смртоносну супстанцу, коју јој је лекар преписао, али јој није и сам дао. Сматрамо, да етички посматрано нема никакве потребе правити дистинкцију између ове две ситуације, јер лекар поуздано зна да ако је лек преписан он је онда и доступан, те је исход сасвим очекиван – смрт. Да ли се овде поклапају појмови кривац и морални кривац, кривично дело и морално односно неморално дело и кривична санкција и морална санкција?⁷⁰ Колико је овакво решење далеко од етичке одговорности

66 К. Шмит, *Три врсте правнонаучног мишљења*, Досије, Београд, 2003, 7.

67 Х. Канторович, *Борба за правну науку*, Досије, Београд, 2006, 7.

68 Ibid., 15.

69 Х. Канторович, *Борба за правну науку*, Досије, Београд, 2006, 91.

70 Правна етика Томе Живановића, настала је као производ његовог учешћа на 8 Међународном конгресу за Филозофију, одржаном у Прагу од 02. до 07. септембра

за сопствене поступке? Финесе правничког промишљања стварности и тумачења правних прописа, исувише нас удаљавају од етике живота и људског достојанства. Понекад нам се чини да је право директно због своје „досетљивости“ супротстављено етици. И уместо да позитивно право буде оснажено моралом, оно га заобилази или још горе, негира својом моћи која је краткотрајна. У крајњем, нема потребе осим заштите лекара од кривичног гоњења и лекареве савести, а то није довољан разлог да би се замаглила етичка перспектива проблема.⁷¹

ЗАКЉУЧАК

Биоетички изазови стоје као „прапроблеми“ моралног живота човека.⁷² Човек који као „*animal sociale*, живи у форми права“⁷³ данас је у стању да постане нови облик моћи, он је заправо сишао у дубоко „гротло“ моћи. А ово је недовољно, јер: „Тек када су права постала извесна, тек онда о државо! Можеш да осигураш та права“.⁷⁴ И даље овакви покушаји би били враћање „једној ауторитарној догматици“.⁷⁵ Ваљало би критички путем ума и религије, осветлити терор који се правно и морално легитимише у име биоетике, те даље критички осветлити пребрзе закључке о томе шта је човек и где су његови домети, као и „Одакле потичу наше одлуке?“⁷⁶ Јер, само на овај начин вредносна идеја права може да влада у позитивном и да „задржи примат над позитивним“⁷⁷ те да омогући остварење нашег сасвим инстинктивног захтева „да човек буде добар“.⁷⁸ Прихватамо став да је „човек надишао антрополошки оквир одговорности и *de facto* доспио у

1934. године. Његов реферат *Основни проблеми Етике*, представља увођење нове, трипатитине или персоналистичке систематике или персоналистички метод изучавања проблема етике.

71 Међутим, и поред овога стоји у Хипократовој заклетви, која се сматра извором медицинске етике, и која дакле, представља основни пропис лекара, да се забрањује лекарима да убијају пацјенте. Данас, мали број медицинских факултета користи првобитну верзију, а посебне паганску клетву на крају. Дакле, у Заклетви недвосмислено стоји да „лекар неће дати смртоносни лек никоме ако га затражи, нити ће нешто тако предложити“.

72 А. Либерт, *Идеја моралног*, Досије, Београд, 2006, 5.

73 Ј. Биндер, *Прилог учењу појма права*, Досије, Београд, 2008, 5.

74 А. Фојербах, *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци*, Досије, Београд, 2008, 11.

75 А. Либерт, *Идеја моралног*, 28.

76 Ibid., 15.

77 А. Фојербах, *Однос филозофије и емпирије према позитивној правној науци*, 9.

78 А. Либерт, *Идеја моралног*, 5.

теолошку димензију одговорности“.⁷⁹ Човеков ум мора да буде опоменут, јер како у „религији постоје патологије“ тако постоји и „патологија ума“, чега човечанство и није свесно.⁸⁰ Човек у ситуацији захтева да умре мора да „ослушкује“ ум и религију, јер Лав XIII указује на то да би живот грађанског човека, ако би га једино одређивали закони заједнице, ишао ка незадрживом слому“.⁸¹ Другог пута осим „ослушкивања“ и „чишћења ума и религије“ нема. То је неопходно због од „рационалности уморне“ светске ситуације, о којој говори Бенедикт XVI. До неопходности чишћења религије и ума долази, то смо већ навели, због патологија које су присутне и у религији и у уму, које су, према њему, опасне и морају да буду превазиђене „божанском светлошћу ума“ који ће морати да буде спреман да научи да „чује велике религиозне традиције човечанства“. У ситуацијама захтева човека да умре који је упућен лекару, потребније нам је јединство ума и религије, него разматрање питања односа природног и позитивног права. И због тога на крају питамо где је је „завичај моралног“?⁸² Да бисмо одбацили „културу смрти“, да бисмо вредновали живот и поштовали људско достојанство, ми морамо да се супротставимо и „менталитету еутаназије“ *mens eutanastica*⁸³, која представља манифестацију неморалности, јер „Ми увек нешто треба да учинимо“.⁸⁴

79 Ante Čović, *Etika i bioetika*, Pergamena, Zagreb, 2004, 9

80 Више о томе видети у: Jürgen Habermas, Joseph Ratzinger, *Dialektik der Säkularisierung, Über Vernunft und Religion*, посебно: Joseph Ratzinger, *Vorpolitische moralische Grundlagen*, Verlag Herder Freiburg im Breisgau, 2005.

81 А. Либерт, *Идеја моралног*, 28.

82 Ibid., 45.

83 *Encilika Ljubav u istini* папе Бенедикта XVI, Beogradska Nadbiskupija, Beograd, 2010, 127.

84 А. Либерт, *Идеја моралног*, 33.

*Vojislav Djurdjic, LL.D.
Full Professor, Faculty of Law, Nis
Marko Trajkovic LL.D.
Associate Professor, Faculty of Law, Nis*

LAW BEFORE BIOETHICAL CHALLENGES

Summary

Bioethical challenges represent “primordial problems” of the moral life of man. Man as animal sociale lives in the form of law is now in a position to become a new form of power, he actually went into the deep “crater” of power. Further such attempts would represent a return to “an authoritarian dogmatism.” We should highlight the terror that is legally and morally legitimized in the name of bioethics by the means of critical minds and religion, and further highlight the critical jump to conclusions about what a man is and where the limits of his achievements are, as well as “Where do our decisions come from?”. For it is only in this way the value idea of law can govern the positive and “keep the primacy over the positive”, and to enable the realization of our very instinctive demand “to be good for man.” We accept the view that man has surpassed the anthropological framework of accountability and de facto found himself into a theological dimension of accountability. The mind of man must be warned since, as there are “pathologies of religion”, so there is the “pathology of the mind”, which mankind is not aware of. A man in a situation that demands his death must “listen” to the mind and religion. There is no other way than “listening” and “purification of mind and religion”. This is necessary due to the global situation “tired of rationality”, mentioned by Benedict XVI. To the necessity of cleansing the mind and religion occurs, we have already mentioned that, due to the pathologies present in religion and in the mind, which, according to him, are dangerous and must be overcome by the “divine light of mind” that will need to be ready to learn to “hear the great religious traditions of mankind.” And that’s why in the end we wonder where the “homeland of moral is”. In order to reject the “culture of death”, in order to appreciate the human life and respect human dignity, we need to stand up to the “euthanasia mentality” mens eutanastica, which is a manifestation of immorality, because “we always need to do something.

Key words: *bioethics, law, challenge, values, life.*

НОВИ ПРАВНИ РЕЖИМ ДОБРОВОЉНОГ СМЕШТАЈА ОСОБА СА МЕНТАЛНИМ СМЕТЊАМА У ПСИХИЈАТРИЈСКЕ УСТАНОВЕ¹

***Апстракт:** У раду је анализиран нови режим добровољног смештаја особа са менталним сметњама у психијатријске установе, установљен Законом о заштити лица са менталним сметњама Републике Србије из 2013. године. У првом делу рада указано је на актуелно стање у домену заштите менталног здравља и кључне ставове и вредности на којима се заснивају реформе националних система заштите менталног здравља. Други, централни део рада садржи критичку анализу законских прописа којима је регулисана добровољна хоспитализација особа са менталним сметњама, с аспекта савремених међународних стандарда о људским правима. Указано је на негативне последице законских решења која омогућавају добровољни смештај на основу сагласности члана породице, односно законског заступника особе са менталним сметњама. Одговарајућа пажња је посвећена опозивању пристанка на смештај, као и интерној процедури која се спроводи приликом добровољног смештаја особа у психијатријске установе.*

***Кључне речи:** особе са менталним сметњама, добровољна хоспитализација, психијатријске установе.*

¹ Рад је резултат истраживања у оквиру пројекта “Усклађивање права Србије са правом ЕУ”, који финансира Правни факултет Универзитета у Нишу у периоду 2013-2018. године.

1. Социјални и правни контекст заштите права особа са менталним сметњама

Неколико деценија уназад ментално здравље људи широм света има тренд погоршања,² што је узроковано многобројним спољашњим и унутрашњим факторима. Последњих година томе додатно доприноси и глобална економска криза, праћена сиромаштвом, појачаним стресом, насиљем, социјалним искључивањем и константном несигурношћу, али и смањењем улагања у ментално здравље. Забрињавајуће је да многе земље троше на ментално здравље мање од два одсто средстава намењених здравству,³ а у земљама у развоју више од 75 одсто особа које пате од менталних сметњи не примају одговарајућу терапију, стигматизоване су, дискриминисане и изложене злостављању и занемаривању.⁴ И у Србији је ментално здравље становништва озбиљно нарушено, а број особа са менталним обољењима, поремећајима понашања и другим видовима менталних сметњи у сталном је порасту.⁵

У потрази за адекватним одговорима на нарастајуће проблеме заштите менталног здравља, који би били усклађени са савременим научним

2 Према проценама Светске здравствене организације, у савременом свету око 450 милиона људи има неки облик менталних сметњи и психосоцијалних проблема. Видети: World Health Report 2001, *Mental Health: New Understanding, New Hope*, 2001. http://www.who.int/whr/2001/en/whr01_en.pdf. (приступ 11. 07. 2013). Према истраживању које је 2004. године спровела Светска здравствена организација на узорку од 60.000 одраслих особа у 14 земаља света, 9-17% испитаника имало је неку епизоду менталног поремећаја у протеклој години, свака четврта особа у неком периоду свог живота бива погођена неким менталним проблемом, а очекује се да ће до 2020. године на глобалном нивоу депресија бити други узрок укупног обољевања и један од водећих проблема јавног здравља. Подаци су публиковани на сајту Светске федерације за ментално здравље: <http://www.wfmh.org> (приступ 11. 07. 2013).

3 Benedetto, S., Investing in mental health, <http://en.cittadinanza.org/wp-content/uploads/en.cittadinanza.org/present-saraceno-long.pdf> (приступ 15. 07. 2013).

4 Chan, M., *Remarks at the high-level consultation on the financial crisis and global health*, http://www.who.int/dg/speeches/2009/financial_crisis_20090119/en/ (приступ 11. 07. 2013).

5 То је, поред осталог, и цена вишегодишњег кумулираног стреса, који је узрокован економском кризом, ратовима у региону, санкцијама, НАТО бомбардовањем, што је довело до страха, несигурности, сиромаштва, дехуманизације и свеукупног погоршања услова живота грађана. Шире: *Стратегија развоја заштите менталног здравља* од 19. јануара 2007. године. <http://www.zdravlje.gov.rs/tmpmz-admin/downloads/zakoni1/Strategija%20Razvoja%20Zastite%20Mentalnog%20Zdravlja.pdf> (приступ 15.07.2013). Стратегију је припремила Национална комисија за ментално здравље, а настала је као резултат рада на пројекту *Enhancing Social Cohesion through Strengthening Mental Health Services in South East Europe*, који је реализован у оквиру Пакта за стабилност Југоисточне Европе.

достигнућима и стандардима људских права, у државама широм света, укључујући и државе Европске уније⁶ и државе у региону,⁷ спроводе се реформе система заштите и унапређивања менталног здравља. Реформе су засноване на ставу да је ментално здравље друштвени капитал, а да су превенција, заштита и улагање у ментално здравље приоритети националне законодавне политике, при чему се људска права, недискриминација и пуна социјална укљученост особа са менталним сметњама⁸ сагледавају као примарне вредности.

Реформским процесима подстицај дају бројни међународни документи, који државама пружају јасан путоказ за побољшање положаја особа са менталним сметњама и заштите њихових људских права и достојанства. Поред општих међународних уговоора о људским правима, на универзалном плану посебан значај имају *Конвенција УН о правима особа са инвалидитетом*, са пратећим *Факултативним протоколом из 2006. године*⁹ и *Конвенција*

6 О реформама система заштите особа са менталним сметњама у државама ЕУ, видети: *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems*, FRA, European Union Agency for Fundamental Rights, 2013, <http://fra.europa.eu/en/publication/2012/involuntary-placement-and-involuntary-treatment-persons-mental-health-problems> (присуп 30. 07. 2013). Русија је усвојила *Закон о психиатријској помоћи и гарантних прав грађдан при ње оказаниа* (Бурков, А. Л., Принудителна госпитализација, душевноболних в Россйској Федерации в соответствии со ст. 5. Европейској конвенции о защите прав человека и основных свобод, Правоведение, 2/2006, стр. 120-136).

7 У протеклој деценији нове законе о правној заштити особа са менталним поремећајима донеле су Хрватска, Босна и Херцеговина и Црна Гора, Бугарска, Румунија и Мађарска. У Словенији је још 2006. усвојен *Predlog zakona o varstvu oseb s težavami v duševnem zdravju*, али закон ни до данас није донет.

8 У правним документима и литератури у употреби су разни термини за означавање особа са проблемима менталног здравља. У Европској конвенцији користи се израз „душевно поремећена особа“ („unsound mind“), који је изузетно стигматизирајући, али да треба имати на уму чињеницу да је Европска конвенција настала пре више од пола века. (Lewis, O., Thorold, O., Bartlett, P., *The European Convention on Human Rights and the rights of people with mental health problems and/or intellectual disabilities*, second edition, Mental Disability Advocacy Center, Budapest, 2003, p. 7, <http://www.mdac.info>, приступ 17. 08. 2013). У новије време у употреби су изрази «особе са менталним поремећајем» («persons with mental disorder»), «особе са поремећајима менталног здравља» „особе са измењеним психичким понашањем“ и др. У ЗЗЛМС коришћен је назив «лица са менталним сметњама», као заједнички назив за недовољно ментално развијене особе, особе са поремећајима менталног здравља и особе оболеле од болести зависности (чл. 2. тач.1).

9 *Convention on the Rights of Persons with Disabilities*, усвојена на заседању Генералне скупштине 13. децембра 2006. године, ступила на снагу 2008. године. До сада ју је ратификовало 112 држава. Србија је потврдила ову Конвенцију 2009. године, заједно са Опционим протоколом уз ову Конвенцију. (Видети: Закон о потврђивању Конвенције

против тортуре, других сурових, нељудских или понижавајућих поступака из 1984. године,¹⁰ Конвенција о људским правима и биомедицини из 1997. године,¹¹ као и документи УН из круга тзв. меког права, међу којима је најважнији документ УН под називом *Принципи заштите особа са менталним обољењима и унапређења заштите менталног здравља* уз 1991. године.¹² Такође, за заштиту особа са менталним сметњама изузетан значај имају *Европска конвенције за заштиту људских права и основних слобода* из 1955. године,¹³ као и *Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања* из 1987. године.¹⁴ Савет Европе

о правима особа са инвалидитетом и Закон о потврђивању Опционог протокола уз Конвенцију о правима особа са инвалидитетом «Сл. гласник РС - Међународни уговори», бр. 42/2009). О процесу доношења Конвенције и њеном значају: Татић, Д., *Конвенција УН о правима особа са инвалидитетом*, Hereticus, 3/2004, стр. 57.

10 *Convention against torture and other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment*, усвојена Резолуцијом Генералне скупштине УН бр. 39/46 од 10. децембра 1984. године, ступила на снагу 26. јуна 1987. године. Србија је ратификовала Конвенцију 1991. године. (Видети: Закон о Закону о ратификацији Конвенције против тортуре и других сурових, нељудских или понижавајућих казни и поступака, “Службени лист СФРЈ - Међународни уговори”, бр. 9/91).

11 *Convention for the Protection of Human Rights and Dignity of the Human Being with regard to the Application of Biology and Medicine: Convention on Human Rights and Biomedicine*, Oviedo, 4. IV.1997. Србија је ратификовала ову конвенцију 2010. године. (Видети: Закон о потврђивању Конвенције о заштити људских права и достојанства људског бића у погледу примене биологије и медицине: Конвенција о људским правима и биомедицини («Сл. гласник РС - Међународни уговори», бр. 12/2010).

12 *Principles for the Protection of Persons with Mental Illnesses and the Improvement of Mental Health Care* од 19. децембра 1991, U.N. Doc. A/46/49 (1991), Annex (188 – 92), U.N. Doc. A/46/49 (1991), у даљем тексту: Принципи заштите особа са менталним обољењима. Овом документу претходили су *Declaration on the Rights of Mentally Retarded Persons* од 20. децембра 1971; *Declaration on the Rights of Disabled Persons* од 9. децембра. 1975; Сви документи доступни са сајту UNHCR www.unhcr.ch/html/menu3/b/68.htm (приступ 11. 07. 2013). О овим принципима, шире у: Rosenthal, E., Rubenstein, S. L., *International Human Rights Advocacy under the Principles for the Protection of Persons with Mental Illness*, 16 *International Journal of Law and Psychiatry* 257 (1993).

13 *Закон о ратификацији Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода* («Службени лист СЦГ –

14 *European convention for the prevention of torture and inhuman or degrading treatment or punishment*, усвојена 26. новембра 1987. године у Стразбуру, ступила је на снагу 1. фебруара 1989. године, Конвенција је новелирана 4. новембра 1993. године (Протокол 1-ЕТС 151 И Протокол ИИ –ЕТС 152), који су ступили на снагу 1. марта 2002. године. Србија је ратификовала Конвенцију 2003. године (Видети: Закон о ратификацији Конвенције о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања, измењене и допуњене Протоколом 1 и Протоколом 2 уз Конвенцију, «Сл. лист СЦГ -Међународни уговори», бр. 9/2003).

усвојио је и неколико препорука директно усмерених на заштиту људских права и достојанства особа са менталним сметњама, међу којима велики значај има *Препорука Комитета министара државама чланицама у вези заштите људских права и достојанства особа са менталним сметњама из 2004. године*.¹⁵

Маја 2013. године Скупштина Светске здравствене организације усвојила је *Свеобухватни акциони план менталног здравља (2013–2020)*,¹⁶ као одговор на нарастајуће глобалне проблеме менталног здравља. Скоро истовремено, маја 2013. године, Народна скупштина Републике Србије усвојила је *Закон о заштити права лица са менталним сметњама*,¹⁷ чиме је окончан вишегодишњи рад на законодавној реформи система заштите менталног здравља.¹⁸ Основни циљеви реформе били су да се успостави адекватан систем заштите менталног здравља, промовишу људска права и недискриминација особа са менталним сметњама и подстакне њихово веће социјално укључивање. Истовремено, реформа је имала за циљ да се, у складу са међународним стандардима, створе услови за примену савременог био-психо-социјалног приступа у лечењу, које се спроводи

15 *Recommendation No. Rec (2004)10 of the Committee of Ministers to member States concerning the protection of the human rights and dignity of persons with mental disorder*. Pre toga su usvojene: *Recommendation No R (83)2 to member States on legal protection of persons suffering from mental disorder placed as involuntary patients*, *Recommendation 1235 (1994) on psychiatry and human rights*. Svi dokumenti dostupni su na sajtu Saveta Evrope, <http://www.coe.int>. Šire o ovim dokumentima, u: *Involuntary placement and involuntary treatment of persons with mental health problems*, FRA – European Union Agency for Fundamental Rights, http://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/2130-FRA-2012-involuntary-placement-treatment_EN.pdf (приступ 20. 07. 2013).

16 *Comprehensive mental health action plan 2013–2020*, усвојен 27. маја, на 77 заседању скупштине Светске здравствене организације, http://apps.who.int/gb/ebwha/pdf_files/WHA66/A66_R8-en.pdf (приступ 20.07. 2013).

17 «Сл. гласник РС», бр. 45/13 (у даљем тексту ЗЗЛМС).

18 Рад на закону трајао је веома дуго. Прва радна верзија закона припремљена је 2001. године, а 2004. први нацрт закона, под насловом *Нацрт закона за заштиту права особа са поремећајима менталног здравља*, који је израђен у оквиру програма рада Националне Комисије за ментално здравље, формиране 2003. Било је планирано да закон буде усвојен 2007. године, али се то није догодило. Након вишегодишње паузе, настављен је рад, који је резултирао најпре Нацртом закона о заштити душевно болесних лица из 2011. године, а годину дана касније Нацртом закона о заштити особа са менталним сметњама из 2012. године. У току јавне расправе изнете су бројне критике и сугестије. Поред осталог, мишљење о Нацрту закона дао је и Заштитник грађана, који је указао не само на концепцијске недостатке, већ и на неусаглашеност појединих правила са стандардима људских права. Видети: *Мишљење на Нацрт Закона о заштити особа са менталним сметњама*, од 18. 12. 2012. дел. бр. 32425. (<http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2011-12-11-11-34-45/2654-2012-12-20-08-51-16>) (приступ 15. 07. 2013).

у најмање рестриктивном окружењу, што подразумева развијање адекватних ванболничких програма лечења у заједници, постепену деинституционализацију¹⁹ и затварање психијатријских установа азилантског типа.

Поред осталог, ЗЗЛМС, заједно са раније усвојеном *Стратегијом развоја заштите менталног здравља* из 2007. године, представља одговор државе на забрињавајуће стање у психијатријским установама у Србији, на које се дуги низ година указује. Према подацима независних тела и невладиних организација, у многим психијатријским установама у Србији пацијенте не отпуштају када престане потреба за њиховим болничким лечењем, јер у заједници није установљен систем подршке. Велики број пацијената остаје на лечењу и дуже од 10 година или доживотно, потпуно су изопштени из социјалног окружења, многи су закључани, постепено губе социјалне вештине и постају неспособни за самостални живот.²⁰

Један од важних сегмената реформе домаћег система заштите менталног здравља односи се на добровољну и принудну хоспитализацију особа са менталним сметњама.²¹ Нови ЗЗЛМС донео је низ нових законских решења у домену добровољне и принудне хоспитализације особа са менталним сметњама. У немогућности да сва нова законска решења буду детаљно анализирана, предмет овог рада ограничен је на процедуру добровољног смештаја особа са менталним сметњама у психијатријске установе. На ово опредељење утицала је и чињеница да пажњу домаћих правних писаца углавном заокупља принудна хоспитализација, док су правни аспекти добровољне хоспитализације у приличној мери занемарени. Основни циљ рада је да се, на основу анализе правила којима је добровољна хоспитализација регулисана, и њихове компарације са раније важећим правима, сагледа да ли и у којој мери правила обезбеђују да добровољна

19 Детаљно о позитивним ефектима деинституционализације: *Mapping Exclusion, Institutional and community-based services in the mental health field in Europe*, Mental Helt Europe, Brussels, 2012; *Common European Guidelines on the Transition from Institutional to Community-based Care*, European Expert Group on the Transition from Institutional to Community-based Care, Novembar 2012. www.deinstitutionalisationguide.eu (приступ 15. 07. 2013).

20 Видети: *Извештај националног механизма за превенцију тортуре за 2012. годину*, Заштитник грађана, Београд, 2013, стр. 27, http://www.ombudsman.rs/attachments/2902_izvestaj_%20NPM_%202012.pdf (приступ 15. 07. 2013). Видети и: *Људска права у Србији*, Београдски центар за људска права, Београд, 2013, стр. 78-87. и даље. http://www.bgcentar.org.rs/images/stories/Datoteke/Ljudska_prava_u_Srbiji_2012.pdf (приступ 15. 07. 2013).

21 У овом раду израз «хоспитализација» односи се на смештај особа са менталним сметњама у психијатријске установе, мада ове особе могу, ради лечења других болести, бити смештене и у друге стационарне здравствене установе.

хоспитализација заиста буде заснована на слободно израженој вољи пацијената и да ли на адекватан начин превенирају могуће произвољности и злоупотребе, посебно кад су у питању пословно неспособне особе.

2. Нормативни оквир смештаја и задржавања особа са менталним сметњама у психијатријским установама

Под добровољним смештајем (хоспитализацијом) особа са менталним сметњама подразумева се смештај у психијатријску установу ради лечења на основу пристанка који даје сама особа са менталном сметњом, односно друго овлашћено лице, док је принудна хоспитализација мера која се предузима када је неопходно да особа са менталном сметњом против своје воље буде задржана у психијатријској установи. Добровољна, а посебно принудна хоспитализација особа са менталним сметњама изазивају бројна правна и етичка питања која су изузетно осетљива и комплексна јер су повезана са потенцијалним кршењима људских права и одражавају (још увек) доминантан патерналистички приступ особама са менталним сметњама. Због тога је и законско регулисање хоспитализације праћено низом потешкоћа јер је потребно успоставити баланс између права на самоодређење особа са менталним сметњама и потребе да се заштите њихова друга, једнако вредна људска права, као и права особа из њиховог окружења.

У Републици Србији општи прописи релевантни за добровољну и принудну хоспитализацију садржани су у *Уставу Републике Србије*,²² којим су гарантована људска права и прописани услови за њихово ограничење,²³ као и у општеприхваћеним правилима међународног права и потврђеним међународним уговорима. У корпус општих прописа спадају и прописи *Закона о правима пацијената*,²⁴ који је усвојен маја 2013. године, заједно са ЗЗЛМС. Овај закон регулише базична људска права у области здравствене заштите, која су релевантна и за особе смештене у психијатријске установе.

Правила којима су регулисане добровољна и принудна хоспитализација особа са менталним сметњама садржана су у одељку V (чл. 20) и VI (чл. 21-

22 „Сл. гласник РС“, бр. 83/2006.

23 Према чл 20. Устава РС, људска права зајемчена Уставом могу законом бити ограничена ако ограничење допушта Устав, у сврхе ради којих га Устав допушта, у обиму неопходном да се уставна сврха ограничења задовољи у демократском друштву и без задирања у суштину зајемченог права.

24 «Сл. гласник РС», бр. 45/13.

37) ЗЗЛМС,²⁵ с тим што се, сагласно чл. 27. ст. 2. овог закона, у поступку за принудну хоспитализацију супсидијарно примењују општа ванпарнична правила садржана у Закону о ванпарничном поступку,²⁶ у погледу оних питања која нису регулисана ЗЗЛМС, као и правила Закона о парничном поступку,²⁷ којима је регулисана општа парнична процедура, која се, у складу са чл. 30. ст. 2. ЗВП, у овом поступку сходно примењују.

Анализа одредба ЗЗЛМС о смештају и задржавању особа са менталним сметњама у психијатријским установама показује да је законодавац применио нови нормативни приступ у регулисању ове области и да је битно изменио правни режим и добровољне и принудне хоспитализације.

Промене у нормативном приступу огледају се у томе што су ЗЗЛМС по први пут истим законом регулисани разлози, услови и правила поступања у случајевима добровољне и принудне хоспитализација особа са менталним сметњама. Тиме се одустало од традиционалне законодавне праксе уређивања поступка за принудну хоспитализацију нормама закона о ванпарничном поступку,²⁸ која је практикована скоро осам деценија, од усвајања Закона о ванпарничном поступку Краљевине Југославије из 1934. године.²⁹ Такав потез учињен је у завршној фази рада на ЗЗЛМС – све до усвајања Предлога ЗЗЛМС, стајало на становишту да овим законом треба прописати само поједина специфична правила, а да сам поступак треба регулисати Законом о ванпарничном поступку,³⁰ али се од тога касније

25 С обзиром на то да је рад посвећен анализи правила новог ЗЗЛМС, увек када се у заградама наводи конкретна законска одредба, без означавања законског извора, реч је од одредби садржаној у ЗЗЛМС.

26 „Сл. гласник РС“, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС“, 46/95 - др. закон и 18/2005 - др. закон. (у даљем тексту ЗВП). Општа ванпарнична процесна правила садржана су у чл. 1- 30. ЗВП.

27 «Сл. гласник РС», бр. 72/2011 и 49/2013 - одлука УС.

28 До доношења ЗЗЛМС, поступак за принудну хоспитализацију био је регулисан Законом о ванпарничном поступку Републике Србије из 1982. године, „Сл. Гласник РС“, бр. 25/82 и 48/88 и „Сл. гласник РС“, 46/95 - др. закон и 18/2005 - др. закон. (у даљем тексту „ЗВП“).

29 О историјском развоју законодавства у овој области, детаљно: Wedam Lukić, D., *Prisilna hospitalizacija psihijatrijskih bolesnika*, Vanparnični i izvršni sudski postupak, Knjiga o građansko sudskom postupku, Savez udruženja pravника SR Srbije, 1989, стр. 51-64. Видети и: Петрушић, Н., *Поступак за принудну хоспитализацију особа са менталним поремећајима у светлу стандарда заштите људских права*, Темида, часопис о виктимизацији, људским правима и роду, бр. 3/2007, стр. 25-38; Ostojić, T., *Medicinsko i pravno reguliranje prijema duševnih bolesnika u bolnicu*, Civilno-pravni status i problemi zaštite psihijatrijskih bolesnika, Загреб, 1966, стр. 164.

30 Крајем 2012. године, радна група Министарства правде и државне управе окончала је рад на радној верзији текста Закона о изменама и допунама Закона о

одустало, па је ЗЗЛМС регулисао и добровољну и принудну хоспитализацију, као и сам судски поступак за принудну хоспитализацију.³¹

Анализа супстанцијалних и процесних правила ЗЗЛМС којима је регулисана добровољна хоспитализација особа са менталним сметњама показује да је законодавац настојао да пронађе адекватна законска решења, која би била усклађена са савременим научним достигнућима и међународним стандардима људских права. Ипак, како што ће се у наставку рада видети, нека законска решења нису у потпуности усклађена са савременим стандардима заштите људских права, а поједина правила нису сасвим јасна, усклађена и конзистентна, тако да изазивају бројна питања и дилеме, што у пракси може да доведе до њихове погрешне и неуједначене примене.

3. Добровољна хоспитализација особа са менталним сметњама

Под добровољном хоспитализацијом особа са менталним сметњама подразумева се смештај у психијатријску установу за који је пристанак дала сама особа са менталним сметњама, односно друго законом овлашћено лице. Добровољни смештај особа са менталним сметњама у психијатријске установе заснива се на принципу аутономије, које је конкретизовано кроз право на самоодређење, као основно људско право.³² Управо се на овом праву, које подразумева слободу одлучивања о сопственом животу и здрављу, заснива правило о давању пристанка на смештај у психијатријску установу.³³

Према ЗЗЛМС, без обзира да ли се ради о добровољној или принудној хоспитализацији, особа може бити смештена у психијатријску установу

ванпарничном поступку, којим је, поред осталог, одредбама чл. 45. – 55. био регулисан и поступак за задржавања у здравственој организацији која обавља делатност у области неуропсихијатрије. У току јавне расправе организације цивилног друштва и независна тела изнели су примедбе на поједина решења. Након усвајања ЗЗЛМС, из текста су изостављене одредбе које се односе на хоспитализацију особа са менталним сметњама.

31 У складу с тим, даном ступања на снагу овог закона, престале су да важе одредбе Главе друге ЗВП, којима је регулисано задржавање у здравственој организацији која обавља делатност у области неуропсихијатрије, сагласно чл. 67. ЗЗЛМС.

32 О принципу аутономије воље пацијената, шире: Радишић, Ј., Мујовић – Зорнић, Х., *Помоћ пацијентима у остваривању њихових права: Западна Европа као узор Србији*, Југословенско удружење за медицинско право, Београд, 2004., стр. 11. и даље; Сјеничић, М., *Правни и институционални аспекти заштите психијатријских болесника*, Социолошки преглед, vol. XLVI (2012), no. 1, стр. 99-100.

33 Мујовић Зорнић, Х., *Примена начела пристанка (informed consent) код медицинског третмана у психијатрији*, Правни живот, бр. 9/2011, стр. 360.

само ако психијатар утврди да се ради о особи са менталним сметњама код које се побољшање стања, односно повољан терапијски исход не може постићи лечењем изван психијатријске установе (чл. 20. ст. 3), што је у складу са принципом најмање рестриктивног окружења (чл. 8. ст. 2).

3.1. Пристанак на смештај у психијатријску установу

Пристанак на смештај у психијатријску установу је слободно изражена воља особе са менталном сметњом да у ову установу буде смештена како би болнички била лечена. У вези са давањем пристанка на смештај, појављује се неколико важних питања: ко је способан за давање пристанка на смештај, ко и на основу чега процењује способност за давање пристанка и како се поступа у случајевима када особа није способна за давање пристанка на смештај и које је информације и објашњења потребно пружити особи са менталним сметњама да би могла да одлучи да ли прихвата или не прихвата смештај. Такође, читав сет питања односи се на процедуру давања изјаве о пристанку на смештај, која мора бити уређена на начин који особе са менталним сметњама шити од злоупотреба, принуде, уцене, наговарања и других недозвољених утицаја, али и спречава да давање ове изјаве постане пука рутина и формалност.

3.2. (Не)способност за давање пристанка на смештај

У области медицинског права, способност за давање пристанка је способност пацијента да слободно одлучи о примени одређеног медицинског третмана. У контексту смештаја у психијатријску установу, способност за давање пристанка је специфичан вид способности која, у психолошком смислу, значи способност особе да донесе слободну и добровољну одлуку о томе да ли пристаје или не пристаје да буде смештена и болнички лечена у психијатријској установи. Иако је у психијатрији дуго владао скептицизам у погледу применљивости доктрине пристанка када су у питању особе са проблемима менталног здравља, под утицајем нових научних сазнања и снажних покрета за људска права особа са менталним сметњама, данас влада неподељен став да су ове особе способне за давање пристанка, с тим што је ова претпоставка оборива.

У медицинској литератури се наводи да способност за пристанак, с медицинског аспекта, има три компоненте: способност разумевања и комуницирања, што значи да пацијент може да разуме информације о својој болести и лечењу, као и да је способан да комуницира, како би, на било који начин, изрекао своје мишљење; способност процене, односно, евалуације, што подразумева да пацијент има систем вредности на основу

којег је способен да процени што је за њега добро, и, коначно, способност просуђивања могућих праваца деловања, што укључује способност пацијента да проценити и замисли како ће одређено деловање утицати на њега и шта ће за њега значити.³⁴ Од психијатара се очекује да процену свих ових способности врши објективно, примењујући савремена научна сазнања, принципе добре клиничке праксе и сопствено клиничко искуство.³⁵

За разлику од ранијих прописа, ЗЗЛМС регулише способност за давање пристанка на смештај у психијатријску установу, и то тако што у чл. 20. ст. 1. прописује да је за давање пристанка способно оно “лице са менталним сметњама које може да разуме сврху и последице смештаја у психијатријску установу и које је на основу тога способно да донесе одлуку о пристанку на смештај”, што оцењује психијатар (ст. 2. чл. 20. ЗЗЛМС). Из садржине овог прописа проилази да способност на давање пристанка има две компоненте: 1) способност особе са менталном сметњом да разуме сврху и последице смештаја у психијатријску установу, и 2) способност да слободно и добровољно одлучи да ли прихвата или не прихвата смештај у психијатријску установу. Према томе, уколико не постоји једна од ових способности, особа са менталном сметњом не може се сматрати способном за давање пристанка на смештај.

Приликом регулисања способности за давање пристанка на смештај, законодавац пошао од широко прихваћеног концепта тзв. информисаног пристанка (*informed consent*), који обележава модерно доба медицинске етике. Овај концепт се изводи из права на аутономију и замењује вишевековни традиционални патерналистички модел у медицини, који вуче корене из Хипокритове заклетве.³⁶ У суштини, овај концепт је динамичан процес доношења одлуке и специфична интеракција између пацијента и лекара,³⁷ а његов основни циљ јесте да унапреди аутономију пацијента у медицинском одлучивању.³⁸ Сам концепт информисаног

34 Видети: Gazdek, D., *Informirani pristanak u liječenju ovisnosti o opijatima*, doktorska disertacija, Sveučilište u Zagrebu, Zagreb, 2011, стр. 8. и тамо наведену литературу.

35 У психијатријској пракси развијени су индикатори за процену ове способности, који су операционализовани кроз тзв. клизне скале параметара способности. (Шире о томе: Мујовић Зорнић, Х., *Примена начела пристанка (informed consent) код медицинског третмана у психијатрији*, Правни живот, бр. 9/2011, стр. 363-365).

36 Gazdek, D., op. cit., стр. 6.

37 Ibid.

38 У литератури у области биоетике наводи се пет концептуалних аналитичких елемената информисаног пристанка: обавештавање/разоткривање информација (енг. *disclosure*), способност разумевања/схватања (енг. *understanding*), добровољност (енг.

пристанка релативно је једноставан и почива на два круцијална елемента – информисање и пристанак; лекар не може лечити пацијента док га не информише и док пацијент не да свој пристанак на лечење. Информисани пристанак је, дакле, квалификовани пристанак јер му претходи пружање потпуних, тачних и разумљивих информација и објашњења у погледу дијагнозе, прогнозе, ризика и користи од болничког лечења. Информација треба да буду пружене на начин који обезбеђује да пацијент може да их разуме, с обзиром на образовање, менталне способности, емоционално стање, старосно доба и друге субјективне факторе, како би могао да одмери корист и штету од предложеног болничког лечења.

Из саме законске дефиниција појма пристанка на смештај у психијатријску установу произлази да је реч о тзв. информисаном пристанку јер је наведено да је то слободно изражена воља која се заснива на одговарајућем познавању сврхе, природе, последица, користи и ризика од медицинске мере и других могућности лечења (чл. 2. тач. 8). Треба, међутим, приметити да је законодавац пропустио да изричито наведе дужност психијатра да особи са менталном сметњом којој је предложио болничко лечење пружи све потребне информације. Ова дужност психијатра изричито је прописана само када је у питању принудна хоспитализација (чл. 2. тач. 11. и чл. 24. ст. 3), па би се погрешно могло закључити да она не постоји када је у питању добровољни смештај. Несумњиво је да психијатар има дужност да особи са менталним сметњама пружи све потребне информације и објашњења јер ова дужност произлази из чл. 11. *Закона о правима пацијената*,³⁹ у којем је таксативно наведено и које све информације пацијенту треба пружити, али би било корисно да је ЗЗЛМС то изричито прописано.

С друге стране, ни сама дефиниција пристанка на смештај није на сасвим адекватан начин формулисана. Наиме, пристанак на смештај у психијатријску установу дефинисан је као “*на смештај у психијатријску установу ради примене одређене медицинске мере*”. У вези са тим, треба, најпре, констатовати да пристанак на смештај, по природи ствари, значи пристанак на болничко лечење, имајући у виду да је психијатријска установа здравствена, а не социјална установа. Међутим, с обзиром на садржину законског појама “медицинска мера”, који, према дефиницији из чл. 2. тач. 6. ЗЗЛМС, обухвата дијагностички поступак, облик лечења, пријем и

voluntariness), компетентност/овлашћење (енг. *competence*) и пристанак (енг. *consent*). Видети: Beauchamp. T.L., Childress, J.F., *Principles of Biomedical Ethics*. 5th edition, New York, Oxford University Press, 2001. p. 34.

³⁹ У чл. 16. овог закона изричито је прописано да пацијента не обавезује пристанак коме није претходило потребно обавештење, а надлежни здравствени радник који предузима медицинску меру у том случају сноси ризик за штетне последице.

смештај у психијатријску установу, укључивање у одговарајуће образовне програме који се спроводе у психијатријској установи, као и истраживање на подручју заштите и унапређења здравља лица са менталним сметњама, могло би се закључити да давање пристанка на смештај истовремено значи да је пацијент дао и пристанак на примену одређене медицинске мере, што, наравно, не би било тачно. Наиме, пристанак на смештај у психијатријску установу, чак и кад је у питању принудни смештај, не укључује и пристанак на примену било које медицинске интервенције, односно третмана. Према Стандардима Европског комитета за спречавање тортуре из 2002. године, који је основан у оквиру *Европске конвенције Европска конвенција о спречавању мучења и нечовечних или понижавајућих поступака и кажњавања* из 1987. године, смештај особе у психијатријску установу не треба тумачити као одобравање лечење без њеног пристанка, из чега следи да сваком пацијенту треба дати могућност да одбије лечење или било коју другу медицинску интервенцију. Свако одступање од овог основног принципа мора бити прописано законом и допуштено је само у изузетним околностима које су јасно и стриктно дефинисане.⁴⁰

3.3. Добровољни смештај на основу пристанка овлашћених лица

Одредбама ЗЗЛМС омогућено је да особа са менталном сметњом буде добровољно смештена у психијатријску установу и на основу захтева и пристанка члана породице или њеног законског заступника, уколико није способна за давање пристанка на смештај. У вези са тим, због недовољно јасних и неконзистентних правила ЗЗЛМС, појављује се низ спорних питања која се односе на добровољни смештај особа неспособних за давање пристанка, као и пословно неспособних особа и деце.

Када је реч о особи која је, по оцени психијатра, неспособна за давање пристанка на смештај, у том случају, према чл. 20. ст. 4. ЗЗЛМС, она може бити смешена у психијатријску установу на захтев и уз писмени пристанак члана њене уже породице⁴¹ или законског заступника (чл. 20. ст. 4. ЗЗЛМС), а сам смештај се квалификује као добровољан.

Овакво законско решење омогућава да особа са менталном сметњом буде смештена у психијатријску установу и када се томе изричито противи, при

40 Видети: *European Committee for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (CPT), Standards, CPT/Inf/E (2002) 1 - Rev. 2011.* пар. 41. <http://www.cpt.coe.int/en/documents/eng-standards.pdf> (приступ 08. 08. 2013).

41 Члановима уже породице сматрају се супружник или ванбрачни партнер, деца, браћа, сестре, родитељи, усвојитељ, усвојеник и друге особе које живе у заједничком породичном домаћинству са лицем са менталним сметњама (чл. 2. тач. 13. ЗЗЛМС).

чему добија статус особе која је добровољно смештена у психијатријску установу. Практична последица оваквог решења јесте да ће, за случај да психијатар оцени да је особа са менталном сметњом неспособна за давање пристанка на смештај, а било који члан њене уже породице (или њен законски заступник, ако је у питању пословно неспособна особа) захтева и пристаје на смештај, воља саме особе бити ирелевантна. За случај да оцену психијатра сматра погрешном, особа не располаже правним средством које може употребити, а пошто није лично дала пристанак на смештај, не може га ни опозвати.⁴² Њен смештај у психијатријску установу, на захтев и уз пристанак члана њене породице, односно законског заступника, сматра се добровољним и не подлеже судској контроли. При томе се не ради о особи која својим понашањем угрожава сопствени живот или здравље или безбедност, односно живот или здравље или безбедност другог лица, јер би, да је у питању таква ситуација, особа била принудно хоспитализована, сагласно чл. 21. ЗЗЛМС.

Законско решење које омогућава „добровољни“ смештај на основу пристанка члана породице, односно законског заступника, могло би се оправдати тиме да особа која има статус добровољно смештеног пацијента може у свако доба својевољно да напусти психијатријску установу.⁴³ Ова могућност је утврђена у *Принципима заштите особа са менталним обољењима* из 1991. године, према којима пријем у психијатријску установу мора бити исти као и у случају пријема у било коју другу установу ради лечења било које друге болести. Исто тако, *Принципима* је предвиђено да сваки пацијент који није примљен против своје воље има право да напусти психијатријску установу у било које време, осим ако постоје законски услови за његово принудно задржавање, с тим што мора бити обавештен о том праву (принцип 15). Досадашње искуство, међутим, показује да у пракси многи пацијенти, посебно они који нису лично дали пристанак на смештај, уопште и не знају да могу својевољно напустити установу, а када изразе такву жељу, обично добијају објашњење да то за њих “није добро

42 О опозиву пристанка, видети излагања под тачком 3.4.

43 Од тога да ли особа смештена у психијатријску установу има статус добровољног или недобровољног пацијента зависи како ће се поступати у појединим ситуацијама. Тако, на пример, према ставову *Европског комитета за спречавање мучења и нечовечног или понижавајућег поступања или кажњавања*, пацијенти који су добровољно дошли у психијатријску установу могу се спутавати само уколико на то пристану. Уколико се сматра да је примена средстава за спутавање код добровољног пацијента неопходна, а пацијент на то не пристане, онда треба преиспитати његов правни статус. Видети: Standards, CPT, пар. 43. op. cit.

и да је боље да остану још мало”.⁴⁴ Само изражавање жеље пацијента да напусти психијатријску установу или његов покушај бекства често се сматрају додатном потврдом да је његово даље лечење у психијатријској установи неопходно.

Када су у питању особе којима је одузета пословна способност, у погледу давања пристанка на њихов смештај, појављују се додатни проблеми због недовољно јасних правила.

Пословна способност и способност за давање пристанка на смештај у психијатријску установу представљају две посебне способности. Пословна способност је способност за самостално предузимање правних послова, односно способност лица да својим изјавама воље изазива правне последице.⁴⁵ Физичка лица стичу пословну способност пунолетством, с тим што су малолетним лицима признате одређене посебне пословне способности.⁴⁶ Будући да између пословне способности и способности за давање пристанка на смештај не постоји знак једнакости и да сам пристанак на смештај нема карактер правног посла,⁴⁷ особа која је потпуно пословно неспособна може бити способна за давање пристанка на смештај и обрнуто.

Дефинисањем способности за давање пристанка на смештај као способности особе “*да разуме сврху и последице смештаја у психијатријску установу и које је на основу тога способно да донесе одлуку о пристанку на смештај*” (чл. 20. ст. 1) законодавац ову способност јасно разграничио

44 Видети: *Људи на друштвеној маргини, људска права у психијатријским болницама*, Хелсиншки одбор за људска права у Србији, Београд, 2007, стр. 30.

45 Ен. *capacity to exercise rights*, ili *active legal capacity*, фр. *l'exercice des droits civil*, нем. *Geschäftsfähigkeit* У грађанском праву срећу се различите дефиниције пословне способности. Тако се у чл. 21. Грађанског кодекса Руске Федерације пословна способност (дееспособность), дефинише као “*способност грађанина да својим радњама стиче и остварује грађанска права, преузима и испуњава грађанскоправне обавезе*”. У уџбеницима грађанског права пословна способност де дефинише као “*способност лица да својом изјавом воље закључује правне послове и предузима друге правне радње*. (Ковачевић Куштрмовић Р., Лазић, М., *Увод у грађанско право*, Пунта, Ниш, 2008, стр. 115). Поједини писци наглашавају да пословна способност подразумева способност правног субјекта да својим изјавама воље заснива, преноси, мења и гаси права и обавезе, као и да својим изјавама производи таква правна дејства у односу на друге. (Водинелић, В., *Функције пословне способности малолетника*, Право – теорија и пракса, 3/1999, стр. 31).

46 Видети: Петрушић, Н., *Границе пословне способности детета*, у: Актуелна питања грађанске кодификације : зборник радова (ур. Радмила Ковачевић-Куштрмовић, Мирослав Лазић), Правни факултет, Ниш, 2008, стр. 35-56.

47 Мујовић Зорнић, Х., *Примена начела пристанка (informed consent) код медицинског третмана у психијатрији*, Правни живот, бр. 9/2011, стр. 360.

од пословне способности и начелно је признао и особама које су лишене пословне способности. Исправност оваквог закључка, доводи, међутим, у питање одредба садржана у ст. 5. чл. 20. ЗЗЛМС, којом је прописао да се особа са менталним сметњама “*може сместити у психијатријску установу уз писмени пристанак законског заступника*”. Ове две одредбе, садржане у истом члану, очигледно нису конзистентне и изазивају недоумице у погледу начина поступања у ситуацијама када се у психијатријску установу смешта особа која је лишена пословне способности.

Одредба којом је прописано да се особа са менталним сметњама “*може сместити у психијатријску установу уз писмени пристанак законског заступника*” може се тумачити на два начина.

Најпре, може се протумачити тако да је законодавац утврдио посебан услов за добровољни смештај особа са менталним сметњама лишених пословне способности, прописујући да је у том случају потребна, поред пристанка самих особа, и сагласност њиховог законског заступника. У складу с тим, ако је особа лишена пословне способности, а способна је за давање пристанка на смештај, у том случају потребан је писмени пристанак и саме особе и њеног законског заступника, а ако изостану обе сагласности, смештај се не може квалификовати као добровољан. Овакво тумачење би, на први поглед, било прихватљиво јер би полазило од претпоставке да је законодавац желео да обезбеди додатну заштиту особа лишених пословне способности. Међутим, оно би, заправо, одражавало патерналистички став према особама лишеним пословне способности и било израз сумње да су ове особе у стању да донесу аутономну одлуку о смештају у психијатријску установу.⁴⁸

С друге стране, цитирана одредба могла би се протумачити и тако да је пристанак саме пословно неспособне особе непотребан и да је довољан пристанак само њеног законског заступника, те да се неће ни испитивати да ли особа, упркос томе што је пословно неспособна, способна за давање

48 Треба приметити да је чл. 19. *Закона о правима пацијената* прописано да се медицинска мера према детету, односно особи лишеној пословне способности може предуети уз пристанак законског заступника, који је претходно сва потребна обавештења, с тим што је надлежни здравствени радник, односно здравствени сарадник дужан да омогући да дете, односно пацијент лишен пословне способности и сам буде укључен у доношење одлуке о пристанку на предложену медицинску меру, у складу са његовом зрелошћу и способношћу за расуђивање. Кад је у питању дете, у чл. 2. тач. 4. прописано је да способност за расуђивање детета које је навршило 15 година живота, у смислу Закона о правима пацијената, подразумева способност детета да разуме природу свог здравственог стања, сврху медицинске мере која се предлаже, ризике и последице предузимања и непредузимања мере, као и способност да добијене информације одмери у процесу доношења одлуке.

пристанка на смештај. Уколико би се одредба овако протумачила, особа би могла бити смештена у психијатријску установу, иако се томе изричито противи, уколико је пристанак на смештај дао њен законски заступник. При томе би смештај био квалификован као добровољан, чиме би се искључила могућност судске контроле која је прописана случајевима принудног смештаја.

Кад је у питању добровољни смештај детета у психијатријску установу, у чл. 20. ст. 5. ЗЗЛМС изричито је прописано да се дете може сместити у психијатријску установу уз писмени пристанак законског заступника. Ово правило могло би да се протумачи тако да је за добровољни смештај детета довољан пристанак његовог законског заступника, те да се неће ни утврђивати да ли је дете способно на давање пристанка на смештај и да ли се смештају противи или на њега пристаје. Практична последице таквог тумачења била би да дете које је способно за давање пристанка и изражава жељу да буде смештено у психијатријску установу неће бити смештено ако се томе противи његов законски заступник. Истина, за такву ситуацију законодавац нуди решење. Наиме, у чл. 20. ст. 6. ЗЗЛМС прописано је да је психијатријска установа дужна да обавести надлежни орган старатељства уколико психијатар сматра да законски заступник не поступа у најбољем интересу детета, а исто правило важи и када је у питању лице лишено пословне способности.

Одредба ЗЗЛМС која регулише добровољни смештаја детета у психијатријску установу искључује могућност да дете самостално одлучи о пристанку на болничко лечење, што је израз протективистичког односа према деци и неспремности да се детету призна статус аутономног правног субјекта. Такво законско решење у супротности је са чл. 35. ст. 4. *Закона о здравственој заштити*, којим је прописано да дете које је навршило 15 година живота и које је способно за расуђивање може само дати пристанак на предложену медицинску меру.⁴⁹ С друге стране, законодавац очигледно није узео у обзир ни право детета на слободно изражавање мишљења, гарантовано *Конвенцијом о правима детета*,⁵⁰ које обезбеђује да свако дете које је способно да формира сопствено мишљење изрази своје мишљење о свим питањима која га се тичу, с тим што се мишљењу детета мора посветити дужна пажња у складу са годинама живота и зрелошћу детета.⁵¹

49 На овај недостатак је указано у Мишљењу Заштитника грађана (ор. cit. стр. 5-6).

50 *Convention on the Rights of the Child*, усвојена је 20. новембра 1989. године, ступила на снагу 2. септембра 1990. године. Видети: Закон о ратификацији Конвенције Уједињених нација о правима детета, „Сл. лист СФРЈ, Међународни уговори“, бр. 15/90 и 2/97.

51 Право детета на слободно изражавање мишљења спада у ред оних посебних индивидуалних права детета чије гарантовање и практично остваривање потврђују

Сагледавајући у целини законске одредбе којима је регулисано давање пристанка на смештај, може се закључити да су оне у нескладу са савременим стандардима о правима особа са менталним сметњама. Потпуно је непримерено што је законодавац допустио да смештај у психијатријску установу буде квалификован као добровољни ако је пристанак на смештај дао члан породице, односно законски заступник особе са менталном сметњом.⁵² Опредељујући се за овакво законско решење, законодавац је очигледно игнорисао *Препоруку Комитета министара Реџ(2004)10 у вези заштите људских права и достојанства особа са менталним сметњама*, којом је, у чл. 16, прописано да је режиму принудног смештаја мора бити подвргнут 1) смештај особе која је способна за давање пристанака на смештај и која одбија смештај, као и 2) смештај особе која није способна за давање пристанака, а противи се смештају. Игнорисан је и јасан став Европског суда за људска права, који се у многим одлукама децидирано изјаснио да се особа која је примљена у психијатријску установу не може сматрати “добровољним” пацијентом ако не жели да у њој буде, без обзира на то што постоји пристанак њеног законског заступника.⁵³ Опредељујући се за могућност да се добровољним квалификује смештај у психијатријску установу за који је пристанак дао законски заступник особе са менталним сметњама, законодавац се оглушио о препоруку Комесара за људска права Савета Европе, у којој се државама чланицама препоручује да окончају “добровољни” смештај особа на затворена места без сагласности тих особа, уз констатацију да такав смештај увек треба сматрати лишењем слободе, које подлеже гаранцијама предвиђеним чл. 5. Европске конвенције о људским правима.⁵⁴

спремност друштва да детету призна статус аутономног правног субјекта. Ради се о једном од тзв. партиципативних права детета, које је од круцијалног значаја за остваривање правног субјективитета детета и једна од неопходних претпоставки за уживање свих осталих права и слобода детета. Шире, видети: Петрушић, Н., *Право детета на слободно изражавање мишљења у новом породичном праву*, у: «Новине у породичном законодавству», Правни факултет, Ниш, 2006, стр. 99-118.

52 У Мишљењу Заштитника грађана (ор. cit. стр. 6) скренута је пажња на негативне последице задржавања на основу сагласности старатеља и изнет је став да изјава стараоца не може бити довољна за ограничавање слободе штићеника.

53 Case of *Sýkora v. the Szech Republic*, 22 November 2012, Application no. 23419/07, <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114658> (приступ 11. 07. 2013). Исти став суд је заузео и у многим другим одлукама. Видети: *Stanev v. Bulgaria*, 17 January 2012, Application no. 36760/06, пар. 122-123, *D.D. v. Lithuania*, 14 February 2012, Application no. 13469/06, пар. 122, *Shtukaturov v. Russia*, 27 March 2008, Application no. 44009/05, пар. 109. Одлуке су доступне у бази HUDOC <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-114658> (приступ 11.07. 2013).

54 Савезни уставни суд Немачки је још 1960. године утврдио да су прописи који допуштају смештај особе под старатељством у затворену установу за лечење и негу

Коначно, приликом сагледавања валидности законског решења према којем је смештај особе са менталном сметњом у психијатријску установу на основу пристанка члана породице, односно законског заступника особе у режиму добровољног смештаја, потребно је, такође, имати у виду да су домаћи прописи о лишењу пословне способности и старатељству⁵⁵ застарели, ригидни и дискриминаторни.⁵⁶ *Конвенција о правима особа са инвалидитетом*, коју је Србија ратификовала, у чл. 12. признаје да све особе са инвалидитетом, укључујући, дакле, и оне са менталним инвалидитетом, имају право да остварују своју пословну способност равноправно са другима у свим аспектима живота. Уместо одузимања пословне способности, чл. 12. Конвенције утире пут новој парадигми - одлучивању уз подршку, којим се обезбеђује пружање одговарајуће подршке особама које имају потешкоће у разумевању опција, комуникацији и/или чињењу сопственог избора како би доносиле одлуке, односно остваривале своју

на захтев старатеља и без судске одлуке супротни Уставу Немачке. По схватању суда, неприхватљиво је да се „смештање пунолетне, душевно оболеле особе посредством старатеља правно вреднује као да се одузимање слободе догађа у оквиру приватноправних односа између грађана. Ако се овлашћење за одузимање слободе налази у рукама појединца, старатеља, онда је опасност злоупотребе значајно појачана. Осим жеље да се ослободи оптерећења са тешком и неугодном, можда и у домаћинству смештеном особом под старатељством, могу играти извесну улогу и сумњиви економски или лични мотиви.“ Видети: Решење Првог сената од 10. фебруара 1960. 1 BvR 526/53, 29/58, публикувано у: *Izabrane odluke njemačkog Saveznog ustavnog suda*, Konrad-Adenauer-Stiftung e.V. 2009, стр. 657.

55 Треба приметити да је Породичним законом („Сл. гласник РС“ прописана је могућност делимичног и потпуног лишења пословне способности. Према чл. 146. Породичног закона, пунолетна особа може бити потпуно лишена пословне ако због болести или сметњи у психо-физичком развоју није способна за нормално расуђивање, те због тога није у стању да се сама стара о себи и о заштити својих права и интереса, док је делимично лишење пословне способности могуће ако пунолетна особа због болести или сметњи у психо-физичком развоју својим поступцима непосредно угрожава сопствена права и интересе или права и интересе других лица (чл. 147. Породичног закона). Приликом регулисања добровољне хоспитализације особа лишених пословне способности. ЗЗЛМС не прави било какву дистинцију између особа које су делимично и потпуно лишене пословне способности и прописује исти режим за њихову добровољну хоспитализацију.

56 Иако не постоје тачни подаци о броју особа лишених пословне способности, према Извештају о раду центара за социјални рад у Србији у 2011. години Републичког завода за социјалну заштиту од јула 2012. године, у Србији је у 2011. години број особа лишених пословне способности увећан чак за трећину у односу на податке из претходне године (11.212 одраслих и 4.083 старих особа у односу на 8.672 одраслих и 3.049 старијих особа у 2010. години). У 31% случајева ради се о особама са психо-социјалним тешкоћама, односно тешкоћама менталног здравља.

пословну способност.⁵⁷ Од држава чланица Конвенције се, поред осталог, очекује да своје законодавство ускладе са Конвенцијом и обезбеде да мере које се односе на остваривање пословне способности пружају ефикасне гаранције како би се спречиле злоупотребе, обезбедило поштовање права, воље и приоритета особа са инвалидитетом, спречили сукоб интереса и непримерени утицаји, као и да те мере буду пропорционалне и прилагођене околностима особе, одређене у најкраћем могућем трајању и редовно преиспитиване од стране надлежног независног и непристрасног органа или судског тела (чл. 12. ст. 4. Конвенције).

3.4. Опозивање пристанка на смештај

Опозивање пристанка на смештај представља слободну изјаву воље особе која је већ смештена у психијатријску установу да повлачи дати пристанак на смештај.

У вези са опозивањем пристанка на смештај, поставља се, пре свега, питање да ли пристанак на смештај може да опозове особа која је добровољно смештена на основу пристанка другог овлашћеног лица јер није била способна на давање пристанка. Иако то законом није изричито прописано, што је пропуст законодавца, треба узети да ова могућност постоји, те да се правила о давању пристанка на смештај аналогно примењују и у погледу опозивања пристанка на смештај. Сагласно томе, и када је реч о форми опозива, будући да не постоји посебно правило о форми опозива, аналогно правилима о писменој форми пристанка на смештај, и опозив би требало да има писмену форму.

Правно дејство опозива огледа се у томе што у тренутку када изјава о смештају буде саопштена, престаје основ за болничко лечење и особа мора бити отпуштена из психијатријске установе. Уколико, међутим, постоје законски разлози и услови за принудни смештај, од тренутка опозивања пристанка на смештај особа стиче статус принудно задржане особе. У том случају психијатријска установа је дужна, сагласно чл. 26. ст. 2. ЗЗЛМС,

⁵⁷ Одредбе чл. 12. Конвенције не дефинишу какве све врсте подршке држава треба да понуди, већ остављају простор за осмишљавање различитих услуга које би укључиле и подршку особи да своју вољу, уколико не комуницира на уобичајени начин (не говори), изрази на другачији начин, уз предузимање мера да се подршка у одлучивању не претвори у „заменско“ одлучивање. О томе: Ćirić Milovanović, D., Šimoković, L., *Poslovna sposobnost kao osnovno ljudsko pravo, Vodič kroz domaću praksu i moguće alternative starateljstvu*, Иницијатива за права особа са менталним инвалидитетом MDRI-s, Београд, 2012, стр. 21. и даље. Видети и: Beker, K., *Pravo da donesem odluku*, Иницијатива за инклузију ВеликиМали, Београд, 2010, стр. 35. и даље, и *Starateljstvo i ljudska prava u Srbiji, Analiza pravnog uređenja i prakse starateljstva u Srbiji*, Mental Disability Advocacy Center, Будимпешта, 2006.

да у року од 24 часа од дана опозивања пристанка иницира покретање поступка пред надлежним судом, ради спровођења поступка за принудно задржавање.⁵⁸ Поред обавештења да је лице које је опозвало пристанак задржано, психијатријска установа је дужна да суду достави и медицинску документацију. Мада ЗЗЛМС не прописује да је потребно доставити и образложење о здравственим разлозима задржавања, како је то прописано за случај да је особа од самог почетка принудно задржана (чл. 25. ст. 2), очигледно је да се ради о редакцијском пропусту и да је ово образложење потребно како би суд могао да се упозна са здравственим разлозима због којих је особа задржана.

3.5. Процедура добровољног смештаја

Процедура добровољног смештаја у психијатријску установу је интерна процедура која се спроводи унутар саме психијатријске установе и коју чини низ радњи службених лица које се сукцесивно предузимају од тренутка пријема особе са менталним сметњама у психијатријску установу до њеног смештаја.

Приликом регулисања добровољног смештаја, законодавац је очигледно имао намеру да процедуру добровољне хоспитализације поједностави и учини ефикаснијом, што је резултирало унапређивањем појединих њених сегмената, али и усвајањем решења која нису сасвим завољавајућа.

Стандардна процедура добровољне хоспитализације одвија се у неколико корака: 1) пријем у психијатријску установу особе са менталним сметњама која је сама дошла или је принудно доведена; 2) анамнеза, дијагностичко испитивање и утврђивање дијагнозе, која се мора заснивати искључиво на медицинским критеријима непосредно везаним за стање менталног здравља; 3) утврђивање способности на давање пристанка; 4) пружање потребних информација и објашењења и давање предлога за болничко лечење; 5) протоколисање изјаве о пристанку на смештај, и 6) смештај особе у психијатријску установу.

Као што је већ речено, добровољни смештај особе са менталном сметњом у психијатријску установу подразумева њену слободно изражену вољу да буде смештена у психијатријску установу ради лечења. Приликом

⁵⁸ Занимљиво је да је у казном делу ЗЗЛМС прописана новчана казна у износу од 500.000 до 1.000.000 динара за психијатријску установу која пропусти да обавести суд о задржавању без пристанка лица са менталним сметњама, с позивањем на чл. 25. ст. 1. ЗЗЛМС, али није прописана истоветна казна за случај да психијатријска установа пропусти да испуни дужност обавештавања суда о повлачењу пристанка на смештај, на начин који је регулисан чл. 26. ЗЗЛМС.

регулисања начина давања пристанка, законодавац је одступио од раније важећих правила којима је било прописано да се пристанак на смештај (раније “изјава о сагласности за пријем” – чл. 46. ст. 2.ЗВП) мора дати у писменом облику, пред овлашћаним лицем у психијатријској установи, и то у присуству два пословно способна и писмена сведока. Да би се спречиле могуће злоупотребе, била је искључена могућност да се као сведоци јаве особе које су запослене у психијатријској установи, крвни сродници особе која је примљена на смештај, и то у правој и побочној линији закључно са четвртим степеном, по тазбинској линији до другог степена, као и брачни супружник и онај ко је особу довео у психијатријску установу (чл. 46. ст. 2. ЗВП).⁵⁹

Новим ЗЗЛМС прописано је, међутим, да се изјава о пристанку на смештај у психијатријску установу даје самом психијатру, у писменом облику (чл. 20. ст. 2), при чему се не захтева присуство сведока. Иако је непознато због чега се законодавац определио за овакво решење јер у Образложењу Предлога закона нису изнети аргументи за овакво опредељење, евидентно је да је његовим усвајањем отворен исувише широк простор за арбитрерност и потенцијалне злоупотребе. Ситуација у којој се особа са менталним сметњама налази након пријема у психијатријску установу изузетно је осетљива и зато су неопходне додатне гаранције које ће обезбедити да добровољни смештај у психијатријску установу буде у правом смислу добровољан, тј. заснован на слободно израженој вољи која је дата без икаквих уцена, условљавања, наговарања или притисака било које врсте.⁶⁰

Одредбама ЗЗЛМС особи са менталном сметњом која даје пристанак на болничко лечење није изричито признато право да се пре давања пристанка контактира чланове породице, свог заступника, уколико га има, или друго лице од поверења, као ни право да приликом самог давања пристанка са њом буде лице у које она има поверење, које је признато пацијентима када дају пристанак на предложену медицинску меру (чл.

59 Према подацима из истраживања, обично су сведоци пријема били бивши радници психијатријских установа који станују у близини и долазе по позиву. Видети: *Људи на друштвеној маргини, људска права у психијатријским болницама*, *op. cit.* стр. 93.

60 Вероватно су управо о томе водили рачуна редактори радне верзије Закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку од октобра 2012. године, који су предложили да се изјава о пристанку на лечење и сагласност за пријем мора дати пред органом старатељства, или је оверити пред судом или јавним бележником. Видети Алтернативу 2. на став 2. чл. 46. радне верзије текста Нацрта закона о изменама и допунама Закона о ванпарничном поступку из 2012. године.

16. ст. 5). Имајући у виду да ова права спадају у корпус етичких стандарда модерне психијатријске праксе,⁶¹ пожељно је да буду изричито прописана.⁶²

Један од пропуста у законском регулисању процедуре давања пристанка на смештај огледа се у томе што је законодавац није регулисао како се има поступити када особа која је примљена у психијатријску установу не познаје језик који је у службеној употреби у психијатријској установи, није писмена или јој је, због инвалидитета, потребна подршка за комуникацију.⁶³

Анализа законских правила о добровољној хоспитализацији показује да је овај вид хоспитализације „резервисан” само за особе које су добровољно дошле у психијатријску. Наиме, на основу садржина и систематизације одредаба о добровољној хоспитализацији може се закључити да се смештај у психијатријску установу квалифује као добровољан само ако је особа са менталним сметњама добровољно дошла у психијатријску установу ради прегледа и дала пристанак на смештај након што је информисана да се побољшање њеног стања, односно повољан терапијски исход не може постићи лечењем изван психијатријске установе дала пристанак на смештај. У пракси се, међутим, може догодити (и догађа се) да особа која је због манифестованог угрожавајућег понашања доведена у психијатријску установу (чл. 22. ЗЗЛМС), након прегледа и разговора са психијатром, слободно изражава вољу да остане у психијатријској установи. Поставља се питање да ли у таквој ситуацији психијатар тој особи треба да омогућити да се изјасни о смештају, уколико оцени да је за то способна. Чини се да такву могућност законодавац не пружа – уколико је особа у

61 Видети: *Мадридска декларација о етичким стандардима Светског удружења психијатара (Madrid Declaration on Ethical Standards for Psychiatric Practice)*. Декларација је усвојена 1996. године, и до сада је ревидирана 1999, 2002, 2005. и 2011. године, на заседањима Генералне скупштине овог Удружења. http://www.wpanet.org/detail.php?section_id=5&content_id=48 (приступ 18. 08. 2013).

62 Истраживања показују да многи пацијенти желе да приликом доношења одлуке о примени медицинског третмана буду укључени не само лекар, већ и њихови пријатељи и родбина. У новијој психијатријској деонтологији предлаже се да лекар најпре рашчисти комуникацијску ситуацију како би јасно дефинисао све учесике разговора и њихове улоге у томе, а да затим јасно идентификује особе које пацијент жели да буду присутне као његова подршка кад разговара са лекаром о свом здравственом стању. Clark G. Hall R. Rosencrance G. *Physician-Patient Relations: No More Models*. Am J Bioeth. 2004;4(2):W16-9, наведено према: Gazdek, D., op.cit., стр. 14.

63 Према чл. 11. ст. 5. Закона о правима пацијената, ако пацијент не познаје језик који је у службеној употреби на територији здравствене установе, мора му се обезбедити преводилац, а ако је пацијент глувонем, мора му се обезбедити тумач. Ни овај закон не прописује како се особама које су слепе или у немогућности да пишу обезбеђује да добију релеватне информације и потпишу пристанак на медицинску меру, чиме су ове особе посредно дискриминисане.

једном тренутку имала епизоду угрожавајућег понашања, због чега је доведена у психијатријску установу, искључена је свака могућност да се након довођења изјасни о смештају. Иако су непознати разлози због којих се законодавац определио за овакво решење, евидентно је да оно представља својеврсни вид стигматизације особа са менталним сметњама – ако су у једном тренутку испољиле угрожавајуће понашање према себи и/или другима, од тог тренутка у односу на њих постоји необорива претпоставка да нису способне за давање пристанка на смештај и лечење у психијатријској установи, па могу бити само принудно хоспитализоване.

Овакво законско решење је супротно савременом схватању према којем треба постићи добровољан пристанак на лечење кад год је то могуће. Као што је наведено у Принципима, у случају када је неке потребно лечење у психијатријској установи, мора се учинити све да се избегне његов недобровољни пријем (принцип 15). Према томе, и када постоје законски услови за принудну хоспитализацију, потребно је омогућити да особа добије све потребне информације, што подразумева и пружање додатних информација о томе да се њен статус пацијента на добровољном лечењу може променити у статус пацијента који је задржан против своје воље,⁶⁴ и да, уколико је способна за давање пристанка, добровољно пристане на смештај и болничко лечење.

4. Закључак

Маја 2013. године, Народна скупштина Републике Србије усвојила је *Закон о заштити права лица са менталним сметњама*,⁶⁵ чиме је окончан вишегодишњи рад на законодавној реформи система заштите менталног здравља.⁶⁶ Основни циљеви реформе били су да се успостави адекватан

64 Videti: Mujović Zornić, H., op. cit., str. 359.

65 «Сл. гласник РС», бр. 45/13 (у даљем тексту ЗЗЛМС).

66 Рад на закону трајао је веома дуго. Прва радна верзија закона припремљена је 2001. године, а 2004. први нацрт закона, под насловом *Нацрт закона за заштиту права особа са поремећајима менталног здравља*, који је израђен у оквиру програма рада Националне Комисије за ментално здравље, формиране 2003. Било је планирано да закон буде усвојен 2007. године, али се то није догодило. Након вишегодишње паузе, настављен је рад, који је резултирао најпре Нацртом закона о заштити душевно болесних лица из 2011. године, а годину дана касније Нацртом закона о заштити особа са менталним сметњама из 2012. године. У току јавне расправе изнете су бројне критике и сугестије. Поред осталог, мишљење о Нацрту закона дао је и Заштитник грађана, који је указао не само на концепцијске недостатке, већ и на неусаглашеност појединих правила са стандардима људских права. Видети: *Мишљење на Нацрт Закона о заштити особа са менталним сметњама*, од 18. 12. 2012. дел. бр. 32425. (<http://www.ombudsman.rs/index.php/lang-sr/2011-12-11-11-34-45/2654-2012-12-20-08-51-16>) (приступ 15. 07. 2013).

систем заштите менталног здравља, промовишу људска права и недискриминација особа са менталним сметњама и створе услови за примену савременог био-психо-социјалног приступа у лечењу, што подразумева развијање адекватних ванболничких програма лечења у заједници и постепену деинституционализацију.

Иако је нови ЗЗЛМС знатно унапредио нормативни оквир смештаја и задржавања особа са менталним сметњама у психијатријским установама, када је у питању добровољна хоспитализација, законодавац није у потпуности имплементирао све савремене међународне стандарде у овој области. С аспекта остваривања људског права на самоодређење, посебно је проблематично законско решење према којем режим добровољног смештаја у психијатријску установу важи и за онај смештај на који је пристанак није лично дала сама особа која се смешта, већ члан њене породице, односно законски заступник. На тај начин омогућено је да особа са менталном сметњом буде “добровољно” смештена у психијатријску установу и када се томе изричито противи, при чему такав “добровољни” смештај уопште није предмет судске контроле. С друге стране, закон не омогућава да особа која је због угрожавајућег понашања доведена у психијатријску установу стекне статус добровољно смештене особе, што је израз својеврсне стигматизације особа са менталним сметњама које су имале епизоду угрожавајућег понашања.

Садржина законских правила о добровољној хоспитализацији показује да су многа правила нејасна, неусклађена и неконзистентна, што у пракси може да доведе до погрешне и неуједначене примене закона. Евидентно је, такође, да постоје и законске празнине јер су поједине ситуације остале нерегулисане, што ће у пракси свакако изазвати тешкоће у примени закона. У жељи да процедуру добровољног смештаја поједностави, законодавац није пружио све потребне гаранције које би обезбедиле да добровољна хоспитализација заиста буде заснована на слободно израженој вољи особа са менталним сметњама, нити је пронашао адекватна решења за спречавање могућих злоупотреба иза којих понекад стоје сумњиви мотиви и нечасне намере чланова њихових подица, односно старатеља. Законска решења о добровољној хоспитализацији особе са менталним сметњама којима је одузета пословна способност, базирана су на важећим прописима о лишењу пословне способности и старатељству, који су застарели, ригидни и дискриминаторни и неусклађени са савременим међународним стандардима. Због тога ће бити потребно да се одмах по окончању најављеног новелирања правила о пословној способности и старатељству одмах приступи ревидирају прописа о добровољној хоспитализацији особа са менталним сметњама.

Резиме

Ментално здравље људи широм света, укључујући и Србију, има тренд погоршања, чему последњих година доприноси и глобална економска криза. У настојању да пронађу адекватна решења за нарастајуће проблеме менталног здравља, последњих година државе убрзано реформишу своје системе заштите менталног здравља. Србија је маја 2013. године усвојила *Закон о заштити права лица са менталним сметњама*, са циљем да успостави адекватан систем заштите менталног здравља, промовише људска права и принцип недискриминација и убрза процес деинституционализације. Нови закон је знатно унапредио правни режим смештаја и задржавања особа са менталним сметњама у психијатријским установама. Ипак, поједина законска решења нису усклађена са савременим међународним стандардима људских права. С аспекта остваривања права на самоодређење, посебно је проблематично законско решење према којем особа која је неспособна за давање пристанка или је лишена пословне способности може бити “добровољно” смештена у психијатријску установу и када се томе изричито противи, при чему такав смештај уопште није предмет судске контроле, који се врши када је у питању принудна хоспитализација. Правила о добровољној хоспитализацији особа лишених пословне способности базирана су на застарелим, ригидним и дискриминаторним прописима о лишењу пословне способности и старатељству. Такође, законодавац је оставио исувише широк простор за могуће злоупотребе, иза којих могу стајати сумњиви и нечасни мотиви актера хоспитализације. Поједина законска правила су нејасна, неусклађена и неконзистентна, што отежава примену закона.

Prof. Nevena Petrušić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

New Legal Regime of Voluntary Placement of Mentally Impaired Persons in Psychiatric Institutions

Summary

Mental health of humankind has proved to be deteriorating worldwide, as well as in Serbia, which is a result of the global economic crisis in the past years. In an endeavour to find adequate solutions for the growing mental health problems, many states have been taking relevant action to swiftly reform their mental health protection system. In May 2013, the Republic of Serbia adopted the Act on the Protection of Mentally Impaired Persons, which is aimed at establishing an adequate mental health protection system, promoting human rights and the principle of non-discrimination, and speeding up the process of deinstitutionalization.

The new Act has significantly upgraded the legal regime governing the admission, placement and treatment of mentally impaired persons in psychiatric institutions. However, some legal solutions provided therein are not in compliance with the contemporary international human rights standards. From the aspect of exercising the right to self-determination, one of the disputable legal solutions is the one providing that a person who is incompetent to give a free and informed consent to treatment and/or deprived of contractual capacity may be placed in a psychiatric facility on a "voluntary" basis even if the person is explicitly against it; yet, such placement is not subject to judicial review, which is a prerequisite in cases involving compulsory or forced hospitalization. The rules on voluntary hospitalization of persons deprived of contractual capacity are based on the outdated, rigid and discriminatory legal rules on the deprivation of contractual capacity and guardianship. Moreover, the legislator has left a broad margin for possible abuse, which may be inspired by highly suspicious and immoral motives of diverse participants in the hospitalization process. Some legal rules are vague, ambiguous, inconsistent and mutually exclusive, all of which aggravates the application of this Act.

Key words: *mentally impaired persons, voluntary hospitalization, psychiatric institutions*

НЕПОСРЕДНА ПРИМЕНА И НЕПОСРЕДНО ДЕЈСТВО ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ¹

Апстракт: Непосредна примена и непосредно дејство представљају два међусобно повезана, али у суштини различита обележја правног система Европске уније. Непосредна примењивост права ЕУ подразумева да његове норме морају бити у потпуности и једнообразно примењене у свим државама чланицама док су на снази. Непосредно дејство, пак, 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. Према слову оснивачких уговора непосредна примена резервисана је само за регулативе као правне акте које доносе институције Уније, али је Суд правде то својство признао и другим изворима права ЕУ. С друге стране, у оснивачким актима уопште се не помиње непосредно дејство, па је настанак и развој овог појма у целости дело јуриспруденције Суда правде. Кроз вишегодишњу и веома богату праксу Суд је проширио домен примене концепта непосредног дејства на све изворе права ЕУ. Поред одредаба оснивачких уговора које садрже забране или обавезују државе чланице на чињење, непосредно дејство признато је нормама садржаним у међународним уговорима о придруживању и сарадњи које Унија на основу свог уговорног капацитета закључује са трећим државама и међународним организацијама. Упоредо са овим примарним изворима, Суд је у ред правила која производе непосредно дејство уврстио норме секундарне легислативе, односно одредбе регулатива, директива и одлука које доносе институције Уније. Том приликом утврдио је да, за разлику од регулатива и одлука, директиве због своје природе и места у правном систему ЕУ могу да произведу само тзв. вертикално непосредно дејство у поступцима појединаца против државе, док немају тзв. хоризонтално дејство у споровима између самих индивидуалних субјеката пред националним органима и судовима. Овај негативан став Суд је делимично ублажио уводећи

¹ Рад је резултат истраживања аутора на пројекту "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору", бр.179046 који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

могућност да се директивама посредним путем призна непосредно дејство у поступцима које појединци воде против других појединаца.

Кључне речи: *непосредна примена, непосредно дејство, примарни извори, оснивачки уговори, међународни споразуми, секундарна регулатива, регулативе, директиве, одлуке, институције.*

1. УВОД

Право Европске уније (даље: ЕУ) представља посебан правни систем који се разликује од свега што је до сада било познато на међународном плану. Настало у матици међународног јавног права и засновано на међународним уговорима, оно се током времена осамосталило и прерасло у особен правни систем. Као што је сада већ давне 1963. године у једној од својих најпознатијих пресуда Суд правде рекао, то право "представља нови правни поредак међународног права у чију су корист државе ограничиле...своја суверена права", док уговори о оснивању Заједница представљају "нешто више од уговора који само ствара узајамне обавезе држава уговорница"².

Иако проистекао из међународног права, правни систем ЕУ надилази нека његова традиционална обележја. Уместо познатих правила о примени међународног права, која су заснована на дуалистичком или монистичком опредељењу држава и зависе у крајњој линији од уставних решења и праксе његовог увођења у домаћи правни систем, право ЕУ одликује непосредна примењивост. За примену овог права, дакле, није потребна ни легислативна интервенција (акт ратификације или прихватања) нити посебне мере имплементације (поступак трансформације у унутрашњи правни акт) у националним правним системима држава чланица. С друге стране, за разлику од норми међународног права које су упућене само државама и међународним организацијама, субјекти правног система ЕУ су поред држава чланица и појединци (физичка и правна лица). Ови индивидуални субјекти се могу пред домаћим органима непосредно позивати на одредбе тог права и тражити заштиту својих субјективних права која из њих произилазе, што је у међународном праву по правилу искључено. Из тога произилази да су непосредна примена и непосредно дејство битне одлике правног система ЕУ³.

2 Случај 26/62, Van Gend en Loos v. Nedherlands Inland Revenue Administration, European Court Reports (dalje: ECR) 1, 1963, p.12.

3 О.Рачић, Правни систем Европске уније, Право Европске уније, Зборник радова, Београд, 1996, стр.113; З.Радивојевић, Одлике правног система Европске уније, Правни живот, бр.12, Том IV, 2012, стр.414-421.

2. ОДНОС НЕПОСРЕДНЕ ПРИМЕНЕ И НЕПОСРЕДНОГ ДЕЈСТВА ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

Непосредна примена и непосредно дејство као обележја права ЕУ различито се схватају и тумаче у доктрини и судској пракси. Један број правних писаца поистовећује ове појмове или их користи као синониме⁴. Други су, пак, мишљења да изрази “непосредна примена” и “непосредно дејство” имају различито значење. Према том приступу, непосредна примена означава начин уношења норми права ЕУ у националне правне поретке држава чланица, док се непосредно дејство везује за његове одредбе које стварају права и обавезе за појединце оствариве (утуживе) пред националним судовима⁵.

Недоследност у коришћењу ових израза опстаје све до данас највећим делом захваљујући самим оснивачким уговорима. Ови акти не познају појам непосредног дејства, већ се у њима говори само о непосредној примени која је изричито везана за регулативе као посебан тип правних аката институција ЕУ⁶. Са своје стране ни Суд правде није био доследан приликом употребе појмова “непосредна примена” и “непосредно дејство”, користећи их у образложењу неких одлука као синониме⁷.

Иако се ради о сличним и међусобно повезаним појмовима, разликовање између непосредне примене и непосредног дејства у праву ЕУ има своје теоријско и практично оправдање. Оба појма везана су за однос права ЕУ са националним правима држава чланица, те се неретко поклапају. Међутим, није искључена могућност да одредба права ЕУ која је непосредно примењива у праву држава чланица нема непосредно дејство, будући да не ствара права и обавезе за појединце која су остварљива принудним путем пред домаћим судовима⁸. Пракса показује да све непосредно примењиве одредбе права ЕУ нису подобне за директна правна дејства. Неке су формулисане као непотпуне правне норме, док је садржина других

4 J.Rideau, *Droit institutionnel de l' Union et des Communautés européennes*, Paris, 2002, p.827; за критику: D.Simon, *Les système juridique communautaire*, Paris, 2001, p.387.

5 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.

6 Чл.288 Уговора о функционисању ЕУ (даље: УФЕУ)

7 Видети случајеве: 2/74, *Reyners*, ECR, 1974, p.631; 17/81, *Pabst*, ECR, 1982, p.1331; 104/81, *Kupferberg*, ECR, 1982, p.3641.

8 Видети мишљење општег правобраниоца *Wernera* у случајевима 31/74, *Galli*, ECR, 1975, p.47 и 78/76, *Steinike und Weinling*, ECR, 1977, p.595.

таква да захтева додатне мере имплементације⁹. У том смислу непосредну примену и непосредно дејство треба посматрати као два сродна, али ипак различита обележја правног система ЕУ.

Непосредна примењивост права ЕУ тиче се првенствено држава чланица и њихових националних правних система. Она је везана за имплементацију, тј. начин спровођења овог права у унутрашње право чланица. Суштину непосредне примене можда је најбоље изразио Суд правде у случају *Simenthal*: “Непосредна примењивост ... значи да правила комунитарног права морају бити у потпуности и једообразно примењена у свим државама чланицама од дана њиховог ступања на снагу и све док су на снази. Та правила су због тога непосредан извор права и обавеза за све на које се односе, било да су државе чланице или појединци, који су стране у правном односу по комунитарном праву”¹⁰.

Из овога произилази да за примену права ЕУ није потребно доношење никаквих мера прихватања или увођења у национални правни поредак. Његове одредбе постају део националног права даном ступања на снагу и важе толико дуго док су на снази. За то време државе чланице не смеју да на било који начин спречавају њихову примену у целости нити да преношењем у национално право мењају њихов домашај. Као што је истакао Суд правде “Законска одредба националног права која понавља садржину непосредно примењивог правила комунитарног права не може ни на који начин утицати на непосредно дејство нити надлежност Суда прописану Уговором”¹¹. С друге стране, суштина непосредне примењивости подразумева јединствену и једнообразну примену правила права ЕУ у свим државама чланицама. Без признавања непосредне примењивости, државе чланице би могле да исто правило различито примењују у суштински сличним или истоветним ситуацијама, што би угрозило јединство права ЕУ.

Иако је по слову оснивачких уговора непосредна примена резервисана само за регулативе, Суд правде је то својсто признао и другим изворима права ЕУ, укључујући директиве, одлуке и одредбе међународних уговора које је ЕУ закључила. Признање непосредне примењивости осталим правилима права ЕУ Суд је објаснио на следећи начин: “На основу обавеза које произилазе из Уговора о оснивању...државе чланице не смеју да ометају непосредну примену која је својствена регулативама и другим правилима комунитарног права”¹².

9 Више о томе: Р.Вукадиновић, Увод у институције и право Европске уније, Крагујевац, 2012, стр.143.

10 Случај 106/77, ECR, 1978, р.643.

11 Случај 34/73, Variola, ECR, 1973, р.981, тачка 3.

12 Ibid, тачка 10.

3. ПОЈАМ И ОБЛИЦИ НЕПОСРЕДНОГ ДЕЈСТВА ПРАВА ЕВРОПСКЕ УНИЈЕ

За разлику од непосредне примене, појам непосредног дејства првенствено је везан за појединце и њихов положај на основу одредаба права ЕУ пред националним правосудним органима. Овде се заправо ради о могућности да право ЕУ непосредно ствара права и обавезе за индивидуалне субјекте на читавом подручју Уније, а на које се они могу директно позивати пред надлежним националним судовима. Међутим, и код овог обележја правног система ЕУ не постоји потпуна сагласност у погледу његовог тачног значења и домашаја.

Како у оснивачким уговорима о непосредном дејству нема ни помена, дефинисање овог појма, као уосталом и његов настанак, дело је Суда правде. Анализа праксе овог органа указује најмање на два основна схватања непосредног дејства права ЕУ. Према првом, ужем гледишту, непосредно дејство значи обавезу националног суда да примени норму овог права на коју се пред њим позове индивидуални субјект у заштити свог права. Шире схватање, међутим, значење непосредног дејства не ограничава на заштиту субјективних права појединаца. Према том гледишту, одредба права ЕУ даје активну легитимацију индивидуалним субјектима у поступцима пред националним правосудним органима у заштити неког јавног интереса, а може представљати правни основ за предузимање одређених мера од стране јавних власти, којима оне иначе не могле прибећи¹³.

Непосредно дејство примарних извора

Непосредно дејство Суд правде први пут је признао једном примарном извору комунитарног права у сада већ чувеном случају *Van Gend en Loos*. У питању је била одредба чл.12 Уговора о оснивању Европске економске заједнице (даље: ЕЕЗ) која утврђује забрану, тј негативну обавезу државе чланице, а коју је Суд протумачио тако да производи непосредна дејства и ствара права индивидуалних субјекта која национална држава мора штитити¹⁴. Том приликом Суд је стао на становиште да одговор на питање да ли се дејства међународног уговора протежу до индивидуалног субјекта треба потражити у духу, општој шеми и слову одредаба самог уговора. Следећи такву методологију он је констатовао да су субјекти комунитарног

13 В.Кнежевић-Предић, З.Радивојевић, Како настаје и делује право Европске уније, Београд, 2009, стр.139. Непосредно делујућа норма, дакле, представља основ процесног права појединца на тужбу и онда када је тужба усмерена на заштиту јавног интереса. Исто тако, она је ваљани правни основ за деловање органа јавне власти који, иначе, не би постојао (видети случај 72/95, *Kraaijeveld*, ECR I, 1996, p.5403).

14 Случај 26/62, ECR I, 1963, p.13.

права не само државе чланице, већ и њихови држављани, те да то право независно од права држава чланица индивидуалним субјектима додељује одређена права која постају саставни део њихове правне баштине. Ова права не настају само тамо где су изричито предвиђена уговором, већ и по основу обавеза које оснивачки уговор на јасно одређени начин намеће државама чланицама и институцијама Заједнице.

Сама природа обавезе садржана у чл.12 Уговора о ЕЕЗ, закључиће Суд, чини је идеално прилагођеном да произведе непосредно дејство у правним односима држава чланица и њихових грађана. Чињеница да је по овом члану држава чланица субјект негативне обавезе не значи да њени држављани из ње не могу да извуку корист. Управо супротно, индивидуални субјект се у конкретном случају може позвати на одредбу чл.12 и надлежни национални орган је дужан да тај члан примени.

У каснијој судској пракси концепт непосредног деловања уговорних одредаба еволуираће у неколико праваца. Први је ширење домена његове примене. Наиме, у наредним деценијама повећавао се број одредаба оснивачких уговора за које ће Суд утврдити да производе непосредно дејство, чиме се проширује листа права индивидуалних субјеката којима национални судови морају пружити заштиту. Поред норми које садрже забране (забрана дискриминације по основу држављанства; забрана количинских ограничења приликом увоза и извоза, односно забрана увозних и извозних квота; забрана прикривених ограничења слободе трговине; забрана дискриминације поводом државних монопола; забрана дискриминације радника по основу држављанства; забрана пореске дискриминације у односу на производе из друге државе чланице)¹⁵, директно дејство признато је одредбама уговора које намећу државама позитивне обавезе чињења (слобода кретања; слобода обављања професионалне делатности у другој држави чланици; слобода пружања услуга; примена прописа о тржишној конкуренцији на државне монополе у области јавних услуга; усклађивање делатности државних монопола комерцијалног карактера; једнако плаћање радника мушког и женског пола за исти рад или за рад исте вредности; обезбеђење правних лекова и делотворне судске заштите за случајеве кршења права ЕУ)¹⁶. С друге

15 Видети случајеве: 6/64, *Costa v. ENEL*, ECR, 1964, p.164; 14/68, *Walt Wilhem*, ECR, 1969, p.1; спојене случајеве C-92/92 и C-326/92, *Phil Collins*, ECR I, p.5145; C-163/94, *Sanz de Lera*, ECR I, p.4821.

16 Видети случајеве: 13/61, *Bosch*, ECR, 1962, p.97; 57/65, *Lütticke*, 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;

стране, уговорне одредбе чије је непосредно дејство потврђено у почетку су се тичале само економских аспеката заједничког тржишта у најужем смислу, да би се затим прошириле на друге области деловања у којима су државе биле много више осетљиве на мешање Уније. Реч је заправо о областима из домена социјалне политике или радног права¹⁷.

Међутим, Суд правде није сматрао да све норме оснивачких уговора имају директно дејство. Он је одбио да призна непосредно дејство уговорним одредбама које су формулисане на такав начин да државама чланицама остављају одређена дискрециона овлашћења или садрже програмске обавезе¹⁸. У ред норми оснивачких уговора које су лишене непосредног дејства ("негативна листа" за разлику од "позитивне"¹⁹ у којој се налазе поменуте уговорне одредбе које имају директно дејство) Суд је уврстио чланове који одређују циљеве Уније (чл.3 Уговора о ЕУ -даље: УЕУ), предвиђају обавезу лојалне сарадње држава чланица (чл.4), прокламују начело недискриминације која није заснована на држављанству (чл.19 Уговора о функционисању ЕУ - даље: УФЕУ), односе се на примену правила конкуренције на предузећа која врше услуге од општег економског интереса (чл.106), забрањују давање државне помоћи (чл.107 и 108), прописују обавезу државе чланице да консултују Комисију о предлозима законских прописа (чл.117), обавезују државе чланице да поштују независност монетарних институција (чл.130), уређују нека питања из области социјалне политике (чл.151 и 156), тичу се услова коришћења права приступа документима институција Уније (чл.15) или ограничења и услова под којима је призната слобода кретања и боравка грађана ЕУ (чл.21)²⁰.

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; 2/74, *Reyners v. Belgium*, ECR, 1974, p.631; 33/74, *Van Binsberger v. Bedrijfsvereniging Metaalnijverheid*, ECR, 1974, p.1299; 59/75, *Manghera*, ECR, 1976, p.460; 37/79, *Marty*, ECR, 1980, p.2481.

17 Случајеви: 43/75, *Defrenne*, ECR, 1976, p.474; 36/74, *Walrave*, ECR, 1974, p.1420.

18 Више о томе: G.Isaak, M.Blanquet, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, 2012, pp.384-386; Р.Вукадиновић, *op.cit.*, стр.148.

19 P.Pescatore, *The Doctrine of "Direct Effect": An Infant Disease of Community Law*, *European Law Review*, 1983, Vol.8, pp.160-161.

20 Видети случајеви: C-339/89, *Aqsthom Atlantique*, ECR I, 1991, p.107; 9/73, *Schlüter*, ECR, 1973, p.1161; C-186/01, *Dory*, ECR I, p.2479; T-219/02 i T-337/02, *Luz Herrera v. Commission*, ECR II, 2004, p.1407; 10/71, *Muller-Hein*, ECR, 1971, p.723; 74/76, *Ianelli*, ECR, 1977, p.557; 6/64, *Costa v. ENEL*, ECR, 1964, p.164; 126/86, *Gimenez Zaera*, ECR, 1987, p.3697; T-191/99, *Petrie e.a. v. Commission*, ECR II, 2001, p.3677; T-3/00 i T-377/04, *Athanasios Pitsiorlas*, ECR II, 2007, p.4779; C-365/98, *Kaba*, ECR I, 2000, p.2623; C-413/99, *Bambast*, ECR I, 2002, p.7091.

Надаље, кроз судску праксу почеле су се разликовати две врсте правних односа који настају поводом непосредног дејства одредаба оснивачких 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 насупротив појединцу појављују органи државне власти. Почевши од случаја *Defrenne* Суд правде прихватиће и тзв. хоризонтално непосредно дејство уговорних одредаба, што ће рећи могућност да се појединац пред националним судом позове на уговором предвиђену обавезу другог индивидуалног субјекта у заштити својих субјективних права²¹.

И коначно, непосредно дејство биће признато нормама које су садржане у другим међународним уговорима који улазе у корпус права ЕУ. Овде се ради о међународним споразумима које је Унија на основу свог уговорног капацитета закључила са трећим државама или међународним организацијама. У питању су били споразуми о придруживању са Грчком, Турском и Португалијом и Конвенције из Јаундеа и Ломеа. Касније је такво дејство признато одредбама споразума о сарадњи и партнерству²² и споразумима о стабилизацији и придруживању. У низу спорова који су се тичали уговора које је ЕЕЗ закључила са трећим државама нечланицама Суд је пресудио да су њихове одредбе непосредно дејствујуће, те да се на њих могу позивати појединци пред националним судовима ради заштите својих субјективних права²³.

Формулишући критеријуме за директно дејство у случају споразума о придруживању између ЕЕЗ и Турске, Суд правде је истакао да одредба овог споразума може имати директно дејство када, узимајући у обзир текст, циљ и природу споразума, садржи јасну и прецизну одредбу чија примена или дејство није условљено усвајањем било какве накнадне мере²⁴. Тест који је овде постављен постао је стандард за све остале случајеве у којима је

21 Случајеви: 43/75, *Defrenne*, ECR, 1976, *Ibid.*, pp.475-476; 58/80, *Dansk Supermarked*, ECR, 1981, p.181.

22 Случај C-265/03, *Simutenkov v. Ministerio de Education y Cultura al.*, ECR I, p.2579.

23 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; 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. Више о томе: В.Медовић, Споразум о стабилизацији и придруживању са праксом Суда правде ЕУ, Београд, 2011, стр.63 и даље; З.Радивојевић, Споразуми о стабилизацији и придруживању у праву Европске уније, Зборник радова Правног факултета у Нишу, LXII, 2012, стр.70-71.

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

Суд одлучивао о директном дејству споразума о придруживању између ЕЗ и ЕУ и држава нечланица²⁵.

Суд је признао непосредно дејство и одлукама која су усвајали Савети за придруживање или друга заједничка тела формирана на основу ових споразума. Такав став облазложио је директом повезаношћу њихових обавезујућих одлука са међународним споразумима из којих произилазе, због чега се и те одлуке сматрају интегралним делом правног система ЕУ²⁶. Разуме се за то је неопходно да одлуке о којима је реч испуњавају услове за непосредно дејство, тј. да садрже јасне, прецизне и безусловне одредбе.

До сада је у својој пракси Суд правде признавао директно дејство оним одредбама споразума о придруживању којима се Унији и државама чланицама намећу обавезе укидања постојећих или забране увођења нових царинских, пореских и других оптерећења и препрека за увоз или извоз роба, као и одредбама које предвиђају преференцијални увоз одређених производа у Унију. Осим наведених, директно дејство могу имати одредбе којима се установљавају одређена права у корист физичких и правних лица држава нечланица, посебно оне које предвиђају забрану дискриминације у односу на држављане држава чланица у области радног и социјалног права и оснивања предузећа²⁷.

Прихватајући да одредбе садржане у примарним изворима права ЕУ могу производити непосредно дејство, Суд правде је истовремено одредио услове које конкретна норма мора испунити да би имала такво дејство. У почетку они су били строжији и бројнији²⁸, да би се каснија пракса кретала у правцу либерализације теста непосредног дејства. Суд је, наиме, настојао да смањи број услова, као и да их шире тумачи. Тако се кроз судску праксу искристалисао данас важећи трочлани тест непосредног дејства који одредба уговора мора да задовољи. Ти стандардни услови су да је она

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

26 Случај 30/88, *Greece v. Commision* (ECR, 1989, p.3711).

27 Случајеви 268/99, *Aldona Malgorzata Jany and Others v. Staatssecretaris van Justitie* (ECR I, 2001, p. 2541) и 162/00, *Land Hordrhein Westfalen v. Beata Pokrzepowicz-Meyer* (ECR I, 2002, p.1049).

28 То су следећи услови: одредба мора садржати јасну обавезу државе; обавеза државе мора бити негативна и безусловна; обавеза не сме бити ограничена резервом; испуњење обавезе не сме зависити од имплементационих мера државе; видети: случај 26/62, *Van Gent en Loos*, ECR I, 1963, p.12.

довољно јасна и прецизна, да је безусловна, те да њено испуњење не зависи од имплементационих мера државе или институција Уније²⁹.

Непосредно дејство секундарне легислативе

Упоредо са ширењем одредаба уговора које производе непосредно дејство, каснија судска пракса потврдила је да и друге норме права ЕУ могу имати непосредно дејство. Тако је у ред правила која производе непосредно дејство Суд правде уврстио норме садржане у тзв. секундарној легислативи, односно одредбе регулатива, одлука и директива које доносе институције Уније.

Кад је реч о регулативама, Суд правде, ослањајући се на њихову непосредну примењивост, која је изричито прописана оснивачким уговорима (чл.288 УФЕУ), није имао већих проблема са признањем непосредног дејства, без обзира на то што је углавном избегавао да повуче и појасни разлику између ових појмова. Ограничавао се 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 индивидуалних субјеката које су национални судови у обавези да заштите³⁰. Поред тога, а због опште примењивости регулативе, прихваћен је став да се појединци на њене одредбе могу позивати пошто она ступи на снагу, како против државе, тако и против другог индивидуалног субјекта. Другим речима, Суд правде потврдио је да одредбе регулативе производе како вертикално, тако и хоризонтално непосредно дејство³¹.

Непосредно дејство регулативе Суд правде је појаснио у случају *Variola*. Том приликом пошао је од става да ступањем на снагу регулатива постаје саставни део правног поретка држава чланица и делује у корист или на штету правних субјеката без потребе за било каквим мерама имплементације у национално право. Само преписивање регулативе у националне правне акте или њихово понављање у националним прописима нема утицаја на њихово непосредно дејство. На основу тога Суд је закључио да није дозвољено националним законом мењати садржај регулативе или одлагати њен датум ступања на снагу, јер у том случају регулатива има блокирајуће дејство, односно делује као блокада националних прописа који имају за циљ одлагање ступања на снагу ових прописа³².

29 Случај 2/74, *Reyners v. Belgium*, ECR, 1974, p.631.

30 Случај 43/71, *Politi*, ECR, 1971, p.1039.

31 Случајеви: 93/71, *Leonesio*, ECR, 1972, p.287; 36/74, *Walrave*, ECR, 1974, p.1420.

32 Случај 34/73, *Fratelli Variola S.p.A. v. Amministrazione italiana delle Finanze*, ECR, 1973, p.981.

Заразлику од регулативе, одлуке према слову оснивачких уговора обавезују субјекте којима су упућене, било да су то државе чланице, институције или физичка и правна лица. Отуда оне стварају права и обавезе само за непосредне адресате који се на њих могу позивати и тражити заштиту пред националним судовима. Овде је реч о тзв. интегралном непосредном дејству одлуке према онима којима су упућене³³.

Прихватајући да одлуке имају непосредно дејство, Суд правде је стао на становиште да оне могу наметнути обавезу која производи непосредно дејство само субјекту коме је упућена. Тако одлуке упућене државама чланицама имају непосредно дејство само према њима, док би се се појединци могли позивати на субјективна права из те одлуке тек после њене имплементације у национално право. Суд правде је ипак прихватио да се појединац може, у односу према држави, позвати на одредбе одлуке које су довољно одређене и безусловно прописују обавезе држава чланица³⁴.

Међутим, Суд није дозволио да се појединац у односу према другом појединцу непосредно позове на одредбе одлуке која је упућена државама чланицама³⁵. Одлуке чији су адресати државе чланице, дакле, не могу производити хоризонтално непосредно дејство³⁶. Остаје отворено питање да ли одсуство хоризонталног непосредног дејства важи и за одлуке упућене појединцима. Суд правде до сада није имао прилику да о томе изнесе свој став, док се један део писаца изричито изјашњава у прилог проширења забране хоризонталног дејства одлука упућених државама чланицама на одлуке упућене индивидуалним субјектима³⁷.

Признање могућности да директиве имају непосредно дејство представљало је много већи изазов за Суд правде, пошто су оне оснивачким актима дефинисане као правни акти обавезни за државе чланице само у погледу резултата који треба постићи, док се избор облика и начина њиховог остваривања препушта националним властима (чл.288 УФЕУ). Творци оснивачких уговора замислили су директиву као средство хармонизације, а не унификације права држава чланица. 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

33 D.Simon, *op.cit.*, p.354.

34 Случај 9/70, *Franz Grad v. FinanzamtTraunstein*, ECR, 1970, p.825, para.5.

35 Случај C-80/06, *Carp Snc di L.Moleri e V.Corsi v.Ecorad Srl.*, ECR I, 2007, p.4473, para.20.

36 T.C.Hartley, *Основи права Европске заједнице* (превод), Београд, 1998, str.208.

37 Видети ауторе које наводе З.Мешкић, Д.Самарџић, *Основи права Европске уније*, Сарајево, 2012, стр. 218.

на различите начине. Директиве постављају државама само регулаторни циљ, а остављају слободу да одлуче како ће га постићи³⁸.

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 појединаца 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, кршећи своју обавезу, пропусти да спроведе директиву или усвоји неодговарајуће мере имплементације у прописаном року. 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 преддржавним 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 националним судом директно позвати на одредбе директиве, а да је национални суд у обавези да им заштити права која за њих проистичу из тих одредаба. Спремност да директивама призна могућност непосредног дејства Суд правде први пут ће навестити у случају *Grad*³⁹, али је одлучујући заокрет у правцу прихватања таквог дејства директиве учињен у случају *Van Duyn*. Одбацивши став британске владе да се у оснивачком уговору говори само о непосредној примени регулатива, али не и директива, Суд је том приликом изнео неколико основних аргумената у прилог могућности да директиве имају непосредно дејство. Као најважнији правни 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

38 Т.Бапета, С.Родин, *Основе права Еуропске уније*, Загреб, 2011, стр.68.

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

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 права⁴⁰.

Како наведени аргументи нису убедили све националне судове у нужност признања непосредног деловања директива⁴¹, Суд правде је став о њиховом вертикалном дејству додатно образложио у случају Ratti⁴² када 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*. 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 случајевима⁴³, да извуче корист из пропуштања обавеза које намеће директива, односно да на штету појединаца примени сопствено законодавство неусклађено са директивом.

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 држава⁴⁴. 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 државе⁴⁵. Тако се

40 Случај 41/74, ECR, 1974, p.1337.

41 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.

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

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

44 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.

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

под појам државе могу, примера ради, подвести универзитети, школе или предузећа у којима држава има контролни пакет акција.

Отворивши на овај начин могућност појединцима да остварују своја права из директива пред судовима држава чланица, Суд правде је истовремено увео битно ограничење непосредног деловања њених одредаба. Индивидуални субјекти се могу позвати на директиву и национални суд ће бити у обавези да је примени само у поступку против државе. Признање искључиво вертикалног непосредног дејства директиве Суд је оправдао ставом да директиве непосредно обавезују само државе чланице којима су упућене. Насупрот томе, индивидуални субјекти се не могу позвати на одредбе директиве у поступку против другог индивидуалног субјекта, јер она, сама по себи, не намеће обавезе појединцима, па стога из ње не може настати субјективно право за друге појединце.

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 односе. 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 дејство⁴⁶. Упркос оваквим настојањима, Суд правде остао је све до данашњих дана доследан у одбијању да директивама призна хоризонтално непосредно дејство.

Изричит став по том питању Суд је први пут изнео у случају *Marshall* када је рекао да директива сама по себи не намеће обавезе индивидуалним субјектима и да се на одредбу директиве као такву не може позвати против таквог субјекта⁴⁷. 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.

Одсуство хоризонталног непосредног дејства директива потврђено је неколико његових каснијих одлука. Пресуда донета у случају *Faccini Dagi* представљала је коначну потврду становишта да директиве немају

46 Видети став општег правобраниоца *Jacobs*-а у случају C-316/93, *Vaneetveld v. Le Foyer*, ECR I, 1995, р. 3452. За преглед доктринарних ставова: Т.С.Хартли, *op.cit.*, стр.198; Т.Папета, С.Родин, *op.cit.*, стр.73.

47 Случај 152/84, ECR, 1986, 723, пара.48.

хоризонтално непосредно дејство. У том случају Суд је одлучио 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 надлежна⁴⁸. 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.

Иако је све до данашњих дана остао доследан у негирању хоризонталног непосредног дејства директиве, Суд је оставио могућност да се њима заобилазним путем призна такво дејство у споровима између појединаца. У том циљу прибегло је конструисању својеврсних пасарела 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).

Код посредног или интерпретативног дејства реч је о методу 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. 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.

Прву пресуду којом је признао могућност посредног дејства директиве Суд правде донео је у случају *Van Colson и Kamann*. Као главни разлог за наметање обавезе тумачења у складу са директивом, која иначе по слову комунитарног права није постојала за националне судове, наведено је

48 Случај C-91/92, *Paola Faccini Dori v. Recreb Srl*, ECR I, 1994, p. 3325, para.24.

начело лојалности и сарадње прокламовано у чл.4, став 3 (ранији чл.10) УЕУ. По схватању Суда правде, клаузула лојалности односи се подједнакао на све државне органе, па обавезује не само законодавну и извршну власт, већ и националне судове. Делујући 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 директиве⁴⁹.

Могућност посредног дејства директиве Суд правде је значајно проширио у случају *Marleasing* који се тицао разлога ништавости уговора о оснивању привредног друштва. Тим поводом Суд је објаснио да се обавеза усклађеног тумачења протеже и на националне прописе који су донети пре њеног ступања на снагу⁵⁰. Штавише, та обавеза је јача уколико држава чланица тврди да је постојеће национално право већ у складу са директивом⁵¹.

Прихватајући да директива може имати посредно дејство, Суд правде је истовремено поставио границе усклађеног тумачења националног права. У случају *Adeneler* обавезу тумачења у складу са директивом Суд је временски ограничио на период након истека рока за њену имплементацију⁵². 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. 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. Најзад, тумачење националног права 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 права⁵³.

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

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

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

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

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

Други споредни пут који је Суд користио да би премостио јаз између признатог вертикалног и неприхваћеног хоризонталног непосредног дејства директиве јесте могућност да се на њене одредбе позивају појединци пред судом против другог појединца, али не ради заштите свој субјективног права, већ у циљу отклањања примене нормe националног права која је супротна директиви. Тако је случајевима *CIA Security* и *Unilever*⁵⁴, који су се тицали Директиве о техничким стандардима, Суд дозволио појединцима да се позову на њене одредбе пред националним судом против другог појединца како не би дошло до примене нормe националног права неусклађене са том директивом.

Обавеза националних судова да одбију примену националних прописа који су супротни директиви у литератури се квалификује као њено споредно, инцидентно или колатерално дејство⁵⁵. 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 чланицама⁵⁶.

Постоји још један алтернативни метод који је Суду правде омогућио да ублажи негативне последице забране хоризонталног непосредног дејства директиве. Реч је о одговорности државе за штету проузроковану због пропуста у спровођењу директиве која се користи ради заштите субјективних права појединаца у случајевима када се тај циљ не може остварити другим посредним путем. Како у оснивачким уговорима о одговорности државе за штету која настане због спровођења директиве нема ни помена, дефинисање овог начела, као уосталом и његов настанак дело је судске праксе. Суд правде га је установио први пут деведесетих година прошлог века у сада већ добро познатом случају *Frankovich* и *Bonifaci*. У образложењу своје пресуде он се поново позвао на повећање делотворност права Заједнице, заштиту субјективних права индивидуалних субјеката, као и начело лојалности из оснивачког уговора⁵⁷.

54 *Случајеви: C-194/94, Cia Security International SA v. Signalson SA and Securitel SPRL, ECR I, 1996, p.2201; C-443/98, Uniliver Italia SpA v. Central Food SpA, ECR I, 2000, p.7535,*

55 *P.Craig, G. De Burca, European Union Law – Text, Cases and Materials, Oxford, 2008, p.296; Р.Букадиновић, op.cit., стр.153; Т.Папета, С. Родин, op.cit., стр.81; G.Isaac, M.Blanquet, op.cit., pp.388-389.*

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

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

Да би држава била одговорна за накнаду штете морају се испунити одређени услови који су формулисани већ у поменутом случају Frankovich 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 појединац. Касније је овим условима за настанак одговорности придодат захтев да повреда комунитарног права коју је починила држава мора бити довољно озбиљна.⁵⁸

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 накнаде.⁵⁹

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.

Услови за непосредно дејство директиве у основи су слични са условима који се траже да би било која норма права ЕУ произвела такво дејство. Поред већ поменутог захтева да је истекао рок за имплементацију директиве, стандардни услови за непосредно дејство су да конкретна одредба буде

58 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.

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.

довољно прецизна и безусловна⁶¹. 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 контроли.

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

DIRECT APPLICATION AND DIRECT EFFECT OF THE EU LAW

Summary

Direct application and direct effect are two related but essentially different characteristics of the European Union legal system. The direct applicability of EU law means that its standards must be fully and uniformly applied in all Member States when entered into force. Direct effect, however, means that the provisions of EU law directly create rights and obligations for individual subjects which can be validly invoked before national authorities and courts.

According to the letter of the founding treaties, direct application is reserved only for regulations, as legal acts adopted by the institutions of the Union. Yet, the Court of Justice has acknowledged this characteristic to other sources of EU law as well. On the other hand, the founding treaties do not mention direct effect; hence, the emergence and development of this concept is a result of the jurisprudence of the Court of Justice. Throughout its long-standing and rich practice, the Court has expanded the domain of application of the concept of direct effect to all sources of EU law. In addition to the provisions of the founding treaties which include prohibitions or oblige the Member States to act, direct effect is recognized in norms contained in association and cooperation agreements, which the Union concludes with third countries and international organizations on the basis of its treaty-making power.

Besides the primary sources, the Court has ruled that direct effect is also produced by provisions of secondary legislation, such as: regulations, directives and decisions adopted by the EU institutions. Considering the nature and the position of directi-

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

ves in the EU legal system, the Court also found that directives (unlike regulations and decisions) can only produce the so-called vertical direct effect in proceedings involving an individual's action against the state, and that they cannot produce the so-called horizontal effect in disputes between individual subjects before national authorities and courts. The Court has partially alleviated this negative position by introducing the possibility that directives may indirectly recognize the direct effect in proceedings initiated by individuals against other individuals.

Key words: *direct application, direct effect, primary sources, founding treaties, international treaties, secondary legislation, regulations, directives, decisions, institutions.*

УПРАВНО ПРАВО И ЈАВНИ МЕНАЏМЕНТ

Апстракт: Питања везе и напетости између управног права и менаџерске рационалности, представљају изазов увек а нарочито у време реформе управног система. Каква је улога правника и менаџера у јавној управи са аспекта стварања и примене управног законодавства. Право треба да буде оплемењено принципима јавног менаџмента, да би се спречиле многе девијације јер сваки управно правни институт може бити злоупотребљен. Нови јавни менаџмент је средство за унапређење демократског процеса, тако што је усмерено за стимулисање ефикасности и ефективности система, односно за унапређење демократије уопште са циљем модернизације и адаптације управног система. Нови јавни менаџмент подразумева коришћење много флексибилнијих начина регулације али и дерегулације, која не подразумева симплификацију. Јавни менаџери, правници и политичари треба да траже брже административне процедуре, које су детерминирајући фактор добре администрације и остваривања и заштите људских права. Менаџерски приступ у управном праву јесте и повећање ефикасности управно судске контроле у циљу остваривања административне правде.

Кључне речи: јавна управа, јавни менаџмент, управно право.

1. Увод. Питања везе између јавне праве и управног права, с једне стране и менаџрске рационалности, с друге стране, представљају изазов увек а нарочито у време реформе управног система.¹

Ово питање је нарочито присутно у транзиционим земљама централне и источне европе.² Међутим, ово је централна тема и у државама западне европе, нарочито у оним континенталним државама где је државно право, правна држава и Наполеонова држава утицала на јавни сектор. Реч је о постојању јаке тензија између правника, менаџера и политичара, која је створена наглим развојем јавног менаџмента. Јавни менаџмент уводи нове методе и нове вредности. Промена метода и приступа доводи до тензија и по питању легитимитета јавне управе.

Напетост се може видети на више нивоа: између (управног) права и јавне управе, права и менаџмента, као и између правника, менаџера и политичара, који треба да спроведу управну и управносудску реформу.

2. Право насупрот менаџменту. Овде треба сагледати и испитати начелне односе (управног) Права и Јавног менаџмента. Пре свега, треба поћи од става да јавно право није привилегија правника. Треба правозићи искључиву дихотомију управног права и јавног менаџмента јер су оба приступа важна за јавну управу. Отуда и питање, како приближити ставове, који су само на први поглед дијаметрално супротни. Да ли можда делегализација јавне управе и деполитизација јавног (управног) права, представља одговор на ово питање. Основна идеја је да се комбинују методе и инструменти управног права и јавног менаџмента (NPM), као што су: контрактуализација на централном и локалном нивоу, измештање сервиса приватним актерима или специјализованим агенцијама и стварање агенцијског модела управе, уношење тржишних вредности у односе између управе (администрације) и грађана, с обзиром на непрекидну бригу менаџера за редукацију трошкова и др. Тако, на пример теорије демократије виде да је основа демократије у народу и изборима али такође и у стручности независних агенција.³ Неки други, комбинују управно правне технике са вредностима и методама NPM и у сфери управно судске контроле аката управе, где се неће више анализирати само процесни механизми судске контроле јер ће правници

1 Geert Bouckaert, Vitalis Nakrošis, Juraj Nemec, *Public Administration and Management Reforms in CEE: Main Trajectories and Results*, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 4, Issue 1, June 2011, p. 9.

2 Juraj Nemec, *New Public Management and its Implementation in CEE: What Do we Know and where Do we Go ?*, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 3, Issue 1, July 2010, p. 31.

3 *Law and Public Management Revisited*, The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy Vol. IV, No. 2, Winter 2011/2012.

морати да напусте досадашњи нормативистички конформизам и суочити се са анализом output-а (резултата и ефеката). Увођење метода NPM доводи до трансформације систему јавне делатности.

Каква је улога правника и менаџера у јавној управи са аспекта примене права. Ко су заправо правни менаџери? Политичари, министри, државни секретари, помоћници министара - то је врло важно питање. Друго је и питање капацитета менаџера. Да ли је добар менаџер, онај који се слепо држи закона, бирократа или тим лидер? Пракса показује да менаџери никада не могу потпуно да поштују све рестрикције које их ограничавају и да је потребно да их „преведу“ на своја одељења и тимове. Потребно је да буде више лидера. Њихове одлуке (policy decision) могу бити добре и лоше. Такве одлуке се касније оличавају у закону али сама одлука опет може бити погрешна (нпр. Хитлерова администрација је била врло ефикасна). То значи да треба одлуке заснивати на одређеним вредностима садржане у уставу (политичке и остале), природном праву и сви се морају кретати у оквиру закона.

Погрешно је схватање да у „браку“ правника и менаџера, само менаџери могу да оцењују рад правника а не и обрнуто. Постоје и пресуде против менаџера. Прописима су везани менаџери и у приватном сектору а поготову у јавном сектору. Менаџер мора да поштује право и да га примењује са одговорношћу која је утемељена на његовој менаџерској аутономији. Истовремено он треба и да да feedback министарству да треба мењати постојећи правни оквир. То је заправо спој флексибилности и формалности која пружа правну сигурност. Треба полако превазилазити разлике између правника, економиста, менаџера јер је кооперација у јавној управи круцијална. Циљ сарадње је да право буде применљиво са аспекта менаџера. Познато је да велики број закона значи мало права. Потребно је да право буде у стању да препозна менаџерске категорије и методе (нпр. *транспарентност*)⁴ и да их инкорпорира у себе.

У земљама које су више правно орјентисане (Аустрија, Немачка, Пољска) постоји доминантан став да су управно право и јавни менаџмент две одвојене дисциплине. Право постаје имагинарно, оно нам говори како треба да се понашамо, дакле, супротно чињеницама. Међутим, Право је мера извршења, оне не сме да буде теологија, већ је право оно што стварно

4 Важна област коју отвара Нови јавни менаџмент је транспарентност у јавној администрацији. Постоји евидентан проблем мањка транспарентности у јавној администрацији. Јавна управа и административно право треба да тражи начине (правне механизме, поступке и средства) како да побољша транспарентност у свом раду јер су вишеструко позитивни ефекти повећања транспарентности управе и повећаној медијској изложености свих актера у јавној администрацији.

постоји. Због тога, управно право треба да преузима технике, методе и процедуре јавног менаџмента и да их имплементира. НРМ није идеологија али има своје теоријске лимите јер је превише практично оријентисана са јасним прагматичним циљевима.

Принцип владавине права је изазов за сваку Владу. Са аспекта менаџмента потребно је испитати, како овај принцип утиче на организацију јавне управе и да ли се у савременим условима функционисања правног система деформишу неки принципи правне државе, као што је принцип поделе власти и слично.⁵ Јавни менаџмент емпиријски приступа систему владавине права, тако што се посматра, да ли је јавни сектор под окриљем права или и даље акумулише дискрециону моћ. Друго, посматра се јавна политика, коју ствара и примењује јавна управа, да ли је она сагласна правно-политичком систему и да ли је потврђена од надлежних институција. Треће, посматра се имплементација законског права. То нас доводи до закључка да од 1970 године, министарства имају ограничену улогу у спровђењу конкретне владине политике. Јавне агенције, као творевине Новог јавног менаџмента, долазе у први план.⁶

Према томе, проблем је непостојећа интеграција права и јавног менаџмента јер недостаје адекватна синтеза. Потребна је својеврсна правна иновација, тако што право не сме бити препрека, већ да допринесе стварању правних основа за квалитетно увођење јавног менаџмента. Ту се отвара и питање какво нам право треба, да ли као скуп принципа или као скуп детаљних правила, што представља илузију савременог права, јер постоје закони који нису применљиви и прихватљиви за менаџере. Право су као шине а јавни менаџмент композиција воза, па у том смислу, реформа јавног сектора треба да буде изведена законом. Међутим, то није довољно јер закони сами не могу променити јавни сектор. Због тога фокус се ставља на однос јавног права и јавних менаџера.

Право треба да буде оплемењено принципима јавног менаџмента, да би се спречиле многе девијације јер сваки правни институт може бити злоупотребљен. Због тога стандарди доброг управљања и контроле

5 Stavros Zouridis, *Rule of Law or Law Overruled? Why the Rule of Law Should Be on the Public Administration Research Agenda*, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 4, Issue 2, May 2013, p. 23–37.

6 K. Verhoest, S. van Thiel, G. Bouckaert, P. Laegreid, *Government Agencies: Practices and Lessons from 30 Countries*, Basingstoke: Palgrave Macmillan, 2011, p. 61. Ivan Koprić, Polonca Kovač, Anamarija Musa, *Agencies in Three South Eastern European Countries: Politics, Expertise and Law*, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 5, Issue 2, May 2013, p. 17–44. Márton Gellén, *Does Centralization Serve Efficiency? De-Agencyfication in Hungary*, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 5, Issue 2, May 2013, p. 67–87.

али и вредности саме јавне управе, треба укључити и реализацији ефективности јавне администрације. Тако, проблем легитимитета јавне администрације не може се решити само кроз принцип правне државе и владавине права. Оно што мора да буде испуњено као услов је ефективност администрације јер ефикасност може бити примењено у правној држави као правни принцип. Друго, све земље раде „contracting out“, понекад и са „тврдим језгром“ јавних послова, као што су то послови војске (САД) или дипломатски послови (Ирак). Али се норме управног права не примењују на такве послове, сем што се привате институције тада третирају као јавне власти и морају се придржавати свих поступака и вредности јавних институција. Због тога, contracting out без адекватног правног оквира, може лако да резултира корупцијом.⁷

Многи са скепсом гледају на могућу везу управе и менаџмента јер је управа одувек била оријентисана ка праву – примени права и стварању конкретних правних ситуација. Додуше, неке се ствари мењају, тако да се мења карактер права које управа примењује и ствара у правцу, од процесног права ка материјалном и циљно политички оријентисаном (јавна политика). Тип веза које национална управа има са окружењем – европске институције и управни систем, утемељен националним уставом и европским правом, такође се мења, тако што се шири простор за деловање управе. Такође, ту је и однос са судством, који свеукупно показује се да се мења начин управљања јавним институцијама.

3. Дилема за нове демократије је шта је примарно Нови јавни менаџмент или строга примена права? Ако је важно и једно и друго, питање је да ли је уопште могуће истовремено оставаривање концепта NPM и концепта владавине права? NPM је средство за унапређење демократског процеса, тако што је усмерено за стимулсање ефикасности и ефективности (начина) система, односно за унапређење демократије уопште са циљем модернизације и адаптације управног ситета. Потребно је појединачно пратити и анализирати све кључне тачке процеса демократизације (трансформацију, консолидацију, модернизацију и адаптацију система) и то сваку појединачно а са циљем убрзања демократизације.⁸

7 Juraj Nemec, *New Public Management and its Implementation in CEE: What Do we Know and where Do we Go ?*, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 3, Issue 1, July 2010, p. 36.

8 Attila Ágh, *Politics and Policy in East-Central Europe in the Early 21st Century: Synergies and Conflicts Between Policy Regimes and Political Systems*, Politics and Policy in East-Central Europe, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 2, Issue 1, August 2009, p. 27.

Управно право и јавни менаџмент утичу на демократске процесе, тако што обезбеђује партиципацију грађана у процесима доношења одлука, легитимитет изборног поступка, политичку одговорност и хијерахијски надзор.

Постоји тензија између јавне администрације и грађана и у демократским системима. Демократски легитимитет је утемељен на директном учешћу грађана и на стручности рада независних агенција. Нови јавни менаџмент спаја ефикасност и демократију (Теорија доминације М. Вебера). Зато постојеће студије о демократији настоје да минимализују изборне канале као суштински легитимацијски извор.⁹ Постоје и супротна схватања, по којима се демократски легитимитет не може само једноставно додати на изборни поступак.¹⁰ У европским демократијама (Француска и Немачка) расте интересовање за директну партиципацију – директну демократију али у оквиру уставног оквира. Нови јавни менаџмент отвара и питање, да ли је директна партиципација скупа, односно да ли је „стварно“ скупа.

Један од демократских промена које доноси NPM је приватизација, поверавање (*contracting out*) јавних послова и њихово измештање из оквира политичко управне контроле.¹¹ Велики изазов за транзиционе земље је креирање новог система владе. Стварање тзв. интегрисане владе (*Integrated governance*) или управљања које спаја приватни сектор и цивилни јавни сектор. То је својеврсна дихотомија и синтеза права и јавног менаџмента у циљу стварања *good government*-а. Симбиоза NPM и административног права је да један од индикатора „добре“ управе (*Good governance indicators*) буде партиципација грађана али уз испуњавање стандарда ефикасности.

Генерална је тенденција препуштања јавних послова приватном сектору, који добија задатак да регулише и води службе од општег интереса. Правно утемељење се налази и у самим грађанским повељама (*Magna Carta*), које су нпр. у Великој Британији базиране на тржишним механизмима онога времена, за разлику од Француске и апсолутистички устројеног јавног поретка (Наполеонова држава).

Један од управних механизма је и реинтеграција уговора који су закључени у процесу екстернализације, која се остварује тако што приликом закључивања јавних (управних) уговора треба да присуствује трећа страна. Циљ је да се приликом уговарања обезбеди остваривање јавних интереса и вредности.

9 Bernard Manin, *The Principles of Representative Government*, CUP, 1997.

10 Pierre Rosanvalon, *La legitimité démocratique*, Le Seuil, 2008.

11 Juraj Nemec, Beáta Mikušová Meričková, Zuzana Vozárová, *Management of Contracting Public Services and its Quality in Slovakia*, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 5, Issue 1, May 2013, p. 55–74.

Дакле, коришћење приватног права за ојачавање државе није страна ствар у многим упоредним управним традицијама. Међутим, ту се отвара и један проблем, уколико се све контракује, остаје питање - може ли се контраковати одговорност (accountability) у јавном праву.

4. Деререгулација је следећа упоришна тачка и представља критичан тест за јавни менаџмент. Има схватања да стварање јавне политике и примена јавне политике не треба да буде неизбежно правно засновано и уобличено. Да је правни оквир нешто што у ствари само оптерећује управу. Да су непрекидни и све јачи захтеви за одговорношћу управе и сва та мерења и контроле нешто што представља непотребан терет. С друге стране, тржиште може понекад да представља решење али финансијске кризе нам показују да то и не мора бити исправно решење за све проблеме јавног сектора.

Нови јавни менаџмент подразумева коришћење много флексибилнијих начина регулације, при чему под дерегулацијом не подразумевамо симплификацију. Потребан је заједнички рад правника и јавних менаџера на нацртима закона, где се многи конфликти због супротне логике и начина размишљања могу предупредити. Постоје многи примери конфликта правне и менаџерске логике, као што су наплаћени порези мањи о трошкова наплате, а слично је и са тендерима.

Јавно право је све више на удару приватног права. Јавни менаџмент све више има потребе за приватним него за јавним (административним) правом да би се спровеле успешне реформе. Јавни сектор све више користи приватни сектор и приватно право за пружање јавних сервиса. То мења однос приватног и административног права. Као последица ових промена долази и до промена у односима између менаџера и политичара у јавној управи. Све ове промене и предходно искуство показују да није све у регулацији и нормирању и да је погрешан приступ ако излаз из проблема налазимо у бирократизованим правним процедурама.

Оно што је јако важно је да меримо прогрес јер се показало да постојећи методи нису коректни и не дају реалну слику стања. Право решење је регулаторна импект анализа (Regulatory impact assessment) која нас може довести до бољег права. Деререгулација (тзв. „гиљотина прописа“), дебирократизација, поједностављивање административних процедура су реформске мере на том путу.

Практична искуства из земаља источне и централне европе, пружају слику обе врсте ризика и од механизма soft law али и оних који заговарају прекомерну административну регулацију. Притисак за дерегулацијом долази истовремено од стране одређених међународних актера (World

Bank, IMF, итд.), као и од стране економских чиниоца (домаћих и страних компанија).

Најзад, постоји све више јавних менаџера који се регрутују из приватног сектора. Они преузимају идеологију NPM као сигурну и примењују је у јавној администрацији са циљем да је учине ефикаснијом и ефективнијом.

5. Административна процедура. Убрзање административних процедура како би се администрација учинила ефикаснијом и обезбедио један од критеријума Good governance. Управни поступак је веома важан за односе управе и грађана. Процедуре пред државним органима (агенцијама) трају исувише дуго, што одуговлачи крајњи исход процеса одлучивања јавне управе. Стабилне и извесне управне процедуре спречавају корупцији и омогућавају економски просперитет – стварајући позитивну климу за инвеститоре. То доводи до тога да број посебних управних поступака енормно расте (нпр. у Хрватској има их преко 100).¹²

Јавни менаџери, правници и политичари, посебно у условима економске кризе, траже брже административне процедуре, које у ствари јесу детерминирајући фактор добре администрацију и остваривања и заштите људских права. Императив је да треба убрзати административне процедуре и да то има примат у односу на заштиту људских права и интереса.¹³

Јавни менаџери управне процедуре сматрају дуготрајним и као нешто што само одузима време, посебно у савременим економским условима. Насупрот томе, правници овакав став сматрају опасним. Дерегулација и поједностављивање не сме да угрози стабилност институција. Процес административног одлучивања, није исто што и стратешко доношење одлука менаџера. Не треба примањивати иста правила на стратешко управљање институцијама и на доношење конкретних правних (управних) аката, којима се решава о правима и обавезама грађана и правних лица. Управни поступак није само ствар административне рутине, иако он често то и јесте, већ је то много комплекснији процес.

Административна технологија у реформисању управног поступка у државама југо-источне европе резултат узајамног дејства између

12 Ivan Koprić, *Administrative Technology And General Administrative Procedure: Challenges And Changes In South-East Europe*, Law and Public Management Revisited, The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy Vol. IV, No. 2, Winter 2011/2012.

13 Polonca Kovač, *Modernizing Administrative Procedural Law in Slovenia as a Driving Force of Efficient and Good Administration*, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 4, Issue 2, May 2013, p. 39–66.

традиције владавине права и политичког притиска за рационализацијом јавне управе и потребом бизниса и економије.¹⁴

Оно што се може приметити је да је ефикасност као принцип, само формално део Закона о општем управном поступку, као и остали основни принципи управног поступка. Правници инсистирају на законитости поступка. Нови јавни менаџмент на ефикасности. Поставља се питање да ли су законитост и ефикасност у односу комплементарности или конкуренције. Ту се отвара круг без краја. Међутим, у јавној администрацији закон није довољан. Економски принципи морају да буду легализовани у поступању управе али не као усамљено начело, које ће да служи као декор закона, већ да прожима све процесне институте али да не угрожава друге принципе и вредности, који треба да буду уграђени у закон, који регулише поступање управе (нпр. доказе о којима евиденцију води орган уместо да поднесе странка, подноси орган; затим коришћење информационе технологије као начина покретања поступка и комуницирања у току поступка, размена података између јавних тела и разних регистара; итд.).

Међутим, најтеже је променити навике и менталитет администрације.¹⁵ Менаџерски приступ приликом реформисања управног поступка значи да треба спровести одговарајући поступак, а то је: (1) установити где је проблем, (2) направити нову процедуру, која ће се уклопити у правни поредак, (3) спровести тренинг и обуку службеника и (4) нормативна и фактичка информатизација управног поступка, што мења концепт управе (е-управа, виртуелна управа, *networking govnrnance*).¹⁶

Шта треба урадити са управним поступком ако желимо да нов начин рада, у духу Новог јавног менаџмента. Пре свега, треба скратити време за управно деловање. Друго, треба да се уради нова скраћена листа ванредних правних лекова. Треба променити концепт ћутања администрације у позитивни концепт, који већ постоји у неким посебним управним поступцима. Међутим, постоји велики страх и неизвесност од позитивног концепта „ћутања управе“ јер то значи издавање дозвола без улажења у меритум управних ствари. Наравно да ниједно решење није идеално јер и концепт

14 Ivan Koprić, *Administrative Technology And General Administrative Procedure: Challenges And Changes In South-East Europe*, Law and Public Management Revisited, The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy Vol. IV, No. 2, Winter 2011/2012.

15 Polonca Kovač, *Ethics of Officials in the Context of (Slovene) Good Administration*, NISPAcee Journal of Public Administration and Policy. Volume 5, Issue 1, May 2013, p. 23–53.

16 Predrag Dimitrijević, *Administrative Procedure Reform*, (collected papers) Law and Public Management Revisited, The NISPAcee Journal of Public Administration and Policy Vol. IV, No. 2, Winter 2011/2012.

негативног „ћутања“ производи једнако велике проблеме за грађане и трошкове поступка, односно озбиљно угрожава ефикасност.

6. Управно судство. Једно институционално питање је како организовати растуће конфликте (спорове) између грађана, организација и социјалних интереса и јавне управе. Шта у том смислу даје најбоље резултате да се формални спор у управном праву решавају пред управним судовима заједно са Врховним судом као највишим судом или треба тражити нека боља институционална решења. Неспорно је да је управно судство веома важно. Међутим, менаџерски приступ овде значи повећање ефикасности судске контроле. Ефикасност судског поступка је актуелна проблематика у последњих двадесет година. Ово питање је у вези са принципом поделе власти и независношћу судства. Ствари треба посматрати комплексно и системски ако хоћемо ефективност управног система, који није само национални него и супранационални. У том смислу треба сагледати везу управног судства, уставног судства и Европског суда за људска права, који су међусобно зависни.¹⁷

Отежавајућа је околност што се ефикасност у судству отежано испитује због става да судови „производе“ правду а то је резултат који није лако мерити. Наравно да постоје мерљиве ствари: трошкови поступка, време решавања предмета, број решених предмета, итд. То се сигурно може мерити и побољшавати јер правда треба да буде и доступна у временском смислу. Без тога ефикасан управни поступак прати дугачак и неизван управно судски поступак, па онда све то укупно може бити неефикасно. Тако, уколико постоји двостепена судска заштита, онда треба поједносавити и скратити управни поступак и обрнуто. Заправо, управно судска ефикасност се може поделити на ефикасност управне заштите и операциону управно судску заштиту – ефикасност судског поступка.

Циљ је повећање операционе ефикасности, односно способности судова да се изборе са нарастајућим бројем предмета. Други начин за повећање ефикасности је у смањивању броја предмета (случајева) на различите начине, нпр. увођењем различитих техника, путева и метода решавања спорова (нпр. медијације) или путем институционалне дисперзије случајева (поред општег на разне врсте специјализованих посебних омбудсмана). Други пут је много неформалнији механизам решавања сукоба који је заснован на медијацији, дебати, раду Омбудсмана и др. У институционалној пирамиди судови су на врху, па медијација, па алати

¹⁷ Европски судови ће под утицајем концепта Новог јавног менаџмента полако почети да узимају у обзир Impact Assesement Analysis, односно ефекте легислативе а то је један од начина за трансформацију менаџмента у легалност.

процедуралне ефикасности и општи рад. Омбудсман је ван те пирамиде али се они могу користити на сваком од наведена четири степена, редуковањем броја спорних ситуација и сл. Омбудсман се може успешно укључити касније у неку процесну фазу и допринети успешном решавању спорног предмета.

Парадокс управно судске контроле је што и након успешне судске интервенције, која значи поништавања незаконитог коначног појединачног акта, „случај“ још „живи“ јер управа на разне начине осујећује извршење правоснажне судске пресуде. Омбудсман, по правилу, (сем еколошког) не може да улази у судске процесе. Омбудсман као стручна и информисана особа, која заслужује и поверење јавне управе, организује редовне састанке са судијама и представницима управе по разним питањима. Са аспекта грађана омбудсман је саставни део процеса Новог јавног менаџмента, који уноси фер поступање у управни систем. Поштење, вредности и моралност су вредности које препознаје Нови јавни менаџмент. Поштење је с оне стране законитости. Масовна производња одлука (нормативна хиперпродукција) редукују управно искуство само на бројке и тако нема личности. За грађане су битни директни контакти (телефоном) са лицима (службеницима), праведан третман, поштовање, дужна пажња за грађанске интересе, учешће у одлучивању када је оно у вези са грађанима.

Ту се отвара принципијелно институционално питање за решавање сукоба са јавном администрацијом. Да ли ићи путем хомогенизације и искључиво класичним формално правним процедурама или хетерогенизацијом, кроз увођење новим путева и механизма решавања сукоба интереса (спорова). Савремени концепт је шири и он подразумева да се административна правда (Administrative Justice) треба остваривати путем медијације, радом Омбудсмана и другим техникама и алатима којима се превазилази спорост и осујећење административне правде.

Омбудсмани имају различите улоге у различитим европским државама. Основно и битно је да може да покреће поступке о оцени уставности закона пред уставним судом. Међутим, потребно му је дати и одговарајуће место у управном поступку, да интервенише путем нпр. ванредних правних лекова у статусу активно легитимисаног процесног субјекта као и у управно судском поступку.

Ноторна је чињеница да је улога суда јако важна и да са повећањем регулативе опада дискреција. Присуство јавних менаџера акценат ставља на законитост насупрот дискрецији. Правичност међутим, не може бити редукована ни на право ни на ефикасност.

Са аспекта јавног права, дискрециона власт је концепт, који означава оно што остаје ван судске контроле. Судски систем има различите приступе у односу на судску власт која контролише дискрециону оцену али је утемељен на два принципа: владавина права и подела власти. Дискрециона власт је концепт који дели и у исто време спаја у целину јавне менаџере и правнике.

С друге стране, дужина управно судских спорова отвара и питање, да ли је судија довољно компетентан да оцени да ли је управа поступала са аспекта законитости али и ефикасности. Постоје технике путем којих се може убрзати поступак пред судовима а што се може применити и на управно право, односно управно судство. Свака техника одлучивања за решавање спорова треба да се упореди са неком другом у смислу ефикасност и ефективности а при томе се то доводи у везу са њеном функцијом у заштити људских права. Ово свакако није довољно за убрзавање судског поступка али развијање валидног концептуалног правног оквира са разним аспектима ефикасности и ефективности у решавању конфликта, може помоћи да се изнађе рационални избор између понуђених техника. Тако, евалуација судске контроле законитости рада управе може бити померена од чисто нормативног потврђивања ка давању сагласности за резултат (ефективност) судске контроле са аспекта ефективног остваривања права странке.

Нови развој односа између управног права и јавног менаџмента омогућава ширење bottom-up приступа у циљу решавања административних спорова, чиме се настоји комплетирати традиционални top-down модел. Једна од тих је медијација, истргнута из приватног права и имплементирана у јавно право. Постављена у домен јавног сектора, медијација са новим изазовима, добија нове особине. Тако, неке фазе медијације нису неопходне за реализацију одређеног циља. Било би јако интересантно водети јавне менаџере да се испробају на овом пољу, јер су технике медијације повезане са филозофијом јавног менаџмента. Употреба медијације би заменила неке компликоване технике управно судске контроле, које се традиционално користе. Медијација тиме генерално доприноси ефикасности и убрзању решавања конфликта у процесу административног доношења одлука. Тако постепено судови и судије постају објекти јавног менаџмента.

*Predrag Dimitrijevic, LL.D.
Full professor of Faculty of Law , University of Nis*

ADMINISTRATIVE LAW AND PUBLIC MANAGEMENT

Summary

Questions of relations and tensions between administrative law and managerial rationality are always a challenge especially during the reform of the administrative system. What is the role of lawyers and managers in public administration from the point of creation and application of administrative law. Law needs to be enhanced with the principles of public management, in order to prevent many deviations because each administrative legal institution can be misused. New Public Management is a tool to improve the democratic process, directed to stimulate the efficiency and effectiveness of the system, and to promote democracy with the goal of modernization and adaptation of the administrative system. New Public Management involves use of a much more flexible ways of regulation and deregulation, which does not involve simplification. Public managers, lawyers and politicians should seek faster administrative procedures, which are the determining factor of good administration and protection of human rights. Managerial approach to administrative law is also increasing the efficiency of the administrative judicial control in order of realizing the administration of justice.

Keywords: *public administration, public management, administrative law.*

ИЗВОРИ МЕЂУНАРОДНОГ КРИВИЧНОГ ПРАВА¹

Апстракт: Ступањем на снагу Римског статута сталног Међународног кривичног суда коначно је стасала нова грана казненог права – међународно кривично право. То је систем правних прописа садржаних, у првом реду, у међународним актима универзалног и регионалног карактера којима се одређују међународна кривична дела којима се крше норме међународног ратног и хуманитарног права и кривичне санкције за њихове учиниоце. У раду се са аспекта правне теорије и позитивног права анализирају међународни извори и одредбе кривичног законодавства Републике Србије као извори међународног кривичног права, те основи права на екстрадицију.

Кључне речи: међународно право, извори, међународна документа, кривични закон, екстрадиција.

Уопште о изворима права

Извори међународног кривичног права² се могу двојако схватити. У формалном смислу, извори међународног кривичног права су правни акти са кривичноправним нормама које одређују међународна кривична дела, санкције за њихове учиниоце, као и основе и услове кривичне одговорности и кажњивости. У материјалном смислу³, извор међународног кривичног права представљају друштвени односи који су управо регулисани кривичноправним нормама.

1 Рад је резултат спроведеног истраживања на пројекту број 179046: "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору" који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

2 Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, Београд, 2010. године, стр. 39-45.

3 Милан Бартош, Међународно јавно право, Београд, 1954. године, стр. 86-87.

Материјални извор међународног права лежи у снази међународне равнотеже. А под међународном равнотежом треба у сваком посебном моменту и у сваком посебном односу подразумевати целокупни процес међународног општења са свим противтежњама и са вероватним закључком о последицама употребе принуде.

Према пореклу, разликују се две врсте ових извора. То су: а) међународни и б) национални извори. У теорији кривичног права јављају се и таква схватања према којима извори ове гране права представљају комбинацију кривичноправних и међународних начела⁴.

Главни извори права

На основу члана 38. Статута Међународног суда правде као извори међународног кривичног права сматрају се:⁵

1. међународне конвенције⁶, било опште, било посебне, које установљују правила изричито призната од стране држава. Однос међународног кривичног права и унутрашњег кривичног права се огледа у деловању међународних уговора на следеће начине: а) међународни уговори који предвиђају обавезу држава да усвоје посебне прописе о незастарелости или о кажњавању неких међународних кривичних дела, б) међународни уговори о људским правима, посебно одредбе о недискриминацији, правичном суђењу окривљеном и забрани тортуре према њему, в) међународни уговори о кривичном (материјалном и процесном) имунитету неких лица и о неповредивости неких објеката, и г) међународни уговори о кривичноправној сарадњи која укључује: аа) малу међународну кривичноправну помоћ, аб) пренос кривичног поступка, ав) признање и извршење страних судских одлука и пренос надзора над условно осуђеним лицима и аг) изручење осумњичених или окривљених лица. Ове конвенције могу да успоставе три врсте правила. То су⁷: а) уговорни прописи о чистој

4 Милан Шкулић, Историјски осврт на међународно кривично правосуђе и основне одлике поступка пред сталним међународним кривичним судом, Зборник радова, Релевантна питања међународног кривичног права, Тара, 2003. године, стр. 98.

5 Borislav Petrović i Dragan Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, Sarajevo, 2010. godine, str.115-118.

6 Vladimir Đuro Degan i Berislav Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, Zagreb, 2005. godine, str. 105-111.

7 Драган Јовашевић и Љубинко Митровић, Појам, назив, предмет и правна природа међународног кривичног права, Безбедност, полиција, грађани, Бања Лука, број 2/2009. године, стр. 73-93.

кодификацији, б) прописи који чине прогресивни развој међународног права и в) легислација међународног права путем конвенција⁸,

2. међународни обичаји⁹ као доказ опште праксе која је прихваћена као право – правила обичајног права (*opinio iuris*). Ови обичаји настају понављањем вршења (праксом) држава и других субјеката међународног права која чини његов објективни елемент. Но, у стварању обичајних правила одређену улогу има и субјективни (психички) елемент. Он се огледа у уверењу или свести већине држава да је утврђена "пракса" заиста и обавезна. То је заправо свест доносилаца политичких одлука у појединим државама (*opinio iuris sive necessitatis*) да је постављена пракса обавезна за њихову државу. При томе се разликују две врсте обичајних права. То су: а) општа правила - која обавезују све државе или највећи број субјеката међународне заједнице и б) партикуларна правила - која обавезују само круг одређених држава,

3. општа правна начела која признају цивилизовани (просвећени) народи – она нису настала са намером да уреде и регулишу конкретне односе у међународној заједници у одређеном временском периоду, али без њих правни поредак – међународни, транснационални, супранационални или унутрашњи не би био могућ, нити би могао ефикасно деловати. Она су настала у дуготрајном историјском развоју и то прво у унутрашњем правном поретку појединих држава. Уједначени развој кривичних законодавстава великог броја држава почев од 19. века наопако прецизирао је садржај бројних општих начела кривичног права и кривично процесног права која су данас постала *ius cogens* и сматрају се заједничком баштином европских народа и

4. судске одлуке и учења најпозванијих стручњака међународног јавног права као помоћно средство за утврђивање правних правила¹⁰ у границама одредбе члана 59. Статута.

Најзначајнији, примарни и дуго времена једини извор међународног кривичног права јесу међународни извори (у првом реду уговори)¹¹.

8 Vladimir Đuro Degan i Berislav Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, op.cit.str., 42-44.

9 Драган Јовашевић, *Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост*, Ниш, 2010. године, стр.87-92.

10 Vladimir Đuro Degan i Berislav Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, op.cit.str., 19-21.

11 Међународни уговори су главни извор партикуларног међународног права. Њима се не могу директно прописивати правила општег међународног права која би непосредно обавезивала целу међународну заједницу држава. Домаћи кривични судови у појединим државама су обавезни да примењују само оне међународне уговоре које је прихватила, потписала и ратификовала њихова држава.

Међународни уговори имају своје порекло у међународним правним актима. То могу бити: конвенције, протоколи, декларације, резолуције, споразуми, гаранције и други акти који су донети од стране органа међународне заједнице, као и међународни уговори закључени између две или више држава. Под појмом међународног уговора подразумева се сагласност воља два или више међународноправних субјеката с циљем да се постигне одређени резултат у међународном праву стварајући права и обавезе између његових странака. Могу се закључити у писменом (најчешће) облику, али и на други начин (што је занемарљиво у међународној заједници)¹². Данас се као најзначајнији извори међународног кривичног права¹³ сматрају статуту војних (Нирнбершког¹⁴ и Токијског) или *ad hoc* трибунала (Хашког или трибунала за Руанду), статуту интернационализованих (мешовитих или хибридних судова за Источни Тимор, Сијера Леоне, Камбоџу или Косово и Метохију), те Статут сталног Међународног кривичног суда (Римски статут).

У правној теорији се разликују две врсте међународних конвенција¹⁵. То су: а) конвенције – закони и б) конвенције – уговори. Зависно од органа који је учествовао у доношењу међународних аката разликују се: а) универзални извори - који су донети у оквиру и под окриљем Организације уједињених нација или њених органа (Савета безбедности) и б) регионални извори – који су донети од регионалних организација нпр. Савета Европе, Европске уније и др. Но, међународни извори могу бити садржани и у уговорима који садрже кривичноправне норме (овде су посебно значајни и бројни уговори о кривичноправној помоћи и екстрадицији). Међународни уговор је писмено закључени међународни споразум између држава који је регулисан међународним правом. Постоји више врста међународних уговора. Тако они могу бити: а) билатерални, б) регионални и в) мултилатерални (вишестрани) зависно од броја држава између којих је закључен.

У теорији се такође разликују¹⁶: а) легислативни уговор или уговор – закон (којим се стварају општа правила која ће важити за низ будућих случајева) и б) контрактурални уговор или уговор – погодба (којим се стварају једнократне обавезе за уговорне стране). Такође постоје и оквирни уговори којима се дефинишу општа правила и начела с тим да се допушта државама

12 Vladimir Crnić Grotić, *Pravo međunarodnih ugovora*, Rijeka, 2002. godine, str. 341-368.

13 Војислав Ђурђић и Драган Јовашевић, *Међународно кривично право*, Београд, 2003. године, стр. 40-45.

14 A. Neave, *Nuremberg: особно свједочанство о суђењу главним нацистичким ратним злочинцима 1945-1946.*, Загреб, 1980. године, стр. 54-89.

15 Vladimir Đuro Degan i Berislav Pavišić, *Međunarodno kazneno pravo*, op. cit. str., 118-120.

16 Antonio Cassese, *Međunarodno krivično pravo*, Beograd, 2005. godine, str. 30-37.

уговорницама да једностраним изјавама или двостраним уговорима конкретизују и прецизирају своје узајамне односе. До ступања на снагу Бечке конвенције о праву међународних уговора из 1969. године питања која се односе на закључење, важење, садржину и постојање међународних уговора решавана су на основу обичајног права.

Национални извори међународног кривичног права су садржани у одредбама националног законодавства и то: а) кривично материјалног законодавства – Кривичном законнику Републике Србије из 2005. године¹⁷ и б) кривично процесног законодавства - Законнику о кривичном поступку из 2012. године и Закону о организацији и надлежности државних органа у поступку против учинилаца ратних злочина. Обе ове врсте извора међународног кривичног права према својој примени могу бити: а) непосредни и б) посредни извори. Извори међународног кривичног права према дејству и карактеру могу бити: а) главни и б) споредни. Главни су они извори који имају непосредну примену у кривичноправним стварима са елементом иностраности, а споредни извори имају помоћну или допунску примену јер се примењују само онда и када на њих упуте главни извори.

Римски Статут Међународног кривичног суда¹⁸ у члану 21. изричито одређује примењиво право пред овим судом. То значи да се као извори међународног кривичног права према овом Статуту (који представља својеврсну кодификацију међународног кривичног права) сматрају¹⁹:

1. одредбе овог Статута, Елементи злочина и Правила процедуре и доказивања²⁰ (на првом месту),

17 Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 117/2005, 72/2009, 111/2010 и 121/2012. Више: Драган Јовашевић, Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007. године.

18 Antonio Cassese, Paul Gaeta i John R.W.Jones, The Rome Statute of the International Criminal Court ; A Commentary, Oxford, 2002. године, стр. 1081-1103.

19 Vladimir Đuro Degan Republika Hrvatska i sukob u Bosni i Hercegovini u 1993. godini, Zbornik Pravnog fakulteta u Rijeci, Rijeka, broj 2/2002. године, стр. 433-462.

20 Правила поступка и доказивања имају супсидијарни карактер у погледу примене у односу на Римски статут. Њих је утврдила посебна комисија 30. јуна 2000. године на основу овлашћења из Римског Статута, а у границама Резолуције "Ф" која је усвојена у Коначном акту на Дипломатској конференцији у Риму јула 1998. године. Она ступају на снагу после усвајања двотрећинском већином чланова Скупштине држава чланица. Но, ова се правила могу мењати на предлог: 1) сваке државе чланице, 2) судија који морају да постигну апсолутну већину и 3) тужилаштва. Но, интересантно је да судије сталног Међународног кривичног суда могу да донесу и Привремена правила поступка и доказивања и то: 1) у хитном случају који се односи на одређену процесну или фактичну неопходност и 2) у случају постојања правне празнине у важећим правилима

2. међународни уговори, принципи²¹ и правила међународног права укључујући и утврђене принципе међународног права оружаних сукоба (али тек на другом месту и где је то погодно),

3. општи правни принципи²² које је овај Суд извео из националних закона правних система света, као и националних закона држава које би иначе имале надлежност над злочином под условом да ти принципи нису у колизији за одредбама овог Статута, међународним законима и међународно признатим нормама и стандардима (само у недостатку претходна два извора, дакле супсидијарно када нема других извора међународног кривичног права) и

4. правни принципи и правила интерпретирани у светлу ранијих одлука овог Суда (што значи ограничену суплементарну примену судске праксе овога Суда). У том случају примена и интерпретација права мора бити у складу са међународно признатим стандардима људских права без разлика у сродству, старости, раси, боји, језику, религији или веровању, политичком или другом опредељењу, националном или социјалном пореклу, богатству, рођењу или другом статусу.

Споредни извори права

Као други, помоћни или споредни извори међународног кривичног права сматрају се: а) правна наука (доктрина, јуриспруденција), б) судска пракса (прецедент) и в) обичаји.

1. Правна наука (доктрина)²³ је споредни извор међународног кривичног права будући да критички анализира постојећа решења како би их учинила ефикаснијим у непосредној судској примени. Резултати правне науке су садржани у бројним уџбеницима, књигама, монографијама, научним и стручним чланцима и рефератима који су поднети на међународним

Она се примењују све док на редовном или ванредном заседању Скупштине држава чланица не буду: 1) усвојена као званична, 2) измењена или 3) одбијена.

21 Принципи међународног права су принципи који су изведени из свих извора међународног права. Они прожимају целокупни систем међународног права и служе за одржавање целовитости и склада његовог система. Неке од ових принципа дефинисала је и сама Генерална скупштина ОУН нпр. у својој Декларацији о начелима међународног права о пријатељским односима и сарадњи држава у складу са Повељом ОУН из 1970. године.

22 Општи правни принципи су принципи који су излучени из унутрашњих права и праксе држава за које се сматра да су цивилизацијска тековина. Они морају бити признати у ширем кругу држава које припадају познатим правним системима.

23 Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, оп.цит. стр.41.

скуповима и конгресима. Правна наука је имала значајну улогу у ранијем периоду развоја међународног кривичног права, посебно у условима када правни поредак још увек није довољно изграђен и развијен. Данас је улога правне науке да анализира правне прописе који чине област међународног кривичног права. На тај начин наука разјашњава природу, карактер, садржину и значај различитих материјално правних и процесно правних института међународног кривичног права указујући на могуће слабости и недостатке постојећих решења и предлажући истовремено њихову измену или допуну како би била квалитетнија и ефикаснија у конкретним случајевима из праксе. У том смислу је посебан значај одговарајућих научних организација као што су: Институт за међународно право, Удружење за међународно право, Удружење за међународно кривично право, Међународно удружење за кривично право и др.

2. Када се ради о судској пракси²⁴ треба указати на чињеницу да се она у прво време после Другог светског рата јављала као извор међународног кривичног права. Наиме, принципи и правила успостављена у Нирнбершкој пресуди су кроз одлуку Генералне скупштине ОУН из децембра 1946. године проглашени за општеважећа начела међународног права, што значи да је тзв. нирнбершко право добило обавезујућу снагу. Коначно, Комисија за међународно право ОУН је ове принципе користила при изради нацрта Кодекса злочина против мира и безбедности човечанства²⁵.

3. Обичаји (обичајна правила – *ius non scriptum*)²⁶ су заправо најстарији извор међународног кривичног права познат још у старом и средњем веку. У ратовима који су вођени у том периоду зарађене земље су поштовале опште признате норме које су на тај начин стекле *opinio iuris* о њиховој обавезности. Тако су обичајна правила позната у прво време као неписани систем правила сталним понављањем у односима између појединих држава постала међународно призната и општеобавезујућа за зарађене стране. У 19. веку се потом приступило кодификовању тих обичајних правила на међународним конференцијама и тако настаје тзв. хашко и женевско право. Такође многа од обичајних правила постају постепено саставни део низа међународних уговора закључених између појединих држава. Обичајно правило²⁷ постоји ако се примењује на општи и конзистентан

24 Vladimir Đuro Degan, *Domašaj i autoritet predsedana u praksi međunarodnog suda*, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 3/1972. godine, str. 253-269.

25 Будимир Кошутинић, *Судска пракса као извор права*, Београд, 1973. године, стр.89-105.

26 J.M.Henckaerts, L.D.Beck, *Обичајно humanitarno право*, Cambridge, 2005. godine, str. 37-51.

27 У ранијој пракси кривичних судова (одмах после Другог светског рата) судови су позивајући се на обичајно право били уверени да примењују позитивно међународно кривично право. Они су обичајна правила у виду *opinio iuris* примењивали у поступцима

начин у пракси држава и ако ове при томе делују са свешћу о обавезности правила²⁸.

Постојање обичајних правила зависи од две компоненте. То је, прво, пракса једнообразног и доследног понављања у погледу понашања субјеката међународног права (објективна компонента). Основне форме кроз које може да се неко обичајно правило манифестује јесу: званичне објаве држава, одлуке међународних, али и националних судова, војни приручници, национално законодавство, званичне изјаве представника Међународног комитета Црвеног крста, резолуције међународних организација које су изгласане са великом подршком итд. И друго, то је субјективна компонента која се односи на свест држава приликом таквог понашања. Она обухвата уверење, свест код већине држава да се у одређеним међународним ситуацијама треба увек понашати на одређени "истоветан" начин. Та свест о обавезности понашања се означава максимом "*opinio iuris sive necessitatis*"²⁹.

О значају обичаја у међународном праву говори и схватање Међународног суда правде према коме: "Не само да акти о којима је реч представљају сталну праксу, већ својом природом или начином на који су предузимани треба да сведоче о томе да је реч о убеђењу да је ова пракса постала обавезна на основу правног правила. Нужност таквог убеђења тј. постојање субјективног елемента претпоставља се у самом појму *opinio iuris sive necessitatis*. Стога заинтересоване државе треба да се повинују нечему што одговара правној обавези. Нису довољни ни учесталост, ни уобичајеност таквих аката"³⁰. Поред тога и Статут хашког трибунала, Статут трибунала за Руанду, као и Римски статут предвиђају надлежност ових судских органа за утврђивање кривичне одговорности и кажњивости лица која су учинила кривична дела која се управо састоје у кршењу закона и "обичаја рата". То значи да се у овим случајевима ради о бланкетним диспозицијама

према пораженим лицима, али не и према својим грађанима. *Ad hoc* трибунали позивајући се на обичајна правила сматрају их позитивним правом и одабирају ставове и правна схватања из раније донетих судских пресуда они заправо само потврђују изнова унапред заузете ставове, односно одбацују их или просто игноришу. Оправдање за овакве ставове *ad hoc* трибунали су налазили у чињеници да њихови статuti и правила поступка и доказивања имају доста празнина, па су они сами себи доделили и улогу "законописца" сматрајући да својим пресудама могу да стварају међународно обичајно право.

28 J.M.Henckaerts, L.D.Beck, Обичајно међународно хуманитарно право, оп.цит. стр.33-38

29 Владимир Ђуро Деган, Берислав Павишић и Виолета Беширевић, Међународно и транснационално кривично право, Београд, 2011. године, стр.46-47.

30 Војин.Димитријевић, Обрад Рачић, Владимир Ђерић, Татјана Папић, Весна Петровић и Саша Обрадовић, Основи међународног јавног права, Београд, 2007. године, стр. 47-49.

међународних кривичних дела код којих је за утврђивање бића кривичног дела и употпуњавање садржине ове правне норме потребно консултовати и одговарајуће обичајне норме ратног права.

Међународни извори права

Међународни извори међународног кривичног права представљају правне акте у којима су садржане одређене кривичноправне норме. Две су врсте ових извора. То могу бити: а) акти органа међународне заједнице и б) уговори закључени између појединих држава. Они представљају формални извор. Но, поред њих се као извор међународног кривичног права јављају и "закони и обичаји рата" или "општи правни принципи признати од цивилизованог дела човечанства". Ови последњи су само посредни и споредни извори међународног кривичног права са ограниченим дејством. Наиме, њихова примена долази у обзир код одређивања неких спорних питања, споредног значаја, и то само ако међународни уговор или национални закон одређене државе укаже на њихову примену.

Дакле, основи извор међународног кривичног права који потиче из међународно правних аката јесу акти органа међународне заједнице и уговори закључени између појединих земаља. У првом случају разликују се две врсте ових извора. Прво, то могу бити³¹: а) акти универзалног карактера (резолуције, конвенције, споразуми, протоколи, пактови и др) када су донети у оквиру и под окриљем Организације уједињених нација или њених органа (нпр. Савета безбедности). О универзалним изворима међународног кривичног права било је раније речи у делу о развоју међународног кривичног права после Другог светског рата и б) акти регионалног карактера када су донети од појединих регионалних организација нпр. Савета Европе.

Међу регионалним изворима кривичног права који имају нарочити значај у Европи (па тиме и у нашој држави) од посебног су значаја следећи акти донети у оквиру Савета Европе³² од којих наводимо следеће: 1) Конвенција о заштити људских права и основних слобода из 1950.године, 2) Европска конвенција о екстрадицији из 1957.године, 3) Европска конвенција о међусобном пружању правне помоћи у кривичним стварима из 1959.

31 Драган Јовашевић и Љубинко Митровић, Појам, назив, предмет и правна природа међународног кривичног права, Безбедност, полиција, грађани, Бања Лука, број 2/2009. године, стр. 73-93.

32 Види: Савет Европе, Документи, Београд, 1996.године. Неке од наведених европских конвенција је Република Србија ратификовала од када оне представљају део унутрашњег правног поретка државе.

године, 4) Европска конвенција о надзору условно осуђених или условно ослобођених лица из 1964.године, 5) Европска конвенција о преносу поступака у кривичним стварима из 1972.године, 6) Европска конвенција о међународним последицама одузимања права на вожњу моторног возила из 1976.године, 7) Додатни протокол уз Европску конвенцију о пружању правне помоћи у кривичним стварима из 1978.године, 8) Додатни протоколи из Европску конвенцију о екстрадицији из 1975. и 1978. године, 9) Конвенција о трансферу осуђених лица из 1983.године, 10) Европска конвенција о спречавању мучења и нехуманих или понижавајућих казни или поступака из 1987.године, 11) Конвенција о прању новца, претресу, заплени и конфискацији имовинске користи прибављене кривичним делом из 1990.године и 12) Конвенција о заштити животне средине путем кривичног права из 1998. године итд.

Ови извори међународног кривичног права³³ садржани у међународно правним актима могу да се јаве као непосредни и посредни извор права. Непосредно, они се примењују у доба рата или оружаног сукоба. Тада од стране посебних међународних судских органа (привремених или *ad hoc* војних судова или трибунала или сталног међународног кривичног суда) долази до непосредне примене међународних кривичноправних норми у поступку утврђивања постојања кривичног дела, одговорности и кажњивости њихових учинилаца и изрицања, а потом и извршења кривичних санкција. Примери из недавне прошлости (Нирнбершка и Токијска пресуда и пресуде Хашког трибунала за бившу СФР Југославију и трибунала за Руанду) нам дају за право.

Посредно, ови извори међународног кривичног права долазе до примене само у случају када и ако их поједине државе потпишу и ратификују у националним парламентима, па тако добију снагу закона. У овом погледу, разликују се две врсте ових извора. Прва група међународно правних аката као посредних извора кривичног права јавља се у случају када домаће национално кривично законодавство пропише кривичну санкцију за међународно кривично дело чија су обележја одређена у појединим међународним правним актима (нпр. тако су одређена кривична дела: геноцид, ратни злочини, отмица ваздухолова, неовлашћена производња, држање и стављање у промет опојних дрога и др). Друга група ових међународно правних аката као посредних извора кривичног права јавља се у случају када домаћи законодавац преузима обавезу да одређена питања из области кривичног права уреди и регулише на начин прописан тим актима: нпр. питање екстрадиције и пружање међународне правне помоћи, мере за борбу против тероризма, прања новца, незастаривост кривичног гоњења за одређена међународна кривична дела итд.

33 Borislav Petrović i Dragan Jovašević, *Međunarodno krivično pravo*, op.cit.str., 111-114.

Други извор међународног кривичног права³⁴ јесу уговори закључени између појединих држава. Најчешће је предмет ових уговора пружање међународне кривичноправне помоћи, екстрадиција, уступање кривичног гоњења другој држави, извршење страних судских одлука и др. Ове уговоре закључује орган управе (министарство) надлежан за иностране послове. Они најчешће подлежу ратификацији од стране националног парламента. Постоји више врста ових уговора, па се тако разликују: а) билатерални уговори (закључени између две државе), б) регионални (закључени између држава одређеног региона) и в) мултилатерални (закључени од стране великог броја држава или свих држава).

Национални извори права

Будући да је у кривичном праву³⁵ (па и међународном кривичном праву) један од основних принципа - принцип законитости или легалитета, то се закон сматра као основни извор ове гране права. То значи да подзаконски акти ниже снаге од закона не могу бити формални извор међународног кривичног права (сем евентуално када се ради о бланкетној диспозицији у ком случају се за употпуњавање садржине бланкетног бића кривичног дела користе подзаконски прописи). У оквиру закона као основног и непосредног извора међународног кривичног права у обзир долазе закони, како материјалног, тако и процесног карактера. Наиме, као непосредни извор у области материјалног кривичног права јавља се у Републици Србији Кривични законик³⁶ донет 2005. године. Овај законик прописује одређена међународна кривична дела.

При томе се разликују две врсте норми којима се одређују међународна кривична дела. Прву врсту норми чине оне које одређују појам, елементе и карактеристике међународних кривичних дела у ужем смислу. То су заправо кривична дела која су прописана у глави тридесет четвртој Кривичног законика под називом: "Кривична дела против човечности и других добара заштићених међународним правом". Ради се о кривичним делима која су инкриминисана на бази кршења норми међународног ратног и хуманитарног права. Другу врсту норми чине оне које одређују поједина међународна кривична дела у ширем смислу. Она су прописана у више група кривичних дела. И ова су кривична дела у националном законодавству Републике Србије инкриминисана на основу обавеза које је

34 Драган Јовашевић, Међународно кривично право, Ниш, 2011. године, стр. 123-125.

35 Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, оп.цит. стр. 39-42

36 Службени гласник Републике Србије број 85/2005, 88/2005, 107/2005, 72/2009, 111/2009 и 121/2012.

држава преузела потписивањем и ратификовањем одређених међународно правних аката из ове области (хашке, монтреалске, бечке или неке друге конвенције)³⁷.

Распрострањеност репресивне власти државе

Репресивна власт државе је овлашћење државе (субјективно право државе) да одређено противправно понашање појединца или групе лица предвиди као кривично дело и да на њега реагује применом кривичне санкције³⁸. Тиме се, заправо, одређују границе простирања репресивне власти државе на одеђеној територији. То другим речима значи да репресивна власт одређује дomete и границе примене кривичног законодавства једне државе у односу на одређену територију и у односу на одређена лица као учиниоце кривичних дела. Она се често везује са појмом просторно важења кривичног законодавства³⁹. Како и друге државе на исти начин схватају појам, елементе, карактеристике и границе репресивне власти, то и оне у свом националном кривичном законодавству одређена понашања појединаца предвиђају као кривична дела прописивањем кривичних санкција за њихове учиниоце⁴⁰. Дакле, свака репресивна власт државе је ограничена истом влашћу друге државе. То значи да се границе репресивне власти могу протезати само на оне случајеве (дакле учињена кривична дела) и на оне учиниоце таквих дела који се налазе у одређеној вези (односу) са одређеном државом. Најчешће се репресивна власт државе простира на лица која на њеној територији учине кривично дело које је предвиђено њеним кривичним законодавством⁴¹.

Закони су израз државног суверенитета, па се примењују на подручју државе која их је и донела. То значи да се наш Кривични законик примењује на сва лица која учине кривично дело на територији наше државе. Али под одређеним условима наше кривично законодавство се може применити и на кривична дела која су учињена у иностранству. Просторно важење кривичног закона означава примену Кривичног законика Републике Србије зависно од тога да ли је кривично дело извршено у нашој држави или у иностранству⁴². Оно даје одговор на питање у којим

37 Драган Јовашевић, Лексикон кривичног права, Београд, 2011. године, стр.156-157.

38 Драго Радуловић, Међународно кривично право, Подгорица, 1999. године, стр. 57-59.

39 Oppenheim's, International Law, Introduction and Part I, London, 1992. године, стр. 456.

40 Borislav Petrović i Dragan Jovašević, Međunarodno krivično pravo, op.cit.str., 118-119.

41 Bogdan Zlatarić, Međunarodno krivično pravo, Zagreb, 1977. године, стр. 73-77.

42 Проблеми везани за просторно важење кривичног закона се ретко јављају у судској пракси: кривично гоњење у нашој држави није искључено када је нашем држављанину у

случајевима ће се на учиниоца кривичног дела применити наше кривично законодавство зависно од места где је дело извршено. Питање просторног важења кривичног законодавства је правно и политичко питање јер се одређивањем дмета важења кривичног законодавства једне државе одређују и границе простирања њеног права кажњавања (*ius puniendi*), односно границе државне власти у домену кажњавања. Стога оно има и међународни карактер, јер се поставља питање кажњавања не само домаћих, већ и страних држављана, кажњавање за дела која су учињена у нашој држави или у иностранству. Одређивање просторног важења кривичног законодавства, заправо, одређује дејство нашег кривичног законодавства према кривичном законодавству других држава.

Принципи просторног важења кривичног законика Србије

Питање просторног важења кривичног законодавства основни је принцип да сваки кривични закон (законик) важи на територији државе која га је и донела, па тако судови примењују само законе своје државе. Међутим, поред овог општег правила у извесним случајевима постоје изузеци према којима судови једне државе примењују у конкретном случају и законодавство друге државе. У циљу одређивања просторног важења кривичног законодавства разликује се више принципа⁴³. То су: а) територијални, б) персонални, в) реални и г) универзални принцип⁴⁴.

Територијални принцип је основни принцип просторног важења кривичног законодавства јер свој основ налази у суверености државе над својим подручјем. Према овом принципу кривично законодавство Републике Србије (које према члану 112. став 2. обухвата одредбе Кривичног законика

кривичном поступку пред иностраним судом правноснажно изречена мера безбедности лечења и чувања у здравственој установи (пресуда Врховног суда Србије Кж. 962/80); за кривично гоњење у нашој држави нашег држављанина када у иностранству учини кривично дело треба прво проверити да ли је то кривично дело кажњиво по закону државе где је дело учињено, па ако није, гоњење се може предузети само по одобрењу савезног јавног тужиоца за дела предвиђена у савезном закону, односно републичког јавног тужиоца за остала кривична дела (решење Врховног суда Србије Кж. 1062/85); за кривично дело за које је запређена казна затвора до 15 година може се уступити спис ради кривичног гоњења и суђења странцу који је дело извршио на територији наше државе држави чији је држављанин ако се томе оштећени који је наш држављанин и страна држава не противе (решење Окружног суда у Београду Кж. 1550/92).

43 Borislav Petrović, Problem prostornog važenja novog Krivičnog zakona Federacije Bosne i Hercegovine, Zbornik radova, Državnost Bosne i Hercegovine i Dejtonski mirovni sporazum, Sarajevo, 1998. godine, str. 203-210.

44 Владимир Ђуро Деган, Берислав Павишић и Вилета Беширевић, Међународно и транснационално кривично право, оп.цит. стр.107-121.

и кривичноправне одредбе које су садржане у другим законима Републике Србије) се примењује у следећим случајевима (члан 6. КЗ РС): а) за свако лице које на територији Републике Србије учини кривично дело. А под овом територијом у смислу члана 112. став 1. КЗ РС се подразумева сувоземна територија, водене површине унутар њених граница и ваздушни простор над њима, б) за свако лице које учини кривично дело на домаћем броду без обзира где се брод налазио у време извршења дела и в) за свако лице које учини кривично дело у домаћем цивилном ваздухоплову док је у лету или у домаћем војном ваздухоплову без обзира где се ваздухоплов налазио у време извршења кривичног дела. Ако је у овим случајевима у иностранству држави покренут или довршен кривични поступак, кривично гоњење у Републици Србији се предузима само по одобрењу републичког јавног тужиоца. У овим случајевима се кривично гоњење странца као учиниоца кривичног дела може под условом узјамности уступити иностранству држави.

Персонални принцип је допунски принцип просторног важења кривичног законодавства (члан 8. КЗ РС) према коме наше кривично законодавство важи за држављанина Србије или лице које је постало држављанин Србије пошто је учинило кривично дело када у иностранству учини кривично дело ако се затекне на територији Републике Србије или буде изручен Србији. Дакле, према овом принципу кривични закон наше државе се примењује на њене држављане када они учине кривично дело у иностранству. Персонални принцип може да се јави као⁴⁵: а) пасивни - када се кривични закон једне државе примењује на њене држављане само када су извршењем кривичног дела у иностранству повредили њено добро или добро њеног грађанина и б) активни - када се кривични закон једне државе примењује на њене држављане када је кривичним делом извршеним у иностранству повређено било чије правно добро.

Наш Кривични законик познаје активни персонални принцип будући да се наш држављанин не може изручити страним судским органима ради суђења за извршено кривично дело на њеној територији, а принцип правичности налаже да сваки учинилац буде осуђен за извршено кривично дело без обзира где је дело учињено. Кажњавање по основу персоналног принципа условљено је постојањем идентитета норме (принцип двоструке кажњивости), односно потребно је да учињено дело представља кривично дело по закону наше, и по закону стране државе. Уколико то није случај, тада се кривично гоњење таквог лица у нашој држави може предузети само по одобрењу републичког јавног тужиоца. Но, у члану 10. КЗ РС предвиђена су одступања од примене персоналног принципа према којима се кривично гоњење неће предузети у следећим случајевима: а)

45 Драган Јовашевић, Кривично право, Општи део, оп.цит.,стр. 78-81.

ако је учинилац потпуно издржао казну на коју је у иностранству осуђен, б) ако је учинилац у иностранству правноснажно ослобођен или му је казна застарела или опроштена, в) ако је према неурачунљивом учиниоцу у иностранству извршена одговарајућа мера безбедности и г) ако је за кривично дело по страном закону за кривично гоњење потребан захтев оштећеног, а такав захтев није поднет.

Реални (заштитни) принцип је други допунски принцип просторног важења кривичног законодавства према коме наше кривично законодавство важи у следећим случајевима: а) за сваког ко у иностранству учини кривично дело против уставног уређења и безбедности Републике Србије (осим дела из члана 317. КЗ РС – изазивање националне, расне и верске мржње и нетрпељивости) и фалсификовање новца ако се односи на домаћи новац (члан 7. КЗ РС) и б) за странца који ван територије Републике Србије учини према њој или њеном држављанину кривично дело и када нису у питању напред наведена кривична дела предвиђена у групи дела против уставног уређења и безбедности Републике Србије или дело фалсификовања новца ако се затекне на територији Републике Србије или буде изручен Србији (члан 9. став 1. КЗ РС). Дакле, применом овог принципа кривични закон једне државе се примењује на свако лице које у иностранству учини кривично дело против њених правних добара без обзира где је дело учињено и без обзира чији је оно држављанин.

Универзални принцип (принцип апсолутне екстериторијалности) је такође допунски принци просторног важења кривичног законодавства (члан 9. став 2. КЗ РС) према коме наше кривично законодавство важи за странца који према страном држави или према странцу учини у иностранству кривично дело за које се по закону државе у којој је учињено може изрећи казна затвора од пет година или тежа казна ако се затекне на територији Републике Србије, а не буде изручен страном држави. Ако овим закоником није другачије одређено, суд у таквом случају не може изрећи тежу казну од оне која је прописана законом државе у којој је то дело учињено. Но, у члану 10. КЗ РС предвиђена су одступања од примене овог принципа према којима се кривично гоњење неће предузети у следећим случајевима: а) ако је учинилац потпуно издржао казну на коју је у иностранству осуђен, б) ако је учинилац у иностранству правноснажно ослобођен или му је казна застарела или опроштена, в) ако је према неурачунљивом учиниоцу у иностранству извршена одговарајућа мера безбедности и г) ако је за кривично дело по страном закону за кривично гоњење потребан захтев оштећеног, а такав захтев није поднет.

Према томе, да би дошло до примене универзалног принципа, потребно је да се извршено дело може квалификовати као кривично дело и по закону државе где је учињено и по нашем закону, при чему је потребно да је за то дело у страном закону предвиђена тежа казна од пет година затвора. У погледу изрицања казне наш суд је везан прописаном казном у закону државе где је дело извршено. Ако се ради о делу које је у време када је извршено сматрано кривичним делом према општим правним начелима која су призната у међународном праву, кривично гоњење се може предузети у Србији само по одобрењу републичког јавног тужиоца без обзира на закон државе у којој је кривично дело учињено (члан 10. став 3. КЗ РС). Овај принцип може да буде примењен у случају извршења тежих кривичних дела на тзв. ничијим територијама: на атолским (коралним) или вулканским острвима у океанима која нису у власти ниједне земље, на спорним територијама или територијама под суверенитетом ОУН, на гусарским или пиратским бродовима ако су таква дела извршена од лица без држављанства или лица са више држављанстава.

Притвор, свако друго лишење слободе у вези са кривичним делом, лишење слободе у току поступка изручења, као и казна коју је учинилац издржао по пресуди иностраног или међународног кривичног суда, обавезно се урачунава у казну коју изрекне домаћи суд за исто кривично дело, а ако казне нису исте врсте, тада се урачунавање врши по оцени суда.

Екстрадиција

Екстрадиција⁴⁶ (изручење) је акт међународне правне помоћи који се састоји у издавању учиниоца кривичног дела од стране једне државе другој држави у циљу вођења кривичног поступка и изрицања, односно извршења казне за учињено кривично дело. Она омогућава остварење територијалног принципа просторног важења кривичног законодавства у случајевима када учинилац напусти државу после извршења кривичног дела одласком у иностранство са циљем да избегне суђење и кажњавање или да избегне извршење казне после изречене правноснажне пресуде. У оваквом случају држава, у коју се учинилац кривичног дела склонио (умољена држава) пружа правну помоћ држави на чијој је територији извршено кривично дело (држава молиља) тиме што лишава слободе и предаје јој учиниоца дела ради суђења и кажњавања или ради извршења изречене казне.

46 Зоран Верушевски, Екстрадицијата како меѓународно правен институт во попречувањето на криминалитето, Безбедност, Скопје, број 2/1991. године, стр. 146-161.

Према извору се разликују две врсте екстрадиције: а) уговорна и б) законска. Према дејству се разликује следећи видови екстрадиције: а) активна и б) пасивна.

Активна екстрадиција постоји када домаћа држава тражи изручење учиниоца кривичног дела од стране државе. Пасивна екстрадиција постоји када издавање учиниоца кривичног дела тражи страна држава од домаће државе. Уговорна екстрадиција се врши на основу закљученог формалног уговора између држава или на основу декларације о реципроцитету. Уговор о екстрадицији може да буде: а) билатерални - када се закључује између две заинтересоване државе, б) регионални - када се закључује између више држава одређеног региона или ширег подручја и в) мултилатерални - када се закључује између свих држава или већег броја држава. Овај уговор закључује министарство спољних послова и он подлеже ратификацији од стране Народне скупштине чиме добија снагу закона (специјалног закона), а тиме и примат над законском екстрадицијом. У уговору о екстрадицији се одређују кривична дела за која ће се вршити екстрадиција на следеће начине⁴⁷: а) методом енумерације - набрајањем кривичних дела за које ће се вршити екстрадиција, б) методом елиминације - набрајањем кривичних дела за која се неће вршити екстрадиција и в) методом опште клаузуле - одређивањем најблаже врсте и најмањег износа казне за кривична дела за која ће се вршити екстрадиција.

Декларација о реципроцитету је формални споразум којим се државе обавезују да убудуће врше екстрадицију учинилаца одређених кривичних дела. Она се примењује у случају када између заинтересованих држава не постоји формални уговор о екстрадицији. Но, екстрадиција се може вршити и на бази фактичког реципроцитета када се између држава врши издавање учинилаца кривичних дела без формалног споразума, дакле фактички⁴⁸.

Законска екстрадиција се одређује одредбама процесног законодавства и то одредбама Закона о међународној правној помоћи у кривичним стварима⁴⁹. Овај закон уређује поступак пружања међународне правне помоћи која обухвата: а) изручење окривљеног или осуђеног, б) преузимање и уступање кривичног гоњења, в) извршење кривичне пресуде и г) остале

47 Davor Krapac, Međunarodna krivičnopravna pomoć, Zbornik Pravnog fakulteta u Zagrebu, Zagreb, broj 5-6/1985.godine, str. 709-715.

48 Јован Павлица, Екстрадиција, Правни живот, Београд, број 10/1983. године, стр. 708-711.

49 Службени гласник Републике Србије број 20/2009. Овим су престале да важе одредбе чл. 530-538. Законика о кривичном поступку из 2001. године.

облике међународне правне помоћи⁵⁰. У члану 7. овог закона су набројане претпоставке за пружање међународне правне помоћи: а) да кривично дело поводом кога се захтева пружање међународне правне помоћи представља кривично дело по закону Републике Србије, б) да за исто кривично дело није правноснажно окончан поступак пред домаћим судом, односно да кривична санкција није у потпуности извршена, в) да кривично гоњење, односно извршење кривичне санкције није искључено због застарелости, амнестије или помиловања (при чему се изузетно ова помоћ пружа поводом кривичног дела против међународног хуманитарног права за које не наступа застарелост), г) да се захтев за пружање међународне правне помоћи не односи на политичко кривично дело или дело повезано са политичким кривичним делом, односно на кривично дело које се састоји искључиво у повреди војних дужности и д) да пружање међународне правне помоћи не би повредило суверенитет, безбедност, јавни поредак или друге интересе од суштинског значаја за Републику Србију.

Поред наведених претпоставки, за изручење окривљеног или осуђеног лица иностраној држави потребно је испуњење и услова предвиђених у члану 16. овог закона⁵¹: а) да лице чије се изручење тражи није држављанин Републике Србије, б) да дело поводом кога се захтева изручење није извршено на територији Републике Србије, против ње или њеног држављанина, в) да се против истог лица у Републици Србији не води кривични поступак због кривичног дела поводом кога се захтева изручење, г) да по домаћем закону постоје услови за понављање кривичног поступка за кривично дело поводом којег се захтева изручење лица против кога је правноснажно окончан поступак пред домаћим судом, д) да је утврђена истоветност лица чије се изручење захтева, ђ) да има довољно доказа за основану сумњу, односно да постоји правноснажна судска одлука да је лице чије се изручење тражи учинило кривично дело поводом којег се захтева изручење, е) да држава молила да гаранције да ће у случају осуде у одсуству поступак бити поновљен у присуству изрученог лица и ж) да држава молила да гаранције да смртна казна која је прописана за кривично дело поводом којег се захтева изручење неће бити изречена, односно извршена⁵².

50 Владан Василијевић, Поставке за проучавање развоја међународне кривичноправне помоћи, Југословенска ревија за криминологију и кривично право, Београд, број 1-2/1984. године, стр. 11-18.

51 Загорка Јекић Симић, Екстрадиција у југословенском праву, Правни живот, Београд, број 10/1983. године, стр. 1067-1071.

52 Borislav Petrović i Dragan Jovašević, Međunarodno krivično pravo, op.cit., str. 128-129.

У вези са изручењем окривљених или осуђених лица странај држави су од значаја и два принципа. То су: а) принцип специјалитета и б) принцип стицаја замолница. Према принципу специјалитета⁵³ (члан 14. Закона) ако изручење неког лица буде дозвољено другој држави, то лице не може бити кривично гоњено, подвргнуто извршењу кривичне санкције или изручено трећој држави за кривично дело које је извршено пре изручења, а које није било предмет изручења, осим у следећим случајевима: а) ако се изручено лице одрекло ових гаранција и б) ако изручено лице, иако је имало могућности, није напустило територију државе којој је изручено у року од 45 дана од дана условног отпуста или извршене кривичне санкције или ако се вратило на територију те државе. Стицај замолница (члан 17. Закона) постоји у случају ако изручење истог лица истовремено тражи више држава молиља због истог или различитих кривичних дела. Тада се одлука о изручењу доноси узимањем у обзир околности конкретног случаја, а нарочито⁵⁴: а) територије на којој је кривично дело извршено, б) тежине кривичног дела, в) редоследа подношења захтева, г) држављанства лица чије се изручење захтева и д) могућности изручења трећој држави.

Закључак

Иако има дуг историјски развој од најстаријих периода у развоју људске историје, међународно кривично право је коначно инаугурисано тек почетком 21. века. Томе је допринео дуг и свестран развој правне науке, различитих обичајних правила о вођењу рата као и низ, у првом реду, међународних докумената регионалног (Савет Европе, Европска унија) и универзалног /Уједињене нације) карактера . Тако је данас створена најмлађа грана казненог права која одређује систем међународних кривичних дела и систем кривичних санкција за њихове учиниоце.

Два су основна извора ове гране казненог права. То су прво, међународни документи који су настали као резултат напора међународне заједнице да уреди правила за вођење и окончање рата, те да заштити одређене, нарочито осетљиве групе. Друго, то су домаћи, национални извори који су специфични за сваку поједину државу, а који су систематизовани у материјално и процесно кривично законодавство. Ови извори права су у првом реду непосредно примењиви. Но, поред њих, постоји и низ посредних

53 Обрад Цвијовић, Међународна кривичноправна помоћ у пракси редовних судова и јавних тужилаштава, Југословенска ревија за међународно право, Београд, број 1-3/1981. године, стр. 221-231.

54 Borislav Petrović i Dragan Jovašević, Krivično (kazнено) право Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005. godine, str. 48-50.

извора ове гране права који своју примењивост налазе тек и када на њих упуте одредбе непосредно примењивих правних норми.

За примену међународног кривичног права од значаја су и два са њим повезана института. То су, прво, границе репресивне власти државе којима се одређују домети и границе примене домаћег, националног кривичног законодавства. И, друго, то је систем прописа којима се уређује екстрадиција као акт међународне правне помоћи у чијој се основи налазе норме међународног права, али свака држава зависно од схватања и домета своје суверености одређује домете примене екстрадиције.

Литература

- Бартош, М., Међународно јавно право, Београд, 1954.
- Димитријевић, В., Рачић, О., Ђерић, В., Папић, Т., Петровић, В., Обрадовић, С., Основи међународног јавног права, Београд, 2007.
- Ђурђић, В., Јовашевић, Д., Међународно кривично право, Београд, 2003.
- Ђуро Деган, V., Pavišić, B., Međunarodno kazneno pravo, Zagreb, 2005.
- Ђуро Деган, В., Павишић, Б., Беширевић, В., Међународно и транснационално кривично право, Београд, 2011.
- Zlatarić, B., Međunarodno krivično pravo, Zagreb, 1977.
- Јовашевић, Д., Кривични законик Републике Србије са уводним коментаром, Београд, 2007.
- Јовашевић, Д., Кривично право, Општи део, Београд, 2010.
- Јовашевић, Д., Међународна кривична дела – одговорност и кажњивост, Ниш, 2010.
- Јовашевић, Д., Међународно кривично право, Ниш, 2011.
- Јовашевић, Д., Лексикон кривичног права, Београд, 2011.
- Кошутић, Б., Судска пракса као извор права, Београд, 1973.
- Neave, A., Nuremberg: особно свједочанство о суђењу главним нацистичким ратним злочинцима 1945-1946., Загреб, 1980.
- Oppenheim's, International Law, Introduction and Part I, London, 1992.
- Petrović, B., Jovašević, D., Krivično (kazneno) pravo Bosne i Hercegovine, Opći dio, Sarajevo, 2005.
- Petrović, B., Jovašević, D., Međunarodno krivično pravo, Sarajevo, 2010.
- Радуловић, Д., Међународно кривично право, Подгорица, 1999.

Савет Европе, Документи, Београд, 1996.

Henckaerts, J.M., Beck, L.D., *Обицајно humanitarno pravo*, Cambridge, 2005.

Cassese, A., Gaeta, P., Jones, J.R.W., *The Rome Statute of the International Criminal Court ; A Commentary*, Oxford, 2002.

Cassese, A., *Међународно krivično pravo*, Beograd, 2005.

Crnić Grotić, V., *Pravo међународних ugovora*, Rijeka, 2002.

Prof. dr Dragan Jovašević, LL.D.

Faculty of Law, University of Niš

SOURCES OF INTERNATIONAL CRIMINAL LAW

Summary

With the entry into force of the Rome Statute of the International Criminal Court on 1st of July 2002., a new branch of criminal law finally grew – international criminal law. It is a system of legal rules contained, first of all, in the international acts of universal and regional character which define international criminal acts, which violate the norms of the international law of war and humanitarian law and criminal sanctions for these perpetrators. In this paper author has analysed by law theory of international sources and rules of criminal codes of Republic of Serbia as sources of international criminal law and elementary of extradition law.

Key words: *international law, sources, international documents, criminal code, extradition*

Др Љубица Николић,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Др Александар Мојашевић,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 336.748

ФЛУКТУИРАЈУЋИ НАСУПРОТ ФИКСНОМ ДЕВИЗНОМ КУРСУ¹

Апстракт: У овом раду објашњавамо два начина формирања девизног курса, флукутирајући и фиксни, као и предности и недостатке сваког од њих. Крајем прошлог века, дошло је до слома режима фиксних девизних курсева, када је већина економиста заговарала прелазак на флукутирајући девизни курс, што је и прихваћено у већини земаља. Међутим, после неколико деценија доминације флукутирајућих курсева, а због великих осцијација курсева, последњих година поново се отварају дискусије у вези са политиком формирања девизног курса. Како и флукутирајући и фиксни девизни курс имају своје предности и недостатке, у пракси су коришћени неки хибридни режими, који комбинују карактеристике оба режима. Анализом аргумената за и против сваког од режима девизних курсева, дајемо своје виђење оправданости примене једног од могућих алтернативних режима девизних курсева.

Кључне речи: флукутирајући девизни курс, фиксни девизни курс, предности и недостаци.

Уводна разматрања

Иако је флукутирајући (флексибилни, пливајући) девизни курс тренутно заступљенији начин формирања девизног курса за већину светских валута, дилеме у вези са политиком формирања девизног курса још увек заокупљају стручну јавност. У последње време и неки домаћи економисти и политичари отварају питање оправданости флукутирајућег девизног курса код нас. Они истичу неке од предности фиксног начина формирања

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

девизног курса, као и могућност његове поновне примене код нас, иако се овај начин формирања девизног курса у нашој недавној прошлости није показао оправданим. У суштини постоје аргументи за и против, како флукутирајућег тако и фиксног девизног курса, мада на први поглед, с обзиром на заступљеност, можемо запазити већу склоност земаља ка флукутирајућем девизном курсу. Наравно, политику формирања девизног курса, морамо посматрати и кроз призму стања сваке националне економије. Интензитет аргумената за и против флексибилног или фиксног девизног курса у многеме зависи од земље у којима се они анализирају.

У овом раду указујемо на значај номиналног и реалног девизног курса, објашњавамо два начина формирања девизног курса (флукутирајући и фиксни), као и предности и недостатке сваког од њих. Постоје и комбиновани системи у којима се у различитом степену комбинују карактеристике флексибилних и фиксних девизних курсева. Тако, рецимо, могући су фиксни девизни курсеви код којих су у одређеним интервалима, или до одређеног степена, могуће флукутације, или пак контролисани (управљани, мешовити) флукутирајући курсеви.

Историјски посматрано, почетком 70-тих година прошлог века, дошло је до слома режима фиксних девизних курсева, када је већина економиста заговарала прелазак на флексибилан девизни курс, што је и прихваћено у већини земаља. Међутим, после неколико деценија доминације флукутирајућег девизног курса, а због великих флукутација девизних курсева, последњих година поново се отварају дискусије у вези са политиком формирања девизног курса. Стиче се утисак да су брзо заборављени недостаци фиксног девизног курса, кога се економска пракса одрекла као неефикасног, а данас због несавршености флукутирајућег курса поново почиње идеализација фиксног девизног курса. Пословном свету, наравно, одговара фиксни девизни курс, или флукутирајући са малим осцилацијама. Са друге стране, административна контрола девизног курса показала се неефикасном, с обзиром на то да се, пре или касније, сваки ниво дефинисаног фиксног девизног курса показао неодрживим. То се догодило и у нашој недавној прошлости, када се ниво дефинисаног фиксног девизног курса показао нереалним, што је довело до формирања паралелног „црног“ девизног тржишта, на коме је обављана већина трансакција иностраним валутама, по знатно вишем курсу од оног формираног од државе.

Појам номиналног и реалног девизног курса

За обављање међународних трансакција, посебно значајна варијабла јесте девизни курс. Можемо разликовати номинални и реални девизни курс.²

Номинални девизни курс представља однос, по коме се може заменити новац (валута) једне земље, за новац друге земље. На пример, у банци можемо видети листу девизног курса, где, рецимо, 110 динара вреди као 1 евро. У ствари, банка прави незнатну разлику између цене за куповину и продају евра, и ова разлика обезбеђује банци провизију за услугу. С циљем поједностављивања анализе, занемарићемо разлику између куповног и продајног девизног курса. Девизни курс може бити изражен на два начина. Ако је девизни курс 110 динара, за 1 евро, то је такође $1/110$ (= 0,0091) евра за један динар.

Ако се девизни курс мења тако, да је мање динара потребно за куповину јединице страног новца, ова промена назива се *ап्रेसијацијом* (повећање вредности) динара. Када нека валута апресира, каже се да је *ојачала*, зато што је тада потребно мање те валуте за куповину јединице стране валуте. Ако се девизни курс промени тако, да је више динара потребно за куповину јединице страног новца, ова промена назива се *депресијацијом* (пад вредности) динара. Када нека валута депресира, каже се да је *ослабила*, јер је више те валуте потребно за куповину јединице стране валуте. Уколико се вредност домаће валуте смањи, у односу на иностране валуте, *одлуком државе*, таква појава назива се *девалвацијом*.

Реални девизни курс представља однос, по коме се могу заменити робе и услуге једне земље, за робе и услуге друге земље. На пример, претпоставимо да је врећица немачког детерџента дупло скупља, него врећица домаћег детерџента. У овом случају, реални девизни курс је 1 врећица домаћег детерџента према $1/2$ врећице немачког детерџента. Дакле, реални девизни курс изражавамо као однос јединице домаће робе према јединицама стране робе. Док смо номинални девизни курс представили као однос динара и страног новца, реални девизни курс представили смо као однос домаће робе према страном роби.³

Реални и номинални девизни курс у блиској су вези. Претпоставимо да се у Србији домаћи детерџент продаје за 110 динара, а да Немци продају свој детерџент за 2 евра. Ако је номинални девизни курс 110 динара за 1 евро, онда 1 динар вреди 0,0091 евра ($1/110$). Цена од 110 динара, за домаћи

2 Видети: Љ. Николић, *Основи економије*, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2011, стр. 370-373.

3 Видети: J. Bradford DeLong, *Macroeconomics*, McGraw-Hill, Nex York, 2002, стр. 20-34.

детерцент, еквивалентна је цени од 1 евра (0,0091 X 110). Домаћи детерцент упола је јефтинији од немачког детерцента. Реални девизни курс износи 1 јединицу домаћег, за ½ јединице немачког детерцента. Можемо приказати овај обрачун реалног девизног курса, у виду следеће формуле:

$$\text{Реални девизни курс} = \frac{\text{Номинални девизни курс} \times \text{Домаће цене}}{\text{Стране цене}}$$

У претходном примеру:

$$\begin{aligned} \text{Реални девизни курс} &= \frac{(0,0091 \text{ евра за } 1 \text{ динар}) \times 110 \text{ динара (домаћи детерцент)}}{2 \text{ евра (немачки детерцент)}} \\ &= \frac{1 \text{ евро за јединицу домаћег детерцента}}{2 \text{ евра за јединицу страног детерцента}} \\ &= \frac{1}{2} \text{ јединице немачког детерцента за јединицу домаћег} \\ &\quad \text{детерцента} \end{aligned}$$

Дакле, реални девизни курс зависи од номиналног девизног курса, и цена роба у двема земљама, обрачунатих у локалним валутама. Реални девизни курс утиче на извоз и увоз земље. Када купци одлучују да ли да купе српски или немачки детерцент, они најпре гледају који је јефтинији. Реални девизни курс даје одговор.

Када проучавају привреду као целину, макроекономисти се фокусирају на укупне цене, радије него на цене појединачних роба. У израчунавању реалног девизног курса, они користе индексе цена, као што је индекс потрошачке цене, који мери цену потрошачке корпе роба и услуга. Употребом индекса цене, за домаћу потрошачку корпу (Ц), индекса цене за страну потрошачку корпу (Ц*), и номиналног девизног курса између динара и страног новца (д), може се обрачунати општи реални девизни курс, између наше земље и других земаља, на следећи начин:

Реални девизни курс = (д x Ц) / Ц*

Реални девизни курс земље утиче на њен нето извоз роба и услуга. *Пад реалног девизног курса*, значи да су домаће робе постале *јефтиније*, у односу на стране робе. Ова промена подстиче потрошаче, и домаће, и у иностранству, да купују више српске робе, а мање робе из других земаља. Као резултат тога, српски извоз расте, а увоз пада, и обе ове промене повећавају српски нето извоз. У нашем примеру са детерцентом, реални девизни курс пада када, рецимо, немачки произвођач повиси цену са 2 на 4 евра, и тада је реални девизни курс 1/4, односно наспрам куповине јединице српског детерцента стоји само 1/4 јединице немачког детерцента. Супротно томе, *повећање реалног девизног курса*, значи да српске робе постају *скупље*, у односу на стране робе, тако да српски нето извоз пада (смањује се извоз, а повећава увоз).

Начин утврђивања девизног курса

У већини земаља, на основу односа понуде и тражње страних валута, формира се девизни курс на девизном тржишту. Међутим, слободно формирање девизног курса многе земље ограничавају одређеним инструментима и мерама. У суштини, према начину формирања, можемо разликовати фиксни и флукутирајући (пливајући) девизни курс.⁴

Фиксни девизни курс, код нас одређује Влада, на предлог Народне банке. Овакав начин утврђивања девизног курса, код нас је коришћен више пута, а користиле су га и друге земље. Када се одреди фиксни девизни курс, по овом курсу купују се и продају стране валуте на тржишту, а тренутна понуда и тражња страних валута нема утицаја на формирање девизног курса.

Када Народна банка купује стране валуте на тржишту, по фиксном курсу, она то чини за динаре из примарне емисије. Тиме се повећавају девизне резерве земље, али се истовремено повећава и маса динара у оптицају. С друге стране, продајом девиза од Народне банке, смањују се девизне резерве, али се смањује и количина динара у оптицају, јер лица која купују стране валуте то чине за динаре, који из промета иду у руке Народне банке. Уколико се појави вишак девиза на тржишту, њих откупљује Народна банка, али она мора и понудити девизе, када је тражња већа од понуде.

Ако је фиксни девизни курс прениско одређен (ако је мање динара потребно за куповину стране валуте), тражња страних валута биће већа од понуде. Тада би Народна банка требало да понуди стране валуте из својих

4 Видети: Љ. Николић, *op.cit.*, 2011, стр. 373-374.

девизних резерви, и то ће чинити док девизне резерве не буду смањене до доње прописане границе (обично вредност тромесечног увоза роба). С обзиром на то да више не може нудити стране валуте из девизних резерви, које су пале на минимум, Народној банци остају две солуције. Она ће извршити *девалвацију* динара, односно смањиће вредност динара, у односу на страну валуту, или ће ограничити слободну продају страних валута.

Флукутирајући девизни курс формира се свакодневно, на основу тренутног стања понуде и тражње страних валута. Својом интервенцијом на девизном тржишту, централна банка може утицати на висину девизног курса. Ако је понуда страних валута мања од тражње, доћи ће до скока цене девиза (динар депресира). Централна банка, уколико жели то да спречи, повећаће понуду страних валута, из девизних резерви, и тиме одржати девизни курс на претходном нивоу. У супротном, ако се јави већа понуда страних валута од тражње, пада цена страних валута (динар апресира). Ако то централној банци не одговара, она може откупити сав вишак страних валута, новцем из примарне емисије. Када централна банка интервенише на девизном тржишту, и утиче на формирање девизног курса, говоримо о *мешовитом (руковођеном, управљаном) флукутирајућем курсу*. Постоји и *слободан флукутирајући курс*, када се курс слободно формира, без икакве интервенције централне банке. У пракси, земље ретко примењују слободан девизни курс. Обично се разним интервенцијама покушавају да спрече велика колебања девизног курса. Мешовити флукутирајући курс данас је у употреби за амерички долар и већину светских валута.

Уколико постоји чак и минимална државна интервенција на девизном тржишту, усмерена само на ублажавање краткорочних флукуација девизног курса, без активног утицаја на дугорочне ефекте или на достизање одређеног нивоа девизног курса, чак и тада не можемо говорити о слободном флукутирајућем девизног курсу. У оваквим условима говоримо о *руковођено флукутирајућем девизном курсу*. Висина девизног курса зависи од многих фактора: понуде и тражње страних валута, куповне снаге домаћег новца, интервенције државе, стања националне економије, салда платног биланса, инфлационих очекивања, и другог.

Конвертибилност, значи могућност замене новца једне земље за друге стране валуте. Домаћи новац је конвертибилан ако се може слободно заменити страним новцем. Да би се ова замена могла извршити, потребно је да у земљи функционише девизно тржиште. Уколико се домаћи новац може заменити страним новцем само на домаћем тржишту, реч је о *интерној конвертибилности*. Интерна конвертибилност подразумева могућност домаћих привредних субјеката, да код банака, за домаћу валуту, обезбеде

страну валуту, ради плаћања увоза и других потреба у иностранству. Ако се замена домаћег новца страним новцем може учинити и на домаћем тржишту, и на страним тржиштима, реч је о *пуној конвертибилности*. Као услови да једна национална валута буде конвертибилна, обично се наводе: 1) равнотежа платног биланса, 2) располагање девизним резервама, које омогућавају интервенцију у правцу одржавања стабилног девизног курса и 3) умерена инфлација.⁵

Девизни курсеви значајно варијају током времена. Постоје бројне детерминанте девизног курса. Најједноставнија теорија девизног курса, назива се *паритетом куповне моћи*. Многи економисти верују да ова теорија објашњава снаге које детерминишу девизни курс у дугом року.⁶ Теорија паритета куповне моћи заступа становиште да *номинални девизни курс, између валута двеју земаља зависи од нивоа цена у овим земљама*. Номинални девизни курс једнак је односу нивоа страних цена (у јединицама стране валуте) и домаћег нивоа цена (у домаћој валути). У складу са овом теоријом, номинални девизни курс, између валута двеју земаља мора одсликавати различите нивое цена у овим земљама.

Основно становиште ове теорије јесте да се номинални девизни курсеви мењају када се мењају нивои цена. Пошто номинални девизни курс зависи од нивоа цена, он такође зависи од понуде и тражње новца у свакој земљи. Када централна банка, у некој земљи, повећава понуду новца, и тиме утиче на пораст нивоа цена, то такође доводи до депресијације домаћег новца, у односу на друге валуте. Другим речима, *када централна банка штампа велике количине новца, новац губи вредност, и у облику роба и услуга које се њиме могу купити, и у облику износа других валута које се за њега могу купити*. Када понуда новца брзо расте, ниво цена такође расте, и национална валута депресира (губи вредност), у односу на стране валуте. Ако се понуда новца стабилизује, то се дешава и са нивоом цена, и девизним курсом. Подаци о хиперинфлацијама у свету, потврђују да постоји веза између новца, цена и номиналног девизног курса.

Теорија паритета куповне моћи корисна је за разумевање многих економских појава. Она може објаснити основне промене у девизном курсу, које се дешавају у току хиперинфлације. Међутим, и други фактори утичу на то да девизни курсеви флукутирају током времена. Зато се ова теорија користи само као први степен у разумевању девизног курса.

5 Видети: F. S. Mishkin, S. G. Eakins, *Financijska tržišta i institucije*, Mate, Zagreb, 2005, стр. 311-335.

6 Видети: F. S. Mishkin, *Monetarna ekonomija, bankarstvo i finansijska tržišta*, Data Status, Beograd, 2004, стр. 435-458.

Предности и недостаци флукутирајућег у односу на фиксни девизни курс

Заступници флукутирајућег девизног курса истичу да овај начин формирања девизног курса омогућава утврђивање реалне тржишне вредности иностраних валута, на основу тренутног стања понуде и тражње на девизном тржишту, и да он као такав ефикасније, од фиксног курса, коригује платнобилансну неравнотежу. С друге стране, заступници фиксног курса тврде да флукутирајући курс уноси неизвесност, чиме смањује обим међународне размене и инвестиција. Снагом теоријских аргумената, ниједан од ова два начина формирања девизног курса није добио примат.

Предности флукутирајућег девизног курса. У условима постојања флукутирајућег девизног курса, дефицит или суфицит у платном билансу земље аутоматски се коригује кроз депресијацију или апресијацију домаће валуте, без икакве државне интервенције. Насупрот томе, фиксни девизни курс за последицу има или вишак тражње или вишак понуде, односно дефицит или суфицит у платном билансу земље.⁷

При постојању флукутирајућег девизног курса за уравнотежење платног биланса довољна је само промена девизног курса. У оваквим условима јасно се виде компаративне предности у размени производа, с обзиром на то да се формира равнотежни девизни курс на основу односа понуде и тражње за страним валутама. Што се тиче фиксних девизних курсева, они често и нису у равнотежи, с обзиром на то да су административно одређени, чиме се ремети размена роба и услуга и спречава да се кроз међународну размену дође до најефикасније алокације ресурса. На пример, ако је одређен превисок фиксни девизни курс то ће повећати извоз домаћих производа, јер они постају јефтинији за иностране купце, другим речима, тада би земља извозила више него у условима постојања равнотежног курса. У таквим условима могу се извозити чак и они производи за које земља и нема компаративне предности, ово из разлога што домаћи производи постају јефтинији у односу на конкурентне иностране производе. У исто време овако формиран девизни курс штети увозу, с обзиром на то да инострана роба постаје скупља за домаће купце, што је посебан проблем у земљама које у великој мери увозе иностране робе и услуге. Фиксни девизни курс, дакле, смањује ефикасност употребе расположивих ресурса,

⁷ У вези са овом констатацијом видети: Доминик Салваторе, *Међународна економија*, Центар за издавачку делатност, Економски факултет у Београду, Београд, 2009, стр. 585-607.

смањује користи од међународне специјализације у производњи, као и користи од међународне размене.

Флуктуирајући девизни курс подразумева мање ангажовање државе с обзиром на то да се спољнотрговинска равнотежа аутоматски успоставља. У таквим условима, она своју макроекономску политику усмерава на остваривање унутрашњих циљева везаних за контролу инфлације, повећање запослености и слично. У условима постојања фиксног девизног курса макроекономска политика је ангажована и на постизању унутрашње али и спољашње равнотеже.

Као још један аргумент у корист флуктуирајућег девизног курса наводи се и то што он појачава дејство монетарне политике државе. На пример, антиинфлациона политика (рестриктивна монетарна политика), која поправља спољнотрговински биланс земље, доводи до ап्रेसијације домаће валуте, што надаље смањује инфлаторни притисак.

Постојање флуктуирајућег девизног курса такође значи и спречавање државе да политиком девизног курса фаворизује неке области привреде, а да друге доведе у неповољнији положај. Другим речима, фиксни девизни курс неким привредним субјектима доноси корист а некима штету. На пример, недовољно развијене земље често воде политику прецењеног девизног курса (цена иностраних валута је ниско одређена) јер на тај начин стимулишу увоз капиталне опреме потребне за развој. Међутим, оваква политика дестимулише извоз домаћих производа. У оваквим условима, ове земље, по правилу, предузимају различите мере како би смањиле вишак тражње за страним валутама који се јавља због тога што је девизни курс низак, односно што се налази испод свог равнотежног нивоа. Намеће се закључак да би за земље у развоју било ефикасније увођење флуктуирајућег курса, који по природи тежи свом равнотежном нивоу, а да се увоз опреме субвенционише од државе. Многе земље у развоју су током 1990-тих користиле управо ову политику.

Као предност флуктуирајућег девизног курса можемо навести и ниже трошкове државне интервенције на девизном тржишту, у односу на оне који се јављају у циљу одржавања фиксног девизног курса.

Претходно наведене предности односе се на тзв. слободно флуктуирајући девизни курс где држава не интервенише на девизном тржишту.

Недостатке флуктуирајућег девизног курса можемо посматрати и кроз анализу аргумената који иду у прилог фиксног девизног курса. Пре свега, присталице фиксног девизног курса наводе да он уноси већу сигурност у међународну размену, што се одражава и на ценовну стабилност.

Заступници фиксног девизног курса истичу да он спречава снажне дневне осцилације курса, што иде у корист међународне размене и инвестиција. Другим речима, као главни недостатак флукутирајућег курса они истичу свакодневну промену девизног курса, која се дешава под утицајем промене понуде и тражње за страном валутом. Осим тога што су свакодневне, ове флукутације могу бити и велике у кратком року. У прилог ове констатације присталице фиксног курса наводе велике дневне флукутације девизног курса долара и других водећих светских валута у последње три деценије. Из тих разлога неке земље су са ражима слободно формираног флукутирајућег курса прешле на режим управљано флукутирајућег курса.

Временски посматрано флукутације пливајућег курса су мање у дугом року, у односу на оне у кратком року. И поред тога, значајне краткорочне флукутације у режиму флексибилних девизних курсева могу негативно утицати на запосленост, уколико се домаћи ресурси често премештају из једних привредних области у друге привредне области.

Присталице фиксног курса наглашавају да постоји велика вероватноћа да спекулације при флукутирајућем курсу повећају нестабилност девизног тржишта. Рецимо, када девизни курс расте, повећава се и куповина стране валуте у очекивању даљег раста курса, док у периоду пада девизног курса настаје повећана продаја стране валуте, под утицајем очекивања даљег пада курса. Овакво понашање још више повећава флукутације девизног курса, чиме се повећава и неизвесност повезана са међународним трансакцијама, односно, то утиче на смањивање међународне трговине и инвестиција. У вези са овим тврдњама, присталице флукутирајућег девизног курса истичу да су дестабилизујуће спекулације мање вероватне у случају када се девизни курсеве континуирано прилагођавају, него када се то дешава тек када се више не могу избећи велике корекције фиксног курса. Када се ниво дефинисаног фиксног курса покаже нереалним, у очекивању велике корекције курса, спекуланти ће продавати домаћу валуту ако очекују да ће доћи до девалвације, односно куповаће домаћу валуту уколико очекују ревалвацију.

Као предност фиксног девизног курса истиче се ценовна стабилност, које нема у режиму флукутирајућег курса. Теоријски, флукутирајући девизни курсеве изгледају као потенцијално много више инфлаторни од фиксних девизних курсева. Депресијација националне валуте утиче на раст домаћих цена. С друге стране, апресијација националне валуте не доводи до пада цена јер у данашњем свету цене нису флексибилне наниже. Ова појава може се везати и за режим фиксног девизног курса. Девалвација при фиксном девизном курсу такође је инфлаторна, док ревалвација не

доводи до смањења домаћих цена. Остаје, међутим, констатација да је инфлаторни притисак већи при флукутирајућем него при фиксном режиму девизног курса.⁸

Комбиновани режими девизних курсева

С обзиром на то да и флукутирајући и фиксни девизни курс имају своје предности и недостатке, у пракси су коришћени неки хибридни режими, који комбинују карактеристике флукутирајућих и фиксних курсева.

Тако се у режиму фиксног курса могу дефинисати мали *распони у оквиру којих курс може да варира*. Држава одређује вредност девизног курса (паритет), као и дозвољени распон испод и изнад паритета. У оваквом режиму, фиксни девизни курс добија одређени степен флексибилности. Такав систем је имала већина земаља која је после Другог светског рата увела фиксни курс, одредивши и дозвољену флукутацију у распону од 1 % изнад и испод паритета. Величина девизног курса била је условљена стањем понуде и тражње за валутама, али само у границама дозвољеног распона. Формирање курса изван дозвољеног распона спречавано је државном интервенцијом на девизном тржишту. Одсуство дозвољених флукутација би значило да монетарна власт мора стално да интервенише у циљу одржавања фиксног паритета. Уколико би држава одредила велике распоне од паритета, тиме би се овакав режим приближио режиму флукутирајућег курса.

Режим прилагодљивог фиксног девизног курса подразумева да држава дефинише ниво фиксног девизног курса као и дозвољени распон флукутација, али и постојање могућности да се паритет периодично мења. У условима постојања оваквог режима фиксног девизног курса, омогућено је држави да девалвира националну валуту у циљу кориговања платнобилансног дефицита, односно да ревалвира валуту како би кориговала суфицит у платном билансу. Земље које су увеле фиксни девизни курс након Другог светског рата, у почетку су се определиле за овакав режим али су у пракси ретко користиле могућност промене нивоа фиксног курса. Дакле, у то време је превладао режим фиксног курса уз дозвољене мале осцилације око паритета.

Пузајући девизни курс значи да се курс мења у малом и унапред најављеном износу, рецимо сваког месеца у одређеном проценту, све док се не достигне равнотежни ниво девизног курса. Овакав режим коришћен је с намером да

⁸ Видети: J. R. Artus, J. H. Young, *Fixed and Flexible Rates: A Renewal of the Debate*, IMF Staff Papers, 1979, стр. 654-698.

се избегну недостаци фиксног курса у смислу великих промена курса до којих је долазило у периоду неодрживости нивоа фиксног курса. Уколико је, рецимо, девалвација националне валуте неизбежна овакав режим омогућава да се она спроводи умерено током више месеци. Овакав режим девизног курса јесте предмет пажње у земљама у развоју.

Руковођено флукутирајући девизни курс подразумева обавезу монетарне власти у земљи да интервенише на девизном тржишту у циљу ублажавања краткорочних флукутација девизног курса, али без покушаја да утичу на дугорочно кретање девизног курса. Овај режим девизног курса, уз адекватну интервенцију државе, омогућава коришћење предности које доноси режим фиксног курса (нижи степен несигурности у међународној размени и ценовна стабилност), као и задржавање флексибилности која је неопходна за кориговање платнобилансне неравнотеже. Интервенција се састоји у томе да монетарне власти земље, из девизних резерви, покрију део краткорочног вишка тражње за иностраним валутама, као и да откупи део вишка понуде иностраних валута. Тиме се смањују краткорочне флукутације девизног курса, али се не ремети његов дугорочни тренд.⁹ Коришћење предности оваквог режима подразумева активну и адекватну интервенцију монетарних власти, као и одговарајући ниво девизних резерви. Што су девизне резерве земље веће, веће су могућности одржавања ставилности девизног курса.¹⁰

Предности флукутирајућег курса динара у односу на фиксни

Режим руковођено флукутирајућег курса динара примењује се у Србији уназад десетак година. Њега примењује и већина других земаља у транзицији. Овај режим девизног курса јесте компромис између фиксног и флукутирајућег курса. При постојећем стању макроекономске нестабилности, фиксни курс динара неминовно би водио честим и значајним девалвацијама динара, док руковођено флукутирајући курс динара води ка сталним депресијацијама динара, донекле ублаженим интервенцијом Народне банке Србије.

Слободно флукутирање курса динара може да изазове значајне и неочекиване промене девизног курса, међутим, одржавање фиксног курса динара није могуће без значајних девизних резерви. У исто време, фиксни курс динара смањио би извозни потенцијал земље. Пракса је показала да

9 У вези са кретањем курса водећих светских валута видети: <http://www.federalreserve.gov/releases/h10/hist>.

10 Видети: S. Edwards, *The Determinants of the Choice Between Fixed and Flexible Exchange Rate Regimes*, NBER Working Paper No. 5756, септембар 1996.

режим фиксног девизног курса не доприноси платнобилансној равнотежи и смањује деловање других инструмената макроекономске политике. У условима констатно растуће инфлације домаћа валута временом постаје прецењена, чиме су девалвације неизбежне а тиме се елиминишу и све предности фиксног курса. Ову констатацију потврђују и подаци у табели 1.¹¹

Табела 1. Кретање курса динара према немачкој марки у периоду 1997-2001. год.

Година	1997.	1998.	1999.	2000.	2001.
Вредност марке (100)	330,00	600,00	600,00	3.000,00	3.052,69

Извор: Народна банка Србије, 2013.

У овом петогодишњем периоду уочава се слабљење динара у односу на немачку марку, при чему је дошло до две девалвације динара и то: 1. априла 1998. године и 6. децембра 2000. године. Првом девалвацијом динар је ослабио у односу на немачку марку за 45 %, док је другом девалвацијом динар ослабио за чак 80 %.

При режиму фиксног девизног курса смањују се и ефекти монетарне политике, с обзиром на то да је немогуће истовремено контролисати количину новца и девизни курс, другим речима, свака интервенција државе на девизном тржишту мења и количину домаћег новца у привреди. Некадашњи режим фиксног курса у Србији био је праћен девалвацијама динара, што је за последицу имало повећање интензитета инфлације. Овакав курс је више утицао на повећање цена него ли на повећање извоза. Све девалвације динара у режиму фиксног курса, а било их је укупно 24 у периоду од 1952. до 2000. године, имале су само краткорочне позитивне ефекте али дугорочно посматрано биле су дестабилизујуће. Одржавање фиксног курса динара озбиљно је угрозило девизне резерве земље. Последња девалвација динара извршена је крајем 2000. године, када је утврђена нова вредност фиксног курса у износу од 30 динара за једну немачку марку.

Избор режима девизног курса зависи од стања националне привреде, њених извозних могућности, стања платног биланса, висине спољне задужености, инфлације и других макроекономских показатеља. Основна предност флукутирајућих курса огледа се у већој ефикасности економске и монетарне политике, као и лакшем постизању платнобилансне

11 <http://www.nbs.rs>

равнотеже, при чему је потребан мањи обим девизних резерви. У условима неконкурентности и технолошке застарелости извозне привреде, режим руковођено флукутирајућег курса динара јесте најбоља опција за Србију. Прецизније речено, овај режим девизног курса најмање је лош у односу на могуће алтернативе. Успех примене руковођено флукутирајућег курса динара у великој мери је условљен координацијом монетарне и фискалне политике. Од 2000. године Народна банка Србије је, уз сагласност са Владом и ММФ-ом, утврдила режим руковођено флукутирајућег курса динара, као најмање ризичан режим девизног курса за привреду Србије. Од тада се курс динара формира на тржишту, при чему би интервенција Народне банке Србије требало да буде дискретна, односно само у случају већих осцилација на тржишу.¹²

Табела 2. Кретање курса динара према евр у периоду од 2000-2006. год.

Година	2000.	2001.	2002.	2003.	2004.	2005.	2006.
Вредност евра (1)	58,68	59,71	61,52	68,31	78,89	85,50	79,00

Извор: Народна банка Србије, 2013.

Табела 3. Кретање динара према евр у периоду од 2007-2013. (крај периода)

Година	2007.	2008.	2009.	2010.	2011.	2012.	2013. (август)
Вредност евра (1)	79,24	88,60	95,89	105,49	104,64	113,72	114,43

Извор: Народна банка Србије, 2013.

Из табеле 2. и 3. јасно се уочава континуирана депресијација динара у односу на евро у периоду од 2000. до 2013. године. Из табеле 2. види се да је до благог застоја у слабљењу динара у односу на евро дошло на прелазу између 2005. и 2006. године, али од 2007. године до данас динар наставља да слаби, уз благи застој на прелазу 2010-2011. године, да би 2013. године достигао најнижу тачку (114,43). Такође, уочљив је и снажнији пад вредности динара у односу на евро на прелазу између 2002. и 2003. године, као и 2003. и 2004. године, потом, на прелазу између 2007. и 2008. године, као и 2008. и 2009. године, затим, на прелазу 2009. и 2010. године, као и на прелазу између 2011. и 2012. године. На прелазу између осталих година у овом периоду није долазило до значајнијег пада динара у односу на евро (у

¹² Видети: <http://www.danas.rs/dodaci/biznis> од 24/10/2013.

питању је почетак и крај посматраног периода), али је упркос томе динар континуирано слабо.

Закључна разматрања

Пред крај Другог светског рата уведен је систем фиксних девизних курсева за многе светске валуте. Међутим, почетком 1970-тих година дошло је до хаотичног понашања на девизним тржиштима, па су ове земље биле принуђене да спроведу неколико девалвација својих националних валута. Као резултат тога, од 1973. године, многе земље су увеле режим управљано флукутирајућег девизног курса. У овим земљама држава је интервенисала на девизном тржишту са намером да ублажи краткорочне флукутације девизног курса. У најширој употреби данас јесте систем управљано флукутирајућег девизног курса. Слободан флукутирајући курс практично и није примењиван, већ је као такав само теоријски анализиран као супротна алтернатива фиксном девизном курсу.

Од увођења режима руковођено флукутирајућих девизних курсева, 1970-тих година, па у наредних десетак година, овај режим девизних курсева пратили су и снажни инфлаторни притисци у многим земљама, који су временом слабили. Снажна инфлација у овом периоду може се објаснити великим растом цене нафте, експанзивном монетарном политиком у многим земљама, као и пратећим инфлаторним очекивањима. Делом се интензитет инфлације у овом периоду може приписати и флукутирајућим девизним курсевима.

Заступници флукутирајућег девизног курса признају да ови курсеви могу бити инфлаторнији од фиксних девизних курсева. Међутим, они наглашавају да при флукутирајућем курсу свака земља може да направи избор између антиинфлационе политике или политике смањивања незапослености. Односно, да се определи за мању незапосленост на рачун повећања инфлације, или обрнуто. Под утицајем ових државних политика мењао би се и девизни курс, али би он одражавао реалну вредност националних валута. Тако би експанзивна монетарна политика, усмерена ка повећању запослености, повећала инфлацију као и цену иностраних валута, али би флукутирајући девизни курс у таквим условима одражавао реалну куповну моћ домаће валуте. Супротно томе, рестриктивна монетарна политика, усмерена ка смањивању инфлације, смањила би укупну тражњу, чиме би и девизни курс флукутирао наниже. У условима постојања фиксног девизног курса, свака активна политика државе усмерена ка смањивању инфлације или незапослености, уједно би значила да је ниво дефинисаног девизног курса нереално фиксиран.

На основу досадашњих практичних искустава, као и анализе аргумената за и против два супротстављена режима девизних курсева, можемо закључити да флукутирајући девизни курсеви имају примат у односу на фиксне девизне курсеве. С обзиром на то да континуирано флукутирају, на основу тренутног стања понуде и тражње за иностраним валутама, они одражавају њихову тренутну, реалну тржишну вредност. Уосталом, свака директна контрола цена од државе, било ког тржишног материјала па и иностраних валута, временом се покаже неефикасном. Флукутирајући девизни курс, по правилу, заговарају они који се залажу за минималну државну интервенцију у привреди, односно за слободну тржишну конкуренцију.

Рецимо на крају, да су флукутирајући режими девизног курса, 1970-тих година, уведени дао резултат пропасти режима фиксних курсева који су довели до хаоса на девизним тржиштима. Од тада доминирају режими руковођено флукутирајућих девизних курсева. У досадашњој пракси овај режим је показао несавршености, међутим, већина економиста се слаже да ниједан режим фиксног курса не би преживео велике промене које су се дешавале задње четири деценије, настале због наглог раста цене нафте, као и растуће инфлације и рецесије у целом свету.

Познати економиста, нобеловац Пол Кругман, изјавио је 2012. године да Србији не би саветовао фиксирање девизног курса. По њему би то било погубно решење. Он сматра, да упркос томе што је динар доста ослабио његова је вредност и даље прецењена. За проблем дефицита у спољној трговини Кругман има решење, које се своди на повећање извоза, а депресијација динара повећава конкурентност земље. Раст извоза и већи прилив иностраних валута јесу трајни извори који гарантују стабилизацију девизног курса динара, због чега подстицање извоза мора бити приоритет економске политике Владе Србије. НБС је у Програму монетарне политике за 2013. годину најавила да ће наставити да спроводи режим руковођено флукутирајућег девизног курса.

Резиме

На основу досадашњих практичних искустава, као и анализе аргумената за и против два супротстављена режима девизних курсева, можемо закључити да флукутирајући девизни курсеви имају примат у односу на фиксне. Флукутирајући режими девизног курса, 1970-тих година, уведени су као резултат пропасти режима фиксних курсева, који су довели до хаоса на девизним тржиштима. Од тада доминирају режими руковођено флукутирајућих девизних курсева. У досадашњој пракси овај режим је

показао несавршености, међутим, већина економиста се слаже да ниједан режим фиксног курса не би преживео велике промене које су се дешавале задње четири деценије, настале због наглог раста цене нафте, као и растуће инфлације и рецесије у целом свету. Режим руковођено флукутирајућег курса динара примењује се у Србији уназад десетак година. Овај режим девизног курса јесте компромис између фиксног и флукутирајућег курса. При постојећем стању макроекономске нестабилности, фиксни курс динара неминовно би водио честим и значајним девалвацијама динара, док руковођено флукутирајући курс динара води ка сталним и умереним депресијацијама динара, донекле ублаженим интервенцијом Народне банке Србије.

Prof. Ljubica Nikolić, LL.D.
Full Professor,
Doc. Aleksandar Mojašević, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

FREE-FLOATING AND FIXED CURRENCY EXCHANGE RATE

Summary

On the basis of practical experience and analysis of the advantages and disadvantages of these two opposite exchange rate regimes, we may conclude that the free-floating exchange rate system is superior to the fixed exchange rate. In the 1970s, many countries introduced the free-floating exchange rate regime as a result of a fiasco of the fixed exchange rate regime, which created havoc in the foreign currency markets. Even though this regime has proved to be flawed in practice, most economists agree that no fixed rate regime would have survived the substantial changes in the last four decades, resulting from rapidly increasing oil prices, growing inflation and global recession. For the past ten years, Serbia has been using the system of managed fluctuation of the Serbian national currency (RSD – dinar). The regime of managed fluctuation of the exchange rate is a compromise between the fixed and the free-floating exchange rate systems. In the circumstance of the current macro-economic instability, the fixed exchange rate would necessarily lead to frequent and substantial national currency devaluations, whereas the managed fluctuation of the exchange rate leads to constant but moderate depreciations of the national currency which are diminished to some extent by the interventions of the National Bank of Serbia.

Key words: *free-floating exchange rate, fixed exchange rate, advantages and disadvantages, managed fluctuation of the exchange rate*

Др Мирослав Лазих,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Милица Вучковић,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 347.252

ПЛОДОУЖИВАЊЕ У ФУНКЦИЈИ ЗБРИЊАВАЊА НАСЛЕДНИКА¹

Апстракт: Аутори се у раду баве анализом примене права плодоуживања у функцији материјалног збрињавања наследника. Конституисање плодоуживања ради материјалног збрињавања наследника је његова изворна функција која је првобитно настала због непризнавања наследних права супрузи након смрти мужа (удовици), и женској деци у наследној конкуренцији са браћом. Иако у развијеним правним системима важи принцип равноправности мушкараца и жена у наследним односима, плодоуживање је и даље задржало своју примену. У модерним капиталистичким условима, плодоуживање постаје најважнија лична службеност која може да одигра значајну улогу у збрињавању и издржавању старијих особа, која функција се са државе, у све већој мери, пребацује на породицу.

Кључне речи: право плодоуживања, функције плодоуживања, збрињавање наследника.

Увод

Плодоуживање је правни институт настао као средство збрињавања надживеле супруге и женских потомака оставиоца који, првобитно, нису били равноправни у наследним правима са мушким наследницима. Историјски посматрано, први облици плодоуживања су: удовички ужитак, плодоуживање мужа на миразним добрима жене и плодоуживање родитеља или стараоца на имовини деце. Развој друштвених односа и успостављање равноправности мушкараца и жена у имовинским правима, нису умањили

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, који финансира Министарство просвете науке и технолошког развоја Републике Србије, под бројем 179046 Д.

значај плодуживања. Напротив, дошло је до проширења и модификације улоге плодуживања. Плодуживање и данас има бројне функције: алиментација, привређивање, деоба заједничке имовине итд., али је у његовој основи, увек, и намера да се материјално обезбеди неко блиско лице – надживели супружник или сродник.

Предмет нашег рада је примена права плодуживања у функцији материјалног збрињавања наследника, односно могућност конституисања плодуживања у наследноправним односима. Притом, посебну пажњу посвећујемо решењима из српског права, као националног, и француског права као, мишљења смо, најразвијенијег права у погледу примене и разраде института плодуживања.

1. Појам и карактеристике плодуживања

Плодуживање (*ususfructus*) је стварно право које овлашћује плодуживаоца на свеобухватну употребу и коришћење туђе ствари, без права захватања супстанце предмета плодуживања. Ова дефиниција представља, у основи, израз Паулусове изреке,² која је општеприхваћена и у важећим грађанским кодификацијама. Тако, француски *Code civil* дефинише плодуживање као “право користити ствари на којима друго лице има право својине на исти начин као што то чини сам сопственик, уз обавезу очувања супстанце ствари.”³ Српски грађански законик и Општи имовински законик за Црну Гору су прихватили, такође, сличну дефиницију плодуживања.⁴

Плодуживање се због своје садржине сличне садржини права својине третира као “умањена својина” која ограничава својину исцрпљујући је “најмање за 7/10”⁵, односно до тзв. „голе својине“. «Плодуживањем као

2 *Usus fructus est ius alienis rebus utendi fruendi, salva rerum substantia* (Just. Inst. 2, 4) - D. Stojčević - A. Romac, *Dicta et regulae iuris*, Beograd, 1984.

3 Art. 578 *Code civil*, www.legifrance.gouv.fr, B. G. Cornu, *Droit civil*, Paris, 1991, стр. 397.

4 «Коме припада право на уживање туђе ствари, онај може туђу ствар, само суштину њену не нарушавајући, без сваког ограничења уживати» (§ 374 СГЗ); «Ко има право да ужива какву туђу ствар (добро, имање), он је у опште властан све плодове и дохотке као господар од ње примати и њоме се најпотпуније користовати, ма како имућан био. Поред свега тога, ипак, он треба да суштину ствари, на којој је право уживања, уздржи у њеној потпуној цјелини» (чл. 156 ОИЗ ЦГ).

5 «Плодуживање се пружа на целокупно коришћење ствари, ограничавајући субјективно стварно право на једном земљишту. Ипак, плодуживање не исцрпљује сасвим вредност непокретности, јер не захвата супстанцу ствари» - F. Baur u: Soergel - Siebert, *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 4, Tübingen..., 1968, стр. 530; «Плодуживање ускраћује власнику право коришћења и обезвређује економску својину» - E. A. Ehlers, *Übertragung von Einkunftsquellen, Nießbrauch*, Freiburg, 1995, стр. 22.

правом на пуно коришћење ствари подељена је корист и основна вредност ствари (супстанца) између власника и плодуживаоца, путем једног законом регулисаног облигационог односа».⁶ Плодуживаоцу припадају својинска овлашћења држања, употребе и прибирања плодова, а власнику остаје гола својина (*nuda proprietas, nue-proprété*). Оно што својину чини реалним субјективним правом и након ограничења плодуживањем, јесте правна нада да ће гашењем плодуживања, које је због орочености извесно, бити поново успостављена потпуна садржина својине.

Непосредни правни циљ (*causa finalis*) плодуживања је пренос или задржавање права искоришћавања објекта плодуживања. Располагања својином и плодуживањем могу бити извршена теретним или добротним правним послом, а зависно од циља, постоје три могућа начина (стратегичке) конституисања плодуживања од стране власника послужног добра:⁷

- пренос права својине другом лицу, уз задржавање права плодуживања;
- конституисање права плодуживања другом лицу, уз задржавање права својине;
- пренос права плодуживања једном, а права својине другом лицу.

2. Примена права плодуживања у наследним односима

Наслеђивање је пренос заоставштине умрлог на његове наследнике⁸. Преовладава схватање да је сврха установе наслеђивања у превазилажењу кризе која настаје у правним односима са смрћу једног лица⁹, односно престанка једног правног субјективитета и прекида имовинских токова. Наслеђивање има сврху очувања породичне имовине, као и изражено социјалну функцију збрињавања одређеног круга субјеката.

Субјективно наследно право је апсолутно субјективно право које једном лицу даје положај наследника у односу на одређену заоставштину. На име

6 Н. Westermann, *Sachenrecht*, Karlsruhe, 1960, стр. 598; Уп.: Д. Стојановић, *Стварно право*, Београд, 1987, стр. 237: "По својој функцији, плодуживање је подела припадности ствари по својој основној вредности и користима које она пружа"; F. Terré - Ph. Simler, *Droit civil, Les biens*. 4 éd, Paris, 1992. стр. 510: «Независно од објекта, плодуживање представља поделу права на ствари између плодуживаоца и титулара права - власника или повериоца».

7 Опширније, J. Aulagnier, *Usufruit et nue-proprété dans la gestion de patrimoine*, Paris, 1994, стр. 20.

8 Б. Благојевић – О. Антић, *Наследно право*, Београд, 1991, стр.3.

9 О. Антић – З. Балиновац, *Коментар Закона о наслеђивању*, Београд, 1996, стр. 8.

субјективног наследног права овлашћено лице, по правилу, стиче право својине целокупног или аликвотног дела заоставштине. Такође, могућа је реализација наследноправног овлашћења и стицањем права плодуживања на целој заоставштини или њеном аликвотном делу.

Конституисање плодуживања ради материјалног збрињавања наследника је његова изворна функција која је првобитно настала због непризнавања наследних права супрузи након смрти мужа (удовици), и женској деци у наследној конкуренцији са браћом.¹⁰ Иако у развијеним правним системима важи принцип равноправности мушкараца и жена у наследним односима, плодуживање је и даље задржало своју примену. У модерним капиталистичким условима, плодуживање постаје најважнија лична службеност која може да одигра значајну улогу у збрињавању и издржавању старијих особа, која функција се са државе, у све већој мери, пребацује на породицу.

Функција плодуживања у наследним односима је двострука: врши се имовинско збрињавање одређених наследника (најчешће супружника), уз обезбеђење очувања својине у корист других наследника (најчешће деце). Оно може бити конституисано завештањем у границама расположивог дела, тј. вољом оставиоца; судском одлуком, на захтев наследника или непосредно на основу закона, избором наследника. О плодуживању у српском наследном праву, а скраћено и о решењима у француском и швајцарском праву, детаљније у наставку рада.

2.1. Право плодуживања у праву Републике Србије

Право плодуживања у праву Републике Србије је један од оних правних института, чије је детаљно законско регулисање, у недостатку потпуног закона о стварним правима, до данас, изостало. Законом о основама својинско-правних односа¹¹, право плодуживања није регулисано, већ је само предвиђено да се «право плодуживања, право употребе, право становања, као и право стварног терета уређују законом» (чл. 60).

Нацрт Законика о својини и другим стварним правима Републике Србије¹² детаљно регулише право плодуживања. У чл. 358 Нацрта плодуживање

10 Жена и женски потомци су дуго времена, током историје, имали подређен наследноправни положај у односу на мужа и мушке потомке. Жена није имала положај наследника, већ право доживотног плодуживања на заоставштини супруга. Женска деца нису имала наследна права као браћа, већ право на мираз и плодуживање ако нису удате, а кћер јединица је имала нешто бољи положај.

11 “Сл. лист СФРЈ”, бр. 6/80, 36/90 и “Сл. лист СРЈ”, бр. 29/96.

12 Ка новом стварном праву Србије, Министарство правде Републике Србије, Немачка организација за техничку сарадњу, Београд, 2007.

је одређено као „право лица да, као добар домаћин, односно привредник, потпуно искоришћава туђу непотрошну ствар или њен део, односно преносиво право (послужно добро), искључујући имаоца послужног добра из његовог искоришћавања, не мењајући послужно добро ни његову намену.“ Међутим, ни овај, као ни претходни Нацрти, није постао закон.

Први корак ка реафирмацији плодуживања учињен је доношењем Закона о наслеђивању Републике Србије.¹³ Њиме је предвиђено да се на захтев супружника, родитеља или усвојиоца оставиоца може у њихову корист, под одређеним условима, судском одлуком, конституисати плодуживање на наследном делу осталих наследника.

2.1.1. Наследноправни положај надживелог супружника

Надживелом супружнику је допуштено да може, под одређеним условима, захтевати да суд, у његову корист, конституише плодуживање на целини или делу заоставштине коју су наследили остали наследници, како би побољшао свој имовински положај. «Кад је позван на наслеђе с наследницима другог наследног реда, а нема нужних средстава за живот, брачни друг може у року од једне године од смрти оставиоцеле захтевати доживотно уживање (плодуживање) на целини или на делу заоставштине коју су наследили остали наследници» (чл. 23 ст. 1 ЗОН). Ово право је лично и не прелази на наследнике (чл. 24 ЗОН). Право супружника на плодуживање постоји као облик повећања наследног дела супружника у другом наследном реду и може се доделити заједно са стицањем супружника 1/2 заоставштине у својину, по основу чл. 12/2 ЗОН. Ово законско решење представља квалитативни напредак у односу на решење из Закона о наслеђивању СР Србије из 1974. године,¹⁴ по коме је увећани наследни део надживелом супружнику припадао у својину, с обзиром да у већој мери уважава потребу за уравнотежењем имовинских интереса свих наследника¹⁵.

О повећању наследног дела супружника у другом наследном реду суд не води рачуна по службеној дужности, већ искључиво на захтев супружника. Судска одлука има конститутивни карактер, с обзиром да се ради о судском а не законском плодуживању. Надживели супружник може поставити захтев за повећање у преклузивном року од годину дана од

13 “Сл. гласник РС”, бр. 46/95.

14 „Службени гласник СР Србије”, бр. 52/74, чл. 23.

15 В. О. Антић – З. Балиновац, Коментар Закона о наслеђивању, Београд, 1996, стр. 159-160; С. Сворцан, Наследна права брачног и ванбрачног партнера, стр. 63; Ј. Видић, Наследноправне последице односа сродства, брачне и ванбрачне везе, diss, Београд, 2010, стр. 148.

смрти оставиоца. Повећани наследни део супружник стиче од тренутка оставиоачеве смрти¹⁶.

У правној теорији нема јединственог гледишта по питању да ли стицање права плодуживања на аликвотном делу заоставштине представља универзалну или сингуларну сукцесију¹⁷. Ако надживели супружник и у погледу оног дела заоставштине који му је припао на доживотно плодуживање остаје универзални сукцесор, питање његове одговорности за дугове из заоставштине се и не поставља, с обзиром да за њих одговара до вредности стечене у својину, односно на плодуживање. Међутим, ако се стицање права плодуживања на аликвотном делу заоставштине посматра као вид законске сингуларне сукцесије, а имајући у виду стварноправни карактер и свеобухватност права плодуживања, чини нам се неприхватљивим правило о одговорности сингуларног сукцесора за дугове из заоставштине. Наиме, сингуларни сукцесор не одговара за оставиоачеве дугове и дугове отвореног наслеђа¹⁸. Међутим, право плодуживања, као тзв. „мала својина“, апсорбује сва својинска овлашћења, осим овлашћења располагања, тако да наследник или наследници, на терет којих је конституисано право доживотног плодуживања, остају у незавидном положају, да поред великог оптерећења својине добара која су наследили, одговарају за дугове из заоставштине у обиму стеченог, који обухвата и добро, односно добра на којима је конституисано право плодуживања. На другој страни, у овом случају се ради о конституисању права плодуживања из разлога алиментационог карактера (немање нужних средстава за живот). Због наведеног сматрамо да плодуживалац треба да одговара за дугове из заоставштине, по решењу предложеном у нашој правној теорији, до висине прихода од плодуживања, умањених за износ потребан за намирне минимума егзистенцијалних потреба¹⁹.

Ово плодуживање се може угасити споразумном конверзијом. «Брачни друг и остали наследници могу, споразумом, доживотно уживање преиначити у доживотну ренту. Кад се промене прилике због којих је брачном

16 О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 162; Ј. Видић, *op. cit.*, стр. 156.

17 Тако, проф. Антић износи став да је у питању сингуларна сукцесија, видети О. Антић, *Наследно право*, Београд, 2009, стр. 144. На другој страни, проф. Стојановић је мишљења да законодавац није био потпуно јасан у погледу правног положаја плодуживаоца дела заоставштине, и да нема одредаба које јасно упућују на сингуларну сукцесију, видети Н. Стојановић, *Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона*, Правни живот бр. 10, Београд, 2005, стр. 675.

18 О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 101.

19 В. Н. Стојановић, *нав. дело*, стр. 677, Н. Стојановић – Н. Крстић, Нека запажања о законском и нужном наслеђивању у Републици Србији *de lege lata* и *de lege ferenda*, Зборник радова „Актуелна питања грађанске кодификације“, Ниш, 2008, стр. 224.

другу припало доживотно уживање или рента, суд може, на захтев осталих наследника, доживотно уживање или ренту укинути. При одлучивању, суд нарочито цени лично, брачно и имовинско стање брачног друга и осталих наследника» (чл. 25 ЗОН). Овом одредбом је потврђен социјални и алиментациони карактер овог плодуживања. То се потврђује и тиме што је предвиђено да суд, при одлучивању о захтеву за конституисање плодуживања, «нарочито цени дужину трајања заједнице живота оставиоца и брачног друга, имовно стање и способност за привређивање брачног друга и осталих наследника и вредност заоставштине» (чл. 23 ст. 3 ЗОН). Право плодуживања се назива „малом својином“ због тога што свом титулару омогућава свеобухватну употребу ствари и убирање плодова, без права захватања у супстанцу ствари. С друге стране, титулар „голе својине“ остаје, док плодуживање траје, лишен оних благодети које субјекту даје најпотпунија правна власт на ствари. Законодавац, да би се ова колизија отклонила а да се не наруше циљеви плодуживања, допушта конверзију плодуживања у доживотну ренту²⁰.

Законом није предвиђена могућност да се ово преиначење постигне судском одлуком, на захтев наследника на чији је терет конституисано плодуживање, већ се конверзија врши искључиво споразумом супружника и осталих наследника. Сматрамо да би предвиђање и те могућности било правично, када се има у виду то да супружник може, без оправданих разлога, одбити закључење предложеног споразума о конверзији плодуживања у доживотну ренту. Законом такође није предвиђена ни обавеза пружања одговарајућег обезбеђења потраживања ренте од стране дужника доживотне ренте – осталих наследника, што у великој мери доприноси несигурности правног положаја супружника.

Надживели супружник има право избора плодуживања уместо стицања права својине на наследном делу, у случају када остали наследници захтевају смањење наследног дела супружника у другом наследном реду. Остали наследници могу поднети овај захтев ако су испуњена два услова: да наслеђена добра умрлог (његова добра старине) чине више од половине његове посебне имовине и да заједница живота умрлог и супружника није трајала дуже времена. Надживели супружник има право да, све док се не реши о захтеву осталих наследника за смањење његовог наследног дела, изабере, уместо наслеђа у својину, доживотно уживање на половини заоставштине²¹. Изјава о избору доживотног уживања се протеже и на

20 Чл. 25 ст. 1 ЗОН.

21 Чл. 28 ст. 1 ЗОН.

новопронађену имовину²². По својој правној природи, ова изјава је једна врста наследничке изјаве, која у себи обухвата изјаву о одрицању од права наслеђа у својину и изјаву о прихватању дела наследства на доживотно уживање²³.

Напред је већ било речи о питању врсте сукцесије и одговорности за дугове у случајевима стицања плодуживања на аликвотном делу заоставштине. Сматрамо да је, поред осталог, смисао поменутих одредаба о смањењу наследног дела супружника у другом наследном реду, спречавање бракова из рачуна, и да, у овом случају, треба другачије решити проблем одговорности за оставиочеве дугове у односу на ситуацију повећања наследног дела супружника у другом наследном реду. Како нису у питању разлози алиментационе природе (немање нужних средстава за живот, западање у тешку оскудицу), требало би да плодуживалац одговара за оставиочеве дугове у пуном обиму, до вредности стеченог. Супружник и остали наследници се могу споразумети о преиначењу доживотног уживања у доживотну ренту²⁴, али не постоји могућност укидања плодуживања, односно ренте, с обзиром да би у том случају, за разлику од повећања наследног дела супружника у истом наследном реду, надживели супружник изгубио свако право према заоставштини²⁵, уколико се, као плодуживалац аликвотног дела заоставштине, сматра сингуларним сукцесором.

2.1.2. Наследноправни положај родитеља и усвојоца

Оставиочеви родитељи који немају нужних средстава за живот могу захтевати конституисање, у њихову корист, доживотног плодуживања на делу или целини заоставштине која припада надживелом супружнику. Рок за истицање захтева за повећање наследног дела је годину дана од смрти оставиоца²⁶. Право плодуживања, које стекну на овај начин, не припада им као заједничко право, већ сваки од њих стиче право плодуживања на одговарајућем делу заоставштине који припада супружнику оставиоца, тако да се у случају смрти једног од родитеља, одговарајући део ослобађа права плодуживања²⁷. Ако је заједница живота родитеља трајно престала, без њихове кривице, сваки од родитеља има право на поменути захтев, који

22 Чл. 29 ст. 3 ЗОН.

23 О. Антић, Наследно право, Београд, 2003, стр. 149.

24 Чл. 30 ЗОН.

25 О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 193.

26 Чл. 31 ст. 1 ЗОН.

27 В. О. Антић – З. Балиновац, *op. cit.*, стр. 194.

је усмерен на део заоставштине који је припао надживелом супружнику. Међутим, ако је заједница живота родитеља престала кривицом једног од њих, онај који није крив може захтев за повећање свог наследног дела усмерити и на део заоставштине који је припао родитељу који је крив за престанак заједнице, док родитељ који је крив свој захтев може усмерити само на део заоставштине који је припао оставиоочевом супружнику. У оба случаја остаје исти, алиментациони услов: немање нужних средстава за живот²⁸.

Уколико један родитељ не може или не жели да наследи, други родитељ, који нема нужних средстава за живот, може захтевати повећање свог наследног дела и на терет оставиоочевог супружника и на терет потомака родитеља који не може или не жели да наследи.²⁹

Право на захтев за конституисање плодуживања припада и усвојиоцу. «Усвојилац из непотпуног усвојења и његови сродници не наслеђују усвојеника. Изузетно, ако усвојилац нема нужних средстава за живот а усвојеник нема наследника из првог наследног реда, усвојилац може у року од једне године од смрти усвојеникове захтевати доживотно уживање на делу заоставштине, ако при усвојењу нису била искључена усвојеникова наследна права» (чл. 38 ст. 1 и 2 ЗОН).

У праву Републике Србије, од доношења Породичног закона³⁰, могуће је заснивање једино потпуног усвојења, којим путем између усвојиоца и усвојеника настаје однос идентичан оном који постоји између биолошких родитеља и детета. Раније важећи Закон о браку и породичним односима³¹ регулисао је и непотпуно усвојење, а наследно право уважава последице већ заснованих непотпуних усвојења. Непотпуним усвојењем се не заснива однос који у потпуности одговара односу родитеља и детета, већ усвојеник задржава све везе са својом биолошком породицом, његово право наслеђа према усвојиочевој заоставштини може бити искључено или ограничено, а усвојилац, по правилу не наслеђује усвојеника и његове сроднике. Међутим, Закон о наслеђивању предвиђа једну корекцију тог правила. Усвојилац из непотпуног усвојења, може, под одређеним условима, стећи доживотно плодуживање на делу заоставштине усвојеника. Први услов је да при заснивању усвојења није било искључено усвојениково право наслеђа. Други услов је да усвојеник нема наследнике првог наследног реда или да нико од њих не може или не жели да наследи. Трећи услов је

28 *ibid.*

29 Чл. 31 ст. 3 ЗОН.

30 „Сл. гласник РС“, бр. 18/2005.

31 „Сл. гласник РС“, бр. 20/2004.

да усвојилац из непотпуног усвојења нема нужних средстава за живот. Он може поставити захтев за стицање доживотног плодуживања у року од годину дана од усвојеникове смрти. Околности које суд разматра при одлучивању су дужина трајања усвојења, обим усвојеникових наследних права, вредност заоставштине усвојеника и имовинско стање наследника који су позвани на наслеђе у конкретном случају³².

Наведени облици плодуживања у функцији издржавања одређених лица (супружник, родитељи или други наследници другог наследног реда и усвојилац), представљају израз специфичне могућности смањења наследног дела једног наследника на рачун другог, која је од раније утемељена у нашем праву.³³ Сматрамо да се овде ради о социјалном разлогу смањења наследног дела једног на рачун другог наследника, што је противно основним принципима о законском наслеђивању. Тиме се, практично, терет издржавања социјалних случајева (старих и изнемоглих лица) пребацује са друштвене заједнице на приватна лица, угрожавајући при томе законска наследна права наследника. Намеће се питање да ли је ову законску могућност требало задржати у новом Закону о наслеђивању, поред обавезе законског издржавања сродника која постоји у породичним односима.³⁴ Имајући у виду нашу друштвену реалност, а посебно тежину слабљења моралних принципа, тешко је ослонити се само на друштвену заједницу у издржавању социјалних случајева. У таквим околностима, слаби и породична солидарност, па је тешко говорити о било каквом збрињавању било ког лица, а поготову старих и изнемоглих без икаквих прихода. У француском праву се наглашава и социјална димензија права плодуживања. Оно се третира као средство обезбеђења егзистенције, као начин издржавања. Сматра се да је право плодуживања «одговор» грађанског права на проблеме трећег доба, да се оно налази у језгру грађанског права, али да истовремено припада и социјалном праву³⁵. То оправдава улогу коју је плодуживање добило у наследним односима у нашем праву. Плодужива-

32 Чл. 38 ст. 3 ЗОН.

33 О. Антић у: *op. cit.*, стр. 159, наводи да "под утицајем совјетског права, још савезни Закон о наслеђивању из 1955.год., напушта аксиом европских законодавстава и прописује да се код немања нужних средстава, наследни део законског наследника може повећати на његов захтев, тако што му се додељује увећани део у својину, а на штету осталих наследника... ЗОН из 1995., више због правне традиције него снаге аргумената, задржава институт повећања наследног дела супружника у другом наследном делу".

34 Оваквим решењем се терет издржавања пребацује на физичка лица која, иначе, нису законски обвезници међусобног издржавања (нпр. снаха - свекар и свекрва; зет - ташта и таст; усвојилац - надживели супружник пасторка итд.).

35 В. G. Cornu, *op. cit.*, стр. 397-398.

вањем је само ублажена негативна последица смањења наследног дела, у односу на раније постојеће искључиво право на стицање својине у корист подносиоца захтева, мада је и та могућност задржана.³⁶

2.2. Плодоуживање и промена правне природе нужног наследног дела

Нужни део је одређени део заоставштине, који, по сили императивних законских норми, мора припасти одређеном кругу законских наследника³⁷. У српском праву, кругу нужних наследника припадају: сви потомци оставиоца, како биолошки тако адоптивни, супружник, родитељи, усвојилац из потпуног усвојења, оставиочева браћа и сестре и сви остали преци, поред родитеља. Потомци, супружник и родитељи оставиоца сматрају се нужним наследницима без испуњења додатних услова, осим оних који се постављају за стицање својства наследника. Остали набројани субјекти, да би били нужни наследници, поред општих услова, морају задовољити и два субјективна критеријума: немање нужних средстава за живот и трајна неспособност за привређивање.

Опште правило савременог права је да правна природа права на нужни део, да ли ће се оно остварити као стварно или као облигационо право, зависи од оставиочеве воље. Међутим, у недостатку изражене воље оставиоца, законом се поставља претпоставка о правној природи права на нужни део.³⁸

За афирмацију плодуживања у наследним односима у српском праву, посебно је значајна одредба о могућности промене правне природе нужног наследног дела. У ранијем Закону је нужни наследни део имао стварно-правни карактер. Нови Закон предвиђа да «нужном наследнику припада новчана противредност нужног дела (облигационо право). На захтев нужног наследника, суд може одлучити да овом припадне одређени део ствари и права који чине заоставштину (стварно право). Одредбе претходних ставова важе само ако оставилац у завештању не одреди природу нужног дела» (чл. 43 ЗОН).

36 “Кад је предмет заоставштине тако мала да би њеном поделом запао у оскудицу, брачни друг може захтевати у својину целокупну заоставштину” (чл. 23 ст. 2 ЗОН). Слично и чл. 26 ст. 1 ЗОН предвиђа могућност повећања наследног дела у корист наследника другог наследног реда, а на уштрб брачног друга.

37 В. О. Антић, *op. cit.*, стр. 170 и надаље.

38 В. О. Антић, *op. cit.*, стр. 173.

Овим одредбама је напуштена обавезна стварноправна природа нужног наследног дела, односно обавезно стицање у својину аликвотног дела заоставштине на име нужног наследног дела, и створена могућност оставиоцу да и конституисањем плодуживања измири нужни наследни део. Такође, сматрамо да и суд може, поступајући по захтеву из ст. 2 овог члана, конституисати оставиоцу право плодуживања на име нужног наследног дела. Концепт нужног дела, имајући у виду његов алиментациони карактер, не остварује своју сврху само стицањем у својину, већ и стицањем плодуживања и осталих личних службености као реалних права.

2.3. Право плодуживања у француском и швајцарском праву

У праву Француске предвиђено је право надживелог супружника да оптира између стицања својине на једној четвртини заоставштине и стицања права плодуживања на целој заоставштини, ако конкурише на наслеђе са потомцима оставиоца који су и његови потомци (заједничка деца). На другој страни, закон не предвиђа могућност избора у случају када међу потомцима има и деце којој надживели супружник није један од родитеља. У таквој ситуацији, надживели супружник може стећи само својину на једној четвртини заоставштине³⁹. Сматрамо да из овог решења француског права можемо извући закључак о основном правилу о примени права плодуживања у функцији материјалног збрињавања наследника – право законског плодуживања може се користити само када су плодуживалац и власник крвни сродници. Очигледно је идеја која стоји у основи ове функције плодуживања - идеја породичне солидарности у имовинским односима издржавања, за коју се очекује да буде израженије присутна у условима «владавине» тржишне привреде.

Code civil предвиђа и могућност конституисања узајамног права плодуживања на целокупној или делу имовине на основу брачног уговора, у корист надживелог супружника⁴⁰. На основу брачног уговора, један од супружника може стећи једну четвртину вредности имовине другог супружника у својину, а преостале три четвртине на плодуживање, или целокупну имовину другог супружника на плодуживање⁴¹. Намера конституисања права плодуживања уговорне стране - конституента мора бити јасно изражена у акту конституисања, да би се исти сматрао брачним

39 Art. 757 Code civil, B., M. C. Forgeard – R. Crone – B. Gelot, La Reforme des successions, Paris, 2002, стр. 13.

40 Art. 1091-1094 Code civil.

41 Art. 1094-1 Code civil.

уговором, у супротном ће се сматрати “класичним” уговором о поклону који подлеже примени правила о заштити права на нужни део⁴².

У праву Француске се наследно право надживелог супружника реализује и стицањем права плодуживања на целокупној заоставштини. Стога надживели супружник, као сваки наследник, одговара за оставиочеве дугове. Међутим, француска судска пракса је формулисала становиште о одговорности супружника, као наследника-плодуживаоца, у границама прихода од плодуживања, умањених за износ потребан за подмирење минимума егзистенцијалних потреба⁴³. Он је, као плодуживалац, такође дужан да пружи одговарајуће обезбеђење за испуњење својих обавеза⁴⁴.

Плодуживање надживелог супружника може се конвертовати у доживотну ренту, без обзира да ли је настало на основу закона, завештања или брачног уговора⁴⁵. Конверзија се може извршити на основу споразума, односно судском одлуком на захтев плодуживаоца или титулара „голе“ својине⁴⁶. Осталицац не може својом изјавом воље лишити наследнике права на конверзију плодуживања у ренту⁴⁷. Ово је значајна новина у односу на раније важећа решења, по којима су конверзију могли захтевати само наследници - титулари „голе“ својине, не и супружник и по којима је осталицац изјавом последње воље могао искључити право наследника на конверзију⁴⁸.

Судском одлуком одређује се износ ренте, обезбеђење које дужник ренте мора да пружи и одговарајући индекс усклађивања износа ренте, како би се очувала њена еквивалентност вредности права плодуживања⁴⁹. Међутим, суд не може, без сагласности надживелог супружника, да нареди конверзију права плодуживања на стану у коме је настањен надживели

42 Art. 1092 Code civil.

43 В, Н. Vialleton, Les successions, Paris, 1963, стр. 43-44; F. Terre – Y. Lequette, Droit civil, Les successions, Les liberalites, Paris, 1997, стр. 162, 626 и 653; М. Grimaldi, Droit civil, Successions, Paris, 2001, стр. 543-544, 579. и 583. цит. према Н. Стојановић, Наследноправна сингуларна сукцесија на основу закона, стр. 666-667 и 677.

44 Art. 601 Code civil, Ph. Malaurie - L. Aynes, Cours de Droit civil, Les successions, Paris, 1995, стр. 80.

45 Art. 759 Code civil.

46 Art. 759 и 760 Code civil; В., М. С. Forgeard – R. Crone – В. Gelot, op. cit, стр. 35. и 36.

47 Art. 759-1 Code civil.

48 Ph. Malaurie - L. Aynes, op. cit стр. 81.

49 Art. 760/ 2 Code civil; Ph. Malaurie - L. Aynes, нав. дело, стр. 82.

супружник, у доживотну ренту⁵⁰. Конверзија се може извршити тек након поделе заоставштине⁵¹.

У литератури се наводи да се могућност конверзије у пракси ретко користи због страха надживелог супружника од нередовног плаћања ренте, и поред постојања одговарајућег обезбеђења, због отпора титулара „голе“ својине, с обзиром да се обавезом плаћања ренте додатно оптерећује њихова имовина, али и због велике компликованости самог поступка конверзије⁵².

Грађански законик Швајцарске (ZGB), након измена из 1984. године⁵³, више не предвиђа могућност конституисања плодуживања на заоставштини или њеном аликвотном делу у корист надживелог супружника. Надживели супружник, као потенцијални наследник у прва два законска наследна реда, може стећи само у својину аликвотни део заоставштине или целу заоставштину, на име свог права наслеђа. Међутим, право плодуживања у корист надживелог супружника је остало у примени у погледу одређене категорије ствари. Наиме, како је изречено у чл. 219 Грађанског законика Швајцарске „да би се осигурало очување досадашњег стандарда живота надживелог супружника, на њен или његов захтев биће јој или му додељено право плодуживања или право становања у кући или стану, у којој су супружници живели и која је припадала умрлом супружнику.“ Тако, законик предвиђа да: „Надживели супружник може захтевати стицање својине на кући или стану у којој су супружници живели, на име свог наследног дела. Ако би то оправдавале околности случаја, на захтев надживелог супружника или осталих законских наследника, могуће је на тој ствари у корист надживелог супружника конституисати право плодуживања или право становања, уместо стицања у својину“⁵⁴.

Путем завештања једно лице може у корист свог супружника конституисати право плодуживања на целокупној имовини завештаној њиховим заједничким потомцима⁵⁵.

Према раније важећим одредбама Швајцарског грађанског законика, надживели супружник је у првом наследном реду имао могућност да бира између стицања четвртине вредности заоставштине у својину и стицања

50 Art. 760/ 3 Code civil.

51 B. J. Aulagnier, op. cit, стр. 23.

52 B. M. Grimaldi, op. cit, стр. 224. цит. по Н. Стојановић, op. cit, стр. 667, нап. бр. 9.

53 No I 2 of the Federal Act of 5. Oct. 1984.

54 Art. 612 Swiss Civil Code, www.admin.ch.

55 Art. 473 Swiss Civil Code.

права доживотног плодуживања на половини заоставштине. Сматрамо да је раније решење швајцарског права, уважавајући посебне прилике оставиоачевог супружника, које се могу разликовати од случаја до случаја, у већој мери водило рачуна о потреби за очувањем породичне имовине, стваране кроз генерације. Сада је наследноправни положај супружника знатно повољнији, због тога што стиче половину заоставштине у својину, али се не води довољно рачуна о интересима потомства и околности на надживели супружник можда није предак оставиоачевом потомству.

Закључак

У нашем праву, плодуживање још увек нема друштвени значај и примену као у развијеним европским земљама. Највећи практични значај право плодуживања има у наследним односима, где, уобичајено, врши функцију материјалног збрињавања надживелог супружника и сродника, најчешће родитеља и деце, штитећи их од узајамне небриге. При томе, плодуживање није само у функцији издржавања, већ често и у функцији очувања досадашњег стандарда живота, најчешће супружника, без оштећења својинских права наследника, најчешће деце. Ова могућност потврђује да плодуживање може бити, с гледишта друштвене заједнице, кориснији правни облик од стицања наследног дела надживелог супружника у својину. Сматрамо да је у нашем праву требало прихватити раније решење из швајцарског наследног права, према коме брачни друг као наследник има могућност избора између законског наслеђивања у својину или законског плодуживања у свим наследним редовима. Тиме би се очувала материјална сигурност и стандард живота надживелог супружника, с једне стране, и породични карактер имовине и њен пренос на потомке, с друге стране.

Основни друштвени значај плодуживања произилази из његове функције збрињавања и издржавања надживелог супружника и блиских сродника, чиме се растеређује државни буџет и појачава приватна брига о члановима породице. Затим, плодуживање омогућава очување породичне имовине и обезбеђивање потомака без оштећења интереса надживелог супружника, што чини стабилним породицу и друштвену заједницу. Друштвени значај плодуживања огледа се и у могућности коришћења тзв. поклон-плодуживања приликом деобе имовине између наследника за живота оставиоца, чиме се отклањају евентуални каснији спорови и сукоби. Зато држава треба, пореским олакшицама, да стимулише овакве деобе имовине. У нашем праву, плодуживање у функцији деобе имовине се користи у уговору о расподели имовине за живота оставиоца.

Приватизација својине и велика друштвена раслојавања у правцу осиромашења процентуално великог дела становништва, а тиме и саме државе, све више усмеравају старање о опстанку и преживљавању друштвено угрожених категорија, пре свега старих и немоћних лица, приватној бризи. Плодоуживање постаје поново актуелан институт, што је потврђено и његовом афирмацијом, најпре, у области наследних односа где је остварена његова основна функција - функција збрињавања. Поред тога, многобројне могућности примене плодуживања у другим правним односима, осим наследних и породичних, намећу потребу потпуне и свеобухватне регулативе овог института.

Резиме

У модерним капиталистичким условима, плодуживање постаје најважнија лична службеност која може да одигра значајну улогу у збрињавању и издржавању старијих особа, која функција се са државе, у све већој мери, пребацује на породицу. Највећи практични значај право плодуживања има у наследним односима, где, уобичајено, врши функцију материјалног збрињавања надживелог супружника и сродника, најчешће родитеља и деце, штитећи их од узајамне небриге. У праву Србије постоји могућност, предвиђена наследноправним прописима, да се на захтев одређених наследника може у њихову корист, под одређеним условима, судском одлуком, конституисати плодуживање на наследном делу осталих наследника. Кад је позван на наслеђе с наследницима другог наследног реда, а нема нужних средстава за живот, надживели супружник може захтевати доживотно плодуживање на целини или на делу заоставштине коју су наследили остали наследници. Исто право и под истим условима, припада и родитељима оставиоца. Надживели супружник има право избора плодуживања уместо стицања права својине на наследном делу, у случају када остали наследници захтевају смањење наследног дела супружника у другом наследном реду. Усвојилац из непотпуног усвојења, може, под одређеним условима, стећи доживотно плодуживање на делу заоставштине усвојеника. Плодуживање постаје поново актуелан институт, што је потврђено и његовом афирмацијом у области наследних односа, а многобројне могућности његове примене у другим правним односима намећу потребу потпуне и свеобухватне регулативе овог института.

Miroslav Lazić, LL.D.

Full Professor,

Milica Vučković, L.L.B.

Teaching Assistant,

Faculty of Law, University of Niš

Usufruct as an Instrument for Providing Support to Heirs

Summary

In the contemporary capitalist societies, usufruct has become the most important private easement, which can play a significant role in providing relevant support and maintenance to elderly persons. In recent years, this social role is being increasingly passed from the state to the family unit. Usufruct has the most substantial practical relevance in succession law relations, where it is commonly aimed at providing material support for the surviving spouse, children and parents, by protecting them from mutual lack of care. The Serbian law of succession envisages a possibility that a specific category of heirs may (upon filing a request to the court and meeting specific conditions) be granted a usufruct right on the hereditary portion of other heirs. In case the surviving spouse with insufficient income or means of livelihood has to share the inheritance with some other heirs from the second line of succession, the surviving spouse may request a usufruct for life either on the entire property estate or on a portion of the property estate inherited by the other heirs in the second line of succession. The parents of the deceased are entitled to the same right, under the same conditions. The surviving spouse has the right to choose between the usufruct and the ownership right on the hereditary portion, in case when other heirs in the second line of succession request a reduction of the hereditary share of the surviving spouse. An adoptive parent from de facto adoption may, under certain conditions, gain a usufruct for life on the portion of the adoptee's hereditary estate. The reaffirmation of the usufruct right in the law of succession has contributed to reestablishing usufruct as a relevant contemporary legal institute. Considering the ample possibilities for applying this institute in other legal relations, there is need for a comprehensive regulation of the usufruct right.

Key words: *usufruct right, usufruct functions, providing support to heirs*

СУДСКО-ПСИХИЈАТРИЈСКИ АСПЕКТ НЕМАТЕРИЈАЛНЕ ШТЕТЕ¹

Апстракт: Накнада нематеријалне штете која настаје као последица штетног деловања правних или физичких лица је један од значајних облика заштитет људских права у савременим законодавствима. Из тих разлога су у раду приказани неки правни предуслови и основе за уставривање ове врсте сатисфакције, а посебна пажња је посвећена сагледавању видова нематеријалне штете, пре свега са медицинског аспекта (судско-медицинског и судско-психијатријског). У раду су, осим теоријских постулата, приказана и искуства из праксе, нарочито у домену судско-психијатријских вештачења физичких болова, страха и душевних болова, чиме је теорија непосредно повезана са праткичним радом медицинских вештака. Такође, презентовани су и стави аутора о потреби да се неке законске преформулишу, чиме би се створили услови за објективно вештачење и објективно доношење пресуде.

Кључне речи: Нематеријална штета, страх, физички болови, душевни болови.

1. Увод

Медицинска вештачења различитих видова неимовинске штете представљају доста често подручје рада судских вештака медицинске струке у судским поступцима. Не ретко она захтевају и процене и вештака из области судске медицине и из области судске психијатрије, док у је некада довољно прибавити мишљење само једног вештака ових специјалности. На жалост, има и ситуација када се ова вештачења поверавају вештацима само једне специјалности, а потребно је и мишљење и процене оних вештака који се баве областима телесне медицине, као и оних који су задужени за психијатријску евалуацију.

¹ Рад је резултат активности аутора на пројекту Правног факултета у Нишу "Заштита људских и мањинских права у европском правном простору"

Осим овога, чини се да судска и медицинска пракса све чешће превазилази законске оквири видова нематеријалне штете, што несумњиво ствара потребу за преиспитивањем регулативе у овој области.

Наведене околности, као и досадашња искуства аутора у поступцима судских вештачења у овој области, утицали су да основни циљ овог рада буде приказ основних правних и психијатријских постулата који су везани за област неимовинске штете. У оквиру тога биће презентовани правни предуслови и регулатива из ове области, видови нематеријалне штете, као и базичне психијатријске претпоставке и правила за вештачења видова неимовинске штете, што је често пресудан доказ на основу кога суд треба да донесе објективну и закониту пресуду.

Одређене активности физичких или правних лица могу довести, на разне начине, до повреде личних добара других особа и довести до штетних последица. На тај начин настаје штета по та лица, коју „закон одређује као умањење нечије имовине (обична штета) и спречавање њеног повећања (измакла корист), као и доношење другог физичког или психичког бола или страха“². Тако настају два основна облика штете, имовинска (обична штета или измакла корист) и неимовинска или нематеријална штета³.

У овом раду превасходни интерес је усмерен на неимовинску (нематеријалну) штету, која настаје у ситуацијама оштећења телесног и/или психичког интегритета личности. С обзиром да ова оштећења немају своју тржишну цену и не могу се поистоветити са вредношћу имовине (немају реалну материјалну вредност) говори се о *нематеријалној (неимовинској) штети*.

Базични правни основ за одређивање нематеријалне штете регулисан је Законом о облигационим односима⁴. У складу са овим законом (чл.200.) могуће је досудити правичну новчану накнаду за претрпљене физичке болове, за претрпљене душевне болове у складу са одредбама Закона, као и за претрпљени страх, у ситуацијама и након ситуација када је штетно деловање наступило. Ово, наравно, под условом да јачина болова и страха и њихово трајање то омућавају. Осим што је врста сатисфакције, нематеријална штета треба да надокнади и повећани напор лица за остваривање нормалног функционисања у периоду док је штета трајала

2 Милошевић Александар: Накнада нематеријалне штете, www.pravniportal.rs, 2010.

3 Радишић Јаков.: Облигационо право, осмо, прерађено издање, Номос, Београд, 2008, стр.199.

4 Закон о облигационим односима РС, „Сл. лист СФРЈ“, бр. 29/78, 39/85, 45/89, чл. 200.-203.

или да омогући њену што правичнију макнаду чиме би се део трпљења компензовао.

У складу са овим, и у судско-психијатријској литератури се истичу видови нематеријалне штете (Капамација⁵, Крстић⁶, Ђирић⁷) и систематизују се у следеће облике:

1. претпљени и будући физички болови,
2. претрпљени и будући страх и његове компликације,
3. претрпљени и будући душевни болови и то, у складу са 300 услед:
 - а) *умањења животне активности*
 - б) *наружености (измене естетског изгледа)*
 - ц) *повреде угледа и части*
 - д) *повреде слободe и неоснованог лишења слободe*
 - е) *повреде права личности*
 - ф) *смрти блиског лица*
 - г) *нарочито тешког инвалидитета блиског лица*
 - х) *кривичног дела против полног интегритета, достојанства личности и морала.*

С обзиром да се ради о телесном и/или душевном трпљењу личности, а што нема своју реалну (материјалну) цену и вредност, накнада нематеријалне штете личности је посебна врста сатисфакције, уз услов да суд одреди што правичнију накнаду за ова трпљења. Такође, предуслов за досуђивање ове накнаде је да јачина и трајање болова и страха то оправдавају, да се тиме може успоставити нарушена психичка равнотежа, као и да се њоме надокнађују повећани напори оштећеног да се врати у нормално стање или да уз повећане напоре успе да што „нормалније“ функционише.

Осим утврђивања јачине и трајања видова штете, неопходно је у судском поступку утврдити да ли постоји узрочно-последична веза између неког штетног деловања и трпљења који су прописани основи нематеријалне штете. У принципу, Закон предвиђа да се накнада нематеријалне штете може досудити када су њени видови били јаког интензитета и/или дугог трајања, мада се у судској пракси признаје и право на накнаду у оним ситуацијама када је она оправдана за успостављање нарушене психичке равнотеже услед штетног деловања које је у узрочној вези са трпљењима оштећеног.

5 Капамација Борислав: Форензичка психијатрија, Дневник Нови Сад, Нови сад, 1989.

6 Крстић, Божидар: Судска психијатрија, СКЦ Ниш, Ниш, 1996, стр.12-13.

7 Ђирић, Зоран: Основи судске психијатрије, Vona fides, Ниш, 2004., стр 34.

Оно што ову област још карактерише су и следеће околности:

- Закон, осим претрпљених видова штете, признаје и досуђивање накнаде за будуће душевне патње и будуће психичке последице претрпљеног страха, одређујући неку будућу штету као нешто што је „извесно да ће по редовном току трајати и у будућности“. Тиме се од вештака, а на посебна начин, тражи да изврше и предикцију да ли ће и у будућности постојати неки од видова нематеријалне штете, како са становишта квалитета, тако и са аспекта интензитета и трајања;

- право на накнаду нематеријалне штете може бити признато и лицима која нису директно била изложена штетном деловању, али су посредно трпели или трпе негативне емоционалне последице због нанете штете њима блиским лицима (у случају смрти блиског лица или нарочито тешког инвалидитета блиског лица);

- повремена могућност да са протоком времена један од постојећих видова нематеријалне штете пређе у њене друге облике (напр. компликација страха у менталне поремећаје које узрокују јак страх и тешке психичке трауме или настанак трајних болова после прелома костију, када се из вида трпљења физичких болова развија одређени облик умањења опште животне активности итд.). Наравно, то изискује и потребу да у поступцима вештачења вештаци медицинске струке (па и судски психијатри) детаљно образложе, посебно ако се ради о одређеним менталним поремећајима које они препознају. На тај начин ће то постати разумљиво правницима и учесницима судског поступка и смањити могућности за неразумевање, нејасноће и погрешна тумачења.

2. Видови нематеријалне штете

Већ је наведено да 300 предвиђа постојање следећих видова нематеријалне штете: 1. *Физички болови*, 2. *Страх* и 3. *Душевни болови (психичке патње)*

Овако формулисани видови нематеријалне штете немају увек идентичне нозолошке облике у медицинској науци, како у домену телесне медицине, тако и у области психијатрије, па је задатак вештака да усагласе медицинке термине и ентитете са законским формулацијама и тиме у пуној мери буду од помоћи суду, јер би употреба стручно медицинских појмова, без њиховог „превођења“ на правнички језик значајно отежало поступање правосудних органа у овој области.

Поступање вештака на овај начин олакшало би суду диференцирање видова штете, посебно у ситуацијама када то оштећени није довољно јасно прецизирао, а на суду је да те видове јасно утврди. Ово омућава бољу

медицинску објективизацију, а тиме одређивање што правичније накнаде за претрпљену нематеријалну штету.

2.1. Физички болови

Овај вид нематеријалне штете односи се на претрпљене и будуће физичке болове, а назив физички је резултат јер право на овај начин жели да овај вид штете одвоји од душевних болова. У медицини је познат појам бол, али се у судским поступцима лекари вештаци у принципу изјашњавају у складу са законским одређењем.

У складу са тим физички болови представљају непријатне (мучне) субјективне осећаје који су резултат деловања штетних дражи на специфичне нервне завршетке који се налазе у читавом телу, с тим што немају свуда подједнаку распрострањеност и густину распоређености. Са медицинског становишта, бол настаје када болни надражаји делују на рецепторе за бол, а затим се исти спроводе до делова мозга који ове дражи препознају као болне, с тим да је бол осећај, а не осећање (емоција).

Пријемници за болне дражи (рецептори) налазе се и на површини тела, али и на, око и у унутрашњим органима и телесним структурама. У суштини они су специфични „регистратори“ штетних утицаја, те су они, као и осећај бола значајан одбрамбени механизам организма. Наиме, бол упозорава да се телу дешава нешто лоше, штетно и угрожавајуће и тиме условљава поступке који умањују штету за тело, као што је удаљавање од повређујућих агенаса, смањивање штетних покрета и др., те тиме указује или опомиње на „опасности“ раличитог квалитета.

Јачина и трајање доживљавања бола зависи од више фактора, међу којима су најзначајнији⁸:

- интензитет штетног деловања, односно *јачина дражи*;
- временско *трајање деловања болне дражи*;
- *карактеристике узрочника болне дражи* (повредни предмет или други фактори)-нпр. није једнак интензитет бола ако истом јачином ударимо тело металном шипком или прutom и сл.;
- *локализација и захваћеност* оног дела тела на које делује штетни фактор. Наиме, на различитим деловима тела налази се различит број и различита и неједнака распоређеност рецептора (пријемника) за бол. Њихов број и густина распоређености су доста велики на прстима шака, лицу, кожи

⁸ Јовановић Родољуб.: Судска медицина за студенте права, Нота, Зајечар, 1988, стр.88-89.

главе, неким слузокожама (можданице, слузокожа трбуха, листови плућне марамице и др.), док је на другим деловима тела број и распоред пријемника боли знатно мањи. Тако ће иста штетна драж делујући да делове тела са великом густином и бројем рецептора изазвати интензивније болне осећаје, док ће на другим локализацијама тај доживљај бити значајно мањег степена;

- *индивидуалне карактеристике тела* особе на коју делују штетни фактори (узраст, телесна конституција, опште здравствено стање и др.);

- *психолошке предиспозиције личности*, тј. обележја њене структуре и динамике. Познато је да различите особе различито доживљавају болне дражи једнаког степена и локализације, тј. да су неки изузетно отпорни, а неки веома преосељиви приликом деловања болних надражаја.

Са аспекта накнаде нематеријалне штете, с обзиром на интензитет и трајање, треба напоменути да се бол најчешће јавља као непосредна последица повреде, али и као последица зарастања оштећеног ткива или као резултат поступка лечења и примене одређених дијагностичких и терапијских процедура. Уз све то треба имати у виду и примену средстава која умањују бол (аналгетици), што, такође, може бити од значаја приликом процене интензитета и трајања бола. Све ово вештак мора имати на уму приликом давања налаза и мишљења о претрпљеним физичким боловима, њиховом степену изражености или трајању. У пракси се срећемо са налазима који прецизирају интензитет и трајање болова различитог степена изражености, што је у суштини и правни начин да се суду помогне у процени правичне накнаде за овај вид нематеријалне штете. Такође, у неким ситуацијама вештак се изјашњава и о могућем појављивању болова у будућности, а на основу природе повреде, узрока бола и степена оштећености тела штетним агенсима који доводе и до бола. Тако се врши одређена врста предвиђања, што је у складу са медицинском доктрином и давањем што објективније медицинске процене, а на суду је да овакво мишљење преточи у пресуду којом ће се одредити новчани износ за трпљење ових непријатних дражи.

Са становишта интензитета бол се најчешће степенује као *веома јак, јак, средњи и слаб*, док је трајање у зависности од врсте повреде, околности повређивања, степена оштећености тела, као и других околности.

У принципу вештачење физичких болова треба да обављају специјалисти судске медицине, што се у пракси најчешће и дешава. Некада се одређују хирурзи из области која се односи на локализацију и врсту повреде (ортопеди, неурохирурзи, трауматолози и др.). Није немогуће да процену интензитета и трајања бола могу да обаве и неуролози или

неуропсихијатри, јер поседују знања о анатомским и физиолошким карактеристикама система за пријем и спровођење болних надражаја, али, ипак ова вештачења треба поверити специјалистима судске медицине када год то могућности дозвољавају.

2.2. Страх

Страх, претрпљени и будући, као и његове последице, је један од видова нематеријалне штете, за који се може досудити одређена новчана накнада како би се обештетити лице које је штетним деловањем доведено у ово стање.

Са психолошко-психијатријског становишта страх се одређује као непријатно, мучно и, не ретко, интензивно стање осећања. У склопу оваквог осећања јавља се повећање психичке напетости и узнемиреност.

Суштина је да се страх, као сегмент емоционалног живота човека, јавља у ситуацијама када предстоји или постоји егзистенцијална опасност, углавном по саму личност, а некада и по њу веома блиске особе. Психијатријска и психолошка литература (Креч и Крачфилд⁹, Тирић и Димитријевић¹⁰ и др.) указују да некада страх има само квалитет осећања (емоције), а некада, што је много чешће, има карактеристике афективног стања, као интензивног стања осећања које је праћено телесним и изражајним променама и манифестацијама. У сваком случају, неки штетни фактор угрожава телесни и/или психички интегритет особе (или њему битних особа), чиме нарушава постојећу психичку равнотежу и ствара непријатна или мучна осећања, за које је закон предвидео да се може досудити новчана накнада.

Са аспекта нематеријалне штете и страха као једног од видова исте, у поступцима вештачења се могу вештаци одредити о постојању „примарног“ и „секундарног“ страха.

Када се указује на постојање *примарног страха*, ради се у суштини о правом афекту (афект у ужем смислу те речи). Ова процена даје се у ситуацијама које се односе на време постојања или веома јасне предстојеће егзистенцијалне опасности за оштећеног, а резултат је доживљаја оштећеног да на њега делује штетни агенс који му може угрзити и нарушити телесни и психички интегритет или се то може десити у веома блиској будућности. У пракси су то ситуације које се срећу у саобраћајним удесима, када оштећени спознају

9 Креч, Д., Крачфилд, Р.: Елементи психологије, Научна књига, Београд, 1980.

10 Тирић, З., Димитријевић, Б.: Основи судске психијатрије и судске психологије, СКЦ Ниш, 2009.

да на њега делује или ће деловати неко возило које ће му тешко нарушити здравље или га усмртити, приликом непосредне изложености дејству ватреног оружја, повредама разне природе и порекла које су усмерене и локализоване на виталним деловима тела, када су праћене интензивнијим крварењем, и овај примарни страх ће по правилу трајати све док ова опасност постоји и док се не створи спознаја да ипак овај штетни агенс нема смртоносно дејство или дејство у стварању већег трауматског оштећења здравља. Због тога је и најчешћа процена да ова врста страха не траје дуже од неколико часова, евентуално дана, док лице које је било оштећено не добије (најчешће од стручних лица) сазнање о степену оштећености општег здравственог стања.

Ова врста страха, се за потребе процене нематеријалне штете, у принципу треба степеновати, јер ће се на тај начин омогућити суду лакше доношење одлуке. Осим процене јачине доживљеног страха, неопходно је одредити и време његовог трајања, чиме се употпуњују предуслови за евалуацију овог вида нематеријалне штете. Са становишта процене интензитета доживљеног страха најчешће се у литератури наилази на његову градацију на веома јак (самртни страх), јак, средњи и страх слабог интензитета. У зависности од околности случаја вештак ће дати и процену трајања доживљеног страха, с тим да ће уколико је страх постојао у различитим степенима одредити и дужину трајања страха одређеног интензитета.

По окончању доживљавања примарног страха, а услед различитог степена телесне повређености и одређених осујећења услед насталих повреда и њихових последица, у неким ситуацијама код оштећених се може јавити одређена врста стрепње, забринутости, бојазни, пре свега за степен опоравка насталих повреда и телесних осујећености. Овај вид емоционалних доживљавања означава се као „*секундарни страх*“, што није афект у правом смислу речи, већ врста пролонгираног доживљавања непријатних емоција или чак постојање пролонгираног нерасположења. У сваком случају и ово је поремећај психичке равнотеже у узрочној вези са узроком страха и повређивања. Осим код тежих повреда, ова врста страха се може јавити и код дужег поступка лечења и рехабилитације, када постоји неизвесност за то да се особа неће потпуно опоравити и да ће заостати одређене последице, што све узрокује ову врсту забринутости и стрепње, а то је и суштину секундарног страха.

Накнада за прерпљени страх се у принципу досуђује када је он био интензиван и дужег трајања, али и у ситуацијама када постоји или је постојала даља основана забринутост за последице повређивања и исход лечења и опоравка. То и чини основу да се у литератури говори

о претрпљеном и будућем страху, када је на вештаку да, на основу медицинских елемената изврши и предикцију овог вида нематеријалне штете.

У судско-психијатријској литератури се срећу различити ставови о процени секундарног страха коју вештак треба да презентује суду. Одређени аутори (Крстић¹¹, Ковачевић¹²) сматрају да треба констатовати његово постојање и време када је исти постојао, без степеновања интензитета у периоду када је секундарни страх егзистирао. Са друге стране, има ставова (Капамаџија¹³, Турчин¹⁴) да треба степеновати интензитет секундарног страха током његовог трајања, правдајући то околношћу да се током лечења и опоравка и забринутост и стрепња мењају у изражености, у зависности од тока лечења. Овакав став може имати своје оправдање и са медицинског и са правног становишта. Ово због тога што се стање особе која трпи секундарни страх може мењати, а тиме и израженост ове врсте страха. Тако, напр. није иста забринутост за опоравак особе које је доживела прелом ноге у фази зарастања прелома кости и када се не може кретати, као она када има потврде да је прелом зарастао, када је особа почела да хода и сл.

Иако се пракси вештачења страха врше вештаци разних специјалности, мора се истаћи да је процена овог вида нематеријалне штете искључиво компетенција неуропсихијатара или психијатара. Ово пре свега због околности да се у току свог стручног усавршавања једино ови специјалисти детаљно и адекватно упознају са овим сегментима емоционалног живота човека, па је онда и логично да процену страха у поступцима за накнаду нематеријалне штете и врше вештаци (неуро) психијатри. Чини се да све више у правосућу ово спознаје, за разлику од ранијих времена када се вештачење страха поверавало и непсихијатрима, што нема своје стручно оправдање.

Посебно питање у домену психијатријске процене претрпљеног страха, чини се, појављује се у ситуацијама када је доживљен страх оставио психијатријске последице. Овде се ради о менталним поремећајима чијем настанку страх и њему сличне јаке психичке трауме у краћем или нешто дужем периоду узрокују одређени ментални поремећај, да између

11 Крстић, Б.: Судска психијатрија, СКЦ Ниш, Ниш, 1996.

12 Ковачевић, Р.: Форензичка психијатрија, Правни факултет у Бањој Луци, Центар за публикације, 2000.

13 Капамаџија, Б.: Форензичка психијатрија, Матица српска, Нови Сад, 1989.

14 Турчин, Р.: Форензичка психијатрија, у Кеџмановић (ур.) Психијатрија, Медицинска књига, Београд-Загреб, 1989.

доживљавања страха услед штетног деловања и настанка тих менталних поремећаја постоји јасна психолошко-психијатријска повезаност, односно узрочно последична веза. А ти ментални поремећаји представљају душевне болове и некада веће, а некада мање нарушавање психичке равнотеже.

Прво питање које се у овом ситуацијама може поставити да ли ће се евентуално ови душевни болови ценити уопште као вид нематеријалне штете, јер чини се да немају утемељење у законским условима накнаде за душевне болове. Или ће се можда ценити у склопу уопште евалуације претрпљеног страха, па у оквиру тога и сагледавање његових последица.

Да би читаоцу било јасније, биће наведена ситуација која се доста често појављивала у пракси, посебно у поступцима накнаде нематеријалне штете кодучесника у рату. Наиме, дешавало се да су одређене особе биле изложене, у оружаним сукобима који су се дешавали на нашим територијама, ситуацијама у којима су биле више него животно угрожене (а некада уз то доживљавале у друге веома трауматичне призоре). Ове се дешавало када су били изложени дејству ватреног оружја у њиховој непосредној близини, не ретко вема јако интензитета и у непосредној околини, да су имали доживљај да ће сваког тренутка бити погођени тим оружјем, односно да су у ситуацији веома извесне и озбиљне животне угрожености. И оно што је нормално, доживели су страх веома јаког интензитета (самртни страх), иако у тим ситуацијама нису телесно повређени. Пошто су личности раличите, код предиспонираних, а услед надвладавања одбрамбених механизма личности, јављали су се ментални поремећаји по типу Акутне реакције на стрес, Посттрауматског стресног поремећаја, па чак и Трајних измена личности услед доживљеног катастрофичног искуства. Сви наведени поремећаји су психијатријске дијагнозе и облик душевних болова код личности код којих су се ови поремећаји развили.

Чини се да у потпуности није јасна правна теорија и законодавство, како се односити према оваквим видовима душевних болова који су директна последица преживљеног страха и тешких трауматских ситуација, чији је страх генератор, тј. директни узрок ових поремећаја. Томе треба придодати и околност да овако настали душевни болови могу у разном степену и трајању умањити општу животну активност и способност оштећеног, па је питање шта радити у овим ситуацијама, за које се чини да немају правну подлогу у законодавству, али итекако основу у реалним ситуацијама.

Став овог аутора је да психијатријске околности треба презентовати суду, јер је то део реалне и објективне психијатријске процене, а на правницима је да утврде да ли су овако констатоване психијатријске чињенице основ за досуђивање накнаде за нематеријалну штету. Такође, скромно мишљење

овог аутора је да Закон о облигационим односима треба осавременити и предвиђањем оваквих околности као могућег основа нематеријалне штете, што ће савремене животне ситуације, некада и незамисливе, уврстити у потенцијалне видове штете проистекле из претрпљеног страха.

2.3. Душевни болови

Душевни болови, као вид нематеријалне штете, некада имају и назив психичке патње. Представљају широки спектар негативних емоционалних доживљавања или чак и развијених менталних поремећаја, који су последица различитих штетних деловања, а чије узроке предвиђа Закон о облигационим односима.

Као што је већ наведено, накнада за претрпљене и будуће душевне болове може се одредити уколико они настају услед: а) *умањења животне активности*, б) *наружености (измене естетског изгледа)*, ц) *повреде угледа и части*, д) *повреде слободе и неоснованог лишења слободе*, е) *повреде права личности*, ф) *смрти блиског лица*, г) *нарочито тешког инвалидитета блиског лица* и х) *кривичног дела против полног интегритета, достојанства личности и морала*.

Може се, дакле, јасно закључити да се накнада за овај вид штете може досудити и лицима на која нису директно деловали штетни чиниоци, тј. осим оних који су непосредно оштећени, право на накнаду по основу трпљења душевних болова имају и нека лица која су посредно оштећена. То се среће код накнаде душевних болова услед смрти блиског лица или тешког инвалидитета блиског лица.

При одмеравању висине новчане накнаде за претрпљене и/или будуће душевне болове процењује се њихов интензитет, дужина трајања и друге медицинске околности.

Према својој изражености душевни болови могу бити *јаког, средњег и лаког (слабог) интензитета*, док је њихово трајање различито, с тим да за то време треба одредити ког степена изражености су били у ком периоду. Такође, законско одређење указује да се осим претрпљених душевних болова може сатисфакција одредити и за оне који ће се тек трпети, што захтева основано предвиђање њиховог постојања у будућности, чак и до мере да ли ће неки од тих душевних болова бити трајни (малте не доживотни). Наравно, и у овим ситуацијама је неопходно предвидети интензитет душевних болова који ће бити присутни и у будућности.

Интензитет душевних болова у принципу зависи од већег броја разних фактора, међу којима посебно место имају: врста штетног деловања,

субјективни значај повређеног добра у систему вредности оштећеног, карактеристике личности, узраст особе, раније постојање менталних поремећаја, евентуални развој неког менталног поремећаја и др.

У судско-психијатријском приступу овој материји срећу се различити ставови и начини поступања у обављању вештачења. Већи број вештака психијатара потврду претрпљених или будућих болова налази уколико су оштећена лица трпела нека непријатна и негативна емоционална доживљавања, без обзира да ли она спадају у врсту и квалитет емоција које може доживети свака особа или се ради о развијеним и постојећим менталним поремећајима, тј. да је код оштећеног постављена психијатријска дијагноза. Мањи број трпљење душевних болова утврђује само када је услед штетног деловања код неког лица наступио психијатријски поремећај. Мора се истаћи да је први приступ не само већински, већ и једино исправан, јер оштећени може да трпи душевне болове и када нема развијени психијатријски поремећај, већ када је штетни фактор код њега условио трпљење негативних емоција, без квалитета психијатријске дијагнозе.

Исправност оваквог става потврђује и постојећа формулација у правној литератури, где се говори да се душевним боловима може сматрати сваки облик „нарушене психичке равнотеже“. То указује да се душевним боловима треба сматрати околност да лице жалује, осећа забринутост, повређеност, нарушено достојанство, непријатност и nelaгодност, што све спада у „нормална“ осећања свих људи и неповољним животним околностима. Наравно, душевне болове ће представљати и настали, постојећи или будући ментални поремећаји. Разлику ће евентуално представљати процена интензитета и трајања душевних болова у постојећим ситуацијама, као и околности јасне узрочно-последичне везе између ових психичких трпљења и деловања штетних фактора.

Приликом утврђивања постојања душевних болова по неком од законских основа, суд може ангажовати стручно лице-вештака, како би што објективније били процењени интензитет и трајање истих. Пошто се искључиво ради о психичкој сфери личности, вештачење у овој области треба поверити психијатрима или неуропсихијатрима. С обзиром да се овај аутор око 20 година бави и судским вештачењима и имао је прилике да види каква је била судске пракса, може се истаћи да се задњих година чини квалитативни помак на боље, јер се све чешће за ова вештачења одређују (неуро) психијатри, а све мање специјалисти из других области, што је у ранијим периодима био чест случај. Оваква побољшања у правосудној делатности стварају услови за што објективнију процену.

Када се већ говори о томе ко треба да обавља вештачења у поступцима накнаде нематеријалне штете, не ретко постоји потреба да се ангажују бар два вештака, један специјалиста судске медицине, а један психијатар. Ово је потребно посебно у ситуацијама када је лице претрпело и телесне и психичке повреде, што овим вештачењима даје мултидисциплинарни и сложен карактер. Дешава се, на жалост, да ли због уштеде времена или новца, да судови одређују само једног вештака (специјалисту судске медицине или психијатра), што често није најбољи начин за утврђивање што објективнијег чињеничног стања. На сву срећу, оваква пракса се у последње време полако напушта, па се тиме ствара основ и за објективну и закониту пресуду.

Судско-психијатријска вештачења душевних болова у складу са правилима струке обављају се прегледом лица које је оштећено и утврђивањем његовог садашњег, али и ранијег психичког стања, као и обављањем допунско-дијагностичких процедура које вештак процени неопходним за што објективнији налаз (налаз и мишљење психолога, одређена снимања функције и структуре мозга, преглед лекара других специјалности и сл.). Такође, од посебног значаја је и сагледавање медицинске и друге релевантне документације, што уз неопходне прегледе ствара солидне предуслове за давање налаза у складу са захтевом суда. Треба истаћи да уназад око годину и по дана вештачења у овој области се не изводе само на захтев суда, већ и да Закон о парничном поступку омогућава да странке и пре започињања судског поступка обезбеде доказ медицинским вештачењем. Наравно да у оваквим околностима вештак треба да се држи правила струке, мада странка која ово вештачење тражи сматрајући да сноси трошкове истог треба да има наклоност вештака. Сем контролних вештачења, у овој области нису створени неки озбиљнији механизми контроле и надзора над оваквим обликом рада вештака, што ће, вероватно, у будућности морати да буде обезбеђено како од стране лекарских удружења (лекарска комора, удружења вештака), тако и доношењем одређених прописа у овој области.

За потребе овог рада биће презентована питања везана за вештачења неких модалитета душевних болова који чине основ овог вида нематеријалне штете.

Основни предуслов *душевних болова услед умањења опште животне активности (ОЖА)* је да постоје ограничења или осујећеност у животним активностима оштећеног које је остваривао или би у свакодневним будућим активностима извесно остваривати. Осим немогућности остваривања активности, под ограничењем се подразумева и вршење активности уз повећане напоре и под неким посебним условима¹⁵.

15 Милошевић Александар: Накнада нематеријалне штете, www.pravniportal.rs, 2010.

Ради се о негативним емоционалним доживљавањима, а некада чак и о постојању менталних поремећаја који су условљени умањењем ОЖА. Ова умањења су у принципу резултат претходних телесних оштећења услед штетног деловања према оштећеном, када настаје одређени степен инвалидитета, односно оштећени је умањених способности за обављање свакодневних животних, па и радних активности. Тако се, између осталог, нарушава квалитет живота оштећеног и стварају предуслове за негативне емоционалне реакције, чији спектар испољавања може бити од само негативне емоције, па све до развоја менталних поремећаја различитог трајања и различитог степена испољености.

Најчешће се срећу ставови да се накнада за трпљење душевних болова због умањења ОЖА може досудити ако је оно трајног карактера и јачег степена. Ипак, пракса показује да се душевни болови могу трпети и код привременог умањења животне активности, нарочито ако је јачег степена и дужег трајања.

Облици испољавања душевних болова по овом основу нематеријалне штете може бити вема различит и разноврстан. Некада постоји стање узнемирености, забринутости, незадовољства, осећање непријатности у трајању од неколико дана до неколико недеље, када се може говорити о душевним боловима краћег трајања, а различитог степена изражености. Међутим, некада околности да су животне активности и способности редуковане и обаљају се уз већи напор субјекта, као и предиспонираност личности (емоционално нестабилне личности, неуротске личности и др.), може условити настанак менталних поремећаја, као посебних облика душевних болова. Међу њима су најчешћи Акутна реакција на стрес, Поремећај прилагођавања, Посттрауматски стресни поремећај, Продужене депресивне реакције или чак и Трајне измене личности.

На вештаку психијатру је да у свакој ситуацији процени интензитет и трајање душевних болова, уз предуслов да је претходно утврђено умањење опште животне активности. Ова околност даје овим проценама одређену специфичност, јер по правилу, степен и трајање умањења ОЖА предмет сагледавају специјалисти судске медицине.

Мора се рећи да са становишта стручних релација вештака наведених специјалности готово да никада нема неразумевања и нејасноћа. Проблем, међутим, све чешће прави налог које вештаци добијају од судова, посебно када се тражи да се о умањењу ОЖА вештаци изражавају у процентима. Судско-медицинска и судско-психијатријска доктрина (а чини се и 300) степеновање видова нематеријалне штете одређује појмовима јак, средњег и слабог интензитета. У складу са тим обавља се и едукација вештака, тј. да

се у складу са претходним дају налази и процене, а не оне у процентуалним вредностима. Због тога и честа ограда вештака да изјашњење у процентима дају на инсистирање суда, мада се не види правни основ за овакве захтеве. Можда је то преузето из начина како остварују права накнаде штете из права осигурања, али се ту не ради о судским поступцима у којима нема основа за изјашњења у проценима.

Оно што се може видети у пракси су и пресуде где се досуђује накнада за умањење опште животне активности (формулације из пресуда), а не због душевних болова због умањења ОЖА. Можда све више има места да се умањење опште животне активности одреди као вид нематеријалне штете, али док је овакво законодавство исто треба примењивати и тиме избећи ситуације да се оно што није основ нематеријалне штете прихвати као да јесте. Назнака у пресуди колики је степен умањења ОЖА може имати смисла када је он такав да представља нарочито тежак инвалидитет, што ће блиским сродницима омогућити вођење посебно поступка за накнаду нематеријалне штете. У тим ситуацијама треба утврдити колики је степен умањења ОЖА настао услед телесних оштећења, а колики услед разлога психијатријске природе, те дати заједничку процену (и судски лекар и судски психијатар) о степену овог умањења.

Душевни болови због наружености могу бити различитог степена и трајања, што зависи од разних фактора. Међу њима су најзначајнији интензитет повреде, локализација естетског поремећаја, узраст повређеног, животни статус, али и карактеристике структуре личности. Такође се ради о негативним емоционалним поремећајима који се често манифестују у форми осећања стида, умањење самопоуздања, незадовољство услед повлачења из социјалних комуникација, осећање нарушеног достојанства, па све до психолошких комплекса сложене динамике и испољавања, који чак могу бити дугог трајања. Због тога је код процена овог вида строго индивидуална и специфична, уз неопходност да пре процене психијатра о степену наружености (измене првобитног естетског изгледа) своје мишљење да и вештак из области судске медицине.

Последњих година, вероватно и због специфичних друштвених околности повећао се број захтева за накнаду *душевних болова услед повреде слободe и неоснованог лишења слободe*. Овакви животни догађаји могу бити ваома јак трауматски фактор, што код оштећених може условити појаву различитих негативних емоционалних доживљавања. Осим страха, који се треба засебно процењивати, јављају се непријатна осећања као што су осећање постиђености, беспомоћности, нарушеног личног достојанства, угледа и сл. У зависности од околности збивања, али и предиспозиције личности,

може доћи и до појаве менталних поремећаја краћег или душег трајања (Акутна реакција на стрес, Посттрауматски стресни поремећај, Поремећај прилагођавања), када је потребно, такође, утврдити интензитет и трајање оваквих облика психичког трпљења, па чак и да ли је дошло до трајних психичких последица услед ових ситуација и каквог степена.

Душевни болови због смрти блиског лица или његовог тешког инвалидитета су облик посредног психичког трпљења блиских особа у наведеним ситуацијама и околностима које су задесило њима блиско лице. Некада се овај вид штете утврђује без психијатријског вештачења, али преовлађују ставови да је оно потребно и због својстава личности оштећених, као и због процене тих негативних емоционалних доживљавања или еветуалног настанка психичких поремећаја. Тако се свакој ситуацији даје индивидуална димензија и стварају предуслови за што објективнију процену суда.

На крају, треба истаћи, да се чини да је начин како закон прецизира видове нематеријалне штете у неким сегментима превазишло време и нове околности које срећемо у судској пракси, што делом утиче и на актиност вештака психијатара. Тако, напр. недовољно флексибилност у ситуацијама када душевни болови умањују ОЖА и доследна примена закона, онемогућавају да се реално постојеће животне ситуације и психичка трпљења искажу кроз одређивање накнаде нематеријалне штете. Ово посебно у стиауцијама када су доживљени страх и претрпљене психотрауме (посебно за време оружаних сукоба на нашим просторима) биле таквог квалитета и степена да су развојем разних психијатријских поремећаја условили умањење опште животне активности. Законски основ за такве ситуације чини се да не постоји, а пракса их непрекидно намеће и личности су реално трпеле због штетног деловања неког правног или физичког лица, што упућује на размишљање да има места одређеној измени законске регулативе како би се ове ситуације лакше у судским поступцима разрешиле. На овај начин би се смањила и нејасноће и неразумевања на релацији правници, са једне, и психијатри, са друге стране.

4. Закључна разматрања

Презентоване чињенице у раду упућују да је област накнаде нематеријалне штете, осим своје мултидисциплинарности (јер захтева и ангажовање правника, лекара разних специјалности, психолога, дефектолога и др.) представља и изузетно значајну област која има своје основе и значај и у домаћем и у законодавствима земаља Европске уније. То је био разлог

да се у раду, кроз призму судске психијатрије прикажу постојећи видови нематеријалне штете, да њихов опис и медицински значај (судско-медицински и/или судско-психијатријски), укаже на проблеме који се јављају у правосудној активности у овој области и учине покушаји да се допринесе побољшањима у овој области. Тиме ће се смањити професионална дистанца и неразумевања на релација правника и лекара вештака, али и, надамо се, утицати на одређене иновације у правној регулативи, како би приступне ситуације из праксе добиле своје законско утемељење, све ово са циљем да се створе услови за објективну и правичну пресуду и процену степена изражености и трајања различитих видова нематеријалне штете.

Литература

1. Јовановић, Р.: Судска медицина за студенте права, Нота, Зајечар, 1988.
2. Капамаџија, Б.: Форензичка психијатрија, Дневник Нови Сад, Нови сад, 1989.
3. Креч, Д., Крачфилд, Р.: Елементи психологије, Научна књига, Београд, 1980.
4. Крстић, Б.: Судска психијатрија, СКЦ Ниш, Ниш, 1996.
5. Милошевић Александар: Накнада нематеријалне штете, www.pravni-portal.rs, 2010.
6. МКБ 10-Класификација менталних поремећаја и поремећаја понашања, Клинички опис и дијагностичка упутства, Завод за уџбенике и наставна средства, Београд, 1992.
7. Правни лексикон, Савремена администрација, Београд, 1970.
8. Радишић, Ј.: Облигационо право, Општи део, VIII прерађено издање, Номос, Београд, 2008.
9. Турчин, Р.: Форензичка психијатрија, у Кеџмановић (ур.): Психијатрија, Медицинска књига, Београд-Загреб, 1989.
10. Ђирић, З., Димитријевић, Б.: Основи судске психијатрије и судске психологије, СКЦ Ниш, 2009.
11. Ђирић, З.: Основи судске психијатрије, *Bona fides*, Ниш, 2004.
12. Curann, W.J., Mc Garry, L.A., Shah, S.A.: *Forensic psychiatry and psychology*, F.A. Davis Company, Philadelphia, 1986.

Резиме

Једна од значајних области којим право штити људска права је и стварање могућности за накнаду нематеријалне штете, која настаје у ситуацијама када штетним деловањем физичких или правних лица на особу настају телесни и/или психички поремећаји, односно различити облици нарушавања здравља оштећене особе. С обзиром да ове последице штетног деловања немају своју прецизну материјалну вредност, у законодавству се исте означавају као нематеријална штета. С тога и нематеријална штета не представља правичну накнаду оштећеном, већ специфичну врсту сатисфакције за трпљења која су настала штетним деловањем.

Иако правници доносе пресуде које се односе на нематеријалну штету, они немају стручна знања да обаве процену нарушености телесног и/или психичког здравља, квалитет, облике, степен, трајање и др. У овоме им је нужна помоћ вештака медицинске струке (специјалисти судске медицине, судске психијатрије и др.), чиме се медицинска наука интерпонира у процену одређених околности од значаја за ове судске поступке. Одређују се медицинска вештачења, као специфични део доказног поступка, а мишљења вештака су често битни чиниоци у доношењу пресуде.

Због свега наведеног може се говорити да област нематеријалне штете има интердисциплинарни карактер, у коме се интерпонирају знања стручњака разних области, најмање оних из области праве и оних медицинске струке. Ако овоме придодемо и чињеницу да се овим поступцима штите права личности, јасно је да се ради о значајном сегменту права, са једне и медицине, са друге стране.

У раду је презентован медицински приступ сагледавања видова нематеријалне штете (страх, физички болови, душевни болови), као и одређена искуства из праксе, која у одређеној мери упућују на потребу одређених иновација у овој области, као би се превазишла некада присутна недовољна разумевања на релацији правник-лекар вештак, а тиме створиле што боље основе за објективно процењивање и доношење пресуде.

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

The Forensic Psychiatry Aspect of Immaterial Damage

Summary

In the field of human rights protection, the possibility of obtaining compensation for immaterial damage is one of the most significant legal instruments. It comes into play when the injured person has sustained some physical and/or mental harm as a result of a wrongful or harmful act committed by a natural person or a legal entity, which further caused some physical/mental distress, disturbance or some other detrimental impact on the physical/mental health of the injured party. Given the fact that the consequences of wrongful acts do not have a precise material value, they are legally designated as immaterial damage which may be compensated by awarding non-pecuniary damages to the injured party. The non-pecuniary damages do not serve the purpose of providing a fair and just compensation for damage sustained by the injured party but they are certainly a specific kind of just satisfaction for distress, suffering and mental pain the injured person sustained by the commission of the wrongful act.

Although the legal professionals bring decisions pertaining to immaterial damage, they do not have the medical knowledge and professional expertise to assess the quality, forms, degree and duration of the disturbed physical and/or mental health. The assistance of medical experts (medical jurisprudence specialists, forensic psychiatrists, etc) is essential and, thus, medical science becomes an integral part of in the assessment of specific circumstances which are relevant for the proper administration of judicial proceedings. Medical expertise is designated as a specific part of the evidence procedure, and medical expert opinions are frequently the essential factors in adjudication.

For all the above, immaterial damage may be said to have an interdisciplinary character, as it incorporates the knowledge and expertise of experts from different areas, including the areas of law and medicine. Given the fact that these legal proceedings are aimed at protecting individual/personal rights, they are a significant segment of both law and medicine.

In this paper, the author presents the medical aspect of assessing different forms of immaterial damage (fear, physical pain, mental pain and suffering) and elaborates on some experiences from medical practice which to some extent point to the need for certain innovations in this area. These improvements are important in order to overcome the occasional misunderstandings between the legal professionals and medical expert witnesses, which would ultimately contribute to creating better grounds for an objective medical assessment and adjudication of the case at issue.

Key words: *immaterial damage, fear, physical pain, mental distress*

КРИМИНАЛИТЕТ У ГРАДСКОМ ПОДРУЧЈУ – ОД ИСТРАЖИВАЊА ДО ДЕЛИНКВЕНЦИЈЕ

***Апстракт:** У раду ауторка је најпре објаснила значење екологије кримина-литета и еколошких објашњења у криминологији. Навела је основно објашњење делинквентног подручја. Објаснила је историјски контекст прихватања концепта екологије из домена природних домен друштвених наука: социологије и криминологије. Осим тога, осврнула се на савремени значај еколошких објашњења у криминологији, која се односе на урбане истраживаче и њихову изложеност виктимизацији, односно могућности да постану делинквенти.*

***Кључне речи:** делинквентно подручје; екологија криминалитета; еколошка теорија; урбани истраживачи; виктимизација; превенција криминалитета.*

Криминалитет у градском подручју – уводна разматрања

Питања обухваћена објашњењима криминалне феноменологије односе се, између осталог, на динамику криминалитета, која обједињава настале промене у обиму криминалитета, као масовне друштвене појаве, у одређеном временском периоду и на одређеном простору. Поред динамике укупног криминалитета могуће је посматрати и статистички пратити динамику појединих појавних облика криминалитета: привредног, политичког, имовинског, малолетничке делинквенције или, пак, изучавати регионалну распрострањеност криминалитета (географија криминалитета) или распрострањеност криминалитета у светским и националним размерама, на појединим националним и државним подручјима, у градовима и селима, појединим деловима града (екологија криминалитета).¹

Изучавање регионалних карактеристика криминалитета спада у једну од најважнијих области интересовања криминалне феноменологије.²

1 Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М. (2009) *Криминологија*, Ниш, Пеликан принт, стр. 30.

2 Ibid.

Традиционално, криминолошко изучавање у друштвено-просторном смислу, обухвата два централна питања: објашњење просторне дистрибуције делинквенције и објашњење просторне дистрибуције делинквената. Такође, у новије време, овим темама придодато је и изучавање просторне дистрибуције анти-социјалних понашања.³

Но, дискурс посматрања просторне дистрибуције криминалитета, као питање криминалне феноменологије, не исцрпљује се на том нивоу. Напротив, угао условљености/узрочности између испољавања злочиначког понашања, с једне стране и географских карактеристика подручја на којима се злочин испољио, с друге стране, развијали су се у криминологији дуж два одвојена правца.⁴ Први правац био је усмерен на истраживање прилика које погодују јављању злочина. Своје иницијалне зачетке овај правац је развио кроз следећа учења: изглед окружења (Jeffery, 1971); географско објашњење (Haggies, 1974); рутинске активности (Cohen, Felson, 1979) и у криминологији околног окружења (Brantingham, Brantingham, 1981). Теоријске основе ових усмерења ка објашњењу злочина, на основу прилика које погодују његовом јављању, полазе од рационалног избора (Cornish, Clark 1986), и та се схватања развијају до данашњих дана. Овај приступ односи се на непосредне узроке злочина, који се сагледавају очима потенцијалног делинквента: Која је мета доступна да је нападнем и колико лако могу изаћи на крај с тим? Ово схватање прати просторне и временске обрасце злочина, како би се трагало за индивидуалним обрасцима злочина, а даље би то водило ка одређеним превентивним мерама, које би биле делотворне.⁵

3 Видети: *The Oxford Handbook of Criminology* (ed. by Mike Maguire, Rod Morgan and Robert Reiner), (2007) Oxford University Press, стр. 230.

Као илустрација овом научном ставу у криминологији, који је јасно изражен на почетку XXI века, може се навести новинарско истраживање о самоубиствима у Србији, урађено на почетку XX века. Извор је чланак „Сваке године убија се све више људи у Београду“, објављен у дневном листу *Политика*, од суботе 13.4.1929., бр. 7526, година XXVI, на стр. 7. У чланку пише:

„Од 1. јануара 1919. до 31. децембра 1928. године било је у Београду самоубистава 285 код мушких и 225 код женских. Код бројности самоубиства важе као општа правила: прво, да је редовно, свуда и свакада број самоубистава у градовима (два до три пута) већи него на селу, и друго, да је самоубиство у већим градовима многобројније него у мањим.

У Београду пак од 1806. до 1900. године срачунато на 100000 становника (јер их је Београд стварно тада имао само 59750-65598) било би 18 самоубица, а у осталој предкумановској Србији за исти период времена и на исти број становништва износило је свега 4 самоубице. Од године 1919. до 1928. у Београду је пак на 100000 становништва падало од 30-33 самоубице“.

4 Michael D. Maltz, *Criminality in space and time: life course analysis and the micro-ecology of crime*, p. 319, <http://tigger.uic.edu/~mikem/CrSpTime.PDF>, pristup: 15.10.2013.

5 Ibid.

Објашњавајући повезаност између географског простора и злочина, други приступ се фокусира на корелације саме делинквенције. То се научно мишљење заснива на раду Клифорда Шоа и Хенрија Мекеја (Clifford R. Shaw, Henry D. McKay, 1942), који су пошли од тога да се делинквенција развија у областима изражене друштвене дезорганизације, а посебно се мармира висок ниво сиромаштва, мењање места боравишта и популациона хетерогеност. Овај приступ користи базе с различитим подацима, што дозвољава упоређивање карактеристика различитих суседства на подручју једног града.

Уколико се пажња наново усмери на област феноменологије, важно је уочити да криминална феноменологија, изучавајући посебне регионалне карактеристике криминалитета, посебну пажњу поклања особеностима криминалитета, које се испољавају почев од сеоских и градских области, па све до светских ужих или ширих региона. Особине распореда криминалитета у сеоским и градским подручјима и утицај локалних услова на тај распоред представљају посебан предмет истраживања екологије криминалитета.⁶ У најновијој криминолошкој књижевности,⁷ приликом објашњавања феноменолошких карактеристика криминалитета, наводи се, већ у уводним текстовима, премиса да је „основна и дуго установљена криминолошка истина да је ниво криминалитета виши у урбаним него у руралним срединама“.⁸ Из тог разлога сеоски криминалитет (*rural crime*, *village crime*) био је дуго игнорисан од стране криминолога.⁹ С друге стране, криминолози/криминолошкиње, родно оријентисаног приступа, указују на родну перспективу дуго опстајуће контроверзе, по којој је „урбани стил

6 Термин *екологија* преузет је из физичке науке и односи се на проучавање прилагођавања биљних и животињских организама спољашњој средини. Градови се територијално распоређују и по „природном реду“, кроз процесе конкуренције, инвазије и смењивања, дакле сличне процесе који се одвијају и у биолошкој екологији. Видети опширније: Гиденс, Е., (2005) *Социологија*, Београд: Економски факултет, стр. 586.

7 Видети и: Костић, М., Константиновић-Вилић, С., „Разлике у феноменолошким обележјима криминалитета на селу и криминалитета у граду“, XIV Међународни научни скуп: „Власински сусрети 2008“, Зборник радова: *Село у транзицији*, Завод за проучавање села, Српско удружење за социологију села и пољопривреде, Балканска асоцијација за социологију села и пољопривреде, Београд-Власотинце 2008., стр. 482-495.

8 Cressey, D. (1964), *Delinquency, Crime and Differential Association*, The Hague: Martinus Nijhoff, cit. u: *The Oxford Handbook of Criminology* op. cit., стр. 528.

9 Према речима Сузан Муди (Susan Moody) основни проблем остаје мањак ангажовања криминолога у делу руралног дистрибуирања злочина. Руралност ипак има нешто значајно да понуди криминологији. „Тужно, међутим“, пише ова ауторка, „како криминологија има мало да понуди заузврат“. Цит. у: *ibid*.

живота, ма како тежак био, утицао на еманципацију жена више него сеоски живот или живот у субурбаним домаћинствима“.¹⁰

Полазећи од наведених претпоставки, неки криминолози, попут Квајнија (Quinney) померају угао гледања и истраживања на распоред криминалитета на релацији село-град. Наиме, према Квајнају,¹¹ резултати еколошких студија указују на то да је злочин у великој мери функционално повезан са социјалним и културним утицајима. Због доследности прикупљених података о руралним и урбаним разликама у испољавању злочина и делинквенције, често се претпоставља да криминализација и урбанизација иду заједно. У свом истраживању Квајнај је пошао од претпоставке да је обим испољавања делинквенције у руралним областима нижи у поређењу са областима које су гушће насељене становништвом. Разлике у нивоу испољавања злочина постају уочљиве у самом процесу урбанизације. Међутим, као што локалне заједнице постају део већих урбано-индустријских средина и утичу на смањење разлика између села и града, тако и разлика између обима урбаног и руралног злочина постаје све мања.

Због тога, интересовање криминолога треба преусмерити од разлике у нивоу испољавања злочина у урбаним и руралним срединама према различитим утицајима социјалне структуре на ниво криминалитета у градским и сеоским областима. Могуће је да структуралне разлике не дејствују на исти начин у односу на ниво криминалитета у различитим облицима људских насеобина.

Емпиријска истраживања показују да се криминалитет и делинквенција повећавају са процесом урбанизације. Илич (Illich)¹² сматра да због непосредног индустријског развитка прете многобројне опасности савременом градском човеку. Индустријски раст, који прелази своје границе, прети праву човека на сједињење с околином у којој је настао и угрожава право на човекову аутономију у деловању. Појачано дејство механизма искоришћавања ресурса угрожава човеково наслеђе, састављено од традиције, митова, језика и обреда.

10 Wilson E. (1992) *The Sphinx in the City: Urban Life, The Control of Disorder, and Women*, Berkeley, Cal: University of California Press, стр. 10., цит. у: *ibid*.

11 Quinney, R., "Structural Characteristics, Population Areas, and the Crime Rates in the United State", *The Journal of Criminal Law, Criminology and Police Science*, Vol. 57, No. 1, 1966. p. 45.

12 Illich, I., *Selbstbegrenzung, Ronjohlt*, Reinbek bei Hamburg 1980., стр. 88. цит. у: Цифрић, И., (1989) *Социјална екологија*, Загреб: Глобус, стр. 104.

Подаци добијени из резултата истраживања екологије криминалитета указују да се у урбаним подручјима чешће врше: преваре, фалсификати и имовински деликти, а на селу силовања и паљевине. Криминалитет градске деце неупоредиво је већи по обиму и налази се у сталном порасту у односу на криминалитет сеоске деце. Лидл (Liddell, E.G.)¹³ сматра да се малолетничка делинквенција посматра као искључиво урбана појава и у већини случајева то је готово потпуно тачна претпоставка. По овом аутору, делинквенција није тако значајна појава у сеоској средини, где сви имају жудно интересовање за друге. Они који почине недозвољено понашање на селу постају брзо свесни тога да је веома тешко остварити анонимност у таквој заједници, па чак ограничавају своју делинквентну активност током посета градским срединама. Према томе, тамна бројка делинквенције опстаје у руралним срединама не због незнања, већ због прикривања знања.

Клиnard (Clinard)¹⁴ наводи податак да се обим делинквенције много спорије повећава у сеоским него у градским срединама. У Индији је по званичном саопштењу Обавештајног бироа утврђено да се делинквенција деце, у једној општој форми, ограничава на градове Индије у којима се испољавају економске потешкоће, док то није случај са руралним срединама.

Осим феноменолошког приступа екологији криминалитета, у другом важном подручју криминологије, криминалној етиологији, као једно од основних етиолошких објашњења истиче се еколошка теорија, у оквиру правца криминалне социологије. Екологија је учење о распрострањености неке појаве и њеном односу према околини. Еколошка школа у криминологији тежи да објасни злочин као функцију друштвене промене која се јавља у складу са променама околине. Другим речима, према одређењу о коме пише Рид (Sue Titus Reid, 2003), еколошка школа је један приступ или учење о квантитативном односу између географског феномена и злочина.¹⁵

Хумана или социјална екологија описује односе између људи који деле исто станиште или локалну територију и ти односи су јасно повезани са карактером саме територије. То је, у ствари, учење о друштвеној структури у односу на локално окружење.

13 Liddell.E.G., "Rural Problem Families and the Primary School", *The British Journal of Criminology*, Vo.7, No.1 january 1967. str.45.

14 Urbanization in Asia and the Far East, p.233., A Report on Juvenile Delinquency in India (Bombay: The Children's Aid society, 1956.), p. 8. cit. u: Clinard, M., (1968) *Sociology of Deviant Behavior*, Holt, Rintehart and Winston, Inc. New York, стр. 98-103.

15 Видети: Sue Titus Reid (2003) *Crime and Criminology*, New York: McGrawHill, стр. 120.

Историја људске цивилизације, како истиче Морис (Morris, 1971),¹⁶ „је великим делом процењивање човечијег напора да ослободи себе од ограничења наметнутих његовом природном околином; не само да он сада практично може да живи и ради под свим могућим климатским условима, већ може да настани огромне урбане агломерације које, будући да не могу да подрже саме себе, могу опстајати у смислу ингениозне технологије и ефикасног транспорта“. Међутим, оно што се изродило као последица, даље сматра Морис, је да је човек створио своје ново окружење које, за узврат, почиње да испољава своја сопствена ограничења у односу на човека. Велики град или предграђе може поставити ограничења на људску активност која, иако потиче из сасвим другачијег смисла, није ништа мање реална од оне поставље у прошлости, у односу на планине и реке, пустиње и океане. Признање постојања разноликости између урбаног и руралног начина живота јесте уважавање основне асоцијације између образаца понашања и карактеристика локалне заједнице.

Делинквентно подручје је природна област која постоји у граду, попут гета на пример, која настаје у процесу урбанизације и развоја и значајна је по својим карактеристичним обрасцима антисоцијалног понашања. Унутар граница делинквентног подручја, делинквентно или криминално понашање је нешто што се очекује, попут правила, међу њеним становницима. То утиче на развој непријатељског става код социјалних служби и код полиције, па се стога формира неки облик културне енклаве која одудара од остатка града. Формалне особине делинквентног подручја обично се испољавају као: физичко изопачење, пренасељеност, мобилност становништва, углавном према индустријским и трговачким зонама. С друге стране, социјалне карактеристике се највише огледају у једном малом броју неформалних служби социјалне контроле, услед чега опстају норме понашања прихваћене од стране ширег друштва.¹⁷

Концепт делинквентног подручја потиче непосредно из концепта природне области у еколошкој теорији, а епитет „делинквентан“ се односи на доминантни образац понашања исказан од стране великог броја становника те области.

Стога, однос екологије и криминалитета може да се посматра у двострукој заступљености у савременој криминологији, и то кроз области криминалне феноменологије и криминалне етиологије.

¹⁶ Morris, T., op.cit., стр. i.

¹⁷ Morris, T. (1971) *The criminal area*, London: Routledge&Kegan Paul, New York: Humanities Press, стр. 19.

Историјски контекст

Термин „екологија“, који је позајмљен из области биологије, први пут је употребљен 1878. године од стране немачког биолога и филозофа Ернеста Хекела (Ersnt Haeckel, 1878). Данац Варминг (Eugenius Warming, 1895) је овај термин ипак приближио много више друштвеним наукама у својој књизи „Друштво биљака“ (*Plant Communities*, 1895), тако што је скренуо пажњу на чињеницу да различите врсте биљака теже да расту заједно и, слично људским друштвима, имају временски почетак, искуствене промене и коначно ступају у период пропадања, при чему се постепено смењују другим биљкама. Управо је у томе тај облик испољавања динамичног аспекта екологије, што га је можда највише и приближило пољу социологије. Тако су социолози, у каснијим годинама XX века, екологију уврстили у студије о социјалном развоју или еволуцији људских институција и широко инкорпорирали тај концепт из домена природних у домен друштвених наука.

Даљи приступ везан је за рад Парка (Robert Ezra Park, 1864) и његових следбеника на Универзитету Чикаго, у виду посебне социолошке теорије. Парк је пошао од разматрања социјалних промена и њених последица на досељено становништво. Од шездесетих година XIX века имигранти из читаве Европе су почели да насељавају области средњег запада САД-а. Брзина и јачина социјалних промена и драматичне тешкоће везане за јављање културног конфликта, биле су друштвене чињенице које је било тешко не приметити, а које су имале утицај на Парково касније формулисање социолошких теорија. Рад Парка имао је непосредан утицај на велики број америчких социолога, као и на Клифорда Шоа и његову књигу „Делинквентне области“ (Clifford Shaw, *Delinquency Areas*).¹⁸ То је и био почетак развоја доборо познате школе у криминологији из области урбане социологије, под називом Чикашка школа.

Представници Чикашке школе тежили су да објасне однос између екологије и криминалитета у Чикагу. Град су посматрали као живу, растућу, органску целину, а различите области у граду као средства за остварење различитих функција. Студије о различитим областима Чикага, у којима се јављала висока стопа криминалитета и других форми девијантног понашања, указала је истраживачима на то да је чак и свет девијантности окарактерисан различитим социјалним улогама, које су одређене и стратифициране правилима која су наметнута.

Градске карактеристике, социјалне промене и распоређеност људи и њихових поступака представници Чикашке школе посматрали су кроз призму концентричног круга. Теорија концентричног круга дели град на

¹⁸ Видети: Morris, T., op.cit., стр. 3.

пет зона. Центар града је зона 1 или централна пословна област. Ову област карактерише лака мануфактура, ситна трговина и комерцијална забава. Зона 2, која окружује централну пословну област, је зона транзита од места становања до посла. Овај део града је популаран међу људима који на легалан начин зарађују свој новац и који живе у веома скупим, луксузним становима. Зона 3 је област кућа у којима живи радничка класа и која је у мањој мери 'искварена' него зона транзита, а насељена је у великој мери „радницима чији економски статус омогућава да приуште многе удобности, чак и неки облик луксуза који град има да понуди“.¹⁹ Зона 4, област средњег слоја градских становника, широко је насељена професионалцима, свештеницима, власницима малих предузећа, менаџерима. На спољној ивици града је зона 5 или област несталног становништва. Ова зона обухвата сателитске градове и предграђа. Многи од њених становника напуштају област током дана и одлазе у град због посла.

Према мишљењу Парка, кључна област за објашњење криминалитета/ делинквенције је зона 2, односно зона транзита. Због премештања послова у ову зону, она постаје непожељно место за живот. Становање се погоршава, легитиман начин живота у тој области се мења. Људи, који су то могли себи да приуште се иселавају и не постоји напредак у побољшању становања у тој области без државне новчане помоћи. Популација у градовина је раслојена по економском статусу и по занимањима које обавља. Особе са ниским примањима, најчешће неквалификовани радници, живе у зони 2, па често то доводи до расне и етничке сегрегације. Ову заону карактеришу: стоваришта, залагаонице, јевтина позоришта, ресторани, као и потпуни слом у примени уобичајених институционалних метода социјалне контроле. Стога, истраживачи су изнели хипотезу да ће злочин, порок, као и остале врсте девијације наставити да се јављају у таквим социјално дезорганизованим окружењима.²⁰

Клифорд Шо и Хенри Мекеј (Clifford R. Shaw, Henry D. McKay), примарни истраживачи у концепту еколошке теорије, тврдили су да постоји повезаност између: школског беспосличења, млађих пунолетних учинилаца, смртности деце, туберкулозе, менталних поремећаја, као и других фактора и нивоа делинквенције и криминалитета одраслих.²¹ Истакли су да „не постоји ниједна једина инстанца у којој не постоји преплитање између ових елемената....На основу презентованих чињеница, јасно је да делинквенција није изолован феномен“.²²

19 Sue Titus Reid, *op.cit.*, стр. 121.

20 Ibid.

21 Видети и: Петровић, Б., Горазд, М. (2008) *Криминологија*, Сарајево: Правни факултет, стр. 120.

22 Sue Titus Reid, *loc.cit.*

Из извесних критичких ставова на ова објашњења ипак јасно произилази да Шо и Мекеј нису тврдили да зона 2 проузрокује злочин, већ су упозорили да однос узрок-последича не треба претпоставити само због високе корелације између постојећих варијабли. Без обзира на то што зона 2 може привући или чак окупљати криминалце, следеће објашњење високе стопе криминалитета може бити повезано са мањим учинком рада припадника формалне друштвене контроле. Можда је полиција та која ће морати да обави много већи број хапшења у зони 2 него у неким другим зонама.

***Савремени контекст – урбани истраживачи
(од авантуре до делинквенције и виктимизације)***

Криминална феноменологија незаобилазно мора разматрати и друга питања савремених криминолошких приступа, која се једноставно могу означити као урбана истраживања и урбани истраживачи. Зашто њихва интересовања могу имати непосредне конекције с криминолошким приступом?

Урбано истраживање се означава многобројним терминима: UE, UrbEx, Infiltration, Reality Hacking. У ствари, ради се о одласцима на места на која не треба одлазити. Урбано истраживање представља испитивање често невидљивих или недоступних делова урбаних средина или индустријских постројења и као такво се често сматра инфилтрацијом у неко окружење заузетих или напуштених градилишта или сличних места. У зависности од места дешавања, ова дисциплина се неретко назива и “истраживање канализације”, “ходање по урбаним пећинама” или “хакерисање зидова”.²³

Ипак, урбано истраживање носи у себи два различита значења: прво се односи на град у коме се живи. Урбани истраживачи тврде да смо ми „ухваћени у клопку“ и да нема могућности бега од свакодневног, уобичајеног опстанка.²⁴ Урбано истраживање је испитивање, документовање, конзервација и мапирање, условно, забрањених простора. Поступком истраживања обухваћено је чување или чак сервисирање читавих области, неупотребљаваних тунела, забрављених грађевина, попут институција за ментално оболела лица, на пример, суштински, било ког места где свакодневно јавност не треба да буде.

Друго значење је повезано с напуштеним местима или, пак, неупотребљаваним тунелским просторима. Некада се такве гломазне грађевине налазе у централним градским зонама, а некада су, опет, део приградских

23 „Урбана фотографија“,

<http://lenses.com/skola/osnove/urbana-fotografija/>, приступ: 26.8.2013.

24 *All about Urban Exploration*, <http://www.forbidden-places.net/why.php>, pristup: 12.11.2013.

насеља. Ово су места изолована од „нормалног света“, у које се већина становника не усуђује да уђе, нити их икада, за живота, види.²⁵

Нормативно посматрано, неки би ове активности урбаних истраживача прогласили нелегалним. Међутим, урбани истраживачи поступају по одређеном кодексу, тако да никада „не вандализују, краду или оштећују било шта“. Стога, захтевају прецизност приликом квалификовања својих активности и не дозвољавају конфузију између „нелегалног“ и „неморалног“. Према њиховом кодексу понашања, закони који забрањују прелаз преко неког имања слични су прописима који уводе полицијски час, као да „грађани упадају у невоље не због тога што раде нешто штетно, већ једноставно због тога што власт проглашава своју забринутост да ће они учинити нешто штетно“.²⁶

Практиковање оваквих активности истраживања са собом носи и одређене потенцијален ризике, укључујући и физичку опасност и могућност хапшења и кажњавања. Многе, али не све, од активности урбаног истраживања могу се сматрати преступништвом, кршењем забране пролаза, приватности или неког другог закона, укључујући – а не и ограничавајући се на – локалне или регионалне законе, па чак и одређених широко тумачених антитерористичких закона.²⁷

Урбано истраживање не може бити забрањено ни зато што је опасно, јер, како се то објашњава, овај хоби није ништа већи персонални ризик него што је то пушење, вожња аутомобилом или бициклизам. Урбани истраживачи доспевају на скривена места, творевине људске руке, које би, без њих, остале потпуно занемарене.

Као предности овог хобија, урбани истраживачи наводе непостојање чланарина, много забаве и непостојање штете по било кога. То је хоби повезан с људском креативношћу, којим се „охрабрују природни инстинкти човека да истражи своје окружење“. Следбеници урбаног истраживања сами осмишљавају своје авантуре, слично као из доба детињства, уместо да проводе време уживајући у куповини исфабрикованих ствари.²⁸

Њихова поступања су била и предмет описа у литератури 19. века. Наиме, садашње анализе полазе од становишта да су слика или опис једне криминалне личности у литератури викторијанског доба, као и визуелени уметнички прикази и њихова повезаност с друштвеним

25 Ibid.

26 „No disclaimer“, <http://www.infiltration.org/ethics-nodisclaimer.html>, pristup: 15.11.2013.

27 „Урбана фотографија“, loc.cit.

28 Ibid.

надзором и социјалном географијом имали „тиху улогу“ у литератури и у одржању друштвене конструкције урбаних средина 19. века, у Енглеској. С процесом урбанизације и приливом становништва у градске центре, попут Лондона и Манчестера, развила се дебата о санитарним условима, социјалној статистици, прогнозирању понашања и урбаним ризицима. Тери Скарборо (Terry Scarborough) се посебно бавио питањима приказа урбаног криминалитета у романима Артура Конана Дојла и Чарлса Дикенса, како би компарирао промене у концепту злочина у викторијанској литератури и у индустријским градовима.²⁹ Урбано истраживање везује се за појам „регуларне нерегуларности“, у смислу урбане готике и детективске фикције. Неки аутори, попут Џудит Валковиц (Judith Walkowitz) примећују да је урбано истраживање, без обзира што је потицало из елизабетантског времена, садржало велики степен моралног и емоционалног значења. Пратећи реформе, или бар настојања ка реформама у области моралности кажњавања и политике, писање о урбаним истраживачима одражавало је промене у уобичајеном начину приказивања града, као нестабилне, а уједно и прогресивне географије.³⁰

У нормама домаћег законодавстване постоје прописи којима би се посебно регулисало, забрањивало или одобравало, урбано истраживање. Претпоставка је да ова активност, по свом обиму испољавања, није толико изражена у Србији, па државни органи не реагују на ту појаву. У сваком случају, интересантно је проучити како би пораст интересовања за урбано истраживање утицао на криминолошко проучавање криминалитета и виктимизације у градским подручјима, код нас.

Закључак

Убрзани процес урбанизације утицао је на стварање бројних промена и неприлагођеност тим променама, како породици као целини, тако и деци. Урбанизација добро утиче на развој заосталих руралних подручја,³¹ међутим, прелазак сеоског становништва у градове праћен је првенствено економском неприлагођеношћу новим условима рада за пунолетне чланове, као и захтевима које поставља процес школовања малолетним члановима

29 Terry Scarborough, "I SHALL BE MY OWN POLICE": LITERARY REFLECTIONS OF VICTORIAN CRIME AND SOCIAL SURVEILLANCE IN DICKENS AND DOYLE, *Interdisciplinary Themes Journal* 1.1 (2009). <http://www.interdisciplinarythemes.org/journal/index.php/itj/article/viewFile/38/12>, приступ: 9. 11. 2013.

30 Ibid.

31 Тодоровић, А., (1971) *Услови и узроци малолетничког преступништва у урбаним и руралним срединама*, Београд: Институт за криминолошка и криминалистичка испитивања, Институт друштвених наука, стр. 86-87.

породице. Млади људи, који су одлучили да прекину процес школовања, често не могу да добију запослење и принуђени су да се, због обезбеђења опстанка, баве пословима илегалног карактера. Експлоатисани су и приморани да раде по кафанама или служе као инструменти криминалних организација.³²

Али, према Бергелу (Бергел, Е.Е.)³³ погрешно је и неоправдано схватање да се само у градским друштвима испољава озбиљна друштвена дезорганизација. Такође је неисправно схватање да је рурална популација срећна, ментално здрава и добро организована. Социјална екологија пре треба да испитује специфичне форме дезорганизације које се испољавају само у градовима или да истражује да ли се неке од њих више збивају у градовима него у сеоским срединама. као „повратак у средњи век“ и назива „конзервативном утопијом“. Свакако да је човек индустријског доба навикао на одређени начин живота и материјалне стандарде којих се тешко може одрећи.³⁴ Чак и у случају да то учини не значи да ће се прилагодити квалитативно потпуно новим условима живота и да ће добро одгајати потомство. То се посебно односи на младе за које су сјај града, могућности школовања и зараде много значајнији и привлачнији од повратка у мекоћу и сигурност „природног стања“. Лакши рад, већи одмор, мања социјална контрола, већа лична слобода, много шире могућности разоноде, доступност културних добара, као и већа могућност образовања и школовања је оно што младе најчешће привлачи градским условима живота.³⁵

Резиме

У раду ауторка је најпре објаснила значење екологије криминалитета и еколошких објашњења у криминологији. Делинквентно подручје је природна област која постоји у граду, попут гета на пример, која настаје у процесу урбанизације и развоја и значајна је по својим карактеристичним обрасцима антисоцијалног понашања. Унутар граница делинквентног подручја, делинквентно или криминално понашање је нешто што се очекује, попут правила, међу њеним становницима. Концепт делинквентног

32 La prevention des formes de criminalite resultant des changements sociaux et accompagnant le progres economiljue dans les pays peu developpes, London, 8-20 aout 1960, p.11, cit. u ibid.

33 Е.Е.Бергел, *Urban Sociology*, Mc Graw-Hill Book Company, New York 1955, стр. 368. Цит. у: ibid.

34 Цифрић, И., *op.cit.*, стр.233.

35 Шувар, С., *Социологија села*, Школска књига, Загреб 1988., том други, стр. 116.

подручја потиче непосредно из концепта природне области у еколошкој теорији, а епитет „делинквентан“ се односи на доминантни образац понашања исказан од стране великог броја становника те области. Осим тога, криминална феноменологија незаобилазно мора разматрати и друга питања савремених криминолошких приступа, која се једноставно могу означити као урбана истраживања и урбани истраживачи. Зашто њихва интересовања могу имати непосредне конекције с криминолошким приступом?

Урбано истраживање се означава многобројним терминима: UE, UrbEx, Infiltration, Reality Hacking. У ствари, ради се о одласцима на места на која не треба одлазити. Урбано истраживање представља испитивање често невидљивих или недоступних делова урбаних средина или индустријских постројења и као такво се често сматра инфилтрацијом у неко окружење заузетих или напуштених градилишта или сличних места. У зависности од места дешавања, ова дисциплина се неретко назива и “истраживање канализације”, “ходање по урбаним пећинама” или “хакерисање зидова”. У нормама домаћег законодавстване постоје прописи којима би се посебно регулисало, забрањивало или одобравало, урбано истраживање. Претпоставка је да ова активност, по свом обиму испољавања, није толико изражена у Србији, па државни органи не реагују на ту појаву. У сваком случају, интересантно је проучити како би пораст интересовања за урбано истраживање утицао на криминолошко проучавање криминалитета и виктимизације у градским подручјима, код нас.

*Prof. Miomira Kostić, LL.D.
Full Professor,
Faculty of law, University of Niš*

CRIME IN URBAN AREAS: From Urban Exploration to Delinquency

Summary

In this paper, the author first explains the concept of criminal or delinquent environment and elaborates on the environmental theories in criminology. The delinquent environment is a physical urban area or zone (such as a ghetto) which emerges in the process of urbanization and city development; its distinctive features are specific patterns of anti-social behavior. The residents of these areas are, as a rule, expected to display different forms of delinquent or criminal behavior within the area boundaries. The concept of delinquent environment stems directly from the concept of a physical urban area developed in environmental criminology, where

the term “delinquent” refers to the dominant pattern of behaviour demonstrated by a large number of residents of the specific delinquent zone. Besides, criminal phenomenology must inevitably explore some new phenomena emerging in the contemporary approaches to crime, which may generally be designated as Urban Exploration. Why and how are the interests of urban explorers related to the criminological approach?

Urban Exploration may be labelled in various ways (UE, UrbEx, infiltration, reality hacking, etc) but all these terms imply a form of juvenile delinquent activity of “hanging out” in places that should be stayed away from. Urban Exploration involves the exploration of abandoned man-made structures or industrial facilities which are frequently located in deserted or inaccessible urban areas. It is often referred to as “an infiltration” into some environment because it may include trespassing into abandoned or inhabited property, construction sites and similar locations. Depending on the specific location where the activity takes place, UrbEx is also designated as “urban draining” (exploring the sewerage system), “urban spelunking or caving” (exploring urban caves), “wall climbing” and “building hacking” (climbing walls and building). As such, they necessarily involve elements of risk, danger and violation of legal rules.

In the Serbian legislation, there are no special legal provisions regulating the Urban Exploration issues, either in term of prohibiting or approving such practices. Given the current scope and occurrence of Urban Exploration activities, they are assumed not to be so prominent in Serbia, for which reason the state authorities do not react to this contemporary phenomenon in urban areas. Anyway, it may be interesting to explore what kind of impact an increased interest in the phenomenon of Urban Exploration may have on the criminological study of crime and victimization in Serbian urban areas.

Key words: *delinquency area, criminal environment, environmental criminology, urban explorers, victimization, crime prevention*

ЗАШТИЋЕНЕ ВРСТЕ ДИВЉЕ ФАУНЕ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ И ЧОВЕК – ПРАВНИ АСПЕКТ – ¹

Апстракт: У раду аутор, кроз анализу решења садржаних у Конвенцији о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, Конвенције о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре, Закона о заштити природе, Закона о дивљачи и ловству, Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда, Закона о добробити животиња и великог броја одговарајућих подзаконских аката осветљава статус и режим правне заштите заштићених дивљих животињских врста у Републици Србији. Први део рада посвећен је забрањеним активностима и мерама заштите које се могу примењивати у односу на строго заштићене и заштићене дивље животињске врсте, узимајући у обзир и оне компоненте дивље фауне за које важе прописи о ловству и рибарству, и оне дивље животињске врсте које се налазе под посебним режимом коришћења и промета. У другом делу, аутор анализира решења која се односе на држање, узгој, трговину, као и прекогранични промет примерцима заштићених врста дивље фауне. Трећи део рада обрађује казне за противправно поступање против јединки заштићених дивљих животињских врста, нормиране наведеним законским текстовима. Четврти део рада посвећен је правној заштити човека од заштићених дивљих животињских врста. Аутор се у раду залаже за доследније прихватање решења, садржаних у одговарајућим међународним правним изворима, за усаглашавање домаћих законских текстова који третирају проблематику заштите дивље фауне, за укидање великих разлика у износима новчаних казни, када су у питању одређени противправни поступци према заштићеним дивљим животињама и за поштравање казнене политике у погледу извршења одређених деликата.

Кључне речи: заштићене врсте дивље фауне, правна заштита, Република Србија.

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

Увод

Републику Србију, као један од шест центара биолошке разноврсности на подручју Европе, карактерише велико богатство дивљих животињских врста. Према доступним подацима, на територији наше државе налази се 67% фауне сисара, 74% фауне птица, 49% фауне гмизаваца и водоземаца, као и 51% фауне риба Европе.² Осим широко распрострањених дивљих животињских врста, подручје Републике Србије обележавају и ендемичне врсте, које су присутне само на овим просторима.³

Заједницу дивљих животињских врста чине и оне врсте које су угрожене или које то могу бити, а које имају нарочити значај са еколошког, екосистемског, генетичког, научног, здравственог, економског и другог аспекта.⁴

Угроженост дивљих животињских врста, на нашем подручју, узрокују више фактора.⁵ Навешћемо оне најзначајније. У првом реду, то је деградација, фрагментација или нестанак њихових станишта, као последица промене намене земљишта, за потребе пољопривредне или шумарске производње,⁶ изградње стамбених комплекса, као и изградње, употребе и одржавања саобраћајне инфраструктуре. Затим, следи загађивање, проузроковано рударском производњом, испуштањем отпадних вода, емисијом гасова из различитих извора, прекомерном употребом вештачког ђубрива и пестицида. На животни циклус дивљих животињских врста у великој мери утичу и климатске промене. Биолошку разноврсност животињског света, свакако, угрожавају и измене природних токова река и потока, укључујући и њихова плавна подручја, као последица изградње брана, обалских насипа, експлоатације шљунка, песка и слично. Осим тога, аутохтоне врсте угрожавају инвазивне алохтоне врсте⁷ и генетски модификовани

2 Подаци преузети из Стратегије биолошке разноврсности Републике Србије, за период од 2011. до 2018. године, Београд, 2011, стр. 18

3 *Ibidem*, стр. 18–19.

4 Видети: чл. 36, ст. 1 Закона о заштити природе Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 36/2009, 88/2010 и 91/2010).

5 О факторима који угрожавају биолошку разноврсност у Републици Србији, детаљније видети у Стратегији биолошке разноврсности Републике Србије, за период од 2011. до 2018. године, стр. 52–61.

6 Запањујуће делује податак да су, почетком XIX века, шуме и шумско земљиште обухватале између 75 и 80% површине централне Србије, да би се, средином XX века, та бројка свела на 40%, највише због прекомерног крчења шума. Подаци преузети из: *ibidem*, стр. 62.

7 На биолошку разноврсност у Републици Србији нарочито имају штетног утицаја: амброзија, штир, кисело дрво, багремац, пајавац и амерички краставац. Подаци

организми који намерно или случајно доспевају на њихова станишта. Заједницу дивљих животињских врста угрожавају туризам и рекреација у природи, као и многобројни пожари, нарочито у летњим месецима. На популацију појединих дивљих животињских врста погубан утицај има незаконити лов,⁸ као и њихово претерано искоришћавање.⁹

Према домаћем Закону о заштити природе, све заштићене дивље врсте животиња деле се на строго заштићене и заштићене врсте.¹⁰

Која ће дивља животињска врста имати статус строго заштићене врсте, а која заштићене врсте то је условљено проценом степена угрожености појединих животињских врста, обавезама преузетим из међународних уговора којима се штите дивље животиње и на основу међународних¹¹ и националних¹² црвених листа, црвених књига и друге стручне документације.¹³ Министар, надлежан за послове заштите животне средине, у сарадњи са министром задуженим за послове пољопривреде, шумарства и водопривреде, а на предлог Завода за заштиту природе, проглашава дивље животињске врсте строго заштићеним или заштићеним врстама.¹⁴ Притом, примерак дивље животињске врсте сврстава се под окриље строго заштићене или заштићене врсте, ако је и само један од њених родитеља припадник строго заштићене или заштићене компоненте дивље фауне.¹⁵

преузети из: *ibidem*, стр. 66.

8 У Републици Србији регистровано је 360 врста птица, а само су 24 ловне врсте. Када је реч о сисарима, од регистроване 94 врсте, 22 имају статус ловне дивљачи. Подаци преузети из: *ibidem*, стр. 63.

9 Таква је ситуација, рецимо, са јестивим пужевицама и зеленим жабама, док за поскока нема релевантних података о томе какав је утицај експлоатације овог гмизавца на бројност његове популације. Подаци преузети из: *ibidem*, стр. 64.

10 Видети: чл. 36, ст. 2 и 3 Закона о заштити природе Републике Србије.

11 Међународна унија за очување природе (IUCN) има најобухватнију црвену листу о великом броју животињских врста, њиховом статусу и стаништима која насељавају. О овој црвеној листи опширније видети на сајту: http://www.iucn.about/work/programmes/species/our_work/the_iucn-red_list/, од 19. јула 2013. године.

12 У Републици Србији, према расположивим подацима, постоји: Црвена књига дневних лептира (из 2003. године) и Прелиминарни списак врста за црвену листу кичмењака 1990–1991. година. Подаци преузети из Стратегије биолошке разноврсности Републике Србије, за период од 2011. до 2018. године, стр. 20–21.

13 Видети: чл. 36, ст. 4 и 5, као и чл. 48, ст. 1 Закона о заштити природе Републике Србије.

14 Видети: чл. 48, ст. 2 Закона о заштити природе Републике Србије.

15 Видети: чл. 2, тач. 3 Правилника о условима држања, начина обележавања и евидентирања дивљих животиња у заточеништву („Службени гласник РС“, бр. 86/2010).

Под окриље строго заштићених врста могу се подвести: врста која је исчезла на подручју наше државе и враћена програмом реинтродукције; крајње угрожена дивља врста; угрожена дивља врста; реликтна врста; локални ендемит; стеноендемит; међународно значајна и заштићена дивља врста, као и врста, којој је из других разлога потребна строга заштита.¹⁶

У Републици Србији 1032 врсте дивљих животиња имају статус строго заштићених врста.¹⁷

Групу заштићених врста животиња могу чинити: рањива дивља врста; ендемична врста; индикаторска, кључна и кишобран врста; реликтна врста; међународно значајна и заштићена дивља врста, као и врста која није угрожена, али се због њеног изгледа може лако заменити са угроженом врстом.¹⁸

На подручју Републике Србије 258 врста дивљих животиња има статус заштићених врста.¹⁹ Од тога, девет заштићених животињских врста налазе се под посебним режимом коришћења и промета.²⁰

Како строго заштићене, тако и заштићене животињске врсте могу бити заштићене на територији целе државе или само на одређеном подручју.²¹

²² ²³

16 Видети: чл. 36, ст. 2 Закона о заштити природе Републике Србије.

17 Видети: Прилог I Строго заштићене дивље врсте биљака, животиња и гљива, уз Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива („Службени гласник РС“, бр. 5/2010 и 47/2011).

18 Видети: чл. 36, ст. 3 Закона о заштити природе Републике Србије.

19 Видети: Прилог II Заштићене дивље врсте биљака, животиња и гљива, уз Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива Републике Србије.

20 У питању су две врсте гмизаваца, три врсте водоземаца и четири врсте бескичмењака. Извор: Прилог II Заштићене дивље врсте биљака, животиња и гљива, уз Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива Републике Србије.

21 Видети: чл. 73, ст. 1 и чл. 76, ст. 1 Закона о заштити природе Републике Србије.

22 Када је реч о строго заштићеним животињским врстама, вук има овај статус само на подручју Војводине, изузев територије која обухвата ловишта Делиблатске пешчаре и Вршачких планина, где је заштићена дивља врста. Дивља мачка је строго заштићена животињска врста само на подручју Војводине. Исто важи и за врсту шарана, под називом гавчица. Видети: Прилог I Строго заштићене дивље врсте биљака, животиња и гљива, уз Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива Републике Србије.

23 Ако су у питању заштићене дивље животињске врсте, рецимо, пољски миш има тај статус на целом подручју Републике Србије, осим у Војводини, где није заштићена

Упоредјујући попис строго заштићених и заштићених врста дивље фауне, садржан у Конвенцији о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта^{24 25} и домаћем Правилнику о проглашењу и заштити строго заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива, може се извести закључак да, поред извесног поклапања у погледу одређеног броја животињских врста постоји и евидентно одступање. Наиме, поједине компоненте дивље фауне, које су као ендемичне врсте присутне на нашем подручју (нпр. белоглави суп, велика дропља), али и бројност популације, као и степен угрожености појединих животињских врста, утичу на унеколико другачије класификовање дивље фауне на строго заштићене и заштићене врсте, у односу на оно што предвиђа Конвенцији о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта. Примера ради, дабар, пух и хермелин су у домаћем праву строго заштићене врсте, а према овој Конвенцији заштићене врсте. С друге стране, поскок је, на основу прописа Републике Србије, комерцијална заштићена врста, а према Конвенцији о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, строго заштићена врста.²⁶

1. Заштита и очување заштићених дивљих животињских врста

Како би се очувало повољно стање популације дивљих животињских врста и онемогућило уништавање или оштећивање њихових станишта, као и ремећење њиховог животног циклуса, Закон о заштити природе Републике Србије, али и други закони и подзаконски акти прописују читав спектар забрана и мера којима се постижу наведени циљеви.

Готово на идентичан начин као и Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта и домаћи Закон о заштити природе

врста. Шумска шљука јесте заштићена дивља животињска врста само на подручјима до 500 метара надморске висине. Видети: Прилог II Заштићене дивље врсте биљака, животиња и гљива, уз Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива Републике Србије.

24 Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats (ETS, No. 104). Конвенција доступна на интернет адреси: <http://conventions.coe.int/Treaty/commun/>.

25 Републици Србији је, након пријема у чланство Савета Европе, ово прва конвенција из области заштите животне средине коју је ратификовала. Видети: Закон о потврђивању Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта („Службени гласник РС – Међународни уговори“, бр. 102/2007).

26 О овој Конвенцији опширније видети, на пример, код: Д. Гајић, *Значај примене Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта*, Правни живот, тематски број „Право и међународне интеграције, том I, бр. 9/2008, стр. 521–532.

прописује које су активности забрањене, а које дозвољене, када је реч о строго заштићеним дивљим животињским врстама.²⁷

За строго заштићене животињске врсте,²⁸ будући да су угрожене врсте којима прети опасност од изумирања, важи режим забране њиховог хватања, коришћења, убијања и предузимања осталих активности које могу штетно да утичу на њихове популације, станишта или њихове животне циклусе.²⁹

Од правила којима се штите строго заштићене (али и заштићене) врсте дивље фауне, Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта прописује неколико изузетака, под условом да се тиме не угрожава опстанак популације одређене животињске врсте. У том смислу, дозвољено је хватање, држање, коришћење, убијање јединки те врсте, као и уништавање или оштећивање њихових станишта у циљу: заштите флоре и осталог дела фауне; ради спречавања озбиљних штета које могу бити нанете усеви, шумама, рибањацима, стоци и слично; у интересу здравља и безбедности ваздушног саобраћаја или других важних јавних интереса; због обнављања популације одређених врста флоре и фауне; ради научних истраживања и едукације; у другим оправданим случајевима, када је потребна експлоатација ограниченог броја јединки одређене животињске врсте.³⁰

Када су у питању заштићене животињске врсте,³¹ за њих важи нешто блажи режим заштите, будући да нису угрожене у мери да им прети истребљење или да постану критично угрожене.

27 Упоредити: чл. 6 и чл. 8, ст. 1 Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта са чл. 75, ст. 1, тач. 1–4 Закона о заштити природе Републике Србије.

28 У ту категорију дивљих животиња спадају, на пример: рис, мрки медвед, хрчак, дабар, слепо куче, патка њорка, бела и црна рода, дивљи голуб, ласте, орао крсташ, белоглави суп, ждрал, кос, кукумавка, бубамаре, шарка, зелена крастача. Видети: Прилог I Строго заштићене дивље врсте биљака, животиња и гљива, уз Правилник о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива Републике Србије.

29 Упоредити: чл. 6 Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта са чл. 4, ст. 1 Правилника о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива Републике Србије.

30 Упоредити: чл. 9 Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта и чл. 75 Закона о заштити природе Републике Србије.

31 Ову категорију дивљих животиња, примера ради, чине: јеж, ласица, мрки твор, обична кртица, гавран, чавка, сврака, врабац покућар, лабуд грбац, сребрнасти галеб. Видети: Прилог II Заштићене дивље врсте биљака, животиња и гљива, уз Правилник

Заштићене дивље животињске врсте могу бити коришћене само на основу дозволе коју издаје надлежно министарство и на начин којим се не угрожава повољно стање њихове популације,³² а заштићене врсте ловне дивљачи и риба сагласно прописима о лову и рибарству.³³ Ограничења у погледу коришћења заштићених дивљих животињских врста огледају се: у временској или просторној забрани коришћења, као и у погледу квалитета и квантитета коришћења.³⁴

Ловна дивљач заштићена је трајном забраном лова³⁵ или ловостајем,³⁶ у зависности од врсте животиња, бројности њене популације, њених биолошких карактеристика и процене угрожености, особености станишта на којима бораве и преузетих обавеза из међународних уговора.³⁷ За дивље животиње заштићене ловостајем прописани су периоди, током календарске године, у којима се оне могу ловити.³⁸

о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива Републике Србије.

32 Видети: чл. 76, ст. 2 и чл. 77, ст. 1 Закона о заштити природе Републике Србије.

33 На основу чл. 6, ст. 2 Правилника о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива Републике Србије.

34 Видети: чл. 77, ст. 2 Закона о заштити природе Републике Србије.

35 Трајно заштићене врсте дивљачи су, заправо, врсте строго заштићених дивљих животињских врста. У ту групу, рецимо, спадају: мрки медвед, рис, видра, велики тетреб, мала лисаста гуска. Видети: чл. 6 Правилника о проглашавању ловостајем заштићених врста дивљачи Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 9/2012 и 31/2013).

36 Дивљачи које се штите забраном лова, у одређеном временском периоду, током календарске године, припадају заштићеним дивљим животињским врстама. У ту групу животиња, примера ради, спадају: дивокоза, срна, јелен лопатар, зец, веверица, јазавац, гугутка, препелица, сива врана, фазан. Видети: чл. 6, ст. 2 Правилника о проглашавању ловостајем заштићених врста дивљачи Републике Србије.

37 Видети: чл. 20–21 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

38 Тако, примера ради, за срндаће ловна сезона је од 15. априла до 30. септембра, а за срне и ланад од 1. септембра до 31. јануара у години. Вук може да се лови током целе године, осим на деловима територије Војводине, где има статус строго заштићене врсте. За ласицу и мрког твора предвиђен је ловостај током целе године. Шумска шљука има статус врсте која се штити ловостајем, у периоду од 1. октобра до 31. јануара, на територији до 500 метара надморске висине, а јастреб кокошар и велики корморан може да лови корисник ловишта, током целе године, али само ради спречавања штете у ловиштима на подручју регистрованог рибњака и у ловишту, сагласно годишњем плану газдовања ловишта. Пољска јеребица заштићена је ловостајем до 31. марта 2015. године, због смањења бројности популације и угрожености станишта, изазваног неповољним климатским условима и елементарним непогодама. Видети: Прилог Трајање ловне сезоне на ловостајем заштићене врсте дивљачи, уз Правилник о проглашавању ловостајем заштићених врста дивљачи Републике Србије и чл. 2

Закон о дивљачи и ловству Републике Србије,³⁹ полазећи од специфичности дивљих животињских врста чији статус уређују, додатно предвиђа низ других забрањених активности у односу на дивљач, независно од тога да ли су у питању трајно заштићене врсте дивљачи или ловостајем заштићене дивљачи. Тако, овај законски текст забрањује: заробљавање или држање дивљачи у затвореном или ограђеном простору;⁴⁰ укључујући и држање дивљачи у затвореном простору, дужем од месец дана од престанка елементарне непогоде, односно излечења повреде или предузимања мера гајења;⁴¹ косидбу или жетву пољопривредним машинама које немају урађене уређаје за плашење дивљачи или њихово истеривање;⁴² паљење корова, стрњике, траве или другог растиња у ловиштима;⁴³ коришћење хемијских средстава, укључујући и средства за заштиту биља у дозама које могу нанети штету дивљачи;⁴⁴ тровање дивљачи;⁴⁵ уношење у ловиште повређених дивљачи, дивљачи из зоолошких вртова, паркова дивљачи и са фарми дивљачи;⁴⁶ прекривање отворених канала, акумулација, језера и обале водотока пластичним или другим материјалом;⁴⁷ лов дивљачи, заштићених ловостајем, ако су угрожене пожаром, снежним падавинама или другим елементарним непогодама;⁴⁸ уношење нових алохтоних врста дивљачи и њихових хибрида у природу.⁴⁹

Слична је ситуација и са великим бројем врста риба које чине рибли фонд. Закон о заштити и одрживом коришћењу риблиг фонда Републике Србије⁵⁰ прописује, начелно, у циљу очувања и заштите риблиг фонда, ловостај и забрану улова риба које немају прописану велину.⁵¹ Наредба о мерама за

Правилника о измени Правилника о проглашењу ловостајем заштићене врсте дивљачи („Службени гласник РС“, бр. 31/2013).

39 „Службени гласник РС“, бр. 18/2010.

40 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 3 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

41 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 4 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

42 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 7 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

43 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 8 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

44 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 9 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

45 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 10 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

46 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 5 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

47 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 11 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

48 Видети: чл. 76, ст. 1, тач. 1 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

49 Видети: чл. 22, ст. 1, тач. 6 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

50 „Службени гласник РС“, бр. 36/2009 и 32/2013 – одл. УС.

51 Видети: чл. 21, ст. 1 Закона о заштити и одрживом коришћењу риблиг фонда Републике Србије.

очување и заштиту риблиг фонда⁵² јасно разграничава риблие врсте које су трајно заштићене, јер је забрањен њихов улов,⁵³ од риблих врста за које важи привремена забрана лова, у одређеном временском периоду, током календарске године,⁵⁴ као и забрана лова јединки одређених врста риба које немају одговарајућу величину.⁵⁵ При томе, за рекреативни риболов важе посебна ограничења у погледу дневног улова аутохтоних врста риба и броја јединки појединих врста риба које се могу уловити.⁵⁶

Закон о заштити и одрживом коришћењу риблиг фонда прописује читав спектар забрањених активности у односу на заштићене врсте риба. Примера ради, на рибарском подручју забрањено је: ловити, поседовати и уништавати јединке риба у време мреста и ловостаја, као и риблиу млађ;⁵⁷ ловити рибу, директно руком и грабуљањем или недозвољеним средствима и техником;⁵⁸ преграђивати водене токове преградама које ометају пролаз рибе;⁵⁹ ловити ноћу пастрмку, младицу и липљана;⁶⁰ затварати, одвраћати и исцрпљивати воду, као и, без оправданих разлога, испуштати воду из природних или вештачких језера и других акумулација, уколико тим

52 „Службени гласник РС“, бр. 104/2009 и 49/2010.

53 У ову групацију, примера ради, спадају: моруна, дримски шарадан, златни караш, лињак, дунавска јесетра, црнка, а од ракова, трајно су заштићени рак речни и рак поточни. Видети: Наредбу о мерама за очување и заштиту риблиг фонда Републике Србије, под 1.

54 На пример, кечига се не може ловити од 1. марта до 31. маја, шаран од 1. априла до 31. маја, сом од 1. маја до 15. јуна, а све врсте пастрмки од 1. октобра до 1. марта, током године. Видети: Наредбу о мерама за очување и заштиту риблиг фонда Републике Србије, под 1.

55 Примера ради: забрањен је лов кечиге мање од 40 цм, поточне пастрмке која није дужа од 25 цм, штуре мање од 30 цм, клена мањег од 20 цм. Видети: Наредбу о мерама за очување и заштиту риблиг фонда Републике Србије, под 6.

56 Рекреативни риболовац може да улови највише пет килограма аутохтоних врста риба дневно, или, примера ради, само три комада пастрмке или шарана или збирно. За алохтоне врсте та забрана не постоји (нпр. сиви толстобик, бели толстобик, амур, обе врсте америчког сомића). Видети: Наредбу о мерама за очување и заштиту риблиг фонда Републике Србије, под 7 и 8.

57 Видети: чл. 20, ст. 1, тач. 1 Закона о заштити и одрживом коришћењу риблиг фонда Републике Србије.

58 Видети: чл. 20, ст. 1, тач. 2, 3 и 13 Закона о заштити и одрживом коришћењу риблиг фонда Републике Србије.

59 Видети: чл. 20, ст. 1, тач. 4 Закона о заштити и одрживом коришћењу риблиг фонда Републике Србије.

60 Видети: чл. 20, ст. 1, тач. 5 Закона о заштити и одрживом коришћењу риблиг фонда Републике Србије.

активностима може бити угрожен опстанак рибе;⁶¹ спречавати спашавање рибе и рибље млађи са поплавлених подручја;⁶² ометати рад рибочувара;⁶³ спречавати постављање знакова којим се означавају рибарска подручја;⁶⁴ загађивати риболовну воду, испуштањем штетних и опасних материја;⁶⁵ постављати кавезне системе или друге објекте за узгој риба;⁶⁶ депоновање и одлагање смећа у риболовној води;⁶⁷ уношење алохтоних рибљих врста у риболовну воду.⁶⁸

Када су у питању тзв. комерцијалне врсте заштићених дивљих животиња⁶⁹ њихово сакупљање, коришћење и промет контролисани су у обиму, временски и просторно ограничено, како би се избегло смањење бројности њихових популација до границе угрожености или поремећај „структуре и стабилности животних заједница“.⁷⁰ Заштита појединих комерцијалних врста, такође, може бити остварена и забраном њиховог сакупљања на одређеном подручју или за одређено време, како се не би угрозио њихов опстанак.⁷¹

61 Видети: чл. 20, ст. 1, тач. 6 и 7 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

62 Видети: чл. 20, ст. 1, тач. 9 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

63 Видети: чл. 20, ст. 1, тач. 14 и 16 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

64 Видети: чл. 20, ст. 1, тач. 8 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

65 Видети: чл. 20, ст. 1, тач. 18 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

66 Видети: чл. 25, ст. 4 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

67 Видети: чл. 27, ст. 3 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

68 Видети: чл. 28 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

69 Реч је о дивљим животињским врстама које се користе за људску исхрану или лечење (поскок, шумска корњача, зелена жаба, мала зелена жаба, велика зелена жаба, баштенски пуж, шумски, сиви пуж, виноградарски пуж и медицинска пијавица). Видети: Прилог 2 Дивље врсте фауне заштићене контролом скупљања, коришћења и промета, у оквиру Уредбе о стављању под контролу коришћења и промета дивље флоре и фауне Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 31/2005, 45/2005, 22/2007, 38/2008, 9/2010 и 69/2011).

70 Видети: чл. 13, ст. 3 Уредбе о стављању под контролу коришћења и промета дивље флоре и фауне Републике Србије.

71 *Ibidem.*

Као и Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта и домаћи Закон о заштити природе забрањује исту врсту средстава и метода за хватање и убијање дивљих животиња (нпр. лов птица мрежама, употреба огледала, лепка, експлозива или отрова),⁷² будући да она могу изазвати локално нестајање или узнемиравање одређене дивље животињске врсте и утицати на њихову добробит или допринети угрожавању подручја која настајују.⁷³ Од овог правила, домаћи Закон о заштити природе допушта одступање у примени ових средстава, са дозволом надлежног министарства, изузетно и ограничено, ако њихова употреба има за циљ научноистраживачко деловање, спровођење програма реинтродукције, премештања животиња са једног подручја на друго, мониторинг одређених животињских врста и слично.⁷⁴

Популације строго заштићених и заштићених дивљих животињских врста штите се низом мера, прописаних домаћим законодавством. Ту спадају: заштита станишта (нпр. изградња еколошких мостова, пропусних цеви, јаркова, усмеравајући објеката);⁷⁵ санација или ревитализација оштећеног станишта; стварање „новог“ станишта које има исте или сличне особине као и оштећено станиште и уношење јединки одређених дивљих животињских врста на то подручје; повећање бројности одређених строго заштићених дивљих животињских врста изнад оптималне бројности; премештање јединки строго заштићених животињских врста у случају акцидентних ситуација (нпр. загађења воде, ваздуха, земљишта); поновно враћање јединки одређене дивље животињске врсте, на некадашња станишта, на којима те врсте више нема или је у значајној мери њена популација смањена, и проналажење одговарајућих подручја за реинтродукцију миграторних врста. У мере којима се штите компоненте дивље фауне, такође, се убрајају: праћење стања популација одређених дивљих животињских врста и фактора њиховог угрожавања; предузимање биотехничких мера; прикупљање матичних јединки, са циљем размножавања и гајења њихових потомака, уз услов да се део тих јединки врати на природна станишта; забрана уношења аутохтоних дивљих врста или њихових хибрида (инвазивних врста), које могу угрозити поједине заштићене дивље животињске врсте и пореметити биолошку разноврсност;

72 Упоредити: Додатак 4 Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта са чл. 79 Закона о заштити природе Републике Србије.

73 Видети: чл. 8 Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта, чл. 79, ст. 1 Закона о заштити природе Републике Србије, чл. 76 и 77 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

74 Видети: чл. 79, ст. 3 и 4 Закона о заштити природе Републике Србије.

75 Видети: чл. 80 Закона о заштити природе Републике Србије.

иновирање образовних програма, јачање, путем медија, свести код људи о неопходности очувања заштићених дивљих животињских врста као нераксидивог дела биодиверзитета;⁷⁶ обавештавање најближих ветеринарских организација и надлежног министарства о пронађеним јединкама заштићених дивљих животињских врста, које су болесне или повређене, а не могу да у таквом стању преживе у природи, и брига о њима, уз дозволу министарства.⁷⁷

За заштићену дивљач, осим ових мера, могу се, у циљу њихове заштите предузети: обустављање лова одређене врсте дивљачи, уколико се у ловишту смањила бројност њене популације, испод минималне бројности, утврђене планским документима за дату годину;⁷⁸ оснивање узгајалишта и узгајалишта посебне намене;⁷⁹ са циљем спречавања штете другим врстама заштићених дивљих животиња, допуштање ограниченог одстрела одређених врста дивљачи;⁸⁰ уношење нових јединки дивљачи, одређене врсте, на ловно подручје, само да се тиме не угрожава биолошка разноврсност и равнотежа;⁸¹ предузимање мера здравствене заштите дивљачи, као и мера за спречавање или ширење заразних болести и зооноза од стране корисника ловишта;⁸² уклањање паса и мачака без власника или без контроле, који су доспели у ловиште, мимо дозволе корисника ловишта, а представљају непосредну опасност за дивљач.⁸³

Када су у питању заштићене врсте риба, у широком спектру мера којима се обезбеђује њихова заштита спадају, примера ради: предузимање, од стране корисника рибарског подручја, свих потребних мера како би се несметано одвијао мрест риба у рибним плодиштима;⁸⁴ порибљавање риболовних вода аутохтним врстама;⁸⁵ враћање риба са поплавлених подручја у корита

76 Видети: чл. 7 Правилника о проглашењу и заштити строго заштићених и заштићених дивљих врста биљака, животиња и гљива Републике Србије.

77 Видети: чл. 93, ст. 1, тач. 2 и ст. 4 Закона о заштити природе Републике Србије.

78 Видети: чл. 27, ст. 1 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

79 Само за ловајем заштићених врста, у складу са чл. 7, ст. 1, тач. 5 Правилника о проглашавању ловајем заштићених врста дивљачи Републике Србије.

80 Видети: чл. 7, ст. 1, тач. 4 Правилника о проглашавању ловајем заштићених врста дивљачи Републике Србије.

81 Видети: чл. 24, ст. 1 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

82 Видети: чл. 26 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

83 Видети: чл. 29, ст. 1 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

84 Видети: чл. 23, ст. 4 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

85 Видети: чл. 24, ст. 2 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

риболовних вода;⁸⁶ спашавање угрожених риба из загађене воде, изловом и њена транслокација у другу риболовну воду;⁸⁷ спречавање размножавања алохтоних врста или пренамножавање одређених врста риба на рибарском подручју.⁸⁸

2. Држање, узгајање, трговина и прекогранични промет примерцима заштићених дивљих животињских врста

Закон о заштити природе Републике Србије ближе прописује услове за сва она лица која хоће да држе, узгајају или да тргују заштићеним дивљим животињским врстама.⁸⁹

Од лица које хоће да држи једну или више заштићених дивљих животиња, без обзира на разлог за држање – за сопствене потребе или ради приказивања у јавности (нпр. у зоолошким вртovima или на изложбама), захтева се да има доказе о њеном пореклу, да је надлежном министарству пријавило њено држање, због евидентирања,⁹⁰ да је добило дозволу од надлежног министарства за држање те животиње⁹¹ и да води рачуна о њеној добробити.⁹²

Правилник о условима држања, начину обележавања и евидентирања дивљих животиња у заточеништву Републике Србије прецизно наводи услове који морају да буду испуњени за држање јединки дивљих животињских врста у погледу величине и уређења простора, температуре, воде, хране и других додатних услова за њихов живот.⁹³

86 Видети: чл. 26, ст. 2 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

87 Видети: чл. 29, ст. 1 и 2 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

88 Видети: чл. 29, ст. 3 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

89 Видети: чл. 86–90 Закона о заштити природе Републике Србије.

90 Видети: чл. 56 Закона о изменама и допунама Закона о заштити природе („Службени гласник РС“, бр. 88/2010).

91 Лице које има намеру да чува јединку неке заштићене дивље животињске врсте мора, у року од 30 дана од стицања власништва на тој животињи, да поднесе захтев овлашћеном министарству за издавање дозволе. Видети: чл. 88, ст. 1 Закона о заштити природе Републике Србије.

92 Видети: чл. 86–88 Закона о заштити природе Републике Србије.

93 Примера ради, за мрког медведа захтева се, поред одговарајуће величине простора у коме борави, обезбеђење могућности копања, пењања, сакривања, посебан простор за одмор и лежање; уношење додатних објеката у смештајни простор и израда

Закон о добробити животиња Републике Србије регулише држање дивљих животиња, као кућних љубимаца, али не прецизира наведене административне услове, већ само тражи да држање дивље животиње одобри министар задужен за ресор ветерине, уз претходну сагласност министра надлежног за животну средину. При томе, ближе је одређено који услови морају да буду испуњени да би се заштитила добробит таквих животиња: обезбеђивање адекватног простора за кретање и физичке активности те животиње (нпр. за купање, скривање, пењање); уколико је својствено тој животињској врсти, контакт са јединкама те врсте; обезбеђивање климатских и других услова који су неопходни за живот те животиње.⁹⁴

За узгајивача дивљих животињских врста захтева се претходно прибављање дозволе за обављање такве делатности од стране надлежног министарства, а евентуално, ако министарство оцени да узгој примерака одређене дивље животињске врсте може бити опасан по здравље људи, животну средину и добробит других животња, онда се, додатно захтева да се пре издавања дозволе уради студија о процени утицаја.⁹⁵

Закон о заштити природе Републике Србије допушта само трговину јединки дивљих животињских врста које су узгајане у пријављеним узгајалиштима или које имају доказ о пореклу. Притом, од лица која се баве трговином примерака дивљих животињских врста захтева се да обезбеди адекватне услове за њихово држање, да води уредну евиденцију о трговини истих и њиховом пореклу, и да свака јединка или њена пошиљка буду прописно обележене, а да продавац новом власнику изда потврду о пореклу животиње која се продаје, као и упутство, у писменој форми, за њено држање.⁹⁶ У супротном, такво понашање има за последицу одузимање примерака заштићене дивље животињске врсте и њихово збрињавање (трајно или привремено) у зоолошком врту који одреди надлежно министарство или прихватилиште, намењено збрињавању

појединачних боксова за сваку јединку. За прописно држање роде потребно је, осим смештајног простора одговарајуће величине, базен, тачно прописане површине и дубине, као и пречке или гране. Видети: Прилог I Услови у погледу простора, опреме и бриге о животињама, уз Правилник о условима држања, начину обележавања и евидентирања дивљих животиња у заточеништву Републике Србије.

94 Видети: чл. 58 Закона о добробити животиња Републике Србије („Службени гласник РС“, бр. 41/2009).

95 Видети: чл. 89, ст. 2 Закона о заштити природе Републике Србије.

96 Видети: чл. 90 Закона о заштити природе Републике Србије.

дивљих животиња.⁹⁷ Таквих прихватилишта, према доступним подацима, нажалост, нема на територији наше државе.⁹⁸

За разлику од Конвенције о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре^{99 100} која прави јасну дистинкцију у погледу издавања дозвола за промет угрожених животињских врста и оних којима тренутно не прети опасност од изумирања, као и у погледу услова за издавање извозних или увозних дозвола, или, пак, потврда о реекспорту, домаћи Закон о заштити природе има јединствено решење, прописујући да се дозвола за прекогранични промет заштићених врста издаје ако су испуњена три кумулативно постављена услова, који, опет, не одговарају у потпуности ономе што прописује поменута Конвенција. Реч је о следећим условима: да је право располагања дивље заштићене животињске врсте стечено у складу са законом; да је животиња или пошиљка јединки обележена на прописан начин и да су предузете одговарајуће мере којима се обезбеђује добробит животиња током превоза.¹⁰¹ Недостатке наведеног текста српског Закона о заштити природе „исправља“ Правилник о прекограничном промету и трговини заштићеним врстама,¹⁰² који, поред осталог, сагласно Конвенцији о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре, посебно регулише услове који треба да буду испуњени да би се издала увозна или извозна дозвола за строго заштићене и посебно за заштићене животињске врсте.¹⁰³ При томе, треба имати у виду да овај

97 Очигледна неусаглашеност Закона о заштити природе и Закона о добробити животиња Републике Србије види се у погледу министра који је надлежан да пропише ближе услове који морају да испуне зоолошки вртови и прихватилишта за дивље животиње. Тако, Закон о заштити природе одређује да је то министар, задужен за заштиту животне средине, уз сагласност министра надлежног за ресор ветерине (чл. 91, ст. 3), док Закон о добробити животиња то овлашћење даје министру за ветерину, који треба да делује уз сагласност министра задуженог за послове заштите животне средине (чл. 71, ст. 4).

98 Подаци преузети из Стратегије биолошке разноврсности Републике Србије, за период од 2011. до 2018. године, стр. 71.

99 Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora (скраћено CITES). Конвенција је доступна на интернет адреси: <http://www.cites.org/eng/disc/text.php#texttop>.

100 Република Србија је, на основу Закона о потврђивању Конвенције о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре, прихватила одредбе овог правног извора („Службени лист СРЈ – Међународни уговори“, бр. 11/2001).

101 Видети: чл. 94 Закона о заштити природе Републике Србије.

102 „Службени гласник РС“, бр. 99/2009.

103 Видети: чл. 3–10 Правилника о прекограничном промету и трговини заштићеним врстама Републике Србије.

Правилник уређује прекогранични промет већег броја врста него CITES Конвенција.^{104 105}

Прекогранични промет јединки дивљих животињских врста, дакле, немогућ је без издате прописане дозволе и пратеће документације. У супротном, њихово непостојање подразумева да царинска служба мора да дејствује привременим задржавањем животиње која је предмет прекограничног промета, и остављањем примереног рока, не дужег од два месеца од доношења одлуке о привременом задржавању, да се отклоне уочени недостаци. Ако се не поступи на начин који је одредила царинска служба, онда, на основу овлашћења садржаног у чл. 8 CITES Конвенције, она доноси одлуку о одузимању животиње.¹⁰⁶ На идентичан начин царинска служба поступа и у случају да уопште не постоје дозволе за прекогранични промет јединки заштићених дивљих животињских врста.¹⁰⁷ О предузетим активностима царинска служба мора, у најкраћем року, да обавести министарство, надлежно за заштиту животне средине, које је овлашћено да одлучи о томе како ће се одузета животиње збринути.¹⁰⁸

3. Казне за противправно поступање против заштићених дивљих животињских врста¹⁰⁹

У сагласности са одредбама Конвенције о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре, а у циљу делотворније примене њених одредби, домаћи Закон о заштити природе прописује казне за понашање које је у супротности са њеним забранама. Тако се обављање прекограничног промета јединки заштићених дивљих животињских врста, без дозволе надлежног министарства, као и непријављивање прекограничног промета

104 Прилозима од I до IV овог Правилника преузети су додаци од А до Д Уредбе Комисије (ЕЗ), бр. 407/2009, од 14. маја 2009. године, који допуњује Уредбу Савета (ЕЗ), бр. 338/97 о заштити врста дивље фауне и флоре, регулисањем њихових станишта, а које могу бити предмет прекограничног промета.

105 Опширније о овом правном извору видети код: М. Пауновић, *Међународно-правна заштита животиња*, Прилози Пројекта институције правне државе у условима транзиције, Право, привреда и процеси интеграције, Београд, 2003, стр. 212–214.

106 Видети: чл. 94, ст. 3–6 Закона о заштити природе Републике Србије.

107 Видети: чл. 96, ст. 3 Закона о заштити природе Републике Србије.

108 Видети: чл. 96, ст. 8 Закона о заштити природе Републике Србије.

109 Овим делом рада обухваћене су само казне за противправно поступање против заштићених дивљих животиња, прописане законима који су били предмет наше пажње. О казнама за кривична дела учињена против ове компоненте дивље фауне, детаљније видети код: С. Јанковић, *Кривичноправна заштита животиња*, Правни живот, тематски број „Право и хумана будућност“, том I, бр. 9/2006, стр. 705–720.

јединки заштићених животињских врста царинској служби, сматра привредним преступом. За правна лица, која изврше такве деликте, предвиђена је новчана казна, у износу од 1.500.000 до 3.000.000 динара. За учињени привредни преступ, осим тога, правно лице може бити кажњено новчаном казном у сразмери са вредношћу јединки заштићених дивљих животињских врста недопуштеног прекограничног промета, неизвршења обавезе или причињене штете, а највише до двадесетоструког износа њихове вредности.¹¹⁰ Против овлашћеног лица, у правном лицу, за такав привредни преступ запређена је новчана казна, у вредности од 100.000 до 200.000 динара. Осим прописане новчане казне, правном лицу, које изврши наведене деликте, може бити изрекнута и заштитна мера – забрана обављања одређене привредне делатности, а одговорном лицу, у правном лицу, заштитна мера – забрана вршења одређене дужности у трајању од десет година, или заштитна мера одузимања јединки заштићених дивљих животињских врста које су биле предмет недозвољеног прекограничног промета.¹¹¹

Осим тога, према Закону о заштити природе Републике Србије прекршајем се сматра свако држање, узгајање и трговина јединки заштићених дивљих животињских врста противно постављеним условима,¹¹² држање заштићених дивљих животиња без дозволе надлежног министарства,¹¹³ узгајање и трговина дивљим животињским врстама, супротно прописаним условима,¹¹⁴ отварање прихватилишта за дивље животиње, мимо законом постављених услова,¹¹⁵ као и поступање са нађеним примерцима дивљих животињских врста супротно закону.¹¹⁶ За такво поступање правно лице биће кажњено новчаном казном, у распону од 500.000 до 1.000.000 динара. За ове прекршаје може бити изрекнута и новчана казна у сразмери висине проузроковане штете или вредности примерка дивље животињске врсте или неизвршене обавезе, а највише до двадесетоструког износа тих вредности. За одговорно лице, у правном лицу, прописана је новчана казна, у износу од 25.000 до 50.000 динара, за физичко лице новчана казна, од

110 Видети: чл. 125, ст. 1, тач. 6 и 7, као и ст. 2 Закона о заштити природе Републике Србије.

111 Видети: чл. 125, ст. 3, 4 и 5 Закона о заштити природе Републике Србије.

112 Видети: чл. 126, ст. 1, тач. 20 Закона о заштити природе Републике Србије.

113 Видети: чл. 126, ст. 1, тач. 21 Закона о заштити природе Републике Србије.

114 Видети: чл. 126, ст. 1, тач. 22 Закона о заштити природе Републике Србије.

115 Видети: чл. 126, ст. 1, тач. 23 Закона о заштити природе Републике Србије.

116 Видети: чл. 126, ст. 1, тач. 24 Закона о заштити природе Републике Србије.

5.000 до 50.000 динара или казна затвора до 30 дана, а за предузетника новчана казна у износу од 250.000 до 500.000 динара.¹¹⁷

Закон о заштити природе Републике Србије, додатно обезбеђује заштиту дивљих животињских врста, одредбом да уколико малолетник: предузима радње којима се могу угрозити строго заштићене животиње; држи заштићену дивљу животињу без дозволе надлежног министарства; узгаја или тргује дивљим врстама, мимо закона, као и ако поступа са нађеним јединкама заштићених дивљих животињских врста, супротно законским одредбама, за такво поступање кажњава се новчаном казном, у износу од 5.000 динара његови: родитељ, старалац или одговорно лице у органу старатељства, због пропуштања дужног надзора над малолетником.¹¹⁸ Нема сумње да се овом одредбом чини покушај да се, и путем одговорности за другога, заштите заштићене животињске врсте.¹¹⁹ Недостатак овог законског решења јесте у томе да се овако непримерено ниском казном не може не превентивно ни репресивно деловати на родитеље или старатеља. Осим тога, у овом случају, чини се, искључена је примена одговорности по основу правичности (па и самог малолетника) коју регулише домаћи Закон о облигационим односима, те да би стога, у циљу побољшања постојећег решења, требало упутити на одговарајуће одредбе овог законског текста.

Закон о добробити животиња Републике Србије, такође, прописује казне за понашање којим се угрожава добробит јединки дивљих животиња. Тако, прекршајем се сматра пуштање у дивљину репродуковане, припитомљене и отхрањене дивље животиње, без претходне припреме за преживљавање у таквом амбијенту,¹²⁰ држање, репродуковање и коришћење јединки дивљих животињских врста са циљем њиховог излагања у циркусима, на такмичењима, приредбама и на изложбама, осим оних које се организују у научне сврхе.¹²¹ Под окриље прекршаја се, осим тога, подводи држање и репродукција дивљих егзотичних животиња као кућних љубимаца, без одобрења надлежног министарства,¹²² неиспуњење потребних услова за држање таквих животиња¹²³ и одгајање јединки дивљих животињских

117 Видети: чл. 126, ст. 2 и 3 Закона о заштити природе Републике Србије.

118 Видети: чл. 129 Закона о заштити природе Републике Србије.

119 Видети: чл. 164–169 Закона о облигационим односима Републике Србије („Службени лист СФРЈ”, бр. 29/1978, 39/1985, 45/1989, 57/1989; „Службени лист СРЈ”, бр. 31/1993; „Службени лист СЦГ”, бр. 1/2003).

120 Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 15 Закона о добробити животиња Републике Србије.

121 Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 34 Закона о добробити животиња Републике Србије.

122 Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 72 Закона о добробити животиња Републике Србије.

123 Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 73 Закона о добробити животиња Републике Србије.

врста у зоолошким вртovima или прихватилиштима, без испуњења прописаних услова,¹²⁴ укључујући и услове који се траже за лица која су одговорна за послове заштите добробити тих животиња, и лица која брину о њима,¹²⁵ као и промет дивљих животиња између зоолошких вртова или прихватилишта, односно одгајалишта за дивље животиње, без сагласности министара, надлежних за ресор ветерине и заштите животне средине.¹²⁶ За наведене прекршаје, када су у питању правна лица, запређена је новчана казна, у износу од 100.000 до 1.000.000 динара. За одговорно лице, у правном лицу, предвиђена је новчана казна, у распону од 10.000 до 50.000 динара. За предузетника предвиђена је новчана казна, у износу од 50.000 до 500.000 динара, а за физичко лице новчана казна, у распону од 5.000 до 50.000 динара.¹²⁷

Противзаконито поступање према дивљачи, независно од њиховог статуса, такође је санкционисао одређеним казнама. У питању су новчане казне, а њихова висина условљена је врстом кажњивог дела. Закон о дивљачи и ловству Републике Србије забрањене активности рангира, према тежини и опасности коју могу произвести у односу на заштићену дивљач, на привредне преступе и прекршаје. Према слову закона, привредним преступом сматра се: угрожавање опстанка дивљачи и њихових станишта у природи;¹²⁸ њихово злостављање, прогањање, узнемиравање или намерно повређивање;¹²⁹ хватање или држање дивљачи у затвореном или ограђеном простору, као и намерно уништавање места за њихово размножавање и њихових развојних облика;¹³⁰ уношење, на ловно подручје, повређених дивљачи, дивљачи из зоолошких вртова, паркова дивљачи или узгајалишта, као и нових алохтоних врста дивљачи или њихових хибрида;¹³¹ тровање дивљачи;¹³² облагање отворених канала, акумулација, језера и обала водотока пластичним или другим материјалом;¹³³ необустављање, од стране корисника ловишта, лова на одређене угрожене врсте дивљачи,

124 Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 80 Закона о добробити животиња Републике Србије.

125 Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 81 Закона о добробити животиња Републике Србије.

126 Видети: чл. 82, ст. 1, тач. 82 Закона о добробити животиња Републике Србије.

127 Видети: чл. 82, ст. 1-2, чл. 84 и чл. 85, ст. 1 Закона о добробити животиња Републике Србије.

128 Видети: чл. 102, ст. 1, тач. 1 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

129 Видети: чл. 102, ст. 1, тач. 2 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

130 Видети: чл. 102, ст. 1, тач. 3 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

131 Видети: чл. 102, ст. 1, тач. 4 и 5 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

132 Видети: чл. 102, ст. 1, тач. 6 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

133 Видети: чл. 102, ст. 1, тач. 7 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

заштићене ловостајем, и непредузимање мера, у правцу повећања њихове популације;¹³⁴ лов заштићених дивљачи методама и средствима, оружјем и муницијом забрањеном законом.¹³⁵ За побројане преступе прописана је новчана казна, у распону од 1.500.000 до 3.000.000 динара, а за одговорно лице, у правном лицу, новчана казна, у износу од 2.000 до 200.000 динара.¹³⁶ Поред тога, кориснику ловишта односно одговорном лицу у њему, за учињене привредне преступе могу бити изрекнуте: заштитна мера забрана обављања делатности, односно забрана вршења дужности, у року од десет година, и заштитна мера одузимања предмета који су искоришћени за извршење привредног преступа, односно који су настали као последица учињеног преступа.¹³⁷

Према Закону о дивљачи и ловству Републике Србије прекршајем се сматрају: држање дивљачи у затвореном простору, у периоду дужем од једног месеца, од дана престанка елементарне непогоде, излечења или реализације одређених мера гајења;¹³⁸ жетва или косидба пољопривредним машинама које немају инсталиране уређаје за плашење или истеривање дивљачи;¹³⁹ паљење у ловиштима траве, корова или другог растиња;¹⁴⁰ коришћење средстава за заштиту биља и других хемикалија у количинама које могу проузроковати штету дивљачи;¹⁴¹ нехумано поступање са дивљачи које се хватају за потребе научног истраживања, образовања, зоолошких вртова и музеја, дивљачи угрожене у елементарној непогоди или у случају спречавања или смањивања последица заразних болести; хватање повређене дивљачи, насељавања дивљачи на друго подручје и испитивања урођених особина ловачких паса;¹⁴² непредузимање одговарајућих мера здравствене заштите дивљачи, као и мера којима се може спречити настанак или ширење какве заразне болести.¹⁴³

Корисник ловишта – правно лице, уколико учини неки од побројаних прекршаја, биће кажњен новчаном казном, у распону од 500.000 до

134 Видети: чл. 102, ст. 1, тач. 8 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

135 Видети: чл. 102, ст. 1, тач. 25 и 26 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

136 Видети: чл. 102, ст. 2 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

137 Видети: чл. 102, ст. 3 и 4 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

138 Видети: чл. 104, ст. 1, тач. 1 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

139 Видети: чл. 104, ст. 1, тач. 2 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

140 Видети: чл. 104, ст. 1, тач. 3 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

141 Видети: чл. 104, ст. 1, тач. 4 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

142 Видети: чл. 104, ст. 1, тач. 5 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

143 Видети: чл. 104, ст. 1, тач. 7 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

1.000.000 динара. За одговорно лице, у правном лицу, запрећена је новчана казна, од 25.000 до 50.000 динара.¹⁴⁴

Физичко лице, такође, може бити кажњено, ако поступа противно одредбама Закона о дивљачи и ловству, које се непосредно тичу заштите дивљачи. У те противправне поступке спадају: паљење стрњике, траве или другог растиња;¹⁴⁵ косидба или жетва механизацијом која нема уграђене уређаје за плашење или истеривање дивљачи;¹⁴⁶ уношење, на ловном подручју, дивљачи из зоолошких вртова, узгајалишта, паркова дивљачи или озлеђених дивљачи,¹⁴⁷ као и хватање и држање дивље животиње у затвореном или ограђеном поростору, намерно уништавање легла или гнезда и узимање развојних облика дивљачи.¹⁴⁸ За физичко лице које је извршило побројане прекршаје запрећена је новчана казна, у распону од 5.000 до 30.000 динара.¹⁴⁹

И Закон о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије, попут Закона о дивљачи и ловству, санкционише противправно поступање којим се уништавају примерци риба или угрожава опстанак рибљег фонда.

За привредно друштво или јавно предузеће које изврши неки од привредних преступа против заштите и очувања рибљег фонда (нпр. преграђује водени ток, преградама које отежавају пролаз рибе, без оправданих разлога; испушта воду из природних или вештачких језера и других акумулација које могу угрозити опстанак риба; загађује риболовну воду опасним и штетним материјама),¹⁵⁰ запрећена је новчана казна, у распону од 1.500.000 до 3.000.000 динара.¹⁵¹

144 Видети: чл. 104, ст. 2 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

145 Видети: чл. 105, ст. 1, тач. 4 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

146 Видети: чл. 105, ст. 1, тач. 3 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

147 Видети: чл. 105, ст. 1, тач. 2 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

148 Видети: чл. 105, ст. 1, тач. 1 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

149 Видети: чл. 105, ст. 1, тач. 1 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

150 Видети: чл. 55, ст. 1, тач. 9 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

151 Видети: чл. 55, ст. 1 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

Одговорно лице, у привредном друштву или јавном предузећу, такође, се за овакво противправно понашање кажњава новчаном казном, од 100.000 до 200.000 динара.¹⁵²

За учињени привредни преступ привредном друштву или јавном предузећу, као и одговорном лицу у њима, могу бити изрекнуте заштитне мере: забрана обављања одређене привредне делатности, у распону од шест месеци до десет година, од правноснажности пресуде, забрана вршења одређене дужности, у истом року, и јавно објављивање пресуде.¹⁵³

Према Закону о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда прекршајем се сматра низ противправних поступака (нпр. видно неозначавање забране риболова на рибарском подручју од значаја за мрест;¹⁵⁴ риболов, као и све друге активности које у риблим плодиштима ометају мрест, развој и кретање риба,¹⁵⁵ непредузимање или спречавање мера спашавања риба на поплављеном подручју).¹⁵⁶ За ове прекршаје привредно друштво, удружење грађана или јавно предузеће биће кажњено новчаном казном, у распону од 500.000 до 1.000.000 динара, а одговорно лице у њима новчаном казном, од 25.000 до 50.000 динара.¹⁵⁷ Правном лицу, осим тога, могу бити изрекнуте и две заштитне мере: забрана вршења делатности, у периоду до три године и забрана одузимања предмета којим је извршен прекршај, или који су настали његовим извршењем.¹⁵⁸

Уколико физичко лице предузме коју од забрањених активности против заштите и очувања рибљег фонда (нпр. продаје рибу која је уловљена ради спашавања,¹⁵⁹ лови рибу која нема прописану величину или у време

152 Видети: чл. 55, ст. 2 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

153 Видети: чл. 55, ст. 3 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

154 Видети: чл. 56, ст. 1, тач. 2 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

155 Видети: чл. 56, ст. 1, тач. 9 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

156 Видети: чл. 56, ст. 1, тач. 10 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

157 Видети: чл. 56, ст. 2 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

158 Видети: чл. 56, ст. 4 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

159 Видети: чл. 57, ст. 1, тач. 9 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

ловостаја,¹⁶⁰ лови ноћу младицу, липљана или пастрмку¹⁶¹), за такав прекршај, запрећена је новчана казна, у износу од 25.000 до 50.000 динара. Физичком лицу, поред новчане казне могу бити изрекнуте и две заштитне мере: забрана лова и одузимање предмета који су искоришћени или намењени за извршење прекршаја, или су настали његовим извршењем.¹⁶²

За противправно поступање предузетника којим се угрожава рибљи фонд прописана је новчана казна, у распону од 250.000 до 500.000 динара. Против предузетника, осим тога, могу бити изрекнуте и заштитне мере: одузимање предмета којим је извршен прекршај, или који су настали његовим извршењем, и забрана вршења делатности, у периоду до три године.¹⁶³

Приказ широког спектра новчаних казни за противправне поступке против заштићених дивљих животињских врста, на први поглед, ствара утисак једне некохерентне казнене целине. У првом реду, то потврђује чињеница да се иста незаконита делања третирају и као привредни преступи¹⁶⁴ и као прекршаји, у зависности од тога ко је починилац. Затим, привредни преступи, као посебна врста деликта правних лица и даље егзистирају у нашем правном систему, иако Закон о одговорности правних лица за кривична дела Републике Србије¹⁶⁵ негира њихову оправданост.¹⁶⁶ Од не мањег значаја јесте и чињеница да су противправни поступци против заштићених дивљих животињских врста, исте опасности и тежине, санкционисани различитим износима новчаних казни и неразумно великим разликама у распону новчаних казни, у зависности од закона који их прописује.

160 Видети: чл. 57, ст. 1, тач. 3 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

161 Видети: чл. 57, ст. 1, тач. 2 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

162 Видети: чл. 57, ст. 2 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

163 Видети: чл. 56, ст. 3 и 4 Закона о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда Републике Србије.

164 О привредним преступима у области животне средине, опширније видети код: В. Јолџић, *Еколошко казнено право, специфичан регулатор одговорности*, Правни живот, тематски број „Право и одговорност“, том I, бр. 9/2011, стр. 566–569.

165 „Службени гласник РС“, бр. 97/2008.

166 Тако и: D. Miladinović-Stefanović, *Sentencing Legal Entities as Perpetrators of Criminal Offences: Analysis of the Normative Framework of the Republic of Serbia*, Facta Universitatis, Series: Law and Politics, Vol. 11, № 1, 2013, p. 24.

Додатна брана забрањеном деловању против заштићених дивљих животињских врста, која у исто време има и превентивни и репресивни карактер, јесте надокнада штете коју проузроковач мора да плати, у висини одређеној Правилником о одштетном ценовнику за утврђивање висине накнаде штете проузроковане недозвољеном радњом у односу на строго заштићене и заштићене дивље врсте.¹⁶⁷ Висина накнаде штете за убијање заштићених дивљих животиња, према овом подзаконском акту, условљена је редом, породицом и врстом строго заштићене или заштићене животиње.^{168 169 170} Уколико су против јединки заштићених дивљих животињских врста предузете неке друге активности, као што су њихово повређивање, хватање, прогањање, растеривање, узнемиравање, посебно у време размножавања, подизања младих, хибернације или миграције, висина надокнаде штете одређује се у распону од најмање 20% до највише 80%, од износа прописаног за убијање примерака одређених заштићених дивљих животињских врста.¹⁷¹ Ако човек, својим активностима, онемогући јединки заштићене дивље животиње самосталан опстанак у природном станишту, или јој уништи или оштети њене развојне облике – јаја, ларве и њихове младунце, као и легла или гнезда, надокнада штете изједначава се са висином надокнаде штете за убијање истих јединки.¹⁷²

167 „Службени гласник РС“, бр. 37/2010.

168 Видети: чл. 2 Правилника о одштетном ценовнику за утврђивање висине накнаде штете проузроковане недозвољеном радњом у односу на строго заштићене и заштићене дивље врсте Републике Србије.

169 Тако, примера ради, ако се убије мрки медвед, као строго заштићена животињска врста, надокнада штете износи 1.000.000 динара. За убијање слепог кучета надокнада штете је 100.000 динара, а за црну роду 200.000 динара. Видети: Прилог 1 Одштетни ценовник за строго заштићене дивље врсте, уз Правилник о одштетном ценовнику за утврђивање висине накнаде штете проузроковане недозвољеном радњом у односу на строго заштићене и заштићене дивље врсте Републике Србије.

170 За убијање заштићених дивљих животињских врста су нешто ниже надокнаде штете. Тако, када се убије ласица, надокнада штете је 60.000 динара, а за јежа, 28.000 динара. Накнада штете за убијену врну или врабца износи 25.000 динара, а за поскока 14.400 динара. Видети: Прилог 2 Одштетни ценовник за заштићене дивље врсте, уз Правилник о одштетном ценовнику за утврђивање висине накнаде штете проузроковане недозвољеном радњом у односу на строго заштићене и заштићене дивље врсте Републике Србије.

171 Видети: чл. 3 Правилника о одштетном ценовнику за утврђивање висине накнаде штете проузроковане недозвољеном радњом у односу на строго заштићене и заштићене дивље врсте Републике Србије.

172 Видети: чл. 3, ст. 2 Правилника о одштетном ценовнику за утврђивање висине накнаде штете проузроковане недозвољеном радњом у односу на строго заштићене и заштићене дивље врсте Републике Србије.

За противзаконито убијену или на други начин уништену дивљач, такође, кориснику ловишта се надокнађује штета, на основу Правилника о висини штете за противзаконито уловљену дивљач или на други начин уништену дивљач.¹⁷³ ¹⁷⁴ Висина надокнаде штете директно је зависна од тога да ли су у питању јединке трајно заштићених дивљачи¹⁷⁵ или јединке ловостајем заштићених дивљачи.¹⁷⁶ Притом, штета се надокнађује не само у случају убијања јединки заштићених дивљачи, већ и у случају противзаконито уништених развојних облика пернате и ситне длакаве дивљачи.¹⁷⁷

4. Правна заштита човека од заштићених дивљих животињских врста

Иако су одговарајуће одредбе Закона о заштити природе Републике Србије претежно биоцентричног карактера, јер у први план стављају заштићене дивље животињске врсте, постоје и решења којима се првенствено штити човек.

Ако изузмемо дозвољене радње које се могу предузети у односу на строго заштићене дивље животињске врсте, а које често имају за циљ непосредну заштиту човека и биолошке разноврсности,¹⁷⁸ домаћи законодавац прописује још једну бенефицију у корист људи. Наиме, ради се о случају када јединка дивље заштићене животињске врсте проузрокује штету човеку. По правилу, за ту штету Република Србија не одговара, а свако

173 „Службени гласник РС“, бр. 60/2006.

174 У називу овог Правилника, а и самом његовом тексту, употребљава се израз „висина штете“, иако је прецизније и исправније да стоји „висина надокнаде штете“

175 Тако, за убијање риса висина надокнаде штете износи 600.000 динара, а за орлове, соколове, и јастребове, осим јастреба кокошара, надокнађује се штета у износу од 300.000 динара. Видети: чл. 2 Правилника о висини штете за противзаконито уловљену дивљач или на други начин уништену дивљач Републике Србије.

176 Уколико се убије лане – младунче до једне године старости или срна, висина надокнаде штете је 200.000 динара. За убијање медведа или мечке, који имају трофеј (крзно од 400 и више СИС поена), надокнада штете износи 3.000.000 динара. Видети: чл. 2 Правилника о висини штете за противзаконито уловљену дивљач или на други начин уништену дивљач Републике Србије.

177 Видети: чл. 3 Правилника о висини штете за противзаконито уловљену дивљач или на други начин уништену дивљач Републике Србије. У овом Правилнику спомиње се надокнада штете за уништено гнездо, али не и за уништено легло или станиште ситних длакавих или крупних дивљачи и њихових развојних облика. Разликовање које је у потпуности неприхватљиво, јер се не штите на исти начин птице и сисари као дивљач.

178 Видети: чл. 75 Закона о заштити природе Републике Србије.

лице, физичко или правно је, према слову закона, дужно да предузме одговарајуће мере, како би предупредило штету (нпр. да огради двориште или другу земљишну парцелу; да је чува; да растерује строго заштићене дивље животиње, али на начин на који се не угрожава њихов опстанак).¹⁷⁹

¹⁸⁰ Само изузетно, ако и поред предузимања одговарајућих радњи наступи штета, онда оштећени има право да надлежном телу (министарству, овлашћеном органу аутономне покрајине или управљачу заштићеног подручја¹⁸¹) пријави штету, најкасније у року од осам дана од настанка штете.¹⁸² Висина надокнаде штете одређује се на основу споразума између надлежног органа и оштећеног, а у случају спора, о томе одлучује надлежни суд.¹⁸³

У ситуацији да је штету проузроковала јединка дивље животињске врсте коју узгаја човек, он је онда дужан да надокнади штету оштећеном.¹⁸⁴

Закључна разматрања

Ратификоване Конвенција о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта и Конвенција о међународном промету угрожених врста дивље фауне и флоре, затим донет велики број законских и подзаконских аката којима се регулише статус заштићених дивљих животињских врста, несумњиво показује намеру српског нормотворца у правцу заштите и очувања ове компоненте дивље фауне. Међутим, од усвајања од потпуне примене ових прописа дуг је пут, често праћен недовољним разумевањем проблематике која се третира и недостатком воље да се адекватније примени слово закона, заборављајући притом на битну чињеницу – заштитом дивљих животиња човек штити и себе.

179 Видети: чл. 64, 1–3 Закона о заштити природе Републике Србије.

180 Исту обавезу, на основу Закона о дивљачи и ловству Републике Србије, имају: корисник ловишта, власник и корисник земљишта, вода и шума на којима се ловиште налази, као и власник и корисник површина ван ловишта на којима дивљач борави. Видети: чл. 87 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

181 Уколико је, и поред предузетих мера, дивљач у ловишту начинила штету, њу је дужан да надокнади корисник ловишта. Ово не важи ако је штету проузроковала трајно заштићена дивљач. Њу надокнађује министарство надлежно за послове заштите животне средине. Видети: чл. 88, ст. 1–3 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

182 Према Закону о дивљачи и ловству Републике Србије оштећени мора, у року од десет дана од настанка штете, да поднесе захтев за надокнаду штете кориснику ловишта. Видети: чл. 89, ст. 1 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

183 Видети: чл. 65 Закона о заштити природе Републике Србије. Такође, видети и чл. 89, ст. 3 Закона о дивљачи и ловству Републике Србије.

184 Видети: чл. 89, ст. 3 Закона о заштити природе Републике Србије.

Постизању наведеног циља, свакако, у значајној мери може допринети јачање свести код људи, путем медија, и континуирана едукација о неопходности очувања дивљих животиња.

Упоређујући садржину Конвенције о очувању европске дивље флоре и фауне и природних станишта и Закона о заштити природе Републике Србије нејасно је зашто се радње које дозвољава српски законодавац у односу на строго заштићене дивље животињске врста не односе и на заштићене дивље животињске врсте, као и у Конвенцији, кад рецимо и оне могу представљати опасност по јавну безбедност или здравље грађана или, пак, проузроковати озбиљну штету усевима.

Будући да статус строго заштићених и заштићених дивљих животињских врста није истоветан, чини се рационалним решењем да се одвојено регулишу мере којима се штите ове компоненте дивље фауне, и да оне буду обједињене у једном правном извору.

Правна сигурност налаже да се изврши усаглашавање Закона о добробити животња са Законом о заштити природе Републике Србије, у погледу административних услова за држање дивљих животиња као кућних љубимаца, или, још боље, да би се избегли проблеми у пракси, регулисање услова за држање дивљих животиња у заточеништву само Законом о добробити животиња.

Будући да прописани услови за издавање дозвола за прекограничени промет дивљих животињских врста, које садржи Закон о заштити природе не одговарају ономе што предвиђа CITES Конвенција, проистиче да би најприхватљивије било решење да Закон о заштити природе, у погледу овог питања, само упути на Правилник о прекограничном промету и трговини заштићеним врстама Републике Србије.

Постојање Закона о одговорности правних лица за кривична дела у Републици Србији намеће оправданим пренормирање привредних преступа који се односе на заштиту дивљих животињских врста у прекршаје. Осим тога, у циљу успостављања складне казнене политике, неопходно је усаглашавање висине новчаних казни у Закону о заштити природе, Закону о ловству и дивљачи, Закону о заштити и одрживом коришћењу рибљег фонда и Закона о добробити животиња Републике Србије за противправна поступања према заштићеним дивљим животињама исте опасности и тежине, затим укидање, неразумно великих разлика у износу новчаних казни, као и повећања износа појединих новчаних казни, јер не могу ни превентивно ни репресивно деловати.

Prof. Nataša Stojanović, LL.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Niš

**THE PROTECTION OF SPECIES OF WILD FAUNA IN
THE REPUBLIC OF SERBIA AND HUMANS**

- Legal Aspect -

Summary

In the paper, the author sheds light on the status and regime of the legal protection of the protected wild animal species in the Republic of Serbia through an analysis of the solutions contained in the Convention on the Conservation of European Wildlife and Natural Habitats, the Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora, the Law on Nature Protection, the Law on Game and Hunting, the Law on the Protection and Sustainable Use of the Fisheries Fund, the Law on Animal Welfare and a number of appropriate by-laws. The first part of the paper is dedicated to prohibited activities and protection measures applicable to strictly protected and protected wild animal species, taking also into consideration those components of wildlife fauna that the regulations on hunting and fisheries apply to, and those wild animal species that are under a special regime for use and trade. In the second part, the author analyses the solutions related to keeping, rearing, trade and crossborder trade of specimens of protected wildlife fauna species. The third part of the paper processes the penalties for unlawful treatment of specimens of protected wild animal species that are standardised in the aforementioned legal texts. The fourth part is dedicated to lawful protection of humans against protected wild animal species. In the paper, the author advocates for a more consistent acceptance of the solutions contained in appropriate international legal sources, for the harmonisation of the domestic legal texts that deal with the issue of wildlife fauna protection, for the cancellation of substantial discrepancies in pecuniary penalties related to specific unlawful acts against protected wild animals, and for tightening the penal policy in regard to the enforcement of specific delicts.

Key words: *protected wildlife fauna species, legal protection, Republic of Serbia.*

ТРГОВИНА ПОВЕРЉИВИМ ИНФОРМАЦИЈАМА НА ТРЖИШТУ ХАРТИЈА ОД ВРЕДНОСТИ¹

Апстракт: Трговина поверљивим информацијама (*insider trading, insider dealing*) третира се као непоштена радња, настала злоупотребом прилика на тржишту од стране *insider-a* у трговини са хартијама од вредности. Овај рад говори о проблему трговине поверљивим информацијама, лицима која се могу наћи у улози *insider-a*, информационој асиметрији, као и последицама које могу настати по оне чијим се подацима манипулише. Са аспекта заштите инвеститора, као и лица која се могу наћи у улози „жртве“, посебна пажња посвећена је регулативи ове установе кроз комунитарно право ЕУ, али и право САД, обзиром на њихов значај. У зависности од третмана и модалитета повлашћене информације (повољне и неповољне), предвиђене су и одговарајуће санкције. У контексту казних одредаби Закона о тржишту хартија од вредности Републике Србије, поступање противно одредбама о забрани манипулације представља привредни преступ, док се у упоредном праву злоупотреба привилегованих информација третира као кривично дело.

Кључне речи: *insider*, повлашћена информација, информациона асиметрија, тржишна манипулација, заштита инвеститора.

Уводне напомене

Државе чланице Европске уније изнедриле су различите моделе заштите инвеститора. Начин на који европски компанијски закон предвиђа заштиту инвеститора приликом трговине акцијама и обвезницама, као и начин заштите мањинских акционара прилично варира од државе

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту Правног факултета Универзитета у Нишу: „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046 који финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије.

до државе. Регулаторна тела која се баве контролом финансијских извештаја, различитим аспектима примарних и секундарних тржишта (трговање акцијама, обвезницама и сродним дериватима) такође су врло неуједначена.

Insider-ским пословањем (*insider dealing*) сматра се трговање акцијама и осталим преносивим хартијама од вредности од стране лица која, захваљујући свом положају, долазе у посед необјављених повлашћених информација злоупотребљавајући исте.² Трансакције обављене од стране лица која су имала непосредну корист од добијања повлашћене информације, на директан или индиректан начин, третирају се као инсајдерска трговина (*insider trading*).³

Insider dealing (trading) у европском правном простору уобличен је Директивом о забрани злоупотребе повлашћених информација.⁴ Њоме је предвиђено да ће се повлашћеном информацијом сматрати специфична информација која није објављена директно и непосредно, која се односи на једног или више издавалаца финансијских инструмената и која би, уколико би била објављена, извесно утицала на цене тих инструмената, као и на цене финансијских деривата.⁵ Информација има третман повлашћене уколико кумулативно испуњава следеће услове: 1) ако се ради о информацији о тачно одређеним чињеницама у вези једне или више компанија, односно у вези њихових хартија од вредности које се јавно нуде на тржишту; 2) ако је у питању необјављена информација; 3) ако се ради о информацији која би, да је позната јавности, значајно утицала на цену тих хартија.⁶

Информациона асиметрија

У преамбули Директиве наводи се да процене изведене из јавно доступних података не треба сматрати повлашћеним информацијама. Чињеница да су подаци доступни јавности, не подразумева да обе стране у трансакцији имају исту могућност да до њих дођу. На финансијским тржиштима је уобичајена појава да једна страна у трансакцији нема довољно информација

2 К. Нопт, *The European Insider Dealing Directive*, Common Market Law Review, Vol. 27, 1990, стр. 51.

3 М. Andenas, F. Wooldridge, *European Comparative Company Law*, Cambridge, 2009, стр. 517.

4 *EC Directive on Insider Dealing (89/592/ЕЕС)*, чл. 1. ст. 1.

5 Као што је већ наведено, термину «финансијски инструмент» дата је веома широка дефиниција у Директиви. Појам хартија од вредности проширен је и на финансијске деривате, као изведене хартије од вредности. Више о томе: К. Нопт & Е. Wymeersch, *European Insider Dealing*, London: Butterworths, 1991, стр. 148.

6 Види: Boyle & Birds, *Company Law*, 1995, стр. 229.

о предмету трансакције. Предност коју остварује страна која поседује више информација доводи до појаве која се назива *информациона асиметрија*. Највећа асиметрија присутна је између управа и кључних акционара у издаваоцима, с једне стране, и мноштва ситних улагача, с друге стране.⁷ Последице које могу настати услед неравнотеже у количини расположивих информација односе се на повећани ризик трансакција и повећање трансакционих трошкова.⁸

Једна од последица асиметрије информација је и ризик њене злоупотребе. На тржишту хартија од вредности постоји извештај број лица која су због природе посла који обављају и положаја на коме се налазе у позицији да несметано и пре осталих дођу у посед одређених пословних података. Директива 89/592/ЕЕЗ прави разлику између примарних и секундарних insider-а. Примарним insider-има најчешће се сматрају чланови управе и менаџери друштва и повезаних друштава, чланови надзорног одбора и други органи емитената хартија од вредности, за које постоји претпоставка да располажу повлашћеним информацијама. Секундарним insider-има сматрају се остала лица за која се верује да су имала приступ повлашћеним информацијама које се тичу хартија од вредности компаније (запослени у компанији, ревизори, брокери, адвокати, вештаци, инвестициони саветници...). Поред ових лица постоји и категорија названа „tippees”, коју чине лица којима они који располажу поверљивом информацијом повере ту информацију на директан или индиректан начин, као и свако лице које је укључено у поступак преузимања капитал учешћа.⁹

Директива о insider-ском пословању садржи мере предострожности, креиране како би се умањио ризик од трговине повлашћеним информацијама.¹⁰ Оне укључују захтев упућен државама чланица да забране примарним insider-има саопштавање информације ма ком лицу, осим уколико то не подразумева редовно обављање њиховог посла. Забрана обухвата и лица која нису знала да је информација коју су саопштили била повлашћена, као и да ће се она злоупотребити.¹¹ Поред тога, члан 3 (б) Директиве забрањује примарним insider-има да, на основу тих информација, саветују треће лице о куповини или располагању хартијама од вредности. То истовремено не значи да је особа која даје савет знала

7 Н. Јовановић, *Берзанско право*, Београд, 2009, стр. 522.

8 Б. Живковић, *Акционарска друштва, берзе, акције*, Београд, 2006, стр. 583.

9 М. Васиљевић, *Компанијско право*, Београд, 2005, стр. 363.

10 Члан 3(а)

11 М. Andenas, F. Wooldridge, *нав. дело*, стр. 517.

да су информације, у вези којих је дала своју препоруку, повлашћене информације.¹²

Обавеза обавештавања

У функцији заштите инвеститора забрањено је манипулисање ценама на тржишту капитала, као и ширење лажних информација које утичу или би могле утицати на обим трговања и цену хартија од вредности, док је овлашћеним друштвима која управљају портфељем вредносница налогодавца забрањена продаја или издавање налога за њихову куповину, искључиво са намером стицања провизије која се наплаћује за ту услугу. Услед развоја финансијског тржишта, који је условио појаву нових облика злоупотреба на тржишту, појавила се потреба за изменом постојеће Директиве. То је и учињено 2003. године усвајањем Директиве 2003/6,¹³ која је осим трговине привилегованим информацијама (*insider trading*) регулисала и злоупотребе на тржишту (*market abuse*).

Директивом 89/592/ЕЕЗ било је забрањено сваком лицу које поседује повлашћену информацију да је користи уз потпуно изношење чињеница.¹⁴ Овакав захтев је изузет из Директиве о злоупотреби тржишта (даље у тексту: МАД), обзиром да је потребно доказати да је примарни insider имао релевантне информације у тренутку када је трансакција обављена. Право оштро санкционише трговину на основу привилегованих информација, ако се обавља пре њиховог објављивања инвеститорима. Уколико се установи кривична одговорност, ови фактори би били релевантни за *mens rea* окривљеног.¹⁵ Мера изрицања санкција за insider-ско пословање је оправдана, узевши у обзир потребу да се заштити тржиште на којима се хартије од вредности пласирају, а не на основу потребе да се наметне кривична одговорност за повреду дужности директора и осталих запослених према компанији.¹⁶ МАД, дакле, предвиђа да insider-ско

12 V. Edwards, *EC Company Law*, Oxford: Oxford University Press, 1999, стр. 327. Забрана се примењује и када препоручивање или саветовање подразумева редовно обављање радних задатака, професије или бизниса.

13 *Directive 2003/6/EC of European Parliament and Council of 28 January 2003 on Insider Dealing and Market Manipulation (Market Abuse)* OJ L 096, 12. 04. 2003.

14 К. Нопт & Е. Wymeersch, *нав. дело*, стр. 151.

15 Види: Р.К. Jain, *Significance of mens rea in insider trading*, 2004, Co Law, стр. 25. У Великој Британији је 1993. године прописана кривична одговорност за трговање повлашћеним информацијама, под условом да је окривљени добио информације од insider-ског извора.

16 То чини и основну разлику између европског (тржишног) и америчког (фидуцијарног) концепта. Обзиром да је заштита у америчком праву заснована на

пословање и тржишне манипулације спречавају потпуну транспарентност, што је предуслов трговања за све учеснике на интегрисаном финансијском тржишту. Ипак, има и оних који су мишљења да трговина привилегованим информацијама има и позитивну страну.¹⁷

Директивом о злоупотребама на тржишту¹⁸ захтева се од издавалаца финансијских инструмената да у најкраћем року обавесте јавност о привилегованим информацијама које се директно тичу емитената. Члан 6 (1) Директиве (скоро на идентичан начин као Директива 89/592) акценат ставља на потребу објављивања повлашћених информација од стране емитента хартија од вредности којима се тргује. Објављивање треба да послужи као превентива против insider-ског пословања.¹⁹ Начин на који се врши објављивање садржан је у Директиви 2003/124 о дефиницији и објави привилегованих информација и дефиницији манипулација на тржишту (даље у тексту: Директива о Дефиницији и објави).²⁰ Директива о Дефиницији и објави предвиђа да државе чланице треба да обезбеде званични механизам за ову намену. Поред тога, МАД предвиђа да државе чланице треба да обезбеде да емитенти, у одговарајућем временском периоду, поставе на својим интернет сајтовима све привилеговане информације за које се захтева јавно објављивање. Привремена суспензија објављивања информација је оправдана по члану 6 (2) МАД, којим се предвиђа да издавалац може на своју одговорност да одложи објављивање привилегованих информација.

Приликом објављивања привилегованих информација треба имати у виду и могућа ограничена. Тако, уколико је информација дата трећем лицу у оквиру редовног пословања, потребно је њено јавно објављивање.²¹ Директивом се прецизира да у случају постојања прекограничног елемента објаве треба извршити истовремено, а интерна објава врши се непосредно по

постојању фидуцијарне дужности лица према компанији, то се и њена повреда тумачи као нарушавање поверења између учесника у трговини.

17 Могло се чути да је insider-ско пословање „кривично дело без жртава“ које може да повећа тржишну ефикасност, тиме што се ове информације у кратком року одражавају на цене вредносница што није случај код стандардне тржишне информације. Осим тога, уколико занемаримо губитке лица која тргују хартијама од вредности, оне постају значајан фактор у разоткривању превара од стране инвеститора.

18 Чл. 6, ст. 1.

19 Више о томе: J. L. Hansen, *MAD in a Hurry: The Swift and Promising Adoption of the EU Market Abuse Directive*, 2004, 15 EBLR, стр. 183-201.

20 *Commission Directive 2003/124/EC of 22 December 2003 implementing Directive 23/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards the definition and public disclosure of inside information and the definition of market manipulation*, OJ L 339, 24/12/2003.

21 Чл. 6, ст. 3. МАД

откривању информације. Ова одредба се не примењује ако лице које добија информацију има фидуцијарну дужност према компанији, без обзира да ли је та обавеза наметнута законом, статутом или уговором. То је повезано са условом да државе чланице захтевају да емитенти или лица која делују у њихово име или за њихов рачун, сачине списак лица која раде за њих, а која имају приступ привилегованим информацијама. Наведена лица су у обавези да редовно ажурирају ову листу и доставе је надлежном органу на његов захтев.²² Објављивање повлашћене информације може бити одложено под условом да одлагање неће довести до обмане, као и под условом да је издавалац у стању да обезбеди поверљивост информација.²³ Оправдано кашњење са објавом могло би се разматрати у контексту преузимања компаније или преговора о спајању, као и у ситуацији када је издавалац у озбиљним финансијским проблемима.²⁴

Члан 6 (3) МАД садржи забрану селективног објављивања повлашћених информација и предвиђа да ће државе чланице, од лица која службено организују трансакције финансијских инструмената и која с разлогом сумњају да би она могла представљати insider-ско пословање или злоупотребу на тржишту, захтевати да обавесте надлежни орган без одлагања. Обавеза обавештавања данас је заведена како у емисији вредносница (примарно тржиште), тако и у њиховој препродаји (секундарно тржиште). Дужност обавештавања улагача у емисији пада на издаваоца, а у њиховој препродаји на берзу.²⁵

У Сједињеним Америчким Државама забрану трговања привилегованим информацијама развили су судови позивајући се на одредбу о превари,²⁶ садржаној у Закону о хартијама од вредности из 1934. године.

22 Ради се о имплементацији директиве 2003/6 о дефиницији привилеговане информације у односу на робне деривате и сачињене листе *insider*-а и листе сумњивих трансакција (*Commission Directive 2004/72/EC of 29 April 2004 implementing Directive 23/6/EC of the European Parliament and of the Council as regards accepted market practices, the definition of inside information in relation to derivatives on commodities, the drawing up of list of insiders, the notification of managers transactions and the notification of suspicious transactions*).

23 J. L. Hansen, *op. cit.*, стр. 202-203. Ситуацијом када је компанија у озбиљним финансијским проблемима бави се чл. 3 (1) (9), пар. 2. Директиве о дефиницији и објављивању. Изузимање је могуће ако је финансијски положај издаваоца битно погоршан и уколико би објављивање озбиљно угрозило интересе акционара.

24 V. Edvards, *нав. дело*, стр. 329.

25 Н. Јовановић, *нав. дело*, стр. 523.

26 Сетимо се лавине коју су покренули Енрон и остали финансијски скандали који су уздрмали америчко тржиште капитала, након чега и европско, а која су отворила питање преваре инвеститора и потребе заштите од преварних поступака.

Међутим, чини се да европски приступ није био примарно заснован на злоупотреби повлашћених информација од стране insider-а, већ на потреби да се спрече поремећаји на тржишту изазвани трговањем информацијама које се тичу финансијских инструмената, а нису јавно објављене.²⁷ Стога је на европском тлу примењен тзв. тржишни концепт заштите, док је у праву САД прихваћен тзв. фидуцијарни концепт. У зависности од модалитета повлашћене информације у новије време се прави разлика између повољних и неповољних информација, на начин да злоупотребу повољних информација не би требало санкционисати, док би злоупотреба неповољних информација имала супротан третман.²⁸

МАД користи термин „повлашћена информација“, иако је, из члана 2 (1) јасно да такве информације могу бити у поседу лица која нису на привилегованом положају (нпр. лица која добију информацију на основу одржавања капитала издаваоца, или као резултат криминалне активности).²⁹

Повреда издаваоца услед објаве информације

У новом регулаторном и тржишном окружењу издаваоци су под великим притиском да објављују информације о себи. Како објава таквих информација утиче на цену хартија од вредности, а у жељи да задрже инвеститоре, могуће је да се право на истиниту и потпуну информацију злоупотреби. Тада говоримо о повреди издаваоца која се може манифестовати на више начина.³⁰

Прва повреда објаве тиче се примарног тржишта. Она настаје када акционарско друштво чини прву јавну понуду својих вредносница, у ситуацији када треба објавити информације садржане у проспекту. Уколико су подаци из проспекта неистинити или непотпуни, одговорност преузимају лица која су била у обавези да сачине проспект.

27 J. L. Hansen, *нав. чланак.*, стр. 192-194.

28 K. R. Grechenig, *Positive and Negative Information – Insider Trading Rethought*, у: P. Ali, G. Gregoriou (editors), *Insider Trading Global Development and Analysis*, Boca Raton, 2009, стр. 248.

29 Види преамбулу Директиве о злоупотребама на тржишту, која указује да insider-ска информација може бити резултат припреме или извршења криминалних активности, што би могло имати значајан утицај на цену једног или више финансијских инструмената или на информације о цени на организованом тржишту, као таквом.

30 J. Arlen, W. Carney, *Liability for Fraud on Securities Market: Theory and Evidence*, 1992, U.I.L.L. REV, str. 691.

Друга повреда тиче се објава на секундарном тржишту, до којих долази када се издавалац већ котирао на берзи, односно када је прошао иницијалну понуду хартија од вредности.³¹ Ту спада објављивање финансијских извештаја, где непотпуна и неистинита објава података представља повреду обавезе објаве информације услед које улагач може претрпети штету. Одговорност за повреду ове обавезе сносе чланови друштва или само друштво. У круг периодичних објава издаваоца улази и обавеза објаве промена у гласачким правима, односно у корпоративној структури.³² Наиме, када физичка или правна лица стекну или отуђе одређени проценат акција са правом гласа у скупштини издаваоца, у обавези су да доставе информацију о томе, а након тога је издавалац у обавези да исту објави без одлагања. Неизвршавање ове обавезе повлачи одговорност као и у претходном случају.

Трећа повреда објаве везана је, такође, за секундарно тржиште, а тиче се дужности издаваоца да објављује повлашћене информације које се непосредно односе на издаваоца. За разлику од претходних, обавеза њихове објаве настаје *ad hoc*, одмах по настанку информације која може утицати на цену хартија од вредности.

У прилог томе говори и спор акционара Marc Gertl-а и осталих, против издаваоца аутомобилске корпорације DaimlerChrysler-а.³³ У овом предмету тужилац је, попут осталих улагача, продао акције издаваоца пре скока цена акција, до кога је дошло пошто је објављена вест о оставци председника управе. Иако су њихови појединачни захтеви били мале вредности, укупно потраживање накнаде штете акционара износило је 5 милиона еура. У тужбеном захтеву наведено је да је Daimler оставку председника управе планирао много пре датума на који је објављена, а да би ранија објава спречила значајан број акционара да продају акције. Суд је требало да утврди да ли је превремена оставка председника управе повлашћена информација, када је она настала и да ли је благовремено објављена. Узевши у обзир ове околности Виши суд у Штудгарту сматрао је да се ради о повлашћеној информацији коју је издавалац DaimlerChrysler благовремено објавио. На ову одлуку жалио се тужилац, наводећи да је одлука о оставци најпре саопштена надзорном органу на тржишту капитала и на берзи, а пола сата касније агенцији специјализованој за примање објава, у чији делокруг спада објава информација котирањих друштава. Тога дана непосредно пре

31 Е. Чулиновић Херц, *Спорови улагатеља против издаватеља на тржишту капитала због повреде дужности објаве информација и колективно парничење*, Право у господарству, 2009, бр. 3, стр.767.

32 Е. Чулиновић Херц, *ибидем*, стр. 767.

33 Доступно на <https://www.ebundesanzeiger.de/ebanzwww/wexsservlet>

објаве спорне информације, послат је и квартални извештај издаваоца. У тренутку када је овај извештај послат цена акција на берзи порасла на 38,70 еура, да би пошто је послато обавештење о оставци председника управе цена акција порасла на вредност од 40, 40 еура, а затим наставила да расте до износа од 42, 95 еура. Истог дана, пре сазнања о објави, ужилац је продао 800 акција по цени од 36,50 еура, а месец дана раније и 100 акција по цени од 31, 85 еура. Тужилац је, такође, тврдио да је председник управе знатно раније упознао већину чланова надзорног одбора са својом намером да свој мандат оконча раније и да би тај тренутак требало узети као меродаван за објаву повлашћене информације. Због уложене жалбе на пресуду немачки ВGH укинуо је одлуку и предмет вратио на поновно суђење услед повреде одредаба поступка. По мишљењу Врховног суда, суд који је одлучивао у поступку пропустио је да утврди може ли се оставка дата у разговору са председником надзорног одбора сматрати повлашћеном информацијом. Поступак још нема коначни епилог.

Овај и слични случајеви указују нам на сложеност процедуре утврђивања повлашћене информације, околности који је одређују као такву, као и значаја тренутка њене објаве по интересе акционара.

Финансијско тржиште у Србији *de lege lata*

Уколико регулаторну функцију посматрамо у ширем контексту, онда би у основне активности регулатора хартија од вредности могли убројати обезбеђивање квалитета хартија од вредности које се емитују у серији и старање о финансијској дисциплини у трговини њима.³⁴ То даље подразумева могућност предлагања и предузимања мера за спречавање недозвољеног понашања у вези са трговином хартија од вредности, односно контролу пословања учесника на финансијском тржишту.

Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских деривата³⁵ (даље у тексту ЗТХВ) је учинио извесне помаке у односу на истоимени закон из 2003. године,³⁶ у домену имплементације решења директива ЕУ по питању трговине повлашћеним информацијама. У погледу злоупотреба на тржишту у вези са привилегованим информацијама, ЗТХВ генерално забрањује коришћење и саопштавање ових информација. Он предвиђа обавезу лица која поседују привилеговану информацију да о

34 Т. Јованић, *Развој финансијског тржишта Републике Србије*, Београд, 2008, стр. 44.

35 Службени гласник РС, бр. 47/06.

36 Закон о тржишту хартија од вредности и других финансијских инструмената, Службени гласник РС, бр. 57/03, 55/04, 45/05, 85/05 и 101/05.

свакој извршеној куповини или продаји хартија од вредности обавесте издаваоца, Комисију за хартије од вредности и организатора тржишта.

Комисија за хартије од вредности, у домену своје регулаторно-надзорне функције откривања злоупотреба привилегованих информација,³⁷ овлашћена је на покретање поступка пред надлежним државним органом.³⁸ Истовремено, ЗТХВ није оставио могућност Комисији да својим актом³⁹ ближе одреди злоупотребе дефинисањем облика манипулације и дозвољеног понашања. За разлику од директива ЕУ које поље заштите, поред издаваоца хартија од вредности, проширују и на финансијске и робне деривате, наш закон се још увек доминантно бави заштитом издаваоца хартија.

Како манипулација на тржишту може попримити различите видове који често излазе из оквира задате дефиниције, потребно је да се законом омогући јачање институционалног капацитета Комисије, што у погледу злоупотреба на тржишту у вези са привилегованим информацијама подразумева директна овлашћења за изрицање мера по сопственом избору.⁴⁰ У том смислу, Комисија за хартије од вредности надлежна је и за вршење надзора по питању казних одредаба закона, обзиром да је неколико облика злоупотреба на тржишту проглашено кривичним делима. Једно од њих предвиђено ЗТХВ-ом је објављивање неистинитих података о правном и финансијском положају издаваоца и његовим пословним могућностима, као и других неистинитих чињеница које су релевантне за доношење инвестиционе одлуке, односно објављивање непотпуних података о тим чињеницама, као и пропуст да се објави допуна проспекта или извештај о битним догађајима.⁴¹ Ширење неистинитих информација на начин да се утиче на цену хартија од вредности спада у појавни облик манипулације на тржишту. То би се догодило у ситуацији када неко лажно

37 Комисија је, поред осталог, у могућности да затражи од јавних друштава да сачине списак лица која знају или су морала знати да поседују привилеговану информацију.

38 Чл. 74. ст. 2.

39 Обавештавање о трансакцијама на основу привилегованих информација, као и ближи услови спровођења овлашћења Комисије за хартије од вредности у поступку надзора ради спречавања злоупотребе привилегованих информација, дефинисани су Правилником о продаји хартија од вредности на које се односе привилеговане информације.

40 Т. Јованић, *нав. дело*, стр. 62.

41 Чл. 248. Слично кривично дело предвиђа и Закон о преузимању акционарских друштава у чл. 46. - објављивање неистинитих података о правном и финансијском положају циљног друштва, као и осталих неистинитих података релевантних за доношење одлуке о прихвату понуде.

објави да ће трговачко друштво купити неко страно друштво, као и да ће му услед тога порастити цена акција, у намери да подстакне куповину акција и потражњу за истим, чиме утиче на повећање њихове цене. Исто тако, могуће је и да се лажно пласира информација да је друштво предстечајем како би пала вредност његових акција и оне биле купљене по што нижој цени. Ово представља посебан облик дела нелојалне конкуренције и преваре, мотивисано са намером да се утиче на повећање или смањење цене хартија од вредности или стварања привада активног трговања истим. Квалификованим обликом овог дела сматра се наступање поремећаја на организованом тржишту.

Злоупотреба привилегованих информација на финансијском тржишту је у новом Кривичном законнику изостављена из квалификације, за разлику од упоредног законодавства где се третира као кривично дело.⁴² Због значаја и улоге привилегованих информација, као и због могућности њихове вишеструке злоупотребе, неопходно је увођење кривичне санкције за ово дело, које се за сада бар што се ЗТХВ-а тиче, евентуално може третирати као привредни преступ. У том смислу, ЗТХВ треба да следи пример Закона о преузимању акционарских друштава, као и Закона о инвестиционим фондовима, који су, без обзира на присутна ограничења,⁴³ злоупотребу привилегованих информација именовали као кривично дело.

Уместо закључка

Проблем злоупотребе привилеговане информације на тржишту хартија од вредности постао је акутан у тој мери, да су многе државе чланице ЕУ у своје законе увеле кривичне санкције за починиоце. Како објава привилегованих информација утиче на цену хартија од вредности, могуће је да се право на истиниту и потпуну информацију претвори у своју супротност – трговину нејавним информацијама. У том контексту поставља се питање утврђивања

42 Примера ради, у Хрватској је донет Закон о казним дјелима против тржишта капитала којим се предвиђа постојање четири казнена дела: 1) коришћење, откривање и препоручивање повлашћених информација; 2) манипуције тржиштем; 3) неовлашћено пружање инвестиционих услуга; 4) неовлашћено обављање послова везаног заступника. Што се манипулације на тржишту хартија од вредности тиче, оне се у упоредном праву третирају као кривично дело.

43 Законом о преузимању акционарских друштава злоупотреба привилегованих информација третира се као кривично дело само у вези са поступком преузимања акционарских друштава, чијим акцијама се тргује или може трговати на организованом тржишту хартија од вредности. Сличну ситуацију имамо и у Закону о инвестиционим фондовима, где се кривично дело саопштавања информација односи само на хартије од вредности или имовину инвестиционог фонда.

привилеговане информације, околности који је одређују као такву, као и значаја тренутка њене објаве по интересе акционара. Како препознати повлашћену информацију и који све критеријуми могу утицати на такав њен статус? Случај *Marc Gertl v. DaimlerChrysler* показао је колико може бити проблематично утврђивање повлашћене информације, као и тренутка који би био меродаван да би се нејавна информација трансформисала у јавну. Спорно је и одређење термина нејавна информација уколико она није званично објављена, али је у посед те информације дошао већи број лица. Треба ли санкционисати сваку трговину привилегованим информацијама или то треба учинити само уколико се ради о повољној информацији које доноси користи лицу које је поседује?

Са овим проблемима сусрео се и наш законодавац у покушају да усклади националну регулативу о тржишту хартија од вредности са регулативом на нивоу ЕУ. За разлику од директива ЕУ које поље заштите, поред издаваоца хартија од вредности, проширују и на финансијске и робне деривате, наш закон се још увек доминантно бави заштитом издаваоца хартија. Оно што се још може замерити ЗТХВ-у је то што није оставио могућност Комисији за хартије од вредности да, у својству регулаторно-надзорног тела, својим актом ближе одреди злоупотребе дефинисањем облика манипулације и дозвољеног понашања. У погледу санкционисања злоупотреба насталих трговином повлашћеним информацијама указано је на нужност увођења кривичне санкције за ово дело, било у оквиру новог ЗТХВ-а или накнадним уношењем у Кривични законик, што је онедавно пракса и у упоредном праву.

Prof. Milena Jovanović – Zattila, LLD
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

Trading of confidential information on the market securities

Summary

Insider trading (insider dealing) is an unfair practice which comes into effect when the insiders abuse their position on the market while trading with securities. In this paper, the author deals with the issues on trading confidential information, the persons who may be regarded as insiders, the asymmetry of information, and the consequences for those whose confidential information may be subject to manipulation. On a transparent market, information is essential for all the participants who use it

(on a smaller or larger scale) in their trading activities. The person whose trading activities are based on the abuse of privileged information acquires unlawful or illicit advantage in comparison to other participants in the trade, thus disrupting the basic postulates of the trading at the exchange market. In that context, the insider dealing is considered to be unfair because the insider's activity does not rest upon the insider's ability, market research or the overall understanding of the securities market but rather on the insider's privileged position which has enabled him to get a significant piece of information concerning the price of securities given by a particular issuer which is still undisclosed and unavailable to other investors. As a rule, the insider trading based on the abuse of privileged information is prohibited; the proscription refers to all the securities issued by those whose trading activities may be abused on the basis of the privileged information obtained by the insider.

*Upon considering the issues related to the investors' legal protection and the possible "victims" of these unfair dealings, the author focuses on the regulation of this institute in the *acquis communautaire*, as well as in the United States. Depending on the treatment and modalities of the privileged information (which may be favourable and unfavourable), different legislations have envisaged relevant sanctions. Thus, under the Securities Act of the Republic of Serbia, any activity which is found to be contrary to the legal provisions prohibiting any form of manipulation shall be designated as an economic tort. On the other hand, in the comparative law, any abuse of privileged information is classified as a criminal act. In order to provide for a more comprehensive protection of the participants in the securities market, it is necessary to revise and amend the Securities Act of the Republic of Serbia, particularly in terms of introducing penal sanctions against the insider. This provision is in compliance with the European regulation on this matter as well as with the national legislation, which explicitly prohibits trading with securities by using the privileged information prior to making it public.*

Key words: *insider, privileged information, asymmetry of information, market manipulation, investors' protection.*

СПОЉНА ПОЛИТИКА КНЕЖЕВИНЕ СРБИЈЕ У ВРЕМЕ НАМЕСНИШТВА¹

Апстракт: *Иако са вазалним статусом, Србија је у време Намесништва наставила политику на спољном плану коју је трасирао кнез Михаило. У комплексним односима великих сила, сажетим и поново отвореним На Лондонској конференцији, Србија је успешно избегла могуће препреке и искористила пружене могућности, вршећи, кад год је то могла, акте суверености. Таква политика није била нимало једноставна, ако се узму у обзир супротстављени интереси великих сила, конкретни интереси Аустро-Угарске, Турске и Русије на Балкану, повратак Русије у међународну политику на велика врата, ревизија Париског уговора од 1856. године и непоштовање принципа који су прокламовани на Париском конгресу и на самој Лондонској конференцији.*

Кључне речи: *Намесништво, велике силе, Лондонска конференција, Ристић.*

Намесништво у саставу Миловоје Блазнавац, Јован Ристић, Јован Гавриловић није било једино намесништво које је Србија и као кнежевина и као краљевина имала у XIX веку. Када се, мђутим, говори о „времени намесништва“ обично се мисли на период од 1868. до 1872. Године, односно на време од доласка кнеза Милана на престо, након убиства кнеза Михаила, па до Милановог пунолетства, када су у његово име кнежевску власт вршили намесници Блазнавац, Ристић и Гавриловић. Ово време представља део саме завршнице конституисања српске државе, односно њеног пута од фактичке до формалне независности.

Србија тог времена је имала још увек статус вазалне кнежевине. Зато се може поставити питање кави су били њени спољнополитички капацитети,

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

сходно формалним ограничењима вазалног статуса. Но једностранни акти Србије, као одлика фактичке суверености говоре да се у спољној политици Србија тада није превише обазирала на отоманска сизеренска права. Још је кнез Михаило високо поставио националне циљеве, уставним законима дерогирао „Турски устав“ од 1838. године, склопио тајне споразуме са балканским државама у циљу протеривања Турске са Балкана, и учинио низ корка у спољној политици који су својствени независним државама.² Намесништво је наставило са таквом политиком (поступак утврђивања наслеђа престола, самостално доношење Устава од 1869. године, односи са другим силама, претензије према Босни, железничко питање).³

Спољној политици Србије у време намесништва се није нудио велики избор могућности. Односи са Портом, оптерећени самосталним и самовољним поступцима Србије око утврђивања наслеђа престола и уставног питања, били су хладни, са тенденцијом заштравања. Односи са Русијом су такође захладили. Њихове комбинације са књазом Николом на српском престолу и чврстом владом Гарашанинове клике пропале су. Уместо аутократског режима, који би био по вољи Русији и који би био предстража руске словенске политике на југу Европе, у Србији је, опрезно, али сигурно, почело увођење европских институција неспојивих са руским царистичким поимањем државе. Заузврат су Руси престали да контактирају са Црном Гором преко Србије и књазу Николи дали далеко већу важност, но што му је по стварном значају припадала. То је дало повода књазу Николи да се осети као најважнији руски партнер на Балкану и да почне да води притајену, али приметну кампању против владе у Београду.⁴

Изгледало је да је Србији препуштена једина могућност – ослонац на Аустро-Угарску. У прилог томе ишла је и чињеница, да су након аустро-угарске нагодбе у бечкој дипломатији почели да дувају и нови ветрови. Старе везе угарске елите и српског државног врха, из времена када су им интереси били идентични према бечком двору, говориле су да ће се у приближавању Беча и Београда на њих моћи да рачуна. Према инструкцијама, добијеним од своје владе, аустро-угарски конзул у Београду Калај отворено је нудио Србији подршку по питању градње железнице и по питању српских претензија у Босни. У складу са таквом оријентацијом дошла је и подршка Србији из Беча по питању доношења устава и по питању многих иступања Србије у међународним односима, као самосталне државе, без сагласности Порте. Да Аустро-Угарска има намере

² Ж. Бартуловић, Н. Ранђеловић, *Основи уставне историје југословенских народа*, Ниш 2011, 44.

³ Опширније: Ј. Ристић, *Једно намесништво*, Београд 1892.

⁴ *Дневник Бењамина Калаја*, Београд 2002, 33.

да подржи курс српске владе упућивало је и то што је у оснивање Прве српске банке ушао и аустријски и мађарски капитал преко једне пештанске банке.⁵ Деловало је као да ће Србија дефинитивно наћи ослонац у суседној монархији. На то је упућивало често отворено испољавање аустрофилства намесника Миливоја Блазнавца. Да би то можда био исправан пут владе казивале су и импресије Чедомиља Мијатовића, представника Србије на Лондонској конференцији. Боравком у Лондону он је стекао утисак да је нужно да се Србија споразуме са Аустро-Угарском, јер се уверио “да Русија никад неће пристати на то да на Истоку настану мање словенске државе”.⁶

Може се, међутим, закључити да стварне намере Аустро-Угарске нису сасвим одговарале прокаламованим начелима међусобне сарадње, која је бечки двор пласирао Београду преко свог конзула Калаја. Аустро-Угарска, као и остале силе, није у Србији видела партнера и савезника, већ своју предстражу и претходницу у походу на југоисток. Експанзија Србије, по логици ствари, никако није могла да одговара Бечу, првенствено због словенског елемента у монархији, али и због многих других питања, стратешког, привредног, дипломатског и сваког другог карактера. Из подршке Србији избијали су искључиво интереси. Градња железнице кроз Србију и њено везивање код Алексинца за будућу турску железницу, колико је одговарало Србији, толико је стратешки било значајно и за Аустро-Угарску. По питању Босне, бечку дипломатију је далеко више занимало како је узети Турској, него како је дати Србији. Остваривање српске управе у Босни значило би, у ствари, поделу Босне. Западне делове Босне, који су неприродно задирали у државно ткиво монархије узела би Аустро-Угарска и тако употпунила осетљиви “трбух” својих “хрватских” земаља. У том правцу ишло је и распиривање непријатељских осећања између српског и хрватског елемента у монархији, и сталног подгревања наде дате хрватској елити, да ће она у овим питањима имати одлучујућу улогу. Беч је истрајавао на одржању идеје да се српски и хрватски интереси на Балкану никако не могу подударати, па одатле стална претња Србији да ће у случају одбијања сарадње од стране Београда, Беч подржати Хрвате. Мађарски елемент у политичкој елити монархије такође је имао сличан приступ према овим односима, што је делом резултирало хрватско-угарском нагодбом и питањем коначног развојачења војне границе. Разматрајући стратешке интересе у Босни, Калај је тада писао да “...пошто и Хрвати претендују на Босну нама је отприлике свеједно да ли ће се она стварати под српском или хрватском хегемонијом; српска хегемонија би можда била

5 Опширније: *Дневник Бењамина Калаја*.

6 Исто, 378.

повољнија, али ако Срби неће да иду с нама ми ћемо подржати Хрвате”.⁷ Високи чиновници бечке владе су у Далмацији и Хрватској радили још директније и отвореније. Аустро-угарски царски намесник у Далмацији, генерал Вагнер је, договарајући се са вођама народне странке у Хрватској, по питању Босне истакао да “се судбина Хрватске није могла испунити, докле се не би решило питање “турско-словенских” покрајина”, и да “здружење тих земаља са Хрватском требало је да буде целъ свакоме хрватскоме сину”⁸. У том смислу одређен је и курс држања према Србији, према којој би се требало “понашати на такав начин, да се не пробуди никаква сумња; али је нужно, да се увек знају тајне намере српске владе”.⁹ Уз политику “завади па владај”, Аустро-Угарска је на међународном пољу, када су јој интереси то налагали, повлачила потезе директно на штету Србије (на пример питање прокопавања и регулације Ђердапске клисуре).

Друга страна бечке “руке пријатељства” била је позната и српском државном врху. Нарочито је намесник Ристић имао резерве према политици Беча. У својим опхођењима према аустро-угарској дипломатији најчешће је имао уздржан став, а у многим питањима је изражавао отворено противљење (на пример по дунавском питању). По питању Босне био је склон и да сарађује са Портом и од ње затражи “ближа објашњења о аустријским смутњама”.¹⁰ Можда је овако круто понашање Ристићево кадкад штетило српским интересима, али је чињеница да је било узроковано околностима које је наметало деловање Аустро-угарске. О томе се често писало у званичној и полузваничној штампи монархије, нарочито у мађарским листовима, који често нису штедели Ристића.¹¹

Постојали су и други ограничавајући чиниоци, који су казивали да би ослоном на Аустро-Угарску Србија морала да одустане од многих својих националних циљева. Србија би могла да очекује подршку за србијанску политику, али никако за јужнословенску. Такве оцене је изрекао и Ђула Андраши у мађарском парламенту. Ограничавајући чинилац била је и политика коју је Немачка имала намеру да води на Балкану. Тумачећи немачке интересе намеснику Блазнавцу, немачки дипломата Валдштајн је говорио “да су интереси немачке на Истоку истоветни с интересима Аустрије, а нарочито Мађарске. Немачка је вољна да морално помаже природне захтеве Срба, док ови остају у кругу српске политике и не

7 Исто, 73.

8 Писма Јована Ристића Филипу Христићу од 1870 до 1873 и од 1877 до 1880, 6.

9 Исто, 6.

10 Исто, 6.

11 Исто, 6.

прелазе у јужнословенску политику...Немачка, додуше, не жели да Србија буде директно против Руса. Русија се лојално понела према Прусској у прошлом рату и за ово ће Немци платити лојалношћу. Али зато не желе ни то да превагне руски утицај. Немачка ће помагати Русију у Азији, али не у Европи. Сада када се Аустрија повукла од немачких послова и веома се лојално држала у пруско-француском рату, Немачка такође може ићи с Аустријом, утолико пре што је Немачкој потребно постојање Аустрије насупрот Русије.”¹² Србији је на овај начин поручено да треба да се држи србијанске политике и одустане од великих циљева, који би ослонцем на једну силу ишли на штету друге силе. Ограничавајућу поруку, али са другим смислом и другачијом садржином Србије је добила и из Лондона. Чедомиљу Мијатовићу је у Лондону стављено до знања да “Енглези искрено желе ослобођење хришћана”, али да “Енглеска од намесника тражи једино самосталну политику”.¹³

Управо у то време припремао се повратак Русије на велика врата европске политике. Догађаји у Европи и тренутни односи, као и снага Русије, говорили су да су се стекле околности да Русија покрене ревизију, по њу штетних, чланова Париског уговора. Иако је ово питање решено сагласношћу свих сила потписница Париског уговора на Лондонској конференцији, држаној од 17. јануара до 14. марта 1871. године, може се рећи да се ипак радило о једностраном потезу Русије и о политици свршеног чина. Октобра 1870. године, кнез Горчаков, руски министар спољних послова, известио је велике силе да се Русија не сматра више везаном одредбама Париског уговора којим се ограничава њен суверенитет на Црном мору. Могућ одговор сила био је двојак: да након општег консензуса ратом спрече Русију да изврши своје намере, или да на заједничкој конференцији уваже Руске захтеве, како би изгледало да је једностран потез Русије, уствари, потез извршен сагласношћу свих сила. Опште стање у Европи казивало је да за нови велики рат не постоје ни воља ни снага, те да ће се политика свршеног чина Русији исплатити.

Стање створено оваквом политиком Русије било је од огромног значаја за Србију. На конференцији је ревизији подлегао акт, којим је Србији установљен и међународно признат и гарантован статус. Према дипломатској преписци из тог времена Србија је имала добру процену догађаја који су претходили конференцији и солидну процену исхода конференције. Почетком новембра 1870. године српском представнику у Цариграду Хистићу, Јован Ристић је писао следеће: “Шта ће бити од руског корака? Ја мислим, да ће Руси успети и то врло јевтино, јер нема кога, да им

¹² *Дневник Бењамина Калаја*, 399.

¹³ Исто, 366.

може на супрот стати. Биће нота и претње доста, али ће се најпосле морати ствар свршити санкцијом руског корака.”¹⁴ Иако је сам Ристић у резервној варијанти рачунао са свим могућностима, па и ратом, јер “данас у свету ништа није немогуће”, чврсто је стајао на свом становишту истичући: “Ја никако не могу да верујем да се може из тога излећи рат...”¹⁵ Христићу је саветован опрез у Цариграду, односно, да буде “смотрен и резерван, јер ако би ситуација постала озбиљна, свака реч мериће се на длаку”.¹⁶ Овим поводом порука српске владе Порти била је јасна: у обостраном је интересу да се уважавају интереси Србије. Пишући Филипу Христићу, Јован Ристић је поручивао Али-паши: “Ево му сад Руси поднесе шербет, који кад буде сркао, сетиће се можда твојих речи, да му треба интересе царства са интересима Србије довести у сагласност.”¹⁷

Процене Јована Ристића показале су се као тачне. Без великих дипломатских потреса сазвана је Лондонска конференција. Повод је био јасан, исход такође. Уговором који је потписан 13. марта 1871. године поништено је дејство чланова 11, 13 и 14. Париског уговора којима је ограничаван суверенитет Русије на Црном мору. Овај потез великих сила увијен је у образложење да се политичка ситуација у време Лондонске конференције умногоме разликује од ситуације у време Париског конгреса, односно, да је Русија са свим државама, са којима је била у непријатељству у време Кримског рата сада “у односима мира и пријатељства”.¹⁸ Чланом 2. Уговора је, додуше, одобрено Порти да “отвори Босфор и Дарданеле за ратне бродове пријатељских и савезничких држава ако нађе за потребно у циљу заштите извршења одредаба Париског уговора”.¹⁹ Ове одредбе су биле суштински непотребне. Сасвим је логично да ће у случају преке потребе, у свом интересу, Турска отворити мореузе, било то предвиђено уговором или не. Њиме је, уствари, на неки начин дато, макар и формално задовољење и другој страни. Све остале одредбе Париског уговора потврђене су и остале су на снази.

Лондонски уговор је поново потврдио да међународне односе творе односи снага великих сила, а не правила лепог понашања међу народима. Дипломатско лицемерје поново је испољено чињеницом да су све силе званично подржале међународни принцип *pacta sunt servanda*, а уствари су озваничиле начело *clausula rebus sic stantibus* у међународном праву

14 Писма Јована Ристића Филипу Христићу од 1870 до 1873 и од 1877 до 1880, 3.

15 Исто, 4.

16 Исто, 4.

17 Исто, 3.

18 Protocole No 2 – Seance du 24 Janvier 1871.

19 Исто, 242.

и једностран потез Русије. У Анексу протокола седнице од 17 јануара прокламовано је правило које се противи једностраним потезима сила. Текст Анекса гласи: “Пуномоћници Немачке, Аустро-Угарске, Велике Британије, Француске, Италије, Русије и Турске, данас поново окупљени на Конференцији, утврђују да је основни принцип међународног јавног права да се ниједна Сила не може разрешити поштовања уговора, нити може мењати своје обавезе, без пристанка осталих уговорних страна, на начин пријатељског споразумевања”.²⁰ О политици свршеног чина Русије, коју је Конференција верификовала, у Протоколима није било ни речи.

Ова значајна догађања Србија није дочекала неспремна. Као свог представника, на Лондонску конференцију Србија је послала Чедомиља Мијатовића, са препорукама британског и руског конзула упућеним британском министру спољних послова, односно руском посланику у Лондону Брунову.²¹ Његово активно учешће на конференцији и настојање српске владе да се, у складу са могућностима, утиче на нека збивања, допринели су да наступ Србије на конференцији, по Ристићевој оцени, буде успешан.²²

На први поглед, Ристићеве оцене могле би се сматрати као површне и субјективне. На конференцији је Русија озваничила оно што је хтела, Аустро-Угарска настојала да прогура оно што је сматрала да може, Турска добила утешни члан 2. Уговора, а све друго остало је исто као што је прокламовано Париским уговором. У статусу Србије званично се ништа није променило. Ствари су стајале, ипак, нешто другачије. Сам чин ревизије Париског уговора значио је да његове одредбе нису “Свето писмо”, те и да Србија у погодном тренутку може да рачуна са чињеницом промењених околности. На Лондонској конференцији је још постављено и питање пловидбе Дунавом, везано за уређење Ђердапског теснаца, чије решење је требало да донесе концесије Аустро-Угарској. Српски интереси су ту били директно погођени. Што је посебно важно, у свим поменутих питањима Србија је третирана као посебна држава, која својим иступањем може да утиче на ток и исход неких конференцијских закључака.

Нарочито је значајан и занимљив ток догађаја везан за дунавска питања. Аустро-Угарска је настојала да искористи Лондонску конференцију, како би од великих сила добила овлашћење да изврши чишћење Ђердапа и тиме повећа његову проходност за бродове, што би имало велики стратешки, економски и сваки други значај. Аустро-Угарска је, уколико би добила одобрење, намеравала да ове послове обави о свом трошку.

20 Protocole No 1 – Seance du 17 Janvier 1871. Anexe.

21 Писма Јована Ристића Филипу Христићу од 1870 до 1873 и од 1877 до 1880, 20.

22 Исто, 34.

Овако посматрано решење Ђердапског питања, на први поглед, добро би дошло осталим прибрежним државама, јер би без икаквих улагања добили повољније могућности за економске ефекте. Но, захтеви Аустро-Угарске нису били засновани на жељи да се помогне осталим прибрежним државама, нити су били без рачунице. Њиховим остваривањем Аустро-Угарска би извршила стратешки продор и бар за исвесно време под своју контролу ставила читаву регију. Такође би се поставило питање царина и других финансијских ефеката у време извођења радова и после њих. Цео подухват уклапао се у аустро-угарске намере и стратешке планове на југоистоку, што би у перспективи могло да иде на штету прибрежних држава. Важно је и то што је Беч, износећи своје захтеве одступио од слова Париског уговора, јер је питање које је било у надлежности комисије прибрежних држава поставио пред силе, остављајући прибрежним државама само споразумевање о техничким и финансијским условима подухвата. Овакав преседан такође би ишао Аустро-Угарској наруку, јер би позивајући се на њега, заклањајући се идејом општег интереса, могла и да у будућим подухватима игнорише права прибрежних држава.

Оваквим поступком Аустро-Угарске веома је била погођена Турска. Неочекивано се, међутим, најоштрије томе супротставила Србија. Штитећи своја права, Србија је још више штитила интересе Порте, као и интересе Румуније, која је по свим питањима конференције била пасивна.²³ Из тока догађаја може се, чак, закључити да је Ристић свему томе дао огроман значај, третирајући успех у спору са Аустро-Угарском као питање националног, а и свог личног престижа. Ток догађаја је казивао и да ће Србија по овим питањима постићи успех. О томе су сведочили исцрпни извештаји Чедомиља Мијатовића из Лондона. "Од Мијатовића – писао је тада Ристић – имамо често извештаја и то добрих. Што се саме пловитбе тиче, надам се да ћемо доста добар успех постићи; бар смо постигли слогу прибрежних држава око Ђердапа... и то нашем иницијативом."²⁴

Аустро-Угарској овакав исход, изазван акцијом Србије, никако није могао да одговара. Њен конзул Калај вршио је притисак на Ристића да Србија попусти, објашњавајући да је страх Србије од аустро-угарског продора и будућих подухвата неоснован.²⁵ Српски ставови су, међутим, остали непромењени. Ђердапско питање окончано је на конференцији тако што је Аустро-Угарска повукла своје захтеве и оставила да се о њима споразумеју прибрежне државе.²⁶

23 *Дневник Бењамина Калаја*, 360-362.

24 *Писма Јована Ристића Филипу Христићу од 1870 до 1873 и од 1877 до 1880*, 25.

25 *Дневник Бењамина Калаја*, 361.

26 *Извештаји Ч. Мијатовића из Лондона од 11. и 13. фебруара 1871*; С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића I*, 120.

Исход конференције, како су сведочили савременици, за Србију је био веома успешан. Њено иступање на конференцији веома је уважено од стране присутних сила, а нарочито је приметно било испољавање пријатељских гестова Русије, што је наговештавало отопљавање односа између Београда и Санкт Петербурга. “Иначе – стоји у Ристићевој дипломатској преписци у време конференције – хвали се Мијатовић много руским послаником. У једном приватном писму које мени пише, не може да нађе речи, којима би описао љубазност и пријатељство барона Брунова. Овај му је, између осталог, казивао, да је Србија добила велико уважање код свију сила а нарочито Енглеске...”²⁷ Била је приметна и наклоност Порте. Она је могла да одахне, јер су се дипломатске сплетке, које су јој говориле да ће Србија на конференцији тражити Босну, показале неоснованим. Тако је Портином заступнику остало да Србији, за оно што је учинила на конференцији, покаже само знаке захвалности. Према дипломатским извештајима из Лондона, “турски посланик врло је поласкан писмом, које му је Мијатовић однео као препоруку од министра нашег те му указује сваку услугу”.²⁸

По неким писцима, Србија је Ристићевим крутим поступцима изазвала затегнутост са Аустро-Угарском и извојевала победу од које је корист имала само Порта, а Србија је могла имати и штету. Ствари нису стајале сасвим тако. Долазећи догађаји казивали су да би до колизије неких интереса Србије и суседне монархије свакако дошло, што би неминовно проузроковало затегнутост односа. Јачање Русије такође је упућивало на нужност да Србија са њом побољша своје односе. Што је најважније, Србија је на Лондонској конференцији наступала као држава са свим одликама државног суверенитета, што је уважено од представника великих сила, а од сизеренске силе чак и подржавано.

Истини за вољу, по лошем дипломатском обичају, након одустанка Аустро-Угарске од постављених захтева, закључци конференције су говорили о прибрежним силама, а не о прибрежним државама.²⁹ То је могло да подлегне разним тумачењима. Могло је да се односи на све прибрежне државе, јер је искоришћен термин “прибрежне силе”, а не “велике силе”. Ако би се између термина “прибрежне силе” и “велике силе” ставио, по неком тумачењу, знак једнакости, онда би се закључак конференције односио само на Аустро-Угарску и Турску. Деловало је да постоји општа сагласност да се закључак односи на све прибрежне државе. Такав став је Порта и јавно исказала и пренела Србији, истичући да ниједно питање

27 Писма Јована Ристића Филипу Христићу од 1870 до 1873 и од 1877 до 1880, 25.

28 Исто, 26.

29 Извештаји Ч. Мијатовића из Лондона од 11. и 13. фебруара 1871; С. Јовановић, *Влада Милана Обреновића I*, 120.

везано за Бердап неће решавати без Србије и Румуније. То јој није сметало да вероломно, 1873. године, склопи спразум са Аустро-Угарском о неким дунавским питањима, не обавештавајући Србију, позивајући се на сасвим друго тумачење појма “прибрежне силе”.³⁰

У оваквом сплету дипломатских активности, уз сву њихову вероломност и непринципијелност, Србија је ипак забележила много више позитивних него негативних поена. То је представљало веома важан сегмент у њеном ходу ка потпуној независности.

Prof. Nebojša Ranđelović, LL.D.
Full Professor,
Faculty of Law, University of Niš

FOREIGN POLICY OF THE PRINCIPALITY OF SERBIA DURING THE REGENCY PERIOD

Summary

During the rule of minor Prince Milan Obrenović, the Principality of Serbia was governed by the Regency (a collective body of three regents). Although the Principality of Serbia had the status of an Ottoman vassal state, during the Regency period Serbia pursued the foreign policy which had been traced by Prince Mihajlo Obrenović. Given the complexity of relations between the world superpowers which were particularly apparent at the London Conference, the Principality of Serbia managed to avoid potential obstacles and take advantage of the given opportunity to exercise its sovereignty (whenever possible). Considering numerous interests of the superpowers in the Balkans, the Serbian foreign policy at that time was by no means clear-cut, straightforward and easy to pursue. The Regency had to balance the conflicting interest of the Austro-Hungarian Empire, the Ottoman Empire and Russia in the Balkans; moreover, the Regency had to take into consideration the current political developments, including the grandiose return of Russia into the international politics, the revision of the Paris Treaty of 1856, and inobservance of the principles proclaimed at the Paris Congress and the London Conference.

Key words: *Principality of Serbia, Regency, superpowers, London Conference, Jovan Ristić*

³⁰ *Дневник Бењамина Калаја*, 545.

ПРАВНИ ЗНАЧАЈ ВОЉЕ ПУНОЛЕТНИХ ПОСЛОВНО НЕСПОСОБНИХ ЛИЦА

Апстракт: Пунолетна, пословно неспособна лица су лишена права да одлучују о свом животу. Правна заштита ових лица се остварује стављањем под старатељство и постављањем старатеља, пошто претходно буду лишена пословне способности. У раду се излаже нови поглед на заштиту ових лица настао као последица усвојених међународних докумената, али и слабости досадашњег система њихове заштите. Њихова заштита се све више остварује преко могућности да учествују у доношењу одлука које се тичу њиховог живота. У овом погледу се констатује да права из области заштите права на здравље предвиђају решења којима је значај воље ових лица готово изједначен са оним који јој је дат у области права детета, али да их и даље треба развијати и усагласити са захтевима из међународних докумената.

Кључне речи: пословна неспособност, старатељ, изјава воље, заштита здравља.

1. Увод

Лице лишено пословне способности је двоструко рањиво.¹ Са једне стране оно је болесно а са друге стране је неспособно да се стара о себи услед те

1 Израз «рањиве особе» и «рањиве друштвене групе» све се више код нас користи у различитим публикацијама. У сваком случају не треба правити знак једнакости између ових лица и оних која су пословно неспособна. Професор Hauser наводи да су пословно неспособна лица лишена права у циљу њихове заштите док се мере заштите које се пружају рањивим особама више усмерене да им се обезбеди више права, али да границе између њих врло нејасне. Hauser (J.), « Incapables et/ou protégés. Sur le projet de réforme du droit des incapacités », Informations sociales, 2007/2, n°138, p.10. Наведено према: M. Jean-Pierre Gridel, L'acte éminemment personnel et la volonté propre du majeur en tutelle, http://www.courdecassation.fr/publications_cour_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/deuxieme_partie_tudes_documents_100/tudes_theme_protection_personne_102/personnel_volonte_5853.html

болести или неког другог разлога.² Пословна способност пунолетних лица у нашем праву је правило, а пословна неспособност изузетак.

Правна заштита лица лишених пословне способности се у нашој досадашњој пракси сводила углавном на њихово стављање под старатељство. Одузимање пословне способности пунолетном лицу аутоматски доводи до губитка људских права и могућности да самостално уобличава сопствени живот.³ Одлуке ових лица немају никакав правни значај. Одлуке у име њих доноси неко други, старатељ. Старатељ, као законски заступник ових лица, предузима правне послове и правне радње у име њих.⁴ Међутим, под утицајем различитих фактора последњих година се све више говори о јачању аутономије воље ових лица услед чега је постојећи систем заштите постао неадекватан. Инспирација за ово свакако је нађена и у јачању аутономије воље једне друге рањиве друштвене групе, деце. Будући да савремено право познаје увећање права личности, укључујући малолетна лица, постало је анахроно да пунолетна лица лишена пословне способности ово не користе. С тога је потребно утврдити да ли је и наше право, у Републици Србији, следило овакву тенденцију и да ли воља, односно, мишљење ових лица у различитим правним ситуацијама има исти или сличан значај као што је то случај са децом? У овом погледу право на заштиту здравља показало је на пут који и друга грађанска права морају да следе.

2. Узроци афирмације воље

Модерна концепција заштите пунолетних лица која не могу сама о себи да се старају полази од потребе поштовања њихових права и слобода. На овом становишту стоје и документа Савета Европе, пре свега Препорука Р (99) од 4. фебруара 1999. године.⁵ Основни принцип на коме она почива је да се при предузимању мера заштите ових лица њиховим "интересима и добробити треба посветити највиши степен пажње", као и да при томе треба открити,

2 У овом смислу: Francois Sauvage, *Le consentement à l'acte médical du patient sous protection juridique*, *Médecine & Droit*, 2011, 235-240. Доступан на: <http://www.sciencedirect.com/science/journal/12467391/2011>

3 Као што се, уосталом, истиче у Тематском извештају Комесара Савета Европе за људска права (Ко може да одлучује? Право на пословну способност лица са интелектуалним и психосоцијалним инвалидитетом), доступан на: <http://www.commissioner.coe.int>

4 Видети о овоме: З. Поњавић, Старалац као законски заступник, *Зборник радова «Реформа породичног законодавства»*, Београд, 1996, стр.312-331.

5 Препоруке Комитета министара Савета Европе No R (99) 4 о принципима који се односе на правну заштиту пунолетних особа лишених пословне способности, од 23. фебруара 1999. године.

колико је то могуће, “постојеће и некадашње жеље”. Посебан допринос у овом погледу је пружила Конвенција о правима лица са инвалидитетом.⁶ Њено полазиште се заснива на познатим чињеницама да су менталне болести врло различите и еволутивне, да се стање болести мења, што подразумева да мере заштите ових лица морају бити индивидуализоване и прилагођене стању пунолетних лица која не могу о себи да се старају. Заштита која се пружа њиховој личности не сме постати оков већ се мора прилагодити стварним потребама ових лица. У прилог овог говори и члан 12, ове Конвенције, који означава читаву револуцију у домену пословне способности и положаја лица која су је лишена. Конвенција у ст.1. овог члана изједначава сва лица у погледу правне способности, а ст.2, истог члана, у погледу пословне способности.⁷ Пословна способност се дефинише као универзално право човека и инсистира на апсолутном уважавању аутономије лица са психосоцијалним и интелектуалним тешкоћама.⁸ Ставом 4, овога члана, државе се обавезују да лицима са инвалидитетом обезбеде мере којима ће им пружити одговарајуће и ефикасне механизме заштите. Оне требају да осигурају да мере везане за остваривање „правног капацитета“ (пословне способности) поштују права особа са инвалидитетом, њихову вољу, жељу дотичне особе...” Полази се од претпоставке да свако има пословну способност, а лицима која је немају се нуди подршка и могућност да учествују у доношењу одлука које се

6 Convention on the Rights of Persons with Disabilities (UN CRPD). Конвенција је усвојена на 61. заседању Генералне скупштине Уједињених нација, на седници од 13. децембра 2006. године. Конвенција садржи и Опциони протокол, који је такође био предмет ратификације, Закон којим се потврђује ратификација Конвенције «Службени гласник РС – Међународни уговори», бр. 42/09.

Према чл.1. ст.2, ове конвенције, «Особе са инвалидитетом обухватају особе које имају дугорочна физичка, ментална, интелектуална или сензорна оштећења која у садејству са различитим баријерама могу отежати пуно и ефективно учешће ових особа у друштву на основу једнакости са другима».

7 Према званични превод овог става који је дат у Закону о потврђивању Конвенције о правима особа са инвалидитетом не говори о пословној способности већ о томе да «Државе стране уговорнице признају да особе са инвалидитетом остварују свој правни капацитет равноправно са другима у свим аспектима живота». У правној науци се сматра да овај став има једино смисла ако се реч *legal capacity* из енглеске верзије преведе као пословна способност, будући да правни капацитет код нас нема неко значење (Вид. М. Драшкић, Нови стандарди за поступак лишења пословне способности: актуелна пракса Европског суда за људска права, *Анали*, 2/2010, стр. 336-7). Истина, и Комитет УН за права особа са инвалидитетом је покушао на свом осмом заседању да поводом овога усагласи своје ставове али у томе није успео. Видети: <http://www.noois.rs/vesti/162-izvestaj-sa-8-zasedanja-komiteta-un-za-prava-osi>

8 М. Марковић, Пословна способност као универзално људско право и детерминанта друштвеног положаја лица са менталним инвалидитетом, *Становништво*, 2/2012, стр.74.

њих тичу. На тај начин овим лицима се уместо заштите преко старатеља који уместо њих одлучује као основни модел уводи “потпомогнуто одлучивање”. Циљ је да се и овим лицима омогући да доносе одлуке које се њих тичу или да учествују у томе.⁹

С друге стране, корене афирмације аутономије воље лица лишених пословне способности не треба тражити само у афирмацији људских права и слобода већ и у слабостима досадашњег система заштите ових лица преко установе старатељства. Наиме, постојећи систем заштите ових лица код нас своди се на то да се одлуком ванпарничног суда унапред у потпуности укине или редукује право ових лица да изјавама своје воље стичу права и обавезе.¹⁰ Ово укидање или ограничење пословне способности се компензује одређивањем законског заступника, старатеља, који се стара о вршењу права и обавеза уместо лица о коме се стара.

Уобичајено је да се о заступању као дужности стараоца углавном говори у склопу могућности склапања правних послова. У Закону је одређен обим и врста послова које старалац може закључити.¹¹ Старалац међутим није у нашем праву само особа која пружа правну заштиту, премда је то његова дужност која првенствено проистиче из конструкције законског заступништва. Старалац, као законски заступник, поред заступања у области закључења правних послова има задатак да се стара и о личности заступаног, оно што иначе пуномоћник, вољни заступник, не мора чинити. У овом контексту као посебан проблем јавља се надомештање воље заступаног баш у случајевима остваривања личних права штићеника. Тиме је институт законског заступања као категорија имовинског права данас обухватио и заступање у личним правима, што концептуално умногоме превазилази његове почетне дужности старања о лицима која немају пословну способност. А лична права су очигледно неимовинске категорије и представљају основно обележје физичких лица. И у ситуацији када се стара о личности штићеника старалац га заступа, само што то тада чини

9 Ово је у основи реализација идеје из Препоруке Р (99) 4, из принципа бр.3 где се каже да «Треба размотрити увођење таквих правних средстава којима би се пунолетној особи дозволило да предузима одређене правне радње, или правне радње у одређеној области, чак и онда када је правно заступање у тој области неопходно, уз престанак правног заступника».

10 Заштита права и интереса ових лица може се постићи *a posteriori* кроз поништење њихових правних аката ако се докаже да нису била способна за расуђивање у моменту њиховог предузимања.

11 Вид. чл. 135-137. Породичног закона РС (Закон је објављен у «Сл. гласник РС», бр.18/2005).

предузимајући правне радње којима се не стварају економски ефекти у имовинској маси штићеника.¹²

Очигледно да систем заштите ових лица преко законског заступника има своја ограничења која проистичу из природе строго личних права. Заступање пословно неспособног лица приликом склапања неког правног посла изгледа као природно и добродошло. Међутим, оно је много мање добро у области личних права будући да нико не може имати бољи критеријум њихове процене од самог лица о коме се ради. Вршење ових права није усмерено ка одређеном конкретном економском циљу, што се постиже закључењем правног посла, већ ка циљу који је привлачан, али не доноси добитак у конкретном смислу.¹³ Овај проблем се раније донекле превазилазио увођењем тзв. посебних пословних способности чиме се пословно неспособним лицима омогућава, под одређеним околностима, њихово самостално вршење.¹⁴ Ако лице не поседује ту посебну пословну способност онда оно не може остваривати то право ни само ни преко заступника. У таквим ситуацијама нека права установљена у циљу заштите појединца, као што су право на склапање брака и заснивање породице, право на поштовање приватног и породичног живота, постају бесмислена.¹⁵ Данас се, међутим, све више говори о «природној способности».¹⁶ Она се може одредити као способност једног лица да изрази своју вољу у конкретnoj ситуацији независно од правног статуса лица. Она је управо значајна у домену вршења личних права једног лица, која могу, по правилу, бити вршена само од стране њиховог титулара, а не преко заступника. У овом смислу све је више ситуација у којима се и лицима лишеним пословне способности пружа прилика да изразе своју вољу, при чему она може имати различит правни значај. Тиме се трасира пут ка новим законским решењима која ће водити рачуна о индивидуалној способности сваког лица.

12 Вид. А. Гамс, Увод у грађанско право - општи део, Београд, 1974, стр.168. Због овог се и не може до краја прихватити дефиниција заступања као вршење правних послова у туђе име и за туђи рачун, већ само као вршење правних послова у туђе име. У овом смислу и: О. Станковић, О појму и врстама заступништва, Анали ПФБ, 1-4/1983, стр.631.

13 М. Ј. Комар, Право детета на живот и здравље, док. дисертација, Београд, 1981, стр.16.

14 Вид.: З. Поњавић, *op.cit.*, стр.315.

15 Тематски извештај Комесара Савета Европе за људска права, стр.12 (Вид. напомену бр.3)

16 Вид. А. Радоловић, Природна пословна неспособност као разлог неваљаности правног посла, Зборник Правног факултета Свеучилишта у Ријеци, бр. 1/2009, 187-220.

3. Нови приступ заштити

Очигледно да је правна заштита пунолетних лица неспособних да се старају о својим правима и интересима је врло комплексан задатак. Потребно је помирити понекад контрадикторне захтеве: промовисати аутономију ових лица, а са друге стране, осигурати заштиту њихове личности и интереса. Како проистиче из поменутих међународних докумената поштовање личности и заштита интереса су два стуба овог новог приступа њиховој заштити. Систем досадашње заштите сводио се на лишење индивидуалних слобода, а одузимање или редукција права се јављала као неизбежна последица стављања под режим заштите. Заштита интереса ових лица не мора више неизоставно значити и сужавање њихових личних права.

Заштита ових лица се најпре постиже преко њиховог права да изјаве своју вољу. На овај начин се може утврдити њихово мишљење код доношења одлука које их се тичу, што је најбољи начин заштите ове рањиве друштвене групе. Право лица да изјави своју вољу је саставни део аутономије личности.¹⁷ Аутономија воље је права линија разграничења између лица и ствари. Зато је потребно омогућити лицима која се налазе под заштитом да и сама доносе одлуке које се тичу њихове личности у мери у којој то њихово стање допушта.¹⁸ Степен уважавања воље ових лица приликом доношења одлука које се њих тичу условљен је њиховом способношћу да је изразе. У сваком случају, у примени принципа аутономије воље ових лица не сме се заборавити циљ мера правне заштите: осигурање интереса ових лица. Имајући у виду овај циљ, треба рећи да заштита од стране трећих лица није негација аутономије. Ова заштита, као и аутономија, мора бити прилагођена стварној способности ових лица.

Према томе, нови приступ заштити интереса ових лица подразумева њихову партиципацију приликом доношења одлука које се тичу њихове личности. У овом контексту потребно је утврдити правни значај мишљења пословно неспособних лица, у нашем праву, приликом доношења одлука које се њих тичу. Нарочито оних који се тичу њихове личности.

Иако се нико не би могао сложити са тим да се лица лишена пословне способности третирају правно као деца, може се, ипак, паралелно са јачањем аутономије деце говорити и о сличној тенденцији у погледу лица лишених пословне способности. Овакав приступ полази од једне заједничке идеје, заступништва, под којим су обе ове категорије, што их не спречава да

17 R. Savatier, « L'écran de la représentation devant l'autonomie de la volonté », D. 1959, chr. IX, spéc. p. 51. Наведено према: L. Talarico, La personne du majeur protégé, Thèse, . Теза је доступна на: theses.univ-lyon3.fr/documents/getpart.php?id=1508&action=pdf

18 Као што се каже у чл. 459. Француског Грађанског законика.

своје мишљење изразе. У овом случају потреба њиховог саслушања у поступцима у којима се одлучује о њиховим правима или који се њих тичу је минимум изражавања њиховог мишљења.¹⁹ Породични закон Србије, међутим, ово следи само када је у питању једна категорија рањивих лица, деца.²⁰ Када је у питању лице лишено пословне способности ствари стоје другачије. За разлику од малолетника, законодавац није изричито признао право овим лицима да буду саслушана у свим поступцима који се њих тичу. Њихово учешће се у неким случајевима чак изричито искључује, као што је случај са поступком посредовања у брачном спору²¹, док их у већини ситуација њихову вољу замењује законски заступник.

Саслушање лица лишених пословне способности није, дакле, нормирано као системско решење и као право, већ као могућност, изричито предвиђена правном нормом само у неким случајевима, првенствено у области заштите права на заштиту здравља. Према томе, значај воље ових лица приликом предузимања аката који се тичу њихове личности није хомоген, као код малолетника. У овом погледу постоји градирање, што је у функцији правног режима под којим су ова лица и на крају зависно од менталног стања или од природе аката личне природе који се предузимају. Поред овога и природа акта који се предузима одређује вредност која ће се дати вољи ових лица. Према томе, природа способности и природа акта одређује ниво сарадње ових лица.

4. Афирмација воље пословно неспособних лица у праву Републике Србије

Афирмација воље лица лишених пословне способности може се сагледати у две области: у оквиру поступка доношења одлука којима се одлучује о статусу ових лица(1), и у другим случајевима који се тичу њихових личних права, односно права на заштиту здравља (2).

19 У Преднацрту Грађанског законика Републике Србије се овако нешто предвиђа. Према чл. 163. «Пре предузимања значајнијих мера које се тичу личности или имовинских интереса штићеника старалац је дужан да прибави мишљење штићеника и размотри његово мишљење, ставове и жеље, ако је штићеник старији од 10 година и ако је у стању да их изрази».

20 Према чл. 65. овог Закона дете које је способно да формира своје мишљење има право слободног изражавања тог мишљења. А ако је навршило 10. годину живота може слободно и непосредно изразити своје мишљење у сваком судском и управном поступку у коме се одлучује о његовим правима.

21 Вид. чл. 240. Породичног закона.

4.1. Значај воље у статусним поступцима

На првом месту треба размотрити питање значаја воље ових лица у поступку лишења пословне способности. Поменута Препорука Савета Европе Р (99) 4 потврђује да «лице о коме се ради мора бити лично саслушано у оквиру сваке процедуре која може имати последице по пословну способност». У праву Србије ово се изричито предвиђа у чл.36. Закона о ванпарничном поступку²², којим се регулише обавеза суда да саслуша лице према коме се поступак за лишење пословне способности води. У овом случају у питању је уважавање принципа контрадикторности, што значи да ово мишљење само изузетно неће бити узето у обзир. Према схватању израженом у правној теорији у овом случају саслушање има значај доказног средства па суд може а и не мора да га саслуша.²³ Не постоји право овог лица да буде саслушано па стога његов изостанак нема карактер повреде права ових лица што би могло довести до улагања захтева за његову заштиту. Саслушање се у крајњем случају своди на постављање питања и на давање одговора од стране лица о коме се ради. Оно би, ипак, пре морало бити разговор, где би суд више слушао, а мање постављао питања.

Међутим, иако је саслушање овог лица доказно средство са циљем да се утврди чињенично стање везано за стање здравља овог лица, оно је истовремено и гаранција индивидуалних слобода будући да се даје реч лицу против кога се води поступак. Без овога поступак није ваљан и могло би се по жалби на одлуку о лишењу пословне способности другачије одлучити. Жалбу може изјавити и лице против кога се поступак води без обзира на своје душевно стање.²⁴ У овом погледу, у циљу заштите његових права у поступку лишења пословне способности, ово лице би могло узети пуномоћника. Како би воља ових лица имала правни значај потребно је да претходно буду информисана у погледу чињеница медицинског карактера. Добијање ових информација је услов корисности мишљења ових лица.

Важност овог саслушања огледа се и у олакшању услова у којима се оно спроводи. Наиме, према Закону о ванпарничном поступку (у даљем тексту ЗВП) оно се може спровести не само у суду већ и у здравственој установи где се лице налази (чл. 36.ст.1). Није, међутим, предвиђена могућност његовог саслушања у месту боравка. Његово саслушање у месту где уобичајено борави омогућило би му да због стања свога здравља, све доживи мање стресно а суду би омогућило да боље спозна ситуацију.

22 «Сл. гласник СРС», бр. 25/82 и 48/88 и «Сл. гласник РС», бр. 46/95 - др. закон, 18/2005 - др. закон, 85/2012 и 45/2013 - др. закон)

23 Вид. Б. Познић, В. Ракић-Водинелић, Грађанско процесно право, Београд, 2010, стр.589.

24 Став 3. чл.40. Закона о ванпарничном поступку.

Изузетно, као што стоји у чл.36.ст.2. ЗВП, «суд може одустати од саслушања лица према коме се поступак води само ако би то могло да буде штетно по његово здравље или ако саслушање уопште није могуће с обзиром на душевно или физичко стање тог лица». Из овога јасно стоји обавеза суда да увек покуша саслушање лица, јер како би иначе дошао до сазнања о његовој штетности по здравље лица коме се одузима пословна способност.²⁵ На ово упућује и језичко тумачење речи «одустати». Премда, наши судови често не поштују ово већ цео поступак воде иза леђа лица на које се поступак односи.²⁶ При томе не дају уверљива и потпуна образложење разлога који указују да би његово саслушање довело до погоршања његовог здравља, као што се истиче у одлуци Суда за људска права из Стразбура у случају Салонтаји-Дробњак против Србије.²⁷ Његово саслушање не може се искључити само на бази арбитрерног предвиђања о његовој хипотетичкој бескорисности.²⁸ У овом случају мишљење о штетности саслушања морају дати судски вештаци, а не суд на шта указује и Врховни касациони суд у свом коментару на поменути пресуду.²⁹ Само они су у стању да процене здравствено стање лица и његову способност да изрази своју вољу.

Ствари стоје сасвим другачије када се ради о уважавању мишљења ових лица у управним поступцима везаним за старатељство, односно за стављање под старатељство и постављање старатеља. Одлуком о стављању лица под старатељство орган старатељства истовремено поставља и старатеља. Жалбу против решења о стављању под старатељство може изјавити старатељ, али не и лице стављено под старатељство. Ово лице нема процесну способност, односно нема својство странке у смислу чл.43. Закона о општем управном поступку. Међутим, то својство би му требало признати у ситуацији када је оно способно за расуђивање. Ово је и било запажено као један од недостатака нашег законодавства и од стране неким међународних институција.³⁰ Тим пре што штићеник способан за расуђивање може подносити притужбе на рад старатеља и на рад органа старатељства (чл. 338. Породичног закона).

25 Исто правило предвиђа и чл. 432. ст. 2. Француског Грађанског законика. Међутим, овај Законик здравствено стање везује за недостатак воље. Наиме у овом ставу се додаје да лице неће бити саслушано ако услед здравственог стања не може да изрази своју вољу.

26 На овај закључак упућује и Тематски извештај Комесара Савета Европе за људска права, стр.14. Вид. напомену бр.3.

27 Представка број 36500/05, пресуда од 13. октобра 2009. године.

28 *Ibid.*

29 Видети коментар на одлуку Салонтаји-Дробњак Врховног касационог суда РС, објављен на: <http://www.vk.sud.rs/salontaji-drobnjak-protiv-srbije-3650005.html>

30 Вид. Извештај из напомене бр.3.

У погледу уважавања мишљења лица лишеног пословне способности приликом постављања (избора) старатеља Породични закон садржи доста нејасно решење. Према њему «штићеник који је навршио 10. годину живота и који је способан за расуђивање има право да предложи лице које ће му бити постављено за старатеља».³¹ Није јасно да ли се ово односи само на малолетне штићенике или и на пунолетне јер и они су старији од 10 година. У правној литератури о овом постоје различита мишљења.³² Наведену одредбу треба тумачити тако да ово право на мишљење приликом избора старатеља имају сва лица способна за расуђивање, старија од десет година, малолетна и пунолетна.³³

Лице лишено пословне способности нема права жалбе на одлуку о постављању једног лица за старатеља. То би евентуално могла учинити само уз пристанак тог старатеља, без обзира на то има ли или нема способност да разуме последице својих поступака, што је апсурдно.³⁴

Суштински карактер саслушања лица у овом поступку у коме се одлучује о његовом статусу проистиче из принципа контрадикторности (расправе - чл.35. ЗВП). Ово лице би морало бити саслушано не само приликом одузимања пословне способности већ и приликом измене одлуке или враћања пословне способности (сходно чл.43.ЗВП). Врло је важно да једно лице буде саслушано у поступку измене одлуке нарочито када то значи доношење одлуке о потпуном уместо делимичном лишењу. Захтев у овом смислу може поднети и лице лишено пословне способности. Није, међутим, предвиђено да ово лице има право да тражи периодично преиспитивање одлуке о лишењу пословне способности. И ово се, поред осталог, у поменутој

31 Члан 127. «Штићеник који је навршио 10. годину живота и који је способан за расуђивање има право да предложи лице које ће му бити постављено за старатеља».

32 О. Цвејић Јанчић изричито сматра да се ово односи и на лица лишена пословне способности, која би морала имати право не само да предложи лице које жели да му буде постављено за стараоца него и право да предложи да му одређено лице не буде постављено за стараоца. Вид. Породично право, Нови Сад, 2009, стр. 370-371. Г. Ковачек - Станић је више склона решењу да се ово односи само на децу, као вид њихове заштите (Породично право, Нови Сад, 2007, стр.371.

33 Ова дилема је присутна и у раду Комисије за писање грађанског законика. Вид. књига I, стр.124 (чл. 127) .

34 Препорука бр. Р(99)4 предвиђа у начелу бр.14 (3) да свака пунолетна особа стављена под старатељство мора да има право жалбе. И у Извештају: Старатељство и људска права у Србији, који је сачинила једна невладина организација (MDAC), 2006, стоји залагање за овим правом. Наведено према Извештају Комесара за људска права, стр.48 (Вид. напомену бр.3).

пресуди Суда у Стразбуру Салонтаји-Дробњак наводи као недостатак нашег законодавства.³⁵

4.2. Значај воље код остваривања права на заштиту здравља

Као што је већ речено у области права на заштиту здравља највише је учињено на афирмацији воље лица лишених пословне способности. Тако већина одредби Закона о правима пацијената³⁶ на исти начин третира ове две рањиве категорије, децу и лица лишена пословне способности. За разлику од овог, нека решења из других закона из ове области предвиђају ужи значај воље лица лишених пословне способности. Случајеви предвиђени у Закону о правима пацијената су општег значаја (1), док су у другим законима из ове области креирана посебна решења која се примењују само у тим конкретним случајевима (2).

4.2.1. Случајеви од општег значаја

У Закону о правима пацијената постоје две одредбе општег значаја које афирмишу аутономију лица неспособних да се старају о себи. Првом се регулише њихов пристанак на предузимање медицинских мера, а другом постављање пуномоћника.

Познато је да примена одговарајуће медицинске мере према пацијенту изискује његов претходни слободни пристанак што се изричито каже у чл.15. Закона о правима пацијената.³⁷ Право на пристанак уобичајено обухвата и право на одбијање предложене медицинске мере. Захтев за слободним пристанком проистиче из аутономије воље личности пацијента.³⁸ Правна подлога пристанка на медицинску меру налази се у

35 Најзад, Суд констатује и недостатак домаћег законодавства у вези са тим, јер њиме није предвиђено периодично судско разматрање стања подносиоца, с обзиром да је и принципом 14 Препоруке бр.Р(99) 4, Комитета министара Савета Европе од 23. фебруара 1999. године, предвиђено да би лишење пословне способности требало бити временски ограничено, уз периодично преиспитивање.

36 „Службени гласник РС“ број 45/13

37 Члан 15.ст.2: «Без пристанка пацијента не сме се, по правилу, над њим предузети никаква медицинска мера».

38 Аутономија се често правда и са моралног становишта као право и моћ да само лице одлучи шта је за њега праведно и добро. Овакав став је настао као резултат англосаксонског утицаја, а пре свега идеја Ј. Stuart Mill-а. Она је садржана и у ставу америчке преседничке комисије из 1982. године која потврђује да је « право индивидуе да сама дефинише и следи сопствену визију шта је добро за њу». Видети: S. Rameix, Des patients? L' exemple du consentement aux soins en reanimation, *Medicine & Droit*, 2010, 5-10.

праву на самоодређење на властито тело,³⁹ односно могућности да личност сама слободно одлучује о свом животу у складу са сопственим циљевима.⁴⁰

У случају да је лице лишено пословне способности медицинска мера се може предузети уз пристанак његовог законског заступника (чл.19. ст.1). Надлежни здравствени радник је, међутим, дужан да омогући да овај пацијент и сам буде укључен у доношење одлуке о престанку не предложеној медицинској мери у складу са његовом зрелошћу и способношћу за расуђивање (ст.2).⁴¹ Наравно, формулација «укључен у доношење одлуке» није исто што и пристанак на предложеној медицинској мери. Поред тога, ово није и оно што се зове «потпомогнуто одлучивање» будући да се медицинска мера може предузети и ако ово лице не буде укључено у доношење одлуке јер по процени надлежног здравственог радника не располаже потребном зрелошћу и способношћу. Без обзира на ову неуобичајену формулацију може се рећи да Закон оваквим решењем промовише аутономију лица лишеног пословне способности у свим случајевима када се појављује као пацијент. С тога се може сматрати да надлежни здравствени радник има обавезу (дужан је) да систематски истражује способност овог лица да изрази своју вољу. Од тога ће зависити да ли ће бити или неће укључено у доношење одлуке. Ако су укључена у доношење одлуке њихова воља има само консултативни карактер. Било да је пристаје или одбија медицинску меру она је само један од елемената на основу којег ће надлежни здравствени радник донети одлуку о њеној примени.

Према томе, за ова лица, генерално, важи да су неспособна да дају пристанак на медицинску меру.⁴² Пристанак даје законски заступник а од индивидуалних својстава лица лишених пословне способности зависи да ли ће бити укључени у доношење одлука. С друге стране, Препорука Р (99) предвиђа много ширира права ових лица, у односу на ово решење

39 Ј. Радишић, Медицинско право, Београд, 2008, стр. 95. Право на самоодређење и телесни интегритет се у Европи изводе из права на поштовање приватног живота, садржано у чл.8. Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода. Вид. Пресуду суда у Стразбуру *Pretty v. United Kingdom* (тачка 61).

40 Према Закону о правима пацијената «Пацијент има право да слободно одлучује о свему што се тиче његовог живота и здравља, осим у случајевима када то директно угрожава живот и здравље других лица» (чл.15.ст.1).

41 Ово је у суштини и захтев из чл.6.ст.3. Конвенције о правима човека и о биомедицини.

42 За разлику од деце која су навршила 15 година живота. Она могу самостално дати пристанак на медицинску меру ако су способна за расуђивање.

нашег Закона. Ако су способна да дају информисани пристанак, тада се интервенција може предузети само уз њихов пристанак.⁴³

Другом одредбом општег значаја из Закона о правима пацијената се поред класичне заштите ових лица преко старатеља уводи и један нови.⁴⁴ У питању је заступник кога одређује лице (пацијент) у случају да оно постане неспособно да изрази своју вољу, односно да донесе одлуку о пристанку на медицинску меру (заступник са будућим овлашћењима). На овај начин постиже се заштита без одузимања пословне способности заступаног лица. Он не делује као генерални већ само као специјални пуномоћник. Оваква уговорна заштита само је део једног ширег процеса «контрактуализације» личних и породичних права којом се на основу индивидуалне воље унапред штити и организује заштита личности без обраћања државном органу. Овлашћења старатеља проистичу из закона док овлашћења овог заступника из воље лица. На овај начин Закон је отворио један аутономан пут заштите лица која не могу да се старају о себи.

4.2.2. Посебни случајеви

Поред ових случајева од општег значаја за афирмацију воље лица лишених пословне способности, постоје и они, посебни, предвиђени само код предузимања појединих медицинских мера, регулисаних законима из области права на заштиту здравља. У њима воља нема униформан значај. Поред тога што ће ова лица у складу са општом одредбом Закона о правима пацијената бити укључена у доношење одлуке, њихова воља ће у неким случајевима бити нужна али не и довољна за предузимање медицинске мере, док ће у другим случајевима она бити од одлучујућег значаја.

- Закон о поступку прекида трудноће у здравственој установи⁴⁵ предвиђа да се прекид трудноће може извршити само на захтев трудне жене, без изузетка. Ако је у питању лице млађе од 16 година и лице потпуно лишено пословне способности потребна је и писмена сагласност родитеља, односно старатеља. Старалац ову сагласност даје само у оквиру покренутог

43 У начелу бр. 22. ове Препоруке се каже: «Када је пунолетна особа, чак и уколико је под мером заштите, способна да да информисани пристанак на медицинску интервенцију, интервенција се може спровести само уз њен пристанак».

44 Чл.16.ст.5: «Пацијент има право да одреди лице које ће у његово име дати пристанак, односно које ће бити обавештено о предузимању медицинских мера, у случају да пацијент постане неспособан да донесе одлуку о пристанку». Исту одредбу садржао је и Закон о здравственој заштити у чл.32.ст.4. али је она престала да важи усвајањем Закона о правима пацијената.

45 «Сл. гласник РС», 16/95.

поступка од стране трудне жене, што значи да се овај прекид трудноће жени лишеној пословне способности не може наметнути. Овим је и жени лишеној послове способности призната аутономија када не жели прекинути трудноћу и способност остваривања права на слободно родитељство без обзира на своју способност за расуђивање.⁴⁶ У случају када захтева прекид трудноће њена воља је одлучујућа, али и недовољна. Лекар може извршити прекид трудноће само ако трудна жена да писмени пристанак, уз претходну сагласност старатеља. Жена која је делимично лишена пословне способности аутономно одлучује о прекиду трудноће.

Ако је живот жене угрожен или постоји опасност од тешког нарушавања њеног здравља потребна је, поред захтева труднице, пристанка законског заступника и сагласност конзилијума лекара одговарајуће здравствене установе или етичког одбора здравствене установе, зависно од тога о којој се недељи трудноће ради. Шта ако она одбија прекид трудноће којим се њен живот спасава или одржава? Има ли тада места примени одредбе чл.17 Закона о правима пацијената према којој такву медицинску меру може да одбије само лице способно за расуђивање. Ако се истовремено ради и о хитној медицинској мери тада се прекид трудноће у складу са Законом о правима пацијената може предузети и ако законски заступник није доступан или одбија предложено хитну медицинску меру и ако је то у најбољем интересу пацијента. Хитна медицинска мера није неизбежно и синоним за угроженост живота или отклањање опасности од тешког нарушавања здравља труднице. Само ако се ради о хитној медицинској мери прекид трудноће би се могао извршити и без ичијег захтева и сагласности.

- Према Закону о трансплатацији органа⁴⁷ лице потпуно лишено пословне способности може бити само прималац органа под условом да се са тим сагласи његов старатељ.⁴⁸ У овом случају законодавац не даје овом лицу могућност да се овом изјасни, било у виду саглашавања или противљења, као што је то предвиђено у случају када је прималац малолетник старији од 15 година (чл.22.ст.1). Воља лица лишеног пословне способности у овом

46 Вид. З. Поњавић, Прекид трудноће-правни аспекти, Крагујевац, 1997, стр.140.

47 «Сл. гласник РС», бр. 72/2009

48 Узимање органа или ткива од лица лишених пословне способности је апсолутно забрањено. Ово је у складу са чл.19. Конвенције о људским правима и биомедицини, као и чл.6.ст.1 да се над особом које нису у стању дати свој пристанак смеју предузимати само они медицински захвати који су од директне користи за њих. Наиме, према чл.42. Закона о трансплатацији органа давалац органа може бити лице старије од 18 година под условом да има потпуну пословну способност, односно способност за расуђивање и доношење одлука.

случају нема никаквог правног значаја. Ако је у питању лице делимично лишено пословне способности пресађивање органа се може обавити «под условом да је пре пресађивања то лице дало писмени пристанак у складу са степеном способности да самостално доноси одлуке и уз присуство и сагласност старатеља који потписом потврђује исказану вољу тог лица». Оваква једна неуобичајена и у прилично нејасна одредба тешко ће бити примењива у пракси. Способност овог лица је одређена одлуком о његовом делимичном лишењу у складу са чл.40.ст.2 Закона о ванпарничном поступку.⁴⁹ Ако је одлуком суда одређено да одлуке у погледу заштите свог здравља може предузимати самостално онда није потребна писмена потврда старатеља. Ако, пак, то није учињено судском одлуком онда је увек, у складу са законом, потребна сагласност старатеља без обзира на степен способности овог лица да самостално доноси одлуке. Поред овога, са пристанком се мора сагласити и орган старатељства.

- На изглед слично решење предвиђа и Закон о трансплатацији ћелија и ткива⁵⁰. Примаоци ћелија и ткива могу бити лица потпуно или делимично лишена пословне способности под условом да писмени пристанак даје законски старатељ. У овом случају воља лица потпуно лишеног пословне способности нема никакав правни значај, док лица делимично лишена пословне способности могу осујетити трансплатацију ако се изричито противе томе (чл. 22. Закона).

Давалац ћелија може бити лице старије од 18 година живота, под условом да има потпуну пословну способност, односно способност за расуђивање и доношење одлука (ст.1.чл.51). Изузетно, под одређеним условима, давалац може бити и лице млађе од 18 година живота, односно лице коме је судском одлуком делимично одузета пословна способност (ст.2.чл.51) Ако реч «односно» у ставу 2. језички тумачимо она може имати значење само «или», а не појашњење, будући да лица млађа од 18 година не могу бити лишена делимично пословне способности јер такав поступак код нас није предвиђен. Систематским тумачењем се долази до закључка да и у ст.1. «односно» има значење «или». Према томе, произлази да даваоци могу бити и лица пословно неспособна старија од 18 година за које се утврди да имају способност за расуђивање и доношење одлука у конкретной ситуацији. Поред овога то могу учинити и лица млађа од 18 година, без ограничења у погледу година живота и способности, као и лица делимично лишена пословне способности. У овом случају, поред осталих услова тражи се и да

49 «У решењу којим се лице делимично лишава пословне способности, суд може на основу резултата медицинског вештачења одредити врсту послова које то лице може предузимати самостално поред послова на које је законом овлашћено».

50 «Сл. гласник РС», бр. 72/2009.

је писмена сагласност дата од законског заступника, односно старатеља даваоца малолетног лица, односно делимично пословно способног лица.⁵¹ Сагласност изричита и писмена се тражи једино ако давалац малолетник старији од 15 година живота. У свим другим случајевима довољно је да се давалац изричито не противи давању регенеративног ткива. Његово ћутање у овом случају се сматра као саглашавање, односно његова прећутна воља је одлучујућа. У свим овим случајевима прималац ћелија може бити родитељ, брат или сестре.⁵²

- Према Закону о правима пацијената биомедицинска истраживања над лицем лишеним пословне способности, за разлику од оних која се врше над децом од 15 година, могу се вршити само ако су у њихову корист.⁵³ За спровођење овог истраживања захтева се писмени пристанак законског заступника. Не тражи се изричита сагласност лица лишених пословне способности. Она се могу и прећутно сагласити са њим. Наравно, под условом да је оно претходно информисано о карактеру и значају истраживања. С друге стране, ова лица се могу само изричито противити овим истраживањима (чл. 25. ст.5. Закона о правима пацијената). Није јасно само каква се форма противљења тражи, писмена или усмена? С обзиром на чињеницу да је у питању можда неписмено лице довољно може бити и њихово усмено противљење. Да би он уопште дошао у ситуацију да се овом противи мора бити обавештен о смислу, циљу, поступцима, очекиваним резултатима, могућим ризицима, као и о непријатним пратећим околностима истраживања и мора бити упозорен да је слободан да учешће у истраживању одбије и да пристанак који је дао, у свако време опозове. У овом случају воља лица лишеног потпуно или делимично пословне способности може бити одлучујућа, односно, оно има право вета. Његово противљење спречава било каква медицинска истраживања на њему, без обзира на сагласност законског заступника.. Истовремено, право вета је и последњи бастион одбране аутономије личности.

51 Члан 51.ст.2.т.4. Закона. «Да је прибављена писмена сагласност за узимање регенеративног ткива од законског заступника, односно старатеља даваоца малолетног лица,односно делимично пословно способног лица»;

52 Готово идентично решење је предвиђено у чл.1241,ст.4.т.1 Закона о јавном здрављу Француске.

53 Према Конвенцији о људским правима и биомедицини (Конвенција из Овиједа) оваква истраживања су могућа под одређеним условима и када нису директно корисна за лица лишена пословне способности. Услови су: 1) да је циљ истраживања постизање резултата који могу користити болеснику или другим болесницима исте добне скупине, односно болесницима с истом болешћу; 2) ако истраживање обухваћа минимални ризик и минимално оптерећење за болесника.

5. Закључак

Слабости досадашњег система заштите лица лишених пословне способности нужно воде ка стварању нових решења. У овом погледу путоказ дају усвојени међународни документи, пре свега Препоруке Комитета министара Савета Европе Р (99) и Конвенција о правима лица са инвалидитетом. Њима се, по угледу на заштиту права деце, афирмише аутономија воље лица која не могу о себи да се старају и нормира обавеза државе да поштује њихову вољу и жеље.

У раду се констатује да се право Републике Србије у овом погледу налази растрзано између старих и нових решења. Стара решења полазе од тога да је неспособност за расуђивање трајно фиксирана, једнака за све без обзира на њихова индивидуална својства. Напореда са овим искрсавају и нова решења кроз различите законске текстове којима се вољи ових лица даје већи или мањи значај. Њихов број је већ толики да полако урушавају стари систем, доводећи све чешће у питање правило по коме лица лишена пословне способности немају способност за расуђивање. Значај воље ових лица није решен на јединствен начин, системском нормом, као у случају права детета на мишљење, већ постоје различита, а у неким случајевима и противуречна решења, што ствара тешкоће у њиховој примени.

Питање значаја воље лица лишених пословне способности с тога треба бити решено једном генералном одредбом која би уважавала индивидуална својства лица. Акцент мора бити стављен на могућност да ова лица сама доносе одлуке које се тичу њихове личности у мери у којој то њихово стање допушта. Све ово нужно мора довести до редукције значаја претпоставке неспособности лица лишеног пословне способности.

Резиме

У раду се анализира савремена тенденција у области заштите права лица лишених пословне способности. Нови погледи на заштиту ових лица су резултат усвајања међународних докумената Препоруке Комитета министара Савета Европе Р (99), а нарочито Конвенције о правима лица са инвалидитетом, али и слабости досадашњег система заштите. Према овим документима, не само да се одлука о лишењу мора периодично преиспитивати и бити временски ограничена, већ се и током њеног трајања овим лицима пружа прилика да учествују у доношењу неких важних одлука везаних за њихову личност.

Констатује се да заштита права ових лица не мора неизоставно водити преко ограничења њихових права већ и преко могућности да учествују

у доношењу одлука које се тичу њихове личности. Иако ова лица, у овом погледу, не могу бити изједначена са децом, којој су призната права на изражавање мишљења, ипак се и у праву Републике Србије чине први кораци на плану афирмације воље ових лица.

Ова афирмација је у раду приказана кроз права ових лица у статусним поступцима, као и у области заштите права на здравље. Пре свега кроз одредбе Закона о правима пацијената али и неке друге из ове области. Констатује се на крају да су ова решења врло различита што понекад у пракси ствара тешкоће у погледу њихове примене и важности. Усвајање једног генералног правила којим би воља ових лица била уважена приликом доношења свих одлука које се тичу њихове личности у мери у којој то њихово стање допушта с тога се намеће као нужно.

Prof. Zoran Ponjavić, LL.D.
Full Professor
Faculty of Law, University of Kragujevac

Legal Significance of Free Will of Incompetent Adults Deprived of Contractual Capacity

Summary

Incompetent adults who are deprived of contractual capacity do not have the right to make their own decisions on important issues related to their livelihood. After they had been deprived of their contractual capacity, the legal protection of such persons is exercised by appointing their legal guardians. In this paper, the author presents a new approach to the protection of these persons which has emerged as a result of the adopted international documents and the shortcomings in the former system of protection of mentally impaired persons. Their legal protection is increasingly exercised by giving such persons a chance to take part in decision-making processes on important issues concerning their lives. In that context, the new approach promotes the observance of human rights in the field of health care. The envisaged legal solutions emphasize the significance of a free will (voluntary and informed consent) of these persons, which is almost equivalent to the significance it is given in the field of the rights of the child. Yet, these legal provisions need further improvement and development, in compliance with the requirements set out in the international legal documents.

Key words: *contractual capacity, guardian, free will, health care*

„ТЕОРИЈА ИГАРА КАО АНАЛИТИЧКИ ОКВИР ЈАВНО-ПРИВАТНОГ ПАРТНЕРСТВА“²

Апстракт: Сагледавање јавно-приватног партнерства кроз аналитички оквир јавно-приватног партнерства засновано је на узајамној тензији „кооперације“ и „конflikта“ ЈПП актера као рационалних доносилаца одлука. Стога теорија игара, третирајући ЈПП као игру са „непотпуном“ информацијом, представља одговарајући дискурс за анализу стратегијске интеракције и конфликте субјеката ЈПП-а. Теорија игара посебно је значајна за превазилажење питања асиметричности информација и редуковање могућности за *ex ante* агресивну/опортуну понуду приватног партнера, засновану на очекивању *ex post* преговора (након закључења споразума са јавним партнером). Наведене тешкоће могу се превазићи: транспарентношћу поступка избора приватног партнера; обезбеђењем ефикасне процедуре избора новог партнера (у случају да постојећи не испуњава сопствене обавезе); давањем веће специфичне тежине (кроз пондерисање у условима позива да се учини понуда) понудиоцима који се обавезују да финансирају пројекат сопственим средствима; елиминисањем или смањењем могућности субвенционирања пројекта средствима јавног партнера.

Кључне речи: јавно-приватно партнерство; теорија игара; асиметричност информација; опортунa понуда; „некомплетни споразум“.

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.

I Уводна разматрања

Јавно-приватно партнерство (е. *Public-Private Partnership*; даље и: ЈПП) оквир је заједничке акције јавног сектора (оличеног у држави и њеним различитим еманацијама) и приватног капитала са циљем обезбеђења функционисања делатности од општег интереса, те ефикасног и економски одрживог развоја инфраструктуре. У правном контексту, концепт ЈПП-а условљен је постојањем флексибилног правног оквира чија имплементација захтева:

- структуриран институционални темељ;
- идеолошку неутралност и одсуство одијума према учешћу приватног сектора у делатности од јавног интереса и
- јасну политичку подршку.

Однос јавног и приватног партнера прожет је тензијом генерисаном из њихових супротних интереса. Први су усмерени ка заштити, спровођењу и развоју јавног интереса. Други су, пак, засновани на критеријуму остваривања економски мерљиве користи приватних субјеката. Горе описана разлика, *prima facie*, чини темељно питање на које се има одговорити и, између осталог, путем адекватног правног структурирања јавно-приватног партнерства. У овом контексту, један од дискурса анализе ЈПП-а је примена теорије игара у функцији метода за решавање конфликта интереса јавних и приватних актера јавно-приватног партнерства.

Укључивање теорије игара у аналитички оквир јавно-приватног партнерства образлаже се следећим аргументима:

- теорија игара дефинисана је као „студија математичког модела конфликта и кооперације између интелигентних рационалних доносилаца одлука-актера“.³
- јавно-приватно партнерство настаје и развија се кроз стратегијску интеракцију и конфликте између приватних и јавних субјеката;
- отворена питања ЈПП-а попут превазилажења асиметричности информација⁴ и опортунизма понудилаца (у случају агресивне/опортуне понуде)⁵, захтевају пажњу и знање актера ЈПП концепта.

3 Roger B. Myerson, *Game Theory, Analysis of Conflict*, Harvard University Press, 1991, стр.

1. О улози теорије игара за креирање и интерпретирање правне норме видети више у: Douglas G. Baird, Robert H. Getner, Randal C. Picker, *Game Theory and the Law*, Harvard University Press, 1994.

4 Видети више у тач. 2. Дела II овог рада.

5 Агресивна (опортунa) понуда је она која садржи податке и обавезивања за која понудилац (у контексту ЈПП-а приватни партнер) претпоставља да неће морати да

Горе наведени аргументи, посматрани у контексту чињенице да ЈПП управо зависи од „кооперације“ и „конflikта“ рационалних доносилаца одлука (јавног и приватног актера), чине теорију игара подобним и потребним аналитичким оквиром за студију интеракције и динамике међу субјектима јавно-правног партнерства у циљу дефинисања њихових одговарајућих стратегија⁶. Упркос томе што је рационалност укључених субјеката базирана на различитим (једнако легитимним) интересима, мотив за учешће у ЈПП пројекту лежи у њиховој свести о синергетском дејству јавно-приватног партнерства и уверењу да ће бити у повољнијој позицији уколико буду део ЈПП система него да то нису.

За потребу примене теорије игара на феномен јавно-приватног партнерства, полазна тачка је чињеница да се ЈПП има сматрати игром са „непотпуном“ информацијом. Ова карактеристика предмет је излагања које следи.

II ЈПП као игра са непотпуном информацијом

Јавно-приватно партнерство се, у контексту терминологије теорије игара, сматра „игром са непотпуном информацијом“. Игра са непотпуном информацијом постоји уколико је барем један актер (у случају ЈПП-а јавни или приватни) несигуран у погледу структуре игре односно користи коју ће он или други играч имати као резултат игре.⁷ Парадигматични примери непотпуне информације у контексту ЈПП-а јесу небалансирана профитна структура и асиметричност информација.⁸

их испуни у целости (због чињенице да постоји асиметричност информација у односу на јавног партнера или због високих трансакционих трошкова односно политичких последица замене изабраног партнера новим). Видети више *infra* у тач. 2. Дела II овог рада.

6 Имајући у виду карактер, циљ и претпостављени обим рада, дубље разматрање о теорији игара остаје изван његовог оквира. За више информација у овом смислу видети у Robert Gibbons, "A Primer in Game Theory", The MIT Press, Cambridge MA, 1992;

7 Видети: Matthew Hoelle «Game Theory» Purdue University Department of Economics, http://www.matthew-hoelle.com/1/75/resources/document_465_1.pdf, стр. 125-189. Игра са „потпуном“ информацијом наступа када је питање структуре игре и добити за сваког играча опште позната чињеница. Имајући у виду карактеристике ЈПП-а попут дугорочног карактера и асиметричности информација, јасно је да ЈПП не може бити сматрано „игром са перфектном/потпуном“ информацијом

8 Видети: Ping S Ho. „Game Theory and PPP”, in *The Routledge Companion to Public-Private Partnerships*, Eds. Piet de Vries, Etienne B. Yehoue Published 26th February 2013 by Routledge – 498 pages, на страни 175-207.

1. Небалансирана профитна структура

Један од циљева теорије игара је да превазиђе тешкоће које ствара чињеница непотпуности информација у погледу небалансиране профитне структуре. „Непотпуност“ информације заснована је на чињеници да профит учесника у пројекту потиче из различитих извора. Непостојање баланса и равнотеже у информацијама о структури профита између укључених актера може да нашкоди укупним ефектима ЈПП-а и да увећа тзв. „трансакционе трошкове“⁹ а тиме и умањи вредност „јавног добра“ и „додате вредности“¹⁰ коју ствара ЈПП.

За приватног партнера, проблем небалансиране структуре профита проистиче из чињенице да му пројекат обезбеђује више различитих извора добити (профитних пулова), и то:

- добит од грађења објекта (уколико је приватни партнер и онај који гради);¹¹
- периодични прилив добити у форми надокнаде за управљање ЈПП постројењем;
- власнички профит генерисан из права својине над предузећем које реализује ЈПП (е. „*Special Purpose Vehicle*)¹².

9 У економији трансакциони трошкови су трошкови учешћа на тржишту. Реч је о трошковима истраживања, прибављања информација, преговарања, извршења и спровођења трансакције.

10 О „додатој вредности“ коју генерише ЈПП видети више *infra* у тач. 4. овог дела рада.

11 Приватни партнер има више модалитета деловања: модалитет „спонзора“ (развија пројекат, умрежава различите интересе, проналази финансијере, изузетно и финансира пројекат); модалитет „власника“ (енг. *shareholder*) пројекта (при чему је могућно преклапање функције спонзора и власника); модалитет „управљача-оператера“ (субјекта који управља и одржава постројење или објекат који је предмет ЈПП; управљач је обично субјект различит од спонзора и власника); модалитет „грађевинског предузимача“ (енг. „*construction contractor*“); учесник пројекта који има обавезу пројектовања, градње и предаје објекта; модалитет „кредитора-финансијера“ (енг. *lender*); реч је о телу које финансијски подржава пројекат. Видети више у: Предраг Цветковић, Слађана Средојевић, „Јавно-приватно партнерство: приручник за спровођење на нивоу локалне самоуправе“ / Предраг Цветковић, Слађана Средојевић. - Београд : Стална конференција градова и општина, ИСБН 978-86-88459-07-5 Београд, 2013, на страни 66.

12 Институт „*Special Purpose Vehicle*“ регулисан је у Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама у члану 15 („Друштво за посебне намене-ДПН се обавезно оснива ради реализације јавног уговора и може учествовати искључиво у спровођењу пројекта ЈПП у чију сврху је основано, осим ако предлогом пројекта ЈПП, односно концесионим актом није другачије одређено“; став 1. члана 15. Закона, „Сл. Гласник“ бр. 88/2011).

Утицај небалансиране профитне структуре разликује се у зависности од тога да ли се ради о ЈПП-у у коме су:

- власници „активни“ субјекти, који не само финансирају, већ и спроводе (граде, управљају) пројекат у питању;
- „пасивни“ инвеститори (мали улагачи који су стекли власнички статус куповином акција понуђених јавности, односно институционални инвеститори).

У првом случају, „активни“ приватни актери располагаће са довољно опција и тежиће да максимизирају добит из различитих извора, пре свега оних који им омогућавају краткорочни повраћај уложених средстава, најчешће, кроз краткорочно остварљив профит попут оног који потиче из грађевинских радова.

У другом случају, интерес пасивних инвеститора је да ЈПП дугорочно остварује профит за власнике (с обзиром да немају добит из „пула“ грађевинских и других активности усмерених ка реализацији пројекта). Описана асиметрија профитне структуре активних и пасивних инвеститора може да нашкоди општој ефикасности ЈПП-а и да повећа ниво трансакционих трошкова, у крајњем, на штету општег добра (биће потребан виши износ средстава за остваривање јавног интереса него што би то био случај да је профитна структура „балансирана“).

2. „Асиметричност“ информација

Значај теорије игара за ЈПП у пуној снази се јавља у светлу питања асиметричности информација.¹³ Описана асиметрија постоји како код јавног, тако и код приватног актера.

Асиметричност информација у корист јавног тела у поређењу са приватним актером заснована је на чињеници да јавно тело располаже знањем о квалитету постојеће инфраструктуре (нпр. код водоснабдевања локалне самоуправе имају сопствено, „приватно“ знање о квалитету инфраструктуре-пумпних и мерних система, цевовода и слично). Описано знање је у асиметрији са знањем приватног актера, који у одсуству транспарентних и доступних података о квалитету инфраструктуре одустаје од провере информација о карактеристикама и структури постојећих објеката или подручја (земљишта, природних ресурса) на

¹³ Видети више у: Предраг Цветковић/Срђан Голубовић, „Самоиницијативни предлог као инструмент реализације јавно-приватног партнерства“, Право и привреда бр. 4-6/2013, Година ХЛХ, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд, стр. 476-490.

којима се ЈПП пројекат реализује. Разлог одустајања најчешће лежи у трошковима таквог испитивања.

Асиметричност информација у корист приватног актера заснована је на чињеници његове „експертске“ (епистемолошке) легитимације. Наиме, приватни актер, за разлику од јавног (при чему је недостатак експертизе на страни јавног тела посебно еклатантан код држава у транзицији) поседује посебна знања у погледу начина финансирања и технолошког аспекта одређеног пројекта. Јавни партнер, пак, нема пуно сазнање о нивоу технолошких могућности приватног актера, структури његових трошкова, нити очекиваним нивоом продуктивности пројекта (што су знања која поседује приватни партнер).

Дакле, обе стране имају „предност у информацијама“ у одређеним сегментима; тачније, ниво информисања у односу на поједина питања је асиметричан. Асиметричност се отклања кооперацијом укључених актера. При томе, не треба бити у заблуди: у односу заснованом на усклађивању супротних интереса (јавни партнер настоји да обезбеди јавну услугу оптималног обима и квалитета, а приватни партнер профит), стране ће у међусобним преговорима чувати сопствене информације у покушају да заштите своје интересе и обезбеде најповољнију могућу позицију. Кооперација јавног и приватног актера, посебно у фази преговора, последица је економског разлога (при чему је очекивани развој да легитимизација ЈПП концепта доведе и до постепене трансформације етике јавног и приватног сектора и вишег нивоа међусобног разумевања).¹⁴

Последица асиметричности информација јесте „некомплетност“ уговора између јавног и приватног актера о реализацији ЈПП пројекта. „Некомплетан споразум“ назив је за уговор чијим се одредбама, због сложености предмета и дуготрајности спровођења (што је карактеристика уговора о ЈПП), у тренутку закључења не могу предвидети све околности које прате његову реализацију. Наиме, јавни партнер зна који циљ жели да постигне конкретним пројектом (на пример, виши ниво квалитета даљинског грејања, уштеда електричне енергије, ефикасност градског

¹⁴ При томе је основни циљ и јавноправних и приватноправних актера да „морални хазард“ који преузимају буде смањен на најмању могућу меру (ако не и елиминисан). „Морални хазард“ на страни јавноправних субјеката огледа се у поверењу да ће актер из приватноправног сектора тежити остваривању јавног, а не искључиво приватноправног интереса. Приватноправни субјект, пак, делује у уверењу да ће бити третиран равноправно у партнерству усмереном ка остваривању јавног интереса (при чему ће његов приватни интерес бити уважаван у мери у којој служи остваривању, таквог, јавноправног интереса). Степен испуњења наведеног циља јесте и мера за квалификовање правног оквира ППП-а као одговарајућег или нефункционалног.

осветљења, модерна паркинг гаража). Знању о циљу, међутим, није комплементарно знање о методама, параметрима и финансијским односно логистичким ресурсима неопходним за његову реализацију. За приватноправног партнера ова некомплетност последица је већ описане асиметрије информација о карактеристикама инфраструктуре које су „приватно знање“ јавног актера.¹⁵

3. Значај теорије игара за преговоре о јавно-приватном партнерству

Проблем преговарања произилази из чињенице да су ЈПП уговори екстензивни и исцрпно уређени. Како је реч о уговорима који укључују дуготрајне обавезе уговорних страна, могуће је да уговарачи траже адаптацију одређених уговорних одредби. Ова чињеница креира две могуће „игре“ приватног партнера према јавном актеру.¹⁶

Прва је „игра“ приватног партнера да добије право реализације ЈПП пројекта и реализује се кроз процедуру доделе права на јавно-приватно партнерство у конкуритивној процедури. Нејасно дефинисани услови за доделу права реализације ЈПП пројекта, уз потенцијални простор за будуће адаптације правног оквира јавно-приватног партнерства, отвара простор за креирање агресивне (опортуне) понуде.¹⁷

Горе наведена могућност за адаптацију уговором дефинисаног правног оквира ЈПП-а након што је уговор закључен и започета његова реализација, отвара простор за другу „игру“ приватног партнера. Ова је игра усмерена на добијање максимално профитабилног решења за приватног партнера коришћењем могућности за измену уговора. Описана ситуација настаје када је споразум о ЈПП-у био предмет екстензивног преговарања пре закључења споразума, али је након тога приватни партнер изразио намеру да започне преговоре о промени уговорних одредби. У пракси се говори

15 „Некомплетност“ споразума може се превазићи коришћењем одговарајућих, у међународноправним односима заснованим на страним инвестицијама прихваћених и верификованих метода, попут клаузуле поновног преговарања. Видети више у: Предраг Цветковић, Међународно право страних инвестиција. – Београд: Задужбина Андрејевић, 2007. – 138 стр.; 23 цм, ИСБН 978-86-7244-625-8 и *infra* у напомени 27.

16 У светлу горе наведеног ваља напоменути да је могућност преговора о адаптацији постојећег уговорног оквира ЈПП природна последица „некомплетности споразума“, те да се не може сматрати аргументом штетном. Видети *ibidem*.

17 Више о опортуности понуде видети *infra* у тач. 4. овог дела рада. О поступцима избора приватног партнера видети више у: Предраг Цветковић, Срђан Голубовић, „Самоиницијативни предлог као инструмент реализације јавно-приватног партнерства“, Право и привреда, бр. 4-6/2013, Година XLX, Удружење правника у привреди Републике Србије, Београд, стр. 476-490.

о „разјашњавањима“, при чему се наведени термин користи као маска за реструктурирање споразума јавног и приватног партнера, чиме се мењају услови услови на основу којих је изабран као најповољнији понудилац, а самим тим и „легитимитет“ понудиоца-победника. Описана ситуација генерише како пословне ризике (ризик да се ефикасност ЈПП-а наруши јер одступа од параметара утврђених позивом за достављање понуда), тако и правне ризике за јавноправног актера (могућност да измене буду оспорене у поступку који покрене други понудилац, онај који је изгубио). Релевантна литература апстрахује два приступа у могућности адаптације споразума о ЈПП-у након што је поступак избора окончан.¹⁸

Први је приступ „поверења“ (е. „*Relational Approach*“).¹⁹ Описани приступ фокусира се на трајност односа са пословним партнером и наглашава важност поверења и координације.

Други је стриктно правни приступ, који предвиђа јасну праву процедуру и спровођење уговора без могућности било каквих промена мимо услова предвиђених поступком за избор најповољнијег партнера.

Важно је напоменути да линија између ова два приступа није увек јасна, те да могу бити коршћени паралелно. На пример, партнер који тежи „преговорима са поверењем“ може да покрене поступак пред арбитражом или судом како би сачувао резервну опцију у случају да се преговори са другом страном окончају неуспехом.

Фазе и нијансе у структуралном и приступу поверења представљене су следећим графичким приказом:²⁰



18 Адаптацију могу тражити и јавни и приватни партнер, у зависности од околности конкретног случаја; у контексту овог рада, пак, адаптација споразума узима се у контексту понашања приватног партнера и значаја те адаптације за *ex ante* опортуност у формулисању услова понуде за ЈПП.

19 Видети: *Henry Chan, Raymond Levitt and Michael Garvin, „Collectives Effect of Strategic, Cultural, and Institutional Factors on Concession Renegotiations“, Proceedings – EPOC 2010 Conference*, доступно на: http://academiceventplanner.com/EPOC2010/Papers/EPOC_2010_ChanLevittGarvin.pdf, 20. јула 2013, стр. 4-5.

20 Преузето из: *A.J. Edkins&H. J. Smyth, „Contractual Management in PPP Projects: Evaluation of Legal versus Relational Contracting for Service Delivery“, J. Prof. Issues Eng. Educ. Pract.*, 2006, 132(1), 82–93 на страни 88.

Значајан утицај на одлуку јавног актера да приступи или не преговорима и адаптацији постојећег споразума о ЈПП-у има тзв. „hold-up“ проблем. Наиме, код вредносно, временски и логистички захтевних пројеката, праћених политичком сензитивношћу, одбијање јавног актера да приступи преговорима о адаптацији постојећег споразума неретко је ограничено: наиме, непостојање алтернативног приватног партнера који би заменио постојећег (оног који тражи измену ЈПП споразума на коју јавни партнер не пристаје) спречава јавног партнера да раскине уговор са постојећим приватним партнером, чак и уколико за тако нешто има на праву засноване разлоге. Описана ситуација могућа је у областима инфраструктуре које су фактички картелисане, чак и на глобалном тржишту.²¹ У таквим ситуацијама јавни партнер је приморан да пристане на нове и измењене услове постојећег приватног партнера, с обзиром да би избор новог приватног партнера проузроковао високе трансакционе трошкове (на пример, надокнада за експертске услуге и трошкови управљања који су проузроковани проценом ризика коме се јавни актер излаже приликом прихватања преговора) укључујући и потенцијално наношење политичке штете (у случају прекида или пада квалитета пружања услуга од јавног интереса).²²

4. Теорија игара: тумачење сигнала

Процена подобности изабраног приватног партнера за реализацију ЈПП пројеката политички је сензитивно, социјално значајно и економски захтевно питање које је предмет оцена јавности и стручних тела. Процес избора посматра се и кроз контекст теорије игара, при чему се описани процес избора најбољег понудиоца назива „снимањем“ („скринингом“) које спроводи јавни актер.²³

Кључно питање избора најповољнијег партнера за реализацију ЈПП пројекта лежи понајпре у осигурању ефикасности функционисања правног оквира који подржава јавне набавке и, једнако важно, у *in concreto* имплементацији установљених правила од стране јавног тела које набавку спроводи.²⁴ Начелно говорећи, јавна набавка која се спроводи у циљу избора ЈПП приватног партнера, има за циљ избор приватног партнера који:

21 Пример овакве глобалне картелизације присутан је у области изградње водоводне инфраструктуре. Видети више у Цветковић/Средојевић, нав. дело, стр. 165

22 *Ibidem*.

23 О концепту „скрининга“ видети *Michael Rothschild & Joseph Stiglitz*, „*Equilibrium in the Competitive Insurance Markets: An Essay on the Economics of Imperfect Information*. *Quarterly Journal of Economics*“ 90, 1976, стр. 629-650

24 Поступак доделе јавних уговора (односно, доделе права на реализацију пројеката ЈПП, с обзиром да јавни уговор представља обавезну правну форму ЈПП), поред тога

- се не фокусира на краткорочни профит а на рачун опште ефикасности трансакције, већ је дугорочно оријентисани инвеститор;
- нема „сенку очекиваних будућих преговора“ као релевантни параметар за агресивну (опортуну понуду)
- обезбеђује највећи ниво могуће „додате вредности“ коју пројекат остварује.

Додата вредност ЈПП-а може укључити:

- економску добит (процењену на критеријуму „*value for money*“)²⁵;
- социјални допринос ЈПП-а кроз изградњу и јачање интегритета система ЈПП-а спречавањем корупције у избору приватног партнера;²⁶
- **политичку „додату вредност“ кроз унапређење креирања и спровођења политике реализације и заштите општег интереса.**²⁷

Како структурирати „понуду“ приватном сектору која би задовољила горе наведене критеријуме и омогућила избор најбољег приватног партнера за конкретни ЈПП пројекат?

Уколико се одговор тражи у дискурсу теорије игара, јавни партнер кроз сигнале садржане у позиву приватном сектору подстиче потенцијалне приватне partnере да структурирају понуду у складу са таквим, јасним

што је уређен Законом о ЈПП и концесијама, регулисан је и Законом о јавним набавкама („Сл. гласник“ бр. 124/2012) на који Закон о ЈПП упућује. Закон о јавним набавкама, дакле, представља индиректну садржину Закона о ЈПП.

25 Критеријум „*value for money*“ присутан је и у нашем Закону о јавно-приватном партнерству и концесијама, који предвиђа да Предлог ЈПП пројекта садржи, између осталог, „2) *пословни план, укључујући услове ЈПП, процену трошкова и анализу добијене вредности у односу на уложена средства (value-for-money, у складу са Методологијом коју доноси Комисија за ЈПП).*“ видети чл. 27. ст. 2. тач. 2. Закона). Више о „*value for money*“ методологији у контексту ЈПП-а видети у: Antoine Desgrées du Loû, „*Value for Money evaluation in PPPs: difficulties and developments*“, доступно 20. јула 2013. на адреси: <http://kth.diva-portal.org/smash/get/diva2:527412/FULLTEXT01.pdf>. Када се ради о правном систему Републике Србије, очекује се да Комисија за јавно приватно партнерство, у складу са овлашћењима која су јој дата Законом о концесијама и ЈПП, донесе Методологију о добијеној вредности у односу на уложена средства у јавно-приватном партнерству.

26 Видети више у: Sue Arrowsmith, S 2011, „*Public Procurement: Basic Concepts and the Coverage of Procurement Rules*“, in *Public Procurement Regulation: An Introduction*, ed. S. Arrowsmith. Available at: University of Nottingham Public Procurement Research Group, стр. 1-33, доступан на адреси <http://www.nottingham.ac.uk/pprg/documentsarchive/asialinkmaterials/eupublicprocurementlawintroduction.pdf> 11. Април 2009);

27 Видети више у: Tony Bovaird, 2004, „*Public-private partnerships: from contested concepts to prevalent practice*“, *International Review of Administrative Sciences*, Vol 70(2):199–215: 2004, на страни 200; доступно на: Graduate Institute Geneva Home page, <http://graduateinstitute.ch> (10. April 2012).

сигнаlima. Описани сигнали не би требало да дају погрешне подстицаје. Од актера који непосредно имплементирају јавну набавку (на пример, политички прваци или експерти „другог ешалона“ који спроводе јавну набавку скупог и политички сензитивног пројекта ЈПП-а) захтева се да описану имплементацију чине на начин који, у терминологији теорије игара, подстиче понудиоце да презентују реалистичну понуду које ће се држати (а не агресивни/опортуни предлог са „очекивањем будућих преговора“ као параметром)

Ефикасан сигнал према озбиљним партнерима био би, дакле, елиминисање будућих преговора. Искуство међутим, показује да, чак и када се преговори елиминишу или се услови за њихову реализацију рестриктивно поставе, и даље се дешава да јавни партнер пристане на реформулацију услова постојећег ЈПП споразума, с обзиром на високе трансакционе трошкове и околности политичког карактера, односно „hold up“ проблем.²⁸

Са друге стране, јавно тело у структуру понуде укључује и значајна очекивања (економска, социјална, политичка) од конкретног ЈПП пројекта. Стога се дешава да позив приватном сектору структурира на начин који је оптимистичан (а самим тим и ограничено објективан), уз потцењивање одређених ризика и прецењивање профитабилности пројекта.²⁹ Приватни актер који је у предности у погледу информација

28 Видети више *supra* у тач. 3. овог дела. На овом месту ваља указати да код ЈПП пројекта, а на основу искуства из права страних инвестиција, може бити коришћења клаузула поновног преговарања (ревизиона клаузула). Реч је о клаузули (одредби) уговора јавног и приватног партнера којом се утврђују поступак и услови његове измене. Политичке, економске и друге претпоставке на којима је заснован уговорни однос променљиве су величине, при чему се могу појавити и околности чије наступање није било могуће предвидети, а последица је суштинска измена карактера уговора и равнотеже права и обавеза уговарача. По правилу, преговарачка клаузула не успоставља обавезу страна да обавезно постигну споразум после преговора. У преговоре, међутим, свака страна треба да уђе са „добром вером“ и учествује у њима одређено време, улажући разуман напор за постизање прихватљивог компромиса и уважавајући интересе другог преговарача. Клаузула поновног преговарања преноси уговорну стабилност из „раног периода“ трајања уговора у каснију фазу, смањивањем напетости учесника тиме што установљава јасну перспективу каснијих преговора. У том смислу, она је значајан инструмент и рефлексија „приступа поверења“ у односу јавног и приватног партнера.

29 Пример штетног утицаја оптимистичне процене на пројекат ЈПП је пројекат аутопута М1-М15 у Мађарској. Започет је 1995. Године почео је са веома јасном подршком и развијен је у веома кратком року. Позив за достављање понуда за пројекат М1 издат је у септембру 1991. године, а одлука о избору Француско-аустријско-мађарског конзорцијума као концесионара донета је у априлу 1993. године. Аранжман је структуриран на начин да је конзорцијум преузео обавезу пројектовања, изградње, функционисања и одржавања аутопута М1, а заузврат добио право на убирање прихода од путарина у току 30 година. На овај начин, већину ризика преузео је приватни сектор. Прецењени

о потенцијалу пројекта (захваљујући познавању тржишта, располагању информацијама о доступним технологијама и њиховом будућем правцу развоја) има подстицај да учини агресивну (опортуну) понуду: разлог таквог приступа је немогућност јавног тела да *ex ante* процени стварну повољност понуде приватног партнера, што аутоматски отвара простор за *ex post* преговоре и адаптације (по правилу у корист приватног партнера). Описани ризик има се превазићи:

- одговарајућом експертизом на страни јавног партнера (који је, берем у земљама у транзицији, по правилу у дефициту са потребним знањем);³⁰
- транспарентношћу поступка која обезбеђује да у структурирању и процени повољности понуде приватног партнера буду узети у обзир различити интереси (еколошка питања, урбанистичке противречности, противљења синдиката запослених у јавном сектору „приватизацији“ јавних предузећа);
- спровођењем јавних расправа и уважавањем ставова различитих друштвених група чије интересе тангира потенцијални пројекат шири базу информација релевантних за формулисање позива приватном сектору на начин који обезбеђује добијање наповољније понуде;
- обезбеђењем ефикасне процедуре избора новог партнера (у случају да постојећи не испуњава сопствене обавезе), чиме се елиминише могућност нових преговора и тиме искључује или знатно смањује могућност агресивних (опортуних) понуда;
- давањем веће специфичне тежине (кроз пондерисање у условима позива да се учини понуда) понудиоцима који се обавезују да финансирају пројекат сопственим средствима (е. „*equity financing*“). Значајан удео сопствених средстава приватног актера (е. „*High Equity Ratio*“) сигнал је да је његов пословни резултат условљен и растом вредности пројекта (промовише се његов власнички интерес). Приватни актер који у понуди даје висок ниво сопственог финансирања даје сигнал да се ради о дугорочно оријентисаном понудиоцу;
- искључењем могућности да приватни партнер буде субјекат који нема историју пословних активности у пољу које је предмет потенцијалног ЈПП пројекта;

трошкови износили су око 370 милиона америчких долара. Обавеза Владе Мађарске била је да обезбеди земљиште, археолошка истраживања и сл. Већ после три године, у јануару 1996, пут је отворен за употребу, али је одмах по званичном отварању постало очигледно да су пројекције обима саобраћаја биле сувише оптимистичне: стварни обим саобраћаја био је двоструко мањи од пројектованог. Видети више у: Цветковић/Средојевић, нав. дело, стр. 166-167.

³⁰ Закон о ЈПП и концесијама стога уводи институт саветника. Видети члан 4. ст. 1. тач. 18 Закона, *passim*.

- елиминисањем или смањењем могућности субвенција приватном партнеру, чиме се елиминишу потенцијални опортунни/агресивни приватни партнери (е. „no rescue“ стратегија јавног партнера). Међутим, у ситуацији конкуренције политичких циљева, могуће је да се субвенције не могу искључити. На пример, уколико држава тежи интезивирању развоја одређене делатности (чему је корелативна подршка путем индиректног или директног субвенционирања), субвенције ће по правилу бити саставни део позива јавног сектора приватним партнерима да учине понуду. Средње решење у ситуацијама када држава тежи подршци одређеним пројектима уз субвенције, јесте јасно дефинисање износа, динамике и услова коришћења тих субвенција.

Тумачење сигнала од стране јавног тела мора бити по брзини и садржини равноправно динамици и дубини сигнала који долазе од приватног партнера. Отворено питање у овој „игри“ остаје чињеница да јавни сектор (посебно у државама у транзицији и онима без традиције односа јавног и приватног сектора у економским односима) споро учи. Непходно је и да јавни сектор изађе из сенке „изборног хоризонта“, то јест да приликом процене и формулисања понуде приватном сектору узме у обзир да се ради о пројектима који временски превазилазе трајање изборног мандата (чиме се у други план стављају краткорочне политичке користи, а фаворизују дугорочни позитивни ефекти ЈПП пројеката који су, у крајњем, и разлог њихове реализације).

Позитиван и добро структуриран позив приватном сектору требало би да омогући постизање споразума са заједничким језгром које гласи: актери морају бити уверени да ће бити у повољнијој позицији уколико буду део ЈПП система него да то нису. Ово уверење мора бити објективизирано, посебно за јавног партнера. То се обезбеђује правилним спровођењем „value for money“ методологијом. Примена ове методологије не узима у обзир само економске параметре, већ и квалитет услуга, развоју људских ресурса јавног сектора, утемељење и измене „јавних политика“ *etc.*³¹

31 Наведена ширина критеријума за оцену подобности понуде приватног партнера за реализацију ЈПП-а видљиви су и у одредбама Закона о ЈПП и концесијама („Критеријуми на којима давалац концесије заснива избор најповољније понуде су:1) у случају економски најповољније понуде са становишта даваоца концесије, критеријуми везани за предмет концесије, као што су: квалитет, висина накнаде, цена, техничко решење, естетске, функционалне и еколошке особине, цена пружене услуге према крајњим корисницима, оперативни трошкови, економичност, сервисирање након предаје и техничка помоћ, датум испоруке и рокови испоруке или рокови завршетка радова или 2) највиша понуђена концесиона накнада“ (чл. 39. ст.1. Закона). Видети у овом смислу и члан 85. Закона о јавним набавкама.

*Prof. Predrag Cvetković, LL.D,
Univerzity of Nis
Faculty of Law*

***Game theory as the analytical discourse for the
Public-Private Partnership phenomenon***

Summary

Assessment of public-private partnerships through the analytical framework of public-private partnership is based on mutual tension "cooperation" and "conflict" PPP actors as rational decision makers. Thus, game theory, treating PPP as a game with "incomplete" information is considered as an appropriate discourse for the analysis of strategic interactions and conflicts subjects PPP. Game theory is of particular importance in terms of resolving the issues of "asymmetric information" and reduction of the probability that private partner would put ex ante aggressive / opportune offer, based on the expectation of ex post negotiations (after the conclusion of agreements with the public partner). These difficulties can be overcome in the following manners: securing the transparency of the procedure aimed to select the best offer for PPP realization; defining efficient procedure for the selection of a new partner (if the current one does not meet its own obligations), providing higher specific gravity (through intentionally different valuation of the elements of the offers, as defined in the bid criteria) to bidders who committed themselves to fund project with their own means; elimination or reduction of the subsidization of the project by the public body.

Keywords: *public- private partnerships, game-theory, asymmetry of information, opportunistic offer, "incomplete agreement"*

МЕЂУНАРОДНИ И ДОМАЋИ СТАНДАРДИ О ЗАБРАНИ ДИСКРИМИНАЦИЈЕ У ОБЛАСТИ РАДНИХ ОДНОСА

Апстракт: Начело једнакости, као једно од значајнијих правних начела, подразумева једнак и равномеран третман појединаца, без обзира на нека њихова лична својства. Начело једнакости и забрана дискриминације спадају у основни принципе радног права. С обзиром да субјекти радног односа – запослени и послодавац, суштински нису једнаки, као и да та неједнакост пружа велике могућности за повреду права, забрана дискриминације у области радних односа једно је од централних питања радног права. Почев од Повеље УН и Опште декларације о правима човека, до сада је усвојено више међународних докумената којима се гарантује начело једнакости и забрањује дискриминација, а што су пратила и национална законодавства свих цивилизованих земаља. С друге стране, висока стопа сиромаштва и незапослености, непотизам и политичка припадност као одлучујући критеријуми за запошљавање у јавном сектору и све израженији неолиберални захтеви у правцу смањења права из радног односа, у великој мери обесмишљавају (формално) прокламовао право на једнакост и забрану дискриминације.

Кључне речи: рад, једнакост, дискриминација.

1. Начело једнакости и забрана дискриминације у области радних односа

Значај и карактер радног права непосредна су последица корених друштвених промена којима је пут отворила Француска револуција, прокламујући личну слободу и правну једнакост људи. Њоме су у области рада порушене и последње баријере феудалног система заснованог на правној принуди и људски рад је прилагођен достигнутом развоју производних снага.¹

¹ Б. Благоев, *Француска револуција и рађање науке радног права*, Архив за правне и друштвене науке, бр. 3/1989, стр. 268-269.

Тако, у литератури има мишљења да, ако постоји грана права која се (макар само начелно и концепцијски) највише приближила (социјалној) правди, макар по својим стремљењима, онда је то вероватно радно право. Идеал комутативне правде-једнако поступати са једнаким стварима, неједнако са неједнаким-сразмерно њиховој неједнакости, садржи се у низу принципа радног права-принципу једнакости шанси и поступања, принципу једнаког плаћања за рад исте вредности и сл.² Принцип једнакости и забране дискриминације у области радних односа заснива се правној и моралној претпоставци да се слични радници морају слично и третирати.³

Међу најстарија и најважнија општа правна начела несумњиво спадају начело уставности и законитости и начело једнакости. Начело једнакости подразумева једнак и равноправан третман свих чланова друштва у свим областима живота, без обзира на околности и урођена или стечена обележја.⁴ У праву се оно, примарно, обезбеђује забраном и заштитом од дискриминације, јер се не може говорити о социјалној правди, достојанству и сигурности појединаца уколико се они различито третирају у системима као што су здравствено, пензијско и инвалидско осигурање, запошљавање и социјално старање.⁵

Сама реч „дискриминација“ је латинског порекла и значи „разликовање“, а временом је попримила значење „недозвољено разликовање“. Дискриминација представља неоправдан (необјективан и неумесан) и неправедан неједнак третман појединаца или група у друштву, што их доводи у неравноправан и неповољнији положај према другима.⁶ Забрана дискриминације у области радних односа значајна је због тога што дискриминација ограничава слободу избора запослења, што је саставни део права на рад, као и могућности запослених да развијају своје способности и да, у оквиру радног односа, остварују права која им припадају.⁷ С друге стране, примена начела једнакости не искључује свако прављење разлике између кандидата који траже запослење, с обзиром да је уговор о раду, по својој природи, уговор *intuitu personae*. Другим речима, личност кандидата за

2 Б. Лубарда, *Основни циљеви радног законодавства*, Правни живот, бр. 10/2001, стр. 564-565.

3 R. Ben-Israel, *Equality and the Prohibition of Discrimination in Employment*, у: R. Blanpain, C. Engels (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialized Market Economies*, Kluwer Law International, 1998, стр. 239.

4 С. Јашаревић, *Социјално право*, Правни факултет у Новом Саду, Нови Сад, 2010, стр. 44.

5 Ibid.

6 Ibid, стр. 45.

7 Љ. Ковачевић, *Правна субординација у радном односу и њене границе*, Правни факултет у Београду, Београд, 2013, стр. 385.

запослење има суштински значај за закључење уговора.⁸ Примера ради, *Општи антидискриминациони закон* Савезне Републике Немачке (*Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG*) из 2006. године, толерише различит третман под различитим условима, у зависности од типа разликовања у питању. Тако, различит третман заснован на етничком пореклу, роду, религији или веровању или сексуалном идентитету може бити оправдан једино ако су у питању стварни и битни захтеви посла који се могу доказати. С друге стране, неједнак третман заснован на годинама живота је мање тешко оправдати.⁹ Упориште за овакав приступ дају и документи наднационалног карактера, пре свега МОР-ова Конвенција бр. 111.

На овом месту, неопходно је посебно се осврнути и на проблем једнакости мушкараца и жена на раду. У основи, трансформација статуса жена дошла је са индустријском револуцијом и омогућавањем девојкама и женама да приступе образовању на свим нивоима. Већу пажњу жене су задобиле услед дешавања током два светска рата, мењајући мушкарце на радним местима. То је, после рата, створило нови, неповратни образац.¹⁰ Осим тога, како се настављала деколонизација после Другог светског рата, много жена је преузело важне политичке улоге у изградњи новонасталих држава. Томе треба додати и развој у области планирања породице, с обзиром да су жене могле да преузму контролу над репродукцијом. На крају, револуционарни напредак у информатичким и комуникационим технологијама и модерној услужној економији, омогућио је женама да обављају послове који су до тада били резервисани искључиво за мушкарце и за шта су могле да полагају право на једнаку финансијску компензацију.¹¹

2. Стандарди Уједињених нација

Значај равноправности међу људима Уједињене нације истакле су још у својој Повељи. У њеној Преамбули истиче се: „Ми, народи Уједињених нација, решени... да поново потврдимо веру у основна права човека, у достојанство и вредности људске личности, у равноправност људи и жена и нација великих и малих...“. Један од четири основна циља УН је „постизање међународне сарадње решавањем међународних проблема, економске,

8 Ibid, стр. 393.

9 P. R. Kremp, S. Morgenroth, *Diversity and Discrimination*, у: J. Kirchner, P. R. Kremp, M. Magotsch (eds.), *Key Aspects of German Employment and Labour Law*, Springer, Berlin, 2010, стр. 104-105.

10 E. C. Landau, Y. Beigbeder, *From ILO Standardst to EU Law*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden/Boston, 2008, стр. 3-4.

11 Ibid, стр. 4.

социјалне, културне или хуманитарне природе, и унапређивање и подстицање права човека и основних слобода за све, без обзира на расу, пол, језик или веру“ (чл. 1, ст. 3). Значај равноправности међу људима у Повељи УН наглашен и код побрајања активности које треба предузети, „У циљу стварања услова стабилности и благостања који су неопходни за мирољубиве и пријатељске односе између нација, засноване на поштовању начела равноправности и самоопредељења народа“. Једна од тих активности је и унапређење свеопштег поштовања и уважавања људских права као и основних слобода за све без обзира на расу, пол, језик или веру (чл. 55).

С обзиром на основе које је Повеља УН поставила за међународно регулисање људских права, 10. децембра 1948. године Генерална скупштина УН је, својом резолуцијом, прокламовала *Општу декларацију о правима човека*.¹² Сматра се да је њоме у модерном праву успостављено начело равноправности.¹³ Декларација садржи укупно 30 чланова који чине оквир људских права, али се најважнијим принципима сматрају: право на живот, слободу и сугурност личности; право на образовање; право на запослење, плаћене празнике, заштиту од незапослености и социјалну сигурност; право на пуно учешће у културном животу; слобода од тортуре или свирепог, нехуманог третмана или казне; слобода мишљења, уверења и вероисповести; слобода изражавања мишљења.

Сва се људска бића, сагласно Декларацији, рађају слободна и једнака у достојанству и правима, а права и обавезе утврђене Декларацијом припадају свакоме, без икакве разлике у погледу расе, боје, пола, језика, вероисповести, политичког или другог мишљења, националног или друштвеног порекла, имовине, рођења или других околности. У духу Декларације, забрањено је прављење разлике и на основу политичког, правног или међународног статуса земље којој неко лице припада, без обзира да ли је та земља независна, под старатељством, несамоуправна или да јој је сувереност на ма који други начин ограничена (чланови 2 и 3).

Право на једнакост Општа декларација о правима човека наглашава још неколико пута. Тако, сви су једнаки пред законом и имају право, без икакве разлике, на подједнаку законску заштиту. Заштита се ужива против било какве дискриминације којом се крши Декларацији и против било каквог подстицања на такву дискриминацију (чл. 7). Равноправност пунолетних

12 Декларација није међународни уговор и не подлеже ратификацији. Датум њеног доношења прославља се као Међународни дан људских права. Интересантно је да је Југославија била уздржана приликом гласања за Декларацију (са још седам других држава).

13 С. Јашаревић, *op. cit.*, стр. 44.

мушкараца и жена наглашена је и у вези склапања брака, као и приступа јавним службама у својој земљи (чл. 16 и чл. 21, ст. 2). За област радих односа, нарочито је важан чл. 23, ст. 2 Декларације, који истиче да „**Свако, без икакве разлике, има право на једнаку плату за једнак рад**“, што се може сматрати својеврсном припремом за Конвенцију Међународне организације рада бр. 100 о једнакој накнади за рад, која је донета три године касније.

У оквиру Уједињених нација усвојена су још два веома важна документа од значаја за забрану дискриминације.

Међународни пакт о економским, социјалним и културним правима усвојен је 19. децембра 1966. године од стране Генералне скупштине УН. За разлику од Опште декларације о правима човека, Пакт подлеже ратификацији. То значи да држава која га ратификује има и обавезу да поштује његове одредбе.¹⁴ Пакт се (у Преамбули) ослања на принципе из Повеље УН и Опште декларације о правима човека. Забрана дискриминације истиче се као један од основних принципа у постизању идеала слободног људског бића. Државе су обавезне да ће сва права предвиђена Пактом бити остваривана без икакве дискриминације засноване на раси, боји, полу, језику, вери, политичком или каквом другом мишљењу, националном или социјалном пореклу, имовинском стању, рођењу или каквој другој околности. Обезбеђивање једнакости мушкараца и жена једна је од основних обавеза држава које приступе Пакту. Мушкарци и жене морају уживати сва економска, социјална и културна права предвиђена њиме.

У циљу постизања једнакости, свака држава чланица пакта дужна је да призна право које има свако лица да се користи правичним условима за рад. Ти услови морају бити такви да обезбеђују, између осталог, награду која ће минимално свим радницима обезбедити правичну зараду и **једнаку награду за рад исте вредности, без икакве разлике**. Осим гаранција које се односе на све раднике, посебно је наглашена равноправност жена у области рада, на начин да жене морају имати гаранцију да услови њиховог рада нису гори од услова које користе мушкарци, као и да примају исту награду као и мушкарци за исти рад (чл. 7).

Међународни пакт о грађанским и политичким правима, такође садржи правно обавезујуће одредбе (наравно, само за државе које га ратификују). Усвојен је 19. децембра 1966. године, а ступио на снагу 23. марта 1976.

¹⁴ Код нас је ратификован 1971. године и објављен у „Сл. листу СФРЈ“ бр. 7/71. Савезна Република Југославија је, 12. марта 2001. године, у Уједињеним нацијама дала сукцесорску изјаву која се, између осталог, односила и поновно приступање Међународном пакту о економским, социјалним и културним правима.

године (након неопходних 35 ратификација).¹⁵ И овде се, као у претходном пакту, за ослонац узимају темељи постављени у Повељи УН и Општој декларацији о правима човека.

Државе које приступе Пакту обавезују се да поштују и гарантују свим лицима која се налазе на њиховој територији и која потпадају под њихову надлежност, права призната њиме, без обзира нарочито на расу, боју, пол, језик, веру политичко или друго мишљење, националност или социјално порекло, имовно стање, рођење или сваку другу околност. Као и код економских, социјалних и културних права, и код грађанских и политичких права формулисаних овим Пактом, државе чланице се обавезују да обезбеде подједнака права мушкарцима и женама у погледу њиховог уживања (чланови 2 и 3). Право на једнакост истиче се на још неколико места. Посебно треба истаћи одредбу чл. 25, која сваком грађанину признаје право и могућност, без икакве дискриминације и неосновани ограничења, да...буде примљен, под општим једнаким условима, у јавне службе своје земље.

Декларација о елиминацији свих видова расне дискриминације усвојена је од стране Генералне скупштине УН, 23. новембра 1963. године. Њена структура следи структуру Опште декларације о правима човека, са преамбулом и једанаест чланова. У трећем члану Декларације позива се на чињење посебних напора у циљу искорењивања расне дискриминације у области грађанских права, укључујући ту и **запошљавање** и образовање. Декларација је представљала важну основу за *Конвенцију о елиминацији свих облика расне дискриминације*,¹⁶ која је усвојена 21. децембра 1965. године, а ступила је на снагу 04. јануара 1969. године. Одредбе од значаја за забрану дискриминације у области радних односа садржане су у чл. 5, ст. 1/е, у коме су садржане обавезе државе чланице да забране и укину расну дискриминацију у свим њеним облицима и да јамче свакоме право на једнакост пред законом, без разлике у односу на расу, боју, национално или етничко порекло. Ова обавеза нарочито се односи, између осталог, и на економска, социјална и културна права, и то: а) право на рад, на слободан избор рада, на правичне и задовољавајуће услове рада, на заштиту у случају незапослености, на једнаку зараду за једнак рад, на правичну и задовољавајућу награду; б) права на оснивање синдиката и учлањивање

15 Као и претходни, и овај Пакт је код нас ратификован 1971. године („Сл. лист СФРЈ“ бр. 7/71). Сукцесорска изјава СРЈ од 12. марта 2001. године односила се на приступање и овом Пакту. Уз Пакт су усвојена и два опциона протокола. Први је ступио на снагу 25. марта 1976, а други 11. јула 1991. године. Оба ова протокола су такође ратификована код нас.

16 „Сл. лист СФРЈ“, бр. 31/67.

у исте; в) право на стан; г) право на здравље, лекарску помоћ, социјално осигурање и коришћење социјалних служби; д) право на образовање и стручно оспособљавање и ђ) право на учешће, под једнаким условима, у културним активностима.

Конвенција о елиминацији свих облика дискриминације жена усвојена је од стране Генералне скупштине УН, на другој Светској конференцији о женама у Копенхагену, 17. јула 1980. године. Ступила је на снагу 03. септембра 1981. године. Уз Конвенцију је, 06. октобра 1999. године, у Њујорку, усвојен и Опциони протокол, који је ступио на снагу 22. децембра 2000. године.¹⁷ Чланом 11 утврђена је обавеза држава чланица да предузимају све мере подесне ради елиминисања дискриминације жена у области запошљавања како би се на основу равноправности мушкараца и жена обезбедила једнака права, а посебно: (а) право на рад као неотуђиво право свих људи, (б) право на једнаке могућности запошљавања, укључујући и примену једнаких критеријума при избору кандидата за радно место, (в) право на слободан избор професије и запослења, право на унапређење, сигурност запослења и сва права и услове који проистичу из рада, као и право на стручно оспособљавање и преквалификацију, укључујући учење у привреди више стручно оспособљавање и повремено додатно оспособљавање, (г) право на једнаку награду укључујући бенефиције, као и на једнак третман за једнак рад и једнак третман при оцењивању квалитета рада, (д) право на социјалну заштиту, посебно у случају одласка у пензију, незапослености, болести, инвалидности, старости и друге неспособности за рад, као и право на плаћено одсуство, (ђ) право на здравствену заштиту и заштиту на раду, укључујући и заштиту биолошких и репродуктивних функција жена.

3. Стандарди Међународне организације рада

Као највиша и апстрактна вредност у радном праву, социјална правда има своју конкретизовану садржину у међународним радним стандардима, који се доносе уз учешће представника влада, удружења послодаваца и репрезентативних синдиката.¹⁸ Једно од најзначајнијих питања којима се бави Међународна организација рада (МОР), још од свог оснивања, јесте елиминација дискриминације у односу на запослење и занимање. Њена Општа конференција је још 1938. године позвала државе чланице да „усвоје принцип једнаког поступања према свим радницима који бораве

17 „Сл. лист СФРЈ”,-Међународни уговори, бр. 11/1981. Република Србија је, по основу сукцесије, чланица Конвенције од 2001. године, а Опционог протокола од 2002. године („Сл. лист СРЈ”,-Међународни уговори, бр. 13/2002.

18 Б. Лубарда, *op. cit.*

на њиховим територијама и да уклоне све показатеље изузимања који би посебно могли довести до дискриминације према радницима који припадају одређеним расама или конфесијама у погледу приступа јавним или приватним службама.“

Декларација о сврси и циљевима Међународне организације рада из 1944. године (тзв. Филадельфиска декларација)¹⁹ наводи: „Сва људска бића, без обзира на њихову расу, веру или пол, имају право да следе како своје материјално благостање, тако и свој духовни развој у условима слободе и достојанства, економске сигурности и једнаке могућности;“

Декларација о основним принципима и правима на раду (1998), такође наглашава значај укидања дискриминације, и то у Преамбули. Она објављује да су све чланице МОП-а обавезне, чак иако нису ратификовале основне конвенције, а на основу самог чланства у Организацији, да поштују, унапређују и стварају, у доброј намери и у складу са Уставом, принципе који се тичу темељних права који су предмет тих конвенција а, између осталог, укидање дискриминације у односу за запошљавање и занимање.

Највећи значај за забрану дискриминације у односу на запослење и занимање, од свих МОП-ових докумената, јесу њене конвенције, пре свега Конвенција бр. 111 о дискриминацији (запослење и занимање), (1958), и Конвенција бр. 100 о једнаком плаћању, (1951). Ове две конвенције сврставају се у осам основних конвенција МОП-а. Уједно, спадају међу најратификованије конвенције ове организације.²⁰

МОП-ова дефиниција дискриминације у области запошљавања и занимања дата је у *Конвенција бр. 111 о забрани дискриминације у односу на запослење и занимање*. У смислу ове конвенције, израз „дискриминација“ представља: „свако прављење разлике, искључење или давање првенства на темељу расе, боје коже, пола, вере, политичког уверења, националног или социјалног порекла, које има за последицу укидање или нарушавање једнакости могућности или третмана запослењу или занимању“. Такође, „дискриминација“ представља и: „свако друго прављење разлике, искључење или давање првенства које

19 Има карактер анекса на Устав Међународне организације рада.

20 Од 185 држава чланица Међународне организације рада, Конвенција бр. 100 има 169, а Конвенција бр. 111 укупно 170 ратификација (до септембра 2012). У „основне“ конвенције МОП-а сврставају се: Конвенција бр. 87 о слободи удруживања и заштити права на организовање; Конвенција бр. 98 о праву на организовање и колективно преговарање (1949); Конвенција бр. 29 о забрани принудног рада (1930); Конвенција бр. 105 о укидању принудног рада (1957); Конвенција бр. 138 о минималним годинама старости за запослење (1973); Конвенција бр. 182 о најгорим облицима дечијег рада (1999); Конвенција бр. 111 о забрани дискриминације (запослење и занимање) и Конвенција бр. 100 о једнаком плаћању (1951).

има за последицу укидање или нарушавање једнакости могућности или третмана у запослењу и занимању које утврди заинтересована чланица након саветовања са репрезентативним организацијама послодаваца и радника, уколико постоје, и других одговарајућих тела.“

Ова дефиниција дискриминације послужила је као узор многим националним законодавствима, па тако и при изради нашег Закона о раду. Појмови „запослење“ и „занимање“ дати су доста широко. Они укључују приступ стручном оспособљавању, приступ запослењу и појединим занимањима, као и услове запошљавања и рада, из чега се види намера са се од дискриминације заштити што већи број лица.²¹

Конвенција предвиђа и одређене изузетке од онога што се може сматрати дискриминацијом, и то у неколико својих чланова. Пре свега, неће се сматрати дискриминацијом *прављење разлике, искључење или давање првенства у односу на одређени посао*, ако је то засновано на условима који су му карактеристични (чл. 1, ст. 2). Другим речима, истинска професионална квалификација је допуштен разлог за прављење разлике, упркос општој забрани дискриминације. Овај изузетак најчешће се користи када се тражи „лице релевантног пола“. Међутим, као и сви изузеци у праву, и овај се мора рестриктивно тумачити. У супротном, дошло би до изигравања основног циља конвенције. Такође, иако је најчешћи облик дискриминације по основу рода одбијање да се запосли жена, и мушкарци могу бити жртве дискриминације по овом основу (али доста ређе). То се дешава када се у оглашавању посла тако формулишу услови да се сугерише да ће једино кандидати женског пола бити узети у разматрање, на пример за послове секретара, медицинске сестре, продавца, стјуардесе или касирке у супермаркету.²²

Следећи изузетак односи се на мере које се предузимају у односу на „*оправдано сумњива дела*“ (чл. 4). Неће се сматрати дискриминацијом све оне мере које погађају особу за коју се оправдано сумња или утврди да се бави делатностима којима се угрожава сигурност државе, под условом да та особа има право жалбе надлежном телу установљеном у складу са националном праксом.

Нису дискриминација, у духу Конвенције бр. 111, ни „*посебне мере заштите или помоћи*“ предвиђене другим конвенцијама или препорукама МОП-а. Посебне мере неће се сматрати дискриминацијом ако се успоставе са

21 Више о томе у: J. M. Servais, *International Labour Law*, Kluwer Law International, 2005, стр. 142-151.

22 A. Bronstein, *International and Comparative Labour Law*, International Labour Organization, 2009, стр. 141.

циљем задовољења одређених потреба група лица за која је из одређених разлога општеприхваћено да захтевају позитивну акцију, нарочито због пола, животног доба, инвалидности, породичних обавеза, друштвеног или културног положаја (чл. 5). Позитивна акција код многих МОП-ових конвенција односи се на жене, и то: у области материнства²³, професионалне сигурности и здравствене заштите²⁴, рада ноћу²⁵ и услова рада.²⁶

На основу МОП-ових истраживања, многе земље су усвојиле посебне мере које прописују предузимање афирмативне акције према лицима која припадају разним категоријама које су биле неравноправне. Разлог за то је сазнање да законска забрана дискриминације, сама за себе, често није довољна да елиминише *de facto* праксу. Све те мере су временски ограничене, јер за њих више нема оправдања када се укине неправичност. Закони о афирмативној акцији, осим жена, за циљ имају и неке посебне групе које ће имати користи од таквих мера, као што су језичке и етничке мањине и лица са инвалидитетом.²⁷

Конвенција бр. 100 о једнаком плаћању (1951), посвећена је укидању дискриминације у погледу накнаде за рад једнаке вредности извршен од стране мушкараца и жена. У смислу Конвенције, „награђивање“ подразумева надницу или обичну плату, основну или минималну, и све друге користи које се исплаћују непосредно или посредно, у новцу или у натури, од стране послодавца раднику на основу запослења. Израз „једнакост награђивања мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности“ односи се на стопе награђивања одређене без дискриминације у погледу пола. Основна обавеза која проистиче за државе које ратификују ову Конвенцију, јесте да подстиче и осигура примену начела једнакости награђивања између мушке и женске радне снаге за рад једнаке вредности за све раднике. Начело једнакости награђивања између мушке и женске радне снаге за

23 Конвенција бр. 3 о заштити материнства (1919); Конвенција бр. 103 о заштити материнства (ревидирана) (1952); Конвенција бр. 183 о заштити материнства (2000).

24 Препорука бр. 4 о тровању оловом (жена и деце) (1919); Конвенција бр. 13 о коришћењу белог олова у бојењу (1921); Препорука бр. 114 о заштити од радијације (1960); Конвенција бр. 127 о највећој тежини (1967) и истоимена препорука бр. 128; Конвенција бр. 136 о бензену (1971) и Препорука бр. 177; Конвенција бр. 170 о хемикалијама (1990) и Препорука бр. 177.

25 Конвенција бр. 89 о ноћном раду (жена) (ревидирана) из 1948; и Протокол из 1990; Конвенција бр. 171 о ноћном раду (1990) и Препорука бр. 178.

26 Конвенција бр. 45 о раду (жена) под земљом (1935); Препорука бр. 102 о објектима здравствене заштите (1956); Препорука бр. 116 смањењу радних часова (1962) и Конвенција бр. 140 о плаћеном одсуству у сврхе образовања (1974).

27 Види: Међународна организација рада, *Смјернице о радном законодавству* (на српском), Женева, 2001, стр. 299-301.

рад једнаке вредности примењиваће се путем домаћег законодавства; путем сваког другог система одређивања награда; путем колективних уговора закључених између послодавца и радника и путем комбинације ових начина.

Наведене две конвенције чине МОР-ову основу за борбу против дискриминације. Осим њих, постоји и велики број посебних одредаба у неколико конвенција и препорука које се тичу одређених аспеката запошљавања или одређених категорија радника.²⁸

4. Нормативноправни оквири забране дискриминације у Србији

4.1. Уставноправна заштита од дискриминације

Устав Републике Србије²⁹ забрану дискриминације, уопште, обрађује у Другом делу под називом „Људска и мањинска права и слободе“. Изричитој забрани дискриминације посвећен је чл. 21. Пред Уставом су, у смислу овог члана, сви једнаки. Једнакост укључује право на једнаку законску заштиту, без дискриминације. Забрањује се и свака дискриминација, непосредна или посредна, по било ком основу, а нарочито по основу расе, пола, националне припадности, друштвеног порекла, рођења, вероисповести, политичког или другог уверења, имовног стања, културе, језика, старости и психичког или физичког инвалидитета.

Дискриминацијом се неће сматрати посебне мере које Република може увести ради постизања пуне равноправности лица или групе лица која су суштински у неједнаком положају са осталим грађанима.

Осим на овом месту, Устав у још неколико чланова говори, посредно или непосредно, о једнакости и забрани дискриминације. Тако, у чл. 48 (Подстицање уважавања разлика), декларише се намера Републике

²⁸ Конвенција бр. 118 о једнаком третману (у области социјалног осигурања (1962)- која утврђује једнак третман између државана и недржављана у области социјалног осигурања; Препорука бр. 146 о минималним годинама старости (1973); Конвенција бр. 140 о плаћеном одсуству због образовања (1974); Конвенција бр. 141 о професионалној оријентацији и стручном оспособљавању у развоју људских ресурса (1975); Конвенција бр. 143 о радницима мигрантима (допунске одредбе) (1975); Конвенција бр. 151 о радним односима у јавним службама (1978); Препорука бр. 156 о старијим радницима (1980); Конвенција бр. 156 о радницима са породичним обавезама (1981); Конвенција бр. 158 о престанку радног односа на иницијативу послодавца (1982); Конвенција бр. 159 о професионалној рехабилитацији и запошљавању (особа са инвалидитетом) (1983); Препорука бр. 169 о политици запошљавања (1984); Конвенција бр. 169 о домородачком и племенском становништву (1989).

²⁹ „Сл. гласник РС“ бр. 98/2006.

да, мерама у образовању, култури и јавном обавештавању, подстиче разумевање, уважавање и поштовање разлика које постоје због посебности етничког, културног, језичког или верског идентитета њених грађана. У чл. 53 (Право на учешће у управљању јавним пословима) декларише се право грађана да учествују у управљању јавним пословима и да под једнаким условима ступају у јавне службе и на јавне функције. Гарантујући право на рад (чл. 60, ст. 3), Устав гарантује свима, под једнаким условима, доступна сва радна места. На крају, припадницима националних мањина јамчи се равноправност пред законом и једнака законска заштита. Забрањује се било каква дискриминација због припадности националној мањини. И овде се истичу мере афирмативне акције, тако да се дискриминациојом неће сматрати посебни прописи и привремене мере које Република Србија може увести у економском, социјалном, културном и политичком животу, ради постизања пуне равноправности између припадника националне мањине и грађана који припадају већини, ако су усмерене на уклањање изразито неповољних услова живота који их посебно погађају (чл. 76).

4.2. Закон о забрани дискриминације

Закон о забрани дискриминације,³⁰ представља најопштији пропис у овој области у Републици Србији. Дискриминација се одређује у духу најзначајнијих међународних докумената, са веома широко постављеним основима за забрану дискриминације. Тако, изрази „дискриминација“ и „дискриминаторско поступање“ означавају свако неоправдано прављење разлике или неједнако поступање, односно пропуштање (искључивање, ограничавање или давање првенства), у односу на лице или групе као и на чланове њихових породица, или њима блиска лица, на отворен или прикривен начин, а који се заснива на раси, боји коже, прецима, држављанству, националној припадности или етничком пореклу, језику, верским или политичким убеђењима, полу, родном идентитету, сексуалној оријентацији, имовном стању, рођењу, генетским особеностима, здравственом стању, инвалидитету, брачном и породичном статусу, осуђиваности, старосном добу, изгледу, чланству у политичким, синдикалним или другим организацијама и другим стварним или претпостављеним личним својствима.

Дискриминација је забрањена у области рада, односно нарушавања једнаких могућности за заснивање радног односа или уживање под једнаким условима свих права у области рада, као што су право на рад, на слободан избор запослења, на напредовање у служби, на стручно усавршавање и професионалну рехабилитацију, на једнаку накнаду за рад

³⁰ „Сл. гласник РС“, бр. 22/09.

једнаке вредности, на правичне и задовољавајуће услове рада, на одмор, на образовање и ступање у синдикат, као и на заштиту од незапослености. Осим тога, Закон о забрани дискриминације веома широко је одредио и круг лица која уживају заштиту. То су, осим лица у радном односу, и лица која обављају привремене и повремене послове или послове по уговору о делу или другом уговору, лица на допунском раду, лица која обављају јавну функцију, припадници војске, лица која траже посао, студенти и ученици на пракси, лица на стручном оспособљавању и усавршавању без заснивања радног односа, волонтери и сва друга лица која по било ком основу учествују у раду.

Уз формулацију опште забране дискриминације, основа за дискриминацију и круга лица која уживају заштиту, Закон о забрани дискриминације је, што се тиче области радних односа и запошљавања, у највећој мери усклађен са релевантним актима МОП-а и ЕУ. У том духу је одређење онога што се не сматра дискриминацијом у области радних односа и запошљавања (чл 16, ст. 3). То је свако прављење разлике, искључење или давање првенства због особености одређеног посла код кога лично својство лица представља стварни или одлучујући услов обављања посла, ако је сврха која се тиме жели постићи оправдана, као и предузимање мера заштите према појединим категоријама (жене, труднице, породиље, родитељи, малолетници, особе са инвалидитетом, и др).

Посебна вредност овог Закона је у томе што је њиме установљено једно посебно тело - Повереник за заштиту равноправности.

4.3. Закон о раду

Закон о раду Републике Србије,³¹ најконкретније се бави забраном дискриминације у области рада и запошљавања. Садржи, у основи, класичне одредбе о забрани дискриминације у овој области, следећи принципе постављене у одговарајућим актима Међународне организације рада (пре свега у Конвенцији бр. 111) и основним актима о дискриминацији у ЕУ.

Забрањена је и непосредна и посредна дискриминација лица која траже запослење, као и запослених, с обзиром на пол, рођење, језик, расу, боју коже, старост, трудноћу, здравствено стање, односно инвалидност, националну припадност, вероисповест, брачни статус, породичне обавезе, сексуално опредељење, политичко или друго уверење, социјално порекло, имовинско стање, чланство у политичким организацијама, синдикатима или неко друго лично својство.

³¹ „Сл. гласник РС“ бр. 24/2005, 61/2005 и 54/09.

Непосредна дискриминација је свако поступање узроковано неким од наведених основа, којим се лице које тражи запослење, као и запослени, ставља у неповољнији положај у односу на друга лица у истој или сличној ситуацији.

Посредна дискриминација, као облик дискриминације који је теже утврдити (а тиме и спречити), постоји када одређена наизглед неутрална одредба, критеријум или пракса ставља или би ставила у неповољнији положај у односу на друга лица – лице које тражи запослење, као и запосленог, због одређеног својства, статуса, опредељења или уверења напред наведених. Законом о раду дискриминација је забрањена у односу на: 1) услове за запошљавање и избор кандидата за обављање одређеног посла; 2) услове рада и сва права из радног односа; 3) образовање, оспособљавање и усавршавање; 4) напредовање на послу; 5) отказ уговора о раду.

4.4. Закон о равноправности полова

Посебно месту у групи антидискриминационих закона у Републици Србији заузима Закон о равноправности полова.³² Иако за предмет регулисања има само један дискриминаторни основ – пол, овај закон је значајан због тога што забрану дискриминације уређује на веома комплексан начин. Забрана дискриминације у области запошљавања, социјалне и здравствене заштите је прва област у његовој систематици. Послодавац је, сходно Закону, дужан да запосленима, без обзира на пол, обезбеди једнаке могућности и третман, а у вези са остваривањем права из радног односа и по основу рада. У духу међународних извора, дискриминацијом или повредом принципа једнаких могућности неће се сматрати: посебне мере за повећање запослености и могућности запошљавања мање запосленог пола; посебне мере за повећање учешћа мање заступљеног пола у стручном оспособљавању и обезбеђивању једнаких могућности за напредовање; друге посебне мере, у складу са законом.

Послодавац је дужан да води евиденцију о полној структури запослених и да податке из те евиденције пружи на увид инспекцији рада и органу надлежном за равноправност полова. Уколико у радном односу има више од 50 запослених на неодређено време, послодавац је дужан и да усвоји план мера за отклањање или ублажавање неравномерне заступљености полова за сваку календарску годину.³³

32 „Сл. гласник РС“ бр. 104/2009.

33 Мере афирмативне акције органи јавне власти дужни су да, сходно чл. 14 Закона, спроведу уколико је заступљеност мање заступљеног пола у свакој организационој јединици, на руководећим местима и у органима управљања и надзора мања од 30%.

Приликом јавног оглашавања послова и услова за њихово обављање и одлучивање о избору лица која траже запослење (радни однос или други вид радног ангажовања), није дозвољено прављење разлике по полу, осим ако постоје оправдани разлози, у складу са законом. Треба напоменути да се ова одредба нарочито односи на радна места за која је, у складу са посебним законом, предвиђена обавеза јавног оглашавања. Закон о раду ту обавезу не садржи.

Припадност полу не сме бити сметња за напредовање на послу, као ни одсуствовање са посла због трудноће и родитељства. То не може бити ни основ за распоређивање на неодговарајуће послове и за отказ уговора о раду.

Закон о равноправности полова запосленима, без обзира на пол, гарантује једнаку зараду за исти рад или рад једнаке вредности код послодавца, забрањује узнемиравање, сексуално узнемиравање и сексуално уцењивање. У сваком циклусу стручног усавшавања или обуке послодавац је дужан да води рачуна о томе да заступљеност полова одсликава у највећој могућој мери структуру запослених. Оправданим разлогом за отказ уговора о раду, односно престанак радног и другог (уговореног) односа по основу рада неће се сматрати покретање поступка од стране запосленог због дискриминације по основу пола, узнемиравања, сексуалног узнемиравања или сексуалног уцењивања.

Учешће мање заступљеног пола од најмање 30% обавезно је приликом образовања одбора за преговоре, а организација надлежна за послове запошљавања (Национална служба за запошљавање) дужна је да обезбеди једнаку доступност пословима и једнакост у поступку запошљавања оба пола.

4.5. Остали релевантни прописи

*Закон о спречавању дискриминације особа са инвалидитетом*³⁴ посвећен је, како му само име говори, забрани дискриминације по основу инвалидности. После одредаба које се односе на општу забрану дискриминације, Закон излаже посебне случајеве дискриминације. Један од њих је и дискриминација у вези са запошљавањем и радним односом (чл. 21-26).

У запошљавању и остваривању права из радног односа забрањено је вршити дискриминацију због инвалидности према: 1) особи са инвалидитетом која тражи запослење³⁵; 2) пратиоцу особе са инвалидитетом која тражи

³⁴ „Сл. гласник РС“ бр. 33/2006.

³⁵ Под „особом која тражи запослење“, у смислу овог Закона, подразумева се особа уредно пријављена служби надлежној за запошљавање у складу са законом којим

запослење; 3) запосленој особи са инвалидитетом; 4) запосленом пратиоцу особе са инвалидитетом.

Дискриминацијом због инвалидности у запошљавању сматра се: претходна провера психофизичких способности које нису у непосредној вези са пословима за које се заснива радни донос; одбијање да се изврши техничка адаптација радног места која омогућује ефикасан рад особе са инвалидитетом, ако трошкови адаптације не падају на терет послодавца или нису несразмерни у односу на добит коју послодавац остварује запошљавањем особе са инвалидитетом. Не сматра се дискриминацијом: избор кандидата без инвалидитета који је показао најбољи резултат на претходној провери психофизичких способности непосредно везаних за захтеве радног места; предузимање подстицајних мера за брже запошљавање особа са инвалидитетом, у складу са законом којим се уређује запошљавање особа са инвалидитетом.

Осим што утврђује случајеве дискриминације због инвалидности у запошљавању, Закон одређује и оно што се сматра дискриминацијом у остваривању права из радног односа. То је: одређивање мање зараде због инвалидности запосленог, независно од радног учинка; постављање посебних услова рада запосленом са инвалидитетом, ако ти услови непосредно не проистичу из захтева радног места; постављање посебних услова запосленом са инвалидитетом за коришћење других права из радног односа која припадају сваком запосленом.

Као посебно тежак облик дискриминације због инвалидности Закон означава узнемиравање, вређање и омаловажавање запосленог са инвалидитетом од стране послодавца, односно непосредно надређеног лица у радном односу, због његове инвалидности.

Пропис који представља новину у нашем радном законодавству је *Закон о спречавању злостављања на раду*.³⁶ Поред опште забране злостављања на раду (у упоредној пракси: „мобинг“), изричито се забрањује сексуално узнемиравање на раду (чл. 3), а индиректно и дискриминацију као један од потенцијалних начина вршења мобинга према запосленима. Закон приликом дефинисања злостављања на раду у чл. 6 (коју смо раније поменули), забрањује повреде достојанства, личног и професионалног интегритета запосленог, односно понашање које изазивају страх, неприја-

се уређује запошљавање. Под „пратиоцем особе са инвалидитетом“ сматра се свако лице, без обзира на сродство, које живи у заједничком домаћинству са особом са инвалидитетом и трајно јој помаже у задовољавању свакодневних животних потреба без новчане или друге материјалне накнаде.

36 „Сл. гласник РС“ бр. 36/2010

тељско, понижавајуће или увредљиво окружење, погоршава услове рада или доводи до тога да се запослени изолује - у чему се могу препознати и радње дискриминације (укључујући и узнемиравање).

Да би заштитио учеснике у поступку за заштиту од злостављања, законодавац је изричито предвидео (чл. 27) да покретање поступка за заштиту од злостављања, као у учешће у њему не може бити основ за: стављање запосленог у неповољнији положај у погледу остваривања права и обавеза по основу рада, покретање поступка за утврђивање дисциплинске, материјалне и друге одговорности запосленог, отказ уговора о раду, односно престанак радног или другог уговорног односа по основу рада и проглашавање запосленог вишком запослених. Ову заштиту не ужива запослени за кога се утврди да је злоупотребио право на заштиту од злостављања.

Забрана дискриминације у вези са запошљавањем у Србији регулисана је и *Законом о запошљавању и осигурању за случај незапослености*.³⁷ Забрана дискриминације једно је од основних начела на којима се Закон заснива (чл. 5). Осим тога, установљена је и обавеза послодавца да обезбеди једнак третман лица која су му се јавила ради разговора о запослењу (чл. 35).

Закон о државним службеницима,³⁸ као матичан пропис за посебан режим радних односа у Срије, забрањује повлашћивање или ускраћивање државног службеника у његовим правима или дужностима, посебно због расне, верске, полне, националне или политичке припадности или због неког другог личног својства (чл. 4). При запошљавању у државни орган кандидатима су под једнаким условима доступна сва радна места (чл. 9). Ти услови дати су у чл. 45 Закона, и разликују се од услова у општем режиму. То су: пунолетство, држављанство Републике Србије, прописана стручна спрема, да службенику раније није престајао радни однос у државном органу због теже повреде радне дужности и да није осуђиван на казну затвора у трајању од најмање шест месеци. Осим тога, за рад на положају потребна је и висока стручна спрема у трајању од најмање четири године и девет година радног искуства у струци. Такође, гарантује и једнаке могућности, у смислу да су сви државни службеници једнаки кад се одлучује о напредовању и награђивању и остваривању њихове правне заштите (чл. 11).

37 „Сл. гласник РС“ бр. 36/2009.

38 „Сл. гласник РС“ , бр. 79/2005; 81/2005; 64/2007; 67/2007; 116/2008 и 104/2009.

Goran Obradovic, LL.D.
Associate Professor at Faculty Law University of Nis

**INTERNATIONAL AND DOMESTIC STANDARDS ON THE PROHIBITION
OF DISCRIMINATION IN THE AREA OF LABOUR RELATIONS**

Summary

The principle of equality, as one of the most significant legal principles, implies equal and uniform treatment of individuals regardless of their personal characteristics. The principle of equality and the prohibition of discrimination belong to the fundamental principles of labour law. Since the labour law subjects - employee and employer - are essentially unequal and that inequality increases possibilities of violations of law, the prohibition of discrimination in the area of labour relations is one of the central issues of labour law. Starting from the UN Charter and the Universal Declaration on Human Rights, a number of international documents has been adopted whereby the principle of equality is guaranteed and discrimination is prohibited, which were also followed by national legislations of all civilized countries. On the other hand, high poverty and unemployment rates, nepotism and political affiliation, as the decisive criteria for employment in public sector, and even more pronounced neoliberal demands oriented towards a reduction of the scope of labour relations rights render the (formally) proclaimed right to equality and the prohibition of discrimination meaningless to a great extent.

Key words: labour, equality, discrimination

Др Видоје Спасић,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Александра Васић,
Правни факултет Универзитета у Нишу

UDK: 339.5.42:338.246.027

ИМПЛЕМЕНТАЦИЈА СИСТЕМА КОНТРОЛЕ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ У РЕПУБЛИЦИ СРБИЈИ СА ОСВРТОМ НА ЕУ¹

Апстракт: Због све израженијег негативног дејства на конкуренцију и слободну трговину материја државне помоћи на нивоу ЕУ подвргнута је посебним правним правилима. Овај вид државне интервенције и у нашој земљи последњих година све више добија на значају, јер је Србија у процесу приступања ЕУ преузела обавезу да развије систем контроле државне помоћи по угледу на њу. То је и учињено доношењем Закона о контроли државне помоћи којим су уређени општи услови за доделу, коришћење и контролу државне помоћи са циљем да се успостави транспарентни систем контроле који ће онемогућити да се доделом државне помоћи нарушава конкуренција на тржишту, а поједини тржишни актери доводе у повлашћен положај.

Кључне речи: државна помоћ, заштита конкуренције, контрола, Европска Унија, Србија.

1. УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

Слободна конкуренција представља један од основних принципа тржишне економије. У привредном пословању она подразумева надметање привредних субјеката у производњи, трговини или пружању услуга у циљу придобијања потошача, а самим тим и остварењу већег профита. У фер тржишној утакмици сви учесници су у погледу услова привређивања стављени у формално правни исти положај, при чему способна привредна друштва увећавају свој профит, док се она друга боре за опстанак или пропадају. Максимално слободно тржиште које је карактеристика

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ бр. 179046 који финансира Министарство просвете и науке РС.

политике “слободна тржишна рука” (концепт *Laisser – faire* капитализма) припада историји, а већина светских привреда се определила за концепт ефективне или конкуренције која функционише (*workable competition*)². Теоријски посматрано, фер конкуренција на тржишту подразумева немешање државе тржишне токове и нестављање појединих учесника у повлашћени положај у односу на остале, јер се од државе једино очекује да створи адекватан правни оквир за фер, транспарентно и ефикасно тржиште. Међутим, нема привреде на свету, чак ни оне најлибералније, где држава својим економским, социјалним и сличним мерама не утиче на стање на тржишту. Нема сумње да је државна интервенција у тржишној привреди понекад неизбежна и неопходна, али само под условом да се ради о помоћи која је усмерена на структурну трансформацију сектора у превазилажењу тешкоћа.³ Одобравајући државну помоћ државе мењају услове конкуренције, јер стављају у повољнији положај компаније које су примаоци помоћи у односу на конкуренте, чиме се они доводе у неповољнији конкурентски положај. Зато и не би требало да чуди настојање тела која су надлежна за заштиту конкуренције, како на националном, тако и на нивоу Европске уније, да се тржишна моћ привредних субјеката који се јављају као примаоци државне помоћи смањи и доведе у прихватљиве и разумне оквире.

Мотиви којима се државе руководе када помажу привредним субјектима на својој територији су многобројни: економски, политички, културни, социјални и други. Неспорно је да је за сваку државу, као носиоца економског суверенитета, од изузетног значаја да испуни обавезу прижања подршке својим привредним субјектима у обављању економске делатности и да на тај начин подстиче и промовише важне и легитимне циљеве економске и социјалне политике. Међутим, поред поштовања овог партикуларног интереса, држава је као субјект међународног јавног права, дужна да омогући и заштити принцип слободне трговине као полазни принцип за правно уређивање прекограничних токова робе, услуга и новца.⁴

Конкуренција представља процес надметања конкурената који доводи до конкурентског притиска, који је основни покретач свих учесника на

2 Функционална конкуренција подразумева да конкуренција постоји у довољној мери да се спречи вештачко фиксирање цена и омогући технолошки напредак.

3 С. Зечевић, Право конкуренције Европске уније, Центар за интернационални менаџмент, Београд 1998, стр. 241.

4 П. Цветковић, Н. Раичевић, Правни режим државне помоћи у Европској унији и Светској трговинској организацији, Право Републике Србије и право Европске уније – стање и перспективе, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2009, стр. 539.

тржишту да буду што бољи⁵. Циљ тржишне привреде и права конкуренције је благостање потрошача, у смислу да здрава утакмица на тржишту за потрошаче значи бољи квалитет, повољније цене, повећани избор доступних производа и услуга, а у крајњој инстанци и бољи квалитет живота кроз развој привреде, производа и услуга. Упркос томе што се право конкуренције превасходно односи на трговце, тј. професионалне учеснике на тржишту, циљ конкурентских правила је заштита потрошача, јер се резултати тржишне утакмице непосредно одражавају на њихов положај. Иступање на тржишту подразумева да привредни субјекти морају иступати у друштвено допуштеним оквирима, у складу са законом и добрим пословним обичајима.⁶ Међутим, у настојању да што пре дођу до жељеног циља и већег профита, поједини привредни субјекти заборављају на правила дозвољеног понашања и добре пословне обичаје, те слободна тржишна утакмица може постати нелојална. Кршења правила конкуренције су све чешћа у пракси и манифестују се у виду недозвољених споразума, кроз злоупотребу доминантног положаја на тржишту или кроз недопуштену фузију привредних субјеката.⁷ Оно што треба истаћи јесте чињеница да се као починиоци дела нелојалне конкуренције могу јавити не само привредни субјекти (предузетници, привредна друштва и др.) већ и држава.

Укључивање Србије у Европску Унију није могуће разматрати без усаглашавања нашег правног система са правима Европске заједнице и држава чланица ЕУ, при чему је од огромног значаја прилагођавање са правом конкуренције. Усвајање правила којима се регулише конкуренција каква постоје у ЕУ, али и њихова адекватна примена, је *condition sine qua non* унапређења домаће привреде, повећање домаћих и страних улагања и стварање конкурентног тржишта. Питање конкуренције на тржишту у Европској Унији регулисао је *The Treaty on the Functioning of the European Union*⁸ (Уговор о функционисању Европске уније, у даљем тексту: УФЕУ), као и неки секундарни акти донети у оквиру Европске уније. Притом, правила о конкуренцији заснивају се на неколико принципа:

- забрана свих споразума, усаглашених пракси и удруживања учесника на тржишту који могу утицати на трговину између држава чланица,

5 Б. Беговић, В. Павић, Шта је то конкуренција и како се штити, Центар за либерално-демократске студије Београд 2010, стр. 5. Исти, Увод у право конкуренције, Правни факултет Универзитета у Београду, Београд 2012, стр. 12.

6 М. Јовановић-Zattila, Понашање привредних субјеката у условима нелојалне конкуренције, Правна ријеч, 32, Бања Лука, 2012, стр. 573.

7 Закон о заштити конкуренције, „Службени гласник РС“, бр. 51/09, од 14.07.2009.

8 Текст доступан на интернет адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0047:0200:en:PDF>

а који за циљ или последицу имају спречавање, ограничавање или нарушавање конкуренције на унутрашњем тржишту⁹;

- забрана злоупотребе доминантног положаја на унутрашњем тржишту, уколико може утицати на трговину између земаља чланица;
- надгледање помоћи коју додељују чланице или која се додељује путем државних средстава у било ком облику која представља нарушавање конкуренције ;
- либерализација одређених привредних сектора (нпр. телекомуникације, енергетски сектор и сл.) у којима су нека државна или приватна друштва имала монопол.¹⁰

Током процеса приступања Европској Унији, Србија постепено усклађује своје законодавство са *acquis communautaire* јер је то неопходно како би несметано функционисала зона слободне трговине између наше земље и ЕУ. Споразум о стабилизацији и придруживању између европске заједнице и њених држава чланица као и Прелазни трговински споразум прописују обавезу да Србија најпре усклади своје законодавство са европским у области конкуренције и контроле државне помоћи, али и да створи одговарајући институционални оквир за спровођење прописа који се односе на ову област. Различити видови државне помоћи могу бити претња лојалној конкуренцији на тржишту, с обзиром да стварају неједнаке услове између тржишних учесника. Контрола државне помоћи у ЕУ је стуб унутрашњег тржишта који обезбеђује компанијама могућност такмичења под једнаким условима.¹¹ Државе пружају финансијску подршку привредним субјектима под својом јурисдикцијом и најчешће су мотивисане економским циљевима које би додељена помоћ требало да постигне. Међутим, додељена државна помоћ може да служи и постизању неких неекономских циљева: политички, социјални, заштита националних циљева (нпр. сектор одбране) и слично. Посматрано на примеру ЕУ, тржишна интеграција као политички циљ је понекад у супротности са економском ефикасношћу из угла неке државе чланице, али наднационални прописи служе да разјасне и рангирају ове различите циљеве.¹² ЕУ инсистира на смањењу и бољој усмерености државне помоћи, па је у сврху остварења тих циљева донет Акциони план о државној помоћи: мања, а боље усмерена државна помоћ: мапа за реформу

9 Уговор о функционисању ЕУ користи назив унутрашње тржиште, а не као до сада заједничко тржиште (common market).

10 Више о томе видети у: I. V. Bael, J. Bellis, *Competition Law of the European Community*, Austin 2010.

11 European Commission, *Report on Competition Policy 2010*, p. 7.

12 L. Hancher, T. R. Ottervanger, P. J. Slot, *EU State aids*, London 2012, p. 33.

државне помоћи 2005 – 2009.¹³ Такође, у пролеће 2011. године, Комисија је сачинила *Report on State aid contribution to Europe 2020 Strategy*¹⁴, који пружа занимљив преглед државне помоћи које су од посебног значаја за Стратегију Европа 2020, а пре свега у областима као што су истраживање, развој и иновације, заштита животне средине, регионални развој и слично.

Материја државне помоћи, као посебна дисциплина у области права конкуренције, и у нашој земљи последњих година све више добија на значају, јер је Србија потписивањем поменутих споразума преузела обавезу да развије систем контроле државне помоћи по угледу на ЕУ. Изградња система контроле државне помоћи је од изузетне важности за трансформацију планске привреде у тржишну економију, а транспарентност приликом одлучивања о додели државне помоћи несумњиво смањује политичке притиске и арбитрарност државних органа.

2. ПОЈАМ И ОБЛИЦИ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ У ЕУ

Још је Римски уговор о оснивању европске економске заједнице из 1958. године прописивао општу забрану примене државних интервенција на тржишту у циљу помоћи.¹⁵ Правна регулатива ЕУ која се односи на државну помоћ садржана је у члановима 107-109 Уговора о функционисању ЕУ.¹⁶ Важно је рећи да ни у овом уговору, нити у осталим уговорима којима је основана ЕУ, није дата експлицитна дефиниција државне помоћи. Један од могућих разлога за овакво решење је тај што би дефиниција могла бити избегнута захваљујући законодавцима држава чланица, а овакво решење оставља Комисији могућност за широко тумачење карактера дате државне помоћи. Тумачењем одредаба који регулишу ову материју може се доћи до закључка да се државном помоћи која потпада под општу забрану у ЕУ сматрају све оне мере које кумулативно испуњавају следеће

13 Доступно на интернет адреси: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0107:FIN:EN:PDF>

14 Текст доступан на интернет адреси: http://ec.europa.eu/competition/state_aid/studies_reports/archive/2011_spring_en.pdf

15 Michael Blauberger, *Staatliche Beihilfen in Europa: Die Integration der Beihilfekontrolle in der EU und die Europaaisierung der Beihilfepolitik in den neuen Mitgliedstaaten*, Wiesbaden, 2009, p. 59.

16 Изворе права у материји државне помоћи можемо поделити на примарне и секундарне. У примарне изворе спадају Уговор о функционисању ЕУ, Уговор о ЕУ и Споразуми о стабилизацији и придруживању које ЕУ закључује са трећим државама. Секундарне изворе права у овој области представљају уредбе (са обавезујућом правном снагом), судска пракса Суда правде, формалноправно необавезујући акти (тзв. „меко право“)

услове: а) корисник ове врсте помоћи би требало да буде учесник на тржишту, тј. свако правно и физичко лице које обавља неку привредну делатност на тржишту, без обзира на његов правни статус или начин на који се финансира¹⁷; б) помоћ се додељује из јавних средстава у било ком облику; в) селективност (специфичност) – државна давања морају бити намењена и пружати економску предност само појединим привредним гранама, регионима или привредним субјектима који се на тај начин фаворизују будући да долази до неједнаких услова за пословање између актера на тржишту;¹⁸ г) доводи до нарушавања или прети да наруши конкуренцију на унутрашњем тржишту и тиме угрожава трговину међу земљама чланицама будући да привилегује тржишне актере који примају у односу на оне који не примају државну помоћ.¹⁹ Режим забране државне помоћи примењује се само на оне државне подстицаје који кумулативно испуњавају горе наведене услове.

Државни интервенционизам у привреди није дозвољен јер је у суштој супротности са слободном трговином између земаља чланица ЕУ, односно доводи до нарушавања конкуренције на унутрашњем тржишту. Генерална забрана државне помоћи формулисана је у члану 107. УФЕУ (ранији члан 87 Уговора о ЕЗ): „Ако уговорима није другачије предвиђено, свака помоћ додељена од стране државе чланице или из средстава државе у било ком облику, која нарушава или прети да наруши конкуренцију дајући предност одређеном привредном друштву или производњи одеђене робе, неспојива је са унутрашњим тржиштем уколико утиче на трговину између држава чланица“. Међутим, ова забрана није апсолутна, јер УФЕУ прописује дозвољене категорије државне помоћи (члан 107, став 2) за које не постоји потреба да је Комисија претходно оцени и одобри, али подлежу обавези пријављивања Комисији. Категорије државне помоћи које се *ipso iure* сматрају допуштеним и компатибилним са унутрашњим тржиштем су: помоћ социјалног карактера, која се додељује појединачним потошачима, под условом да се не врши дискриминација с обзиром на порекло производа који чине конкретну помоћ; помоћ која се додељује у виду накнаде штете проузроковане природним непогодама или другим изузетним околностима, и помоћ привреди одређених подручја СР Немачке са циљем откањања

17 И непрофитабилни субјекти могу бити корисници државне помоћи.

18 Управо овај критеријум разликује државну помоћ од мера економске политике које се односе на економију једне земље као целине.

19 Државна помоћ која нема ефеката на трговину међу државама чланицама не може се сматрати неспојивом са унутрашњим тржиштем.

економских потешкоћа које су проузроковане поделом Немачке²⁰. Такође, овај уговор предвиђа и неке изузетне случајеве у којима је могуће одступити од опште забране државне помоћи, које одобрава Комисија или, изузетно Савет министара. Постоји пет категорија дискреционих изузетака од забране: помоћ за унапређење економског развоја подручја са изузетно ниским животним стандардом или где је присутна знатна незапосленост²¹; помоћ за унапређење важних пројеката који су од заједничког европског интереса²²; помоћ за поспешивање развоја одређених привредних делатности или подручја, ако не утиче услове пословања у мери у којој је то у супротности са заједничким интересима²³; помоћ за унапређење културе и очување баштине, ако не утиче на конкуренцију у ЕУ, у мери супротној заједничком интересу; остале врсте помоћи које на предлог Комисије квалификованом већином може да одобри Савет. Када се ближе погледа структура горе наведених категорија, примећујемо да се као циљ државне помоћи у ЕУ јавља искључиво развој, а не и неки други циљеви, нпр. стабилизациони, који се пре свега, остварују мерама економске политике.

Орган који врши перманентно праћење и испитивање свих система помоћи које државе чланице додељују учесницима на тржишту је Комисија, уз изузетне надлежности Савета ЕУ. Дакле, у надлежности Комисије је да спроводи контролу државне помоћи како би се на унутршњем тржишту ЕУ обезбедила слободна и фер конкуренција, а на унутрашњем плану држава чланица створили услови да се државна средства троше на најјефикаснији начин. Судски и извршни органи држава чланица не могу оцењивати да ли

20 Укинуте су одредбе које су прецизирале аутоматско право Немачке да додељује државну помоћ одређеним подручјима који су били тешко погођени послератном поделом Немачке. Уговор о функционисању ЕУ у чл. 107, став 2 предвиђа укидање ове одредбе пет година након његовог ступања на снагу, односно 2014. године.

21 Као основ процене животног стандарда или незапослености узима се просек на нивоу ЕУ, а не поједине државе чланице. Такав став Суд правде је заузео у случају Philip Morris vs. Commission (бр. 730/79). Наиме, Комисија је одбила предлог холандске владе да произвођачу цигрета додели државну помоћ ради повећања производње и то у месту са високом стопом незапослености и просечним дохотком нижим од холандског. Суд је одбио жалбу произвођача цигарета и одобрио као мерило незапослености и дохотка на нивоу ЕУ као ваљано и легитимно, уместо да се ови показатељи узимају само за одређену земљу чланицу.

22 Нпр. пројекти на успостављању заједничких стандарда за заштиту животне средине. Овде је на Комисији да процени да ли су пројекти од заједничког европског интереса у смислу да ли позитивно делују на унутрашње тржиште ЕУ.

23 Ради се о помоћи коју држава додељује секторима који су у кризи, најчеће из у домену енергетике, бродоградње и др.

је нека помоћ допуштена или не.²⁴ Овај орган има искључиву надлежност за решавање питања дозвољености државне помоћи за све земље чланице ЕУ и у већини чланица је ово питање препуштено директно Комисији, а пракса је да нове чланице и државе које су кандидати за чланство у Унији формирају посебна тела која би вршила сличну улогу за унутрашње потребе, без да се умањи ексклузивна надлежност Европске Комисије. За ту сврху примењује се члан 108. УФЕУ, у коме се наводи да Комисија, у сарадњи са државама чланицама, редовно испитује све системе додељивања помоћи који постоје у тим државама. Може се закључити да Комисија врши оцену допуштености државне помоћи и њено дејство из комунитарне, а не из уско државне (партикуларне) перспективе.²⁵ Уколико Комисија, након изјашњавања заинтересованих страна, утврди да помоћ није компатибилна са унутрашњим тржиштем или је та помоћ злоупотребљена, може одлучити да та држава чланица предметну помоћ мора укинути или изменити у остављеном року. У супротном, Комисија или било која друга заинтересована држава могу се обратити Суду правде ЕУ. Такође, Савету је дато овлашћење да, на захтев државе чланице, одлучи да помоћ коју та држава додељује или намерава да додели може сматрати спојивом са унутрашњим тржиштем, ако изузетне околности оправдавају тавку одлуку.²⁶ Тачка 3 поменутог члана предвиђа и обавезу за државе чланице да обавесте Комисију о плановима доделе помоћи или измене постојеће помоћи, како би се упознала са истим и изнела евентуалне примедбе.²⁷ Предмет контроле могу бити четири могућа облика државне помоћи: постојећа помоћ²⁸ (*existing aid*), нова помоћ (*new aid*), помоћ која није нотификована (*non-notified aid*) и злоупотребљена помоћ²⁹ (*misuse of aid*).

3. УСПОСТАВЉАЊЕ СИСТЕМА КОНТРОЛЕ ДРЖАВНЕ ПОМОЋИ СРБИЈИ

Успостављање система контроле државне помоћи намеће се као једна од најважнијих предприступних обавеза земаља које теже ка чланству

24 Формалноправно гледано, национална тела за контролу државне помоћи немају никакву улогу. Она једино могу имати консултативну улогу у поступку контроле јер ЕУ има ексклузивну компетенцију у овој области. Као пример можемо поменути британски *Department of trade and industry*.

25 С. Зечевић, *Право конкуренције Европске уније*, Центар за интернационални менаџмент, Београд 1998, стр. 241.

26 Члан 108(2) Уговора о функционисању ЕУ.

27 Члан 108(3) Уговора о функционисању ЕУ.

28 Помоћ која је постојала пре ступања на снагу Уговора о функционисању ЕУ, или која је постојала у државама пре него што су постале чланице ЕУ.

29 Нпр. помоћ која се користи у сврхе које су различите од оних за које је додељена.

у ЕУ. Искуства појединих држава чланица ЕУ, чијем чланству је претходно процес стабилизације и придруживања, говоре да се област државне помоћи, као део права конкуренције, сврстава у најосетљивија питања у току преговора са државом кандидатом.³⁰ Споразум о стабилизацији и придруживању³¹ (ССП), у члану 73, предвидео је за Србију обавезу развоја система контроле државне помоћи и стварања институционалног оквира за његово функционисање. Идентична обавеза за нашу земљу прописана је и у члану 38, Прелазног споразума о трговини и трговинским питањима³². Такође, Србија је била дужна да у року од годину дана оснује независно тело за контролу државне помоћи. Европска Унија не намеће државама кандидатима форму и надлежност тела за контролу државне помоћи, већ то оставља домаћем законодавцу. Тако је у неким случајевима за контролу државне помоћи надлежна независна агенција, министарство или пак управа у саставу министарства. Једини услов је да то тело има овлашћења која се могу упоредити са овлашћењима Европске комисије у овој области. На основу Прелазног споразума Србија је у целини, у периоду од пет година од дана његовог ступања на снагу, добила статус региона "А", што према критеријумима ЕУ значи третман области чији је бруто друштвени производ по глави становника испод 75% просека на нивоу ЕУ, односно области са изузетно ниским животним стандардом или високом стопом незапослености, што је омогућило највиши дозвољени степен коришћења државне помоћи.³³ Управо ови економски показатељи омогућили су Србији максимално коришћење државне помоћи за сврхе економског развоја и подстицања запошљавања (овде нарочито спадају државне субвенције у сфери подршке инвестицијама, отварању нових радних места, професионалног оспособљавања и слично).³⁴ Од изузетног је значаја за српску привреду што нам је "статус региона А" омогућио дужи транзициони период за усклађивање прописа који регулишу ову област и флексибилнију доделу државне помоћи.

30 А. Ђирић, Међународно трговинско право. Општи део, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, Ниш, 2010, стр. 206.

31 Споразум је потписан 29. априла 2008. године између ЕУ и Србије, али је његову реализацију средином 2008. године зауставио Европски савет.

32 Текст Прелазног трговинског споразума доступан је на интернет страни: <http://www.seio.gov.rs>. Ступио је на снагу 1. Фебруара 2010. године.

33 На пример, у 2007. години БДП у Србији био је 8.600 евра, а у ЕУ 24.800 евра, што представља око 35% просека у Унији.

34 Г. Гасми, Државна помоћ у Европској Унији – путоказ за хармонизацију у Србији, Право и привреда бр. 5–8, 2007, стр. 495.

Један од најзначајнијих корака ка испуњењу обавеза из Прелазног споразума, у делу који се тиче државне помоћи, било је доношење посебног закона који регулише ову материју. Суштина закона који регулише област државне помоћи је у успостављању транспарентног система контроле који би онемогућио да се доделом државне помоћи нарушава конкуренција на тржишту, а поједини актери на тржишту доводили у повлашћен положај. Неопходно је нагласити да су први кораци на изради Закона почели још 2005. године. Прва верзија закона била је припремљена почетком 2007. године, али због политичке и економске ситуације у земљи, он није стигао у скупштинску процедуру. Наиме, његово доношење било је одложено све до наступања формалне обавезе што је представљало својеврсну подршку нашој привреди.³⁵ Израда овог закона била је веома комплексна јер је било неопходно преузети обимна и прецизна правила која важе на нивоу Уније, а при томе водити рачуна и о домаћим прописима. Коначно, Закон о контроли државне помоћи³⁶ (у даљем тексту: Закон) ступио је на снагу 22.7.2009. године, а његова примена отпочела је 01.01.2010. године. Ако имамо у виду чињеницу да је у периоду од 2003. до 2006. године на различите видове државне помоћи потрошено преко 2,5 милијарди евра, без података о томе коме и по којим критеријумима је додељивана, нема сумње да ће овај Закон ограничити и саму државу, Владу и министарства, да на основу свог слободног уверења додељују подстицајна средства појединим учесницима на тржишту.

Основни циљ овог Закона је заштита слободне конкуренције на тржишту јер се њиме уређују општи услови и поступак контроле државне помоћи и обезбеђује транспарантност у овој области. Одредбе овог закона се не примењују на пољопривредне производе и производе рибарства, јер за ове производе ЕУ има посебну политику.³⁷ Кључни појам је државна помоћ и за разлику од УФЕУ, у Закону је дата њена дефиниција. Под појмом државне помоћи се подразумева сваки стварни или потенцијални јавни расход или умањено остварење јавног прихода, којим корисник државне помоћи стиче повољнији положај на тржишту у односу на конкуренте, чиме се нарушава или постоји опасност од нарушавања конкуренције на

35 Као пример може нам послужити "Фијат". Наиме, ова италијански аутомобилски гигант је од српске Владе добио огромне повластице зарад уласка у стратешко партнерство са крагујевачком "Заставом". Да је Србија у то време имала Закон о контроли државне помоћи не би било дилеме да ли су ове повластице тржишно прихватљиве, да ли погодују неким учесницима на тржишту и да ли постоји ризик од нарушавања конкуренције.

36 „Службени гласник РС“, бр. 51/09 од 14.07.2009.

37 Закон о контроли државне помоћи, чл. 1.

тржишту.³⁸ Можемо закључити да ова дефиниција обухвата практично све мере интервенције државе у привреди и то како у форми чињења (пореске олакшице и слобођења, државне гаранције, зајмови, покривање пословних губитака, повлашћене каматне стопе и друго), тако и у форми нечињења (нпр. не преузимање добити од стране државе у државним привредним друштвима). Закон дели субјекте државне помоћи на даваоце и кориснике. Као даваоци државне помоћи означени су Република, аутономна покрајина и јединице локалне самоуправе, преко надлежних органа, као и свако правно лице које управља или располаже јавним средствима и додељује државну помоћ у било ком облику.³⁹ Корисник државне помоћи у смислу овог Закона је свако правно и физичко лице, које у обављању делатности производње или промета робе или пружања услуга на тржишту, користи државну помоћ у било ком облику.⁴⁰

Закон прописује да је недопуштена државна помоћ додељена у било ком облику, која нарушава или прети да наруши конкуренцију на тржишту, осим ако није другачије прописано овим Законом или која је супротна закљученим међународним уговорима, што нас доводи до закључка да Закон не забрањује доделу државне помоћи, али да успоставља одеђена правила. Тако, Закон прописује следеће изузетке од забране: а) дозвољена државна помоћ и б) државна помоћ која може бити дозвољена (одобрена). Дозвољена државна помоћ је она која се додељује за намене: помоћи појединцима социјалног карактера, без дискриминације у вези порекла робе која чини помоћ и отклањања штета од природних непогода и других ванредних ситуација.⁴¹ Мишљења смо да се наведени облици државне помоћи могу сврстати у неопходне и потребне обзиром да немају додирних тачака са економском и развојном улогом државе. Ваља напоменути да овај други вид државне помоћи која се сматра *ex lege* дозвољеном подразумева доделу помоћи само у оном обиму који је довољан да се измењено стање доведе у претходно, које је постојало пре настанка штете.

Случајеви у којима државна помоћ може бити одобрена у Закону су таксативно наведени и реч је помоћи која се додељује за следеће намене: развој подручја са изузетно ниским животним стандардом или високом стопом незапослености;⁴² отклањања озбиљног поремећаја у привреди или

38 Исто, чл. 2.

39 Дакле, давалац је сваки директни или индиректни корисник буџета.

40 Државном помоћи се не сматра помоћ која се додељује корисницима који нису привредни субјекти.

41 Закон о контроли државне помоћи, чл. 4.

42 У Прелазном трговинском споразуму стоји да ће се током првих пет година од његовог ступања на снагу свака државна помоћ коју наша држава додели оцњивати тако

за пројекте од посебног значаја за државу; развој одређених привредних делатности или подручја, ако се тиме озбиљно не нарушава нити ствара претња озбиљном нарушавању конкуренције на тржишту, и заштите и очувања културног наслеђа.⁴³ Одлуку о томе да ли државна помоћ може бити дозвољена доноси државни орган који ће је као такву дефинисати и одобрити доделу финансијских средстава. Стиче се утисак да у случајевима високе незапослености и озбиљних поремећаја у привреди постоји арбитрарност јер су ово проблеми који се не могу решити једнократном финансијском помоћи већ мерама економске политике које позитивне ефекте показују на дужи рок.

Посебно тело које има ексклузивно право да решава питање дозвољености државне помоћи која се додељује на територији Републике Србије је Комисија за контролу државне помоћи (у даљем тексту: КДП) која је формирана на основу овог Закона. Ово оперативно и независно тело образује Влада Републике Србије на предлог Комисије за заштиту конкуренције и министарстава инфраструктуре, финансија, економије и регионалног развоја и заштите животне средине.⁴⁴ Наше је мишљење да овакво решење не обезбеђује њену независност од извршне власти, а време ће показати да ли је КДП способна да функционише независно од институција које додељују помоћ, пре свега од министарстава. Најважније надлежности КДП односе се на контролу дозвољености државне помоћи која се врши претходно или накнадно. Такође, КДП је дужна да Влади Републике Србије подноси годишњи извештај о додељеној помоћи.⁴⁵

Давалац државне помоћи је, у складу са одредбама Закона, обавезан да пре њене доделе крајњем кориснику поднесе пријаву КДП, чиме је законодавац желео да обезбеди најефикаснији начин контроле – *ex ante* контролу. Начин и поступак пријављивања државне помоћи ближе је регулисан Уредбом о начину и поступку пријављивања државне помоћи,⁴⁶ која, између осталог, прописује обавезу предлагача прописа да нацрт, односно предлог прописа који представља основ за доделу помоћи претходно, пре упућивања у процедуру доношења, пријави КДП. Предлагач прописа и давалац помоћи могу, али не морају бити исто лице. Тако, на пример, државно министарство

што ће се узимати у обзир чињеница да се Србија сматра подручјем које је идентично подручјима ЕУ описаним у члану 107 (3) Уговора о функционисању ЕУ. То конкретно значи да ће Србија у целини, у овом временском периоду, бити третирана као регион „А“, што омогућава коришћење државне помоћи до максимално дозвољених лимита.

43 Закон о контроли државне помоћи, чл. 5.

44 Исто, чл. 6.

45 Исто, чл. 9.

46 „Сл. Гласник РС“, бр. 13/2010 од 12.03.2010.

може бити предлагач прописа, а исто тако и субјект који додељује државну помоћ. Такође, министарство може коначну реализацију доделе државне помоћи делегирати другом субјекту, на пример фонду, које ће се јавити као давалац помоћи. Пријава нацрта КДП гарантује сигурност да је тај пропис валидан правни основ за доделу државне помоћи и да није у супротности са Законом.

Пријављена државна помоћ може бити шема државне помоћи или индивидуална државна помоћ. Шема државне помоћи је сваки акт који представља основ за доделу државне помоћи и садржи мере, услове, доступност, висину и друге критеријуме за доделу државне помоћи корисницима који нису унапред одређени, а који подлеже обавези претходног пријављивања. Тако, на пример, код помоћи малим или средњим предузећима, упркос томе што не знамо крајње кориснике, шема садржи услове који се морају испунити да би се добила државна помоћ у наведеном износу. Индивидуална државна⁴⁷ помоћ се додељује унапред одређеном кориснику, на основу акта даваоца државне помоћи, а није заснована на шеми државне помоћи, или на основу шеме државне помоћи коју је Комисија одобрила, уз претходно пријављивање пре доделе крајњем кориснику помоћи.⁴⁸

Закон даље прописује поступак претходне контроле, рок у коме КДП мора да одлучи о дозвољености пријављене државне помоћи, али и одредбу да државна помоћ не може бити одобрена до доношења одлуке КДП. Ово тело може донети неколико одлука у поступку претходне контроле: а) може одлучити да пријављена помоћ није у супротности са Законом и донеће решење којим се та државна помоћ сматра дозвољеном; б) уколико утврди да је пријављена државна помоћ делимично или у потпуности супротна са Законом, доноси закључак којим налаже подносиоцу да уклони уочене недостатке, са предлогом мера за усклађивање и уколико подносилац пријаве поступи по одлуци, КДП доноси решење о допуштености државне помоћи. Али, уколико подносилац у остављеном року не поступи по закључку, сматраће се да је пријављена помоћ недозвољена и о томе се обавештава подносилац пријаве. Такође, јако је значајна чињеница да све док КДП не донесе одговарајућу одлуку, државна помоћ не може да се додели, чак иако је пријављена, што значи да поступак претходне контроле има суспензивно дејство.

47 На пример, индивидуална државна помоћ за реструктурирање привредних субјеката или за санацију привредних субјеката у тешкоћама.

48 Закон о контроли државне помоћи, чл. 12.

Уколико је државна помоћ додељена мимо знања КДП или се користи супротно одредбама Закона, КДП је овлашћена да спроведе поступак накнадне контроле државне помоћи.⁴⁹ Овај поступак КДП започиње на основу сопствених информација или информација добијених из других извора (нпр. то могу бити информације из медија), захтев за покретање овог поступка могу поднети и сва заинтересована лица.⁵⁰ Уколико КДП у поступку накнадне контроле утврди неправилности, доноси закључак са предлогом мера и роком за отклањање неправилности. Ако давалац помоћи не поступи по закључку, КДП доноси решење о повраћају државне помоћи којим се утврђује да је додељена помоћ недозвољена и давалац помоћи мора, без одлагања да предузме одговарајуће мере ради повраћаја додељене помоћи, а износ се увећава за законску затезну камату и да одмах обустави даљу доделу неискоришћеног дела државне помоћи.⁵¹ По истеку рока од десет година од дана доделе државне помоћи, КДП не може наложити њен повраћај. Управо је надлежност КДП да налаже повраћај државне помоћи која је незаконито додељена или коришћена кључна и на њој посебно инсистира Европска комисија.

Законом је прописано да КДП, када донесе одлуку о неусклађености државне помоћи, обавештава о томе државну институцију надлежну за послове ревизије и орган Републике, односно службу аутономне покрајине или јединице локалне самоуправе надлежану за послове буџетске инспекције.⁵² Претпоставља се да ће сваки од ових органа, по добијању обавештења, предузети одређене мере за које је надлежан на основу закона јер је нереално очекивати да КДП спроводи активности које су у надлежности органа који су задужени да воде рачуна о јавним, односно, буџетским средствима. Управо би овде требало тражити објашњење зашто Закон не прописује казнене мере и не даје овлашћења КДП да подноси тужбе за непоштовање Закона и слично. КДП није ни инспекцијски ни истражни орган, њена дужност је да процењује дозвољеност државне помоћи. Наиме, законодавац је сматрао да ће у случају када КДП утврди да се ради о недозвољеној државној помоћи, органи који врше буџетску контролу и инспекцију у оквиру својих овлашћења изрицати казне и предузимати друге неопходне мере према одговорним даваоцима државне помоћи. Управо зато је од изузетног значаја сарадња КДП са државном ревизорском институцијом и буџетским инспекцијама.

49 Исто, чл. 16.

50 Исто, чл. 17.

51 Исто, чл. 18.

52 Исто, чл. 19.

Закон прописује могућност покретања управног спора пред судом, а тужба којом је спор покренут нема суспензивно дејство према оспореном решењу.⁵³ Поставља се питање да ли је оваквој одредби уопште место у закону и да ли ће уопште долазити до покретања управног спора у поступку накнадне контроле државне помоћи. Ако пођемо од чињенице да се Влада, односно, министарства (директно или преко државних фондова и слично) најчешће јављају у улози даваоца државне помоћи, а да је КДП тело које образује Влада Републике Србије на предлог министарстава и Комисије за заштиту конкуренције, тешко је замислити да би министарства покретала управне спорове пред судовима против КДП јер су практично и давалац државне помоћи и КДП на истој страни. Нема разлога да министарства, као даваоци државне помоћи, не поступе по налозима КДП и не изврше евентуалне измене у пријави државне помоћи, јер КДП нема за циљ да спречи доделу државне помоћи, већ да државна помоћ буде одобрена у складу са прописаним правилима. Законом је, даље, прописана обавеза КДП да о свом раду подноси Влади Републике Србије годишњи извештај о додељеној државној помоћу у Србији и објављује га на својој интернет страници.

За крај овог дела желимо да напоменемо да ће КДП своју функцију обављати до уласка наше земље у Европску унију, а ексклузивну надлежност за решавање питања дозвољености државне помоћи имаће Европска комисија, која ће примењивати прописана правила и процедуру која тада буде важећа за све државе чланице.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

На нивоу ЕУ услови за доделу државне помоћи привреди и њена контрола регулисани су бројним правилима, а због изузетног значаја који овај институт, као део права конкуренције има за несметано функционисање трговине на унутрашњем тржишту, прописи се континуирано надограђују. Према члану 107 *The Treaty on the Functioning of the European Union* није допуштена државна помоћ привредним друштвима или привредним гранама, јер се тиме нарушава (или прети да наруши) конкуренција на унутрашњем тржишту. Забрањена је велика и неселективна државна помоћ, али су допуштени извесни облици помоћи. Орган који је одговоран за спровођење регулативе која се тиче политике конкуренције, а у оквиру ње и државне помоћи, је Комисија која има искључиву надлежност за решавање питања дозвољености државне помоћи за све земље чланице ЕУ. Подаци показују да је увођењем заједничког тржишта 1992. године

⁵³ Исто, чл. 20.

државна помоћ ограничена и да је све до 2007. године ниво државне помоћи непрестано падао. Међутим, финансијска и економска криза су утицале на то да норме *The Treaty on the Functioning of the European Union* буду остављене по страни (понекад и прекршене), а све у циљу да државе чланице и њихове посрнуле привреде превазиђу економске проблеме.⁵⁴

Србија је потписивањем Споразума о стабилизацији и придруживању преузела обавезу да развије систем контроле и услове за доделу државне помоћи по угледу на ЕУ. Међутим, сматрамо да је правно регулисање материје државне помоћи у Србији уследило релативно касно, тек 2009. године када је донет Закон о контроли државне помоћи. На први поглед се стиче утисак да се овај Закон бави целином односа државне помоћи, јер у почетним одредбама у потпуности преузима решења која садржи Уговор о функционисању Европске уније, а која се односе на ову материју. Мишљења смо да је овај пропис детаљно регулисао механизам контроле законитости располагања добијеном државном помоћи, затим поступак аплицирања, добијања и пријављивања државне помоћи, а да су услови за доделу државне помоћи у овом Закону постављени врло екстензивно што отвара могућност за политичке притиске и арбитрарност државних органа. Такође, нисмо приметили ни да се Закон бави питањем колико је одређена државна помоћ целисходна, што сматрамо великим пропустом законодавца. Овим Законом основана је и Комисија за контролу државне помоћи, али је питање да ли ће она у потпуности моћи да оствари своју задату мисију.

На крају желимо да напоменемо и то да је актуелна светска финансијска криза ставила на озбиљна искушења правила о државној помоћи која постоје у оквиру права конкуренције ЕУ, јер су поједине државе чланице, у циљу спасавања својих привреда, у неким случајевима чак и кршиле одредбе о државној помоћи.

54 Подаци показују да је обим националне подршке банкарском сектору у периоду од октобра 2008. године до краја 2011. године износио преко 1,6 билиона евра, тј 13% од ЕУ БДП-а. Доступно на: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-12-1444_en.htm

Vidoje Spasic, LL. D.

Associate Professor at Faculty Law University of Nis,

Aleksandra Vasic

Junior Teaching Associate at Faculty Law University of Nis

***Implementation of the system of state aid control in
the Republic of Serbia with regard to the EU***

Summary

Due to increasing levels of negative effects on competition and free trade, the matter of state aid at the EU level is subject to special legal rules. In recent years, this form of state intervention in our country has gained over the years the increasing importance since Serbia, being in the process of becoming a part of the EU, has undertaken to develop a system of state aid control in the tradition of the EU. This was done by adopting the Law on State Aid Control that regulates the general conditions for granting, use and control of state aid in order to establish a transparent system of control that will prevent the distortion of the market competition by granting the state aid, where certain market participants will be put in a privileged position.

Key words: *State Aid, competition protection, control, European Union, Serbia.*

ДОСТИГНУЋА И ПОТЕНЦИЈАЛНЕ ПРОМЕНЕ У МЕХАНИЗМИМА ЗАШТИТЕ ПРАВА ОБВЕЗНИКА ПОРЕЗА¹

Апстракт: Установљавање права пореских обвезника и постојање квалитетних механизма заштите ових права битне су претпоставке за истицање става да је област пореских права у једној земљи адекватно уређена. Аутор у раду обрађује правне и ванправне механизме заштите права обвезника пореза. У фокусу пажње су достигнућа, остварена у развоју ових механизма, као и потенцијалне промене које треба да допринесу њиховој већој делотворности. Континуирано побољшавање механизма заштите права пореских обвезника, по мишљењу аутора, важан је задатак савремене државе и друштва. Тиме се пружа допринос развоју пореских права, подстиче пореска сагласност обвезника и омогућава боље остваривање јавног интереса у пореској области.

Кључне речи: права пореских обвезника, заштита права пореских обвезника, механизми заштите права обвезника пореза, пореска сагласност.

Увод

Почетни корак у уређивању области права пореских обвезника у једној земљи представља њихово набрајање у правним прописима. Овај корак је неопходан али није ни приближно довољан да би се могло тврдити да је област права обвезника пореза у потпуности уређена. Наиме, уз установљавање права пореских обвезника, изузетно је важно да постоје и одговарајући механизми заштите ових права. Поред правних механизма заштите, од значаја су и ванправни механизми заштите права пореских

¹ Рад је резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. 179046), који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

обвезника. У савременим условима треба перманентно развијати механизме заштите права пореских обвезника. Упоредо са тим, треба стварати и неговати амбијент у коме порески обвезници знају у потпуности своја права, у стању су да препознају њихову повреду и имају свест да се такво стање не треба толерисати. Наравно, потребно је и да обвезници пореза буду адекватно упознати са функционисањем механизма заштите пореских права.

1. Правни механизми заштите права пореских обвезника

Суштина права пореских обвезника огледа се у могућности да се она остваре и заштите применом делотворних правних средстава. Уколико се наведено не би остварило, права пореских обвезника не би била заиста права, већ пуке прокламације и „украси“ правног система и актуелног система опорезивања.

Посредством правних средстава покрећу се правни механизми заштите права пореских обвезника, који су потврда „правности“ правног поретка државе, његове легитимности и „унутрашње моралности“. Државама припада слобода у регулисању правних механизма за заштиту права пореских обвезника. Сходно томе, оне уређују свој систем тако да установљавају органе за пружање правне заштите и уређују правне поступке у којима ће се ова заштита реализовати. Свака држава има обавезу да, приликом конципирања система правне заштите обвезника пореза, обезбеди остваривање процесних права обвезника пореза, чиме се стварају претпоставке да ће сам поступак за пружање правне заштите на најбољи начин остварити своју сврху.

Решавање о правима и обавезама пореских обвезника у пореским управним стварима врло је важна активност пореских управних органа. Доношењем незаконитих и неправилних пореских управних аката директно се вређају права и правни интереси пореских обвезника, али и јавни интерес у области опорезивања. Управо зато правилно и законито поступање надлежних органа у решавању пореских управних ствари има непроцењив значај за остваривање правне државе и владавине права. Правни механизми заштите права пореских обвезника о којима ће у наставку рада бити речи (управна, управно-судска и уставно-судска заштита), томе треба да допринесу.

1.1. Управна заштита

Управна заштита права пореских обвезника остварује се преко унутрашње контроле пореских управних органа (управне контроле управе). То је

вид ауто-контроле, где виши порески орган врши контролу рада нижег пореског органа а ради провере да ли он извршава своје надлежности у складу са правним прописима, техничким и кадровским могућностима. Контрола је усмерена на то да се осигура законитост и целисходност, али и правилност и ефикасност рада пореских органа. Сврха управне контроле пореских органа је обезбеђење бољег поступања пореских органа, односно постизање јединства у вршењу пореске управне делатности.

Коришћењем права на жалбу у пореском поступку, порески обвезник покреће механизам преиспитивања пореске одлуке (пореског управног акта) којом није задовољан па тражи њено уклањање, односно измену у своју корист. Правилно разумевање института пореске жалбе је од велике важности за остваривање законитих пореских поступака којима се упоредо штите и јавни интерес и права и правни интереси обвезника пореза. Квалитетно спроведен жалбени порески поступак може битно да утиче на будућу пореску сагласност обвезника и јачање поверења обвезника у законити и правичан рад пореских органа.

У принципу, брзина спровођења пореског поступка и одлуке које се у њену доносе, у првом степену и по жалби пореског обвезника, поуздано су мерило квалитета поступања пореских органа. Поступање другостепеног пореског органа у пореском поступку и квалитет другостепених пореских одлука су, притом, нарочито значајни с обзиром да директно утичу на број пореских предмета који ће се наћи у управно-судском поступку. Пожељно је у поступку по пореској жалби, на прави начин, уклонити грешке у поступању првостепеног пореског органа, јер у том случају отпада судска интервенција.

Поред пореске жалбе, као редовног правног средства, пореским обвезницима стоји на располагању и коришћење ванредних правних средстава у пореском поступку којима се, такође, може покренути механизам управне заштите права пореских обвезника.

Управна контрола рада пореских управних органа је најизраженија у земљама у којима је државна управа хијерархијски повезана. Овај вид контроле не може бити довољан а најмање искључив (једини) за заштиту права пореских обвезника. Управо зато, порески обвезници заштиту својих права могу остварити и судским путем. Успостављена је судска контрола рада пореских органа, тј. судска заштита права обвезника пореза.² Под

² Судска контрола управе (пореских управних аката) је, у највећем броју земаља, најважнија и најразвијенија спољна правна контрола управе. Појављује се у три главна модалитета (са више ужих облика), зависно од система судске надлежности (који могу бити и комбиновани): а) контрола од стране редовног судства (судова опште надлежности, у посебним већима); б) контрола од стране специјалног судства, управног

управноправним режимом је једино судска контрола управе у управном спору.

1.2. Управно-судска заштита

Управно-судска заштита права пореских обвезника се остварује у управно-судском поступку. У овом поступку, преко решавања пореског управног спора, остварује се контрола поступања пореских органа од стране суда.³ Овај вид контроле је веома прикладан због организацијске независности судских органа у односу на пореске органе и због стручности коју судски органи поседују. Начелно би се могло рећи да судска контрола пружа веће гаранције за објективну проверу рада пореских органа, доприноси већој транспарентности њиховог рада и представља ефикасније јемство правне заштите обвезника пореза.

Главна функција судске контроле пореских органа јесте да обезбеди, кроз контролу законитости, по тужби странке (пореског обвезника) у пореском управном спору, правилан рад пореских органа. Предмет судске контроле пореских органа јесте искључиво законитост њиховог рада што значи да се суд не упушта у разматрање питања целисходности, ефикасности и сл. Управно суђење је, слободније речено, правно суђење пореском органу (као органу јавне управе) због изражене сумње – оличене у тужби – у законитост једног његовог одређеног (не)чињена. Док је порески поступак процедура без спора, управно-судски поступак нужно претпоставља

судства; в) контрола од стране уставног судства која се, по правилу, тиче уставности и законитости општих правних аката управе – управних прописа. Класична (ван оне уставно-судске) судска контрола се грана на три главне врсте правних спорова: 1) управни спор; 2) грађански спор (парница) за накнаду штете проузроковане управном делатношћу; 3) кривични спор у стварима управних службеника. Видети: Зоран Томић, Нови Закон о управним споровима – степен достигнутог европских стандарда, у: Актуелне тенденције у развоју и примени европског континенталног права, тематски зборник радова, Свеска I, Центар за публикације Правног факултета у Нишу, 2010, *cit.* стр. 236.

3 Природа (пореског) управног спора, који у овом случају постоји, је битно различита од парнице. У управно-судском поступку одлучује се непосредно само о правном питању повређености права тужиоца (пореског обвезника) путем одређеног појединачног јавноправног (ауторитативног) акта, о законитости једног конкретног (пореског) управног акта који се тиче тужиоачеве правне стране, а не неком наведеном праву или обавези тужене странке. Изузетак је спор због „ћутања управе“ када је спорно правно питање баш експлицитно (не)издавање акта као законска службена обавеза тужене стране (пореског органа). Видети: Зоран Томић, Сукцесивност управне и управно-судске заштите, Правни живот, бр. 10/2007, *cit.* стр. 543.

настанак спора, „чвора“ који тим путем треба да се отпетља.⁴ Судска пресуда која ставља ван снаге незаконити порески управни акт, будући да су њиме повређена права и интереси пореског обвезника у пореском поступку, доприноси унапређењу пореске управне делатности и јача поверење пореског обвезника у државне институције. С тим повезано, изузетно су важни трошкови и дужина управно-судског поступка. Они не би требало да буду препрека и да онемогућавају пореске обвезнике да заштите своја права пред судским органима. Просторна удаљеност пореских обвезника и судова мора бити примерена што значи да пореским обвезницима треба омогућити приступ суду.

Фундаментални захтев које се поставља пред управно-судском заштитом тиче се и њене ефикасности. Наиме, важно је избећи ситуацију у којој коришћење права на подизање тужбе и покретање управно-судске заштите постаје неповољнија опција за пореског обвезника у односу на разлоге који су га мотивисали да води порески управни спор. Спорост у решавању је неприхватљива не само према начелима која треба да обезбеде владавину права него посматрано и са становишта правне сигурности пореских обвезника. С правом се актуелизује питање: „Да ли је спора правда добра правда?“. „Гомилање“ списа, као и недовољно и површно познавање пореских предмета за последицу имају неквалитетне пресуде. Парадокс такве ситуације огледа се у следећем: порески обвезници се обраћају суду исказујући поверење у ову институцију да би то поверење, кроз дуготрајност судског поступка, постепено губили што погодује развоју бројних негативних појава у једном друштву.

а) Редовни судови, управни судови или порески судови као посебни управни судови?

Институционално уређење решавања управних спорова у савременим државама је различито. У неким европским државама управни спорови се решавају у оквиру система редовних судова – судова опште надлежности (нпр. Мађарска, Словачка, Холандија, Румунија, Данска). Иако се управни спорови у овим државама воде пред судовима опште надлежности, у оквиру њих се срећу специјализовани делови (одељења, већа) која решавају само управне спорове. Тиме се у пракси судије, које одлучују у управним споровима, ипак специјализују за вођење управо ове врсте судских поступака, што свакако има за резултат квалитетније пресуде. С друге стране, не мали број европских држава (нпр. Француска, Немачка,

⁴ Зоран Томић, Правни лекови у југословенском управном спору – Неопходност реформе, Правни живот, бр. 9/2001, стр. 606.

Аустрија, Италија, Шведска, Финска, Пољска, Грчка, Турска) има уређен систем посебних (специјализираних) судова за управне спорове – систем управних судова.⁵ Овај систем није јединствен, јер постоје извесне разлике, с обзиром на чињеницу да ли управни судови чине део управне власти или су ван система управне власти.⁶ Сходно томе, могу се разликовати два облика управног судства: романски и германски систем. У романском систему, чији су представници Француска и Италија, управни судови не чине део система судства, већ чине део управне власти.⁷ У германском систему, чији су репрезенти Аустрија и Немачка, управни судови нису саставни део управне власти, већ представљају део судске власти, тј. један облик посебног и независног суда.⁸

Када је реч о броју нивоа одлучивања, неке државе су систем функционисања управних судова уредиле у два, а неке у три степена. Једноступеност у одлучивању је ретка. У земљама које су прихватиле троступени систем управног судства, други ниво (степен) је жалбени, што значи да се пред њим контролише како законитост одлука управних органа тако и утврђено чињенично стање, а трећи ниво је само касациски, са овлашћењима искључиво стављања ван снаге побијене одлуке.⁹

Све наведено упућује на закључак да у Европи не постоји јединствени модел институционалног уређења управног судског система. Но, може се приметити кретање према одређеном тзв. заједничком моделу управног судства. Тај модел се заснива на неким заједничким начелима управног права и управног судства, сличностима у начину осигурања судске контроле управе, одређеним тенденцијама у развоју система судске контроле управе (нпр. раст специјализације с тенденцијом оснивања посебних управних судова, али и поступцима све сличнијим онима које

5 Дарио Ђерђа, Правци реформе институционалног устроја управног судства у Републици Хрватској, Зборник радова Правног факултета у Сплиту, бр. 1/2008, стр. 80-82.

6 Иван Копрић, Управно судовање на подручју бивше Југославије, Хрватска јавна управа, бр. 1/2006, стр. 225.

7 Управно судство у Француској карактерише чињеница развијене аутономне организације, тј. оно је одвојено и независно од редовног судства и од активне управе. Одвојеност управног и редовног судства карактерише се тиме да сваки од ових судова има сопствену надлежност и да је састав запослених у једном и другом суду различит. Видети: Драгаш Денковић, Добра управа, Правни факултет Универзитета у Београду, 2010, стр. 343.

8 Славољуб Поповић, О потреби увођења посебних управних судова у наше право, Анали Правног факултета у Београду, бр. 4/1995, стр. 342.

9 Дарио Ђерђа, Правци реформе институционалног устроја управног судства у Републици Хрватској, *op. cit.* стр. 87.

спроводе остали судови; шири контролни захват управних одлука и деловања или увођење бар двостепене контроле; заједничка начела на којима се мора заснивати одлука, као што су начела пропорционалности, правичног поступања, транспарентности, једнаког поступања у једнаким случајевима, независности, служења јавном интересу).¹⁰

Уколико посматрамо пореску област, као област поступања пореских управних органа, у низу држава са развијеним пореским правом учава се чињеница да законитост оног дела управних радњи и аката, који се односе на опорезивање, проверавају за то посебно основани судови који носе назив финансијски (порески) судови.¹¹ Ови судови, у пореском управносудском поступку, на захтев странке (пореског обвезника), а након што су исцрпљена сва средства правне заштите у пореском управном поступку, одлучују да ли је пореским управним актом повређено неко њено, на закону засновано, право. С обзиром на то да се баве пореским случајевима, тј. случајевима из само једне управне материје, порески судови су посебни (специјализовани) управни судови и чине део управног судства. Њихово поступање је институционално уређено и равноправно поступањима других судова у правном систему.¹² Значај ових судова је велики јер, као и остали судови, нису одговорни само за практичну примену пореских закона већ, такође, кроз правно тумачење и за развој пореског права. Пракса је потврдила да су порески судови одраз разгранатости финансијског уређења држава у којима постоје и значаја који порези и јавне финансије уопште имају у њиховом економском и политичком животу.¹³

10 Иван Копрић, Управно судовање у светлу прилагодбе стандардима ЕУ, Реформа управног судства и управног поступања, Округли стол, Хрватска академија знаности и уметности, 7. липањ 2006., стр. 61-62; Jean-Marie Woehrling, Judicial Control of Administrative Authorities in Europe: Toward a Common Model, Хрватска јавна управа, бр. 3/2006, стр. 35-36.

11 Tax Administration in OECD and Selected Non-OECD Countries: Comparative Information Series (2008), Prepared by the Forum on Tax Administration, Centre for Tax Policy and Administration, OECD, 28 January 2009, стр. 147-149.

12 Оливера Лончарић-Хорват, Финанцијско судовање или финансијски суд?, Право и порези, бр. 1/2004, стр. 30-31.

13 Порески судови постоје и у земљама ван европског континента. У њиховој надлежности су, примера ради у Аргентини, поред пореских спорова и спорови у области царина. Порески судови постоје и на подручју Јужне Африке. Видети више: Alberto Tarsitano, The Defence of Taxpayers' Rights in the Courts of Argentina, Bulletin for International Fiscal Documentation, Number 8/9, 2005, стр. 408; Johann Hattingh, An Overview of the Court System of South Africa with Emphasis on the Resolution of Tax Disputes, Bulletin for International Fiscal Documentation, Number 3, 2011, стр. 133-135.

У земљама које немају пореске судове (ту спада и Србија), најлакше је правдати одлагање њиховог установљавања тиме да још није сазрело време за ове судове. Уколико земље претендују да имају јаку економију неопходно је да имају пореске судове. Пракса многих земаља показује да се са привредним растом, повећава и број спорова из пореске области. То треба имати у виду, као и чињеницу да адекватно оспособљавање кадрова (посебно образовање и обука), који би били ангажовани у раду пореских судова, захтева не кратак временски период. Наведено питање је од посебне важности, као неопходан предуслов непристрасног, праведног и објективног поступања, односно пресуђивања спорова пореске природе.

б) Постојање и рад финансијских (пореских) судова – пример Немачке

Правна заштита пореских обвезника у Немачкој осигурана је кроз порески управни и управно-судски поступак. Управна заштита права пореских обвезника уређена је Општим пореским законом (Abgabenordnung, АО). Као процесни закон АО се примењује на све порезе који су у надлежности Савезне финансијске власти и финансијске власти појединих савезних земаља. Уколико порески обвезник сматра да је одлуком финансијске (пореске) власти, донетом у поступку опорезивања оштећен, приговором као ремонстративним правним средством може тражити преиспитивање такве одлуке. АО не познаје жалбу као правно средство против одлука пореских власти. Сврха приговора је, уз пружање правне заштите пореским обвезницима који то затраже, остваривање самоконтроле доносиоца пореске одлуке, као и растерећење финансијских (пореских) судова, с обзиром да приговор у неким случајевима анулира потребу вођења пореског спора. Пошто буде донета одлука по приговору, пореском обвезнику, који и даље није њом задовољан, стоји на располагању судски поступак пред финансијским (пореским) судовима у појединим савезним земљама (Земаљски финансијски судови), односно пред Савезним финансијским судом на нивоу целе државе (обезбеђена је двостепеност судског поступка).¹⁴

Организацију финансијских (пореских) судова и њихову надлежност уређује Закон о финансијском суду. За одлучивање у финансијским

14 The Scrutiny of Legislative Drafts and the Organization of Administrative Procedures for Complaints raised by Taxpayers in Germany, Conference on „Organisation of the legal service of the ministry of finance: the experience of EU Member States“, Conference Paper (Prepared by Karin Franz), Tbilisi, Georgia, 25-26 September 2009, стр. 13-14; Станка Пејаковић, Могуће промене система правне заштите порезних обвезника, Хрватска јавна управа, бр. 2/2007, стр. 436-437.

(пореским) споровима надлежни су финансијски (порески) судови савезних земаља, као првостепени судови, и Савезни финансијски суд као задња инстанца. Поступак пред финансијским судовима започиње подизањем тужбе. Пошто финансијски судови донесу пресуду, пореским обвезницима који нису задовољни, стоје на располагању ревизија и жалба. Ревизија се може изјавити против пресуда финансијских судова и осталих одлука које су изједначене са пресудама, а жалба се подноси у случају да ревизија није допуштена, као и против осталих одлука финансијских судова. О ревизији и жалби одлучује Савезни финансијски суд.¹⁵

Поступци пред финансијским судовима у Немачкој се обављају и одлуке у овим поступцима доносе у саставу од више судија, тј. у Сенату. Само се у врло једноставним случајевима доношење одлуке може препустити судији појединцу. Уколико се одлука доноси на основу усмене расправе, тада Сенат заседа у саставу који чине три професионалне судије и две почасне судије. Када суд доноси одлуке без спровођења усмене расправе, тада се то чини без присуства почасних судија.¹⁶

1.3. Уставно-судска заштита

Уставни суд, у већини земаља данас, не врши само контролу уставности закона и других општих правних аката него и непосредну заштиту најважнијих, основних људских права и слобода ујемчених уставом путем уставне жалбе. Овај суд је, пошавши од вршења своје суштинске функције, тзв. нормативне контроле – контроле уставности закона и контроле законитости општих аката нижих од закона, ширењем својих компетенција у знатном броју земаља, које унапређују свој систем заштите људских права, постао и „жалбени суд“, у смислу органа особене уставносудске власти који одлучује у конкретном спору, по уставним жалбама грађана. Тако су грађани добили право да се као појединци обратe уставном суду непосредно ради заштите својих права, чиме је остварен и највећи домет у заштити права грађана и уставности.¹⁷ Сходно наведеном, и порески обвезници имају право да покрену уставно-судску заштиту, путем уставне жалбе, против противправних појединачних јавних мера – па и (пореских) управноправних аката. Предмет ове заштите могу бити

15 Видети детаљније: Никола Мијатовић, Финанцијска судбеност у Њемачкој, Зборник Правног факултета у Загребу, бр. 53/2003, стр. 189-213.

16 Оливера Лончарић-Хорват, Финанцијско судовање или финансијски суд?, *op.cit.* стр. 32.

17 Оливера Вучић, Уставна жалба – о разлозима увођења овог средства непосредне заштите људских права и слобода ујемчених уставом, Правна ријеч, бр. 18/2008, *cit.* стр. 95-96.

искључиво уставом зајемчена слободе и права од управних (и других) недопуштених насртаја. Уставно-судска заштита никада не претходи ни редовној несудској, а ни редовној судској заштити. Она ступа на сцену као крајња унутрашња правна шанса: обично тек онда када никаква правна заштита није више могућа, односно исцрпљена је.¹⁸

Покретањем уставно-судске заштите грађани (порески обвезници) исказују своје опредељење да се ухвате у коштац са влашћу и издејствују да грешка буде отклоњена и да се, уз помоћ Уставног суда, почетна несразмера моћи државног механизма, на једној страни, и грађанина појединца, на другој страни, кроз право и објективан и праведан суд анулира и тако две стране у спору изједначе.¹⁹

Разматрајући уставне жалбе, уставни суд, упркос томе што на својеврсан начин преиспитује одлуке редовних судова, своје истраживање задржава на тзв. уставном питању, тј. испитивању потенцијалне повреде права грађана. Да ту не постоји однос субординације показује чињеница да одлуке уставног суда не садрже разматрање или одлучивање о предмету о коме је редовни суд одлучивао. Наиме, предмет преиспитивања по уставној жалби није садржина појединачног правног акта у смислу његове законитости и оцене чињеничног стања. Уставни суд је, у својој надлежности, ограничен на испитивање да ли је одлуком суда повређено уставом гарантовано право, као и да ли је исто право повређено у поступку који је вођен пред надлежним органом. Уколико су појединачним правним актом повређена основна права, Уставни суд овај акт укида својом одлуком.²⁰

Уставно-судска заштита учвршћује позицију грађана и заокружује систем правне заштите у једној земљи. Да ли ће ова заштита бити и фактички делотворна питање је на које одговор може дати само пракса будући да овај облик заштите, сам по себи, отвара и нека додатна питања као нпр. трајање поступка за заштиту повређених права грађана, повећање оптерећења уставног суда и сл. Из тог разлога су изузетно битна чврста и јасна правила у вези са могућностима улагања уставне жалбе, претпоставкама за њену допуштеност, предметом на који се односи, што прецизније дефинисање природе уставних права и њихово што јасније разликовање од осталих, не „неуставних“, али од њих мање значајних, једноставних права, затим

18 Одступање од овог правила је могуће у циљу остварења потпуне и ефективне правне заштите у случају повреде права на суђење у разумном року.

19 Оливера Вучић, Уставна жалба – о разлозима увођења овог средства непосредне заштите људских права и слобода ујемчених уставом, *op. cit.* стр. 105.

20 Ирена Пејић, Уставне гаранције људских права у Србији, Правна ријеч, бр. 18/2009, стр. 138.

супсидијарност овог правног средства и прецизни објективизовани критеријум „разумног рока“ („суђења у разумном року“).²¹

1.4. Институт Злоупотребе овлашћења у пореским стварима као додатни правни механизам заштите права пореских обвезника

Ради вршења пореске функције државе порески органи имају законом установљена и прецизирана овлашћења. Они се ових овлашћења морају придржавати јер пропусти доводе до формалне и материјалне незаконитости, а то је очигледна повреда права. Међутим, постоје и ситуације када порески орган није апсолутно везан правном нормом, већ му је остављена могућност да у интересу пореске службе, уважавајући околности конкретног случаја, изабере најцелисходније решење (тзв. дискрециона овлашћења – слободна оцена). У вршењу ових овлашћења порески орган мора предузимати акте у интересу службе ради остварења законитог циља у пореским стварима. Уколико се радње предузимају из неких других побуда,²² срачунатих било на неоправдано повлашћивање или шиканирање, вршење притисака на обвезнике, макар и формално-правно исправне, сама та околност да мотивација егзистира независно од законске сврхе, „дегенерише“ дискрециону оцену у злоупотребу овлашћења. Законит мотив је она спољна невидљива линија раздвајања између правно ваљаног акта (пореског решења) и изигравања овлашћења, ради постизања незаконитих циљева.²³

Судови су развили правну доктрину дискреционих овлашћења управе (пореских управних органа) са разним принципима који усмеравају и ограничавају употребу дискреционих овлашћења. Међу тим принципима су и они који налажу управи да поступа у „доброј вери“, да „разумно следи јавни интерес“, да поштује прописане процедуре, да поштује захтев за једнаким поступањем, као и да поштује начело пропорционалности.²⁴ Детаљније речено, порески орган, када врши дискреционо овлашћење, не сме да тежи остваривању ниједне друге сврхе осим оне за коју му је то овлашћење дато. При томе, порески орган мора да поштује принцип

21 Оливера Вучић, Уставна жалба – о разлозима увођења овог средства непосредне заштите људских права и слобода ујемчених уставом, *op. cit.* стр. 105.

22 Побуде (мотиви) могу бити бројни, као нпр. користољубље, осветољубивост, пријатељство, непријатељство, притисци из политичких разлога и др.

23 Милева Анђелковић, Злоупотреба овлашћења у пореским стварима, у: Злоупотреба права, зборник радова, Правни факултет у Нишу, 1996, *cit.* стр. 275.

24 Стеван Лилић (у сарадњи са Катарином Голубовић), Европско управно право, Правни факултет Универзитета у Београду, 2011, стр. 68.

објективности и непристрасности, узимајући у обзир само релевантне чињенице за конкретан случај, придржавајући се начела једнакости пред законом, избегавајући дискриминацију, одржавајући одговарајућу равнотежу (применом принципа пропорционалности) између евентуалних негативних ефеката које би његов акт произвео по права или интересе пореског обвезника и сврхе којој се тежи, доносећи решење у року који је разуман с обзиром на ствар о којој се ради и узимајући у обзир све конкретне околности сваког случаја.

Институт злоупотребе овлашћења у пореским стварима, тј. права на дискрециону оцену (изигравање сврхе овлашћења) је специфично правно средство за оцену унутрашње законитости акта са „гледшта циља коме аутор тежи“. Употреба овог института у области управног (пореског) права произилази из потребе потпуније заштите права пореских обвезника од евентуалног самовољног понашања пореских службеника. Када је реч о откривању злоупотребе овлашћења у пореским стварима, неопходно је познавати дух и смисао целог пореског закона, али и основних начела правног поретка. Том приликом у поступку контроле акта, за који се претпоставља да има такву ману, нужно је вршити упоређивање субјективних мотива поступања пореских службеника са објективном законском сврхом.²⁵

2. Ванправни механизми заштите права пореских обвезника

Ванправни механизми заштите права пореских обвезника, уз правне механизме заштите, треба да допринесу бољој заштити права обвезника пореза. У оквиру ових механизма посебним значајем се издваја деловање институције омбудсмана и институције пореског браниоца. Одређени утицај у домену заштите права пореских обвезника остварује и јавно мњење, као и удружења пореских обвезника у оквиру јавног мњења, али они, будући да су уобичајен механизам заштите пореских права присутан у многим земљама, неће бити предмет посебне анализе у наставку рада.

2.1. Омбудсман

Постојање и деловање институције омбудсмана (заштитника грађана) има велики значај за заштиту права грађана од незаконитог и неправичног поступања управних органа. Тиме омбудсман може да пружи заштиту и пореским обвезницима од неправилног поступања пореских управних

²⁵ Милева Анђелковић, Злоупотреба пореске власти, Финансије, Привредни преглед, Београд, бр. 7-8/1996, стр. 670.

органа. Институцију омбудсмана карактеришу следећи елементи: омбудсман је независан и непристрасан функционер законодавног тела, чије се постојање обично предвиђа уставом, а који врши надзор над управом; он испитује жалбе грађана на административну неправду и лошу управу; омбудсман је овлашћен да испитује, критикује и обзнањује, али не и да поништава одлуке и радње управе.

Уколико констатује повреду права грађана (пореских обвезника) омбудсман упућује препоруке, мишљења и сугестије одговарајућим државним органима указујући на потребу да се отклони таква повреда. Чињеница је да омбудсман нема овлашћења да мериторно поступа у (пореским) управним стварима, али може да иницира дисциплински и кривични поступак против одређених државних (пореских) службеника. Поред достављања извештаја о свом раду парламенту, омбудсман саопштава и јавности неправилности у раду управних органа (најчешће путем масовних медија) чинећи овај рад транспарентнијим. Откривањем примера „лоше управе“ у јавности омбудсман врши утицај на подизање свести грађана о томе какво понашање и поступање треба да захтевају од управних (пореских) службеника.

У начелу, омбудсман и самим својим постојањем остварује значајно психолошко дејство, како на грађане (пореске обвезнике), тако и на саме (пореске) управне органе. Он грађанима пружа додатну сигурност и утолико пре је потребан оним појединцима који се, због свог неповољног социјално-економског положаја или због непознавања права и управних процедура, не налазе увек у прилици да адекватно иступају према управи. Тајна успеха институције омбудсмана налази се, по многим оценама, и у томе што је осмишљен као приступачна институција и што делује по процедури која је лишена непотребних трошкова и сложених формалности. Функционисање институције омбудсмана иде у правцу постојања добрих пореских управних органа. То је, свакако, нешто чему треба тежити у друштву више него коришћењу правних лекова против „лоше управе“.

Искуства земаља са институцијом омбудсмана су позитивна. Она је успешан и вредан гарант људских права а, такође, је и делотворна институција у пробијању „зачараних бирократских кругова“. У већини земаља чланица ОЕЦД постоји омбудсман тзв. општег типа, чије се активности распростиру на општу заштиту права грађана од незаконитог, неправилног и неефикасног рада органа управе. Нису ретке ни земље које имају специјализоване омбудсмане за поједине области. Примера ради, у Канади постоји специјални омбудсман за пореска питања – порески омбудсман (tax ombudsman). Порески омбудсман у Канади

разматра притужбе пореских обвезника на рад пореских органа, олакшава пореским обвезницима приступ правној помоћи коју ови органи пружају, идентификује појаве у поступању пореских органа које негативно утичу на пореске обвезнике. Порески омбудсман може оцењивати било коју услугу пореских органа и на властиту иницијативу вршити препоруке у циљу побољшања. Порески омбудсман у Канади поступа независно, није под утицајем менаџмента (управе) пореских органа а извештај о свом раду подноси директно министру националних прихода.²⁶ Без сумње, порески омбудсман омогућава да се нађу многа компромисна решења и смањи број конфликтних ситуација на релацији порески обвезници – порески органи, принудних наплата пореза и пореских спорова.

2.2. Бранилац пореских обвезника

Институција браниоца (адвоката) пореских обвезника (taxpayer's advocate) постоји у САД од 1996. године, а успостављена је као замена за институцију пореског омбудсмана. Њена надлежност је да помаже пореским обвезницима који имају економске тешкоће, траже помоћ у решавању пореских проблема и сматрају да порески органи добро не функционишу. Свака држава има националног браниоца пореских обвезника, као и локалне браниоце пореских обвезника који су независни у свом раду. Локални браниоци пореских обвезника подносе извештај о свом раду националном браниоцу. Основна сврха постојања браниоца пореских обвезника је заштита личних и професионалних права и интереса обвезника пореза. То се остварује тако што бранилац пореских обвезника утиче да се проблеми пореских обвезника, с обзиром да су уобичајени канали решавања проблема затајили, разматрају одмах и правично. Такође, бранилац пореских обвезника идентификује питања која представљају проблеме и већи терет за обвезнике, усмерава пажњу пореских органа на та питања и врши предлоге неопходних законских промена. Збирно посматрано, функције браниоца пореских обвезника су следеће: пружање помоћи пореским обвезницима у решавању проблема са пореским органима; утврђивање области у којима порески обвезници имају проблеме; предлагање промена у поступању пореских органа како би се убудуће избегло понављање идентификованих проблема; предлагање потенцијалних законских промена у циљу адекватног ублажавања/уклањања испољених проблема. Национални бранилац пореских обвезника подноси два извештаја о свом раду Конгресу – у

26 Tax Administration in OECD and Selected Non-OECD Countries: Comparative Information Series (2008), стр. 23-24.

једном извештају су приказани постављени циљеви а у другом извештају остварена побољшања у фискалној години.²⁷

Закључак

Питање стварања амбијента за поштовање прописаних права пореских обвезника и њихову адекватну заштиту има велики утицај на прихватање пореских обавеза од стране обвезника и остваривање јавног интереса у сфери опорезивања. Будући да се савремене државе често налазе у финансијској кризи, реално је очекивати да ово питање, у времену које долази, не губи на својој актуелности. Постојећи правни и ванправни механизми заштите права обвезника пореза у многим земљама су остварили завидан степен развоја, али постоји простор за побољшање. У том смислу, неопходно је прихватити све позитивне промене у овој области, до којих ће сигурно долазити под утицајем динамичних друштвених, економских, правних и политичких околности.

²⁷ *Ibid*, стр. 24-25.

Prof. Marina Dimitrijević, LL.D.
Associate Professor,
Faculty of Law, University of Niš

ACHIEVEMENTS AND POSSIBLE CHANGES IN THE MECHANISMS OF TAXPAYERS' RIGHTS PROTECTION

Summary

Establishing the rights of taxpayers is of no great importance unless there are appropriate mechanisms of those rights protection. It is possible to distinguish between legal and extralegal protection mechanisms. The mechanisms to protect the rights of taxpayers, provided they function properly, can make a significant contribution to the improvement of the legal position of the taxpayers, and are a guarantee of both protection of the public interest in the field of taxation and improvement of the quality of the tax authorities' decision making in the tax procedure. Furthermore, they have a positive impact on the voluntary agreement of taxpayers to obey tax laws (tax compliance). Following the analysis of mechanisms to protect the rights of taxpayers, the author of the paper points out the achievements reached in their development and potential changes in the future. According to the author, the important tasks of the modern state and society are not only meeting the requirements for continuous improvement of mechanisms of the taxpayers' rights protection, so that they could be more effective, but also creating an environment in which taxpayers know their rights, recognize the violation of the rights and are aware that, in such situations, they ought to initiate the appropriate mechanisms of protection.

Key words: *taxpayers' rights, protection of taxpayers' rights, mechanisms of protection of taxpayers' rights, tax compliance.*

МЕЂУНАРОДНОПРАВНА ЗАБРАНА КРИЈУМЧАРЕЊА МИГРАНАТА¹

Апстракт: Кријумчарење миграната, као облик транснационалног организованог криминала, драстично је у порасту последњих деценија. У циљу спречавања кријумчарења миграната и борбе против те појаве, Организација уједињених нација је усвојила свеобухватан правни оквир, у чијем средишту се налази Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом. Протокол је усмерен на спречавање кријумчарења миграната, а не на саму илегалну миграцију, те захтева од држава да инкриминишу кријумчарење миграната и друга повезана дела. Протокол подстиче ефикасну међудржавну сарадњу усмерену на спречавање, истраживање и кажњавање кријумчарења миграната. Овај уговор садржи и неколико одредби којима се штите основна права кријумчарених миграната.

Кључне речи: кријумчарење миграната, трговина људима, Конвенција против транснационалног организованог криминала, Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом.

1. Увод

Миграција становништва је веома распрострањена појава у данашњем свету, при чему све веће размере добија миграција из једне државе у другу. Процењује се да у свету постоји око 214 милиона међународних миграната (миграната који су напустили своју земљу и отишли у иностранство), што представља 3,1% светског становништва.² Ради заштите својих интереса, државе на различите начине онемогућавају или условљавају улазак и боравак странаца на својој територији. Услед тога, значајан број особа које

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

2 UNDP (United Nations Development Program), *Human Development Report - Overcoming Barriers: Human Mobility and Development*, New York, 2009, p. 2.

не могу задовољити тако прописане услове улазе или остају на територији стране државе илегално. Процене су да од 214 милиона међународних миграната, њих 10-15% нерегуларно борави у страним државама.³

Постојање државних забрана и жеља све већег броја људи да оду у иностранство, макар и илегално, одређене криминалне структуре су виделе као добру прилику за стицање богатства. Ти криминалци су отпочели прекогранично кријумчарење миграната и од тога направили уносан бизнис. Сматра се да су кријумчари омогућили прелазак и боравак до 50% илегалних миграната.⁴ Прецене су да је укупна годишња зарада од кријумчарења миграната већ одавно достигла 10 милијарди америчких долара.⁵

Имајући у виду размере кријумчарења миграната, Организација уједињених нација је крајем XX века том проблему посветила посебну пажњу. Као резултат тога, у оквиру те организације усвојено је неколико докумената од значаја за борбу против кријумчарења људи. Први од тих докумената била је Резолуција о спречавању кријумчарења странаца, усвојена од стране Генералне скупштине 1993. године.⁶ Након тога, усвојена су два повезана уговора у којима су реализоване основне замисли из поменуте резолуције, уз потребна унапређења која је наметао развој организованог криминала. У питању су Конвенција против транснационалног организованог криминала и Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом, који су усвојени 2000. године. Пошто резолуција Генералне скупштине не представља правно обавезујући докуменат, она неће бити предмет даље пажње, већ ће у раду бити анализирани само одредбе два наведена уговора. Пре анализе ових уговорних правила биће дато појмовно одређење кријумчарења миграната и истакнута његова разлика у односу на трговину људима.

2. Појам кријумчарења миграната и његово разликовање од трговине људима

Мигранти су лица која су одлучила да из домовине оду у неку другу државу, са намером да тамо привремено или трајно остану. Своју намеру

3 IOM (International Organization for Migration), *World Migration Report 2010 - The Future of Migration: Building Capacities for Change*, Geneva 2010, p. 29.

4 A. Schloenhardt, *Migrant smuggling: illegal migration and organised crime in Australia and the Asia Pacific Region*, Leiden, 2003, p. 11.

5 P. Martin, M. Miller, *Smuggling and Trafficking: A Conference Report*, *International Migration Review*, No. 3/2000, p. 969.

6 Резолуција Генералне скупштине УН бр. 48/102 од 20. децембра 1993. године.

уласка у страну државу заинтересована лица могу реализовати у складу са важећим националним прописима те државе и тиме постати легални мигранти. Уколико, пак, та лица уђу на територију стране државе супротно њеним прописима, говори се о илегалној миграцији.

Кријумчарење миграната представља један облик илегалне миграције, у чијој организацији и вршењу, поред миграната, обавезно учествују и трећа лица. Све до усвајања Протокола против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом у међународном праву није постојала дефиниција кријумчарења миграната. Наведени протокол дефинише кријумчарење миграната као „обезбеђивање нелегалног уласка у државу уговорницу лицу које није њен држављанин нити у њој има стални боравак, а у циљу непосредног или посредног стицања финансијске или друге материјалне користи“.

Постојању кријумчарења миграната доприноси више фактора, који се могу поделити на факторе подстицаја (енг. *push factors*) и факторе привлачења (енг. *pull factors*). Факторе подстицаја чине неповољни услови у домовини који терају људе на њено напуштање, док фактори привлачења представљају повољне услове који другу државу чине примамљивом за боравак у њој.⁷ Најзначајни фактори подстицаја миграције су: сиромаштво, немогућност запослења, грађански немири, груба кршења људских права, природне непогоде и еколошки проблеми, спајање са члановима породице у иностранству. Фактори привлачења су околности које постоје у земљи у коју мигрант жели да оде, као што су: боља могућност запослења, веће зараде, прећутно толерисање рада илегалних имиграната, политичка стабилност и лична сигурност. Теорији о *push-pull* факторима неки замерају да је превише субјективистичка, јер се фокусира само на одлуку мигранта, а занемарује друштвене и чиниоце на наднационалном нивоу који остају изван перцепције мигранта.⁸ Услед тога постоји још низ теорија које објашњавају узроке миграције становништва.⁹

Кријумчарењем миграната има одређене сличности са трговином људима. Протокол о спречавању, сузбијању и кажњавању трговине људима, нарочито женама и децом (чл. 3) дефинише трговину људским бићима као „врбовање, превоз, пребацивање, смештај и пријем лица, помоћу претње силом или употребе силе или других облика принуде, отмице, преваре,

7 А. Arhin, *Анализа међународних правних инструмената: Конвенција УН-а против транснационалног организованог криминала и Протоколи против трговине људима и кријумчарења миграната, Право – теорија и пракса*, бр. 11-12/2010, стр. 54.

8 А. Schloenhardt, *op. cit.*, p. 42.

9 А. Arhin, *op. cit.*, p. 54.

обмане, злоупотребе овлашћења или злоупотребе тешког положаја лица, или путем давања или примања новца или осталих користи да би се добио пристанак лица које има контролу над другим лицем, у циљу експлоатације“.

И код кријумчарења миграната и код трговине људима криминалци врше пребацивање особа са једног места на друго у циљу стицање одређене користи. Ипак, између ове две појаве постоје значајне разлике, које ће сумарно бити објашњене.

Пристанак. Код трговине људима жртва уопште не даје пристанак или га даје услед употребе недозвољених средстава (принуда, претња, превара итд.). Насупрот томе, мигранти дају пристанак да буду прокријумчарени у иностранство.

Елемент транснационалности. Трговина људима може имати елемент транснационалности, али то не мора увек бити случај. Некад се та трговина одвија искључиво унутар граница једне државе. Кријумчарење миграната увек има транснационалну димензију јер се везује за територију најмање две државе. Кријумчарење миграната увек укључује омогућавање илегалног преласка особе из једне државе у другу.

Начин преласка границе. Код кријумчарења прелазак границе од стране мигранта увек је нелегалан. Код трговине људима, поред нелегалног, прелазак границе и боравак жртве у иностраној земљи може бити остварен у складу са свим важећим прописима (туристичке, студенске или друге врсте виза или дозвола).

Извор профита. Примарни извор профита, и самим тим и примарни циљ трговине људима, је експлоатација жртава трговине. Насупрот томе, кријумчари остварују добит од накнаде коју им (обично унапред) плаћа мигрант због омогућавања илегалног преласка границе.

Експлоатација. Кријумчари обично унапред добијају надокнаду и немају намеру да експлоатишу кријумчарену особу након што јој омогуће илегалан прелазак границе. Након преласка границе веза између мигранта и кријумчара, по правилу, се прекида. Насупрот томе, код трговине људима однос између продавца и жртве је дуготрајнијег карактера и подразумева сталну експлоатацију у циљу стицања профита.

Виктимизација. Кријумчарење људи не доводи до виктимизације миграната јер они дају ваљани пристанак да буду прокријумчарени, те се ту не ради о злочину против човека, већ злочину против државног суверенитета. Код кријумчарења миграната једина жртва је држава јер је посредник злочин

против њеног јавног поретка.¹⁰ Насупрот томе, трговина људима увек представља злочин против особе која је предмет трговине.

Приметна је и разлика у структури лица која су предмет трговине и кријумчарења, као и у начину њиховог повезивања са криминалцима који врше њихово пребацивање. Код трговине људима претежни део жртава чине жене, док се као предмет кријумчарења претежно појављују мушкарци. Када је у питању ступање у контакт, код кријумчарења се то дешава на иницијативу будућег миграната, а код трговине људима повезивање се остварује акцијом трговца.

Међутим, разлика између кријумчарења и трговине људима није увек јасна. Мигранти који илагално улазе у страну државу врло су погодни за експлоатацију. Често се дешава да особа којој је омогућен илегалан прелазак границе касније кроз дужничко ропство, проституцију или друге облике ропства буде експлоатисана од стране кријумчара или других лица. Укратко, оно што је започело као кријумчарење може прерасти у трговину људима.

Кријумчарење миграната је проблем који се тиче и кривичног права и заштите људских права. Кријумчарење миграната доводи до повреде националних имиграционих прописа и незаконитог економског искоришћавања лица од стране кријумчара, услед чега потпада под домаћај кривичног права. С друге стране, приликом кријумчарења миграната људска права и достојанство тих лица често бивају нарушени.¹¹

3. Конвенција против транснационалног организованог криминала

Конвенција против транснационалног организованог криминала (у даљем тексту „Конвенција“) је усвојена од стране Генералне скупштине УН 15. новембра 2000. године. Нацрт Конвенције је израдио *ad hoc* комитет који је Генерална скупштина установила 1998. године. Циљ Конвенције је унапређење међународне сарадње ради спречавања транснационалног организованог криминала и ефикасније борбе против те појаве (чл. 1). Конвенција је ступила на снагу 2003. године и има 163 уговорнице.¹²

Уз ову Конвенцију усвојена су три допунска протокола, и то: Протокол о спречавању, сузбијању и кажњавању трговине људима, нарочито женама

¹⁰ В. Iselin, М. Adams, *Distinguishing between Human Trafficking and People Smuggling*, Bangkok, 2003, p. 3.

¹¹ А. Schloenhardt, *op. cit.*, p. 5.

¹² Наша држава је ратификовала Конвенцију 2001. године; Службени лист СР Југославије – Међународни уговори, бр. 6/2001.

и децом, Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом и Протокол против незаконите производње и трговине ватреним оружјем, његовим деловима и компонентама, као и муницијом.

3.1. Однос Конвенције и Протокола против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом

Конвенција представља тзв. „кишобран“ или „родитељски уговор“.¹³ Државе могу ратификовати само Конвенцију, без обавезе да ратификују неки од три протокола. С друге стране, не може се ратификовати ни један од протокола док се не ратификује Конвенција. Она садржи одређена општа правила која се, поред кривичних дела садржаних у Конвенцији, односе и на сва кривична дела садржана у њеним протоколима.

Дакле, држава може ратификовати Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом (у даљем тексту „Протокол“) једино уколико је пре тога ратификовала Конвенцију. У крајњем случају, држава може истовремено ратификовати та два међународна уговора. Такав услов је сасвим разумљив јер Протокол представља уговор којим се врши допуна Конвенције. Одређене одредбе Конвенције односе се на сва кривична дела установљена Протоколом. Одредбе Конвенције примењиваће се *mutatis mutandis* и на Протокол. Међутим, општа правила Конвенције неће се применити тамо где су она Протоколом изричито искључена.¹⁴

3.2. Одредбе Конвенције од значаја за примену Протокола

Конвенција не помиње кривично дело кријумчарења миграната, нити остала са њим повезана кривична дела. Сама Конвенција садржи нека друга кривична дела, и то: учешће у организованој криминалној групи (чл. 5), прање новца (чл. 6), корупцију (чл. 8), ометање правде (чл. 23), а односи се и на остале тешке злочине (кривична дела кажњива максималном казном затвора у трајању од најмање четири године). Треба нагласити да наведена кривична дела потпадају под домашај Конвенције само ако кумулативно испуњавају два услова: 1) имају транснационални карактер, и 2) извршена су од стране организоване криминалне групе.

13 A. Gallagher, Human Rights and the New UN Protocols on Trafficking and Migrant Smuggling: A Preliminary Analysis, *Human Rights Quarterly*, No. 4/2001, p. 977.

14 UNODC (United Nations Office on Drugs and Crime), *Legislative Guides for the Implementation of the United Nations Convention Against Transnational Organized Crime and the Protocol thereto*, New York 2004, p. 330.

Међутим, имајући у виду повезаност Конвенције и Протокола о којој је већ било речи, нарочито одредбу по којој се сва кривична дела установљена Протоколом третирају као кривична дела установљена Конвенцијом,¹⁵ постоји широк круг правила из Конвенције која се односе и на кријумчарење миграната и друга са њим повезана кривична дела.

За примену Протокола, односно за спречавање кривичних дела која он предвиђа, њихову истрагу, гоњење и кажњавање, посебан значај имају следеће одредбе Конвенције: чл. 6 (инкриминисање прања новца стеченог извршењем кривичних дела), чл. 10 (одговорност правних лица), чл. 11 (кривично гоњење, суђење и изрицање казни), чл. 12-14 (конфискација добити остварене извршењем кривичних дела и предмета коришћених приликом њиховог извршења), чл. 15 (кривична јурисдикција), чл. 16 (екстрадиција), чл. 18 (узајамна правна помоћ), чл. 20 (специјалне истражне технике), чл. 23 (инкриминисање ометања правде), чл. 24-25 (заштита сведока и жртава), чл. 26-27 (сарадња органа унутрашњих послова различитих држава), чл. 29-30 (обука и техничка помоћ) и чл. 34 (примена Конвенције).

4. Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом

Ad hoc комитет установљен 1998. године од стране Генералне скупштине УН, који је сачинио нацрт Конвенције, израдио је и нацрт Протокола против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом. Генерална скупштина УН је 15. новембра 2000. године Резолуцијом бр. 55/25 усвојила текст овог протокола, који је убрзо отворен за потписивање на конференцији у Палерму.¹⁶ Протокол против кријумчарења миграната је ступио на снагу 2004. године и има 129 уговорница, а наша држава га је ратификовала 2001. године.¹⁷

Циљеви протокола су: а) спречавање кријумчарења миграната и борба против те појаве, б) унапређење међудржавне сарадње у том циљу, и ц) заштита права кријумчарених миграната.¹⁸

15 Видети чл. 1(3) Протокола.

16 Конференција је одржана од 12. до 15. децембра 2000. године. На овој конференцији отворени су за потпис и Конвенција против транснационалног организованог криминала и Протокол о сапречавању трговине људима.

17 Службени лист СР Југославије – Међународни уговори, бр. 6/2001.

18 Чл. 2.

4.1. Материјални домен примене Протокола и обавеза инкриминације

Материјални домен примене Протокола и обавеза инкриминације уређени су члановима 4-6 овог уговора. Поред тога, за одређивања метаријалног домена примене у обзир се морају узети и неке одредбе Конвенције.

Чл. 4 прописује да ће се Протокол применити када постоји неко кривично дело прописано у чл. 6 овог уговора, под условом да то дело има транснационални карактер и да је у његово извршење укључена организована криминална група. Дакле, одредбе Протокола ће се примењивати код спречавања, истраге и кривичног гоњења дела прописаних у чл. 6, само ако та кривична дела кумулативно испуњавају два поменута услова – транснационалност и инволвираност организоване криминалне групе. У супротном, када постоји неко кривично дело из чл. 6 Протокола које не испуњава један од та два услова, државе уговорнице неће моћи да се позову на одредбе тог уговора. Другим речима, уколико неко од ових дела има само национални карактер или је извршено од стране појединца, државе уговорнице се не могу позивати на одредбе Протокола. Ово решење је идентично са материјалним доменом примене Конвенције (чл. 1).

Сам Протокол не даје појашњење термина „транснационални карактер“ и „организована криминална група“, већ прихвата њихово значење дато у Конвенцији. Чл. 3(2) Конвенције прописује да транснационални карактер најпре има дело извршено у више држава. Поред тога, кривично дело може бити транснационално и када је извршено у једној држави, а већи део припрема, планирања, руковођења или контроле тог дела је обављен у некој другој држави. На крају, транснационално кривично дело ће постојати чак и када су радња извршења и остале радње (планирање, припрема, контрола) предузете само у једној земљи, уколико оно алтернативно задовољава неки од два услова: а) у његово извршење је укључена организована криминална група која се бави криминалним активностима у више држава; или б) битне последице његовог извршења су наступиле у некој другој држави. Неспорно је да кривично дело кријумчарења миграната по својој природи увек транснационално, јер подразумева незаконити прелазак из једне државе у другу. Међутим, остала повезана дела (омогућавање незаконитог останка у некој држави, злоупотреба и фалсификовање путних и идентификационих исправа) не морају увек бити транснационалног карактера. Што се, пак, тиче другог услова, чл. 2(а) Конвенције дефинише организовану криминалну групу као „организовану групу од три или више лица, која постоји одређено време и

делује споразумно у циљу вршења једног или више тешких злочина или кривичних дела утврђених у складу са овом конвенцијом, ради непосредног или посредног стицања финансијске или друге материјалне користи“.

Помињани чл. 6 Протокола установљава неколико кривичних дела поводом којих настају права и обавезе страна уговорница. Централно место међу њима заузимају кријумчарење миграната и омогућавање незаконитог останка у некој држави, али предвиђено је још неколико кривичних дела повезаних са ова два деликта.

Кријумчарење миграната наведено је у чл. 6, ст. 1(a), док је његово биће дато у чл. 3 Протокола. Кријумчарење миграната се одређује као „обезбеђивање нелегалног уласка у државу уговорницу лицу које није њен држављанин нити у њој има стални боравак, а у циљу непосредног или посредног стицања финансијске или друге материјалне користи“. При томе нелегалан улазак означава „прелазак граница без испуњења потребних захтева за легалан улазак у државу примаоца“.

Сходно Протоколу, кријумчарење миграната ће постојати једино ако омогућавање илегалног уласка у страну државу кријумчар чини ради стицања финансијске или друге материјалне користи. Тиме се из домашаја кријумчарења миграната искључује помоћ коју им приликом нелегалног уласка у страну земљу пружају чланови породице, невладине или верске организације из хуманитарних и других непрофитних разлога. На пример, честа је појава да Мексиканци или Кинези који бораве у САД бесплатно помажу својим рођацима да илегално уђу у ову државу.¹⁹

Друго кривично дело које се по рангу изједначава са кријумчарењем миграната јесте омогућавање незаконитог останка на територији стране државе (чл. 6, ст. 1(ц)). Циљ овог кривичног дела је инкриминисање оних случајева где мигрант легално улази на територију стране државе (добијањем потребних виза или дозвола), али се потом од стране других лица прибегава незаконитим радњама које мигранту омогућавају да остане у иностранству због разлога који му нису одобрени или дуже него што му је било дозвољено. Биће овог кривичног дела се најчешће састоји у фалсификовању докумената. Међу нелегалним мигрантима највећи је број управо оних који су легално ушли у страну земљу, али су тамо остали и након истека одобреног периода боравка.²⁰

19 S. Zhang, *Smuggling and trafficking in human beings: all roads lead to America*, Westport, 2007, p. 1.

20 IOM, *op. cit.*, p. 29.

У циљу спречавања кријумчарења миграната, Протокол (чл. 6, ст. 1(б)) установљава неколико кривичних дела у вези са путним и другим идентификационим исправама. Сходно овом члану, држава мора инкриминисати израду лажних путних или идентификационих исправа, као и набављање, обезбеђивање или поседовање такве исправе, уколико се то чини ради кријумчарења миграната. У члану 3 Протокола је речено да „лажна путна или идентификациона исправа“ постоји уколико је: а) кривотворена или мењана на неки материјалан начин од стране било кога осим лица или органа законом овлашћеног да израђује или издаје путне или идентификационе исправе у име неке државе, б) на неодговарајући начин издата или прибављена путем погрешног представљања, корупције или принуде или на било који други незаконит начин; или ц) користи лице које није њен законит носилац. Да би постојало кривично дело из чл. 6, ст. 1(б), извршилац мора имати намеру да исправу употреби за кријумчарење другог лица. Имајући у виду да је Протокол усмерен на кажњавање кријумчара а не и лица која се кријумчаре, уколико се мигрант ухвати са лажним пасошем он неће потпадати под домаћај чл. 6, ст. 1(б),²¹ док ће кријумчар који такав исти фалсификат поседује ради кријумчарења других лица бити одговоран.

Чл. 6(2) Протокола захтева кривичну одговорност и за покушај, саучесништво, организовање и наређивање извршења дела наведених у чл. 6, ст. 1. С обзиром на различито регулисање ових установа у појединим правним системима, Протокол модалитете њиховог уређења препушта државама уговорницама. Чл. 6(3) прописује теже облике кривичних дела установљених Протоколом. Квалификовани облик ових кривичних дела ће постојати уколико су њиховим извршењем угрожени животи или безбедност миграната, или је, пак, током извршења дошло до нехуманог или деградирајућег третмана миграната, укључујући и њихову експлоатацију. У питању је строга обавеза држава, осим код саучесништва, организовања или наређивања другим лицима да врше кривична дела, који су подложни варијацијама у зависности од основних поставки правног система државе у питању.²²

Стране уговорнице имају стриктну обавезу да сва напред наведена дела извршена са умишљајем прогласе кривичним делима унутар својих правних поредака. Важно је истаћи да државе морају инкриминисати сва дела наведена у чл. 6 Протокола, без обзира да ли су она транснационалног

21 Међутим, то не значи његову апсолутну неодговорност, већ само непостојање одговорности на основу Протокола. Такво лице може одговорати сходно националном законодавству (нпр. фалсификовање јавне исправе).

22 UNODC, *op. cit.*, p. 346.

карактера и без обзира да ли је у њихово извршење укључена организована криминална група. Дакле, транснационалност и инволвираност организоване криминалне групе не представљају конститутивни елемент кривичних дела које државе морају унети у своје унутрашње право. Транснационалност и инволвираност организоване криминалне групе само су услови за примену Протокола, а никако елементи бића кривичних дела која државе, сходно одредбама овог уговора, морају инкриминисати. Сумарно речено, државе уговорнице се могу позвати на одредбе Протокола само уколико докажу постојање транснационалности и инволвирање организоване криминалне групе у забрањене активности, док њихови судови могу (и морају) кажњавати за кријумчарење миграната и друга повезана дела и онда када не постоји ни један од та два елемента.

Приликом нормирања кривичних дела установљених Протоколом национални законодавци могу различито поступити. Они могу забрањене радње подвести под једно кривично дело, или их, пак, могу сврстати у већи број кривичних дела, али не смеју вршити никаква сужавања у односу на Протокол. С обзиром да Протокол установљава минималне стандарде, национални законодавци ова дела могу шире дефинисати или предвидети и нека друга допунска кривична дела.

На крају, треба представити и правила Протокола о кривичној одговорности миграната. Чл. 5 истиче да, сходно Протоколу, мигранти не подлежу кривичном гоњењу због тога што су били објект извршења неког од кривичних дела установљених у чл. 6 овог уговора. Протокол нема за циљ кажњавање саме илегалне миграције, већ кажњавање лица која због профита омогућавају вршење такве миграције. У исто време, чл. 6(4) одређује да ништа у Протоколу не ограничава државе да предузму мере против лица (укључујући и нелегалне мигранте) чије понашање представља кривично дело сходно домаћем праву. Дакле, кријумчарени мигрант ће бити одговоран за свако дело које је националним правом проглашено кривичним делом. Овим одредбом се потврђује начело унутрашње надлежности држава и могућност самосталног уређивања односа на њиховој територији. Може се видети да Протокол има неутралан став по питању кривичне одговорности кријумчарених лица - он не захтева њихово кажњавање, али их и не ослобађа одговорности коју евентуално предвиђа национално право. Анализа националних прописа показује да већина држава предвиђа кривичне и административне санкције за мигранте који су предмет кријумчарења.²³

23 ICHRP (International Council on Human Rights Policy), *Irregular Migration, Migrant Smuggling and Human Rights: Towards Coherence*, Geneva, 2010, p. 72.

4.2. Спречавање кријумчарења миграната и међународна сарадња

Протокол предвиђа широк круг мера које треба да онемогуће кријумчарење миграната и других повезаних кривичних дела. Поред тога, он уређује и међународну сарадњу јер се само тако може стати на пут кријумчарењу миграната као облику организованог криминала. Посебне мере сарадње су предвиђене код кријумчарења миграната морем. Као посебан облик међународне сарадње Протокол предвиђа репатријацију кријумчарених миграната.

Важно место међу превентивним мерама заузима јачање граничне контроле и онемогућавање злоупотребе путних исправа и других идентификационих докумената. Контрола граница је уређена чл. 11, који у свом првом ставу од држава тражи јачање свих мера контроле како би се спречило и открило кријумчарење миграната. Надаље, у овом члану се захтева предузимање мера усмерених на спречавање коришћења саобраћајних средстава комерцијалних превозника за кријумчарење миграната. Протокол инсистира на обавези комерцијалних превозника да проверавају да ли њихови путници имају потребна документа за улазак у одредишну земљу²⁴ и тражи од држава санкционисање превозника који ту обавезу не поштују. Сходно овом члану, државе могу забранити улазак или поништити визе издате лицима која су умешана у кријумчарење миграната. Чл. 12 обавезује државе да подигну квалитет својих путних и других идентификационих исправа, како би се спречило њихово лако фалсификовање, копирање, неовлашћено издавање или друге врсте злоупотреба. Чл. 13 се односи на проверу и потврду правоваљаности и валидности докумената. На захтев друге уговорнице, држава треба да потврди правоваљаност и валидност докумената које је издала, а за које постоји сумња да се користе за извршење неке радње обухваћене чл. 6 Протокола.

Размена информација представља истовремено превентивну меру и облик међународне сарадње. Државе уговорнице, нарочито суседне и транзитне земље, имају обавезу да резмене информације о маршрутама које користе кријумчари и методама транспорта, постојању и начину рада релевантних организованих криминалних група, ознакама које доказују аутентичност издатих путних исправа, законским решењима и искуствима у борби против кријумчарења миграната.

24 Међутим, превозници немају обавезу да проверавају аутентичност и валидност докумената која путници поседују; Ad Hoc Committee on the Elaboration of a Convention against Transnational Organized Crime, *Interpretative notes for the official records (travaux préparatoires) of the negotiation of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime and the Protocols thereto*, 2000, A/55/383/Add.1, 19.

Од држава се захтева да дужну пажњу посвете обуци државних службеника и техничкој сарадњи са другим уговорницама (чл. 14). Обука је пре свега намењена имиграционим службеницима, а њен циљ је спречавање кривичних дела из чл. 6 Протокола и хумани третман кријумчарених миграната. Овај члан подстиче државе на пружање техничке помоћи оним уговорницама које се често појављују као земље порекла или транзита у ланцу кријумчарења миграната.

Поред напред наведених, Протокол предвиђа још неке превентивне мере (чл. 15). Он позива државе да раде на подизању свести о чињеници да кријумчарење миграната представља кривично дело које врше криминалне групе ради стицања профита, као и да оно носи озбиљан ризик по саме мигранте. Поред тога, од држава се тражи да, делујући индивидуално и заједнички, утичу на отклањање социо-економских узрока кријумчарења миграната, као што су сиромаштво и економска неразвијеност.

Због повећане опасности коју носи, кријумчарење миграната морем је посебно регулисано. Члановима 7 и 8 предвиђена је појачана међународна сарадња ради откривања кријумчарења на мору. Мере контроле брода за који се сумња да се бави кријумчарењем миграната могу се предузети на захтев државе којој брод припада или, пак, на захтев било које друге државе уколико се држава којој брод припада с тим сагласи. Мере контроле могу предузимати само војни и други јавни бродови и ваздухоплови. Приликом предузимања тих мера мора се водити рачуна о безбедности брода и лица на њему, као и о комерцијалним интересима државе којој брод припада (чл. 9).

Репатријација кријумчарених миграната, тј. њихов повратак у домовину, уређена је чл. 18 Протокола. Уговорнице су преузеле обавезу да прихвате повратак свог држављанина или лица са сталним боравком на њиховој територији који су били предмет кријумчарења или неког другог дела из чл. 6 Протокола. За разлику од Протокола о спречавању трговине људима, овај протокол не пружа никакву могућност кријумчареним мигрантима да остану на територији одредишне или транзитне државе. Од државе се још тражи да на захтев друге уговорнице потврди да ли је кријумчарено лице њен држављанин, као и да таквом лицу које је остало без докумената изда путну исправу у циљу његове репатријације.

4.3. Заштита права кријумчарених миграната

Протокол као посебан циљ истиче заштиту људских права кријумчарених миграната. Међутим, она није у истој равни са два првонаведена циља (спречавање кријумчарења миграната и борба против те појаве, и сарадња

држава на том плану). На то указује и чињеница да Протокол за лица која су предмет извршења овог дела не користи израз „жртва“, већ „кријумчарени мигрант“. Признавање ужег круга права кријумчареним мигрантима правда се чињеницом да они добровољно пристају на кријумчарење.²⁵

Чл. 16 садржи општу формулацију према којој државе морају поштовати сва права кријумчарених миграната загарантована међународним уговорима о људским правима. Посебно се наглашава обавеза државе да воде рачуна о поштовању права на живот и забрани тортуре и других нехуманих поступака и казни.

Експлицитно је предвиђена обавеза држава да мигранте заштите од насиља којем могу бити изложени због тога што су била објект кријумчарења, како од стране кријумчара тако и од стране државних органа. Протокол од држава захтева да мигрантима чији су живот или сигурност угрожени пруже неопходну помоћ (чл. 16, ст. 3). На пример, државе су дужне да помогну мигрантима који су током кријумчарења доживели бродолом или су здравствено угрожени због неадекватних услова транспорта. Приликом пружања помоћи у обзир се морају узети посебне потребе жена и деце. Уколико неко кријумчарено лице буде задржано, држава уговорница мора омогућити том лицу комуникацију са конзуларним службеницима његове земље.

Са становишта заштите мигранта, важна је и обавеза државе чији је он држављанин (или у којој је имао право сталног боравка) да без одлагања прихвати његову репатријацију. Приликом поступка репатријације државе морају водити рачуна да она буде спроведена на начин који не угрожава безбедност и достојанство лица чији се трансфер врши.

На крају, чл. 19(1) поново истиче да Протокол не утиче на било које право или обавезу државе или појединца насталу на основу међународног права, при томе посебно истичући међународно хуманитарно право и Конвенцију о избеглицама и њен принцип невраћања (*non-refoulement*). Избеглице и тражиоци азила који су прокријумчарени у неку државу оваквом су одредбом заштићени од принудног повратка у државу где би им био угрожен живот. Протокол тиме признаје да избеглице и тражиоци азила могу бити прокријумчарени у неку државу како би затражили међународну заштиту.²⁶ Чак и када нека држава није страна уговорница Конвенције о избеглицама, одредба чл. 19(1) Протокола није без значаја, јер је принцип *non-refoulement* принцип међународног права са стаусом *ius*

25 A. Arhin, op. cit., p. 59.

26 ICHRP, op. cit., pp. 70-71.

cogens правила, које везује све државе.²⁷ Илегалан улазак у неку земљу не сме имати нагативан утицај на одлуку о давању азила.

Одсуство потпуније заштите права кријумчарених миграната указује да је већина држава Протокол видеала као инструмент за кривично кажњавање и заштиту граница, а не као инструмент за заштиту људских права.²⁸ Неки изражавају жаљење јер је пропуштена прилика да се на потпунији начин заштите људска права кријумчарених миграната, што се могло учинити уношењем у Протокол гаранција установљених различитим уговорима о људским правима.²⁹

5. Закључак

Увиђајући размере кријумчарења миграната и његове штетне последице, Организација уједињених нација је установила правни оквир за борбу против те појаве. Централно место у том правном оквиру заузима Протокол против кријумчарења миграната копном, морем и ваздухом.

Сврха Протокола је спречавање кријумчарења миграната и борба против те појаве као форме транснационалног организованог криминала, а не инкриминација саме илегалне миграције. Дакле, превенција кријумчарења миграната и кривично кажњавање кријумчара представљају главне циљеве овог уговора. Заштита права кријумчарених миграната егзистира као један од циљева Протокола, али је она у другом плану у односу на борбу против кријумчарења миграната.

Инкриминација кријумчарења миграната и других са њим повезаних дела заузима централно место у Протоколу. Она има за циљ одвраћање потенцијалних кријумчара од тих активности, или њихово кажњавање уколико су дела већ извршили. Међутим, инкриминација тих дела даје основ и за друге облике превентивног деловања и међународну сарадњу. Протокол омогућава стварање јединственог кривичноправног оквира у државама уговорницама, што ће отклонити раније разлике у инкриминисању кријумчарења миграната и са њим повезаних дела и свакако олакшати и унапредити међудржавну сарадњу усмерену на сузбијање и кажњавање тих кривичних дела.

27 C. Brolan, *An Analysis of the Human Smuggling Trade and the Protocol Against Smuggling of Migrants by Land, Air and Sea (2000) from Refugee Protection Perspective*, *International Journal of Refugee Law*, No. 4/2002, p. 592.

28 A. Gallagher, *Trafficking, smuggling and human rights: tricks and treaties*, *Forced Migration Review*, No. 12/2002, p. 28.

29 ICHRP, *op. cit.*, p. 71.

Мере које Протокол предвиђа сигурно ће допринети квантитативном смањењу кријумчарења миграната. Имплементација донетих правила смањиће могућност кријумчарења и изложити кријумчаре већем ризику да буду кажњени. С друге стране, то ће довести до примене још ризичнијих облика кријумчарења, што ће угрозити животе миграната и утицати на повећање накнада које кријумчари наплаћују.

Искорењивање кријумчарења миграната може се остварити једино отклањањем истинских узрока који приморавају лица да напусте своју и оду у неку другу земљу. Због тога државе треба да настоје да појединачним и заједничким акцијама утичу на смањење сиромаштва, повећање сигурности и уклањање осталих фактора подстицаја у земљама из којих потичу илегални мигранти.

*Nebojša Raičević, LL.D., Assistant Professor
Law Faculty, University of Niš*

INTERNATIONAL LAW PROHIBITION OF MIGRANT SMUGGLING

Summary

Over the past decades, migrant smuggling, as a form of the transnational organized crime, has dramatically increased. In order to prevent and combat the smuggling of migrants, the United Nations has established the comprehensive legal framework, which central document is the Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air. The Protocol is concerned with the prevention of smuggling of migrants, not illegal migration itself, and requires states to criminalize smuggling of migrants and other related acts. The Protocol supports efficient cooperation among states in preventing, investigating and prosecuting smuggling of migrants. This treaty includes a number of provisions aimed at protecting the basic rights of smuggled migrants.

Key words: *smuggling of migrants, human trafficking, Convention against Transnational Organized Crime, Protocol against the Smuggling of Migrants by Land, Sea and Air*

Др Марија Игњатовић,
Правни факултет Универзитета у Нишу
Др Тања Китановић,
Правни факултет Универзитета у Нишу

347.627.2(091)

DIVORTIUM ОД РИМСКОГ ДО САВРЕМЕНОГ ПРАВА¹

Апстракт: Рад је посвећен анализи института развода брака од римског до савременог права. У почетном делу рада је указано на основне карактеристике бракоразводног система који је важио у старом Риму, као и на особености римске робовласничке државе и њеног друштвеног уређења које су биле од пресудног утицаја на обликовање овог система. У наставку рада размотрени су бракоразводни режими који су данас у примени у појединим савременим државама, чији су правни системи изграђени на темељима римског права. Будући да је римско правно наслеђе од великог значаја и за српско право, посебна пажња посвећена је регулативи развода брака у нашем позитивном праву. У закључку рада сумирани су резултати истраживања у домену развода брака као социолошког и правног феномена, а указано је и на могуће правце развоја ове установе у будућности.

Кључне речи: развод брака, римско право, савремено право.

УВОДНЕ НАПОМЕНЕ

У савременим друштвима је повећано интересовање супружника за развод брака. Брачне кризе нису особеност модерног доба, било их је одувек, али су у ранијим историјским епохама најчешће игнорисане, с обзиром да је брак представљао превасходно економску, па тек онда емоционалну заједницу супружника. У патријархалним и економски неразвијеним друштвима супружници су уласком у брак морали прихватити наметнуте моделе понашања и успешно функционисати у задатим оквирима, будући да је

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», бр. 179046 Д, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

њихова егзистенција ван породице била знатно отежана. У модерном браку, пак, разлози интелектуалног, емоционалног и сексуалног неслагања, који су вековима потискивани као фактори који доводе до поремећаја брачних односа, избијају у први план и постају разлози за развод *par excellence*.² Како савремени брак почива, у првом реду, на емотивним спонама, љубави и привржености супружника, ако се интимна очекивања партнера не испуне, брак није остварио своју сврху, тако да су разводи у пракси све чешћи.

DIVORTIUM У РИМСКОМ ПРАВУ

Римско право је у погледу развода брака заговарало принцип слободе. “Слобода развода постојала је у том смислу што за развод у Риму никада нису били потребни законски разлози. Наиме, брак се третирао више као фактичко стање које чине *affectio maritalis* и фактичко заједничко живљење, те престанком тих елемената престаје и брак”.³

Дакле, основни услови за закључење пуноважног брака били су сагласна изјава воље супружника или њихових очева⁴, затим пунолетство, које се за мушкарце стицало са навршених 14 година, а за жене са навршених 12 година живота, потом форма у којој се брак закључивао⁵ и напостојање брачних сметњи. Уколико би сви наведени услови били испуњени долазило је до закључења брака. Са друге стране, уколико би један од наведених услова престао да постоји у току трајања брачне заједнице, у првом реду *affectio maritalis*, долазило је до престанка брака и то у конкретном случају разводом (*divortium*).⁶

2 М. Младеновић, Развод брака и узроци за развод брака, Београд, 1974, стр. 385.

3 Види: М. Хорват, Римско право, Загреб, 2002, стр. 141.

4 Још је *Paulus* у Дигестама (*Digesta* 23,2,2) истакао да “брак не може да настане ако не постоји сагласност свих, тј. оних лица која га закључују и оних под чијом влашћом се та лица налазе”.

5 Римско право је познавало три форме за закључење брака. То су биле: *confarreatio*, *coemptio i usus*. Прве две су биле строго формалистичке, док је трећа била консенсуална форма за закључење брака. Ова последња је изазвала и многе дилеме у погледу разликовања *matrimonium* од *concubinatus*. Тако, *Brundage* истиче да је ова последња форма неформалан брак, због тога што ниједан обичај није спроведен приликом склапања брака, који се иначе захтевао да би брак био проглашен валидним. Опширније: J. A. Brundage, *Law, sex and christian society in Mediaval Europe*, the University of Chicago press, Chicago and London, 1987, p. 34.

6 За постојање пуноважног брака у Риму, захтевано је да постоји континуирана сагласност супружника, за разлику од савременог права где је за постојање брака довољна само почетна сагласност, све док не престане један од законски предвиђених

Наравно, овако дефинисан однос није био статичан током читаве историје римског права, већ се мењао у складу са свеукупним друштвено-економским променама, које су се дешавале на подручју целокупног Римског Царства, током његове дуге историје од 13 векова. Имајући у виду управо ту динамику у развоју друштвено-економских односа, која је утицала на све сфере друштвеног живота, па самим тим и на право и његове институте, могло би се рећи и да је институт развода брака (*divortium*) постојао у току целе римске историје са већим или мањим ограничењима у одређеним периодима.⁷

Имајући у виду сложеност брака као института породичног права, јер је реч о односу који представља спој личног и имовинског односа, а посебно сложеност његовог развода и последице које он сам по себи производи, да би се поједноставио поступак посматрања и праћења његовог развоја у римском праву, чини се неопходним да се целокупна историја римског права, како то, иначе чине неки романисти, подели на три периода: период старе римске патрициско-плебејске државе и старог римског права, период класичне робовласничке државе и хонорарног и класичног права и трећи период централизовано-бирокуратске и апсолутистичке државе и јединственог римског права.⁸

услова за постојање пуноважне брачне заједнице. Види: P. Ourliac et J. Malafosse, Histoire du droit prive, tome III, Le droit Familial, Presses Universitaires de France, Paris, 1968, p. 166.

7 Модестинова дефиниција брака, која га декларише као трајну заједницу живота мужа и жене, засновану на божанском и људском праву, није уједно и изричито значила да брак не може да се разведе, него да је у моменту закључења брака морала да постоји намера супружника да трајно живе заједно.

8 Историја римске државе је најчешће подељена на четири периода: доба краљевства, републике, принципата и домината. Оваква подела за основни критеријум узима уставно, односно политичко уређење државе. Међутим, све оно што се дешавало са аспекта политичког уређења није увек било у тесној вези са развојем друштвено-економских односа и приватног права. Тако, нпр. преврат који је довео до претварања римског Краљевства у Републику, није суштински утицао на промену свеукупних друштвено-економских односа, нити је пак изазвао крупне промене у домену приватног права. Право је и даље, у првим вековима Републике, остало строго, формалистичко право народа са затвореном кућном производњом. Опширније: И. Пухан, М. Поленак-Акимовска, Римско право, Скопље, 2001, стр. 5. У том смислу, сматрамо да је за ову сврху адекватније ако се историјски развој римске државе прати кроз историјски развој римског права, у првом реду римског приватног права, и то тако што ће се целокупни овај период поделити на горе наведени начин.

REPUDIUM У ПЕРИОДУ СТАРЕ РИМСКО ПАТРИЦИСКО-ПЛЕБЕЈСКЕ ДРЖАВЕ И СТАРОГ РИМСКОГ ПРАВА

У преткласичном периоду, који је представљао најдужи период у историји Римског Царства, почев од оснивања града Рима 753. године пре нове ере, па до краја Републике, 27. године пре нове ере, обавеза супружника да се венчају мањим делом је била правно регулисана. То је значило да су се супружници од тренутка давања реципрочног обећања да ступе у брак (*sponsio*),⁹ већ налазили у одређеном како личном, тако и имовинском односу. Овај однос је производио своје дејство, па самим тим и позивао на одговорност у случају да је дошло до непоштовања и неиспуњавања обавеза које су настале у овом односу.

Разуме се да је, ако се има у виду овај период¹⁰ и све његове карактеристике, одлучујућу улогу у регулисању свих друштвених односа, па тако и личних и имовинских односа супружника, имао *pater familias*. То је посебно долазило до изражаја у случају жене - лица *alieni iuris*,¹¹ приликом изрицања трајне воље за закључење брака (*affectio maritalis*), али исто

9 По њему се веридба и називала *sponsalia*, вереник *sponsus* а вереница *sponsa*.

10 У најстаријем праву, породица је била строго патријархална и сва власт је припадала оцу породице. Ова патријархалност суштнски се разликовала од оне коју срећемо код старих народа. Римски патријархат био је измењен путем правних правила која су фаворизовала агнатско сродство на рачун когнатског: сва лица која су произашла од праоца, па макар она и не била у крвној вези са њим, били су агнати. Овако утврђено сродство имало је за циљ јачање власти шефа породице у свим аспектима друштвеног живота. Будући да је одлучивао о свим питањима везаним за чланове своје породице, логична је била и његова суштинска улога приликом регулисања брачних имовинско-правних односа. *Pater familias* је одлучивао о женидби и удаји чланова своје породице, који су могли закључивати бракове само са члановима изван своје породице. Његова *patria potestas*, као и строга обичајна правила нису дозвољавала да постоје никакве друге трајне везе у оквиру породице. Уколико би се то и десило, као трајну последицу повлачило је инфамију, а деца рођена из такве заједнице нису имала никаква права према ванбрачном оцу. Отуда се за брак закључен у овом периоду говори као о чистој моногамији. Дакле, *pater familias* је давао изјаву воље о закључењу брака чланова своје породице. Стога, воља за закључење брака (*affectio maritalis*), није морала да постоји код будућих брачних другова. Чести су били случајеви да се *affectio maritalis* давао од стране шефова породица, а у присуству будућих супружника. Међутим, има и аутора који претходно наведено оспоравају. Види: J. Gaudement, La conclusion des fiancailles a Rome a l'epoquepre-elassique, RIDA 1, 1948, стр.79-94.

11 Имајући у виду неразвијеност државе и државних органа у старом веку, основна обавеза државе у првом реду била је одбрамбена. Сви органи власти били су усмерени на вршење ове основне функције. Војска је, по природи ствари, била резервисана само за мушкарце, па самим тим и политика. Отуда, у старом праву жена није имала, правно посматрано, равноправан положај са мушкарцем. Тако, иако је жена у Риму имала правни субјективитет, она није имала бирачко право, и то како активно (*ius*

тако и приликом изрицања воље за престанак брака. Отац је изјавама своје воље давао сагласност за удају кћери, тј. отац је верио кћер, коју је имао под својом влашћу, при том не водећи рачуна о њеној жељи, што је врло често доводило до сложених и апсурдних ситуација, нарочито у случају његове смрти. Тако се дешавало, да је у случају смрти *pater familias*, кћер и даље била у покорности оца, тј. под очевом *patria potestas*, што јој је онемогућавало да раскине веридбу или разведе брак. Оваква апсурдна ситуација утицала је да се, временом, очево право живота и смрти (*ius vitae ac necis*), даље пренело на мужа. У складу са патријархалним схватањем брака, муж је то право користио у случају прељубе (*ius accidendi*).¹²

С обзиром на целокупни положај жене у архаичном римском друштву¹³, жена није могла да захтева развод брака нити је могла да га спречи. Овакво стање ствари директна је последица неповољног положаја жене у односу на мушкарца, што је, како смо то већ горе навели, условило тоталну потчињеност жене мужу у браку *cum manu*. Само мужу је био допуштен *repudium*, односно, муж је могао да раскине брак у случају женине непокорности, неверства, пијанства, неплодности, подметања туђег детета, прављења лажних кључева и сл.¹⁴

suffragii), тако ни пасивно (*ius honorum*). Ова права су имала политичку природу, па је отуда логично било и да су била привилегија мушкараца.

12 Оваквом стању ствари, с друге стране, погодовао је још увек присутан јак утицај религије у уређењу имовинско-правних односа супружника. То је нарочито долазило до изражаја код архаичне веридбе и последица које је она производила, у првом реду оне које су рађале обавезу на ступање у брак. Опширније: М. Игњатовић, Предбрачни имовинско-правни односи у римском и савременом праву, докторска дисертација, Скопље, 2009. "Међутим, нису ни жене биле у потпуности беспомоћне. Тако је 422. године пре нове ере 170 жена било оптужено да је отровало своје мужеве. Међу њима је било много жена које су закључиле брак у форми *confarreatio*". Види: М. Младеновић, Развод брака и узроци за развод брака, Београд, 1974, стр. 45.

13 У романистичкој теорији заступљено је гледиште да је правни положај жене био много гори од правног положаја мушкараца. Међутим, има и оних аутора који тврде да је, иако правно гледано жена била у неповољнијем положају, фактички њен положај био знатно бољи, чему је посебно допринела религија, која је у животу Римљана имала велики значај. "У првом периоду римске историје речи богова су поштоване а речи закона још нису биле написане. Религија није искључивала жену. Велики број богова имао је женски лик, па чак и заштитник града Рима. Свештеник породичног култа је био мушкарац, али он тај култ није могао ни вршити ни продужити без жене. Римљанке су биле достојанствене жене. Њихова дела су запамтиле легенде, које су свакако имале велики значај. Жене су биле, не само чувари својих домова већ и чувари државних интереса". Опширније: М. Јовановић, Положај жене у најстаријем римском праву, магистарска теза, Београд, 1984, стр. 200.

14 Овакво стање ствари затичемо и у Србији на почетку XIX века где је муж имао апсолутно право над женом. "Жена се у сеоској народној маси узима не да постане

Дакле, може се рећи да је преткласичан период, када је било речи о питању закључења брака и разлозима његовог престанка, више приступао овим питањима *ipso facto*, а не *ipso iure*, посматрајући тако само фактичко, а не и правно стање ствари. То је даље значило да се брак закључен у форми *confareatio* могао развести у форми *diffareatio*, ако је пак био закључен у форми *coemptio* могао је да буде раскинут у форми *remancipatio*, а брак закључен у форми *usus* могао се развести на основу искључиве воље мужа.

Међутим, старо римско право познавало је и санкције за мужа који је брак развео без оправданих, горе наведених разлога.¹⁵ Па ипак, мишљења смо да у пракси није долазило до примене ових санкција, јер је ово био период у коме су још увек велику улогу у регулисању свеукупних друштвено-економских односа имали религија и обичајно право. Из тог разлога, плашећи се казне богова и моралних осуда заједнице, разводи бракова у овом периоду развоја Рима били су ретка појава. Дакле, и на *repudium* овог периода, као и на институте *sponsalia* и *matrimonium* осећала се рефлексија, на неки начин, религијског и правног. Кажемо на неки начин, јер је заиста *repudium* преткласичног периода био заштићен, али не од стране норми *ius civile*, већ од стране норми црквеног карактера *ius sacrum*. Оне су производиле своје дејство не само према другим људима, већ и пред самим боговима. Ово ће касније бити случај и у класичном периоду, с том разликом што у архаичном периоду није постојало одвајање

друг свога мужа, већ да он од ње извуче користи: да му рађа децу, међу којом мора бити и мушке, да му ради и да му буде природна наслада. Само жена која испуњава ове услове сматра се за праву жену; само се таква жена трпи и чува, иначе бива отерана, или се поред ње може довести и друга, која ће задовољити народне појмове о жени. Због таквог позива и такве улоге жена се купује као и све друго што има да задовољи потребу. И што се држи да ће која жена боље одговарати својој дужности, тим је скупља. Ако се до жене не може доћи куповином, она се краде и отима. Једном добивена, жена постаје пуна својина свога мужа, као и свака друга купљена ствар. Човек је може не само отерати већ и продати". Опширније: Т. Ђорђевић, Положај жене у наш народни живот, II, Београд, 1984, стр.16. Овакав приступ статусу жене у Србији XIX века је донекле и разумљив када се познаје чињеница да је грађанско друштво XIX века било друштво које је посебну пажњу поклањало изучавању старих цивилизација, укључујући при том и римску, и то посебно ону из архаичног периода, што је резултирало поновном враћању на стару римску породичну организацију, као и на положај жене у породици и ширијој друштвеној заједници. Посебан допринос у разради ових питања дали су De Kulanz, Žid i Jering. F. De Coulanges, *Analitička država* (La cite` antique, Paris 1964.), prevod, Beograd, 1956., P. Gide, *Etude sur la condition privee`de la femme dans le droit ancien et moderne et en particulier sur le senatus-consulte Velleien*, Paris, 1885., R. Iheing, *L'esprit du droit romain*, Bologna-Paris, 1886.-1888., R. Ihering, *Histoire du development du droit romain*, Paris, 1900. Детаљније: М. Игњатовић, Предбрачни-имовинско правни односи у Србији XIX и XX века, Пешчаник, 2010, стр. 167-175

15 Види: Plut. Rom. 22.

религијског од правног аспекта, што је случај са класичним периодом. Зато сматрамо да је исправније рећи да је развој института *repudium* и уопште имовинско-правних односа будућих супружника, односно супружника, у овом периоду, нарочито кроз институте *sponsalia*, *matrimonium* и *repudium*, више био окарактерисан зачетком раздвајања религијског од правног аспекта, односно да га је карактерисало постепено смењивање норми *ius sacrum*, нормама *ius civile* у регулисању свеукупних односа супружника.

DIVORTIUM У ПЕРИОДУ КЛАСИЧНЕ ДРЖАВЕ И ХОНОРАРНОГ И КЛАСИЧНОГ РИМСКОГ ПРАВА

Полазећи од једног од основних начела брачног права класичног периода, *libera matrimonia esse debent*¹⁶, једнострано раскид брачне заједнице заснован само на искључивој вољи мужа, био је неодржив. То је довело до увођења нове установе *divortium*. Нов институт брачног права дозвољавао је престанак брака било вољом мужа, жене или међусобним споразумом оба супружника. Изузетно, до престанка брака долазило је и вољом *pater familias*, али су овакви случајеви у пракси били изузетно ретки због све раширеније појаве либерализације мушко-женских односа класичног периода. Либерализација ових односа довела је до слабљења морала, до кога се држало у предкласичном периоду, и до тога да је брак могао бити разведен и без постојања одређених разлога за то.¹⁷ Довољна је била само жеља да се брак разведе. Уобичајна форма за развод брака била је писана изјава, изјава пред сведоцима или једноставно престанак фактичке заједнице живота.

Међутим, овако широко постављена граница у одлучивању о даљој судбини брака, односно његовом престанку у класичном периоду, врло брзо је показала своје друго лице. Тако, дошло је до енормно повећаног броја развода бракова, са једне стране, и постојања великог броја ванбрачних заједница са друге стране. Генерално гледано, такво стање ствари у оквиру римског друштва довело је до нарушавања породичних односа и породичне организације, што је у ширем смислу речи довело до тоталне дестабилизације римске државе. То је био и главни разлог што је Август извршио реформу породичног законодавства доношењем *Lex Caducaria*, настојећи тако да поново поврати сјај и углед римској породици и породичној организацији. Али, Августове реформе нису у значајнијој мери

16 С 8, 38, 2.

17 Други период у развоју римске државе и права карактерисали су развој робно-новчаних односа и велике друштвене промене. Оне су добрим делом допринеле да римски морал ослаби и да се смањи страх од божијих казни, тј. воље богова.

обрађивале питање развода брака, изузев *Lex Iulia de adulteris*¹⁸, у коме је било прописано да је за развод брака била потребна форма пред седам сведока.¹⁹

С обзиром да је у класичном периоду била предвиђена могућност закључења брака *sine manu*, који је био далеко повољнији за жену него што је то био модел брака *cum manu*, у случају престанка брака разводом отворила су се и бројна имовинска питања. Међу њима и питање враћања мираза (*dos*), као и питање повраћаја поклона учињених млади на име закључења брака (*donatio ante nuptias*), те враћања оних поклона који су жени учињени за време трајања брачне заједнице (*donatio propter nuptias*).

Још је у раној фази класичног периода постало јасно да у случају развода брака вољом мужа мираз и миразна добра, као и поклони учињени жени пре и у току трајања брачне заједнице, треба да остану жени и да јој служе као обезбеђење и основа за наставак живота након развода брака. Та свест је посебно ојачала када је мираз и званично постао средство обезбеђења жене за случај самовољног престанка брака.²⁰

У почетку, муж је приликом самог закључења брака давао гаранцију жени, у виду стипулације (усмено датог обећања), да ће за случај самовољног престанка брака мираз припасти жени. Овако дато обећање штитило се посредним путем са *cautio rei uxore*. Када је преовладало схватање да у оваквим случајевима мираз припада жени, уведена је и непосредна заштита тужбом *actio rei uxoriae*. То је даље значило да је класично римско право, за разлику од предкласичног, знатно поправило правни положај жене у случају *divortium*, штитећи је за случај самовољног развода брака од стране мужа, тако што јој је давало право својине на миразу, док је муж имао само право употребе и плодуживања њених миразних добара (*propter res donatas, propter mores graviores, mores minores, propter res amores u propter liberos*).²¹

18 *Lex Iulia de adulteris* (18 В.С.), био је статут кога је донео Август у склопу *Lex Iulia de maritandis ordinibus*. Овај закон је предвиђао строге забране за радње повреде части: *stuprum, adulterium i incestum*. *Stuprum* је настајао услед полног општења слободног мушкарца и часне жене; *adulterium* је било полно општење лица од којих се барем једно налазило у браку, док је *incestum* било полно општење између сродника. Види: А. Berger, Encyclopedic dictionary of Roman law, Philadelphia, 1991, стр. 553.

19 У романистичкој теорији је спорно да ли је ова форма заиста из периода Августа или је била уведена у доба Јустинијана, те да ли се она односила само на случајеве *manus*-брака, који је био закључен у форми *coemptio*. Види: Е. Weiss, Institutionen des römischen Privatrechts als Einführung in die privatrechtsordnung der Gegenwart, 2. изд., Basel, 1949, стр. 458.

20 О томе: Ж. Бујуклић, Правно уређење средњовековне будванске комуне, Никшић, 1988, стр. 242.

21 D. Ulp. 24, 3, 7, 5.

**DIVORTIUM У ПЕРИОДУ ЦЕНТРАЛИЗОВАНО-
БИРОКРАТСКЕ И АПСОЛУТИСТИЧКЕ ДРЖАВЕ И
ЈЕДИНСТВЕНОГ ИМПЕРАТОРСКОГ РИМСКОГ ПРАВА**

У периоду централизовано-бироградске и апсолутистичке државе и јединственог императорског римског права у IV и V веку, под утицајем хришћанства и хришћанског учења о неразрешивости брака, императори почевши од Константина па све до Јустинијана, уводе ригорозне прописе за случај развода брака. У овом периоду су тачно одређени узроци који се могу сматрати оправданим разлозима за развод брака (нпр. импотенција, завет на чистоћу, замонашење). Тако је римско право посткласичног периода увело *divortium cum damno* и *divortium sine damno*.

У доба Јустинијана регулисане су две форме развода: споразумни развод (*divortium communi consensu*) и развод по вољи једног супружника из оправданих разлога (*divortium bona gratia* - уколико је један супружник положио завет чистоће или је ступио у неки монашки ред). У другом случају правила се разлика између *repudium sine ulla causa* (неоправданог једностраног раскидања брачне заједнице) и *repudium ex iusta causa* (раскидања брачне заједнице због кривице једног од супружника). Као скривљени бракоразводни узроци наводили су се: неверство, одузимање туђег живота, подвођење, неморалан живот и слично. Штетне последице које су погађале страну која је била крива за развод брака биле су: губитак мираза и донације *propter nuptias*, као и забрана поновног ступања у брак. Кривичноправне санкције биле су: депортација, затварање у манастир и слично.

Када су у питању имовинско-правне последице које прате развод брака, требало би истаћи да је Јустинијан регулисао и мирзни режим у корист жене.²² Дакле, на самом крају римске историје жена је добила *rei vindicati utilis* и на тај начин је постала власник свог мираза.

На основу изложеног, можемо закључити да је римско право посткласичног периода строго забрањивало и кажњавало случајеве неоправданог развода брака, мада то не значи да у пракси до развода није ни долазило. Међутим, јак утицај цркве и њено учење о нераскидивости брака су се у великој мери рефлектовали на институт развода и тиме поставили темеље средњовековном учењу које је у потпуности забранило могућност развода брака.

22 Отуда неки извори наводе да је добио надимак *uxoris legislator*.

РАЗВОД БРАКА У САВРЕМЕНОМ УПОРЕДНОМ ПРАВУ

Измењене друштвене прилике, ширење корпуса људских права и либерализација бракоразводног законодавства, неки су од фактора који доводе до пораста броја развода у савременом свету. Разводи су у пракси све учесталији, а изузетну фреквентност овог феномена најбоље илуструје податак да је током последњих педесет година број склопљених бракова у константном паду, док је број развода у истом периоду у непрекидном порасту.²³ У контексту драматичног смањења стопе нупцијалитета, раст стопе диворцијалитета постаје алармантан. Са друге стране, дискутабилно је да ли је на данашњем ступњу друштвеног развитка оправдано ограничавати могућност развода, којим механизмима је изводљиво то учинити, као и колика је њихова делотворност на плану васпитног деловања на супружнике и смањења вредности диворцијалитета у једном друштву.

У већини савремених права прихваћен је објективни бракоразводни систем заснован на једном општем бракоразводном узроку, који је формулисан као неповратни слом брака или као озбиљан и трајан поремећај брачних односа. При том, кривица за повреду брачних дужности је ирелевантна у домену допуштености иницирања процедуре, као и изрицања развода ако се утврди постојање законом предвиђеног бракоразводног узрока. Ипак, принцип кривице није у потпуности изгубио на значају, с обзиром да поједини бракоразводни режими обухватају и скривљене бракоразводне узроке. Стога је у доктрини, па и у друштву уопште, и данас у извесној мери спорно на којим принципима треба обликовати бракоразводно законодавство, односно да ли треба прихватити искључиво објективни бракоразводни систем или задржати и одређене скривљене бракоразводне узроке.²⁴

Савремени правни системи најчешће нормирају два модела развода - развод по тужби и споразумни развод. Међутим, развод по споразуму често није изричито регулисан, већ егзистира у оквиру општег бракоразводног узрока.

Тако је у Немачком грађанском законнику²⁵ прихваћен један објективни бракоразводни узрок, који је формулисан као неуспех или пропаст брака (**Scheitern**; пар. 1564 BGB). Брак је пропао када заједница живота између

23 Детаљније о статистичким показатељима кретања стопе диворцијалитета у појединим савременим правним системима: Т. Китановић, Споразумни развод брака у домаћем и упоредном праву, докторска дисертација, Нови Сад, 2011, стр. 135 и даље.

24 О томе: D. Schwab, Familienrecht, Verlag C. H. Beck, München, 2008, стр. 145.

25 Немачки грађански законик (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB), <http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/bgb>.

супружника не постоји и када се не може очекивати да ће бити поново успостављена (пар. 1565 I BGB). Развод брака је могућ ако су код једног или оба супружника неповратно уништени духовни темељи брачне заједнице. Будући да се суд налази у деликатној позицији, јер у поступку мора да утврди степен поремећености брачних односа, како би се избегло задирање у интиму супружника и олакшао положај суда, уведене су претпоставке о пропасти брака. Тако се необориво претпоставља да је брак пропао ако су супружници живели одвојено годину дана и ако обоје подносе захтев за развод, као и ако један супружник подноси захтев за развод, а други се у току бракоразводне процедуре сагласи са разводом (пар. 1566 I BGB). У овом контексту, може се говорити о егзистенцији и специјалном положају споразумног развода у немачком бракоразводном систему. Најзад, необориво се претпоставља да је брак пропао ако су супружници живели одвојено три године (пар. 1566 II BGB). Уколико, пак, супружници нису живели одвојено годину дана, развод је могућ ако би настављање брачне заједнице за тужиоца било неподношљиво из разлога који се налази у личности туженог супружника (пар. 1565 II BGB).²⁶

Објективни бракоразводни систем је акцептиран и у позитивном швајцарском праву, које омогућава развод брака увек када је брачна заједница изгубила смисао и сврху свога постојања, без обзира на конкретне узроке који су довели до пропасти брака, при чему је кривица супружника од значаја само у изузетним ситуацијама.²⁷ Наиме, Швајцарски грађански законик²⁸ нормира развод на заједнички захтев супружника и развод по тужби једног супружника. Законодавац фаворизује престанак брака на заједнички захтев, при чему су могуће две његове варијанте, у зависности од тога да ли су супружници постигли сагласност о разводу и о последицама развода које подлежу диспозицији странака (чл. 111 ZGB), или су пак, постигли само сагласност о разводу брака, док се о последицама развода уопште не могу договорити, или се могу договорити само фрагментарно, када ће спорне последице уредити суд (чл. 112 ZGB). Поред тога, право на развод може се остварити подношењем тужбе, уколико су супружници живели одвојено најмање две године у континуитету (чл. 114 ZGB). Само супсидијарно и у интересу правичности, уколико се чекање

26 Опширније о разводу брака у Немачкој: Т. Китановић, Институт развода брака у праву Немачке, Зборник радова Правног факултета у Нишу, тематски број «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», бр. 62/2012, стр. 347-358.

27 Детаљније о особеностима швајцарског бракоразводног режима: Т. Китановић, Основне одлике швајцарског бракоразводног система, Правни живот, бр. 10/2009, стр. 1123-1135.

28 Швајцарски грађански законик (Zivilgesetzbuch - ZGB), <http://www.admin.ch/ch/d/sr/21.html>.

да истекне сепарациони рок чини неприхватљивим, као разлог за развод може се активирати чињеница да је заједнички живот супружника постао непоношљив у тој мери да настављање брака више нема смисла (чл. 115 ZGB). Међутим, овај бракоразводни узрок се мора крајње рестриктивно примењивати, будући да би његова (евентуална) злоупотреба могла довести до брзог развода против воље једног супружника, тј. до репудијације, што никако не може бити у складу са првобитном идејом законодавца, који је, прописујући овај бракоразводни узрок, имао у виду оне тешке животне ситуације у којима моментални развод представља спас за једног супружника.²⁹

Руско право познаје један општи бракоразводни узрок дефинисан као немогућност остваривања заједнице живота. Законодавац је лимитирао моћ компетентних органа да истражују конкретне разлоге развода брака у случају постојања споразума супружника, будући да постигнути споразум указује на то да је брак неповратно пропао и да настављање брачне заједнице више није могуће. При том, споразумни развод је у тесној вези са административном процедуром, која има дугу традицију у руском бракоразводном систему. Наиме, по Породичном закону Русије³⁰, развод брака се може добити у административном поступку уколико супружници немају заједничку малолетну децу, а постигли су сагласност о последицама развода, као и када је један супружник лишен пословне способности, када је судским путем утврђено да је један супружник нестало и када је један супружник осуђен на казну затвора у трајању преко три године (чл. 19). Ако супружници имају малолетно потомство, развод могу добити искључиво у судском поступку, који се јавља у два вида - спорном и неспорном, у зависности од тога да ли су супружници својим споразумом уредили последице развода, превасходно оне које се тичу деце, или о њима мериторно одлучује суд (чл. 21). Иако су суду дата велика овлашћења у погледу испитивања споразума родитеља о деци, у пракси је приметна тенденција да судије ове споразуме подвргавају маргиналним испитивањима.³¹

29 Детаљније о томе: Н. Hausheer, Т. Geiser, R. E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2007, стр. 118.

30 Породични закон Русије, Семейный кодекс и брачный договор, Социальная защита, выпуск 5/1996.

31 М. Antokolskaia, *Grounds for Divorce and Maintenance Between Former Spouses*, National Report, Russia, <http://www.law.uu.nl/priv/cefl>, стр. 17.

Француски грађански законик³² нормира два модела споразумног развода: развод на основу споразума супружника (*divorce par consentement mutuel*; art. 230-232 СС) и развод на бази прихватања дефинитивног слома брака (*divorce accepté; d'acceptation du principe de la rupture du mariage*; art. 233-234). Код првог модела споразумног развода, супружници морају постићи и презентовати суду споразум о разводу и комплетан споразум о његовим последицама, док се код друге форме споразумног развода супружници саглашавају да је њихов брак доживео дефинитивни слом, док ће спорне последице развода уредити суд. Поред тога, предвиђена су још два бракоразводна узрока: развод услед дефинитивног нарушавања брачне везе (*divorce pour altération définitive du lien conjugal*; art. 237 СС) и развод на основу кривице (*divorce pour faute*; art. 242 СС). Иако је у време последње реформе бракоразводног законодавства (почетком XXI века) 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. Међутим, основна преокупација законодавца јесте фаворизовање споразума супружника, 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*).³³

Шведски Закон о браку³⁴ третира брак као добровољну заједницу мушкарца и жене. Стога је за добијање развода довољна жеља само једног супружника да га раскине. Ако је други супружник сагласан, развод се може добити одмах, осим ако супружници имају децу испод 16 година старости, када је обавезан период за размишљање у трајању од шест месеци. Исто тако, уколико се један супружник не слаже са разводом, иако у браку нема деце испод 16 година, шестомесечни период за размишљање неизоставно мора претходити разводу (Део 5, чл. 1-2). Шведско право се, дакле, одликује специфичним бракоразводним системом, који напушта како кривицу за повреду брачних дужности, тако и неповратни слом брака као бракоразводни узрок, при чему је првенствени значај дат року за размишљање, након чијег истека суд мора изрећи развод.

32 Интегрални текст Француског грађанског законика (Code civil - СС) доступан је на сајту француске Владе: <http://www.legifrance.gouv.fr>.

33 Детаљније о томе: P. Courbe, *Le divorce*, Paris, Dalloz, 2004, стр. 55-56.

34 Закон о браку Шведске (Äktenskapsbalken, SFS 1987:230), <http://www.sweden.gov.se/sb/d/3288>.

РАЗВОД БРАКА У САВРЕМЕНОМ СРПСКОМ ПРАВУ

Сагласно сада већ општеприхваћеним стандардима у домену развода брака, домаће бракоразводно законодавство промовише крајње либерализован концепт развода, при чему се отишло и корак даље у односу на компаративно право, тако да је право на раскид брака Уставом Србије³⁵ уздигнуто на ниво уставног права човека.³⁶ Наиме, у чл. 62 ст. 1 Устава је предвиђено да “свако има право да слободно одлучи о закључењу и раскидању брака”. Овим се гарантује слобода развода, тако да одбијање развода у домаћој судској пракси више није могуће. При том, интервенција државе се ограничава, углавном, на заштиту интереса деце, док се уређење међусобних односа супружника све више препушта њиховој иницијативи и сагласности, што иде у прилог тези о све већој приватизацији породичног права.³⁷

Породични закон Србије³⁸ нормира два модела развода - развод по тужби и споразумни развод. Уколико се брачни партнери определе за опцију споразумног развода, дужни су закључити писмени споразум о разводу који обавезно садржи писмени споразум о вршењу родитељског права и писмени споразум о деоби заједничке имовине (чл. 40 ПЗС). Родитељи се могу определити за самостално или заједничко вршење родитељског права (чл. 76 и 78 ПЗС).³⁹ Споразум супружника о вршењу родитељског права суд уноси у изреку пресуде о разводу брака ако процени да је у најбољем интересу детета (чл. 225 ст. 1 ПЗС). Дакле, судови нису у потпуности лишени контролних овлашћења, али је присутан тренд опадања ауторитативне моћи судова, тако да је њихова моћ, у поређењу са прохујалим временима, далеко мања.⁴⁰

Споразумни развод је у нашем важећем праву конципиран тако да су брачни партнери дужни споразумно уредити и имовинске односе, чиме се елиминише потреба за вођењем поступака за деобу брачне тековине, што

35 Устав Републике Србије, “Сл. гласник РС”, бр. 98/2006.

36 Детаљније о недостацима овог уставног решења: О. Цвејић-Јанчић, Устав као извор породичног права, Правни живот, бр. 10/2008, стр. 216.

37 Опширније о процесу приватизације породичног права: З. Поњавић, Ново породично законодавство - процес приватизације породичног права, зборник радова: Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 7-9.

38 Породични закон Републике Србије (ПЗС), «Сл. гласник РС», бр. 18/2005.

39 Детаљније о специфичностима вршења родитељског права након развода брака: Т. Китановић, Вршење родитељског права после развода брака, Правни живот, бр. 7-8/2011, стр. 31-46.

40 З. Поњавић, Уговорно вршење родитељског права, Правни живот, бр. 10/2008, стр. 236.

је од изузетног значаја, с обзиром да ови поступци у домаћој судској пракси спадају у ред комплексних, дуготрајних и исцрпљујућих процеса. Овај услов је профилисан са намером да се супружници благо дисциплинују и уложе додатни труд како би њихов развод заиста био резултат постигнуте сагласности у погледу најважнијих питања њихових будућих односа.⁴¹ При том, суд без преиспитивања уноси постигнути споразум о деоби имовине у изреку пресуде којом разводи брак по споразуму (чл. 225 ст. 2 ПЗС).

Уколико се, међутим, супружници не могу споразумети о разводу и његовим последицама, а брачни односи су озбиљно и трајно поремећени или се објективно не може остваривати заједница живота, један супружник може иницирати бракоразводну процедуру тужбом за развод брака (чл. 41 ПЗС). Али, и у овом случају је пожељно да супружници, током поступка нагодбе (коју спроводи суд, орган старатељства или друга установа специјализована за посредовање у породичним односима), постигну споразум о вршењу родитељског права и споразум о деоби заједничке имовине, при чему су овлашћења суда у погледу ових споразума идентична онима која он има у поступку покренутом предлогом за споразумни развод (чл. 240-246 ПЗС).

По нашем актуелном праву, кривица за развод брака је без значаја, као и конкретни узроци који су довели до поремећаја брачних односа, тако да је даље остваривање заједнице живота немогуће. У пракси то могу бити најразноврсније околности, као што су: прељуба једног супружника, несагласност нарави услед разлика у васпитању, различити погледи на живот, различите породичне и етичке вредности, материјалне потешкоће, уплитање родитеља у односе супружника и слично. Битно је једино да су односи супружника озбиљно и трајно поремећени, па из тог разлога настављање брачне заједнице више није могуће. У сваком случају, уздизањем права на развод на ниво уставног права, у нашем правном систему је отворен пут за слободан излазак из брака, излазак без строгих материјалних услова и без оптерећујућих формалности, при чему је развод постао брз и једноставан, независно од тога којим иницијалним актом је покренут поступак за развод, док је у првом плану регулисање последица развода споразумом супружника.

ЗАКЉУЧНЕ НАПОМЕНЕ

Историјски посматрано, институт развода брака је прошао пут од апсолутне забране развода, преко његове допуштености у лимитативно побројаним случајевима заснованим на скривљеном понашању једног

41 М. Драшкић, Породично право и права детета, Београд, 2005, стр. 140.

супружника, до напуштања кривице као бракоразводног узрока и пружања све већих слобода брачним партнерима у сфери раскида брачне заједнице. Сагласно модерним тенденцијама у домену регулисања односа у браку и породици, савремени бракоразводни режими одликују се високим степеном либерализације, при чему је у већини правних система прихваћен објективни бракоразводни систем, који се темељи на поремећености брачних односа и поимању развода као лека за нарушене односе супружника. Ипак, принцип кривице није у потпуности изгубио на значају, будући да је у појединим савременим правима допуштен и развод заснован на повреди брачних дужности од стране једног супружника.

Поред тога, у правној доктрини и судској пракси брак се третира као приватноправни однос који настаје сагласношћу воља супружника. Стога се брачним партнерима омогућава излазак из брака на исти начин, тј. на основу споразума, тако да споразумни развод заузима специјалну позицију у савременим бракоразводним системима, независно од тога да ли је нормиран као посебан начин престанка брака, или егзистира у оквиру једног општег бракоразводног узрока.

Модерни бракоразводни системи не промовишу апсолутну слободу развода, што додуше, не важи за савремено српско право, у коме је право на раскид брака нормирано као уставно право човека, већ је право на развод омеђано извесним ограничењима, уколико је очување брака неопходно из нарочито оправданих разлога, који су у интересу заједничке малолетне деце или супружника који се противи разводу. Међутим, иако је брак изузетно значајна установа, дискутабилно је да ли је на данашњем ступњу друштвеног развитка оправдано ограничавати могућност развода, којим механизмима је изводљиво то учинити, као и колика је делотворност ових механизма на плану васпитног деловања на супружнике и смањења вредности диворцијалитета у једном друштву.

Marija Ignjatović, LL.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Niš
Tanja Kitanović, LL.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Niš

DIVORTIUM FROM ROMAN LAW TO CONTEMPORARY LAW

Summary

The work is dedicated to the analysis of the divorce institute from Roman law to current law. At the beginning of the work the basic characteristics of divorce system, valid in ancient Rome, were pointed out, as well as the particularities of Roman slavestate and the social structure in it, which were crucial for shaping this system. The work then deals with divorce regimes which are nowadays used in certain modern countries, whose legal systems are based on the Roman law. Since the Roman law is the legacy of great importance also for Serbian law, special attention is paid to regulation of marriage divorce in our positive law. In the conclusion of the work the research results in domain of marriage as sociological and legal phenomenon are summarized and some possible future directions of the development of this institution are emphasized.

Key words: *divorce of marriage, roman law, contemporary law.*

ИНСТАНЦИОНА ЗАШТИТА ИЗБОРНОГ ПРАВА - ПО ПРИГОВОРУ СТРАНКЕ ИЛИ ПО СЛУЖБЕНОЈ ДУЖНОСТИ?¹

Апстракт: У раду се применом позитивно-правног и упоредно-правног метода врши анализа проблема заштите изборног права од стране органа изборне администрације по службеној дужности. Аутор наводи став из параграфа 102 Кодекса добре праксе у изборним стварима Венецијанске комисије према коме више хијерахијске инстанце треба да буду овлашћене да по службеној дужности исправе или пониште одлуке нижих изборних комисија. Након приказа правног режима заштите изборног права и поступка управне и управно-судске заштите изборног права аутор приступа анализи еволуције ставова српске јудикатуре по овом питању. Циљ рада је да стручној јавности укаже на могуће злоупотребе овлашћења приликом одлучивања по службеној дужности односно на потребу прецизног регулисања овог питања законом.

Кључне речи: изборно право, управни поступак, Управни суд.

1. МЕЂУНАРОДНИ И ЕВРОПСКИ СТАНДАРДИ У ОБЛАСТИ ЗАШТИТЕ ИЗБОРНОГ ПРАВА

Воља грађана изражена непосредно на слободним и поштеним изборима једна је од основних претпоставки демократске правне државе. Минимални међународни стандарди садржани су у Универзалној декларацији о људским правима (члан 21), Међународном пакту о грађанским и политичким правима (члан 25), Европској конвенцији о заштити људских права и слобода (Протокол бр. 1 - члан 3), али њихову садржину нећемо посебно наводити, јер није од непосредног значаја за предмет рада. Од

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

међународних организација водећу улогу у стандардизацији норми из ове области имају Организација за европску безбедност и сарадњу (ОЕБС) и Венецијанска комисија.

Принципи изборног права развијани су у почетку кроз делатност Конференције за европску безбедност и сарадњу (КЕБС).² У оквиру ове организације усвојено је више значајних докумената (Париска повеља за нову Европу са самита КЕБС-а, од 21. новембра 1990. године, документ Конференције о људској димензији, усвојен на састанку у Копенхагену 29. јуна 1990. године и др.). На трећем састанку Конференције о људској димензији, у Москви 1991. године, државе учеснице су констатовале да „обавезе преузете у области људске димензије КЕБС представљају питања од директног и легитимног интереса за све државе учеснице и да нису искључиво унутрашња ствар односне државе“.³ У оквиру КЕБС-а, у Ослу новембра 1991. године, донета је одлука да се Канцеларија за слободне изборе трансформише у Канцеларију за демократске институције и људска права (Office for Democratic Institutions and Human Rights – ODIHR). Године 1994. у Будимпешти КЕБС мења назив у Организација за европску безбедност и сарадњу (ОЕБС). У вези са предметом рада најзначајнији документ ОДИХР-а су Смернице за оцену правног оквира за изборе (Guidelines for Reviewing a Legal Framework for Elections) из јануара 2001. године.⁴

Друга међународна институција од значаја у овој области, Европска комисија за демократију путем права (Венецијанска комисија) у својим мишљењима и компаративним студијама вршила је разраду принципа везаних за слободне и фер изборе који чине *тзв. европско изборно наслеђе*. То је пре свега учинила Кодексом добре праксе у изборним стварима из октобра 2002. године,⁵ који садржи основне стандарде европског изборног права, које су подржане од Парламентарне скупштине, Конгреса и Комитета министара Савета Европе.⁶ Свечаном декларацијом од 13. маја 2004. године,

2 CSCE самит из 1990 (Conference for Security and Co-operation in Europe (CSCE) данас Организација за европску безбедност и сарадњу - OEBS)

3 С. Младеновић, „Улога ОЕБС/ОДИХР у посматрању избора: случај Србије“, *Политичка ревија*, 11/3, 2012, стр. 255.

4 Office for Democratic Institutions and Human Rights, *Guidelines for Reviewing a Legal Framework for Elections*, Warsaw, 2001, (<http://www.osce.org/odihr/elections/13960>, приступљено 5.12.2013.)

5 European Commission for Democracy through Law, Council of Europe, *Code of Good Practice in Electoral Matters: Guidelines and Explanatory report*, Strasbourg, 2003, (<http://www.venice.coe.int/webforms/documents/CDL-AD%282002%29023rev.aspx>)

6 European Commission for Democracy through Law, Council of Europe, *Electoral Law*, Strasbourg, 2013, (<http://www.venice.coe.int/WebForms/documents/?pdf=CDL-EL%282013%29006-e>, приступљено 5.12.2013.)

Комитет министара Савета Европе признао је значај Кодекса добре праксе у области избора, који одражава принципе европског изборног наслеђа, као референтног документа Савета Европе у овој области и који представља основ за могуће даље унапређење правног оквира за демократске изборе у земљама Европе. Кодексом се јасно дефинишу општи принципи изборног права који обухватају: опште, једнако, слободно, тајно и непосредно бирачко право, учесталост избора, оквирне услове за организацију одговарајућих избора, поштовање људских права, стабилност изборног законодавства и процесне мере као што су организација избора од стране непристрасног органа и делотворан систем жалби и надзора.

У параграфу 102. Кодекса добре праксе у изборним стварима Венецијанске комисије наводи се: „У случају када су хијерархијски више комисије жалбене инстанце, оне треба да буду овлашћене да по службеној дужности исправе или пониште одлуке нижих изборних комисија“!⁷ Сличну препоруку, „да се размотри могућност да РИК самоиницијативно испитује одређене наводе“ налазимо у Коначном извештају Ограничене мисије за посматрање избора Канцеларије за демократију и људска права ОЕБС -а из јула 2012. године.⁸ У извештају се чак наводи да је и међу одређеним члановима Републичке изборне комисије овакво схватање имало своје поборнике.⁹

У светлу ових решења биће анализирани и најновије одлуке Управног суда Србије које су донете у појединим случајевима оцене законитости одлука изборних комисија поводом избора одржаних 2012. године. Но, пре детаљније анализе оправданости њихове примене у српском правном систему, важно је показати како је организован правни режим заштите изборног права у Републици Србији.

2. НОРМАТИВНИ ОКВИРИ ЗАШТИТЕ ИЗБОРНОГ ПРАВА У СРБИЈИ

Учешћем на изборима политички субјекти реализују своје бирачко право, као демократско, опште, једнако, непосредно и тајно право, те избори представљају најважнији облик институционализоване партиципације грађана у друштвеном животу, у којем су социо-структурна раслојавања без значаја.¹⁰

7 Where higher-level commissions are appeal bodies, they should be able to rectify or annul ex officio the decisions of lower electoral commissions.

8 Канцеларија за демократске институције и људска права, ОЕБС, *Република Србија – Парламентарни и превремени председнички избори 06. и 20. маја 2012. године (Коначан извештај Ограничене мисије за посматрање избора ОЕБС/КДИЉП)*, Варшава 2012, стр. 19.

9 Исто.

10 D. Nohlen, *Izborna pravo i stranački sustav*, Zagreb, 1982, стр. 20-25.

Изборно право је сложено право, које у себи обухвата више сродних права: активно и пасивно бирачко право, право на упис у бирачки списак, право на обавештеност бирача, право кандидовања и право на заштиту оствареног посланичког мандата.¹¹ Тако схваћено изборно право се још назива и материјално изборно право, и оно у суштини обухвата права и дужности учесника у изборном поступку – чиме се одређује њихов статус и улога у изборном процесу.

Процесно изборно право, са друге стране, чине правила која уређују ток и садржај изборног поступка. Оно има своја оригинерна, изворна правила којима се регулише поступак обављања одређених изборних радњи (поступак кандидовања, гласања, утврђивања резултата гласања и уписа у бирачки списак) и супсидијарна правила, када се примењују прописи којима је регулисано управно поступање, судско поступање (управни спор, кривични поступак), уставно-судско поступање (изборни спор, уставна жалба) и прекршајно поступање.

У члану 52. Устава Републике Србије утврђено је изборно право, као опште и једнако, избори као слободни и непосредни, а гласање као тајно и лично. Утврђени су и услови за активно и пасивно изборно право (пунолетство, пословна способност и држављанство Републике Србије), као и јемство правне заштите изборног права, у складу са законом. Уставно одређење изборног права се на општи начин односи на све врсте непосредних избора у правном систему Републике Србије.

Нормативни оквир за управно-судску заштиту изборног права у Србији чине релевантни домаћи прописи и ратификовани међународни уговори, почевши од Устава Србије.¹² Основни извори права су и Закон о избору народних посланика¹³ и Закон о локалним изборима¹⁴. Супсидијарни извори су одговарајући процесни закони и други прописи: Закон о општем управном поступку,¹⁵ Закон о управним споровима,¹⁶ и др.

11 М. Настић „Заштита изборног права“, у: З. Стојиљковић, Д. Спасојевић, *Препоруке за измену изборног законодавства у Србији*, Београд, 2011, стр. 52.

12 „Сл. гласник РС”, бр. 98/2006.

13 „Сл. гласник РС”, бр. 35/2000, 57/2003 – одлука УСРС, 72/2003 – др. закон, 75/2003 – испр. др. закона, 18/2004, 1 1/2005 – др. закон, 85/2005 – др. закон, 28/2011 – одлука УС, 36/2011 и 1 4/2009 – др. закон.

14 „Сл. гласник РС”, бр. 129/2007, 34/2001– одлука УС и 54/2011.

15 „Службени лист СРЈ”, бр. 33/97 и 31/2001, и „Службени гласник РС”, бр. 3 /2001.

16 „Сл. гласник РС”, бр. 111/2009.

На основу наведених закона различити органи управе, као што су изборне комисије, доносе низ подзаконских аката, најчешће поводом сваких конкретних избора понаособ.¹⁷

Тако су ради спровођења избора за народне посланике у Народној скупштини и избора за председника Републике, расписаних за 6. мај 2012. године донети, поред осталих, Упутство за спровођење избора за народне посланике Народне скупштине и избора за председника Републике, расписаних за 6. мај 2012. године;¹⁸ Роковник за вршење изборних радњи у поступку спровођења избора за народне посланике Народне скупштине и избора за председника Републике, расписаних за 6. мај 2012. године,¹⁹ и Правила о раду бирачких одбора за координирано спровођење свих избора расписаних за 6. мај 2012. године²⁰.

3. УПРАВНА И УПРАВНО-СУДСКА ЗАШТИТА ИЗБОРНОГ ПРАВА

Према временском тренутку у којем се обезбеђује, заштита изборног права може бити:

- 1) заштита која се пружа током изборног поступка (изборни спорови),
- 2) заштита изборног права непосредно након окончања изборног поступка (у поступку верификације мандата) и
- 3) заштита изборног права у међуизборном периоду (заштита права посланика, односно заштита оствареног бирачког права).²¹

У поступку заштите изборног права приликом *избора народних посланика* сваки бирач, кандидат и подносилац изборне листе има право да у року од 24 часа поднесе *приговор* против одлуке, радње или пропуста бирачког одбора због повреде изборног права у току избора или неправилности у поступку предлагања односно избора. Адресат приговора је Републичка изборна комисија, која доноси решење у року од 48 часова од часа пријема приговора и доставља га подносиоцу приговора и свим подносиоцима изборних листа. Ако Републичка изборна комисија усвоји приговор, поништиће оспорену одлуку или радњу. Ако Републичка изборна комисија по приговору не донесе решење у роковима предвиђеним законом, сматраће се да је приговор усвојен! Овде се ради о *позитивном ћутању управе* што

17 Пословник Републичке изборне комисије – „Сл. гласник РС”, бр. 5/2012.

18 „Сл. гласник РС”, бр. 29/2012 – пречишћен текст и 31/2012 – испр.

19 „Сл. гласник РС”, бр. 2 /2012 и 28/2012.

20 „Сл. гласник РС”, бр. 29/2012 – пречишћен текст.

21 М. Настић, н.д., стр. 60.

је изузетак од правила да „ћутање” управног органа по захтеву странке значи одбијање истог захтева.

Против сваког решења Републичке изборне комисије донетог по приговору може се изјавити жалба Управном суду (раније Врховном суду), који „одлучује по жалби сходном применом одредаба закона којим се уређује поступак у управним споровима”. Жалба се подноси преко Републичке изборне комисије у року од 48 часова од пријема решења. Републичка изборна комисија дужна је да у року од 24 часа од пријема жалбе достави Управном суду приговор и све потребне списе. Одлука по жалби донеће се најкасније у року од 48 часова од пријема жалбе са списима. Одлука донета у поступку по жалби је правноснажна и против ње се не могу поднети ванредна правна средства предвиђена законом којим се уређује управни спор. Ако суд усвоји жалбу и поништи изборну радњу, односно изборе, одговарајућа изборна радња, односно избори, поновиће се најдоцније за десет дана (в. одредбу члана 97. Закона о избору народних посланика).

Према *Закону о локалним изборима*, Управни суд поступа по жалби, и то:

- против решења скупштине јединице локалне самоуправе о именовању председника и чланова изборне комисије у сталном саставу, која је изјављена у року од 24 часа од доношења решења (члан 14. став 11. Закона);
- на одлуке скупштине јединице локалне самоуправе о престанку мандата одборника, као и о потврђивању мандата новом одборнику (члан 49. Закона);
- против решења изборне комисије заинтересована странка може изјавити жалбу Управном суду. Ова жалба може се изјавити у року од 24 часа од достављања решења (члан 54. Закона);
- против одлуке скупштине општине јединице локалне самоуправе донете у вези са потврђивањем мандата одборника. Ова жалба може се изјавити у року од 48 часова од дана доношења одлуке (члан 56. став 7. Закона).

Одлука суда по жалби је правноснажна и против ње је искључено подношење захтева за преиспитивање судске одлуке и тужбе за понављање поступка. Уколико суд усвоји жалбу поништиће одлуку или радњу у поступку предлагања кандидата, односно у поступку избора одборника, или ће поништити избор одборника. Оно што треба посебно истаћи, јесте да Закон о локалним изборима садржи одредбу о могућности доношења одлуке у спору пуне јурисдикције карактеристичном за управни спор, те да уколико нађе да оспорену одлуку треба поништити, ако природа ствари то дозвољава и ако утврђено чињенично стање пружа поуздан основ за то, *суд може својом одлуком мериторно решити изборни спор*, а оваква одлука

суда у свему замењује поништени акт. Напомињемо да овакво овлашћење Управни суд нема када су у питању спорови поводом избора посланика Народне скупштине! У даљем раду ће бити показано да у актуелној пракси Управног суда више нису ретке овакве пресуде, што представља позитивни помак у ангажовању суда да сам реши одређену управно-изборну ствар.

Уколико је по приговору, односно по жалби, поништена радња у поступку или избор одборника, изборна комисија је дужна да одговарајућу изборну радњу, односно изборе, понови у року предвиђеном за поновне изборе, а он се рачуна од дана доношења одлуке о поништењу. Закон о локалним изборима, као посебни закон, не садржи одредбе о другим врстама одлучивања (на пример, о одбијању жалбе или одбацивању жалбе), па се приликом доношења ових одлука мора сходно примењивати Закон о управним споровима.

Оно што у великој мери одређује ток изборног поступка је чињеница да Закон о локалним изборима уређује *посебне фазе* (кандидовање, спровођење, утврђивање и објављивање резултата) у којима лица која имају право на заштиту изборног права (сваки бирач, кандидат за одборника и предлагач кандидата), могу да је траже. Оне су одвојене, па се заштита изборног права због неправилности насталих у одређеној фази може тражити само до окончања фазе у којој су настале.

4. ПРОБЛЕМ ЗАКОНИТОСТИ ЗАШТИТЕ ИЗБОРНОГ ПРАВА ПО СЛУЖБЕНОЈ ДУЖНОСТИ (*EX OFFICIO*)

Поводом спорова проистеклих из избора одржаних маја 2012. године,²² као да је дошло до релативизације става управног судства у вези са одговором на питање може ли изборна комисија у поступку заштите изборног права, без приговора овлашћених учесника, сама, *ex officio* тј. по службеној дужности, поништавати изборе на појединим бирачким

²² Укупан број изборних спорова проистеклих из избора одржаних 2012. године, а који су свој епилог имали пред Управним судом, према подацима са интернет странице Управног суда (деловодним бројевима судских аката) износи 633. Према наводима судије Управног суда Живане Ђукановић изнетим на Округлом столу о решавању изборних спорова у Србији, одржаном 6. новембра 2013. године у Београду у организацији Канцеларије за демократске институције и људска права (Office for Democratic Institutions and Human Rights – ODIHR), ОЕБС-а и Националног демократског института (NDI), укупан број мериторно решених изборних спорова је 709. До пресуда које су предмет нашег рада дошли смо коришћењем пресуда које су јавно објављене на интернет страници Управног суда. Више о решавању изборних спорова видети у: Ђ. Вуковић, Д. Вучетић, *Избори 2012: (не)правилности у изборном процесу*. Ниш, 2013.

местима због уочених неправилности, погрешно обрачунатих резултата, ако је наступила правноснажност изборне радње (није улаган приговор).

До последњих избора правни став Управног одељења Врховног суда РС био је одречан и гласио је овако:

“Начело официјелности установљено Законом о општем управном поступку, на које указује жалилац, представља правило по коме управни поступак увек започиње радњом органа, за разлику од поступка заштите изборног права који започиње радњом овлашћеног подносиоца приговора. Начело официјелности долази до потпуног изражаја при покретању управног поступка по службеној дужности који има за сврху било стварање (утврђење) неке обавезе за странку, било укидање или умањење неког права које странка има, а ради заштите јавног интереса. Поништавање избора представља радњу која нема за циљ укидање или умањење неког права, већ суштинско остваривање и реализацију изборног права, чија заштита припада његовом титулару. Уколико је изборно право повређено, његова заштита може се тражити приговором у року од 24 часова од часа када је донета одлука, односно извршена радња коју подносилац приговора сматра неправилном, односно од часа када је учињен пропуст (члан 95. став 3. Закона). У погледу поступка покренутог по службеној дужности, по правилу, не прописују се рокови за његово покретање, па би поништавање избора од стране Републичке изборне комисије по службеној дужности и из тог разлога било непримерено изборном поступку у коме су све радње везане за рокове стриктно прописане Законом о избору народних посланика.

Врховни суд Србије налази да се, због свега изложеног, подносилац жалбе неосновано позива на примену начела официјелности у изборном поступку утврђеног одредбама члана 113. до 115. Закона о општем управном поступку, које се у конкретном случају не може применити. Ово стога што у складу са одредбом члана 22. Пословника Републичке изборне комисије (“Службени гласник РС”, бр. 27/04), Републичка изборна комисија сходно примењује одредбе Закона о општем управном поступку само у поступку по приговорима, а не у целом поступку спровођења избора, како се то у жалби наводи.”²³

23 Т. Стојчевић, М. Даниловић, М. Шупут, *Правна схватања и изводи из пресуда Врховног суда Србије: избори за народне посланике, избори за председника Републике*, Београд, 2008, стр. 15. Љ. Пљакић, „Изборна воља грађана у изборном поступку се штити приговорима и жалбама, а не по службеној дужности“ (Стручни коментар), *Правни инструктор*, Београд, Параграф Нет, 2012, бр. 28.

Међутим, пракса Управног суда прво је почела да се мења поводом изборних спорова проистеклих их изборних радњи предузетих приликом избора одржаних маја 2012. године, иако је у неколико ранијих пресуда²⁴ Управни суд, у истом чињеничном и правном основу, првобитно заузео становиште које је у складу са горе поменутих схватањем усвојеним на седници некадашњег одељења Врховног суда. Детаљније ће бити обрађене само оне пресуде којима је Суд поступање по службеној дужности у овој материји оценио као законито.

Пресудом Управног суда Уж. 409/2012 од 16.5.2012. године одбијена је жалба подносиоца изборне листе против решења којим је одбијен његов приговор против закључка о исправци записника о утврђивању резултата избора. Наиме, чланови Градске изборне комисије утврдили су да је правилно утврђен број гласова, али да је дошло до техничке грешке приликом утврђивања цензуса од 5% тако што је уместо укупног броја гласова бирача који су гласали, узет укупан број важећих листића, па је ова грешка исправљена по службеној дужности на основу члана 209. ЗУП-а. Суд је у овој пресуди нашао да има места исправци техничке грешке (члан 209. ЗУП-а) и примени самог ЗУП-а и мимо уложеног приговора, у изборном поступку, поступањем по службеној дужности. На изложени начин, по службеној дужности, а не по приговору, једној политичкој странци ускраћени су мандати признати претходним записником изборне комисије.

Суд је своју одлуку образложио овако:

„... Поступајући по приговору, Градска изборна комисија града Л., одлучила је као у диспозитиву ожалбеног решења, с обзиром да су чланови Градске изборне комисије утврдили да је дошло до техничке грешке приликом утврђивања цензуса од 5%, на тај начин што је уместо укупног броја гласова бирача који су гласали узет укупан број важећих листића, те су се чланови Градске изборне комисије сагласили да грешку треба исправити у складу са законом и да тиме није повређена изборна воља гласача, па је у складу са чланом 209. Закона о општем управном поступку, а ради исправљања очигледне грешке, односно утврђивања укупног броја бирача сходно члану 40. Закона о локалним изборима, на основу записника о раду бирачких одбора из којих је наведене податке могуће утврдити, Градска изборна комисија је са 18 гласова “за” и једним гласом “против”, одлучила као у диспозитиву ожалбеног решења.

Надаље, из списка произлази да је Градска изборна комисија града Л. дана 10.05.2012. године, донела закључак број 013-1-116/2012, на

24 Пресуде Уж. 525/2012 од 24.5.2012. године и Уж. 523/2012 од 24.5.2012. године.

основу члана 209. Закона о општем управном поступку (“Службени лист СРЈ” бр. 33/97 и 31/01 и “Службени гласник РС” бр. 30/10), и члана 9. Пословника о раду Градске изборне комисије (“Службени лист града Л.” бр. 4/12), о исправци записника о раду Граске изборне комисије Л. на утврђивању резултата избора за одборнике Скупштине града Л. одржаних 06.05.2012. године, јер је увидом у изборну документацију утврђено да је дошло до грешке приликом информатичке обраде података изборних резултата, да је број гласова које су изборне листе добиле утврђен тачно, али приликом рачунања цензуса и уноса података у софтвер у обзир су узети само важећи листићи, а требало је да се узме у обзир укупан број оних који су гласали.

Одредбом члана 40. став 1. и 4. Закона о локалним изборима, прописано је да изборна комисија утврђује резултате избора и о томе сачињава посебан записник. У расподелу мандата учествују изборне листе које су добиле најмање 5% гласова од укупног броја гласова бирача који су гласали.

Имајући у виду наведено, Управни суд налази да ожалбеним решењем није повређен закон на штету жалиоца. Ово из разлога што је увидом у изборну документацију утврђено да је дошло до грешке приликом информатичке обраде података изборних резултата, да је број гласова које су изборне листе добиле утврђен тачно, али приликом рачунања цензуса и уноса података у софтвер у обзир су узети само важећи листићи, уместо да се узме у обзир укупан број оних који су гласали, сагласно цитираним одредбама закона, а како према одговору на жалбу Градске изборне комисије града Л. од 15.05.2012. године записник о раду ГИК Л. на прелиминарном утврђивању резултата избора за одборнике Скупштине града Л. одржаних 06.05.2012. године, са седнице одржане 07.05.2012. године, није објављен у “Службеном листу града Л.”, то је по налажењу суда, правилно Градска изборна комисија града Л., пре објављивања коначних резултата, донела закључак о исправци рачунског дела записника о раду Градске изборне комисије Л. на утврђивању резултата избора за одборнике Скупштине града Л. одржаних 06.05.2012. године, правилно се позивајући на члан 209. Закона о општем управном поступку, јер ова правна ситуација није прописана Законом о локалним изборима, нити Законом о управним споровима, на чију примену упућује Закон о локалним изборима. Стога, правилно је ожалбеним решењем одбијен приговор жалиоца на неправилности у спровођењу и утврђивању резултата избора.“

И у следећој пресуди (Уж. 577/2012 од 19.6.2012. године) Управни суд - Одељење у Крагујевцу поновио је исти став. Због значаја за предмет рада пресуду наводимо скоро у целини:

„... Жалилац је поднео жалбу против ожалбеног решења Управном суду непосредно дана 11.06.2012. године у 08,30 часова и у њој је навео да Изборна комисија општине Т. у ожалбеном решењу није навела на основу чега је поновила изборну радњу и донела нови записник о утврђивању резултата. Она то није имала право да уради, јер је на тај начин очигледно прекршила одредбе члана 41. став 4. Закона о локалним изборима, којим је прописано да у року од 24 часа од затварања бирачких места изборна комисија врши расподелу одборничких мандата, о чему се саставља посебан записник, као и члана 54. став 5. Закона о локалним изборима, којим је прописана правноснажност одлука донетих у поступку по жалби. Одлуком Изборне комисије општине Т. је “исправљен” по истеку законског рока, благовремено сачињен и, у “Службеном гласнику” објављен записник, а незаконитост новодонетог записника, је посебно у томе што је њиме извршена другачија расподела мандата у односу на раније донети записник. Из образложења ожалбеног решења не може да се утврди да ли је Изборна комисија поступала по захтеву или по службеној дужности. По члану 52. Закона о локалним изборима рок за подношење приговора на објављене резултате избора био је 24 часа од дана усвајања записника, па како ниједан приговор није поднет, Изборна комисија није имала право да по службеној дужности врши поништај расподеле мандата, јер јој то овлашћење није дато одредбама Закона о локалним изборима. Како за покретање поступка, покренутог по службеној дужности, нису прописани рокови, Изборна комисија би у било ком тренутку у току трајања мандата изабране Скупштине могла да врши поништавање резултата избора, што није у складу са Законом о локалним изборима, где се рокови рачунају на сате и преклузивни су. Како Изборна комисија општине Т. није имала право да доноси “нови записник”, жалилац је предложио да суд жалбу усвоји и ожалбено решење поништи.

У одговору на жалбу, достављеном поштом (Post express) 12.06.2012. године у 16,58 часова и примљеном у суду дана 13.06.2012. године у 09,40 часова, Изборна комисија општине Т. је навела да је Записником о раду на утврђивању резултата избора за одборнике Скупштине општине Т., одржаних 06. маја 2012. године, број 013-5-128/09-12 од 07.05.2012. године утврдила број гласова који је добила свака изборна листа и број расподељених мандата за сваку од њих. Он је

објављен у „Службеном листу општине Т.” број 4/2012 од 08.05.2012. године и на њега није било изјављених приговора овлашћених подносилаца. Закључком број 013-5-146/2012-09 од 18.05.2012. године Изборна комисија општине Т. је исправила Записник број 013-5-128/09-12 од 07.05.2012.године, и то у тачки 5. у делу који се односи на број мандата које су добиле поједине изборне листе, јер је дана 18.05.2012. године Изборној комисији, од стране лица које је уносило податке са записника о раду бирачких одбора, достављена службена белешка сачињена истог дана у 9,23 часова, у којој се наводи да је дана 07.05.2012.године у 7,30 часова приликом уноса података, због техничке грешке (програм за прерачунавање мандата одборника није повукао из EXCEL-а све податке, тачније податке о броју неважећих листића), дошло до **грешке у прерачунавању освојених мандата** (подвукао Д.В.), која је уочена тек након усмене примедбе члана изборне комисије од 17.05.2012.године, јер пре тога није било приговора. Изборна комисија је извршила увид у табеле приложене уз службену белешку од 18.05.2012.године и упоредном анализом табела утврдила да је приликом електронске обраде података учињена техничка грешка, па је након исправљања исте, утврђено да је изборна листа Уједињени региони Србије-Верица Калановић уместо утврђених 17 освојила 18 мандата, изборна листа Покренимо Т.-Томислав Николић (Српска напредна странка, Нова Србија, Покрет снага Србије-БК, Покрет социјалиста) уместо утврђених 7 освојила 8 мандата и изборна листа Српски покрет обнове-др Радован Поповић уместо утврђених 5 освојила 6 мандата, а да Изборна листа Демократска странка Србије-Војислав Коштуница није уопште освојила потребан број гласова за учешће у расподели мандата, констатујући да је истог дана, 18.05.2012.године, од стране четири члана Изборне комисије поднет захтев за исправљање напред наведене техничке грешке. На закључак о исправци од 18.05.2012. године, подносилац Изборне листе Демократска странка Србије - Војислав Коштуница, је изјавио приговор који је Изборна комисија општине Т. одбила решењем број 013-5-157/2012-09 од 21.05.2012. године, које је Управни суд, усвајајући жалбу подносиоца приговора поништио својом пресудом I - 3 Уж.523/12 од 24.05.2012. године. Како је записником од 07.05.2012.године погрешно утврђен број гласова и број освојених мандата супротно записницима о раду бирачких одбора са свих 67 бирачких места због чега је изборна листа жалиоца добила мандате иако није освојила цензус, изборна комисија је поновила изборну радњу утврђивања резултата избора и донела записник од 07.06.2012.године. Остала је у свему при образложењу

ожалбеног решења и навела да нема усвојен Пословник о раду, а уз одговор на жалбу је доставила списе предмета.

Одлучујући о поднетој жалби, на основу одредбе члана 54. став 1. и 3. Закона о локалним изборима ("Службени гласник РС", број 129/07, 34/10 и 54/11), која је допуштена и благовремено изјављена од овлашћеног лица, оценом навода жалбе, одговора на жалбу и достављених списа предмета, Управни суд је нашао да је жалба неоснована.

Правилно је Изборна комисија општине Т. одбила приговор жалиоца, са исправком приговора, изјављен на Записник о раду Изборне комисије општине Т. на утврђивању резултата избора за одборнике Скупштине општине Т. одржаних 06. маја 2012. године број 013-5-171/2012-09 од 07.06.2012. године, којим су утврђени број гласова и број мандата који су добиле поједине изборне листе и са даном његовог објављивања константован је престанак важења Записника о раду изборне комисије на утврђивању резултата избора за одборнике Скупштине општине Т., одржаних дана 06. маја 2012. године бр. 013-5-128/09-12 од 07.05.2012. године ("Сл. лист општине Т." бр. 4/2012). Ово стога што је по схватању Управног суда, до конституисања Скупштине, код чињенице да је приликом уноса података о утврђеним резултатима избора са бирачких места у Записнику Изборне комисије о утврђивању резултата избора у општини Т. од 07.05.2012. године, дошло до техничке грешке (резултати појединих изборних листа приписани су као резултати друге изборне листе, односно не одговарају подацима из записника са бирачких места), законска обавеза Изборне комисије да утврди праву изборну вољу грађана кроз правилно утврђивање и објављивање укупних резултата гласања, прописана одредбом члана 15. став 1. тачка 9. Закона о локалним изборима, а све на начин прописан чланом 40, 41. и 44. наведеног закона, при чему је дужна да у том поступку отклони све техничке грешке.

Због наведеног се наводима приговора не доводи у сумњу законитост записника од 07.06.2012. године, а ни наводима жалбе законитост ожалбеног решења.

Имајући у виду све напред наведено, Управни суд је на основу члана 54. став 3. Закона о локалним изборима и сходном применом члана 40. став 1. и став 2. Закона о управним споровима ("Службени гласник РС", број 111/09), одлучио као у диспозитиву пресуде."

На основу напред наведених пресуда Управни суд 19. јуна 2012. године на седници свих судија утврђује следећи правни став:

“Пре конституисања Скупштине општине код неспорне чињенице да је приликом уноса података о утврђеним резултатима избора са бирачких места у записник изборне комисије о утврђивању резултата избора у тој општини, дошло до техничке грешке (резултати једне изборне листе приписани су као резултати друге изборне листе и сл.) односно не одговарају подацима из записника са тог бирачког места, законска је обавеза изборне комисије да по службеној дужности утврди праву изборну вољу грађана кроз правилно утврђивање и објављивање укупних резултата гласања, у складу са одредбом члана 15. став 1. тачка 9. Закона о локалним изборима.

Ово све на начин прописан чланом 40., 41. и 44. наведеног закона, при чему је дужна да у том поступку отклони све техничке грешке.”²⁵

Поменути став није пратило адекватно образложење као саставни део правног става.

5. ЗАКЉУЧАК

Оправдана је бојазан да би сходна примена ЗУП-а у отклањању техничких грешака код правноснажно окончаних изборних поступака и утврђених резултата избора на основу записника објављених у службеном гласилу, а против којих није било приговора заинтересованих странака, омогућила изборним комисијама да прекрајају резултате гласања односно расподелу мандата! Тиме би се кршио принцип правне сигурности и начело правноснажности као саставни део начела владавине права. Међутим, поставља се питање да ли ипак има простора за примену спорног става Управног суда у раду изборне администрације сходно одредби става 1. члана 114. Закона о општем управном поступку да ће надлежни орган покренути поступак „ради заштите јавног интереса“, поготову у светлу параграфа 102. Кодекса добре праксе у изборним стварима Венецијанске комисије који наводи да: „У случају када су хијерархијски више комисије жалбене инстанце, оне треба да буду овлашћене да по службеној дужности исправе или пониште одлуке нижих изборних комисија“.

Да ли је у јавном интересу да изборна листа добије мандате иако није прешла цензус? Уколико изузмемо интерес самог подносиоца листе, таква ситуација не би била више ни у чијем интересу, а поготову не у јавном.

25 С. Бојовић (приређивач), Д. Марјановић (гл. и одговорни уредник), *Билтен судске праксе Управног суда бр. 3*. Београд, 2012, стр. 48.

Штетне последице пропуштања исправљања такве грешке биле би још веће и довеле би у питање легитимност учешћа преставника таквих изборних листа у вршењу власти.

У оваквој ситуацији ради се о сукобу две правне вредности, два јавна интереса које је орган био дужан да вага применом принципа сразмерности утврђеног бројним међународним документима али и одредбом члана 20. Устава Републике Србије, члана 10. Закона о државној управи,²⁶ па и члана 6. Закона о општем управном поступку. Има аргумената који иду у прилог и таквом ставу.

Став аутора је да у изузетним ситуацијама има места сходној, уској примени одредби става 1. члана 114. Закона о општем управном поступку, а у вези са чланом 209. истог закона, али да пре давања коначног одговора на ово питање треба спровести детаљну компаративну анализу, а проблем коначно решити нормом одговарајућег закона, јер се једино тако могу спречити могуће злоупотребе и прекрајање изборних резултата. Овим радом дат је оквир у коме би требало да се креће законодавац како би на прецизан и недвосмислен начин отклонио све недоумице у којима би могли да се нађу органи изборне администрације приликом инстанционе заштите изборног права.

²⁶ „Службени гласник РС”, бр. 79/2005, 101/2007 и 95/2010.

Dejan Vučetić, LL.D.
Faculty of Law, University of Niš

HIERARCHICAL PROTECTION OF SUFFRAGE - BY APPEAL OR EX OFFICIO?

Resume

In this paper, by using the positive and comparative legal method, author analyzed problems of electoral rights protection when performed by the electoral administration ex officio. Starting point of the analysis is paragraph 102 of the Code of Good Practice in Electoral Matters of the Venice Commission, according to which higher hierarchical electoral instances should be entitled to review documents ex officio or annul the decisions of the lower electoral bodies. After giving brief explanation of the suffrage legal regime in Serbia and administrative procedures and protection of the electoral rights by the administrative judiciary, author gives detailed analysis of the evolution of Serbian administrative jurisprudence in this matter. Aim of the paper was to highlight possible abuses when deciding ex officio and to point the need for precise regulation of this matter by the statute law.

Keywords: *election law, administrative proceedings, Administrative Court.*

НЕКЕ СПЕЦИФИЧНОСТИ ВРШЕЊА РОДИТЕЉСКОГ ПРАВА НАКОН РАЗВОДА БРАКА¹

Апстракт: Чланак је посвећен вршењу родитељског права након развода брака. Уводном делу рада су сагледане еволутивне промене у односима родитеља и деце, које се рефлектују на облике вршења родитељског права након развода брака. У наставку рада је критичкој анализи подвргнута позитивноправна регулатива у овој области. Посебно је наглашена важност закључења споразума родитеља о форми и свим аспектима родитељског старања након развода. Исто тако, указано је на позитивне аспекте самосталног старања, као традиционалног облика старања о деци након развода, али и на бројне недостатке овог облика старања, који су узроковали проширење поља примене заједничког вршења родитељског права и на ситуације одвојеног живота родитеља. У раду је значајан простор дат моделу заједничког вршења родитељског права након развода, који у свом остваривању неминовно подлеже извесним модификацијама у односу на базични модел примењив у потпуним породичним заједницама, али и у овој форми, у поређењу са самосталним вршењем родитељског права, пружа бројне погодности. Међутим, у ситуацијама непрекидних конфликта између родитеља овај облик старања губи смисао. Из тог разлога, неопходна је паралелна егзистенција оба модела вршења родитељског права након развода брака.

Кључне речи: родитељско право, развод брака, родитељи, деца, споразум родитеља о вршењу родитељског права, самостално вршење родитељског права, заједничко вршење родитељског права.

¹ Чланак представља резултат истраживања на пројекту «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», који реализује Правни факултет Универзитета у Нишу, захваљујући финансијској подршци Министарства просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије (евиденциони број пројекта 179046 Д).

1. Уводне напомене

Односи између родитеља и деце су еволуирали од очинске власти (*patria potestas*) и права живота и смрти (*ius vitae ac necis*) *pater familias*-а у римском праву, до родитељске одговорности за добробит детета, прокламовања принципа посебне законске заштите малолетне деце и нормирања корпуса аутономних права детета у модерним правним системима. При том се овај еволутивни ток у домену садржине родитељскоправног односа рефлектовао и на термилошко одређење односа родитељи-дете.² У том контексту, родитељско право је само један у низу термина који означавају правни аспект релације родитеља и детета.³

Родитељско право припада родитељима, изведено је из дужности родитеља и постоји у мери која је потребна за заштиту личности, права и интереса детета.⁴ Оно је поверено родитељима јер се претпоставља да ће се они, као биолошки творци детета, ревносно и квалитетно старати о њему, те да ће му обезбедити оптималне услове за живот, раст и развој. У том смислу, родитељско право је по свом карактеру право функција, састоји се од обавеза и одговорности, а врши се у интересу трећег лица - детета, а не у интересу титулара права – родитеља.⁵ Исто тако, може се говорити и о својеврсној функционализацији родитељског односа, тј. о родитељском праву као социјалној функцији.⁶ Наиме, друштво је заинтересовано за правилно вршење родитељског права, јер се тиме

2 Термин «очинска власт», чије је извориште у римском праву, задржао се доста дуго, а познаје га и Српски грађански законик. Данас, пак, у упоредном праву не постоји термилошка уједначеност када је реч о означавању скупа права и дужности родитеља према деци. Тако, на пример, у француском законодавству, као и у породичноправној литератури, у употреби је термин родитељска власт («*l' autoritete parentale*»), Немачки грађански законик говори о родитељској бризи («*Elterliche sorge*»), док су у праву Велике Британије у употреби термини: старање («*custody*»), родитељска права («*parental rights*») и родитељска одговорност («*parental responsibility*»), који је новијег датума али данас доминантан. Будући да је овај термин у употреби и у Принципима Европског породичног права (*Principles of European Family Law*), које је 2007. године формулисала Комисија за Европско породично право (*Commission on European Family Law - CEFL*), те да верно дочарава промене у концепту родитељства, реално је очекивати да ће, приликом неке доцније реформе позитивног законодавства, бити акцептиран и у нашем праву. Принципи Европског породичног права у домену родитељске одговорности доступни су на веб страници Комисије за Европско породично право: <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Principles-PR-English.pdf>, приступ: 20.07.2013.

3 Детаљније о томе: С. Панов, *Право на родитељство*, Београд, 1998, стр. 203-204.

4 Чл. 67 Породичног закона Србије (ПЗС), «Сл. гласник РС», бр. 18/2005.

5 З. Поњавић, *Уговорно вршење родитељског права*, Правни живот, бр. 10/2008, стр. 237.

6 М. Јањић-Комар, *Реформа породичног права - проблеми модернизације*, Правни живот, бр. 9/2004, стр. 891.

осигурава социјализација личности и преношење позитивних друштвених вредности на потомство, чиме се, последично, стварају услови за убрзани друштвени напредак.

Брачна породица са оба родитеља и децом још увек представља примарно окружење за чување, васпитање и подизање деце. Међутим, овај тип породице показује знаке опасне ерозије.⁷ Брачне кризе, којих је било одувек, у актуелном временском тренутку све чешће резултирају разводом, који, са своје стране, актуелизује питање уређења начина вршења родитељског права од стране разведених супружника. Наиме, док брак траје родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно. У случају развода брака, пак, пожељно је да родитељи својим споразумом уреде начин остваривања родитељског старања, при чему се могу определити за опцију заједничког вршења родитељских права и дужности, али и за њихово самостално вршење од стране једног од њих. Овај споразум суд ће акцептирати ако је у најбољем интересу детета. У одсуству споразума родитеља, суд ће својом одлуком уредити вршење родитељског права. При том, суд разведеним родитељима не може наметнути модел заједничког вршења родитељског права, већ једино може одредити његово самостално вршење од стране родитеља коме се поверава дете, док ће други родитељ задржати одређена права и дужности из садржине родитељског права, али не и његово вршење.

У раду ће у фокусу наше пажње бити модели вршења родитељског права након развода, као и предности постизања споразума родитеља у овој сфери.

2. Споразум родитеља о вршењу родитељског права

У позитивноправним законодавствима већине савремених земаља споразуму супружника придаје се првенствени значај у регулисању консеквенци развода брака.⁸ Брачни партнери су слободни да закључе споразум о правним дејствима развода, чиме им се пружа могућност да задрже добру комуникацију и конструктивне односе у постразводној фази,

⁷ О кризи брака и породице и променама у овој сфери у друштву и законодавству видети: Н. Д. Krause, *Marriage for the New Millennium: heterosexual, same sex – or not at all*, Deutsches und Europäisches Familienrecht, Volume 2, Number 4/December, 2000, стр. 208-221, као и М. Младеновић, *Да ли породица има будућност*, Правни живот, бр. 9/1996, стр. 546 и даље.

⁸ О трендовима у бракоразводном праву, укључујући правне консеквенце развода, видети: F. Meixner, *Entwicklungstendenzen im in – und ausländischen Familienrecht – zu drei Jahresberichten* (Teil 1), Deutsches und Europäisches Familienrecht, Volume 1, Number 2/ May, 1999, стр. 103-112.

као и да изнађу решења која ће, са једне стране, бити у најбољем интересу детета, а са друге стране, прихватљива за њих саме.

Родитељима је препуштено одређивање модела вршења родитељског права након развода брака, с обзиром да су они у прилици да прецизно утврде потребе детета, као и сопствене могућности на плану обезбеђивања оптималних услова за његов живот, развој и свеукупни напредак. Стога, споразум родитеља представља примарни правни основ поверавања деце након развода, не само када је реч о споразумном разводу, већ и о разводу по тужби једног супружника.

Наиме, уз предлог за споразумни развод брака, супружници морају презентовати суду споразум о вршењу родитељског права над заједничком малолетном децом, који ће суд испитати и унети у изреку пресуде о разводу уколико је у складу са најбољим интересом детета. Насупрот томе, ако је бракоразводна процедура иницирана тужбом, орган пред којим се спроводи посредовање ће настојати да супружници у поступку нагодбе постигну споразум о вршењу родитељског права. У оба случаја супружници могу изабрати како заједничко, тако и самостално родитељско старање. Суд, дакле, у бакоразводној парници самостално одлучује о вршењу родитељског права само ако изостане споразум супружника о овом аспекту развода, при чему је ограничен немогућношћу наметања модела заједничког старања.⁹

Међутим, егзистенција споразума не искључује судску интервенцију, с обзиром да суд *ex lege* одлучује о вршењу родитељског права, тако да ће одлука о форми и свим аспектима вршења родитељског права бити садржана у диспозитиву пресуде о разводу брака, док ће чињеница да су родитељи постигли споразум о деци бити видљива из образложења пресуде. Споразум родитеља, иако га суд акцептира на бази претпоставке да је у интересу детета, без било каквих модификација, без спровођења истраживања и без консултовања органа старатељства, нема моћ да замени судску одлуку, већ је само основ за њено доношење.¹⁰

Предности родитељског споразума над правном интервенцијом су вишеструке, а огледају се у чињеници да је усаглашавање ставова родитеља предуслов оптималног задовољавања потреба деце, при чему не треба

9 Српски грађански законик је такође фаворизовао споразуме родитеља о старању над децом, тако да је егзистенција споразума искључивала интервенцију духовног суда. Видети: пар. 118 Грађанског законика за Краљевину Србију из 1844. године (СГЗ), Београд, 1903.

10 О правној природи и значају споразума родитеља видети: Г. Ковачек-Станић, *Правни израз родитељства*, Нови Сад, 1994, стр. 67-70.

изгубити из вида да непотребно и неумесно мешање у односе између родитеља и деце може проузроковати поремећаје и сукобе. Оваквим приступом осигурава се приватност и интимност породичног живота. Исто тако, принцип заштите интереса детета мора се узети као основ за преиспитивање споразума родитеља, али треба имати у виду да правно регулисање односа коме се родитељи супротстављају не може бити ни реалистично, ни целисходно, па ни ефикасно.¹¹

Иако је споразум родитеља доминантни правни основ поверавања деце након развода брака, тако да судови усвајају ове споразуме без критичке анализе њихове садржине, они немају апсолутни значај, с обзиром да њихова правна перфектуираност зависи од процене суда. Ако суд утврди да споразум родитеља не одговара реалним потребама и интересима детета, сам ће уредити питање вршења родитељског права. Споразум о деци инициран је “законском претпоставком” да родитељи најбоље знају ко је од њих у повољнијем положају, односно ко квалитетније може вршити родитељска права и дужности након развода. Родитељима су најбоље познате личне, материјалне, здравствене, стамбене и друге прилике у којима се налазе, као и комплекс различитих потреба детета. Осим тога, они најбоље могу да процене емоционалну повезаност, тј. осећајну наклоност детета према једном од њих. Из тих разлога, основано се очекује да ће родитељи, руковођени љубављу према свом детету, пронаћи оптимално решење у погледу његовог чувања, васпитања и оспособљавања за самостални живот, имајући при томе у виду све специфичности конкретне животне ситуације у којој се дете налази.¹²

У већини случајева родитељи ће питање вршења родитељског права уредити у најбољем интересу детета. Ипак, суд треба да испита усаглашеност споразума о вршењу родитељског права са интересима деце, као и да о овоме затражи налаз и стручно мишљење органа старатељства, породичног саветовалишта или друге установе специјализоване за посредовање у породичним односима. Исто тако, суд треба да прибави мишљење детета о томе са којим родитељем жели да живи, под условом да је старије од 10 година и да је способно за расуђивање.¹³ У том смислу, судови нису у потпуности лишени контролних овлашћења, али је присутан

11 М. Обретковић, *Породични односи, старатељство и социјални рад*, Београд, 1987, стр. 120.

12 М. Митић, *Поверавање деце након развода брака*, Зборник Правног факултета у Нишу, 1986, стр. 9-10.

13 Видети чл. 225 ст. 1, чл. 270 и чл. 65 ПЗС. О деликатности утврђивања жеље детета и трауматским последицама које овај поступак може имати по дете видети: М. Обретковић, *Породични односи, старатељство и социјални рад*, *op. cit.*, стр. 121 и даље,

тренд опадања ауторитативне моћи судова, тако да је њихова моћ, у поређењу са прохујалим временима, далеко мања.¹⁴

Међутим, иако је споразум родитеља подложен преиспитивању од стране суда, у домаћој бракоразводној пракси судови *a priori* верују да су родитељи постигли најбољи могући споразум у датим околностима, тако да га уносе у диспозитив пресуде о разводу, без спровођења детаљних истражних радњи.¹⁵ Поред тога, наши судови не утврђују ни жељу детета о томе са којим родитељем жели да живи, јер се претпоставља да је оно консултовано од стране родитеља у фази састављања споразума.¹⁶ Суд ће интервенисати, тј. мериторно одлучивати само ако родитељи, због конфликта који постоји међу њима, нису у стању да постигну задовољавајући споразум, када ће бити ангажован орган старатељства, који ће спровести одговарајућа

као и С. Бубић, *Интервенција друштва у породичним односима*, докторска дисертација, Београд, 1988, стр. 220 и даље.

14 З. Поњавић, *Уговорно вршење родитељског права*, *op. cit.*, стр. 236.

15 У време важења Закона о браку и породичним односима ("Сл. гласник СРС", бр. 22/1980), судови су консултовали орган старатељства само када није било споразума о деци, док су овај споразум, ако постоји, прихватили, изражавајући став да је он сигурно у интересу детета, чиме су родитељима препуштали доношење одлуке о повери детета. При том, разлози процедуралне природе (одрицање родитеља од права на жалбу) су били од круцијалне важности за опредељење судова у правцу заобилажења органа старатељства. Орган старатељства је, пак, налаз и мишљење о томе ком родитељу треба поверити дете базирао, превасходно, на разговорима са родитељима, у чију објективност треба сумњати, јер ће родитељи увек лобирати за споразум који су постигли, указујући на његове предности. Практично, једино би темељање истраживање услова живота деце и родитеља омогућило свестрано сагледавање психолошког стања свих субјеката родитељскоправног односа и њихове социјалне ситуације, што би била истинска помоћ суду, те начин да се правилно реши ово, за децу разведених родитеља судбинско питање. Међутим, спровођење истраживања би захтевало значајна материјална средства, кадровску оспособљеност и време за прикупљање релевантних података, као и израду налаза и мишљења, што би узроковало одуговлачење бракоразводног поступка. Стога су судови бирали лакши пут. Поред тога, вероватно би у већини случајева постојала подударност налаза и мишљења органа старатељства са споразумом родитеља, што чини излишним његово ангажовање.

16 Одлука о повери детета не би требало да се базира на једном извору, већ би требало саслушати дете и родитеље, и прибавити извештај одговарајуће социјалне службе. Детету, с обзиром да је реч о његовом животу и будућности, а имајући у виду деликатност ситуације у којој се налази, треба омогућити да пред судом изрази мишљење о томе са којим родитељем жели живети након развода, као и о начину одржавања личних односа са другим родитељем, чиме се превазилазе неспоразуми између детета и родитеља, јер су родитељи рационална и хумана бића, а интереси детета су њихови врховни приоритети. Видети: I. Waite, H. Stead, *Reporting the Wishes and Feelings of Children*, *Family Law*, Volume 28, January 1998, стр. 44-45.

истраживања, утврдити жељу детета, и на бази овога, дати налаз и мишљење о томе ком родитељу треба поверити дете на самостално старање.¹⁷

3. Самостално вршење родитељског права

Развод брака из корена мења организацију и динамику живота бивших брачних партнера и њихове деце. Пре свега, долази до прекида заједнице живота између супружника, док дете, по правилу, наставља да живи са једним родитељем. Такође, развод узрокује промене у сфери вршења родитељског права.

Домаћу бракоразводну стварност карактерише модел самосталног вршења родитељског права, као (још увек) доминантни облик родитељства разведених родитеља. Један родитељ ће самостално вршити родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот, ако су закључили споразум о самосталном вршењу родитељског права и ако суд процени да је он у најбољем интересу детета. Поред тога, један родитељ ће сам вршити родитељско право на основу одлуке суда када родитељи не воде заједнички живот, уколико су постигли споразум о заједничком или самосталном вршењу родитељског права, а суд процени да он није у најбољем интересу детета. Најзад, уколико споразум родитеља изостане, суд ће сам регулисати вршење родитељског права, тако што ће одредити његово самостално вршење од стране једног родитеља.¹⁸

Споразум родитеља о самосталном вршењу родитељског права обухвата споразум о повери детета једном родитељу, споразум о висини доприноса за издржавање детета и споразум о начину одржавања личних односа између детета и родитеља коме оно није поверено. Овим споразумом се преноси вршење родитељског права на родитеља коме је дете поверено, док ће други родитељ имати право и дужност да издржава дете, да одржава личне односе са њим и да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право.¹⁹

17 Уколико дете није поверено на чување и васпитање родитељу који се након прекида потпуне породичне заједнице фактички старао о њему, он је у обавези да преда дете родитељу који ће се, по одлуци суда, старати о њему после развода брака. Међутим, родитељ из револта може одбити да преда дете, када ће се приступити поступку принудне реализације правноснажне судске одлуке о повери детета, који је често праћен непријатностима и изразито је стресан и трауматичан за све учеснике, а посебно за дете. Детаљније о томе: М. Игњатовић, *Поступак предаје детета*, Правни живот, бр. 12/2004, том 4, стр. 171-185.

18 Чл. 77 ст. 3-5 ПЗС.

19 Чл. 78 ПЗС.

Исто тако, ако суд у одсуству споразума родитеља одлучује о вршењу родитељског права, као и ако постигнути споразум није у интересу детета, мора одлучити о повери детета на чување и васпитање, о издржавању детета и о начину одржавања личних односа.

3.1. Поверавање детета

Одлучујући о вршењу родитељског права, суд ће малолетну децу, по правилу, поверити мајци на чување и васпитање.²⁰ Ово решење је најзаступљеније у домаћој судској пракси, а слично је и у упоредном праву. Међутим, нема законских сметњи да се деца повере оцу, мада је то ретко. Исто тако, суд може донети одлуку о раздвајању деце, тако да један родитељ самостално врши родитељско право над једним дететом, а други над другим дететом. Ипак, ово решење је сведено на ранг изузетка, што је у складу са ставом да су за правилан развој детета, његову психичку стабилност и социјализацију од пресудног значаја релације и контакти са браћом и сестрама, који морају бити очувани и у случају распада породице.

Иако је улога мајке у психофизичком животу детета од огромне важности, тако да је она, по својој биолошкој предодређености и по својој привржености детету, централна фигура у сфери старања о њему, не треба занемарити улогу оца у развоју детета. Склони смо да верујемо да родитељи често постижу споразум о повери детета мајци под утицајем стереотипа и предрасуда, а да судови, под дејством истих фактора, усвајају ове споразуме без преиспитивања. Наиме, годинама уназад је у нашем друштву распрострањено мишљење да је старање о деци “женски посао”, као и да су мајке “бољи родитељи”. Стога је и уобичајено да се после развода дете повери мајци на чување и васпитање. Мајке се грчевито боре за своју децу, јер лако могу бити етикетиране као “лоше мајке”. Стереотипима робују и мушкарци, па олако препуштају децу мајкама. Очевима, заправо, није пружена шанса да се докажу у родитељској улози, јер им се фактичко старање о деци не препушта, како током трајања брака, тако и по његовом престанку.²¹

20 Аутор О. Цвејић-Јанчић сматра да је исправно поступање домаћих судова који, по правилу, децу поверавају мајкама, јер су оне традиционално приврженије деци и имају одговорнији однос према обавезама проистеклим из родитељства, док се очеви одликују недовољном зрелашћу и неспремношћу за прихватање обавеза које се јављају са рађањем детета, из чега произилази њихов крајње неодговоран однос према родитељству. Детаљније: О. Цвејић-Јанчић, *Издржавање малолетне деце од стране родитеља после развода брака*, Зборник Правног факултета у Новом Саду, бр. VIII/1974, стр. 99.

21 С тим у вези, све су јачи покрети мушкараца у појединим европским земљама, пре свега у Великој Британији, као и у САД-у, који се залажу за равноправнији третман

Са друге стране, подизање деце је генерацијама и вековима уназад у “надлежности жена”, које су овај задатак извршавале са великим успехом.²² Определивши се за поверавање деце мајкама, супружници и суд прихватају опцију у чију успешност, с обзиром на вишевековна позитивна искуства, не треба сумњати.²³

3.2. Издржавање детета

Пресудом којом разводи брак суд је дужан одредити висину доприноса за издржавање детета, које ће морати да даје родитељ коме оно није поверено. Развод родитеља може проузроковати погоршање материјалног положаја детета. Наиме, дете се најчешће поверава мајци која је, по правилу, лошијег економског положаја у односу на оца. Поред тога, алиментације су често веома ниске, а поједини дужници своје обавезе уопште не извршавају или их извршавају нередовно, што додатно компликује материјални положај детета и родитеља са којим оно живи.²⁴

очева у поступку повере деце након развода, а све је бројнија и литература која на популаран начин третира ову проблематику (нпр. С. Conrad, *Fathers Matter: A Guide to Contact on Separation and Divorce*, Creative Communications, 2007, која је наишла на одличан пријем код читалачке публике и покренула многобројне дебате у јавности).

22 У сфери повере детета, право САД-а познаје тзв. *Primary Caretaker Doctrine (Primary Caregiver Doctrine)*, која је годинама била доминантна, по којој предност приликом повере има онај родитељ који се у породици примарно физички стара о деци, а у пракси је то најчешће мајка. Поред тога, позната је и тзв. *Tender Years Doctrine*, по којој су деци до 10. године живота потребније мајке, тако да су оне фаворизоване у погледу доделе родитељског старања. У САД-у су разматрани и утицаји неких других фактора на поверу детета, као што су расна и религијска припадност родитеља или лица са којим он/она живи, сексуални морал родитеља и сл. Опширније: Н. D. Krause, D. D. Meyer, *Family Law in a Nutshell*, Thomson West, 2007, стр. 206-215.

23 Годинама уназад мајка је као родитељ привилегована у нашој бракоразводној пракси, с обзиром да се њој у веома високом проценту поверавају деца након развода, о чему недвосмислено сведоче резултати истраживања аутора Г. Ковачек-Станић. При том, примарни критеријум повере јесте споразум родитеља, а образлажући одлуку о повери детета мајци, суд се често позива на «осетљив узраст детета», крајње флексибилно га тумачећи, тако да он више личи на критеријум «мајка је боља». Опширније: Г. Ковачек-Станић, *Остваривање родитељског права – односи личне природе*, докторска дисертација, Београд, 1991, стр. 59-64.

24 Проблематика остваривања издржавања добија на актуелности са порастом стопе диворцијалитета, што неминовно резултира увећањем броја деце која живе у монопаренталним породицама. Заstraшујуће звуче подаци из времена које је било далеко стабилније и богатије од данашњег, по којима су дужници у свега 31,1% случајева редовно измиривали обавезу издржавања. Насупрот томе, у чак 33,8% случајева родитељи уопште нису давали издржавање, док су у 10,2% случајева нередовно

Допринос родитеља коме дете није поверено након развода у већини случајева је мањи од оног у току трајања брака. Наиме, у брачној заједници супружници задовољавају потребе детета не водећи рачуна о сразмери вредности престација, с обзиром да су финансије, по правилу, заједничке, а да они теже максималном задовољавању потреба детета. Међутим, након развода брака ситуација се драматично мења. Родитељ који не живи са дететом обавезу издржавања извршава плаћањем одређених износа, при чему често строго води рачуна о вредности давања, а критичкој оцени подвргава и потребе детета, посебно оне које се јављају са његовим растом, нарочито пазећи да се дата средства употребе за подмиривање потреба детета, а не (евентуално) супружника коме је оно поверено. Ситуација се додатно компликује ако је родитељ коме дете није поверено у међувремену закључио брак или засновао ванбрачну заједницу, када је присутна тенденција усмеравања финансијских средстава ка (ван)брачном партнеру и деци рођеној у новој заједници, а на штету потомства из разведеног брака.²⁵

У том смислу, од посебног је значаја споразум о издржавању²⁶, који, у извесној мери, гарантује да ће дужник алиментације уредно извршавати ову своју обавезу, с обзиром да ју је добровољно преузео, као и одредба позитивног законодавства која обезбеђује детету исти ниво животног стандарда какав ужива давалац издржавања, чиме се максимално неутрализују негативне последице развода по материјални положај детета.²⁷

плаћали алиментацију. Наведено према: О. Цвејић-Јанчић, *Издржавање малолетне деце од стране родитеља после развода брака, op. cit.*, стр. 85.

25 Погоршање материјалног положаја деце након развода није особеност наше средине. Примера ради, подаци из канадске бракоразводне праксе показују да су деца која живе са једним родитељем, најчешће мајком, подложнија проблемима везаним за исхрану, здравље и образовање, што се неповољно одражава на квалитет њиховог живота. Сиромаштво је екстремно изражено управо у монопаренталним породицама, а развод брака је примарни основ њиховог настанка. Када дете живи само са мајком, пет пута су веће шансе да живи у сиромаштву. Поред тога, изражена је тенденција пада просечне старости деце погођене разводом родитеља, што додатно компликује проблематику издржавања. Видети: J. D. Payne, M. A. Payne, *Canadian Family Law*, Irwin Law, 2008, стр. 5-7 и стр. 474.

26 Детаљније о предностима споразума родитеља у овом домену: Т. Китановић, *Споразум родитеља о издржавању деце након развода брака*, Правна ријеч, бр. 24/2010, стр. 345-358.

27 У Канади родитељи редовно дају издржавање у 76% случајева ако је оно одређено споразумом, а у 53% случајева ако је одређено судским путем. Поред тога, алиментациони споразум има позитивне ефекте и на плану одржавања личних односа, тако да у његовом присуству 75% деце редовно одржава личне односе са родитељем са којим не живи,

3.3. Лични односи детета и родитеља коме оно није поверено

Право на личне односе обезбеђује задржавање комуникације између детета и родитеља након развода, развијање осећања љубави и привржености и ублажавање последица одвајања. Захваљујући контактима са дететом, родитељ је у позицији да прати његов развој и подизање, да учествује у његовом васпитању, као и да интервенише када је то оправдано.

У питању је специфично право чији су титулари како дете, тако и родитељ који не врши родитељско право након развода.²⁸ Наиме, дете има право да одржава личне односе са родитељем са којим не живи, док суд може донети одлуку о његовом ограничавању ако постоје разлози за потпуно или делимично лишење родитељског права, те у случају насиља у породици. Поред тога, родитељ који не врши родитељско право има право и дужност да са дететом одржава личне односе, док на страни родитеља коме је поверено дете постоји обавеза да омогући личне контакте, односно да их не спречава. При том, према родитељу који избегава одржавање личних односа са дететом, као и према родитељу који спречава одржавање ових односа, може се применити мера потпуног лишења родитељског права. На крају, ако родитељ коме дете није поверено несавесно врши права и дужности из садржине родитељског права, тако да постоје разлози за делимично лишење родитељског права, може бити лишен права на одржавање личних односа са дететом.²⁹

О начину одржавања личних односа родитељи обично постижу споразум, који се уноси у изреку пресуде о разводу брака. Међутим, нису ретке пресуде чији диспозитив не садржи детаље контактирања, већ само констатацију да ће се лични односи одвијати према договору родитеља, уз уважавање жеља, потреба и могућности детета, као и објективних околности.³⁰ Споразум родитеља је од огромне важности, јер је судском

док је то случај са само 51% деце чије је издржавање одређено одлуком суда. Видети: J. D. Payne, M. A. Payne, *Canadian Family Law, op.cit.*, стр. 7-8. Видети чл. 162 ст. 3 ПЗС.

28 О правном основу права на личне односе видети: А. Прокоп, *Односи родитеља и дјече*, Загреб, 1972, стр. 170; М. Јањић-Комар, *Право детета на живот и здравље*, докторска теза, Београд, 1981, стр. 106; В. Бакић, *Породично право у СФРЈ*, Београд, 1982, стр. 217; М. Беговић, *Породично право*, Београд, 1959, стр. 119; О. Цвејић-Јанчић, *Породично право, књига II – Родитељско и старатељско право*, Нови Сад, 2000, стр. 62.

29 Видети чл. 61 ст. 1-4, чл. 78 ст. 3, чл. 81 ст. 3 тач. 3 и чл. 82 ст. 1 и 4 ПЗС.

30 По студији А. Mitchell, 1/3 деце након развода има добар контакт са родитељем са којим не живи, 1/3 одржава овај контакт уз повремене осцилације, док 1/3 губи контакт. Деца су у недоумици како да комуницирају са родитељем са којим не живе, посебно ако су ретко у контакту са њим, па се временом сусрети проређују. Квалитет заједнички проведеног времена је важнији од учесталости виђања, мада понекад ни

одлуком практично немогуће регулисати све појединости контактирања. Поред тога, у недостатку сарадње родитеља, принудна реализација права на контакте је скопчана са бројним тешкоћама. Повреда права на личне односе, међутим, може имати тешке последице, посебно психолошке, по дете и родитеља који је осујећен у намери да оствари контакт. С обзиром на осетљивост и важност остваривања овог права, родитељи се, по исцрпљивању домаћих правних средстава, могу обратити и Европском суду за људска права.³¹

Наше право не регулише начин на који би се могла одвијати комуникација између детета и родитеља у ситуацији када постоји неки од разлога за ограничење права на личне контакте. Наиме, контакт родитељ-дете треба очувати увек када је то могуће.³² Међутим, у појединим ситуацијама непосредни контакт је неприхватљив јер постоји опасност по дете (нпр. ако је родитељ криминалац, наркоман, алкохоличар, насилник и сл.), али би се могао остварити конверзацијом телефоном, преко писама, слањем новогодишњих и рођенданских честитки, као и састанцима у сигурном окружењу и у присуству (тј. уз надзор) представника социјалних служби или другог родитеља. Наиме, потребно је исказати висок степен опрезности при доношењу одлуке о прекиду комуникације између детета и родитеља,

свакодневни контакти нису довољни, јер је код деце присутна жеља за животом у потпуној породици. Контакти зависе од узраста детета, његових обавеза, способности да путује и сл. Старија деца су у предности, јер млађу децу родитељи морају довести и одвести, што компликује одржавање личних односа. Дешава се да родитељ стимулише дете у правцу одржавања личних односа, настојећи да га не увлачи у конфликт који он сам има са бившим партнером, али чешће родитељ не жели да комуницира са бившим супружником, што отежава контакт детета са тим родитељем. Пет година након развода, 2/3 деце никад или ретко виђа родитеља са којим не живи, при чему губи контакт и са целокупном његовом родбином, што се може негативно одразити на правилан психофизички развој детета, његово самопоуздање и израстање у самосвесну, стабилну и свестрану личност. Видети: А. Mitchell, *Children's Experience of Divorce*, Family Law, Volume 18, December 1988, стр. 460-463.

31 О пракси Европског суда за људска права у домену повреде тј. остваривања права на личне контакте видети: О. Цвејић-Јанчић, *Заштита родитељског права и права детета*, Правни живот, бр. 10/2009, стр. 856 и даље.

32 У теорији је присутно схватање, додуше усамљено, по коме само родитељ који се непосредно стара о детету постаје његов психички родитељ, у чијем присуству се дете осећа жељеним. Од права на личне односе нема никакве користи, јер конфликти лојалности нарушавају емоционалну сигурност детета, а посете другог родитеља не дају никакав основ за идентификацију и љубав, што је могуће само у свакодневним контактима. Стога, родитељу коме је дете поверено треба омогућити да забрани посете и друге форме личних односа. Наведено према: М. Јањић-Комар, *Психолошки родитељ*, Правни живот, бр. 1/1984, стр. 74-80, са позивањем на: J. Golstein, A. Freud и A. Solnit, *Beyond the Best Interests of the Child*, New York, The Free Press, 1979.

с обзиром да је поновно успостављање једном покиданих веза скопчано са бројним тешкоћама.³³

3.4. Одлучивање о питањима која битно утичу на живот детета

Родитељ коме дете није поверено има право да о питањима која битно утичу на живот детета одлучује заједнички и споразумно са родитељем који врши родитељско право. У питања од битног значаја за дете спадају: образовање, предузимање већих медицинских захвата, промена пребивалишта и располагање имовином велике вредности.³⁴ Међутим, одлучујући о питањима од битног значаја за дете, родитељ коме оно није поверено, у извесном смислу, врши родитељско право.³⁵

Споразумно одлучивање родитеља о битним питањима, међутим, није увек у интересу детета. Наиме, уколико су родитељи у лошим односима након развода, ако нису успели да превазиђу анимозитет, конфликте и међусобну нетрпељивост, реално је очекивати да неће бити у стању да држе дете ван сукоба, тако да неће успети да постигну споразум о питањима од важности за дете. Родитељ који не извршава своје обавезе према детету може бити лишен права да одлучује о питањима од битног значаја за дете. Али, делимично лишење родитељског права не долази у обзир у ситуацији када конфликт бивших супружника не резултира неизвршавањем обавеза према детету.

Пракса, међутим, показује да у већини случајева родитељ коме дете није поверено заснива нову (ван)брачну заједницу, тако да се његова брига о детету из разведеног брака најчешће своди на повремено виђање са њим и на давање досуђеног износа алиментације. Ретки су случајеви споразумног одлучивања разведених родитеља о питањима од битног значаја за дете. Поред тога, дете одређеног узраста самостално може

³³ О начину одржавања личних односа у ситуацијама када је присутан ризик по дете опширније: К. Standley, *Family Law*, Palgrave Macmillan, 2008, стр. 304 и даље.

³⁴ Чл. 78 ст. 3 и 4 ПЗС.

³⁵ Указујући на тешкоће око одрживости концепта вршења родитељског права, у контексту заједничког одлучивања родитеља о важним питањима, аутор Г. Ковачек-Станић сматра да треба изоставити појам вршења родитељског права када је реч о родитељима који не живе заједно, или дефинисати овај појам у смислу свакодневне бриге о детету. Поред тога, ни појам поверавања детета на чување и васпитање није прецизан. Због преплитања ових појмова, једноставније је потпуно изоставити појам вршења родитељског права, а задржати појмове родитељско право и поверавање детета на чување и васпитање, па разликовати правни положај родитеља у зависности од тога да ли му је дете поверено на чување и васпитање или то није случај. Опширније: Г. Ковачек-Станић, *Правни израз родитељства, op. cit.*, стр. 112.

одлучивати о појединим битним питањима, чиме се додатно сужава могућност заједничког одлучивања родитеља у овој сфери.

4. Заједничко вршење родитељског права

Модел заједничког вршења родитељског права након развода брака инкорпорирани је у наш правни систем Породичним законом из 2005. године, тако да још увек није доживео пуну афирмацију у пракси.³⁶ Међутим, у упоредном праву ова форма родитељског старања ужива велику популарност.³⁷ При том, све су бројнији системи у којима егзистира презумпција о заједничком вршењу родитељског права након развода, тако да је модел самосталног вршења овог права сведен готово на ранг изузетка.³⁸

36 Иако суд у време важења ЗБПО формално није могао донети одлуку о заједничком вршењу родитељског права, у теорији је изражен став да овај Закон није предвиђао правне препреке које би онемогућавале родитеље да постигну споразум о овој форми старања након престанка брака, тако да су они могли споразумно решавати сва питања која се тичу судбине заједничке малолетне деце, уколико су били у могућности да превазиђу међусобне конфликте. Штавише, бивши Закон је фаворизовао споразумно решавање питања која се тичу деце, а када се радило о питањима од битног значаја за њихов развој, родитељи су били и правно обавезани на то, с тим што је родитељ коме дете није поверено морао извршавати своје обавезе према детету. Детаљније: О. Цвејић-Јанчић, *Заједничко вршење родитељског права*, Правни живот, бр. 9/1997, стр. 692. Интересантан је случај Швајцарске, која је дуго одолевала тренду ширења модела заједничког старања, у којој је овај облик старања најпре егзистирао у судској пракси, да би своје законско уобличење добио реформом Грађанског законика из 1998. године. Стога се може закључити да је заједничко родитељско старање након развода неопходна форма старања на одређеном степену друштвеног развоја. Тако: Н. Hausheer, T. Geiser, R. E. Aebi-Müller, *Das Familienrecht des Schweizerischen Zivilgesetzbuches*, Stämpfli Verlag AG Bern, 2007, стр. 152.

37 Опширније о специфичностима заједничког вршења родитељског права од стране разведених родитеља у појединим иностраним правним системима: Т. Китановић, *Заједничко вршење родитељског права после развода брака*, тематски зборник радова «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», Ниш, Правни факултет, 2011, стр. 420-424.

38 Примера ради, претпоставка о заједничком старању разведених родитеља егзистира у Немачкој, Шведској, Француској, Белгији, Холандији, као и у појединим државама САД-а. У Великој Британији је Законом о деци из 1989. године (The Children Act 1989, www.statutelaw.gov.uk) креиран нови концепт родитељства-заједничко независно родитељство (*joint independent parenting*), који омогућава да оба родитеља након развода задрже родитељску одговорност према детету, али да њихов фактички положај буде различит, у зависности од врсте судске одлуке која је донета у конкретном случају. Суд може донети 4 врсте одлука: одлуку о контакту (*a contact order*), одлуку о боравишту (*a residence order*), одлуку о забрани предузимања мера (*a prohibited steps order*) и одлуку о одређеним питањима (*a specific issue order*). Родитељ у чију је корист донета одлука о

Концепт заједничког старања базира се на идеји о подједнако важној улози оба родитеља за правилан психофизички развој детета, као и на принципу равноправности родитеља у односу на дете и тежњи за очувањем везе родитељ-дете упркос разводу брака. У том смислу, заједничко старање је у функцији обезбеђења једнаког правног положаја разведених родитеља. Позитивни ефекти заједничког старања рефлектују се на све учеснике родитељскоправног односа. Наиме, родитељ који не живи са дететом страхује, по правилу, да развод повлачи за собом и губитак детета. Заједничко старање ће имати позитиван психолошки ефекат на овог родитеља, стимулисаће га да интензивно учествује у животу детета, и мотивисаће га да савесно извршава обавезе према детету. Дете, пак, преко заједничког старања задржава блиске релације са оба родитеља. Најзад, родитељи су равномерније оптерећени обавезама око подизања детета, што је од посебног значаја за родитеља са којим дете живи.

Међутим, у литератури се наводи да конструкција заједничког старања потхрањује делимично илузорну представу о томе да је развод родитеља за дете тако подношљивији, јер су оба родитеља, као блиске особе које служе за узор, у контакту са дететом, што није у складу са реалношћу, будући да је присутна опасност да дете након развода изгуби контакт са једним родитељем.³⁹ Ипак, за очекивати је да ће у будућности, са упознавањем очигледних предности заједничког старања, родитељи све чешће посезати за њим, посебно за заједничким правним старањем.⁴⁰

Позитивним законодавством је предвиђено да родитељи врше родитељско право заједнички и споразумно и када не воде заједнички живот ако закључе споразум о заједничком вршењу родитељског права и ако суд

боравишту детета преузима фактичко старање о њему, док ће родитељ код кога није боравиште детета задржати родитељску одговорност, са изузетком дневног старања, као једне од компоненти родитељске одговорности. Одлука о боравишту може бити донета и у корист лица која не станују заједно (*joint residence orders*), уз прецизирање временског периода у коме ће дете боравити код сваког од њих, чиме се стимулишу судови у правцу легализације праксе дељења времена, тј. наизменичног становања детета код оба родитеља. Опширније: К. Standley, *Family Law, op.cit.*, стр. 278-282.

39 D. Schwab, *Familienrecht*, Verlag, C. H. Beck, München, 2008, стр.155.

40 У процесу популаризације заједничког старања, од изузетног је значаја активност адвоката на плану упознавања супружника са могућношћу уговарања и са предностима ове форме родитељског старања. Наиме, иако наше право не предвиђа обавезно заступање од стране адвоката у бракоразводним парницама, супружници често консултују адвокате како би се информисали о условима за развод, те у циљу закључења споразума о консеквенцама развода. Поред тога, било би пожељно да суд у брачном спору (као и орган старатељства у поступку нагодбе) укаже родитељима на позитивне стране ове форме родитељског старања.

процени да је он у најбољем интересу детета. Овим споразумом родитељи се саглашавају да ће родитељска права и дужности обављати заједнички, међусобним споразумевањем, које мора бити у интересу детета, а саставни део споразума је и споразум о томе шта ће се сматрати пребивалиштем детета.⁴¹ С обзиром да заједничко старање захтева висок степен сарадње родитеља на плану одгајања детета, оно се у нашем праву заснива на принципу добровољности, будући да би његово наметање од стране суда било контрапродуктивно.

Заједничко вршење родитељског права у пракси има два појавна облика: заједничко правно старање (*legal joint custody*) и заједничко фактичко старање (*physical joint custody*). Заједничко правно старање обухвата споразумно одлучивање родитеља о свим питањима од битног значаја за дете, односно споразумевање родитеља о свим аспектима старања о детету. Заједничко фактичко старање, пак, подразумева да ће оба родитеља узети учешће у физичком старању о детету.

С обзиром да популацију Србије не карактерише превелика мобилност, односно да промене пребивалишта нису тако честе, модел заједничког вршења родитељског права добија на актуелности и практичној применљивости, мада се у овом тренутку родитељи изузетно ретко опредељују за ову форму старања.⁴² При том је, у зависности од конкретне животне ситуације, оствариво како правно, тако и фактичко заједничко старање.⁴³

41 Чл. 75 ст. 2 и чл. 76 ПЗС.

42 Треба, међутим, напоменути да је у земљама које су много пре нас увеле заједничко старање, у почетној фази његове примене било пуно проблема, тако да је ова форма родитељског старања временом, пошто су уочене њене предности, стекла популарност и постала доминантан вид родитељског старања разведених супружника. На пример, у Енглеској, непосредно након увођења заједничког старања, судови нису радо додељивали овај облик старања, сматрајући га непотребним, а постојале су и велике разлике између судова у погледу учесталости доделе заједничког старања. Исто тако, у Норвешкој је почетна фаза примене заједничког старања праћена многобројним проблемима, пре свега због неинформисаности и неразумевања суштине овог начина вршења родитељског права. Опширније: L. Parkinson, *Child Custody Orders: A Legal Lottery?* Family Law, Volume 18, January 1988, стр. 26-30. Такође, у Канади је присутан тренд све чешћег одређивања заједничког старања. На пример, 2002. године заједничко старање је одређено у 41,8% бракоразводних предмета, док је самостално старање поверено мајци у 49,5% а оцу у 8,5% предмета. Насупрот томе, 1988. године самостално старање је поверено мајци у близу 80% бракоразводних предмета. Наведено према: J. D. Payne, M. A. Payne, *Canadian Family Law, op.cit.*, стр. 7.

43 Студија аутора J. Wallerstein и S. B. Corbin је показала са којим тешкоћама се суочавају деца над којима родитељи имају заједничко физичко старање. Наиме, деца желе да буду подједнако посвећена и једном и другом родитељу. Стога су често у дилеми када треба да изврше избор или да донесу одлуку, тешко им пада живот у два дома, што

Наиме, уколико бивши супружници живе у истом месту, нема озбиљнијих потешкоћа у правцу одређивања заједничког старања. Штавише, услед тешке економске ситуације супружници често нису у могућности да адекватно реше стамбено питање, тј. да обезбеде одвојене стамбене јединице, тако да нису ретки случајеви да настављају живот у заједничком стану или кући и након развода. С обзиром да у овој ситуацији нема просторне дистанце између деце и родитеља, организација породичног живота не трпи значајније измене, тако да родитељи могу несметано наставити да заједнички врше родитељско право. У овом случају, заправо, развод брака проузрокује последице у сфери права, али не и у реалности када је реч о заједничком становању, што се може проширити и на терен старања о деци.

4.1. Пребивалиште детета

Уколико се супружници определе за модел заједничког вршења родитељског права након развода, дужни су одредити пребивалиште детета. Најпре, родитељи се могу договорити да дете живи са једним од њих, тако да ова ситуација има сличности са самосталним вршењем родитељског права. Тада ће фактичко тј. дневно старање имати родитељ са којим дете живи у заједници, док ће други родитељ давати издржавање, одржавати личне односе и одлучивати о питањима која су од битног значаја за дете. Међутим, бивши брачни партнери могу изабрати опцију наизменичног становања, када ће дете проводити одређено време у току године, месеца, недеље или дана у дому једног, па потом у дому другог родитеља. Практично, код ове форме вршења родитељског права организација живота детета је у целости препуштена вољи родитеља, односно њиховом споразуму. Законодавац једино, у интересу правне сигурности и несметаног одвијања правног промета, намеће дужност постизања споразума о пребивалишту детета, као и о његовој адреси становања.

сматрају непрактичним и тешким. Деца изнад 10 година старости се често осећају анксиозно и конфузно, јер не знају где је, заправо, њихово место. Поред тога, тинејџери су заокупљени активностима које их чине мање зависним од родитеља. Стога им је циркулација од једног до другог родитељског дома превише напорна. При том, не прихватају сва деца на исти начин заједничко старање, што зависи од темперамента и узраста детета, међусобне удаљености домова у којима живе родитељи и сл. Најзад, са одрастањем се могу изменити потребе детета, што изискује промене у домену начина вршења родитељског старања. Видети: J. Wallerstein, S. B. Corbin, *Father – Child Relationships after Divorce: Child Support and Educational Opportunity*, Family Law Quarterly, 1986, 20 (2), стр. 30.

У пракси, међутим, одређивањем пребивалишта детета одређује се који ће се родитељ фактички старати о њему. Родитељ код кога дете нема пребивалиште суштински губи право да чува дете, односно уступа право чувања другом родитељу, док родитељ код кога је пребивалиште детета добија одлучујућу улогу не само у погледу чувања детета, већ и у вршењу других права из садржине родитељског права.⁴⁴ У том смислу, пребивалиште детета је показатељ фактичког старања о њему. Како је смисао законске одредбе о одређивању пребивалишта детета у спречавању евентуалних компликација на плану одвијања правног саобраћаја, дете које живи наизменично и код оца и код мајке мора имати једно пребивалиште и једну адресу стана. У супротном, ова норма би изгубила сврху свога постојања.

Интенција законодавца, међутим, није усмерена ка спречавању родитеља да уговоре заједничко фактичко старање, тако да дете може имати подељено боравиште, при чему ће свакодневне одлуке доносити родитељ код кога дете живи.⁴⁵ Упркос широко распрострањеном мишљењу да ће на дете деловати узнемирујуће ситуација у којој живи у два дома, искуства Шведске, која је један од пионира на плану увођења заједничког старања, то демантују.⁴⁶ Ипак, опција наизменичног становања детета код оба родитеља није тако честа у пракси, а може бити успешна само у специфичним ситуацијама.

У том контексту, психолози саветују да дете има један дом, а да другог родитеља посећује у дому у коме он живи. Потреба за животом у једном простору условљена је тежњом за стабилношћу. Поред тога, родитељима се препоручује да после развода наставе да обављају заједно поједине активности од значаја за дете. Примера ради, могу заједно присуствовати родитељским састанцима, спортским такмичењима или школским приредбама у којима учествује дете, могу заједно организовати прославу

44 Г. Ковачек-Станић, *Породично право - партнерско, деље и старатељско право*, Нови Сад, 2007, стр. 315.

45 Г. Ковачек-Станић, *Вршење родитељског права према Породичном закону Србије из 2005. године*, зборник радова: Ново породично законодавство, Крагујевац, 2006, стр. 273.

46 Видети: Г. Ковачек-Станић, *О родитељском праву у теорији и пракси Шведске*, *Анали Правног факултета у Београду*, бр. 1-2/1990, стр. 123. Са друге стране, према статистичким подацима за 2002. годину, у Шведској родитељи заједнички врше родитељско право над 23512 деце (97%), мајке самостално врше ово право над 759 деце (3%), а очеви над 105 деце (0,4%). Упркос великој популарности заједничког старања, деца наизменично живе код оба родитеља у свега 17% случајева, будући да физичко старање најчешће припада мајкама (83%). Наведено према: М. Jänterä-Jareborg, А. Singer, С. Sörgerd, *Parental Responsibilities, National Report, Sweden*, <http://ceflonline.net/wp-content/uploads/Sweden-Parental-Responsibilities.pdf>, стр. 14, приступ: 20.07.2013.

рођендана детета и сл. Оваквим понашањем родитељи ће на очигледан начин манифестовати своје опредељење да активно учествују у животу детета и након развода брака, док ће дете бити у прилици да схвати да има посебно место у животу родитеља, као и да је подједнако вољено од стране оба родитеља.

*Tanja Kitanović, LL.D.
Assistant Professor
Faculty of Law, University of Niš*

SOME SPECIFICATIONS OF PARENTAL RIGHTS AFTER DIVORCE

Summary

The article is dedicated to parental rights after divorce. The introductory part of the work deals with the evolutionary changes in the relationships between parents and children, which reflect on the types of exercising the parental right after divorce. Later in the work there is a critical analysis of the positive legal regulation in this field. The importance of concluding agreement between the spouses on the form and all aspects of parental right after divorce is especially emphasized. Moreover, positive aspects of sole custody as traditional custody are indicated just as well numerous flaw of this type of custody, which have caused expansion of applying joint custody and the situation of parents living apart. A significant part of the work has been given to the model of joint custody which is liable to certain modifications compared to the basic model applicable in complete families, but in this form also, in comparison to sole custody, it offers various benefits. However, in situations of continuous conflicts between parents this type of exercising parental right has little sense. Therefore, parallel existence of both models of exercising parental right is necessary.

Key words: *parental right, divorce, parents, children, parents' agreement on parental right, sole custody, joint custody.*

ПОСЕБНЕ МЕРЕ ЗА СПРЕЧАВАЊЕ ДЕЛА ПРОТИВ ПОЛНЕ СЛОБОДЕ ПРЕМА МАЛОЛЕТНИЦИМА²

Апстракт: Конвенција о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања је ратификовањем 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 проуче тзв. посебне мере за спречавање дела против полне слободе према малолетницима.

Кључне речи: сексуално насиље, малолетници, посебне мере за спречавање кривичних дела против полне слободе.

Увод

Поједина истраживања указују на алармантан податак да је једно од петоро деце у Европи жртва неког облика сексуалног насиља.³ И сазнања о распрострањености овог типа криминалитета код нас дају повода за забринутост, при чему је довољно илустративно навести да је чак 68%

1 dusica@prafak.ni.ac.rs

2 Чланак представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, под редним бројем 14043Д, који финансира Министарство просвете, науке и технолошког развоја Републике Србије.

3 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.

деце жртава трговине људима у Србији било намењено управо сексуалној експлоатацији или да је једна од три девојчице до своје османаесте године доживела неки вид сексуалног злостављања.⁴ 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.⁵ Конвенција је ратификацијом постала део нашег правног поретка,⁶ 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,⁷ који не треба посматрати само као одговор на преузете међународне обавезе, већ и у контексту шире друштвене акције, зацртане доношењем Националне стратегије за превенцију и заштиту деце од насиља.⁸ Даље излагање је фокусирано на анализу тзв. посебних мера које се примењују према учиниоцима сексуалних деликата после издржане казне затвора. У том смислу, проучавање је обухватило тражење одговора на неколико значајних питања: прво, на који начин су искоришћени капацитети које Конвенција пружа, постављајући општу обавезу државама да предвиде делотворне превентивне мере у виду праћења и надзора осуђених лица (чл. 27.); друго, да ли су у имплементацији општих смерница постојале и неке другачије могућности, посматрано са теоријског, али и компаративноправног аспекта; и треће, у чему се састоје практичне импликације прихваћених и могућих решења.

4 Резултати домаћих истраживања дати су 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.

5 *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.

6 Закон о потврђивању Конвенције о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања, *Службени гласник РС – Међународни уговори*, бр. 1/10.

7 *Службени гласник РС*, бр. 32/13.

8 *Службени гласник РС*, бр. 122/08.

1. Неколико напомена о подручју примене посебних мера

Принципијелно посматрано, приликом одређивања подручја примене посебних мера сваки законодавац се налази у дилеми да ли да дозволи примену према свим учиниоцима сексуалних деликата или да од примене искључи лакша дела, ако то не изискују разлози јавне сигурности. У крајњем, избор између ових опција зависи од тога чему се даје превага, интересу заштите друштва од криминалитета или интересу заштите права учиниоца. Наш законодавац се определио да мере предвиди само за пунолетне учиниоце 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).⁹ 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.

Не може остати непримећено да се на наведеној листи не налазе ванбрачна заједница са малолетником (чл. 190.), родоскрвњење (чл. 197.) и трговина људима (чл. 388.). Формално посматрано, она не припадају групи дела против полне слободе, јер их је законодавац систематизовао 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 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

⁹ 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 2009. године, када су уведене и нове инкриминације из чл. 185а и 185б.

зрелости, услед чега би живот у ванбрачној заједници био препрека за њихов даљи развој, образовање и слично.¹⁰ Међутим, осим чињенице заједничког живота, ванбрачна заједница подразумева и одржавање сексуалних односа,¹¹ 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. Априорна могућност примене мера би, свакако, стварала неправедне исходе, јер би се, на пример, на удару нашла 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“.¹² То практично значи да су лица која на овакав начин злоупотребљавају малолетника заправо „привилегована“, што уопште није праведно, иако 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.¹³ Оваква развојна линија је, на изврстан начин, приметна и у нашем законодавству, тако да се овим делом сада пружа заштита само малолетним члановима породице, мада је сама радња проширена, јер се више не односи само на обљубу у ужем смислу. Сексуална злоупотреба је у свим случајевима родоскрвњења неспорна, иако се ова компонента некако губи и разводњава тиме што је сврстано у групу дела против брака и породице. Док постоји оправдање да се учиниоци ванбрачне заједнице са малолетником искључе од примене мера, тешко да би се оно могло изнаћи за роскрвњење. Лице које је на овакав начин злоупотребљало малолетног

10 З. Стојановић: *Коментар Кривичног законика, четврто измењено и допуњено издање*, Службени гласник, Београд, 2012. године, стр. 562.

11 З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 562.

12 Члан 4. Породичног закона, *Службени гласник*, бр. 18/05 и 72/11.

13 З. Стојановић: *op. cit.*, стр. 581.

сродника сигурно не би требало да ужива било какав повољнији статус у односу на друге учиниоце сексуалних деликата према малолетницима, тим пре што су нека од дела на чије се учиниоце примењују посебне мере лакша од родоскрвњења, за које је прописана казна затвора од шест месеци до пет година. Поређења ради, за основни облик недозвољених полних радњи прописана је новчана казна или казна затвора до три године, а за приказивање, прибављање и поседовање порнографског материјала и искоришћавање малолетног лица за порнографију новчана казна или казна затвора до шест месеци (за облик из става 1.), односно казна затвора до две године (за облик из става 4.). Овде се не бисмо упуштали у расправу о оправданости постојања инкриминације родоскрвњења 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 родоскрвњење ствара најтрауматичније искуство и оставља трајне, доживотне последице по жртву.¹⁴

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 намењена управо сексуалној експлоатацији.

2. Сврха и природа посебних мера

У компаративном праву се често у механизму заштите од сексуалне злоупотребе и искоришћавања малолетника налазе и мере чија примена долази на ред по отпуштању осуђеника са издржавања казне. Оне су у страној теорији познате под генеричким називом *post-incarceration sanctions*,¹⁵ који је тешко превести једном речи на српски језик, тако да

14 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.

15 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,

је правилније одредити их описно, како је то учинио наш законодавац. Њихово увођење је засновано на запажању да постојеће кривичне санкције нису довољно ефикасне, као и на идеји да је за успешну борбу против рецидивизма значајан постпенални прихват учиниоца у најширем смислу те речи. Уопштено посматрано, мере које се примењују по отпуштању осуђеног могу бити веома различите по свом садржају, иако све оне имају заједнички циљ – да се путем контроле, надзора или помоћи осуђеном утиче на његово будуће понашање, у смислу смањења ризика од поновног вршења истог или сличног дела. Конвенција о заштити деце од сексуалног злостављања и сексуалног искоришћавања не даје никакве конкретне смернице о поменутом типу превентивних мера, те је законодавац имао пуну слободу да осмисли овај систем, при чему се определио за обавезно јављање надлежном органу полиције и Управе за извршење кривичних санкција, забрану посеђивања места на којима се окупљају малолетна лица, обавезно посеђивање професионалних саветовалишта и установа, обавезно обавештавање о промени пребивалишта, боравишта или радног места, као и обавезно обавештавање о путу у иностранство. Сврха наведених мера је уочљива већ из самог назива закона који их регулише, мада је додатно апострофирана следећом одредбом: „Сврха овог закона је да се учиниоци кривичних дела против полне слободе извршених према малолетним лицима спрече да врше ова дела“ (чл. 2. Закона о посебним мерама). Поред тога, образложење дато уз овај закон прецизира начин на који ће се остваривати спречавање, а то је отклањање услова који могу бити од утицаја да учиниоци ових кривичних дела убудуће врше та дела.¹⁶

Експлицитно наглашен специјално-превентивни карактер их непосредно повезује са неким другим институтима кривичног права, а прва асоцијација су сигурно мере безбедности, пошто су оне усмерене на отклањање стања или услова који могу бити од утицаја да учинилац убудуће врши кривична дела (чл.78. КЗ-а),¹⁷ где се под условима подразумевају чиниоци објективне природе, док су стања субјективне околности које у садејству са (објективним) условима доводе до вршења дела. Поред тога, није неосновано повезати их ни са обавезама из оквира заштитног надзора код условне осуде.¹⁸ Њима се омогућава да се према условно осуђеном

2008. године, стр. 17.

16 Образложење уз Закон о посебним мерама за спречавање кривичних дела против полне слободе према малолетницима, стр. 1.

17 Кривични законик Републике Србије, *Службени гласник*, бр. 85/05, 88/05, 107/05, 72/09, 111/09, 121/12.

18 Садржину заштитног надзора у нашем позитивном праву чине следеће обавезе: јављање органу надлежном за извршење заштитног надзора у роковима које тај орган

примењују одређене активне радње у виду помоћи и заштите, али и надзора са циљем да се предупреди поновљање дела.¹⁹ Није потребан посебан ментални напор да би се дошло до закључка да између посебних мера и обавеза из заштитног надзора постоји извештан паралелизам. Тако се јављање органу надлежном за извршење заштитног надзора може „упарити“ са обавезним јављањем надлежном органу полиције и Управе за извршење кривичних санкција; уздржавање од посећивања појединих места, локала или приредби ако то може бити подстицај или прилика за поновно вршење кривичних дела са забраном посећивања места на којима се окупљају малолетна лица; благовремено обавештавање о промени места боравка, адресе или радног места са обавезним обавештавањем о промени пребивалишта, боравишта или радног места; а посећивање одређених професионалних саветовалишта и установа и поступање по њиховим упутствима са обавезним посећивањем професионалних саветовалишта и установа. Приметно је да се код назива посебних мера законодавац користио нешто „строжијом реториком“, експлицитно наглашавајући њихову обавезност. То не значи да није обавезно извршавати обавезе из заштитног надзора, већ само да у њиховом називу обавезност није изричито наведена. Поменуто „преклапање“ би се могло протумачити као покушај да се новина „веже“ за нешто од раније познато или традиционално присутно у нашем правном систему, и тиме избегне критика претераног експериментисања у третману сексуалних делинквената, али и олакша њихова примена позивањем на аналогију са обавезама из заштитног надзора. Када се већ говори о сличностима између посебних мера и заштитног надзора, требало би поменути да је новим Законом о извршењу кривичних санкција надлежност за извршење заштитног надзора пребачена на Управу за извршење кривичних санкција, тј. посебног повереника (чл. 186-191. ЗИКС-а),²⁰ тако да постоји сличност

одреди; оспособљавање учиниоца за одређено занимање; прихватање запослења које одговара способностима учиниоца; испуњавање обавеза издржавања породице, чувања и васпитања деце и других породичних обавеза; уздржавање од посећивања појединих места, локала или приредби, ако то може бити подстицај или прилика за поновно вршење кривичних дела; благовремено обавештавање о промени места боравка, адресе или радног места; уздржавање од употребе дрога или алкохолних пића; лечење у одговарајућој здравственој установи; посећивање одређених професионалних саветовалишта или установа и поступање по њиховим упутствима; отклањање или ублажавање штете причињене кривичним делом, а нарочито измирење са жртвом кривичног дела (чл. 73. КЗ-а).

19 З. Стојановић: *op.cit.*, стр. 297.

20 *Службени гласник Републике Србије*, бр. 85/2005, 72/2009 и 31/2011.

не само у материјалном, него и у процесном смислу.²¹ Са друге стране, разлике постоје у трајању, јер су обавезе из заштитног надзора ограничене роком проверавања (који не може бити краћи од једне ни дужи од пет година, чл. 65. ст. 1. КЗ-а), док посебне мере трају чак двадесет година (чл. 7. ст. 2. Закона о посебним мерама). Ни последице неизвршења нису исте, пошто се код обавеза из заштитног надзора може бирати између опомене, замене раније изречене обавезе другом, продужења трајања заштитног надзора или опозивања условне осуде (чл. 76. КЗ-а), а код неиспуњавања посебних мера нема места оваквом избору, како је оно нормирано као посебан прекршај (чл. 16. Закона о посебним мерама).

3. Садржина посебних мера

Обавезно јављање надлежном органу полиције и Управи за извршење кривичних санкција (чл. 8.) подразумева дужност учиниоца кривичног дела да се лично јави организационој јединици полиције у месту свог пребивалишта и организационој јединици Управе за извршење кривичних санкција надлежној за третман и алтернативне санкције сваког месеца до петнаестог дана у месецу. Сличну меру познаје и компаративно право, мада је она тамо често повезана са обавезом регистравања сексуалних делинквената. У том смислу она има двоструку функцију, која се једним делом састоји у контроли отпуштеног осуђеника, а другим делом у ажурирању података из регистра сексуалних делинквената. Решења се међусобно разликују по питању учесталости јављања; на пример, у Македонији се учиниоци јављају најмање једном годишње, пет дана пре рођендана, до краја свог живота, суду који се налази у месту пребивалишта или боравишта,²² док се у САД учинилац лично јавља полицији једном годишње, једном у шест месеци или једном у три месеца, у зависности од тога којој категорији учинилаца припада.²³

Забрана посећивања места на којима се окупљају малолетна лица (чл. 9.) подразумева дужност учиниоца да се уздржава од посећивања места на којима се окупљају малолетници, као што су школске зграде, школска

21 Иначе, раније је орган старатељства био надлежан за извршење заштитног надзора, што је због његове недовољне оспособљености довело до тога да се заштитни надзор веома ретко примењивао пракси, а то је и био један од разлога да се питање надлежности другачије постави у новом ЗИКС-у.

22 Видети чл. 7. 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.

23 Видети чл. 116. *Adam Walsh Act-a* из 2006. године на http://www.justice.gov/olp/pdf/adam_walsh_act.pdf, приступ 10. 07.2013. године.

дворишта, вртићи, игралишта, дечије манифестације и слично. Ова мера је доктринарно заснована на теорији рутинских активности, која подразумева да појави криминалитета доприносе здруженим деловањем мотивисани учинилац, сусрет са жртвом и изостанак „чувара“ који може да пружи адекватну заштиту.²⁴ Она се у контроли криминалитета може реализовати одстрањивањем мотивисаног учиниоца са места где се налазе потенцијалне жртве, формирањем тзв. врућих тачака, под чиме се подразумевају типична места на којима се малолетници масовније окупљају, а некада и тзв. тампон зона које представљају одређени круг или додатни заштитни појас око поменутих врућих тачака. Сам Закон није регулисао како ће се примењивати ова мера, те је ово питање остављено подзаконским актима. У компаративном праву се контрола поштовања забране посећивања одређених места некада реализује применом *GPS*-а (*General Position System*).²⁵ У САД је *Jessica's Law* из 2006. године омогућио овакав облик праћења, мада се он не примењује само на сексуалне, него и на друге делинквенте и то веома широко, јер је само у Калифорнији око 6.500 осуђеника контролисано на овакав начин, што представља највећи мониторинг систем у свету, који кошта око 65 милиона долара годишње.²⁶ Требало би нагласити да *GPS* системи нису једнообразни и да се јављају у три варијанте. Активни системи омогућавају трансмисију података о кретању учиниоца на сваких неколико минута, што доводи до његовог праћења у реалном времену, али су они заступљени у мањој мери (око 20% случајева).²⁷ Учесталију примену имају пасивни системи, који прате кретање учиниоца да би податке о томе једном дневно послали у базу, одакле их надлежни орган преузима, како би ретроактивно проверио да ли је било кршења забране уласка у одређене зоне, док комбиновањем претходно описаних, настају хибридни системи са различитим перформансама.²⁸ Употреба *GPS* система је у САД довела до испитивања уставности доживотног ношења наруквице,²⁹ али и до стварања сумње у ефикасност оваквог облика контроле осуђеника након објављивања резултата

24 L. E. Cohen, M. Felson: *Social Change and Crime Rates: A Routine Activities Approach*, *American Sociological Review*, no. 44, 1979. године, стр. 588-608.

25 R. G. Wright: *op. cit*, стр. 36.

26 S. Shekhter: *Every Step You Take, They'll Be Watching You: The Legal and Practical Implications of Lifetime GPS Monitoring of Sex Offenders*, *Hastings Constitutional Law Quarterly*, vol. 38, no. 4, стр. 1086-1087.

27 M. L. Maloy, S. Coleman: *GPS Monitoring of Sex Offenders, Sex Offender Laws, Failed Policies, New Directions*, ed. R. Wright, Springer, New York, 2009. године, стр. 245.

28 M. L. Maloy, S. Coleman: *op. cit*, стр. 245.

29 Више о томе у S. Shekhter: *op. cit*, стр. 1091-1094.

појединих емпиријских истраживања.³⁰ Оно што би у нашим приликама дефинитивно могло бити спорно јесу високи трошкови примене. Такође, забрана посећивања места на којима се окупљају малолетници се, без обзира на начин контроле њеног поштовања, заснива на хипотези да је учинилац сексуалних деликата према малолетницима тзв. опасни странац, који „вреба“ на местима на којима се масовније окупљају. Међутим, проучавања феноменологије овог типа криминалитета говоре нешто друго, те је тако у једном домаћем истраживању показано да је периоду од 1994. до 1998. године у 98,2% случајева сексуалног насиља и злоупотребе малолетника учинилац био од раније познат жртви, док у периоду од 2004. до 2009. године поново утврђена наведена правилност, и то у још израженијем виду, пошто су сви учиниоци без изузетка од раније били познати жртви.³¹ Када се забрана доведе у контекстуалну везу са добијеним подацима настаје дилема да ли ће она увек моћи да оствари очекивано превентивно дејство, како је осмишљена за потпуно другачији тип учиниоца у односу на онај статистички најзаступљенији код нас, који делује у кругу породице, рођака, пријатеља, суседа, једном речи у кругу познатих. Тако посматрано, забрана посећивања може бити делотворнија у земљама у којима се посматрани облик криминалитета другачије испољава, на пример у виду отмица или врбовања деце ради сексуалног злостављања и искоришћавања од стране незнанаца. Дигресије ради, овакве земље у истом циљу некада предвиђају и радикалније мере попут забране настањивања на одређеним подручјима (*residence restrictions*), која је у САД уведена 90-тих година прошлог века (*Jacob Wetterling Act* из 1994. године и *Megan's Law* из 1996. године), иако и њу прате контрадикторни налази о капацитетима да одврати учиниоца од понављања сличног дела, као и замерке да може да доведе до непожељне гетоизације и концентрисања делинквената у зонама изван забране.³² Мада по садржају не припада овој групи мера, по функцији је слично и обавештавање јавности о томе да се регистровани сексуални делинквент налази на слободи које је, такође, 90-тих година уведено у САД (*Megan's Law*).³³ Како овај закон не садржи

30 M. A. Finn, S. Muirhead-Steves: *The Effectiveness of Electronic Monitoring with Violent Male Parolees*, Justice Quarterly, vol. 19, is. 2, 2002. године, стр. 305-307, M. L. Maloy, S. Coleman: *op. cit.*, стр. 247. и надаље.

31 Н. Петковић, М. Ђорђевић, Ђ. Балос: *op. cit.*, стр. 312.

32 J. C. Barnes: *Implications of Residence Restrictions on Sex Offender Housing: Place a Moratorium on the Passage of Sex Offender Residence Restriction Laws*, Criminology & Public Policy, vol. 10, is. 2, 2011. године, стр. 401, M. L. Meloy, S. L. Miller, K. M. Kurtis: *Making Sense out of Nonsense: The Deconstruction of State-level Sex Offender Residence Restrictions*, American Journal of Criminal Justice, vol. 33, is. 2, 2008, стр. 209-222. и др.

33 L. L. Sample, M. K. Evans: *Sex Offender Registration and Community Notification, Sex Offender Laws, Failed Policies, New Directions*, ed. R. Wright, Springer, New York, 2009.

конкретније смернице о начину извршења ове мере, федералне државе су примениле различите моделе, од обавештавања путем средстава јавног информисања, дељења флајера, телефонског обавештавања, кампање „од врата до врата“, организовања информативних састанака у локалној заједници, до обавештавања преко одређених сајтова које финансира држава.³⁴ Очито је и да се обавештавање заснива на доктрини о рутинским активностима, али не на идеји отклањања мотивисаног учиниоца, већ на идеји да се информишу родитељи и сва друга лица која се баве чувањем, васпитањем или образовањем малолетника, како би благовремено предузели адекватне мере ради заштите малолетника.

Обавезно посећивање професионалних саветовалишта и установа (чл. 10.) подразумева дужност учиниоца да посећује професионална саветовалишта и установе према програму који му одреди организациона јединица Управе за извршење кривичних санкција надлежна за третман и алтернативне санкције. За разлику од других мера које су више намењене контроли и надзору, овде је више изражена тежња помоћи учиниоцу. Ова мера може допринети да се код учинилаца промене ставови у вези са учињеним делом, како би се стекао увид у неприхватљивост понашања и развила емпатија према жртви, али се може односити и на контролу агресивног и импулсивног понашања, рецимо кроз когнитивно-бихејвиоралну терапију.

Обавезно обавештавање о промени пребивалишта, боравишта или радног места (чл. 11.) подразумева дужност учиниоца да у року од три дана од дана промене лично обавести надлежну организациону јединицу полиције и организациону јединицу Управе за извршење кривичних санкција надлежну за третман и алтернативне санкције. Сличну меру познаје и компаративно право; осуђена лица у Македонији су по истеку изречене казне у доживотној обавези да се најмање једном годишње, пет дана пре датума рођења, јављају надлежном судском органу ради провере адресе боравишта или пребивалишта, а надлежни суд је у обавези да у року од пет радних дана податке о адреси, као и евентуалне промене осталих података, достави Заводу за социјалну заштиту (чл. 7.). Законом су предвиђене новчана казна и затвор до једне године за осуђено лице које не извршава ову обавезу (чл. 9.). У Француској постоји посебна мера према којој је свака регистрована особа дужна да једном годишње, од тренутка када добије обавештење о обавези, потврди адресу становања, као и да пријави сваку промену адресе у року од петнаест дана од дана промене, путем препоручене поште са потврдом пријема, преко полиције

године стр. 214.

34 L. L. Sample, M. K. Evans: *op. cit.*, стр. 215.

или тужилаштва.³⁵ Међутим, учиниоци изузетно тешких кривичних дела за која су предвиђене казне затвора преко десет година су, у зависности од тежине кривичног дела, у обавези да се јављају лично ради провере података чешће, тј. једном у шест месеци, а у случају високог ризика када је у питању рецидивиста и једном месечно.³⁶ За неизвршавање ове обавезе предвиђена је казна затвора од две године и новчана казна у износу од 30.000 евра.³⁷ Полиција има право да периодично проверава податке, а ако не пронађе регистровано лица на пријављеној адреси одмах расписује потерницу и уноси учиниоца у базу тражених лица.³⁸ Слична решења постоје и у другим земљама које имају посебне регистре за учиниоце сексуалних кривичних дела против малолетника.

Обавезно обавештавање о путу у иностранство (чл. 12.) подразумева дужност учиниоца да се најкасније три дана пре путовања у иностранство лично јави надлежној организационој јединици полиције. При томе, оно треба да пружи податке о држави и коју путује, као и о месту и дужини боравка у иностранству. Поред опште, ова мера има и посебну сврху, која се састоји у постављању основа за међународну сарадњу у области сузбијања сексуалне делинквенције, коју није могуће остварити без размене података о учиниоцима. Компаративно посматрано, ради се о типичној обавези, присутној у многим правима. Она постоји и у Канади, с тим што је осуђени, за разлику од нашег права, дужан да се у року од седам дана по повратку из иностранства јави регистрационом центру.³⁹ У Великој Британији обавештење о путу у иностранство (*notification order*) треба да садржи: датум одласка из земље, назначење земље у коју се иде, место у којем ће одсести, датум повратка и друге информације о одласку и о доласку у Велику Британију, као и податке о кретању у иностранству.⁴⁰ Међутим, упоредно право познаје и много ригорозније облике контроле кретања учинилаца, попут забране путовања у иностранство (*foreign travel order*).⁴¹ Трајање овакве забране је ограничено на пет година, а она може

35 Чл. 706-53-5 *Code de procédure pénale*. Коришћена енглеска верзија текста Законика о кривичном поступку са <http://www.legifrance.gouv.fr/Traductions/en-English/Legifrance-translations>, приступ 10.07.2013. године.

36 Чл. 706-53-5 *Code de procédure pénale*.

37 Чл. 706-53-5 *Code de procédure pénale*.

38 Чл. 706-53-8 *Code de procédure pénale*.

39 Чл. 4.3. и 4.4. *Sex Offender Information Registration Act-a* из 2004. године, <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/S-8.7/FullText.html>, приступ 10.7.2013. године.

40 Чл. 86. *Sexual Offences Act -a* из 2003. године, <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2003/42/contents>, приступ 10.07.2013. године.

41 Чл. 117. *Sex Offender Information Registration Act-a*.

бити одређена у виду генералне клаузуле, када постоји општа забрана напуштања земље, у виду енумерације или набрајања земаља у које одлазак није допуштен, или у виду елиминације када је дозвољено отићи у све остале земље, осим таксативно наведених. Може се претпоставити да је њено увођење било подстакнуто запажањима да *modus operandi* одређеног броја учинилаца подразумева одлазак у иностранство ради вршења дела, односно запажањима о учесталости тзв. сексуалног туризма, појаве да педофили циљано одлазе на дестинације познате по дечијој проституцији.⁴²

4. Изрицање посебних мера или избор адекватне мере и одређивање њеног трајања

Законска формулација која каже да се према учиниоцима наведених кривичних дела по издржавању казне затвора „*спроводе следеће посебне мере*“ сугерише два закључка – прво, да је њихово изрицање обавезно, и друго, да је могуће изрећи не само једну, него и већи број мера, ако у конкретном случају за тако нешто има потребе и оправдања. Прецизнији критеријуми за њихов избор нису постављени, те је ово питање у потпуности препуштено слободној оцени суда. То их битно издваја од мера безбедности, али од обавеза из заштитног надзора. Приликом одлучивања о обавезама из заштитног надзора, за које је закључено да су веома сличине посебним мерама, суд мора да води рачуна нарочито о годинама живота учиниоца, здравственом стању, склоностима и навикама, побудама из којих је дело учињено, држању после учињеног дела, ранијем животу, личним приликама, породичним приликама, условима за испуњење наложених обавеза, као и о другим околностима које се односе на личност учиниоца, а од значаја су за избор мера и њихово трајање (чл. 74. КЗ-а). Анализа судске праксе показује да се, такође, води рачуна и о спремности учиниоца да испуњава обавезу, јер се уколико она не постоји поставља питање оправданости не само њеног налагања учиниоцу, него и оправданости избора условне осуде уопште.⁴³ Идући по аналогiji, већина наведених околности би могла да има улогу и код одређивања посебних мера, а посебно ранији живот, побуде из којих је дело учињено, склоности и навике, личне прилике, држање учиниоца после учињеног дела, друге околности

42 Комерцијално сексуално искоришћавања деце највише је изражено у Азији, посебно на Тајланду, Филипинима и у Индији, али у многим афричким земљама, док од пада комунизма оно постаје озбиљнији проблем и у појединим земљама Источне Европе. С. Константиновић-Вилић, В. Николић-Ристановић, М. Костић: *Криминологија*, Ниш, 2009. године, стр. 146.

43 З. Стојановић: *op.cit.*, стр. 301-302.

везане за личност учиниоца. Поред тога, не би требало занемарити ни тежину кривичног дела, степен кривице и околности под којима је учињено. Укратко речено, специјално-превентивна функција посебних мера, по логици ствари, у први план ставља све оне чињенице на основу којих се може поставити криминална прогноза. Што има више параметара који указују да је опасност учиниоца већа, јер постоји изражен ризик од рецидивирања, то има више оправдања за одређивање мера и за њихово дуже трајање. Поред нерегулисања критеријума за примену, проблем би могла да представља и чињеница да су посебне мере одређене само максимумом (најдуже двадесет година после издржане казне затвора, чл. 7. ст. 2.), али не и минимумом, те се може поставити питање шта је њихова најмања мера, док се други спорни моменат односи се на то да ли се оне одређују само на пуне године или у обзир долази и нека друга варијанта, на пример на пуне године и месеце, што би требало прецизирати *de lege ferenda*.

Насупрот томе, законом је детаљније уређено преиспитивање оправданости даљег спровођења посебних мера. У том смислу, оправданост даље примене преиспитује суд који је донео првостепену пресуду, по службеној дужности на сваке четири године (чл. 7. ст. 3.), мада се о овом питању може одлучивати и на захтев осуђеног лица по истеку сваке две године од почетка примене мера (чл. 7. ст. 4. и 5.), и то на основу извештаја органа и организација надлежних за њихово спровођење.

5. Закључна разматрања

Увођење посебних мера за учиниоце кривичних дела против полне слободе према малолетницима вероватно ужива одобравање јавности, мада резултати ретких емпиријских истраживања на ову тему код нас показују да би подршку добили и много репресивнији облици реаговања, пошто су се испитаници испитаници изјашњавали у прилог строгих затворских казни, хемијске кастрације, па и смртне казне.⁴⁴ Са друге стране, очекивања законодавца од посебних мера су велика, јер се претпоставља, како је наведено приликом доношења закона, да би оне могле бити ефикасније од санкција које су до сада примењиване на сексуалне делинквенте. Међутим, у земљама где се примењују већ деценијама не постоји јединствен став о реалним капацитетима ових мера; поједини аутори истичу да још увек није доказано да утичу на смањење поврата и повећање сигурности заједнице,⁴⁵

44 Више о томе у Н. Петковић, М. Ђорђевић, В. Балос: *op. cit.*, стр. 74.

45 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. и др.

други сматрају да готово уопште не делују на сексуално искоришћавање и злоупотребе малолетника у оквиру породице и круга познатих,⁴⁶ док постоје и теоретичари који их генерално оцењују као контрапродуктивне.⁴⁷ У тренутку настанка овог рада још увек није могуће говорити о неким домаћим искуствима, јер је прошло премало времена од ступања на снагу Закона о посебним мерама, да би постојао било какав емпиријски материјал који би се могао искористити као основа за евалуацију. Једно је сигурно, заштита малолетника о којој је овде било речи, подразумева много комплекснију реакцију, која би требало да обухвати и хетерогене превентивне мере, али и мере помоћи и подршке жртвама у циљу њиховог физичког, психичког и социјалног опоравка.

Dušica Miladinović-Stefanović, LL.M.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

SPECIAL MEASURES FOR PREVENTING THE COMMISSION OF SEX CRIMES AGAINST MINORS

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 those special measures envisaged in foregoing legal documents.

Key words: *sexual violence, juveniles, special measures for preventing the commission of sex crimes against minors*

46 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.

47 H. Wakefield: *The Vilification of Sex Offenders: Do Laws Targeting Sex Offenders Increase Recidivism and Sexual Violence?*, *Journal of Sexual Offender Civil Commitment: Science and the Law*, no. 1, 2006. године, стр. 141-149.

ПРОСТОРНА И ВРЕМЕНСКА ДИСТРИБУЦИЈА УБИСТАВА У ЈУГОИСТОЧНОЈ СРБИЈИ¹

Апстракт: *Криминолошка студија о убиствима до сада није имала за територијално одређење југоисточну Србију. Стога аутор наглашава значај добијања података о обиму, динамици и структури убистава на поменутој територији, са циљем изградње ефикасних мера превенције. Аутор је, полазећи од законског одређење убистава, представио различите облике хомицида кроз призму места и времена извршења. Другим речима, аутор је посебно анализирао просторну и временски дистрибуцију убистава на територији југоисточне Србије. Тако је посебна пажња посвећена анализи места извршења убистава, анализи распрострањености убистава на релацији село-град, као и анализи најуже локације извршења убистава. Кроз временску дистрибуцију убистава аутор је посматрао месеци, дан и део дана када су убистава почињена.*

Кључне речи: *убистава, југоисточна Србија, обим, дистрибуција.*

УВОД

Још пре Другог светског рата су поједини кривичноправни писци почели да се интересују за феномен убистава. 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

¹ Овај рад представља резултат теоријског истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“ (бр. пројекта 179046), који финансира Министарство просвете, науке и технолошки развој Републике Србије.

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.

1. Опис истраживања убистава на територији југоисточне Србије

Пошто 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 су предмет интересовања само правоснажне пресуде. Као општи циљ истраживања, истраживач је поставио утврђивање феноменолошких и етиолошких карактеристика кривичног дела убиства, кроз остваривање непосредних циљева истраживања, као што су: утврђивање облика убиства у оквиру узорка истраживања, обима, динамике, као и утврђивање географске и временске распрострањености убистава.

Спровођењем истраживања проверене су следеће постављене хипотезе: лица врше већи број обичних у односу на квалификована убиства, већи број убистава се врши на територији оних судова који покривају већу територију, већи број убистава се деси у градовима него у селима, већи број убистава се деси у лето, већи број убиства буде почињен током ноћи, подједнак број убистава на селу се током целе недеље. Истраживањем су обухваћени случајеви кривичних дела убиства, пресуђених на територији одабраних седишта основних и виших судова, при чему смо се руководили

следећим критеријумима: да је донесена правноснажна судска одлука за извршено убиство, да је извршен било који облик привилегованог, обичног или квалификованог убиства или покушај, да су обухваћени пресуђењима, у посматраном временском периоду, од 2006. до 2010. године. У истраживању предмета употребљен је метод посредног посматрања заједно са методом анализе садржаја, који су примењени приликом анализе правноснажних пресуда о убиствима из уписника основних и виших судова у Нишу, Лесковцу, Прокупљу, Врању и Пироту,

2. Обим, динамика и структура убистава

С обзиром на то да смо у предмету нашег истраживања пошли од правноснажних пресуда, односно решења, приликом прикупљања узорака нису коришћени подаци о броју пријављених убистава код надлежних јавних тужилаштава, већ само правноснажне одлуке надлежних судова. Разлог једног оваквог начина спровођења истраживања лежи у томе да одређени кривични догађаји, који су претходно квалификовани од стране тужилаштва као неки од облика кривичног дела убиства, на крају буду од стране суда оквалификовани као неко друго кривично дело. Такође, приказани резултати у табелама биће класификовани само по години правноснажности пресуде, односно решења. Наиме, за наше истраживање меродавнија је година правноснажности судске одлуке, због тога што су тиме обухваћене судске одлуке у складу са временским одређењем истраживања, које се односи на период по ступању новог кривичног законодавства у Србији, али и због квалификације кривичног дела од стране надлежног суда, јер је тиме несумњиво утврђено да одређени кривични догађај представља неки облик кривичног дела убиства.

Суд Година	Ниш	Лесковац	Врање	Пирот	Прокупље	Укупно
2006	5	2	/	/	3	10
2007	4	1	/	3	/	8
2008	7	5	/	1	1	14
2009	2	2	1	1	2	8
2010	1	/	5	/	2	8
Укупно	19	10	6	5	8	

Табела 1. Правноснажне пресуде о убиствима у периоду 2006-2010. године

Из Табеле 1. може се видети број пресуђених кривичних дела убиства, с обзиром на суд који је био надлежан. Треба водити рачуна о томе да подаци из Табеле 1. нису представљени у складу са годином извршења убиства, већ

у складу са моментом правноснажности пресуде, односно решења. Наиме, комплексност извршених убистава доводи до тога да кривични поступци трају и више година. Из овога произилази да се на основу података може пратити само динамика рада надлежних судова. Једини закључак који се може извући из добијених података се односи на повезаност броја пресуђених убистава са величином територије, коју покрива надлежни суд. Тако су Основни и Виши суд у Нишу, као највећи судови у југоисточној Србији, имали највећи број предмета – укупно 19, при чему је највише убистава постало правноснажно током 2008. године. После њих се налазе Основни и Виши суд у Лесковцу, који су у петогодишњем периоду имали 10 случајева убистава. Такође, и лесковачки Основни и Виши суд су највише правноснажних пресуда имали 2008. године. Врањски судови су пресудили 6 кривичних дела убистава. У периоду од 2006. до 2008. године није било правноснажних пресуда у вези убистава. На тај начин се потврђује још једном теза да се појасеви дуж државне границе одликују посебним обимом и структуром криминалитета, у односу на подручја унутар једне државе. Наиме, за погранична подручја, какво је подручје које покривају судови у Врању, су карактеристична царинска кривична дела, трговина људима и дрогама.² Иста аналогија се може применити и за надлежне судове у Пироту, који су донели само 5 пресуда. Основни и Виши суд у Прокупљу су имали 8 случајева убистава. С обзиром на то да су судови у Врању, Пироту и Прокупљу слични у погледу територије и становништва, које покривају, може се донети закључак да у њима постоји веома слична стопа убистава.

Година	2006	2007	2008	2009	2010
Облик убистава					
Обично убиство	7	8	9	3	2
Убиство на свиреп или подмукао начин	2	/	1	1	1
Убиство којим се са умишљајем доводи у опасност живот још неког лица	/	/	2	/	/
Убиство при извршењу разбојништва или разбојничке крађе	/	/	1	1	/
Убиство из користољубља	1	/	/	/	1

² Константиновић Вилић, С., Николић Ристановић, В., Костић, М., Криминологија, ПЕЛИКАНТ ПРИНТ, Ниш, 2009. година, стр. 102-103.

Убиство из безобзирне освете или других ниских побуда	/	/	/	2	1
Убиство више лица	1	/	2	1	1
Убиство на мах	/	/	/	/	1
Убиство детета при порођају	/	/	/	1	/

Табела 2. Структура убиства по годинама у југоисточној Србији

У Табели 2. је приказана структура убиства сходно годинама правноснажности, а као основ поделе коришћени су облици убиства предвиђени Кривичним закоником Републике Србије. Такође, у Табели 2. дат је приказ само оних облика убиства који је правноснажно пресуђен. Највише пресуђених убиства припада обичном убиству. Наиме, судови су, са територије обухваћене узорком, највише лишења живота квалификовали као обично убиство. Такође, највише обичних убиства пресуђено је током 2008. године – 9. У првој години временског оквира истраживања било је 7 правноснажних пресуда о обичном убиству. У 2007. години било је за један више број правноснажних пресуда обичних убиства у односу на 2006. годину. Током 2009. године су била 3 обична убиства, док су у току 2010. године два кривична догађаја оцењена од стране суда као обично убиство. Разлог томе да је највише обичних убиства било пресуђено у прве три године посматраног периода можда треба тражити и у томе што је јануара 2006. године ступило на снагу ново кривично законодавство, које је за обично убиство предвиђало блаже казне затвора. Због тога су надлежни судови били „ принуђени “ да чекају дуго најављивану реформу кривичног права, како би на правилан начин оквалификовали дело, сходно постојећим околностима његовог извршења. Како су кривични поступци за убиства веома компликовани и комплексни, што условљава већу дужину његовог трајања, то доводи, заједно са већ поменутом променом кривичног законодавства, до тога да постоји приближно исти број правноснажних пресуда у прве три године. С обзиром на то да су 2009. и 2010. година календарски веома близу могуће је да велики број пресуда за обична убиства није постао правноснажан. Уколико упоредимо обична убиства са свим квалификованим облицима убиства, можемо закључити да на посматраном временски и просторно одређеном узорку не постоји тенденција вршења великог броја тешких убиства, јер је укупно правноснажно пресуђено 29 обичних убиства и 18 тешких убиства. Другим речима, када повучемо паралелу између законом предвиђених броја квалификованих убиства (11) и обичног убиства, видимо да се тешка убиства предмет пресуђења у мањем обиму.

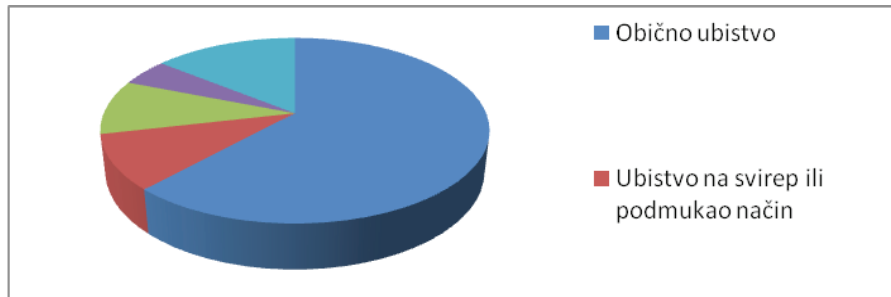
Од квалификованих убистава највише је пресуђено убиство на свиреп и подмукао начин и убиство више лица. Наиме, у посматраном периоду било је по 5 правноснажних пресуда. Треба напоменути да су у пресуди под бројем 55/207 Окружног суда у Нишу постојале две осуде за два различита облика убиства – убиство више лица и убиство којим се са умишљајем доводи у опасност живот још неког лица, при чему је једно лице осуђено за један облик, а друго лице за други облик тешког убиства. Окружни суд у Нишу, у предмету 53/06, је подвео кривични догађај под норме убиства на свиреп и подмукао начин, као и убиства из користољубља.³ Због тога се не поклапа број правноснажних пресуда из *Табеле 1.* са структуром убистава из *Табеле 2.* Иза убиства више лица налази се убиство при извршењу разбојништва или разбојничке крађе и убиство из безобзирне освете или других ниских побуда, са укупним бројем од 3 правноснажних пресуда. Током 2006. и 2010. године тешко убиство из користољубља је пресуђено у два случаја. Такође, тешко убиство са истим бројем правноснажних пресуда као и убиство из користољубља је убиство којим се са умишљајем доводи у опасност живот још неког лица – постоји 2 правноснажне пресуде из 2008. године. Бројни облици тешког убиства нису вршени у посматраном периоду. Свега два привилегована убиства су била предмет пресуђења – једно убиство на мах и једно убиство детета при порођају.

2. Дистрибуција убистава по месту јављања у југоисточној Србији

2.1. Регионалне карактеристике убистава у југоисточној Србији

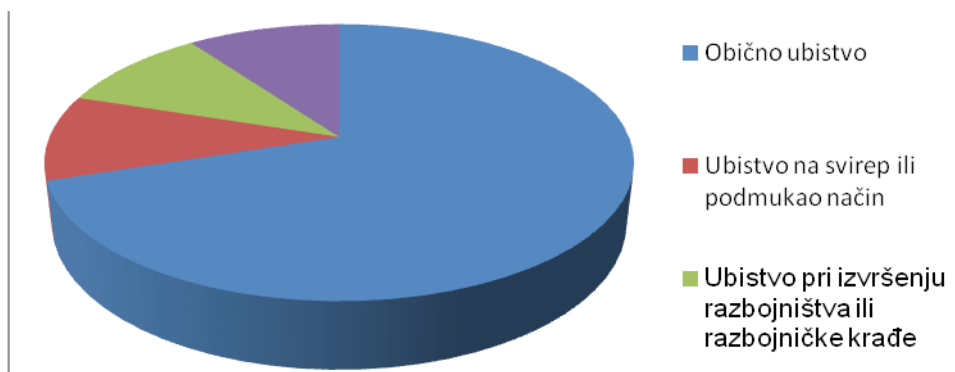
Стопа убиства варира у односу на одређене територије у оквиру једне државе. Како се просторна одређеност прикупљених података о убиствима односи на територију југоисточне Србије, у наредном делу рада биће приказана структура убиства, у односу територије Ниша, Лесковца, Врања, Пирота и Прокупља.

3 Цитат из пресуде 53/06: „Криви су мал. С. Д. и мал. С. А. што су дана 10.12.2005. год. у Нишу, заједнички са умишљајем лишили живота мал. К. М. из Нипа рођ. 20.7.1990., на свиреп и подмукао начин, и из користољубља... при чему су били свесни свог дела и хтели његово извршење, чиме су извршили кр. дело тешко убиство из чл. 114. ст. 1. тачка 1. и 5. КЗ у вези са чл. 33. КЗ.“ Извршена је погрешна правна квалификација, јер је у питању привидни идеални стицај у виду алтернативитета.



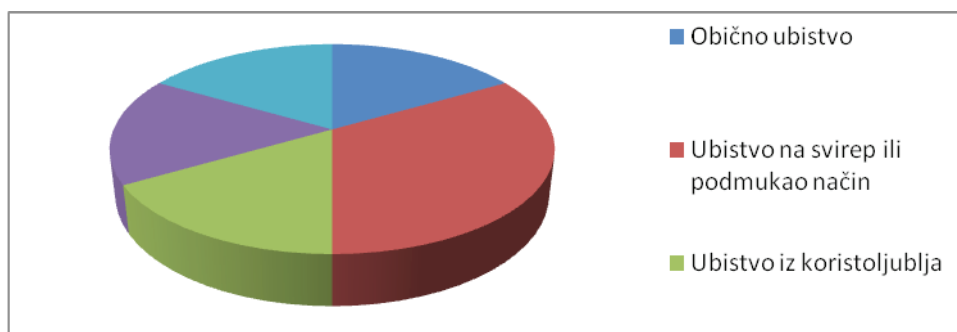
Графикон 1. Структура убистава на територији Ниша

На територији Града Ниша, у посматраном периоду, правноснажно је пресуђено 13 обичних убистава, што чини 62% од укупно 21 убистава (Графикон 1). Убиство више лица са 3 правноснажна пресуђења, у периоду од 2006. до 2010. године, заузима друго место у укупном броју убистава, са 14%. Треба напоменути да је Окружни суд у Нишу у пресуди под бројем 53/06 кривични догађај оквалификовао као убиство на свиреп и подмукан начин, али и из користољубља. Другим речима, овде се на ради о два убистава. Међутим, у статистичким подацима ово убиство се води и као један и као други облик тешког убистава. Тако посматрано убиство на свиреп или подмукан начин је било предмет пресуђења у две правноснажне пресуде (10%), док је убиство из користољубља било пресуђено само једном у посматраном периоду (5%). Сличан случај постоји и код пресуде 55/2007. Наиме, у овој пресуди суд је једно лице осудио за убиство више лица, док је друго лице осудио за убиство којим се са умишљајем доводи у опасност живот још неког лица. Облик тешког убистава са 2 правноснажне пресуде је и убиство којим се са умишљајем доводи у опасност живот још неког лица (10%). Остали облици квалификованог убистава, заједно са привилегованим убиствима, нису били предмет пресуђења у посматраном периоду.



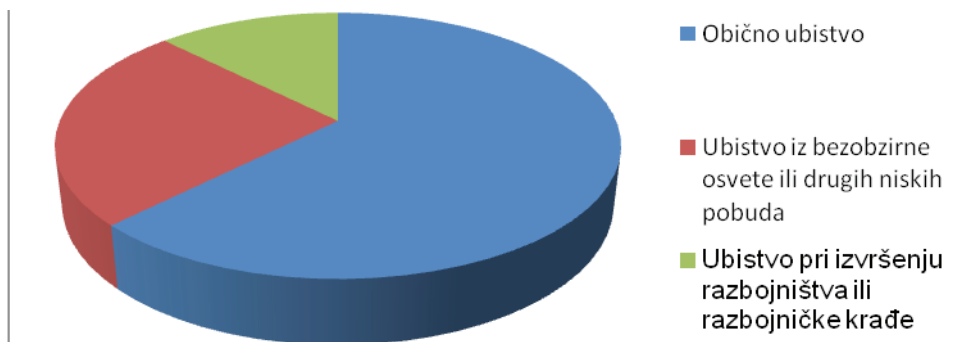
Графикон 2. Структура убистава на територији Лесковца

И на територији Града Лесковца је обично убиство највише било предмет пресуђења са 70%, односно са 7 правноснажних пресуда од укупно 10 (Графикон 2). Тешка убиства приказана на Графикону 2. су: убиство на свиреп или подмукао начин, убиство при извршењу разбојништва или разбојничке крађе и убиство више лица са уделом од 10%.



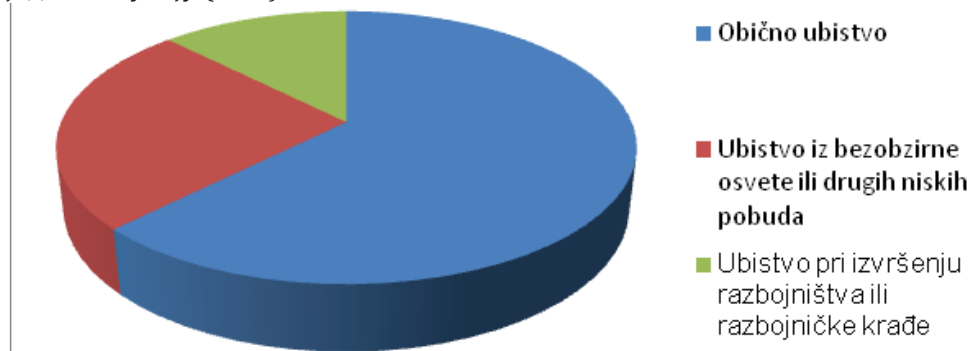
Графикон 3. Структура убиства на територији Врања

На територији Града Врања је било укупно 6 правноснажних пресуда (Графикон 3). Међутим, овде постоје одређени изузеци у погледу структуре убиства која су била предмет пресуђења. Док је обично убиство имало највећи удео у односу на друге врсте убиства на територији Града Ниша и Града Лесковца, на територији Града Врања убиство на свиреп или подмукао начин је у два случаја било предмет кривичног поступка, који се завршио правноснажном пресудом. Са две овакве пресуде, убиство на свиреп или подмукао начин заузима 32%, од укупног броја убиства у Врању. Остала убиства, као што су: обично убиство, убиство из користољубља, убиство из безобзирне освете или других niskих побуда и убиство на мах, са по једном правноснажном пресудом, су заступљења са 17%.



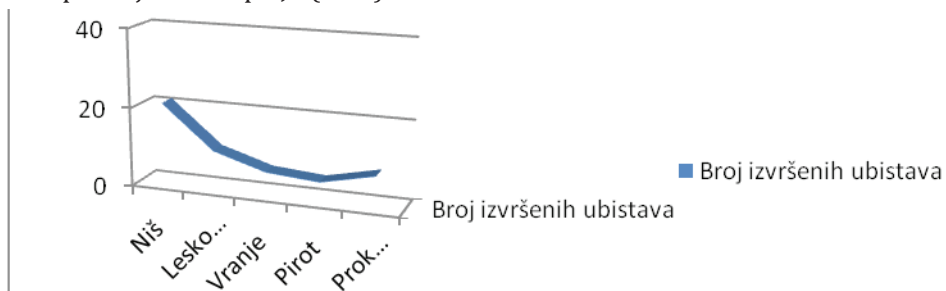
Графикон 4. Структура убиства на територији Пирота

На територији Града Пирота је у периоду од 2006. до 2010. године било укупно 5 правоснажних пресуда о убиствима (Графикон 4). Постоје 3 правоснажне пресуде о учињеном обичном убиству, што чини 60% од укупних убистава. Са овим процентом, обично убиство, извршено на територији коју покрива Виши суд у Пироту, има доста сличан проценат као обично убиство у Нишу (62%) и Лесковцу (70%). Такође, пиротски Виши суд је донео једну правоснажну пресуду у вези убиства више лица (20%). Међутим, оно по чему је структура убистава на територији Града Пирота посебно важна је убиство детета при порођају, које је пресуђено у једном случају (20%).



Графикон 5. Структура убистава на територији прокупља

На територији општине Прокупље укупно је било 8 правоснажних пресуда о убиствима (Графикон 5). На територији, коју покрива Виши суд у Прокупљу, не постоји велика различитост у погледу облика убистава, која су извршена, јер су само три облика убиства била предмет судског поступка, који се завршио доношењем осуђујуће пресуде. Тако, на пример, обично убиство, са уделом од 62%, односно 5 правоснажних пресуда је на првом месту. Док је убиство из безобзирне освете или других niskih побуда, са две коначне пресуде (25%), на другом месту. Такође, предмет једног кривичног поступка је било и убиство при извршењу разбојништва или разбојничке крађе (13%).



Графикон 6. Број убистава у односу на надлежан суд

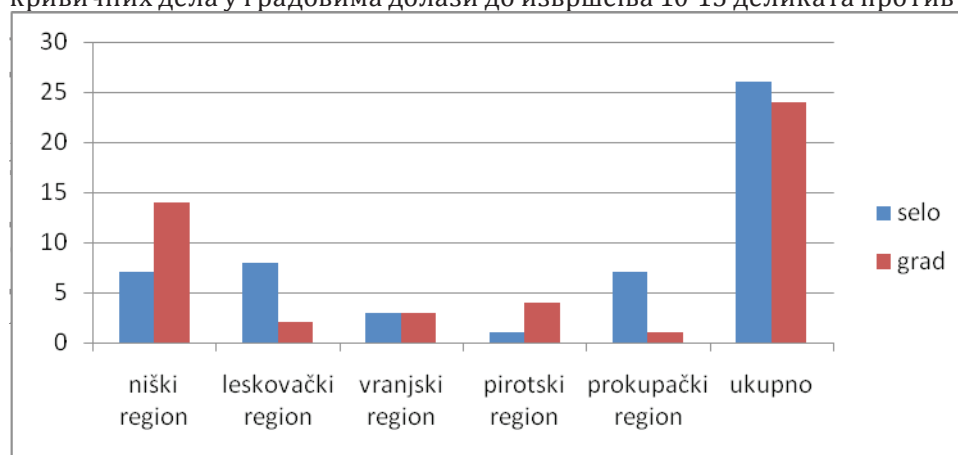
На *Графикону 6.* приказан је укупан број разних облика убистава, с обзиром на територију на којој су почињена. Анализирајући добијене резултате, можемо закључити да унутар посматраног просторног оквира предмета истраживања, у региону, који је под надлежношћу нишких судова, било је највише извршених убистава – 21. На другом месту се налази Основни и Виши суд у Лесковцу са 10 убистава. На следећем месту се налазе прокупачки судови са 8 правноснажних пресуда, док су на четвртном месту врањски судови са 6 пресуда о убиствима. На последњем месту, по броју донесених правноснажних одлика, се налазе пиротски судови – 5 одлука. Уколико упоредимо број становника, који живи у сваком од ових региона, можемо видети да између броја пресуђених убистава постоји одређена корелација. Како је Ниш град са највећим бројем становника, према подацима из пописа који је одржан 2002. године око 300.000 становника, има и највећи број извршених убистава. С обзиром на то да је Лесковац место са 162.000 грађана, при чему је у посматраном периоду било 10 убистава, можемо закључити да је однос између броја убистава 2:1 у корист Ниша. Такође, Врање, као град са три пута мањом популацијом од Ниша, има три пута мање извршених убистава. У Пироту, као граду са 63.791 грађана, је однос броја убистава са убиствима извршеним на територији Ниша у размери 4:1. Међутим, У Прокупљу је било три пута мање убистава у односу на Ниш, иако Прокупље има мањи број становника од Пирота – 48.000. Из приказаних података долази се до резултата да на територији региона Прокупља делују одређени криминогени фактори, који доводе до тога да број пресуђених убистава буде већа у односу на Пирот и Врање, без обзира што ова два града имају више становника.

2.2 Распоређеност убистава на релацији село-град

Уопштено посматрано, криминалитет уопште се не јавља у истом обиму, у зависности од места извршења. Другим речима, стопа криминалитета није иста на селу и граду. Бројна спроведена истраживања су показала разлику не само у обиму јављања криминалитета, већ и у погледу неких карактеристичних кривичних дела која се врше у зависности од места урбанизације. Другим речима, емпиријска истраживања су показала да се криминалитет, као и делинквенција уопште, повећавају са процесом урбанизације. Тако су за градове карактеристични имовински криминалитет, криминалитет белог оковратника, организовани криминалитет, малолетничка делинквенција, рецидивизам, док се сеоска подручја одликују увредама, клеветама, самовлашћем, силовањима, паљевинама, шумским крађама итд.⁴

⁴ Више о дистрибуцији криминалитета на релацији село-град видети у: Костић, М., Константиновић Вилић, С., *Разлике у феноменолошким обележјима криминалитета*

Убиство, као предмет нашег интересовања, према истраживањима које је спровео криминолог Џонсон, је типично сеоско кривично дело, иако је истицао да је криминалитет уопште више особина града него села. Он је дошао до резултата да се на 100.000 становника у граду јавља 6,5 убистава, док се у селу јавља 9,4 убистава. До сличних закључака дошао је и дански криминолог Кристијансен, који је, анализирајући податке о дистрибуцији криминалитета на релацији село-град, указао да на 100 кривичних дела у градовима долази до извршења 10-15 деликата против



Графикон 7. *Распоређеност убиства на релацији село-град*

Посматрајући убиство на релацији село-град (*Графикон 7*), у оквиру просторног одређења нашег истраживања, видимо да је више убистава било на селу него у граду – 26 убистава је извршено на селу наспрам 24 убистава у граду (52% наспрам 48%). Међутим, подробнија анализа добијених података указује да ту постоје одређене разлике. У Нишу и његовој околини, као најурбанизоване делу просторног оквира истраживања, има 14 убистава, која су извршена у граду, наспрам 7, које су извршене на селу. Поред нишког региона, и у пиротском региону је више убистава почињено у граду него у селу – 4 према 1. Распоређеност убиства на релацији село-град је у врањском региону подједнака – 3 градска и 3

на селу и криминалитета у граду, Село у транзицији, Београд – Власотинце, 2008. година, стр. 482-495.

5 Вуковић, Ш., *Крвни деликти у Србији*, Интерпреглед и Савремена администрација, Београд, стр. 40.

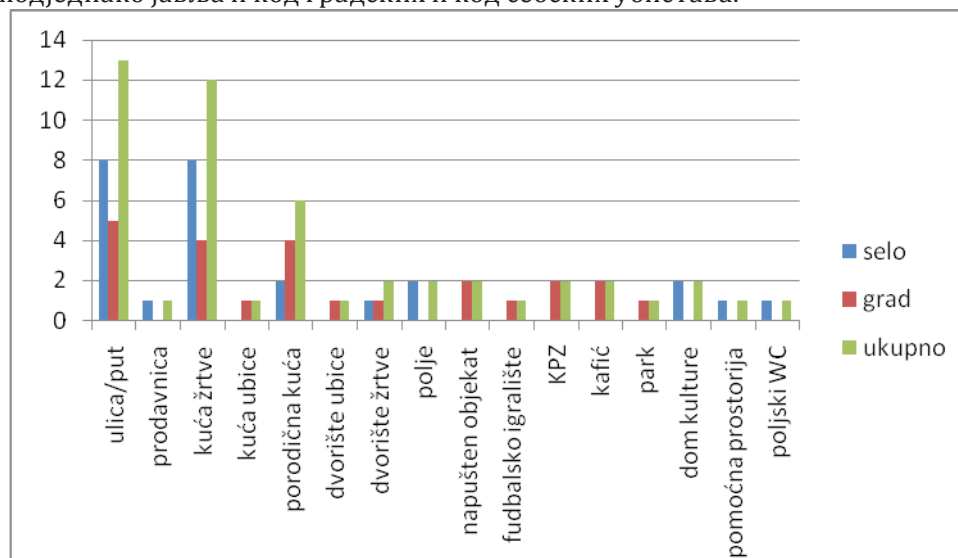
6 A project of the Graduate Institute of International Studies, *Small Arms Survey 2007: Guns and the City*, Geneva, 2007, p. 230

7 Graycar, A., Grabosky, P., *The Cambridge handbook of Australian criminology*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 164

сеоска убиства. У Лесковцу постоји четири пута више убиства, почињених у селима него у градовима (8 према 2), док је у региону, који се налази под надлежношћу судова у Прокупљу, било 7 сеоских убиства и само једно убиство у граду, с обзиром на то да је Прокупље и његова околина веома рурална средина.

2.3 Дистрибуција убиства према најужој локацији његовог извршења

Иако најужа локација извршења убиства нема неки велики криминолошки значај, она побуђује пажњу криминолога, због тога што познавањем места извршења можемо благовремено открити све релевантне чињенице важне за кривични поступак, али и уједно објаснити праве узроке извршења једног таквог опасног дела. Убиство има одређене специфичности у погледу најуже локације извршења, како у односу на село, тако и у односу на град. Тако је криминолошкиња Биљана Симеуновић Патић дошла до података да се највише убиства у градском подручју Београду врши на улици. Такође, стан или двориште убице је место које је нешто више одлика убиства које се врши у граду. Међутим, стан жртве, као место извршења убиства, се подједнако јавља и код градских и код сеоских убиства.⁸



Графикон 8. Дистрибуција убиства према најужој локацији његовог извршења

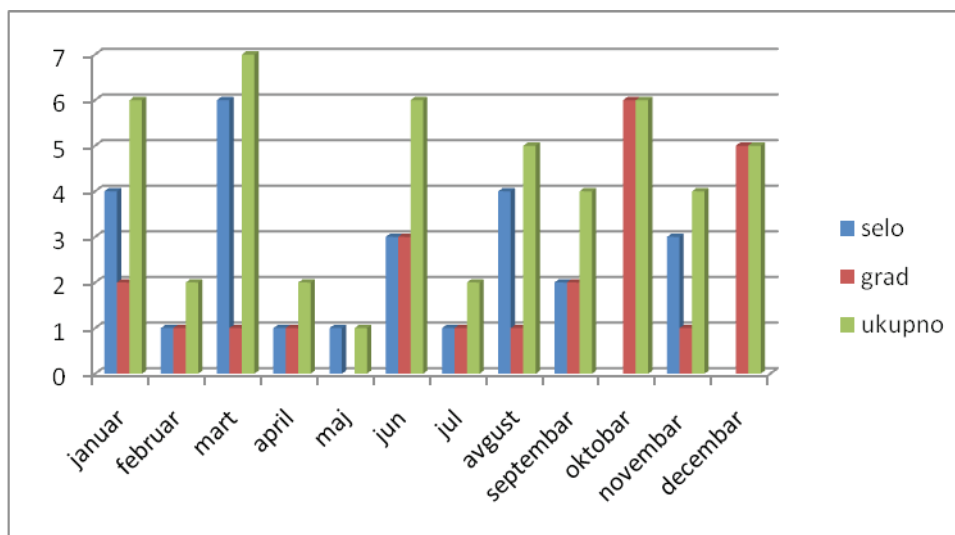
⁸ Симеуновић Патић, Б., *Убиства у Београду – криминолошка студија*, Београд, 2003. година, стр. 73.

Улица, односно пут је најужа локација на којој су се убиства, обухваћена узорком, највише вршила – укупно 13, при чему је на сеоским путевима учињено 8 убиства (*Графикон 8*). Такође, кућа жртве је веома заступљена као место виктимизације и на селу и у граду, уз већу заступљеност код сеоских убиства (8 према 4). Породична кућа је, међутим, најужа локација чињења убиства, која је више заступљена као најуже место лишења живота у градовима (4 према 2). Иако продавнице постоје како у градовима, тако у и селима, њена улога је у многоме другачија на селу него у граду. Наиме, продавница је на селу не само место куповине, већ и место окупљања људи са села. Тако је продавница била локација извршења једног убиства на селу. Треба водити рачуна да се одређене локације, због своје специфичности, јављају само на селима, односно у градовима. Тако је, на пример, поље јединствено као место на којем се дешавају сеоска убиства. Иста аналогија се може повући и код домова културе на селима, јер су они центри ноћног провода људи са села. Помоћна просторија и пољски *WЦ* су карактеристични за сеоска убиства. Кафићи, као места окупљања младих људи у градовима, су била поприште убиства у два наврата. С обзиром на то да се код нас казнено-поправне установе налазе у самим градовима или у његовој близини, КПЗ је био место лишења живота 2 пута. Чињеница је да су фудбалска игралишта више заступљена у градовима, па је због тога оно место јављања убиства у градовима.

3. Временска дистрибуција убиства у југоисточној Србији

3.1. Временска дистрибуција убиства у југоисточној Србији по месецима

Поред тога што се дистрибуција убиства може посматрати у односу на одређену територију, та дистрибуција се може огледати и у односу на време извршења. С обзиром на то да је временски оквир предмета истраживања одређен тако да се посматра време правноснажности пресуде, не постоји могућност временске дистрибуције убиства по годинама, јер би се на тај начин изучавао рад судова по годинама. Због тога, могуће је само проучавати временску динамику убиства по месецима њиховог извршења.



Графикон 9. Временска дистрибуција убиства по месецима

У Графикону 9. приказана су убиства по месецу извршења. Март је са седам извршених убиства месец у којем постоји највећи ризик виктимизације од убиства, при чему је у марту уједно и највећи ризик од извршења убиства на селу. На другом месту налази се јун, који карактерише подједнак број убиства на селу и у граду. У октобру се, такође, дешава велики број убиства – 6, као и у јануару. Међутим, за разлику од јануара и марта, у којима доминирају убиства на селу, у октобру су сва убиства извршена на територији градова.

Август је месец са по пет извршених убиства, док су током новембра почињена 4 убиства, при чему је у сваком од ових месеца било више почињених убиства на селу. Месец у којем, поред октобра, постоји чињење убиства само у градовима је децембар – 5 убиства. Међутим, територије градова и села су биле поприште убиства током фебруара, априла и јула, са по једним убиством. У септембру су била по два кривична догађаја квалификована од стране суда као убиство у селу и у граду, док је мај био месец извршења само једног сеоског убиства.

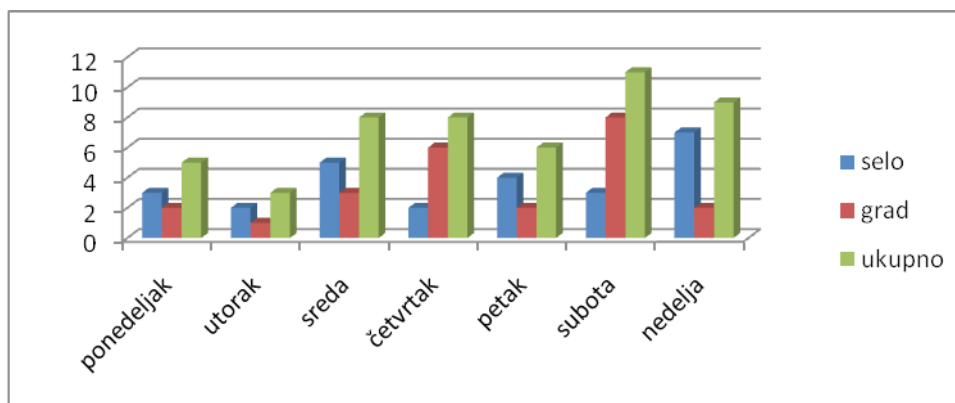
Уколико упоредимо број извршених убиства током летњих и током зимских месеци (рачунајући при том да су летњи месеци: април, мај, јун, јул, август и септембар), видећемо да је број убиства нешто већи у зимским месецима – 30 према 20. Из овога податка можемо извести закључак, који се користи као противаргумент, оним теоријама које објашњавају убиства

деловањем одређених климатских фактора.⁹ Другим речима, однос броја сеоских и градских убистава током године показује да на вршење убистава делују одређени друштвени фактори, који у нашем истраживању показују исти ефекат на вршење убистава током летњих и зимских месеци.

3.2. Временска дистрибуција убистава у југоисточној Србији по данима

Распоређеност вршења убистава по данима у току недеље (не) показује одређене специфичности везане за место његовог извршења (*Графикон 10*). Наиме, највише убистава је извршено суботом – укупно 10 убистава, при чему су 3 убистава почињено на сеоском подручју, а 7 на територији града. За разлику од суботе, када је извршено више убистава у граду, у недељу је више убистава извршено у селу – 7, а само 2 убистава у граду. Подједнак број убистава, као и суботом, почињено је средом, при чему је у тај дан, у току недеље извршено 3 убистава у граду.

⁹ Криминолози, попут Мајкла и Зумпе, су проучавали корелацију између стопе убистава и топлог времена, нашавши при томе да постоји позитивна веза између ових двеју појава у Лос Анђелесу, Порторико и Тексасу. Такође, они су нашли повезаност између средње годишње температуре и стопе убистава на одређеним територијама које су проучавали. Слично истраживање је спровео Дефронцо, који је сматрао да постоји блага повезаност између укупног броја убистава у једној години и броја топлих дана у тој години. Са друге стране, криминолози Фелдман и Џармон нису пронашли једну такву везу у Неварку током петнаестогодишњег периода. Исто тако, као противаргумент схватањима да температура утиче на стопу убистава може се користити и само истраживање од стране Мајкла и Зумпеа. Наиме, тачно је да су у три области нашли одређену позитивну корелацију, али у 13 преосталих области, које су проучавали, такав однос нису пронашли. Узимајући град Ралиг, као просторни оквир истраживања, Пери и Симпсон су 1987. године објавили резултате свог десетогодишњег истраживања о броју почињених убистава и минималној температури. На основу презентованих истраживања можемо закључити да је тврдња о повезаности температуре и убистава веома спорна. И у оним истраживањима, која поткрепљују једну овакву тврдњу, не треба искључити деловање друштвених, културних, индивидуалних, регионалних и других фактора. Видети у: Cohn, E., *Weather and Crime*, British Journal of Criminology, Oxford, Vol. 30, 1990, pp. 54-55



Графикон 10. Временска дистрибуција убиства по данима

Са територије, обухваћене узорком, издвојило се 6 убиства, извршених у четвртак, на градским подручјима, док су се три пута мање, односно два убиства, јавила на селу, истим даном. Следећи дан по ризику виктимизације је петак, а затим понедељак. Наиме, петком је дистрибуција убиства у односу на село и град била следећа: 4 убиства на селу и 2 убиства у граду, а понедељком је почињено 3 убиства на селу и 2 убиства у граду. Уторком је почињено најмање убиства – свега 3, при чему су се на сеоском подручју догодила 2 убиства.

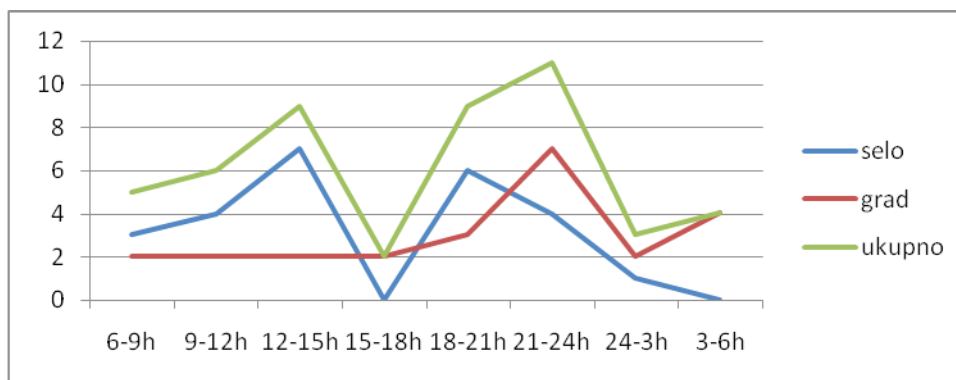
Иако би у дане викенда требало бити највише извршених убиства на територији градова, добијени резултати се не подударају са постављеним хипотезама, јер у недељу постоји знатно већа динамика извршених убиства у корист села – 7 према 2. Исти је случај са петком, без обзира што је петком далеко већа фреквенција људи у граду.

Због једнакообразног начина живота на селу, било је за сходно очекивати да свим данима током недеље буде приближно исти број извршених убиства. Међутим, подаци указују да постоје дани када је већа могућност извршења убиства. Из овога произилази закључак да је дистрибуција убиства у југоисточној Србији по данима више плод деловања ситуационих криминогених и виктимогених околности, у зависности од појединих случајева, него плод утицаја одређене законитости. Исти је случај са извршеним убиствима у градовима, током различитих дана у недељи.

3.3. Временска дистрибуција убиства у југоисточној Србији по делу дана

Један од првих криминолога, који се бавио истраживањем дела дана када се извршавају убиства, је Марвин Волфганг. Он је сматрао град идеалном лабораторијом за проучавање убиства, узимајући као узорак 588 случајева убиства у Филаделфији, од 1948. до 1952. године.¹⁰ У својој обимној анализи убиства, дошао је да тога да се око 50% убиства почини у периоду између 20 сати и 2 сата изјутра.¹¹

Слично истраживање, али у Великој Британији, спровео је Брукман, који је анализирао временску дистрибуцију 95 убиства, у временском периоду од 1994. до 1996. године. Тако је утврђено да је 31% убиства почињено у периоду дана од поноћи до 4 часа изјутра, док приближно исти проценат извршених убиства (29%) постоји у делу дана од осам часова увече до поноћи.¹²



Графикон 11. Временска дистрибуција убиства по делу дана

За ране јутарње часове (6-9х) карактеристичан је приближно једнај број убиства на селу и у граду (Графикон 11). У овом периоду дана, људи се припремају за своје свакодневне обавезе. Такође, током преподнева (9-12х) постоји приближно исти број извршених сеоских и градских убиства – 4 убиства на селу, а 2 убиства у граду. И у периоду од 12 до 15 сати јавља се већа заступљеност сеоских убиства, при чему у том временском периоду бива извршено 7 убиства на селу, а само 2 убиства на градском подручју. Наиме, ова већа заступљеност сеоских убиства у

¹⁰ Mann, C., When women kill, State University of New York Press, Albany, 1996, pp. 88

¹¹ Симеуновић Патић, Б., оп. цит., стр. 74.

¹² Brookman, F., Understanding homicide, Sage publications, London, 2005, p. 42.

односу на убиства у граду, може се објашњавати тиме да у овом временском периоду људи са села праве паузу, како би се одморили од пољских радова. То доводи до већег броја контаката међу људима и већој могућности да избије сукоб. За разлику од људи са села, градско становништво не прави такве паузе. Временски период од 15 до 18х се одликује најмањим бројем извршених убистава (само 2 убиства). У том периоду дана већина становника градова и села престају са радним обавезама. Такође, тада се они и одмарају од свакодневних обавеза. Већ у следећем периоду (18-21х) постоји драстично повећање броја извршених убистава – укупно 9 убистава, при чему је 6 убистава почињено на селу. За разлику од периода од 18 до 21х, када постоји знатно већи број сеоских убистава, период од 21 до 24х се одликује са 7 градских и 4 сеоска убиства. С обзиром на то да је за градско становништво карактеристично касније излагање у провод, у односу на сеоско становништво, ту се може тражити узрок већег броја убистава у граду, у периоду од 21 до 24х. Упоредивањем дистрибуције убистава у селу, у временском раздобљу између 18 и 21х, са убиствима у граду за временски период од 21 до 24х, можемо извући закључак да се контакти између људи на селу, после напорног радног дана, повећавају у периоду од 18 до 21х, јер је за село карактеристично раније излагање у провод, за разлику од градског становништва. Другим речима, каснији изласци у кафане, одласци на разне спортске и културне приредбе, заједно са знатно већим бројем контаката, уз конзумирање алкохола, утиче на то да у последњем делу дана, у градовима постоји већи број кривичних догађаја, оквалификованих као убиство, у односу на село. Од поноћи до три сата изјутра, извршена су 2 убиства у граду, уз једно сеоско. Како места за излазак у градовима раде знатно дуже у односу на село, постоји и већи број убистава у овом периоду. Такође, у току раној јутра (3-6х), по мраку, дешавају се само убиства у граду. Виши суд у Нишу, у пресуди број 95/06, није прецизирао тачно време извршења обичног убиства. Сходно томе, ова пресуда није била меродавна приликом одређивања дела дана када је убиство почињено.

Уколико упоредимо број убистава по временским периодима, видећемо да се у вечерњим и ноћним сатима дешавају већи број убистава, чиме се потврђују резултати добијени од стране Марвина Волфганга.

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. У овом раду приказани су резултати о просторној и времеској дистрибицији убиства на територији југоисточне Србије.

Једна од хипотеза је била да ће у нашем истраживању бити више почињених обичних убиства у односу на квалификована. Добијеним резултатима ова хипотеза је потврђена. Било је за сходно очекивати да највећи број убиства буде почињен у граду са највећим бројем становника у југоисточној Србији – у Нишу, што се показало тачним. Иако се примена исте аналогije потврђује код осталих градова – Лесковац, Пирот и Врање, код Прокупља постоје одређена одступања, јер је ту стопа убиства већа у односу на Пирот и Врање, без обзира на мањи број становника у Прокупљу.

Раније спроведене студије о распрострањености убиства на релацији село-град су давала супротне резултате. У нас, тај однос је скоро подједнак (26 убиства на селу, а 24 у граду), што доводи до закључка да је утицај криминогених фактора вршења убиства исти и на селу и у граду. Како се живот на селу не разликује у односу на то који је дан у питању, било је за сходно очекивати да ће постојати иста динамика вршења убиства на сеоском подручју. Међутим, подаци указују да постоје дани када је већа могућност извршења убиства. Стога добијени подаци указују да је дистрибуција убиства у југоисточној Србији на сеоском подручју по данима више плод деловања ситуационих криминогених и виктимогених околности, у зависности од појединих случајева, него плод утицаја одређене законитости. Без обзира на то што је криминолошки значај најуже локације извршења убиства веома мали, треба нагласити да су спроведеним истраживањем потврђена ранија сазнања из других криминолошких студија – највећи број убиства је почињен на улици, односно сеоском путу. Временски оквир чињења убиства је такав да највише обухвата ноћне сате, чиме се још једном доказује да је убиство пре свега „ноћно“ кривично дело.

Ово су почетни подаци, у оквиру једне велике криминолошке студије о убиствима на територији југоисточне Србије, који треба да нам помогну у изграђивању ефикасних мера превенције убиства на поменутој територији, пошто се утврде етиолошке карактеристике убиства на поменутој територији.

Darko Dimovski, LL.D.
Assistant Professor,
Faculty of Law, University of Niš

SPATIAL AND TEMPORAL DISTRIBUTION OF HOMICIDES IN SOUTHEASTERN SERBIA

Summary

This paper presents an overview of phenomenological results of the spatial and temporal distribution of homicides in the territory of South-Eastern Serbia, which were obtained by empirical research, such as a review of the court file in primary and high courts in Nis, Leskovac, Vranje, Pirot and Prokuplje, whereby court decision became final in the period since 2006 to 2010.

The first part refers to the scope, the dynamics and structure of the murders in that territory. Structure of the murders was given, based on the legal definition of various forms of murder. At the same time, the author has compared the number of residents in the cities of southeast Serbia to the number of murders committed in order to see whether in some cities a criminal factors have a stronger effect. Also, the author has paid special attention to the analysis of the dynamics of murder in rural-urban, pointing out that there is an almost equal impact criminogenic factors in both territories.

The temporal distribution of murder, in the second part of the paper, is presented through the prism of month, day and time of day when the killings occurred. Specifically, the results contradict the theory that climate settings homicide is linked to the summer months. Results related to the days when the commission of suicide, suggests that the killings are more the result of criminal activity and victimological situational circumstances, depending on individual cases, but the result of the influence certain laws. Also, as expected, the murder was especially "night" crime.

Key words: *homicide, Southeastern Serbia, scope, distribution*

ПРОТОКОЛ 15 УЗ ЕВРОПСКУ КОНВЕНЦИЈУ ЗА ЗАШТИТУ ЉУДСКИХ ПРАВА И ОСНОВНИХ СЛОБОДА¹

Апстракт: Европски систем заштите људских права, успостављен Европском конвенцијом за заштиту људских права и основних слобода, мењан је и допуњаван више пута усвајањем протокола материјалног и процедуралног карактера. Последња измена извршена је 2013. године усвајањем Протокола 15. Реч је о процедуралном протоколу којим се наставља реформа започета пре једне деценије и који уводи неколико новина. Пре свега, истакнута је супсидијарна улога Суда, те је преамбула Конвенције допуњена изричитим навођењем принципа супсидијарности и поља слободне процене. Поред тога, дошло је до измена појединих услова прихватљивости. Наиме, рок подношења индивидуалних представки је смањен са 6 на 4 месеца, док је раније уведен услов „значајности штете“, измењен укидањем једног од двају изузетака – захтева да је извршено адекватно разматрање од стране домаћег суда, чиме је спречавано ускраћивање правде. Поред тога, другачије је одређена старосна граница за избор судија Европског суда за људска права. Последња измена тиче се укидања могућности противљења странака уступању предмета Великом већу, чиме се остварује кохерентнија и уједначенија судска пракса.

Кључне речи: Протокол 15, Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода, Европски суд за људска права, индивидуална представка, Велико веће.

1. УВОД

Европски систем заштите људских права прешао је дуг пут од свог установљења 1950. године, када је под окриљем Савета Европе усвојена Европска конвенција за заштиту људских права и основних слобода

¹ Рад представља резултат истраживања на пројекту „Заштита људских и мањинских права у европском правном простору“, бр. 179046, који финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

(надаље: Конвенција), до усвајања Протокола 15 из 2013. године. Најефикаснији надзорни систем заштите људских права² међан је и усавршаван доношењем бројних протокола. Поред протокола материјалног карактера,³ који су проширивали листу гарантованих права, усвајани су и они процедуралног карактера,⁴ којима је унапређиван механизам надзора. Увођење могућности подношења индивидуалних представки,⁵ заједно са повећањем броја држава уговорница,⁶ резултирали су огромним повећањем броја представки Европском суду за људска права (надаље: Суд). Како је Суд постао „жртва сопственог успеха“,⁷ било је неопходно предузети суштинску реформу овог система у циљу повећања његове ефикасности.⁸

2 При поређењу европског, интер-америчког и афричког система заштите људских права, закључак је да је управо европски систем најјефикаснији у заштити, иако се мора напоменути и да он штити само две категорије људских права – грађанска и политичка. Димитријевић, В. et al, Међународно право људских права, Београд, 2007, стр. 398.

3 Протоколи материјалног карактера су следећи: Протокол 1 из 1952. год, Протокол 4 из 1963. год, Протокол 6 из 1983. год, Протокол 7 из 1984. год, Протокол 12 из 2000. год. и Протокол 13 из 2002. год.

4 Протоколи процедуралног карактера су следећи: Протокол 2 из 1963. год, Протокол 3 из 1963. год, Протокол 5 из 1966. год, Протокол 8 из 1985. год, Протокол 9 из 1990. год, Протокол 10 из 1992. год, Протокол 11 из 1994. год, Протокол 14 из 2004. год.

5 Ову могућност увео је Протокол 9 који је усвојен 1990, а ступио на снагу 1994. године.

6 Од усвајања Протокола 11 1994. год. до усвајања Протокола 14 2004. године, чак 13 држава приступило је Европској конвенцији за заштиту људских права и основних слобода, чиме су све европске државе, сем Белорусије и Монака, постале уговорнице Конвенције. Према: Радивојевић, З: Протокол број 14 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Страни правни живот, број 1-2, 2005, стр. 183.

7 Helfer, L. R: Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime, *European Journal of International Law*, 2008, p. 125.

8 Анализирајући статистичке податке о структури и врсти индивидуалних представки, изасланик Парламентарне скупштине Савета Европе изјавио је да Суд мора хитно да пронађе начин којим би решио три кључна проблема. Наиме, он је истакао да судије не треба да троше превише времена на очигледно неприхватљиве представке, што износи око 95% свих представки. Затим, мора се наћи ефективно решење поводом тзв. „клонираних“ случајева, односно случајева који се тичу утврђених системских недостатака унутар држава (што представља око 70% предмета код којих се решавало у меритуму). Коначно, требало би да се ресурси Суда пре свега концентришу на решавање најважнијих предмета који се односе на најтеже повреде људских права. Као одговор на први проблем усвојени су Протоколи 14 и 15, који су, пре свега редефинисањем услова прихватљивости, покушали да смање број представки. Када је, пак, у питању решавање проблема тзв. „клонираних случајева“, уведене су пилот пресуде које решавају велики број случајева који потичу због истог системског проблема који постоји у једној држави. K. De Vries, Draft Protocol No. 14bis to the Convention for the

Коренита реформа надзорног механизма у европском систему остварена је у три фазе.⁹ Први корак начињен је Протоколом 11, којим је укинута Европска комисија а уведен стални Европски суд за људска права са обавезном надлежношћу и правом да разматра индивидуалне представке.¹⁰ Како извршена измена није дала очекиване резултате у погледу смањења нерешених представки, питање реформе судског система поново је отворено 2000. године. Протокол 14, усвојен 2004. године, имао је за циљ да растерети Суд и унапреди његову ефикасност.¹¹ Међутим, чак 6 година је било потребно да би Протокол 14 ступио на снагу,¹² што је довело до дугогодишњег стагнирања планиране реформе. Не само да се у овом периоду нису оствариле мере побољшања ефикасности Суда, већ је дошло до додатног гомилања броја предмета. Због тога је било неопходно да се закаснела и делимична реформа настави и допуни, те усвајање Протокола 15 можемо означити трећом фазом у измени европског надзорног система.¹³

Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Doc. 11879, Report 28 April 2009, assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=12164&Language=EN (15.10.2013.)

9 Тростепени приступ изменама можда најбоље одсликавају речи судије Кафлиша, који је изјавио да ће: „Протокол број 14 донети неке, али не и довољне измене. Из тог разлога, неопходно је усвојити Протокол број 15 на коме је рад већ започет. Стога, након реформе од 1998. године и „реформе реформе“ од 2004, уследиће „реформа реформе реформе.“ Caflisch, L: The Reform of the European Court of Human Rights: Protocol No. 14 and Beyond, *Human Rights Law Review*, 2006, No 2, pp. 403, 415; према: Bowring, B: The Russian Federation, Protocol No. 14 (and 14bis), and the Battle for the Soul of the ECHR, *Goettingen Journal of International Law*, 2010, No 2, p. 604.

10 Треба напоменути да су Протоколи 2, 3, 5, 8, 9 и 10 замењени Протоколом број 11, који је ступио на снагу 1. новембра 1998. године, и који је извршио прву суштинску промену европског система заштите људских права. Више: Радивојевић, З: Европски систем заштите људских права, *Људска права – Упутство за употребу*, Ниш, 2004, стр. 64.

11 Још током расправе о садржини овог протокола, било је речи о наставку измена следећим протоколом, јер се још тада увидело да је немогуће решити све проблеме усвајањем Протокола 14. Потреба за још једним процедуралним протоколом, додатно је потврђена проблемом који је настао поводом ступања на снагу Протокола 14.

12 Овај Протокол, иако усвојен 2004. године, ступио је на снагу тек 1. јуна 2010, након што је Русија коначно извршила ратификацију. Треба напоменути да је превазилажење кризе покушано доношењем Протокола 14bis, који је усвојен 27.5.2009, а ступио на снагу 01.10.2009. године, а који је предвиђао да би се измене регулисане Протоколом 14 примењивале на оне државе уговорнице које су ратификовале Протокол 14bis. Но, двоструки правни режим регулисан је са последњом ратификацијом Протокола 14, чиме је Проткол 14bis изгубио значај.

13 Последње усвојени Протокол 16, означен као „протокол дијалога“, такође је процедуралног карактера, али не може се рећи да иде линијом реформе, већ допуне и проширивања могућности давања саветодавног мишљења које затраже национални судови. Он уводи могућност да национални суд највише судске инстанце упути Суду захтев за доношење саветодавног мишљења. Отворен је за потписивање

2. ИСТОРИЈАТ УСВАЈАЊА ПРОТОКОЛА 15

Пошто је превазиђена криза унутар европског система ратификацијом Протокола 14 од стране Русије јануара 2010. године,¹⁴ рад на даљој реформи је значајно убрзан. Свега 10 дана након тога, одржана је Конференција о будућности Европског суда за људска права у Интерлакену 18-19. фебруара 2010. године. Поред усвајања Акционог плана, наложено је да надлежни органи до јуна 2012. године дају предлоге о измени Конвенције.

Следећа Конференција о будућности Суда одржана је у Измиру 26-27. априла 2011. године, током турског председавања Комитетом министара Савета Европе. На конференцији је усвојен план праћења развоја започетог процеса реформи, са циљем његовог даљег преиспитивања и унапређења. Управни комитет за људска права (Steering Committee for Human Rights – надаље: CDDH) био је задужен да до краја 2013. године спроведе у дело усвојене закључке са поменутих конференција. У том циљу је Комитет експерата о реформи Суда (надаље: DH-GDR), као помоћно тело CDDH, припремио нацрт са детаљним предлозима о изменама Конвенције и упутио га Комитету министара на даље разматрање. CDDH је такође припремио извештај који је представљен на наредној конференцији о будућности Суда одржаној у Брајтону. Том приликом је и сам Суд представио своја запажања дата у форми Претходног мишљења, које је садржало већи број конкретних предлога.

Како су закључци¹⁵ усвојени на овој конференцији били садржани у Декларацији из Брајтона,¹⁶ Комитет министара је упутио захтев CDDH да на бази тога припреми нацрт протокола 15 уз Конвенцију. У том циљу састављена је Група за нацрт, чији је резултат рада прво био прегледан од стране DH-GDR, затим CDDH, а након чега је прослеђен и Комитету министара. Са своје стране је и Парламентарна скупштина, на позив Комитета министара, усвојила Мишљење бр. 283 о нацрту протокола,¹⁷ да би најзад сам Комитет министара 16. маја 2013. године усвојио Протокол

02.10.2013. године. За разлику од осталих протокола који су ступали на снагу тек након ратификације свих држава уговорница, Протокол 16 ће ступити на снагу након 10. ратификационог инструмента.

14 Русија је ратификовала Протокол 14 15.1.2010, а објављен је 08.2.2010. године.

15 Пре свега они који су били дефинисани у параграфима 12b, 15a, 15c, 25d и 25f Декларације. Видети усвојену одлуку са 122-ог заседања Комитета министара одржано 23.5.2012. године, под називом Securing the long-term effectiveness of the supervisory mechanism of the European Convention on Human Rights, доступно на: wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1943985&Site=CM (15.10.2013.)

16 Текст декларације доступан на: wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=1934031 (15.10.2013.)

17 26. априла 2013. године.

15.¹⁸ Истовремено са доношењем Протокола, усвојено је и Објашњење тог уговора.¹⁹

Поводом отварања за потписивање Протокола 15,²⁰ бројне невладине организације које се баве људским правима²¹ указале су да измене не смеју довести до слабљења система заштите људских права у Европи, при чему су инсистирале на принципу тумачења Конвенције у складу са њеним циљем и сврхом, посебно истичући природу Конвенције као уговора за ефикасну заштиту људских права.²² С тим у вези, нагласиле су да је свакако пожељно и прибегивање припремним радовима (*travaux préparatoires*) ради потврђивања или разјашњавања нејасноћа приликом тумачења одредаба уговора.²³

Треба рећи и да ускоро ступа на снагу и измењени Пословник Суда,²⁴ те ће измене из Протокола 15 нужно бити тумачене заједно са изменама које доноси и измењени Пословник.

18 Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, CM(2012)166 rev, wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2012)166&Language=lanEnglish&Ver=original&Site=CM&BackColorInternet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864 (15.10.2013.)

19 Explanatory Report on Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Doc. CETS No. 213, доступно на: www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/213.htm (15.10.2013.)

20 Протокол је отворен за потписивање од 24. јуна 2013. и до сада је прикупљено 20 потписа и 1 ратификација од укупно 47 држава уговорница. Списак доступан на: www.conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=213&CM=8&DF=27/06/2013&CL=ENG (15.10.2013.)

21 Amnesty International, the AIRE Centre, the European Human Rights Advocacy Centre, the Helsinki Foundation for Human Rights, Human Rights Watch, Interights, the International Commission of Jurists, JUSTICE, Open Society Justice Initiative и REDRESS.

22 Што је сагласно Бечкој конвенцији о уговорном праву, члану 31(1); али проистиче и из праксе Суда: *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, ECfHR, App. No. 27765/09, Judgment (Grand Chamber) of 23 February 2012, para.171; *Witold Litwa v. Poland*, ECfHR, App. No. 26629/95, Judgment of 4 April 2000, paras. 58-59.

23 Као што произилази из члана 32 Бечке конвенције о уговорном праву, и случаја *Hirsi Jamaa and others v. Italy*, op. cit., para.171.

24 Од 01.01.2014. године.

3. НОВИНЕ КОЈЕ ПРЕДВИЂА ПРОТОКОЛ 15

Иако на први поглед одредбе²⁵ Протокола 15 не одступају у значајној мери од досадашњих правила, њиховом дубљом анализом, нарочито првих 5 чланова, може се видети да је, ипак, реч о новинама које ће довести до значајних практичних последица. Новине које предвиђа Протокол односе се на: 1) преамбулу Конвенције; 2) услове прихватљивости индивидуалних представки; 3) одређивање старосне границе за избор судија; 4) укидање могућности странака да се противе уступању случаја Великом већу.

3.1. Преамбула Конвенције

Иако су се у вишедеценијској пракси Суда искристалисала бројна начела, Протокол 15 у члану 1 врши измену преамбуле Конвенције тако што експлицитно наводи само принцип супсидијарности и концепт поља слободне процене. Још током преговора у Брајтону, невладине организације су се оштро противиле предлозима да се у текст преамбуле укључе принципи који су се искристалисали у јуриспруденцији, а нарочито поље слободне процене, због бојазни да би се тиме пружила већа могућност државама уговорницама за другачијим поимањем одређених права од досадашње праксе Суда. Поред тога, истакнута је забринутост поводом посебног издвајања ова два начела, без позивања на друге, једнако значајне принципе тумачења и принципе Конвенције, развијане и често примењиване од стране Суда.²⁶ Због тога се поставило логично питање због чега се чини оваква измена преамбуле. Такође, постоји бојазан да ново решење пружа могућност за одступање од тумачења наведена два начела од онога како су искристалисана у досадашњој пракси Суда.

Објашњење уз Протокол 15 пружа делимичан одговор на ову дилему, јер истиче да је намера твораца Протокола била да се „оствари конзистентност са концептом поља слободне процене, онако како је она одређена у пракси Суда“;²⁷ чиме се потврђује да је циљ и смисао новог става додатог преамбули само позивање на концепт поља слободне процене, онако како је развијен од стране Суда у пракси, а не његова измена или проширивање на било

25 Протокол број 15, чији су обриси већ били договорени на конференцији у Брајтону 2012, садржи свега преамбулу и 9 чланова.

26 Као што су принцип пропорционалности, доктрина о Конвенцији као „живом инструменту“, као и принцип еволутивног тумачења, принцип ограничења права, начело практичних и делотворних права.

27 Explanatory report to the Protocol No. 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms –CM (2012) 166 add, para. 7.

који начин. Сличан став изнет је у мишљењима Суда и Парламентарне скупштине Савета Европе.²⁸

Из тога се може закључити да припремни радови недвосмислено потврђују да нову одредбу преамбуле Конвенције треба разумети у контексту дугогодишње праксе Суда. Дакле, досад сви утврђени елементи и ограничења, попут дејства или обима поља слободне процене,²⁹ не губе на значају. Због тога је од пресудне важности да се нова одредба преамбуле тумачи у складу са већ успостављеном праксом Суда по овом питању.

Када је реч о принципу супсидијарности, може се закључити да је намера писаца Протокола била јасно истицање првенствене улоге националних судова у контексту заштите људских права, и још једном изричитог истицања допунске односно комплементарне улоге Суда.³⁰ Имајући у виду кризу заштите људских права пред Судом, постаје све видљивија намера да се већи терет и одговорност у заштити људских права врати на националне правне поретке. У том смислу, анализа измена извршених у неколико последњих протокола открива много значајније питање правне природе и будуће сврхе Суда. Наиме, како се већ данас говори о теоријској могућности да свако од 811 милиона људи из држава уговорница³¹ има право на индивидуалну представку, Суд се све више претвара у уставни суд, а не суд индивидуалне правде.³² Подела међу теоретичарима за и

28 Штавише, у преамбули Протокола 15 се управо и врши позивање на Мишљење Парламентарне скупштине. Opinion of the Court on Draft Protocol No.15 to the European Convention on Human Rights, adopted on 6 February 2013, www.echr.coe.int/ECHR/EN/Header/The+Court/Reform+of+the+Court/Reports/, paragraph 4; Parliamentary Assembly of the Council of Europe (PACE), Draft Protocol 15 amending the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Opinion No. 283(2013), adopted on 26 April 2013, assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefATListing_E.asp, para. 2.1.

29 За ближе појашњење поља слободне процене и релевантну судску праксу, видети: Настић, М: Уставноправни основ примене Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода у поступку пред националним уставним судовима, докторска дисертација, Правни факултет у Нишу, 2012, стр. 153-156.

30 Ibid, стр. 150-152.

31 Конвенцији је досад приступило 47 држава уговорница, односно све на простору Европе сем Белорусије и Монака.

32 Ово гледиште изнето је први пут од стране Грира, који је још 2002. године поставио питање да ли планирана реформа треба да иде у правцу пружања апстрактне правде, при чему би се Суд бавио конституционалним питањима заштите људских права, или да се настави са појединачним приступом, по коме је Суд постао познат, након усвајања Протокола 9. Steven Greer је највећи заговорник суштинске промене у природи система Конвенције. У чланку објављен 2003. године (Constitutionalizing Adjudication Under the European Convention on Human Rights, Oxford Journal of Legal Studies, 2003, p. 405-433), он је идентификовао три суштинска, уставна питања: нормативно, институционално

против оваквог гледишта, започета још током преговора о Протоколу 14, чини се да и даље траје и да поново оживљава са Протоколом 15. Постоји веома озбиљна дебата о томе да ли Суд треба да обезбеди „појединачну“ или „уставну“ правду.

Појединачна правда и јесте „сврха постојања (raison d'être) Суда у Стразбуру, који мора да разматра представку свакога ко тврди да је жртва“.³³ Аргумент у прилог „уставне“ правде изнет је од стране некадашњег председника Суда, судије Вилдхабера, који је идентификовао постојање: „...основне дихотомије која се провлачи кроз Конвенцију: да ли је примарна сврха система остваривање индивидуалног задовољења или је његова мисија у томе да остварује „уставну“ анализу питања од јавног значаја у општем интересу?“³⁴ По његовом мишљењу, Суд би требало да концентрише своје напоре на доношење пресуда којима се потврђују одређени апстрактни принципи људских права, односно системске пресуде које доприносе изградњи „европског јавног поретка“. Нажалост, аргументи у прилог тзв. „уставне“ улоге Суда нису нашли своје место у нацртима и извештајима Савета Европе у периоду одлучивања којим путем ће ићи реформа, што се нужно одсликава и на садржину Протокола 15. Ипак, важно је напоменути да је CDDH разматрао ову недоумицу и истакао да не верује у избор једног од два гледишта, пошто сматра да није реч о радикално различитим приступима. Стога, предлози изнети у његовом извештају још из 2003. године, настоје да помире ова два гледишта.³⁵

Иако многи истичу да је систем пружања заштите људских права путем подношења индивидуалних представки најбољи,³⁶ у садашњем стању преоптерећења Суда великим бројем представки, чини се оправданим прихватити критеријум целисходности коју пружа виђење о Европском

и судско питање. Нормативно питање тиче се пружања одговора на то шта свако поједино право из Конвенције заправо подразумева, институционално би појаснило које институције треба да буду одговорне за пружање одговора, а судско би одгонетнуло којим судским методом се може упутити нормативно питање. Према: Bowring, B, *op.cit*, p. 602.

33 Dembour, M.-B. *Finishing Off Cases: The Radical Solution to the Problem of the Expanding ECHR Caseload*, *European Human Rights Law Review*, 2002, p. 621, према: Bowring, B, *op.cit*, p. 600.

34 Wildhaber, L, *A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?*, *Human Rights Law Journal*, 2002, p. 5-7, 161, 162.

35 CDDH, *Guaranteeing the Long-term Effectiveness of the European Court of Human Rights – Final Report Containing Proposals of the CDDH*, CM (2003), 8 April 2003, para. 11.

36 Највећи заговорник овог гледишта је Филип Лич, према: Leach, P, *Access to the European Court of Human Rights – From a Legal Entitlement to a Lottery?*, *Human Rights Law Journal*, 2006, 1-4, p. 11.

суду као квази-уставном суду људских права. Упркос бројним изјавама да је „могућност подношења индивидуалних представки највећи драгуљ у круни овог система“,³⁷ нагомилани проблеми и продужена криза унутар система траже смелију реформу.

Иако су се теоретичари и невладине организације противиле непрецизној формулацији³⁸ чл. 1 Протокола 15, истовремено су поздравили чињеницу да она подсећа на допунску и надзорну надлежност Суда. Тиме се признаје да је Суд и даље једина институција овлашћена за дефинисање, развој и примену поља слободне процене као и принципа супсидијарности.³⁹

3.2. Услови прихватљивости индивидуалне представке

Услови прихватљивости индивидуалних представки предвиђени су чл. 35 Конвенције и Протоколом 14.⁴⁰ Као општи услови прихватљивости предвиђени су исцрпљење унутрашњих правних лекова, као и подношење представке у предвиђеном року. Управо је Протоколом 15 дошло до скраћења рока од 6 на 4 месеца. Друга измена тиче се сужавања могућности одступања од услова „озбиљности штете“.

3.2.1. Скраћивање рока за подношење индивидуалне представке Суду

Новоусвојени Протокол 15 предвиђа скраћивање рока подношења индивидуалних представки за трећину, јер уместо 6 месеци, колико је до

³⁷ Ток преговора поводом усвајања Протокола број 14 откивао је да је пре свега реч о даљем дефинисању природе и будућности Европске конвенције. Хелфер наводи да “механизам појединачних представки представља круну најнапреднијег система заштите грађанских и политичких права на свету“. Helfer, L. R: op.cit, p. 159. Према: Bowring, B, op.cit, p. 600.

³⁸ Видети отворено писмо невладиних организација: Amnesty International, the AIRE Centre, the European Human Rights Advocacy Centre, Helsinki Foundation for Human Rights, Human Rights Watch, Interights, the International Commission of Jurists, JUSTICE, Open Society Justice Initiative and REDRESS, Draft Protocol 15 to the European Convention on Human Rights: a reference to the doctrine of the margin of appreciation in the Preamble to the Convention. Open letter to all member states of the Council of Europe, 15 April 2013, доступно на: www.amnesty.org/en/library/info/IOR61/006/2013/en (15.10.2013.)

³⁹ Што је у складу са закључцима са Конференције из Брајтона и садржано је у пара. 12 (б) Декларације из Брајтона где је потврђено да принцип супсидијарности и поље слободне процене треба тумачити према ограничењима већ постављеним у судској пракси.

⁴⁰ За више о условима прихватљивости представке, видети: Поповић, Д: Европски суд за људска права: између 11. и 14. протокола уз Конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Београд, 2008, стр. 62-66.

сада износио тај рок, подносиоци представки имаће на располагању само 4 месеца. Очигледан мотив ове измене је повећање ефикасности Суда.⁴¹ Поставља се питање да ли је тиме осујећен ефикасан приступ Суду, што је срж самог система заштите.

Невладине организације су поводом усвајања Протокола 15 званично исказале жаљење због скраћивања рока, истакавши да се није довољно пажње посветило анализи последица коју ће ова измена имати на: 1) потенцијалне подносиоце, 2) квалитет самих представки, као и 3) ефикасност Суда. Скраћење овог временског периода може имати посебно штетне последице у случајевима када постоји пропуст или кашњење у обавештавању подносилаца о судској одлуци националног суда при последњој судској инстанци.⁴² Стога би сваки потенцијално негативан утицај на могућност обраћања Суду требало свести на минимум, коришћењем дискреционих права Суда у случајевима када је ово право непропорционално ограничено или онемогућено.

Поставља се још једно практично питање, а то је од када почиње да тече рок од 4 месеца, односно да ли и које правне радње прекидају овај рок. Код давања одговора на то питање, у обзир се мора узети став Секретаријата, изражен у „Пројекту Правила 47 Пословника“.⁴³ Реч је посебном механизму филтрирања поднетих представки по коме Секретаријат примењује далеко строжије критеријуме прихватљивости, постављајући се крајње формалистички. Један од ретких расположивих увида у пројекат пружа Извештај комитета експерата,⁴⁴ јер је том приликом изјављено

41 Бројне статистике указују на огроман број представки пред Судом. Већина њих односи се на тзв. „клонирани случајеви“, као и на повреду права на суђење у разумном року. Како ствари стоје, и сам Суд често крши ово правило, јер је просек да 4-5 година за доношење пресуде. Видети: Радивојевић, З, Протокол број 14 уз Европску конвенцију за заштиту људских права и основних слобода, Страни правни живот, број 1-2, 2005, стр. 184; Bowring, В, *op.cit.*, p. 601.

42 Неопходно је оставити довољно времена потенцијалним подносиоцима како би се пружила реална могућност за адекватну припрему представке, материјала, као и проналажење одговарајуће правне помоћи и савета. Смањење рока који стоји на располагању жртвама у великој мери смањује, па чак и искључује, могућности појединаца да се обрате Суду. Реч је о појединцима који живе у географски удаљеним подручјима, немају приступ модерним комуникационим технологијама (попут интернета), појединцима са сложеним случајевима или оним чији адвокати немају искуства у припреми и подношењу представки пред Судом и онима који немају приступ адвокатима.

43 Интересантно је истаћи да је Секретаријат Суда у 2011. години, без било какве претходне најаве, покренуо тзв. пилот пројекат, који носи званичан назив „Пројекат Правила поступка 47“.

44 DH-GDR (2011) R8, Report of the Steering Committee of Experts on the Reform of the court – 8th meeting, p. 4, доступно на: www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/DH_GDR/

да се Секретаријат заузео за строжи, формалистички приступ оцене прихватљивости представки, као што је наведено у Правилу 47 Пословника Суда. Сваки пропуст у обезбеђивању свих потребних информација довешће до одбацивања представке од стране Секретаријата, након чега би подносилац био обавештен писмом. Обавештење да Суд неће разматрати понету представку је коначно, а подносилац не може поднети нову представку, чак ни у оквиру досадашњег рока од шест месеци, у случају да овај временски период још није истекао. Дакле, плод Пројекта 47 је ново, измењено Правило 47 Пословника Суда, које захтева да се већ код првог читања представке јасно, прецизно и читко дају све информације о: подносиоцу, повреди права, исцрпљености домаћих правних лекова и испуњености осталих услова прихватљивости, преко старости, адресе и занимања подносиоца представке. Изостанак било које информације резултира драконском последицом – одбацивањем представке без могућности допуне захтева, или подношења новог, чак и уз поштовање предвиђеног рока.

Међутим, кључну измену представља став 6 тачка (а) овог Правила. Наиме, до сада се као датум узимања представке у поступак сматрао дан првог подносиоачевог дописа који је садржао предмет представке, чак и када је дат само у сажетом облику. Према новом решењу, пак, датум узимања представке у поступак, у смислу члана 35 (1) Конвенције, биће датум када представка у потпуности испуњава све прописане услове из поменутог Правила.

Са становишта подносилаца представки, који често нису упознати са праксом Стразбуршког суда, ова административна, чак на први поглед банална измена може представљати измену истог значаја као и скраћивање рока предвиђеног Протоколом 15. Ово представља значајно одступање од досадашње праксе Суда, по коме се прихватало да је представка благовремена уколико у предвиђеном року стигне макар и писмо са обрисима случаја у скраћеној форми, након чега би се вршила допуна. Секретаријат би потом у одговору упутио званичан образац представке са напоменом да се потпуни подаци и информације доставе у предвиђеном, накнадно и од Секретаријата установљеном року. Међутим, од почетка 2014. године, са ступањем на снагу новог Пословника Суда, дозвољава се могућност само једног обраћања Суду са потпуном представком и комплетном документацијом у року од 4 месеца, без могућности допуне.

Нова мера неће представљати препреку подносиоцима који финансијски могу да обезбеде стручну помоћ правника односно адвоката. Насупрот

томе, за остале подносиоце ово решење је престрого.⁴⁵ Такође, није јасно каква би била судбина представке за коју Секретаријат сматра да није сажета, односно на који начин ће Секретаријат процењивати „сажетост“, или где је случајно или намерно изостављен неки детаљ. Претпоставка је да ће се примењивати строги и опробани критеријуми из „Пројекта правила 47“, што ће довести до одбацивања представки због недостајуће информације, попут оне о занимању подносиоца.

Судска пракса је јасна. Тамо где не постоје ефикасна домаћа правна средства, рок од 6 месеци (који ће ускоро износити 4), почиње да тече од датума наводне повреде Конвенције. Након ступања на снагу Протокола 15 и новог Пословника Суда, сва лица којима не стоје на располагању ефикасна домаћа правна средства имаће рок од свега 4 месеца да поднесу представку са целокупним потребним материјалима од тренутка извршене повреде људског права.⁴⁶

Скраћивање временског оквира који стоји на располагању подносиоцима представки с једне стране, и подвргавање представке строгом систему бирократског филтрирања с друге, свакако ће допринети смањењу броја захтева код којих се улази у меритум. Међутим, нужно се поставља питање да ли ће се тиме квалитет судских пресуда и разматрања најтежих случајева повреда људских права побољшати. Да ли је реч о прескупој цени ефикасности која се постиже строгим формализмом, код које се чак ускраћује разматрање захтева оних лица ради којих је Суд и формиран? Чињенице указују да је Европски суд преплављен представкама, те је неопходно крупним и одлучним корацима вршити даљу реформу овог система. Ипак, остаје дилема да ли је пут строгог формализма адекватно решење.

3.2.2. Сужавање могућности одступања од услова „озбиљности штете“

Постојање „озбиљне штете“, као нови услов прихватљивости уведен Протоколом 14, предвиђао је два изузетка (*safeguard clauses*).⁴⁷ Један од њих

45 Наиме, очекује се да ће промене имати негативан утицај на најсиромашније и најугроженије подносиоце представки, који имају ограничен приступ правној заштити пред Судом.

46 Ово се у пракси може показати као тежак тест, будући да често представља изазов одредити када неки домаћи правни лек, који се по слову закона чини делотворним, у реалној ситуацији постаје практично неефикасан.

47 Buyse, A: Significantly Insignificant? The Life in the Margins of the Admissibility Criterion in Article 35§ 3 (b) ECHR, p.4-6, papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2244283

био је да ће Суд узети у разматрање представку, чак и уколико појединац није претрпео значајну штету, под условом да поштовање људских права из Конвенције и Протокола намеће дужност испитивања основаности представке. Други изузетак предвиђао је да ће Суд, упркос непостојању озбиљне штете на страни подносиоца, ипак размотрити случај уколико предмет није на одговарајући начин био размотрен од стране домаћег суда.

Новина коју предвиђа Протокол 15 је брисање другог изузетка од услова „озбиљности штете“. Ступањем на снагу овог Протокола, Суд више неће бити надлежан у ситуацијама када не постоји „озбиљна штета“, а притом није дошло до дужног разматрања предмета од стране националног суда.

Уклањање овог заштитног механизма⁴⁸ критиковано је од стране међународних невладиних организација. Основна вредност клаузуле било је избегавање ускраћивања правде (*déni de justice*) као фундаменталног принципа владавине права, јер је индиректно прописивала неопходност да се случај повреде људског права размотри од стране најмање једног судског органа. Ма како мали предмет спора био и ма колико мала штета настала повредом људског права, битно је да се ни у ком случају не врши ускраћивање правде. Истиче се да ће у пракси бити изузетно тешко јасно одговорити на питање шта је „дужна пажња“, нарочито када се узму у обзир карактеристике различитих правних система. Стога се закључује да ће и надаље бити простора за дискрециона тумачења Суда и његовог поступања „од случаја до случаја“.⁴⁹

3.3. Одређивање старосне границе за избор судија

Приликом доношења Протокола 14, извршене су одређене измене које су се тичале продужења мандата судија са 6 на 9 година, као и укидање могућности реизбора судија.⁵⁰ Старосна граница је тим Протоколом остала непромењена, односно износила је 70 година живота, при чему је постојала обавеза држава уговорница да о томе воде рачуна приликом предлагања кандидата за судије. Наиме, на основу Објашњења усвојеног уз Протокол 14, државе су могле да предложе и кандидата који је старији од 61 године, али не и оне који би након навршетка 70 година били на мање од половине

(15.10.2013.)

48 Члан 35(3)(b) Конвенције.

49 Leach, P, op.cit, p. 11.

50 Чл. 23 Конвенције.

мандата,⁵¹ у случају да буду изабрани.⁵² Судије које наврше 70 година живота, могли су евентуално да остану на функцији све до избора новог судије или до завршетка случаја у којем суде. Тада је истакнут аргумент да не треба лишити Суд могућности побољшања свог квалитета и рада изостављањем искусних правника, али, као што се и види из Објашњења, дужна пажња била је посвећена и некој врсти посредног ограничења.

Међутим, ова старосна граница је промењена, јер Протокол 15 утврђује да старост кандидата за судије у тренутку кандидовања не може износити више од 65 година.⁵³ Практично, то би значило да ће судије вршити судијску функцију од 65 до 74 године живота, а према формулацији претходног Протокола, било је неопходно напуштање судијске функције са навршених 70 година. Ова измена уведена је са циљем да висококвалификоване судије буду у могућности да одслуже пун деветогодишњи мандат, чиме би се ојачала конзистентност чланова Суда,⁵⁴ што је поздрављено и од стране самог Суда када је фебруара 2013. дао своје Мишљење о Протоколу 15.⁵⁵ Поред позитивних страна, треба истаћи и манљивост новог решења, јер се поставља питање да ли ће судије у познијим годинама живота бити у стању да квалитетно обављају свој задатак. Овај аргумент истицан је и раније, приликом противљења да се направи било какав изузетак на правило одласка у пензију са навршених 70 година живота.⁵⁶ Утолико пре важи за новину из Протокола 15.

51 Explanatory Report to Protocol 14 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, amending the control system of the Convention, Doc. CETS No 194, para. 53, доступно на: conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm (15.10.2013.)

52 Пошто је мандат судија предвиђен Протоколом 14 износио 9 година, то би практично значило да се није смео изабрати судија који има више од 65.5 година у тренутку избора.

53 Члан 2 Протокола 15.

54 Explanatory Report to Protocol 15 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Doc. CETS No 213, para. 12, доступно на: www.echr.coe.int/Documents/Protocol_15_explanatory_report_ENG.pdf (15.10.2013.)

55 Opinion of the Court on Draft Protocol No. 15 to the European Convention on Human Rights, 6 February 2013, p. 2, доступно на: www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_15_Court_Opinion_ENG.pdf (15.10.2013.)

56 „Навршених 70 година живота може се сматрати произвољно одређеним, али исто тако и разумним, имајући у виду да су за обављање судијске функције потребни, не само високоинтелектуални и морални квалитети, већ и добро здравље. Стога је закључак овог извештаја да је неопходно држати се ове старосне границе и не дозвољавати било какве изузетке којима би се лако могао створити преседан. Оно што треба избегавати по сваку цену је да се, за неколико година, створи Суд са већим бројем судија преко 70 година, од којих неки више неће бити физички способни за дуги останак у канцеларији, понекад чак и у вечерњим сатима, из недеље у недељу.“ Report on the 70-year age limit for the judges of the European Court of Human Rights, Committee

3.4. Укидање могућности противљења странака уступању предмета Великом већу

Према досадашњем решењу, веће које поступа у датом предмету је једино уз сагласност странака у поступку могло да одлучи о уступању надлежности над предметом Великом већу. Чланом 30 Конвенције дате су и смернице када је то могуће учинити: 1) када се јави неко озбиљно питање од значаја за тумачење Конвенције и/или протокола уз њу; и 2) када решење представке пред већем може да доведе до резултата који није у сагласности са неком претходно донетом пресудом Суда. Уступањем предмета тежило се остваривању уједначене судске праксе, што се у стварности није догодило. Наиме, постојала је могућност да се странке у поступку успротиве уступању надлежности, односно оне су имале последњу реч код доношења одлуке о уступању надлежности Великом већу. На тај начин, долазило је до стварања шаренолике и неконзистентне праксе Суда, у зависности од тога које је веће одлучивало.

Члан 3 Протокола 15 предвиђа значајну измену када је реч о могућности да се предмет већа уступи на решавање Великом већу.⁵⁷ Према новом решењу, када год постоји различита пракса поводом случаја који се решава пред већем, постојаће обавеза већа да уступи надлежност Великом већу. Странакама је сада укинута могућност било каквог приговора на овакву одлуку.

Ова измена уводи могућност да Суд обезбеди кохерентно и једнообразно тумачење гарантованих права, чиме долази до јачања надзорног механизма заштите људских права у Европи.

4. ЗАКЉУЧНА РАЗМАТРАЊА

Протоколом 15 је настављена започета реформа европског система заштите људских права, са основним циљем да се још више повећа ефикасност Суда. Уношење принципа супсидијарности и поља слободне процене у преамбулу Конвенције допринеће бољем дефинисању позиције Европског суда у односу на националне судове, а самим тим и његовом ефикаснијем функционисању.

Повећање ефикасности Суда скраћивањем рока подношења представки са 6 на 4 месеца неће само по себи довести до већих негативних последица

on Legal Affairs and Human Rights, Doc 8887, 6 November 2000, para. 15, доступно на: assembly.coe.int/ASP/Doc/XrefViewHTML.asp?FileID=9106&Language=EN (15.10.2013.)

⁵⁷ У складу са наведеном новином, предвиђа се и правремена измена Правила 72 Пословника Суда.

по потенцијалне подносиоце. Међутим, тако измењена одредба у комбинацији са новим Правилем 47 Пословника Суда, довешће подносиоце представки у значајно неповољнији положај него што је то до сада био случај. Такође се чини неоправданим и брисање другог изузетка од услова „озбиљности штете“, који је допуштао Суду разматрање случаја упркос непостојању значајне штете на страни подносиоца уколико предмет није на одговарајући начин био размотрен од стране домаћег суда. Свакако да ће уведене новине допринети значајном смањењу броја представки које се упућују Суду, али се поставља питање да ли то неће нарушити право подносиоца да оствари адекватну правну заштиту пред Судом.

Изменом старосне границе које може имати лице приликом избора за судију, остварено је да судије не одлазе у пензију са навршених 70 година, већ је могуће да врше мандат до 74. године живота. Ово решење уведено је ради могућности да изабране судије заиста и одслуже пун деветогодишњи мандат. С једне стране, свакако се тиме јача конзистентност чланова Суда и побољшава квалитет рада због богатог искуства судија. С друге стране, логично се поставља питање да ли ће поједици у овим годинама бити у стању да квалитетно обављају посао судије.

Бројне критике упућиване због неуједначене судске праксе довеле су до укидања досадашњег овлашћења странака да се противе уступању предмета Великом већу. Према новом решењу, увек када постоји различита судска пракса поводом предмета који решава, веће ће бити дужно да уступи надлежност Великом већу, а странкама се ускраћује могућност приговора на такву одлуку. То ће довести до уједначености тумачења одређених права, што ће значајно допринети јачању целокупног система надзора људских права.

Резиме

Последња измена Европске конвенције за заштиту људских права и основних слобода извршена је 2013. године усвајањем Протокола 15. Иако на први поглед одредбе Протокола 15 не одступају у значајној мери од досадашњих правила, њиховом дубљом анализом може се видети да је, ипак, реч о новинама које ће довести до значајних практичних последица. Пре свега, преамбула Конвенције допуњена је изричитим навођењем принципа супсидијарности и концепта поља слободне процене, што ће допринети бољем дефинисању позиције Европског суда у односу на националне судове, а самим тим и његовом ефикаснијем функционисању. Поред тога, дошло је до измена појединих услова прихватљивости. Наиме, рок подношења индивидуалних представки је смањен са 6 на 4 месеца, што

неће само по себи довести до већих негативних последица по потенцијалне подносиоце, што ће у комбинацији са новим Правилем 47 Пословника Суда, довести подносиоце представки у значајно неповољнији положај него што је то до сада био случај. Такође је раније уведен услов „значајности штете“ измењен укидањем једног од двају изузетака – захтева да је извршено адекватно разматрање од стране домаћег суда, чиме је спречавано ускраћивање правде. Поред тога, другачије је одређена старосна граница за избор судија Европског суда за људска права, јер ће судије вршити судијску функцију од 65 до 74 године живота, а према формулацији претходног Протокола, било је неопходно напуштање судијске функције са навршених 70 година. Последња измена тиче се укидања могућности противљења странака уступању предмета Великом већу, чиме се остварује кохерентнија и уједначенија судска пракса.

Sanja Đorđević, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

**Protocol 15 to the European Convention for
the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms**

Summary

In 2013, the adoption of Protocol No. 15 to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms marked the latest amendments to this international document. Although the provisions of Protocol No. 15 do not seem to substantially depart from the hitherto existing rules, their in-depth analysis proves that they include novelties which will have significant practical implications.

First of all, the preamble of the Convention is amended by explicitly proclaiming the principle of subsidiary and the concept of a margin of appreciation, which will contribute to clarifying the position of the European Court of Human Rights in relation to national courts and its more efficient operation. In addition, Protocol No. 15 has introduced some changes in the requirements governing the admissibility of cases. Namely, the six-month time limit for submitting individual applications has been reduced to a period of four months; this new provision does not per se imply some significant negative consequences for potential applicants but, in conjunction with the new Rule 47 of the Court Rules, it may place the applicants in a substantially less favourable position than they have had thus far. Moreover, the formerly existing requirement on the "significant disadvantage" has been amended by repealing one of the two safeguard clauses, which stipulated that this issue had to be "duly considered by a domestic tribunal" and which was envisaged as a safeguard against the denial of justice. As for the selection of justices of the European Court of Human Rights, a new age limit has been introduced for judicial candidates; while the former Protocol envisaged that the justices had to leave their judicial office at the age of 70, the new Protocol envisages a more flexible option ranging from the age of 65 to the age of 74. Finally, the parties have been prevented from objecting to the referral of the case to the Grand Chamber, which will provide for a more coherent and consistent judicial practice.

Key words: *Protocol No. 15, European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, European Court of Human Rights, individual applications, Grand Chamber*

ДОСТИГНУТИ СТАНДАРДИ КРИВИЧНОПРОЦЕСНЕ ЗАШТИТЕ МАЛОЛЕТНИХ ОШТЕЂЕНИХ¹

Апстракт: Аутор се у раду бави анализом националне регулативе, која се односи на заштиту малолетних лица, која се у кривичном поступку нађу у улози оштећеног и сведока. Механизми заштите малолетних оштећених, установљени Законом о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица сагледавају се из дискурса достигнутих међународних стандарда. У раду су, такође, представљени релевантни упоредноправни механизми заштите малолетних оштећених. У завршном делу рада аутор даје предлоге за унапређење регулативе *de lege ferenda*, наводећи достигнуте стандарде кривичнопроцесне заштите, које уопште не познаје домаће позитивно право.

Кључне речи: малолетно лице, оштећени, сведок, процесна заштита.

Уводне напомене

Савремени кривични поступак карактерише динамичност у погледу положаја и улоге његових субјеката. Након трансформације из инквизиционог у савремени модел поступка, највеће промене десиле су се у погледу процесног положаја окривљеног, тако да се данас највише пажње посвећује заштити основних права овог субјекта. У нешто ближој историји могу се уочити промене у процесном положају сведока. Од некадашњег фокуса на дужности одазивања позиву за сведочење и дужности самог сведочења, акценат се ставља на заштиту сведока од застрашивања. Поред ученог преображаја процесног положаја сведока уопште, посебна пажња почиње да се посвећује појединим категоријама сведока, као што су

ivan@prafak.ni.ac.rs

¹ Чланак представља резултат рада на пројекту «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», под редним бројем 179046, које финансира Министарство за науку и технолошки развој Републике Србије

деца, малолетници, жене, стари, душевно болесна лица и посебно жртве² (оштећени).

Током развоја науке кривичног процесног права уочена је посебна потреба за заштитом пасивног кривичноправног субјекта. Једно од најмаркантнијих обележја реформе савременог кривичног поступка је јачање процесног положаја тог субјекта. У том смислу, најпре је потребно разграничити појам оштећеног, од појма жртве. Према Законнику о кривичном поступку³, оштећени је лице чије је лично или имовинско право повређено или угрожено извршењем кривичног дела (члан 221. ЗКП). Са друге стране, жртвом се сматрају лица, која су појединачно или скупно претрпела штету, укључујући физичке или душевне повреде, емоционалну патњу, материјалну штету или повреду основних права кршењем норми националног законодавства или релевантних међународних докумената о људским правима. Под појам жртве потпадају чланови породице жртве, особе које издржава или које су претрпеле штету приликом пружања помоћи жртви.⁴ Сходно наведеним међународним стандардима, намеће се закључак да је појам жртве шири⁵ од појма оштећеног.⁶ Поред директних жртава, које су непосредно претпеле повреду својих права извршењем кривичног дела, што се, заправо, поклапа са појмом пасивног субјекта кривичног дела, односно оштећеним, појам жртве обухвата и лица која су индиректно оштећена извршењем кривичног дела.

Законик о кривичном поступку Србије, међутим, не оперише појмом жртве, већ само појмом оштећени. У том својству најчешће се појављује пасивни субјекат кривичног дела, али оштећени у поступку може бити и члан породице код нпр. кривичног дела убиства. Стога се, сасвим оправдано,

2 Проучавање жртве криминалитета дуго је била занемарено у криминолошкој мисли, у корист проучавања личности делинквента. Тек са развојем тзв. друге виктимологије, 70 – тих година 20. века, посвећује се пажња питањима третмана и положаја жртве у кривичном поступку, могућностима заштите, помоћи, репарације штете и реинтеграције жртава у социјалну средину.

3 “Службени лист СРЈ”, бр. 70/2001 и 68/2002 и “Службени гласник РС”, бр. 58/2004, 85/2005, 115/2005, 85/2005 - др. закон, 49/2007, 20/2009 - др. закон, 72/2009 и 76/2010 (у даљем тексту ЗКП).

4 Декларација о основним принципима правде за жртве кривичних дела и злоупотребе власти, А/RES/40/34, 29 November 1985, 96th plenary meeting.

5 Супротно схватање износи Давор Крапац (Казнено процесно право - институције, Загреб 2010., стр. 235.), према коме оштећени може бити и друга особа, осим жртве, чија су добра повређена или угрожена извршењем кривичног дела, која може учествовати у поступку, у својству оштећеног.

6 Слађана Јовановић, Александра Галоња, Заштита жртава трговине људима у кривичном и прекршајном поступку, Београд 2001., стр. 80.

сматра да је оштећени појам шири од појма жртве.⁷ Из наведених разлога је потребно законски разграничити ова два појма, а жртвама омогућити додатну заштиту, путем ширег опсега права у кривичном поступку што, нажалост, није учињено у новом ЗКП из 2011. године.

Ко су посебно рањиви сведоци ?

Насупрот општој заштити од застрашивања, којом су обухваћени сви сведоци, налазе се мере заштите појединих, тзв. посебно угрожених⁸ сведока у кривичном поступку. То су сведоци, који су услед личних својстава, или извршеног кривичног дела, додатно угрожени, те је, приликом њиховог саслушања, потребно узети у обзир посебну потребу за заштитом. У ту категорију спадају: малолетници, жртве кривичних дела⁹ (оштећени), жене, стари и душевно оболела лица¹⁰. Сврставање у рањиве сведоке врши се, такође, према објективном критеријуму. Посебно осетљиви могу бити сведоци услед природе, начина извршења, или последица извршења кривичног дела¹¹. Посебно се издвајају жртве сексуалних деликата, насиља у породици и трговине људима. Посебна осетљивост може да произађе и из потребе сведочења у поступку против члана породице¹². Нису, међутим сви посебно осетљиви сведоци истовремено и жртве извршења кривичног дела. У ту категорију спадају сведоци, који су услед сопствених личних особина посебно рањиви, као што су нпр. деца, или душевни болесници, без обзира да ли су истовремено и жртве. Исказ наведених категорија сведока има специфична обележја, која треба узети у обзир приликом оцене истог.

7 Милан Шкулић, Кривично процесно право, Београд 2009., стр. 105.

8 У литератури се може наћи и израз „посебно осетљиви сведоци“ (Момчило Грубач, Кривично процесно право, Београд 2011., стр. 267).

9 Са циљем побољшања положаја жртава, које се често у кривичном поступку нађу у улози сведока, на међународном плану донето је низ докумената. Први значајан документ, универзалног значаја, је Декларација УН о основним принципима правде за жртве криминалитета и злоупотребе власти из 1985. године. Под окриљем Савета Европе, усвојено је више инструмената, који се баве питањима заштите сведока - жртава: Препорука R(85)11 о положају жртава у оквиру кривичног права и кривичног поступка, Препорука R(87)21 о помоћи жртвама и превенцији виктимизације и Препорука Rec (2006)8 о помоћи жртвама криминалитета.

10 Кључна разлика између сведока под претњом и осетљивих сведока налази се у узроку повећане опасности по психички и телесни интегритет. Код сведока под претњом, опасност долази споља, од притиска окривљеног или других лица. Код посебно осетљивих сведока постоји осећај несигурности, неспособност самосталног деловања, узрокован неким унутрашњим, личним својством.

11 Снежана Бркић, Заштита сведока у кривичном поступку, Нови Сад, 2005., стр. 132.

12 Ibid.

Деца¹³, несумњиво, спадају у посебно осетљиве сведоке. Узраст и развијеност личности су својства, које их убраја у рањиве сведоке. С обзиром да узраст, као лична карактеристика има континуирано трајање, посебна осетљивост сведока се не процењује од случаја до случаја, већ је дете увек рањиви сведок¹⁴. Стога је потребно уважити био – психо – социјалне карактеристике детета приликом учешћа у кривичном поступку, у својству сведока. Прибављање исказа деце сведока, мора бити прилагођено њиховим личним својствима.

Општи међународни стандарди поступања са децом сведоцима

У упоредном праву су се искристалисали легислативни стандарди поступања са децом, у својству сведока. Све познате мере заштите имају за руководну идеју начело најбољег интереса детета, установљено чланом 3. Конвенције УН о правима детета. Ово начело обавезује законодавну, извршну и судску власт, те јавне и приватне институције социјалног старања, да се у сопственим активностима по питању деце, придржавају овог, фундаменталног начела. Најбољи интерес детета се, према томе, налази у основи свих мера процесне заштите малолетних сведока.

Од значаја је члан 12. Конвенције, којим је статуирано право детета на изражавање сопственог мишљења. Са циљем остваривања овог права, детету је потребно пружити могућност да буде саслушано у судском, или каквом другом поступку, непосредно или преко заступника (члан 12. став 2. Конвенције). Иако се ово право првенствено односи на малолетне извршиоце кривичних дела, нема сумње да право детета да буде саслушано у поступку припада малолетним сведоцима.

13 Имајући у виду да су процесном заштитом, према одредбама Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица ("Сл. гласник РС", бр. 85/2005., у даљем тексту ЗОМ), обухваћена малолетна лица, потребно је направити разлику између појмова деца, малолетници и малолетна лица. Према Конвенцији УН о правима детета, дететом се сматра свако лице, млађе од 18 година, осим уколико национално законодавство не предвиђа стицање пунолетства пре 18 – те године (члан 1.). ЗОМ прави разлику између појма малолетници и малолетна лица. Малолетници су лица старија од 14, а млађа од 18 година, дакле кривичноправно одговорни малолетници. Тај појам обухвата млађе малолетнике, старости од 14 до 16 година, и старије малолетнике, старости од 16 до 18 година. Појмом малолетна лица обухваћена су сва лица, која нису навршила 18 година. У смислу одредаба ЗОМ, то су лица, која су оштећена извршењем кривичног дела.

14 Берислав Павишић, Персонални докази и нови Закон о казненом поступку, зборник радова, Народне новине, Загреб, 2009., стр. 73.

Конвенција апострофира посебно право детета на приватност. Према одредби из члана 16. Конвенције, дете се штити од сваког произвољног или незаконитог мешања у његову приватност, породични живот, дом и преписку. Дете, такође, не сме бити изложено незаконитом нападу на част и углед. У случају неоправдане дерогације овог права, дете има право на правну заштиту (члан 16. став 2. Конвенције). Поштовање права на приватност у кривичном поступку посебно је важно обезбедити за малолетне сведоке - оштећене.

Конвенција о правима детета промовише заштиту деце од свих облика сексуалног искоришћавања и сексуалног злостављања (члан 34.), од свих облика трговине децом (члан 35.) и других облика искоришћавања, штетних по дететова добра (члан 36.). За процесну заштиту малолетних сведока од значаја је одредба из члана 37. став 1. Конвенције. Њоме се штите деца од мучења и окрутног, нехуманог или понижавајућег поступања.

Ratio legis заштите малолетних сведока - оштећених

Основни разлог одвајања и посебног регулисања мера заштите оштећених сведока у кривичном поступку је потреба за спречавањем секундарне виктимизације¹⁵. Она представља ескалацију последица, насталих примарном виктимизацијом, односно извршењем кривичног дела, услед неадекватне реакције органа вођења кривичног поступка, породице и социјалне средине, уопште.¹⁶ Секундарна виктимизација, заправо, представља неадекватан одговор друштва, неразумевањем потреба жртве, неповерењем, испољавањем сумње у истинитост навода, индиферентношћу или чак наметањем жртви осећаја кривице за сопствену виктимизираност.¹⁷ Исходиште неадекватне реакције друштва на извршено кривично дело може бити терцирајна виктимизација, што представља трајну стигматизацију жртве у сопственој средини. Следећа карика у низу је опасност од ревиктимизације, јер код жртава без заштите расте потенцијална изложеност поновном извршењу кривичног дела над њима.

Будући да су виктимогене предиспозиције услед узраста и психо – физичког развоја, нарочито изражене код деце и малолетника, апсолутно је оправдано ширење опсега заштитних мера на ову категорију, посебно осетљивих сведока. Мере процесне заштите малолетних оштећених

15 Виктимизација представља процес путем кога се постаје жртвом.

16 Миомира Костић, Слободанка Константиновић – Вилић, Виктимологија, Ниш. 2012., стр. 450.

17 Слађана Јовановић, Александра Галоња, *op. cit.*, стр. 76.

прописане су у трећем делу Закона о малолетним учиниоцима кривичних дела и кривичноправној заштити малолетних лица, под називом „посебне одредбе о заштити малолетних лица као оштећених у кривичном поступку“. Одредбама овог закона установљена је посебна форма¹⁸ поступка, са циљем да се применом низа заштитних мера спречи секундарна виктимизација оштећених малолетних лица.

Опште карактеристике поступка са малолетним оштећеним

Једна од основних одлика ове процесне форме представља специјализација његових учесника. Поседовање посебних знања из области права детета и кривичноправне заштите малолетних лица захтева се за председника судећег већа, јавног тужиоца, истражног судију, припаднике полиције и пуномоћника оштећеног малолетног лица, постављеног по службеној дужности¹⁹. Није јасно из ког разлога су од обавезе специјализације изузете судије чланови већа. У нацрту црногорског Закона о малолетничком правосуђу²⁰ захтева се да и судије чланови судећег већа поседују посебна знања из области права детета (члан 90.).

Реч је о поступку, који се покреће по службеној дужности против пунолетних учинилаца законом таксативно набројаних кривичних

18 Приклањамо се ставу појединих аутора да је реч о модификованој процесној форми, будући да је основно обележје овог поступка измењен начин извођења појединих процесних радњи (Војислав Ђурђић, Кривично процесно право – посебни део, Ниш 2011., стр. 3.). У хрватском Закону о судовима за младеж (Народне новине, број 84/2011.) предвиђена је стварна надлежност Судова за младеж, за поступке у којима се малолетно лице јавља у својству оштећеног. Штавише, прописана је атракција надлежности Судова за младеж за вођење јединственог поступка за неко кривично дело, учињено на штету малолетника и неког другог кривичног дела (члан 114. став 4. ЗСМ).

19 Одредбама хрватског Закона о судовима за младеж обухваћена су сви набројани учесници поступка, али се оставља могућност да поступају и државни органи без посебних знања, ако услед околности случаја квалификовани учесници нису у могућности да поступају (члан 114. став 2. ЗСМ). Релативизација обавезне специјализације за поступајуће државне органе у предметима где се јавља малолетно оштећено лице ослабљује ниво њихове заштите у поступку.

20 Текст закона доступан на: <http://www.pravda.gov.me/biblioteka/nacrti-zakona> (приступ 18.06.2013.).

дела²¹, када је оштећени малолетно лице²². Но, остављена је могућност да јавни тужилац иницира покретање ове процесне форме и за друга кривична дела, када оцени да је то потребно ради посебне заштите личности малолетних оштећених (члан 150. став 2. ЗОМ). Иако је тежња била да се системом енумерације поброје сва кривична дела, код којих је малолетно лице оштећени, било би добро једном општом формулацијом предвидети вођење овог поступка, за сва кривична дела учињена „на штету малолетних лица“, пошто се из одредаба Кривичног законика на једноставан начин да идентификовати која су то дела. На тај начин се избегава ситуација да нека кривична дела остану изван опсега, као што је то случај са нпр. кривичним делом искоришћавање рачунарске мреже или комуникације другим техничким средствима за извршење кривичних дела против полне слободе према малолетном лицу (члан 185б. КЗ). Ово кривично дело уведено је приликом новелације КЗ 2009. године и није обухваћено одредбама ЗОМ, јер је тај зако донет 2005. године и у међувремену није мењан ни допуњаван. Са друге стране, на тај начин спречило би се недопустиво широко поље дискреционе оцене дато јавном тужиоцу на која ће малолетна оштећена лица применити посебне мере заштите. У македонском Закону за малолетничка правда²³ примена посебних одредаба намењених малолетних оштећених односи се на сва кривична дела код којих малолетник може бити жртва извршења (члан 138. став 1. ЗМП).

21 Реч је о следећим кривичним делима: Тешко убиство (члан 114); Навођење на самоубиство и помагање у самоубиству (члан 119); Тешка телесна повреда (члан 121); Отмица (члан 134); Силовање (члан 178); Обљуба над немоћним лицем (члан 179); Обљуба са дететом (члан 180); Обљуба злоупотребом положаја (члан 181); Недозвољене полне радње (члан 182); Подвођење и омогућавање вршења полног односа (члан 183); Посредовање у вршењу проституције (члан 184); Приказивање порнографског материјала и искоришћавање деце за порнографију (члан 185); Ванбрачна заједница са малолетником (члан 190); Одузимање малолетног лица (члан 191); Промена породичног стања (члан 192); Запуштање и злостављање малолетног лица (члан 193); Насиље у породици (члан 194); Недавање издржавања (члан 195); Родоскрвњење (члан 197); Разбојничка крађа (члан 205); Разбојништво (члан 206); Изнуда (члан 214); Омогућавање уживања опојних дрога (члан 247); Ратни злочин против цивилног становништва (члан 372);Трговина људима (члан 388);Трговина децом ради усвојења (члан 389); Заснивање ропског односа и превоз лица у ропском односу (члан 390).

22 Законодавац не прецизира да ли је реч о малолетном лицу у време извршења кривичног дела или у време вођења поступка. Но, систематским тумачењем извлачимо закључак да је реч о другој солуцији (Саша Кнежевић, Малолетничко кривично право – материјално, процесно и извршно, Ниш 2010., стр. 325.

23 Службен весник на РМ, бр. 103 од 19.08.2008 година.

У поступку, у коме са појављује оштећено малолетно лице, захтева се посебно обазриво поступање, уз вођење рачуна о његовом узрасту, особинама личности, нивоу образовања и личним приликама (члан 152. став 1. ЗОМ). Циљ постојања ове одредбе је спречавање могућих штетних последица по личност и развој малолетног лица. Обавезом обазривог поступања обухваћени су истражни судија, чланови већа и јавни тужилац. Црногорски Закон о малољетничком правосуђу ову дужност проширује и на припаднике полиције (члан 90. став 2.). Македонски ЗМП на обазриво поступање обавезује, пре свега суд, али и друге државне органе, који учествују у поступку. Осим наведених учесника у поступку, обавезу обазривог поступања треба проширити и на остале учеснике поступка, нарочито на браниоца окривљеног и пуномоћника малолетног оштећеног²⁴. Стога је добро решење из хрватског ЗКП²⁵, према коме ће се приликом испитивања малолетника, нарочито уколико је оштећен извршењем кривичног дела, поступити обзирно, да извођење те процесне радње не би проузроковало штетне последице по психичко здравље малолетника (члан 292. став 2. хрватског ЗКП).

Ограничавање вишекратног испитивања малолетног оштећеног

Вишеструко испитивање може изазвати посебно тешке и озбиљне психичке последице по малолетне оштећене. Поред тога, под утицајем ауторитета и услед страха, касније дати искази могу бити квалитативно другачији, неретко прожети маштом и фантазијама детета. Потреба за елиминисањем вишекратног испитивања нарочито је изражена код деце жртава сексуалних деликата, услед потребе да потисну трауму. На штетене последице саслушања малолетних оштећених упозоравају Смернице за кривични и административни поступак Немачке²⁶. Наглашено је да поновљено испитивање жртава може довести до значајног стреса и да их стога треба избегавати, ако је могуће (члан 19. RiStBV). Ограничење броја саслушања малолетних оштећених предвиђено је у члану 152. ЗОМ. Наиме, малолетна лица, оштећена извршењем кривичног дела могу се у поступку саслушати највише 2 пута. Законодавац, међутим, допушта и већи број саслушања, ако је то потребно услед остварења сврхе кривичног поступка. У случају саслушања више од два пута, судија је обавезан да посебно обрати

24 Лана Пето – Кујунџић, Дијете као свиједок, Хрватски љетопис за казнено право и праксу, бр. 1/2004, стр. 114.

25 Закон о казненом поступку Хрватске, Уреднички прочишћени текст, "Народне новине", број 152/08, 76/09, 80/11, 91/12 - Одлука и Рјешење УСПХ, 143/12 и 56/13.

26 Текст доступан на: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_d_01011977_420821R5902002.htm, приступ 22.06.2013.

пажњу на заштиту личности малолетног лица. Наведена одредба не штити малолетне оштећене на адекватан начин. Велике шансе за секундарну виктимизацију постоје и са два саслушања у поступку. Применом каучук појма „остварења сврхе вођења поступка“, отворена је могућност да се оштећени саслушавају по 5 - 6 пута²⁷, што је у пракси најчешће случај. Тиме се наноси ненадокнадива штета малолетним лицима, која губе поверење у судски механизам заштите њихових права, а стрес, који доживљавају сваки пут, када се појављују у суду, постаје мултипликован. Мала је корист од обавезе за судију да посебно води рачуна о заштити малолетног оштећеног, када су већ самим доласком пред суд наступиле негативне последице. Исте ефекте по психофизичко стање малолетних лица производи судска свакодневица у Србији са великим бројем одложених рочишта. Сваки долазак на одложено рочиште проузрокује стрес, без обзира да ли ће дете исказивати или не.

Значајно виши степен заштите оезбеђује македонски ЗМП. Малолетник жртва може да буде саслушан, у својству сведока, само ако то не може да произведе штетне последице по његов психофизички развој (члан 138. став 3. ЗМП). Иако експлиците није ограничен број саслушања, из остатка наведене одредбе видљиво је да је лимит једноструко саслушање, јер је за малолетнике (који нису оштећени) лимитирано двоструко, изузетно троструко саслушање. На сличан начин малолетне сведоке жртве испод 16 година штити Закон о кривичном поступку Косова²⁸. Није дозвољено испитивање ових лица, ако је већ узет исказ од њих, у претходном поступку и ако претресно веће процени да поновно испитивање није неопходно (члан 339. став 1. ЗКП Косова). Ако се, изузетно ипак приступи њиховом испитивању, може се искључити јавност.

Присуство стручних лица саслушању малолетног оштећеног

Имајући у виду посебну осетљивост малолетних оштећених, као и специфичност психичких реакција, које могу настати током саслушања, поред обавезне специјализације органа вођења поступка, предвиђено је присуство стручних лица. Тако је у члану 151. став 1. ЗОМ прописано да се саслушање малолетних лица, оштећених извршењем кривичног дела обавља уз помоћ психолога, педагога или другог стручног лица. Ово, иначе

27 У пракси су забележени случајеви вишеструког саслушања малолетних жртава трговине људима. Види: Положај жртава трговине људима у судском поступку – анализа правосудне праксе за 2012. годину (доступно на: <http://www.astra.org.rs/wp-content/uploads/2011/11/PravnaAnalizaASTRA.pdf>, приступ: 13.06.2013. године).

28 Законик бр. 04/Л-123.

добро решење, у смислу заштите малолетних лица, недовољно је разрађено и прецизирано. Поставља се питање, на који начин ће се одредити стручна квалификација, будући да су побројана различита занимања. Са друге стране, нејасно је каква је њихова улога, приликом испитивања. Да ли они непосредно разговарају са малолетним оштећеним, или само разјашњавају питања, прилагођавајући их узрасту и степену развоја малолетног лица.

Најпрецизније одређење процесног положаја стручног лица налазимо у Закону о кривичном поступку Руске федерације²⁹. Предвиђено је обавезно присуство педагога, када се испитује малолетна жртва испод 14 година, или када је сведок малолетно лице са физичким или менталним недостацима, а за узраст од 14 до 18 година, кад суд оцени да је потребно (члан 280. став 1. ЗКП Русије). Пре почетка испитивања, судија је дужан да педагогу објасни његова права. Са дозволом судије, педагог може постављати питања малолетном оштећеном. Након испитивања малолетног лица, педагог може напустити судницу, са дозволом председника већа (члан 280. став 7. ЗКП Русије). Решења руског законодавца могу послужити као узор, јер је, са једне стране, прецизирана и омеђена квалификација стручног лица, а са друге стране, прецизиран је положај приликом давања исказа малолетног лица. Идеје о омекшавању законске регулативе, у смеру релативизације присуства стручних лица испитивању малолетних оштећених, изнад 14 година, изражене у радној групи за измену ЗОМ³⁰, апсолутно су неприхватљиве. Новелација ЗОМ треба да иде у супротном смеру, јачањем обавезе за присуством стручних лица и њиховом активнијом улогом, приликом давања исказа, наравно под будним оком судије.

Саслушање малолетног оштећеног путем интерне телевизије

Процесни положај стручних лица јасније је одређен у одредби ЗОМ, којом је допуштена могућност да се саслушање малолетног оштећеног обави путем фактичког одступања од начела непосредности. Према члану 152. став 3. ЗОМ, малолетно лице може се саслушати путем интерне телевизије. У том случају, малолетно лице се налази у посебној просторији, заједно са

29 174-FZ Of december 18, 2001(with the Amendments and Additions of May 29, July 24, 25, October 31, 2002, June 30, July 4, 7, December 8, 2003, April 22, June 29, December 2, 28, 2004, June 1, 2005, January 9, March 3, June 3, July 3, 27, December 30, 2006, April 12, 26, June 5, 6, July 24, October 2, November 27, December 3, 6, 2007, March 4, June 11, December 2, 22, 25, 30, 2008, March 14, April 28, June 29, July 18, October 30, November 3, December 17, 27, 29, 2009, February 21, March 9, 29, April 7, 22, 30, May 5, 19, July 1, 22, 23, 27, November 29, December 28, 29, 2010, February 7, March 20, April 6, May 3, June 3, 14, July 11, 20, 21, November 6, 7, 21, December 6, 7, 2011, February 29, March 1, 2012

30 Више о томе: Саша Кнежевић, Малолетничко кривично право..., *op. cit.*, стр. 326.

стручним лицем (психологом, педагогом, социјалним радником или неким другим лицем). Странке и други учесници поступка могу постављати питања малолетном оштећеном само преко судије или стручног лица. Ова, иначе веома корисна мера заштите посебно осетљивих сведока, о чијим је бенефитима било речи, примењује се на основу дискреционе оцене судије. Судија ће наредити примену ове мере, ако оцени да је то потребно, с обзиром на обележја кривичног дела и својства личности малолетног лица. Дилема је, на који ће начин судија ценити потребу, с обзиром на својства личности. Да ли то подразумева претходно психолошко вештачење? Ако је то била интенција законодавца, треба имати у виду да се на тај начин нужно продужава трајање поступка. Но, већи је проблем што за примену ове мере нема техничких могућности у већини судова у Србији, па је законска могућност само мртво слово на папиру.

Већи степен заштите од секундарне виктимизације, путем саслушања малолетног оштећеног у посебној просторији, пружају одредбе хрватског ЗСМ и ЗКП. Према одредби члана 115. став 2. ЗСМ, испитивање детета млађих од 16 година, оштећених кривичним делом, увек ће се спровести према одговарајућим одредбама ЗКП, које се односе на испитивање деце сведока. Према члану 292. ЗКП Хрватске, испитивање детета спровешће се у посебној просторији, без присуства судије и странка, путем аудио – видео технике. Испитивање се спроводи уз помоћ стручног лица, а у просторији, где се дете налази, могу присуствовати родитељ или старалац, ако то није противно интересима детета. Закон о судовима за младеж томе додаје и могућност присуства особе од поверења. Питања детету странке могу поставити путем стручног лица, по одобрењу судије истраге. Осим што је прописана облигаторност саслушања детета оштећеног извршењем кривичног дела фактичким одступањем од начела непосредности, ефикасној заштити доприноси законско решење, којим је наложено да се саслушање обавља у фази истраге, на посебном доказном рочишту, које иницира јавни тужилац (члан 115. став 1. ЗСМ). На тај начин се избегава потреба за поновним саслушањем детета на главном претресу, јер се ток саслушања бележи аудио – визуелним путем и придружује записнику о саслушању.

Саслушање малолетног оштећеног одступањем од начела непосредности

Услед заштите малолетних оштећених у кривичном поступку предвиђен је и један формални изузетак од начела непосредности. Према члану 152. став 4. ЗОМ, малолетни оштећени, који се у поступку појављују

у својству сведока, могу се саслушати у свом стану. Потед тога, они се могу саслушати и у другој просторији, односно у установи, која је специјализована за саслушање сведока. Иако је сама замисао свакако *in favore* заштите малолетних сведока, законска одредба изазива одређене недоумице. Најпре је дубиозно, ко присуствује саслушању, осим судије. Да ли је неопходно, односно дозвољено присуство стручног лица? Затим је упитно о којој „другој просторији“ је реч, пошто очито то није друга просторија у Суду, ван суднице. Законом није прецизирано ни које су установе стручно оспособљене за испитивање сведока, што подразумева одговарајућу потпору подзаконских аката. То би свакако могао бити Центар за социјални рад, али и друге установе, где су запослена стручна лица, па чак и претходно сертификоване невладине организације. Најзад, збуњујуће делује законом допуштена могућност примене мера из става 3. члана 153. ЗОМ. Како је раније речено, ова одредба односи се на саслушање малолетних оштећених путем интерне телевизије. Да ли то значи да малолетно лице може бити испитивано путем видео линка из свог стана, што би значило само фактичко одступање од принципа непосредности. Друга могућност је да се током испитивања у стану малолетног лица направи видео запис, који би се репродуковао на главном претресу, што је и дозвољено одредбом става 5. члана 153. ЗОМ. То је логичнија опција, мада је став 5. насавршен у погледу заповести да се обавезно чита записник на главном претресу (односно емитује снимак), када се малолетни оштећени саслушава у другој просторији у суду, односно у свом стану. У другом случају нема двојбе, али је нејасно зашто би се читао записник о испитивању, када је већ емитован путем интерне телевизије. Странке су, дакле, имале могућност да прате ток испитивања, чак и да постављају питања сведоку. Из свега наведеног произилази да је примена две заштитне мере (саслушање путем интерне телевизије и саслушање у свом стану) недовољно разграничена, што отежава практичну примену. Примене ове важне заштитне мере на прецизнији начин је одређена у хрватском ЗКП. Одредба из члана 292. став 3. не оставља дилему да се испитивање, осим у судници и у другој просторији у Суду може обавити у стану сведока, или у другом простору, у којем бораве. При томе, могуће је испитивање обавити применом техничких уређаја за пренос звука и слике, на исти начин као и из посебне просторије у Суду.

Већ помињана законска одредба из члана 152. став 5. ЗОМ, према којој се записник о исказу малолетног оштећеног у припремном поступку обавезно чита на главном претресу, такође поседује мањкавости. Ова *ius cogens* норма односи се на 3 ситуације. Сасвим оправдано, законодавац предвиђа њену примену на случајеве када се малолетно лице саслушава

путем употребе техничких средстава за аудио – визуелну репродукцију и када се саслушава у свом стану и другој просторији, ван суднице. На тај начин се штити потенцијална опасност од поновног саслушања на главном претресу, у присуству окривљеног. Законодавац, међутим, шири примену ове одредбе и на ситуацију када је малолетно лице саслушано у припремном поступку, на класичан начин. Тиме се, у потпуности дерогира принцип непосредности, и као правило уводи принцип посредности, што није својствено савременом кривичном поступку. Чини се да је непотребно обавезивати суд на читање записника о раније датом исказу, пре главног претреса, већ такво поступање везати за ситуације, када су примењене друге мере одступања од начена непосредности, о којима је било речи³¹.

Ограничење процесне радње суочења

Суочење је једна од иначе често примењених процесних радњи у пракси, у поступку у коме учествује малолетни оштећени, може изазвати озбиљне психичке последице. Стога се у лепези мера заштите ове категорије сведока често наилази на забрану суочења малолетног оштећеног са окривљеним и другим сведоцима. У члану 153. ЗОМ прохибитивном нормом је елиминисана могућност примене суочења између окривљеног и малолетног сведока, који је услед природе, последица или других околности извршеног кривичног дела посебно осетљив, или ако се услед тога налази у особито тешком психичком стању. Из стилизације ове одредбе ЗОМ, да се закључити да су забраном суочења обухваћени посебно осетљиви малолетни сведоци уопште, назависно од тога, да ли су истовремено и оштећени. Малолетно лице, које је било очевидац неког кривичног дела, може бити у посебно осетљивом стању, услед претрпљеног стреса, без обзира да ли је тиме неко његово добро повређено или угрожено. Но, како се одредбе из ЗОМ односе само на малолетне оштећене, сматрамо да нема основа за примену ове одредбе на малолетне сведоке, који нису оштећени. Друга мањкавост законског одређења забране суочења састоји се у томе што не обухвата и могућност суочења између малолетних оштећених и осталих сведока. Извођење ове радње имало би консеквенце готово једнаке као суочење са окривљеним. Држимо да би се у забрани суочења могло отићи корак даље, на тај начин што би се безусловно елиминисала могућност било ког малолетног оштећеног са окривљеним и сведоцима. Ипак, у поређењу за одредбама закона у региону, ЗОМ предвиђа највиши ниво заштите. У македонском ЗМП, прописана је могућност да се не предузме радња суочења између малолетног оштећеног и окривљеног, ако судија процени да нема потребе. Овакво одређење даје широке маргине дискреционе

31 Исто: Саша Кнежевић, Малолетничко кривично..., *op. cit.*, стр. 328.

оцене судије, што може имати неповољне импликације по будуће психичко здравље малолетног оштећеног.

Заштита малолетног оштећеног приликом препознавања лица

У току кривичног поступка понекад је потребно решити спорну чињеницу о идентитету неког лица. Са тим циљем приступа се препознавању лица, ради утврђивања идентитета окривљеног, жртве или несталог лица³². Извођење ове криминалистичко – тактичке радње састоји се из два сегмента. Најпре се од сведока захтева да опише лице, чији је идентитет непознат, а затим се приступа препознавању, тако што се сведоку показује група лица. Како би омогућавање да окривљени види сведока, који врши препознавање, представљало потенцијалну опасност по интегритет сведока, за потребе ове радње се употребљава једнострано пропустљиво огледало. На тај начин лица у групи, која су објекат опсервације не могу да виде сведока који врши препознавање. Осигурање коспиративности у примени ове процесне радње посебно добија на значају, када се у улози сведока који врши препознавање, нађе малолетни оштећени. Ту потребу препознао је наш законодавац, те је посебно нормирао у ЗОМ. Прописана је апсолутна обавеза да се при извођењу ове радње у потпуности онемогући да окривљени види малолетног оштећеног (члан 155. ЗОМ). Такође је суд у обавези да у извођењу радње препознавања лица од стране малолетног оштећеног поступа посебно обазриво.

Процесно заступање малолетног оштећеног

Пуномоћник је процесни субјект, чија је улога заступање интереса оштећеног у поступку. У редовном кривичном поступку, пуномоћника може имати оштећени, који поседује процесну способност, као и законски заступник процесно неспособног оштећеног. Правни основ за стицање својства пуномоћника је уговор о пуномоћству, који може бити сачињен у писаној форми, или усмено на записник пред судом. Пуномоћник може бити пословно способно, пунолетно лице, без обзира да ли поседује правничко образовање. Улога пуномоћника је предузимање радњи у поступку, у име и за рачун оштећеног, у оквиру датог пуномоћја. Према томе, у редовном поступку је наступање пуномоћника факултативно. Са друге стране, у поступку са учешћем малолетног оштећеног, пуномоћник је обавезни субјект. Према слову ЗОМ, малолетно лице, оштећено извршењем кривичног дела мора имати пуномоћника од првог саслушања окривљеног (члан 154. став 1. ЗОМ). Да је реч о обавезном заступању говори одредба

³² Чедомир Стевановић, Војислав Ђурђић, *op. cit.*, стр. 295.

из наредног става, према којој ће се малолетном оштећеном, који нема пуномоћника исти поставити из реда адвоката, са посебним знањима из области заштите малолетних лица. Трошкови заступања падају на терет буџета.

Наш законодавац се, дакле, определио за обавезно заступање малолетних оштећених, за решење слично постављању браниоца по службеној дужности, у случајевима обавезне одбране. Свакако да присуство пуномоћника омогућава делотворнију заштиту малолетног оштећеног. Стога је боље предвидети обавезно присуство пуномоћника од почетка поступка, него од првог саслушања окривљеног. Законска одредба може бити додатно прецизирана тако да се малолетни оштећени поучи о праву да изабере пуномоћника, односно да законски заступник процесно неспособног пуномоћника може одредити пуномоћника. Будући да оштећени стиче процесно пунолетство са навршених 16 година (члан 55. став 2. и члан 65. став 2. ЗКП), најчешће ће пуномоћника одређивати законски заступник малолетног оштећеног. Сматрамо да нема препрека да улогу пуномоћника обавља законски заступник малолетног оштећеног, осим ако постоји интерес супротан малолетном лицу.

Обавезно заступање малолетних оштећених предвиђа и македонски ЗМП (члан 140.). Разлика је у томе што је за адвокате, који могу бити пуномоћници малолетних оштећених, прописана обавеза похађања стручних курсева у области малолетничког преступништва, у трајању од 4 до 10 седмица, сваке године. Са друге стране, факултативно заступање права и интереса малолетних оштећених прописано је у хрватском ЗСМ. Пуномоћника председник суда, на предлог судије истраге за малолетнике (односно председника већа), може поставити детету оштећеном, детету жртви или детету оштећеном, у својству тужиоца, кад оцени да је то потребно, ради осигурања интереса детета (члан 116. став 1. ЗСМ). У том случају, пуномоћник може бити само постављен, а не и изабран, за разлику од нашег ЗОМ. Насупрот томе, за кривична дела, са запрећеном казном затвора преко 5 година, као и за дела против полне слободе, извршена на штету детета, од стране блиског сродника, предвиђено је обавезно заступање. Но, нејасно је зашто је у том случају законодавац допустио и изабраног пуномоћника, када је логично да интересима детета жртве више одговара постављени пуномоћник, са адекватним знањима. Поред пуномоћника, са циљем пружања помоћи детету жртви, приликом давања исказа, у поступку ће учествовати саветник. То може бити стручни сарадник суда, или друга стручна особа, чији трошкови падају на терет буџета (члан 116. став 3. ЗСМ).

У ЗКП Русије предвиђено је обавезно присуство законског заступника саслушању малолетног оштећеног испод 14 година. За малолетна лица изнад 14 година, присуство законског заступника је факултативно. Присуство законског заступника, пуномоћника или другог лица од поверења саслушању малолетног оштећеног сагласно је Препоруци (85) 11 о положају жртве у оквиру кривичног права и поступка. Према тачки 8. Препоруке, деца жртве треба да, кад год је то могуће, буду испитиване у присуству родитеља, старатеља или другог квалификованог лица.

Начело хитности поступка са малолетним оштећеним

Поступак према малолетницима се одликује наглашеном ефикасношћу. Један од најважнијих разлога за истицање начела хитности је потреба за што бржом реакцијом и интервенцијом, усмереном према личности малолетног делинквента, како би се извршила корекција у понашању, у току одрастања и формирања зреле личности. Законодавац најчешће препознаје ову потребу, подупирући је декларативном периодичном обавезом обавештавања председника суда о току поступка према малолетнику. Начело хитности има свој законски израз у члану 56. ЗОМ. Њиме су обавезани учесници поступка, односно органи вођења поступка, али и други органи и установе, да поступају са највећом хитношћу, како би се поступак што пре окончао. Поступак према малолетнику у коме је оштећено малолетно лице је, према ЗОМ је хитан (члан 157). Законодавац се одлучио да ово начело посебно истакне у делу закона, који садржи одредбе о поступку у коме фигурира малолетни оштећени. Разлог је потреба за ефикасном и промптном заштитом малолетних оштећених, посебно жртава сексуалних деликата, али и насиља у породици и других тешких кривичних дела. Но, иако постоји декларативна обавеза хитног вођења и окончања поступка, трајање истог зависиће од бројних других одредаба закона, посебно од стројих рокова за извођење процесних радњи и заштитних одредаба о могућности изигравања обавеза актера поступка. Најпосле, трајање поступка зависи од доследне примене законских норми, што је давнашња рак рана нашег правосуђа.

Други упоредноправни стандарди поступка са малолетним оштећеним (уместо закључка)

Поред наведених стандарда заштите малолетног оштећеног, који су имплементирани у ЗОМ, у упоредном праву могу се наћи и друге одредбе. Једна од њих је одредба, којом се ближе регулише положај органа старатељства у поступку, у коме учествује малолетни оштећени. Тако је

у члану 117. хрватског ЗСМ прописана обавеза за државног тужиоца да обавести орган старатељства о чињеницама и околностима, у вези са извршењем кривичног дела. На основу тог обавештења орган старатељства предузима мере заштите права деце. Које су то мере, остављено је на разраду подзаконским актима. Сличну одредбу налазимо и у ЗОМ Косова. Смисао ове законске одредбе је иницијација за активно учешће органа старатељства у овом поступку, будући да је управо његова улога кључна, у погледу рехабилитације малолетног лица, чија су добра погођена извршењем кривичног дела.

Једна од последица вођења поступка, у коме партиципира малолетни оштећени, може бити покретање ванпарничног поступка за лишење родитељског права. Стога је у хрватском ЗСМ прописана обавеза за државног тужиоца да затражи да Завод за социјално старање покрене овај поступак, са циљем лишења права на родитељско старање или права на заједнички живот са дететом (члан 118. ЗСМ). Ова обавеза активира се када се у току поступка утврди злоупотреба или грубо кршење права и дужности родитеља према детету. Исти је смисао одредбе из члана 149. ЗОМ Косова, с тим што поступак за одузимање родитељског права покрене тужилац. Поступак за лишење родитељског права може се покренути и у Србији, на основу доказа из кривичног поступка, будући да га, између осталог, може иницирати јавни тужилац³³. Но, уношење једне овакве одредбе у Закон о малолетницима свакако би био позитиван искорак, који може допринети свеобухватнијој и делотворнијој заштити права малолетних оштећених, посебно деце.

У поступку са малолетним оштећеним примарни критеријум за заснивање месне надлежности може бити пребивалиште оштећеног. Управо је такав случај са ЗОМ Косова (члан 150.). Секундарни критеријум за заснивање месне надлежности је, према том закону, место извршења кривичног дела, ако је лакше водити поступак пред тим судом. Одступање од правила да се поступак води пред судом места извршења кривичног дела, што је правило у редовном кривичном поступку, несумњиво је оправдано, стога што је основна сврха заштита малолетног оштећеног. Из тог разлога би било опортуно наведену одредбу уградити и у ЗОМ Србије, приликом неке будуће реформе.

Имајући у виду да је малолетни оштећени по дефиницији посебно осетљиви сведок, не би имала смисла примена санкција за неодазивање позиву за сведочење. Према пунолетним сведоцима се могу применити довођење и

³³ Поступак за лишење родитељског права могу покренути тужбом дете, други родитељ, јавни тужилац Центар за социјални рад (члан 264, став 2, Породичног закона "Сл. гласник РС", бр. 18/2005 и 72/2011 - др. закон).

новчано кажњавање, у неким земљама и казна затвора. Од ових санкција за повреду сведочке дужности, хрватски ЗСМ изузима децу (члан 115. став 8. ЗСМ). Позив за сведочење се детету упућује преко родитеља.

Једно од напреднијих решења у упоредном праву, имајући у виду првенствено земље у окружењу, је постојање фонда за реституцију жртава. Према слову македонског ЗМП, малолетник коме је правноснажном судском одлуком признат статус жртве, односно оштећеног, има право да поднесе захтев за обештећење из фонда надлежног суда (члан 142. став 1. ЗСМ). Потребно је, такође, да је малолетном лицу признат имовинско – правни захтев и да се тај захтев због стварних или правних сметњи не може реализовати из имовине окривљеног у року од 6 месеци. Поред малолетника овај захтев могу поднети родитељи, стараоци и законски заступник малолетног оштећеног. Када се изврши обештећење из овог фонда, суд покреће поступак принудног извршења на имовини окривљеног. Овако устројен систем реституције знатно је ефикаснији и омогућава благовремену имовинску сатисфакцију за оштећеног.

Македонски ЗМП шири опсег заштите малолетних оштећених и на корпус мера физичке заштите. Према члану 143. ЗМП, све мере ванпроцесне заштите, предвиђене Законом о заштити сведока, могу се применити током поступка, у коме учествује малолетни оштећени. Не само да је могућа примена ових мера, већ се, по потреби, могу применити и посебне мере заштите психофизичког интегритета малолетника (члан 143. став 2. ЗМП). За разлику од македонског законодавца, мерама ванпроцесне (програмске) заштите сведока из Закона о Програму заштите учесника у поступку³⁴ нису обухваћени малолетни оштећени. Законом је предвиђена примена четири врсте мера, физичко – техничка заштита личности или имовине, промена пребивалишта, прикривање идентитета и података о власништву и промена идентитета учесника у поступку (члан 14. став 1. ЗПЗ). Предвиђањем примене програмске заштите на малолетне оштећене, без ограничења на поједина кривична дела, умногоме би допринело заокруживању протективног система ове, посебно осетљиве категорије сведока.

Резиме

Савремени кривични поступак карактерише динамичност у погледу положаја и улоге његових субјеката. У нешто ближој историји могу се уочити промене у процесном положају сведока. Од некадашњег фокуса на дужности одазивања позиву за сведочење и дужности самог сведочења, акценат се ставља на заштиту сведока од застрашивања. Насупрот општој

34 „Сл. гласник РС“, бр. 85/05.

заштити сведока од застрашивања, која укључује све сведоке, постоје одређене мере заштите за осетљиве сведоке у кривичном поступку. Ова категорија обухвата: малолетнике, жртве (оштећене), жене, старе и ментално оболеле особе. Деца, без сумње, спадају у поменути категорију. Узраст и развој личности су карактеристике које их рангирају у категорију осетљивих сведока. Стога је неопходно уважити био - психо - социјалне карактеристике детета, када учествује у кривичном поступку, у својству сведока. Узимање исказа мора се прилагодити личним карактеристикама детета сведока. Аутор овог рада се бави, пре свега, националним стандардима заштите малолетних жртава, са освртом на упоредноправну легислативу.

Ivan Ilić, LL.B.
Teaching Assistant,
Faculty of Law, University of Niš

The Attained Standards in the Protection of Juvenile Crime Victims in Criminal Proceedings

Summary

Modern criminal procedure is characterized by dynamism in terms of the position and role of its participants. In more recent history, there have been significant changes in the position of witness in criminal procedure. In earlier times, the witnesses were obliged to appear before the court when summoned and testify; now, the focus has shifted to the protection of witnesses from intimidation. In addition to the general protection from intimidation, which includes all witnesses, there are certain safeguards aimed at protecting particularly vulnerable witnesses in criminal proceedings. This category includes: juveniles, crime victims (who sustained some injury or harm), women, the elderly and the mentally impaired persons. Above all, this category includes children, whose age of minority and personality development characteristics certainly rank them among the most vulnerable witnesses. It is, therefore, necessary to consider the bio-psycho-social characteristics of the child when participating in criminal proceedings as a witness. The process of obtaining a witness testimony from a child must be governed by the personal characteristics of a child acting in the capacity of a witness. In this paper, the author first examines the national standards on the protection of minors as victims and witnesses in criminal proceedings), and provides an overview of related provisions contained in the comparative law.

Key words: *minors, crime victim, witness, procedural protection*

ПОРЕСКА ПОЛИТИКА И ПРИВРЕДНИ РАЗВОЈ¹

Апстракт: Предмет анализе у овом раду јесте улога пореза у постизању жељеног нивоа привредног раста. У том смислу анализираћемо моделе привредног раста који се баве утицајем фискалне политике на домаћи бруто производ, уз посебно наглашавање функције пореза на добит корпорација на процес акумулације капитала. Посебну пажњу посветићемо анализи корпоративних пореских подстицаја у концепту економске политике, ради чињења конкретних предлога за побољшање њихове ефикасности.

Кључне речи: фискална политика, привредни раст, порески систем, порез на добит корпорација, порески подстицаји.

Увод

У финансијској литератури постоје подељена мишљења о утицају фискалне политике на привредни развој. Док једна група теоретичара сматра да је смањење јавних расхода оправдано чињеницом ниске стопе производње и високим трошковима опорезивања, друга група истиче да влада (својом одлуком о висини јавних расхода) има значајну улогу у привредном развоју једне земље, јер обезбеђује јавна добра, подстиче инвестиције и утврђује друштвено пожељни правац и смер привредног развоја. Овим радом покушаћемо да анализирамо главне поставке супротстављених струја и да утврдимо место пореза на добит корпорација у програму развојне економске политике због његовог значаја у процесу акумулације капитала који, *по нашем мишљењу*, у условима финансијске кризе постаје значајни инструмент финансирања јавних расхода.

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

1. Кратак осврт на моделе привредног раста

За утврђивање ефеката фискалне политике на привредни развој у теорији се користе следећа три модела (*приступа*).² Према *првом* моделу се сматра да се за анализу тих ефеката морају утврдити просечни трошкови извршења јавних издатака или висина пореских стопа. Заговорници овог приступа, теоретичари Ланд (*Landau*), Грив (*Grier*) и Тулок (*Tulock*), као и Корменди (*Cormandi*) и Мегвајер (*Maguire*) сматрају да постоји негативна веза између вођења одређеног концепта фискалне политике и повећања буџетских прихода.³ С обзиром на то да резултати истраживања поментог утицаја обухватају период од 60-тих до касних 80-тих година прошлог века, намеће се питање да ли се они могу применити у садашњим околностима. Ту пре свега мислимо на традиционалну поставку класичара да опорезивање и јавна потрошња не могу имати утицај на стопу привредног раста, посматрано у дужем временском периоду, већ се једино може говорити о њиховом тренутном утицају на висину оутпута. По *другом* методолошком приступу (тзв. моделу „*новог привредног развоја*“) се сматра да фискална политика има перманентан утицај на подизање општег нивоа друштвеног благостања.

Тако, на пример, Роберт Баро (*Robert Barro*), Џоунс (*Jones*) и Мануели (*Manuelli*), у својим истраживањима, истичу чињеницу да су ефекти дисторзивних пореза на стопу привредног раста много значајнији него што су традиционалисти то сматрали. Они посебно истичу значајну улогу пореског система у привлачењу ефикасних инвестиција.⁴ Ипак,

2 У теорији се прави дистинкција између ендогеног и егзогеног модела привредног раста. Представници теорије егзогеног привредног раста (као резултата производне функције рада и капитала) јесу Солоу (*Solow*) и Свен (*Swan*). *Swan T. V., Economic Growth and Capital Accumulation, Economic Record, vol. 32, pp.334-361* и *Solow Robert, "A Contribution to the Theory of Economic Growth", Quarterly Journal of Economics, vol 70,1956., pp.65-94*. Ендогени модели се увводе двадесетак година касније у циљу објашњења постизања одрживог развоја и одређивања његовог нивоа. Више о томе: *Gareth D. Myles, Taxation and Economic Growth, Fiscal Studies, Vol. 21, No. 1, 2000., pp.141-168*.

3 *Grier Kevin B., Gordon Tullock, An Empirical Analysis of Cross-National Economic Growth, Journal of monetary economic 24, pp. 259-276, 1989*. Упореди са: *Kormendi C. Roger, Philip G. McGuire, Macroeconomic Determinants of Growth:Cross country Evidence, Journal of Monetary Economic 16, pp. 141-163, 1985.* и *Landau Daniel, Government Expenditure and Economic Growth:Cross Country Study, Southern Economic Journal 49, pp.783-792, 1983.* & „*Government and Economic Growth in the Less Developed Countries, An Emprical Study of 1960-1980, Economic Development and Cultural Change, pp.35-37, 1986.*

4 *Robert Baroo J., Economic Growth in a Cross-Section Countries, Quaerterly Journal of Economic 104 104, pp.407-444, 1991.* и „*A Cross'Country Study of Growth, Saving and Governement*“, in *B. D. Bernheim and J. Shoven (eds) National Savings and Economic Performance, University of Chicago Press and NBER, 1991*. Упореди са: *Jones Larry, Rudolfo Manuelli, A Convex*

потребно је истаћи да поменути модел уравнотеженог привредног развоја полази од чињенице да је удео јавних издатака у домаћем националном производу (ДНП) константан у времену, што је услов који се данас тешко може прихватити. *Трећи* модел настоји да исправи недостатке другог модела тако што „релаксира“ поменути услов, па дозвољава промену удела трошкова јавних расхода у ДНП, али и помену структуре опорезивања. За овај приступ се нарочито залагао економиста *Рам (Ramm)*, који је утврдио постојање позитивне везе између мера и инструмената фискалне политике, са једне стране и постизања, жељеног привредног раста, са друге стране.⁵ Морамо истаћи да је овде реч о моделима који утврђују везу између привредног раста и укупног пореског оптерећења, а не структуре пореског система.⁶

Истраживања која су касније вршена дошла су до сличних непоузданих резултата. *Слемроуд (Slemroad)* није успео да утврди везу између висине пореских стопа и привредног раста у земљама чланицама ОЕЦД-а, као и *Мендоза (Mendoza)*, који је сматрао да је утицај пореских стопа на висину домаћег бруто производа (БДП) неконзистентан. Касније су *Фолстер (Folster)* и *Хенриксен (Hanricksen)* утврдили постојање негативне везе између привредног раста и величине земље, у смислу укупних јавних издатака као дела БДП-а, док у новијој студији *Агел (Agell)* преиспитује методологију ранијих истраживача и налази само постојање „слабе“ везе између узрока јавних издатака и БДП-а.⁷ Парцијално посматрано, ни један од поменутих модела, по нашем мишљењу, не објашњава универзално везу између ефеката фискалне (пореске) политике и привредног развоја, већ нуди

Model of Equilibrium Growth:Theory and Policy Implications, *Journal of Political Economy*, 1990. & „Optimal Taxation in Models of Eneogeneous Growths“, *Mimeo*, 1991. & Plosser, Charles, The Search of Growth“, *Mimeo, August*, 1992.

5 *Ramm Rati*, Government Size and Economic Growth: A New Framework and Some Evidence From Cross-Section and Time-Series Data“, *American Economic Review* 76, 1996., pp. 191-203. Занимљиво је да је Рам дефинисао ДБП као „збир приватног и јавног оутпута“, при чему није јасно чему у националном обрачуну одговара категорија јавног оутпута, с обзиром да се по дефиницији владин допринос у настанку оутпута огледа у исплатама државних чиновника.

6 Када је реч о пореским облицима који подстичу привредни раст сматра се да су то недисторзивни порези попут пореза на потрошњу, који позитивно утичу на ГДП, за разлику од дисторзивних пореза у које спадају порез на доходак правних и физичких лица. *Kneller R., Blanie M.F., Gemell N.*, Fiscal Policy and Growth:Evidence from OECD Countries, *Journal of Public Economics*74, 1999., pp.171-190. Упореди са: *Gemell N., Kneller, Sanz I.*, Fiscal Policy Impact on Growth in the OECD:Are They Long or Short-Term“, *Mimeo*, Univeristy of Nothingam, 2006.

7 *Agell J., Ohlsson H., Thouursie P.*, Growth Effect of Government Expenditure and Taxation in Rich Countries:A Comment, *European Economic Review* 50(1), 2006., pp. 211-218.

противуречне закључке, због чега је потребно трагати за моделом који би понудио концизнија објашњења. Наиме, треба узети у обзир чињеницу да сваки од модела одговара одређеном историјском периоду у развоју правно-економске научне мисли, па као такав не може имати апсолутну важност и деловати *pro futuro*, већ се мора изнова прилагођавати динамичним правно-економским односима.

2. Однос фискалне политике и привредног раста

Синтезом поменутих теоријских модела и укључивањем неких нових компоненти, можемо покушати да утврдимо утицај фискалне (пореске политике) на процес акумулације капитала. Што се тиче утицаја различитих пореских облика на привредни раст, студије нису дала једнообразна схватања. Поједини економсти, као што су *Кестер (Koester)* и *Корменди (Cormendi)* сматрали су да просечна пореска стопа (зависна од просечне фиксне пореске стопе) има негативан и самосталан утицај на стопу привредног раста. *Скинер (Skinner)* је такође сматрао да опорезивање дохотка, капитала и увоза доприноси успоравању привредног раста, док је *Доврик (Dowrik)* утврдио да постоје „чврсти“ докази да порез на доходак грађана успорава привредни раст, али не и корпоративни порез.⁸ Свакако, ниједан од поментих модела за анализу није имао утицај пореског система на инвестиционе одлуке, као веома значајног фактора генерисања ДБП.

Присталице тзв. „*уравнотеженог привредног раста*“ инсистирале су на чињеници да решења у пореској политици одређују ниво инвестиција у једној земљи. Ипак, поставља се питање постојања валидних доказа који би потврдили међусобни утицај пореских стопа и обима инвестиција. Свакако, административна структура пореског система и ширина пореске основице одређују износ укупно убраних пореских прихода. Пракса је показала да земље које су се ослањале на високе пореске стопе насупрот уже дефинисаним пореским основицама (карактеристично за неразвијене земље) нису пореским приходима значајније утицале на ДБП, за разлику од земаља са релативно високим пореским оптерећењем, али униформном основицом (због анулирања дисторзивних ефеката на понашање пореских обвезника, који немају начин да „*територијалним сељењем*“ у мање опорезовану јединицу умање своју пореску обавезу). Такође, у анализи се

8 *Dowrik Steve*, Estimating the Impact of Government Consumption on Growth:Growth Accounting and Optimizing Models“, *Mimeo, Australian National University, October, 1994*. Uporedi sa: *Skinner Jonathan*, Taxation and Output Growth:Policy, Planing and Research, *Working Papers 73, The World Bank, 1990*. i *Koester Reinhard, Roger Kormendi*, Taxation, Agregate Activity and Economic Growth:Cross country Evidence on Some Supply-Side Hypothesis, *Economic Iquiry, 1990*.

мора направити дистинкција између нивоа укупног пореског оптерећења и ефективне пореске стопе корпоративног пореза, као најзначајнијег фактора детерминисања инвестиционих одлука.⁹ Досадашње студије су показале да ниво укупног пореског оптерећења у једној земљи иако висок (нпр. у *Шведској*) не утиче негативно на смањење обима инвестиција, јер је стопа домаћег корпоративног пореза релативно ниска.¹⁰

По нашем мишљењу, утицај корпоративног пореза (са свим својим обавезним конститутивним елементима, а нарочито факултативним) на БДП у условима глобализације и либерализације финансијских токова све више добија на значају и захтева сериозну анализу постојећих правно-економских регулатива и ревизију неких постулата наслеђених из класичних теорија привредног раста. Превасходно због великог значаја пореских подстицаја (ослобођења и олакшица) који се не могу посматрати одвојено од осталих елемената пореза, сматрамо да се у анализи корпоративног опорезивања на БДП у развијеним и мање развијеним земљама света морају узети у обзир и законске одредбе о пореским инвестиционим кредитима, убрзаној амортизацији, пореским празницима, стимулацијама истраживања и развоја и друге мотивисане привлачењем како домаћег, тако и иностраног капитала. У условима слободног кретања капитала ове одредбе постају оруђе пореске конкуренције како лојалне тако и нелојалне, коју креатори економске политике правдају управо потребом убрзаног привредног развоја, без обзира на све негативне реперкусије такве политике (мислимо пре свега на проблем загађења животне средине и нарушавања природних ресурса зарад техничко-технолошког прогреса као својеврсног катализатора ДБП).

3. Улога пореза на добит корпорација у процесу акумулације капитала

Када говоримо о утицају корпоративних пореза на БДП морамо поћи од појединачне анализе свих његових елемената: пореског дужника, пореског предмета, пореске основице (уз толерисање депресијацијских

9 Класични модели привредног раста говоре о нивоу укупног пореског оптерећења (total tax burden) на ГДП, што неће бити предмет анализе овог рада, јер се у условима међународне акумулације капитала, по нашем мишљењу, пажња треба обратити превасходно на законска решења у области опорезивања корпорација, о чему нема довољно правно релевантних доказа или су пак они међусобно противуречни и разуђени.

10 Summers Lawrence, Vergara Rodrigo, Jonaton Gruber, Taxation and the Structure of Labor Markets: The Case of Corporatism, *Mimeo*, 1992. Упореди са: Eric M. Engen, Fiscal Policy and Economic Growth, *NBER Working Paper No. 4223*, 1992., pp.10-30.

допуштења) и пореске стопе (како законске тако и ефективне), али и пореских подстицаја (ослобођења и олакшица). Корпоративни порези условљавају стопу акумулације капитала, па сами тим и висину БДП *per capita*. Како је доношење инвестиционе одлуке детерминисано трошком реализације инвестиције, са једне стране и стопом инвестиционе ефикасности (што је утврђено временом повраћаја инвестиција), са друге стране, логично се намеће одговор да је утицај корпоративног пореза на ДБП негативан уколико се њиме период инвестиционог повраћаја продужава.¹¹ Ефекат привлачења инвестиција зависи и од величине и од степена отворености домаће привреде. На овом месту бисмо додали и фактор степена развијености привреде једне земље, јер ти ефекти нису идентични у развијеним и слабо развијеним земљама, нити су њихове правно-економске последице истог интензитета по ДБП. Стога, не можемо недвосмислено прихватити тезу о „негативном утицају“ корпоративног пореза на ДБП, на начин на који су то истицали класичари.

Студија ОЕЦД-а која је обухватила 14 земаља чланица кроз 21 грану индустрије показала је следеће корелације: *прво*- повећање трошкова инвестиција смањује њихов број, али је то својствено земљама са високо профитабилним индустријским гранама (*по нашем мишљењу*, та теза се не може применити у мање развијеним земљама); *друго*- трошкови инвестирања капитала имају различите реперкусије, зависно од величине компаније. Сматра се да су „млађе“ фирме мање профитабилне од „старијих“, већ брендираних фирми (сматрамо да је у питању релативна претпоставка!) или да имају више користи од пореских подстицаја или редуцираних пореских стопа (што је, по нашем мишљењу, прихватљивије објашњење); *треће*-депресијацијски губитак капитала такође је условљен пореском стопом.¹²

У складу са циљем да адекватном реформом порез на добит корпорација постане значајан инструмент економске политике за привредни развој, најпре морамо узети у обзир његове недостатке: да искривљује доношење финансијских одлука и да је неправичан према инвеститорима, јер више фаворизује оне који се ослањају на позајмљивање капитала, него оне са сопственим средствима, па обесхрабрује оснивање нових компанија што захтева озбиљне пореске реформе. Креатори економске политике настоје да фундаменталним пореским реформама избегну проблеме у

11 Asa Johansson, Christopher Heady, Jens Arnold, Bert Brys, Laura Vartia, Taxation and Economic Growth, *OECD Economic Department Working papers no. 620, 2008.*, p. 31. Упореди са: Alesina A., S. Ardagna, G. Niccolleti, F. Schiantarelli, Regulation and Investments, *Journal of European Economics Association*, no. 3, 2005., pp.791-825.

12 Fundamental Reform of Corporate Income Tax, *OECD Tax Policy Studies No. 16, 2007 b.*

виду дисторзије укупног нивоа инвестирања, подривања већ предузетих инвестиционих пројеката, локације пореске основице и негативног утицаја на статусно правне промене (спајања, поделе и јоинт-вентурес уговоре).¹³ Поред анализе правне оправданости традиционалних пореских подстицаја, предмет анализе би требало да буду и порески подстицаји за истраживање и развој, који у домаћем пореском праву представљају релативно нову пореску олакшицу.

3.1. Корпоративни порески подстицаји и хумани капитал (знање)

Трансфер, технике, технологије и знања представља битну компоненту привредног развоја сваке земље, те стога мора постојати и адекватна студија о ефикасности поментог подстицаја у домаћем пореском праву. Свакако да умањење пореза по основу улагања у области иновације тј. истраживања и развоја делује стимулативније него тзв. директна подршка државе (у виду закључених уговора са потенцијалним проналазачима-носиоцима патентног права), јер је она нефискалне природе, а уговор се закључује само са неколицином одабраних истраживача уз стално присутан проблем асиметричних информација и аликвотни губитак дела друштвеног благостања.¹⁴ Како је научно достигнуће (било велико или мало) предмет општег друштвеног добра, место пореских подстицаја за истраживање и развој у систему пореза на добит корпорација добија на посебном значају. Уз стварање услова за њихову пуну имплементацију (ширењем поља примене и стварањем адекватног интитуционалног окружења за примену у мање развијеним земљама) у различитим областима индустрије, њихов пун потенцијал се тек може очекивати.

По нашем мишљењу, тзв. „негативна“ веза између структуре корпоративног пореза и ДБП захтева нову анализу. Теза по којој порески подстицаји овог пореза производе дисторзивне ефекте се не може прихватити, јер је њихов ратио легис управо та иста дисторзија у виду привлачења иностраног капитала на територију одређене земље. У одсуству подстицаја до тога не би ни дошло, па чак и уколико конкретног улагања капитала у одређеном тренутку нема, не можемо рећи да је подстицај неефикасан (разлог неулагања је чешће асиметрија информација између потенцијалних инвеститора и домаћих компанија). Алтернативни начин посматрања учинковитости корпоративних пореских подстицаја би могао бити и

13 Tax Effect on Foreign Direct Investments: Recent Evidence and Policy Analysis, *OECD Tax Policy Studies 17, 2007c*

14 Више о томе: *Pamela Palazzi, Taxation and Innovation, OECD Taxation Working Papers No. 9, 2011.*

следећи: “опорезивање капитала искривљује понашања инвеститора, а порески подстицаји умањују економске дисторзије (јер представљају бољу алтернативу него негативене(нулте) пореске стопе”.¹⁵ Схватање да су порески подстицаји опасни и друштвено штетни, у смислу да њихови трошкови премашују користи, не одговара слици која данас постоји у привредној сфери друштвеног живота. Ако тврдимо да нису ефикасни то би значило да бар немају „лажну вредност у пореском праву“, па сами тим не могу ни бити штетни. Ако инвеститор није привучен, ни његово понашање не може бити „искривљено“ и порески приходи онда нису изгубљени.

Наведена примедба би се могла прихватити једино уколико би порески обвезник на неки начин могао да искористи предности олакшице, а да при томе не инвестира или уколико би инвеститор уложио капитал и без пореског подстицаја, а опет стекао какву корист од њега.¹⁶ Свакако, да би овај аргумент могао да се односи на све видове државне интервенције у привреди, па обухвата и пореске и непореске регулативе. Ради се о правно-техничком питању израде и имплементације законских решења и проблема правних празнина, односно изигравања смисла (циља) правних норми (и њиховог коришћења за постизање личног интереса, насупрот општем који је законодавац имао на уму приликом реглементирања правила). На овом месту се морамо још једном вратити теорији привредног раста. У финансијској литератури је до пре петнаестак година постојао прећутни консензус о томе како је значај пореских подстицаја за привлачење иностраног капитала миноран (јер се сматрало да су одлучујући фактори обим и величина домаћег тржишта, знање, трговинска политика као и макроекономска и политичка стабилност).

Глобализација финансијских токова и привредни раст

Ипак, глобализација захтева преиспитивање свих поменутих фактора заједно, јер су многе од ранијих детерминанти престале да постоје (стварањем зона слободне трговина и царинских унија, инструменти спољнотрговинске политике изгубили су на значају). Тезу о значају пореских подстицаја за привлачење иностраног капитала подржава

15 *Yoram Margalioth*, Tax Competition, Foreign Direct Investments and Growth: Using the Tax System to Promote Developing Countries, *Chicago Law School Work-in-progress Workshop and IDC Law Faculty Seminar*, 2010., pp.23-24.

16 *Boris Bittker*, Equity, Efficiency and Income Tax Theory: „Do Misallocations Drive Out Inequities?“, *San Diego Law Review* No. 735, 1979. Упореди са: *Richard Bird*, Tax Incentives for Investments in Developing Countries, *Fiscal Reform and Structural Change in Developing Countries*, vol 1, 2000., p.201. и *David Holland, Richard Vann*, Income Tax Incentives for Investments, *Tax Law Design & Drafting*, vol. 2, 1998., p.986.

велики број теоретичара у свету, док се у домаћој литератури о поменутом односу може наћи недовољан број научних радова.¹⁷ Када говоримо о примедби класичара да порески подстицаји не могу бити компензација за инвестирање у неатрактивна подручја, логично би било да о њему дискутујемо једино уколико сматрамо да су подстицаји ненефикасни (претходно смо изложили противаргументе). Наравно, у земљи без ефикасног правосуђа, транспарентних пореских закона, слабе инфраструктуре оптерећене корупцијом и политичком нестабилношћу, порески подстицају немају значајну улогу. Свакако, да земље „у развоју“ не би носиле тај епитет да имају изграђену инфраструктуру, високо обучену радну снагу, нулту инфлацију, прогресивно опорезивање у функцији вертикалне правичности који доприноси томе да порески обвезник буде опорезован у складу са својом економском снагом (у смислу да они са економски јачом моћи поднесу већи део пореског терета на својим плећима). Морамо бити реалистични у оцени њиховог економског система и потребе за привредним развојем. Укупан прилив страних инвестиција за 2001. годину процењен је на 735 билиона долара, од чега је према званичној статистици 110 милиона отишло у сиромашне земље, али је такође неспорно да највише инвестиција одлази управо у земље које у систему корпоративног опорезивања нуде широку лепезу пореских олакшица.¹⁸ Због свега напред поменутог морамо поставити питање значаја корпоративних пореза у функцији привлачења иностраног капитала у земље у развоју (али и за развијене земље). Да ли се и даље може олако тврдити да је његов утицај на ДБП ирелевантан?

У доказивању тезе, морамо се још једанпут осврнути на еволуцију научних мисли о факторима привредног раста. Класични модели привредног раста утемељени од великих економиста као што су *Солоу (Solow)*, *Калдор (Caldor)*, *Мајрлис (Mirlees)* и *Ероу (Arrow)*, прилагођавају се условима глобализације економских токова и поново добијају на актуелности (превасходно због великих јавних дугова и потребе за програмом штедње).¹⁹

17 Kevin Hasset, Glen Hubbard, Tax Policy and Investment, in Fiscal Policy: Lessons from Economic Research 339, *The Mit Press*, 1997. & Austan Goolsee, Investment Tax Incentives and the Price of Capital Goods, *Quarterly Journal of Economics* 121, 1998. & Kevin Hasset, Glen Hubbard, „Are Investment Incentives Blunted by Changes in Prices of Capital Goods?“, *International Finance I*, 1998.

18 FDI Statistics, Division on Investment, Technology and Enterprise Development, *UNCTAD*, 2002.

19 Прва пост-кејнзијанска теорија привредног раста јесте тзв. „Харод-Домаров модел привредног раста“ (Harrod-Domar Model), који инсистира на инвестирању у машине, јер више машина значи и вишу стопу ГДП-а. Каснији модел, нобеловца Роберта Солоа је указао на недостатке претходног модела (који није успео да објасни одрживи

Традиционали модели који негирају утицај корпоративног опорезивања се не могу прихватити, јер су инсистирали на штедњи као начину акумулације капитала која је као таква била недостижна за већину недовољно развијених земаља. Поставка по којој се ове земље могу „слободно“ задуживати код развијених земаља, јер је њихов буџетски дефицит привремене природе (само док не постигну стање самодрживог привредног раста тзв. „селф-сустинед гровтх“) није се добро показала у пракси. У последњих 60 година више од трилион долара је трансферисано из развијених земаља у слабо развијене, а највећи део тога представља аликутни губитак друштвеног благостања.²⁰ Највећи критичар класичних теорија био је Роберт Лукас (*Robert Lucas*), који је сматрао да је поставка по којој се продуктивност по раднику објашњава разликама у нивоу уложеног капитала по раднику, не може прихватити, јер би то значило да је маргинална продуктивност капитала већа у мање продуктивним (сиромашнијим привредама).²¹

Закључак

Нове (савремене) теорије привредног раста сматрају да у систему постоји посебан технолошки сектор који све остале секторе снабдева новим технологијама, а корисници том сектору плаћају право да исте користе. Како овај сектор располаже информацијама које немају свој опортунитетни трошак у стању је да оствари монополски профит (што више одговара слици у објективној друштвеној стварности од помало, удаљених неокласичних модела). Један од најефикаснијих начина ширења технологије у свету јесу управо стране директне инвестиције мултинационалних компанија.

привредни раст, због чињенице да када капитал по раднику опада, опада и маргинална продуктивност истог. Солоу је у свој модел (у коме није било могућности остваривања монополског профита) укључио нову компоненту „технолошки прогрес“, у коме је технологија (мисли се на знање) доступна свима „бесплатно“. Морамо напоменути да је реч о моделу који се одвија у условима савршене конкуренције, па је и технологија неконкурентна и неискључива (нешто попут модерног појма јавних добара!). Такође је занимљиво да овај модел Солоу никада није применио ван територије САД-а. Други теоретичари то јесу покушали и одмах уочили да трансфер технологије није баш тако „слободан“. Упореди са: *Roy Harrod*, „An Essay in Dinamic Theory“, *Economic Journal* 49, 1939. са *Evsey Domar*, *Capital Expansion, Rate of Growth and Empolyment*“, *Econometrica* 137, 1946. и *Robert Solow*, „A Contribution to the Theory of Economic Growth“, *Quarterly Journal of Economics* 65, 1956. & „Technical Change and Aggregate Production Function“, *Review of Economics and Statistics*, 1957.

20 *Ian Goldin*, *Halsey Rogers*, *Nicholas Stern*, *The Role and Effectivness of Development Assistance: Lessons from World Bank Experience*“, *A Researche Paper from Development Economics Vice Presidency of the World Bank*, Washington, D. C., 2002.

21 *Robert Lucas*, *On the Mechanism of Economic Development*, *Journal of Monetry Economics*, 19, 1998., p. 342.

Ове инвестиције производе позитивне екстерналије (за разлику од неокласичног модела који инсистира на штедњи, сада се инсистира на образовању). Управо ти позитивни спољашњи ефекти у виду улагања у хумани капитал доприносе вишој стопи привредног раста.²² Једини порески облик који, по нашем мишљењу, може да допринесе оптималном привлачењу иностраног капитала, што подразумева и улагање у знање, производне технологије и иновацију, јесте порез на добит корпорација. Свакако да он није лишен одређених слабости у својој структури (нарочито у земљама у развоју) али то само намеће потребу његовог реформисања ради конституисања оптималне пореске структуре (сврсисходне и за ефикасно „оваплоћење“ домаћег капитала). Проблеми које његова примена носи у унутрашњем праву (комплексност, нетранспарентност, мноштво разуђених подстицаја који се дуплирају са подстицајим других пореских инструмената) и међународном праву (проблем нелојалне пореске конкуренције и законита нелегитимна пореска евазија) јесу комплексни, али не и нерешиви. Адекватним пореским реформама и усвајањем одређених конвенција (споразума) ти проблеми се могу свести на друштвено прихватљиви ниво, а све у циљу искоришћавања пуног потенцијала овог пореског облика (по нашем мишљењу, неоправдано запостављеног), који у садејству са осталим пореским облицима доприноси жељеном привредном расту. Правна несигурност која је проузрокована непрезицим нормирањем пореских издатака и одсуства координиране комуникације између извршне и законодавне власти, поставља се питање сврсисходности издататака. Стога при увођењу пореских подстицаја (у систему опорезивања добити корпорација), морамо направити прецизну анализу трошкова и користи (цост-бенефит моделом), јер сви подстицаји морају имати тачно одређену сврху, темељени на реалним потребама и у складу са прокламованим државним економским и социјалним циљевима. Иако све више аутора стаје на становиште да се порески подстицаји требају заменити субвенцијама, морамо узети у обзир чињеницу да је неефикасност пореских подстицаја делимично проузрокована и динамичношћу пореских прописа и честим новелирањем.

Резиме

Предмет анализе у овом раду јесте улога пореза у постизању жељеног нивоа привредног раста. У том смислу анализираћемо моделе привредног раста који се баве утицајем фискалне политике на домаћи бруто производ, уз посебно

22 Eric Enghen, Jonathan Skinner, Taxation and Economic Growth, *National Tax Journal*, vol. 49 no.4, 1996., pp.617-642. Упореди са: Karl Aiginger, Martin Falk, Explaining the Differences in Economic Growth Among OECD Countries, *WIFO and University of Linz*, 2004., pp. 3-42.

наглашавање функције пореза на добит корпорација на процес акумулације капитала. Посебну пажњу посветићемо анализи корпоративних пореских подстицаја у концепту економске политике, ради чињенја конкретних предлога за побољшање њихове ефикасности. Једини порески облик који, по нашем мишљењу, може да допринесе оптималном привлачењу иностраног капитала, што подразумева и улагање у знање, производне технологије и иновацију, јесте порез на добит корпорација. Проблеми које његова примена носи у унутрашњем праву и међународном праву јесу комплексни, али не и нерешиви.

Кључне речи: *фискална политика, привредни раст, порески систем, порез на добит корпорација, порески подстицаји.*

Marko Dimitrijević,
Teaching Assistant, Faculty of Law, University of Niš

TAX POLICY AND ECONOMIC DEVELOPMENT

Summary

Subject of this paper is the role of taxes in achieving the desired level of economic growth. In this sense, we analyze models of economic growth, which addressing the impact of fiscal policy on gross domestic product, with special emphasis on the function of the corporation tax on the process of capital accumulation. Special attention to the analysis of corporate tax incentives in the concept of economic policy, to commit specific proposals for improving their efficiency. The only form of taxation which, in our opinion, can contribute to optimal attracting foreign capital, which includes investments in knowledge, manufacturing technology and innovation, is the corporation tax. Problems that its use carries in domestic law and international law are complex, but not impossible to solve.

Key words: *fiscal policy, economic growth, tax system, corporation tax, tax incentives.*

**УЛОГА ИНТЕРПРЕТАТИВНИХ ПРАВИЛА БЕЧКЕ
КОНВЕНЦИЈЕ О УГОВОРНОМ ПРАВУ ИЗ 1969.
ГОДИНЕ У РЕШАВАЊУ СПОРОВА ПРЕД СВЕТСКОМ
ТРГОВИНСКОМ ОРГАНИЗАЦИЈОМ¹**

Апстракт: Аутор у раду анализира примену одредби Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године од стране панела и Апелационог тела у поступку решавања спорова пред Светском трговинском организацијом (СТО). Наиме, члан 3(2) Договора о правилима и процедурама решавања спорова (DSU споразум) упућује на уобичајна интерпретативна правила међународног јавног права приликом разјашњавања обухваћених споразума из права СТО. Од самог почетка свог рада, Апелационо тело је идентификовало одредбе Бечке конвенције које уређују интерпретацију међународних уговора као уобичајена правила интерпретације на које упућује члан 3(2) DSU. У том смислу аутор, уз критичке осврте, приказује праксу њихове примене, као и повезана запажања доктрине.

Кључне речи: Светска трговинска организација, решавање спорова, интерпретација.

Увод

Можда најспецифичнији *novum* који је правни систем Светске трговинске организације (СТО), од свог успостављања 1995. године, донео са собом, представља механизам решавања спорова успостављен на принципу примене права и независности од односа снага између страна у спору (*rule oriented approach*).² Спецификум таквог модела огледа се, између осталог,

1 Рад је резултат истраживања у оквиру Пројекта «Заштита људских и мањинских права у европском правном простору», бр. 179046 који спроводи Правни факултет у Нишу, а финансира Министарство просвете и науке Републике Србије.

2 Уопште о механизму решавања спорова пред СТО видети више у: Александар Ђирић, «Поступак решавања спорова пред Светском трговинском организацијом», *Правни*

и у томе што извештаје о споровима сачињавају независни стручњаци (панелисти и чланови Апелационог тела), а не представници држава.³ Овакав приступ механизам решавања спорова чини резистентним на политичке утицаје, али са собом носи и превелики професионални терет за лица која поступају у својству „судије“.

Једно од централних питања на којима почива механизам решавања спорова у оквиру СТО огледа се у интерпретацији обухваћених споразума ове Организације. Поступајући као независни стручњаци, панелисти и чланови Апелационог тела су ослоњени на право СТО које треба да тумаче и примењују. То представља изразито захтеван задатак, имајући у виду степен комплексности правног система СТО. Поред тога, правилна интерпретација правних норми садржаних у обухваћеним споразумима СТО представља кључну претпоставку за ефикасно и на праву засновано решавање међународних трговинских спорова насталих поводом примене права СТО.

Посебно важно питање огледа се у идентификовању релевантних правила тумачења садржаних у међународном јавном праву и у начину њихове примене као интерпретативних алата. Од самог почетка свог рада, панели и Апелационо тело су се ослањали на интерпретативна правила Бечке конвенције о уговорном праву из 1969. године, дефинишући их као међународна обичајна правила. У том смислу се у раду анализирају одговарајуће одредбе Бечке конвенције, виђене из перспективе панела и Апелационог тела у контексту решавања конкретних спорних ситуација између чланица СТО.

1. Значај уобичајених правила интерпретације међународног јавног права у контексту разјашњавања обухваћених споразума

Основ за надлежност панела и Апелационог тела у погледу интерпретације обухваћених споразума (*covered agreements*)⁴ лежи у члану 3(2) Договора о

живот, тематски број: Право и простор, Бр. 11, том 3/2010, стр. 313-328.

3 Александар Ћирић, „Светска трговинска организација као форум решавања међународних трговинских спорова“, у: Невена Петрушић (уредник), *Приступ правосуђу – инструменти за имплементацију европских стандарда у правни систем Републике Србије*: тематски зборник радова. Књ. 4, Ниш, 2008, стр. 167.

4 Детаљније о обухваћеним споразумима као изворима права СТО у ужем смислу: Предраг Цветковић, „Извори права Светске трговинске организације и њихов значај за државе у транзицији“, у: Милорад Божић, Срђан Голубовић (уредници), *Балкан у процесу евроинтеграције: 20 година транзиције (Едиција Балканске студије; књ. 4)*, Ниш, 2009, стр. 143-146.

правилима и процедурама решавања спорова (*Dispute Settlement Understanding*, или скраћено *DSU* споразум) који гласи: “Систем решавања спорова у СТО је централни елемент који обезбеђује сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система. Чланице признају да он служи очувању права и обавеза које чланицама припадају према обухваћеним споразумима, као и разјашњењу постојећих одредби у тим споразумима у складу са уобичајеним правилима интерпретације међународног јавног права. Препоруке и одлуке Органа за решавање спорова не могу додати или умањити права и обавезе које су предвиђене обухваћеним споразумима.”

Споразум о оснивању СТО са припадајућим анексима је, по својој природи и сврси, *par excellence* међународни споразум и припада корпусу међународног јавног права. Стога упућивање члана 3(2) *DSU* споразума на уобичајена правила интерпретације међународног јавног права приликом разјашњавања⁵ права и обавеза из обухваћених споразума јасно указује да се Споразум о оснивању СТО и остали обухваћени споразуми не могу интерпретирати и примењивати у “клиничкој изолацији” од међународног јавног права. Овај став је изричито исказан у извештају Апелационог тела у спору *US — Gasoline*⁶.

Од самог почетка рада, експерти у Апелационом телу нису имали дилему у погледу идентификације релевантних интерпретативних правила приликом тумачења СТО споразума. Пракса панела и Апелационог тела, као и доктрина, сагласни су да се правила садржана у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године (е. *Vienna Convention on the Law of Treaties*) могу, *per se*, применити и на СТО споразуме⁷ у својству “уобичајених правила интерпретације”.

Бечка конвенција о уговорном праву (скр. Бечка конвенција) садржи одредбе које исцрпно уређују питање интерпретације међународних уговора. Тако члан 31(1) Бечке конвенције садржи опште правило интерпретације међународних споразума и гласи: „Споразум ће се интерпретирати

5 О терминолошкој и суштинској разлици између “разјашњавања” и “интерпретације” обухваћених споразума СТО у контексту надлежности панела и Апелационог тела са једне, и Министарске конференције и Генералног савета, са друге стране видети више у: Предраг Цветковић, *Увод у право Светске трговинске организације*, Ниш, 2010, стр. 38.

6 Appellate Body Report, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, adopted 20 May 1996, DSR 1996:1, 3. Стр. 17 Извештаја.

7 James Cameron, Kevin R. Gray, “Principles of International Law in the WTO Dispute Settlement Body”, *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 50, 2001, pp.248-298, p. 252; Anja Lindroos, Michael Mehling, “Dispelling the Chimera of ‘Self-Contained Regimes’ International Law and the WTO”, *The European Journal of International Law* Vol. 16 no.5, 2006, pp. 857-877, p. 867.

у доброј вери у складу са уобичајеним значењем одредби споразума у њиховом контексту и у светлу њиховог предмета и сврхе“.

Из анализе текста члана 31(1) Бечке конвенције могу се издвојити три руководна принципа приликом интерпретације:

а) основу интерпретативног процеса формирају речи (термини) споразума. Интерпретација се, изнад свега, мора заснивати на тексту уговора⁸;

б) одредбама уговора се има дати уобичајено значење у њиховом контексту⁹ и

в) у одређивању значења одредби, узеће се у обзир предмет и сврха уговора.¹⁰

Апелационо тело и панели су у више наврата потврдили приврженост одредбама Бечке конвенције као релевантним правилима интерпретације. Већ на самом почетку свог рада, Апелационо тело је у спору *US — Gasoline* навело да је опште правило интерпретације садржано у члану 31. Бечке конвенције стекло статус обичајног правила међународног јавног права, и да као такво, представља део уобичајених правила интерпретације на која упућује члан 3(2) *DSU* споразума.¹¹

8 Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad), Judgment, (1994) I.C.J. Reports, p. 6 at 20; Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, Jurisdiction and Admissibility, Judgment, (1995) I.C.J. Reports, p. 6 at 18.

9 Видети: Competence of the General Assembly for the Admission of a State to the United Nations (Second Admissions Case) (1950), I.C.J. Reports, стр. 4, где је Међународни суд правде изјавио: “Суд сматра за неопходно да укаже да прва дужност трибунала који је позван да интерпретира и примени одредбе уговора, представља настојање да тим одредбама обезбеди ефекат у складу са њиховим природним и уобичајеним значењем и контекстом у коме се појављују”.

10 Циљ и сврха споразума треба да служе појашњењу смисла одредби у споразуму, а не да се тумаче као независна основа за интерпретацију. Видети: David Harris, *Cases and Materials on International Law*, 4th ed., 1991, p. 770; Eduardo Jiménez de Aréchaga, *International Law in the Past Third of a Century* (1978-I) 159 Recueil des Cours, 1978, p. 1 at 44; Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention and the Law of Treaties* 2nd ed, 1984, p. 130; Oppenheims' International Law, 9th ed., Jennings and Watts, eds., 1992, Vol. I, p.1273.

11 Стр. 17 Извештаја. С тим у вези видети и: Dominique Carreau, „Droit International“, 3è ed., 1991, p. 140; *Golder v. United Kingdom*, ECHR, Series A, (1995) no. 18 (European Court of Human Rights); *Restrictions to the Death Penalty Cases*, (1986) 70 International Law Reports 449 (Inter-American Court of Human Rights).

Исти став Апелационог тела изнет је у спору *Japan — Alcoholic Beverages II*, и у односу на члан 32. Бечке конвенције, који упућује на допунска средства интерпретације (е. *supplementary means*).¹²

За даље успешно функционисање механизма решавања спорова било је веома важно то што се питање релевантних интерпретативних правила консолидовало на самом почетку његовог функционисања, кроз два претходно наведена извештаја. То је омогућило панелима и Апелационом телу „драгоцени интерпретативни водич“ за потоња разјашњавања разноврсних одредби споразума из правног система СТО.¹³

Дакле, одредбе Бечке конвенције се могу сматрати релевантним када је у питању утврђивање уобичајених правила интерпретације СТО споразума, мада се са теоретског аспекта та премиса може оспорити, с обзиром да нису све чланице СТО потписнице Бечке конвенције. Међутим, тиме би се занемарила примена обичајног међународног права, имајући у виду широки консензус којим је такав статус додељен бројним одредбама Бечке конвенције, укључујући и њене чланове 31 и 32.

2. Утврђивање „уобичајеног значења“ термина и релевантност „спољашњих извора“ као интерпретативних алата

Било је неминовно да ће се од панела и Апелационог тела очекивати активан приступ примени члана 31(1) Бечке конвенције, с обзиром да је језик којим ова одредба оперише сувише апстрактан и да као таква захтева активну улогу интерпретатора. Посебну предусретљивост демонстрирали су панели и Апелационо тело приликом испитивања „уобичајеног значења“ термина у одредбама уговора. Утврђивање „уобичајеног значења“ одређеног термина је утолико комплексно јер га по правилу не детерминише сагласност учесника или страна, већ се занима на објективном резону интерпретатора и развија у складу са друштвеном праксом у заједници.

Прво комплексније ангажовање Апелационог тела у погледу утврђивања уобичајеног значења термина у смислу члана 31(1) Бечке конвенције појавило се у спору *US – Shrimp*.¹⁴ Овај спор је био више него погодан за тако нешто, јер је својим предметом неминовно обухватио питања која нису

12 Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, adopted 1 November 1996, DSR 1996:I, 97, Стр. 9. Извештаја.

13 Claus-Dieter Ehlermann, “Experiences from the WTO Appellate Body”, *Texas International Law Journal*, Vol. 38, Iss. 3, 2003, pp. 469-488, p. 481.

14 Appellate Body Report, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998:VII, 2755.

била регулисана обухваћеним споразумима, конкретно, питања заштите животне средине. Апелационо тело је користило одређене спољашње изворе приликом решавања већег броја интерпретативних задатака, без претходног утврђивања да ли ти извори представљају обавезујуће документе за све чланице СТО, па чак и само за стране у спору.

Конкретно, радило се о тумачењу термина „исцрпљиви природни ресурси“ из члана 20(г) *GATT*-а. Апелационо тело је пошло од тога да сам текст члана 20 *GATT*-а није у довољној мери одређен, и да је стога неопходно ангажовање додатних интерпретативних алата. Основ за њихову примену Апелационо тело је нашло у члану 31(3)(в) (релевантна правила међународног права која примењују стране у својим односима) и члану 32. Бечке конвенције (допунска средства тумачења). Следећи овакав став, Апелационо тело је као интерпретативно средство употребило једну од публикација Светске комисије за животну средину и развој (*World Commission on Environment and Development*) која је послужила као извор за утврђивање уобичајеног значења термина „исцрпљиви природни ресурси“.¹⁵

Упечатљив случај „ангажовања“ спољашњих извора као интерпретативних алата одиграо се у спору *EC – Approval and Marketing of Biotech Products (EC – Biotech Products)*¹⁶ у којем се Панел такође нашао пред задатком да испита „уобичајено значење“ термина у складу са чланом 31(1) Бечке конвенције.

У тражењу одговарајућег решења Панел је тада исказао став да се члан 31(1) може тумачити на начин да је дозвољена примена и оних извора који не обавезују стране, под условом да ти извори могу обезбедити резултат у трагању за „уобичајеним значењем“ термина у споразуму.¹⁷ Према мишљењу поступајућег Панела, правила садржана у тим документима у односу на конкретан спор имају „информативни“, а не обавезујући карактер, односно служе само да помогну Панелу у разјашњавању одређених појмова. На тај начин је Панел, поред дотадашње уобичајене употребе речника у пракси трагања за значењем током решавања спорова, проширио свој „лингвистички водич“ и на спољашње међународноправне инструменте.

Овакав став је Панелу послужио као подлога да се приликом интерпретације одређених одредби Анекса А Споразума о санитарним и фитосанитарним мерама (*SPS Agreement*) ослони на материјале који су му достављени од неколико релевантних међународних организација (*Codex Alimentari-*

15 Видети пара. 128 и фусноту 106 Извештаја.

16 Panel Report, *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, Add.1 to Add.9, and Corr.1, adopted 21 November 2006, DSR 2006:III-VIII.

17 Пара. 7.92. Извештаја.

ис Комисије, Организације УН за храну и пољопривреду, Секретаријата Конвенције Међународне конвенције за заштиту биљака, Светске здравствене организације, и др.). Наведени материјали су обухватили прилично хетерогене изворе, почевши од релевантних међународних конвенција, до стандарда и водича донетих под окриљем тих организација. Током решавања спора, Панел се активно консултовао са поменутиим организацијама, а документи који су му током консултација достављени чинили су обиље материјала на које се позвао приликом образлагања свог опредељења у погледу уобичајеног значења одређених термина *SPS* Споразума.

Иако је активна улога панела и Апелационог тела у погледу утврђивања уобичајених значења термина видљиво демонстрирана, нису изостале критике од стране дела академске заједнице. Тако *Young* сматра да се према интерпретативним правилима који предвиђају члан 31(3) и 31(4) Бечке конвенције јединим релевантним „спољашњим“ изворима могу сматрати они који су се развили у накнадној пракси у односима између страна уговорница и који у том аспекту одражавају њихову заједничку намеру (укључујући и специјална значења одређених термина око којих су се стране усагласиле)¹⁸. Овим изворима се могу придодати и допунска средства тумачења из члана 32. Бечке конвенције. Са друге стране, остали „спољашњи“ извори попут информативних међународних докумената, па можда чак и речници, не могу се сматрати релевантним приликом утврђивања уобичајеног значења термина у споразуму.¹⁹

Још једну упечатљиву критику интерпретативне активности Апелационог тела износи *Gupta*, коментаришући извештај у спору *Japan-Alcoholic Beverages II*, где је Апелационо тело утврђивало термине „сличан домаћи производ“ и „директно конкурентан и заменљив производ“ и њихову међусобну разлику. *Gupta* сматра да се Апелационо тело није у довољном степену ангажовало приликом интерпретације, и у том смислу није на адекватан начин одговорило изазову. Интерпретацију која је у овом спору примењена *Gupta* назива „сиромашном“ (е. „*poor interpretation*“) што за резултат има непредвидивост будуће примене СТО споразума.²⁰

18 Margaret A. Young, "The WTO's use of relevant rules of international law: an analysis of the Biotech case" **International and Comparative Law Quarterly**, Vol. 56, Issue 4, 2007, pp. 907-930, p. 921.

19 Ibid.

20 Ramon R. Gupta, "Appellate Body Interpretation of the WTO Agreement: A Critique in Light of Japan-Taxes on Alcoholic Beverages", *Pacific Rim Law & Policy Journal*, Vol. 6 No. 3, 1997, pp. 683-716, p. 685. Апелационо тело је извештају нагласило да се термин „сличан домаћи производ“ треба тумачити у ужем смислу у односу на сваки појединачни

Са изнетим критикама се, ипак, не би требало до краја сложити јер заговарају превише рестриктиван приступ који би резултирао ограничавањем аутономије панела и Апелационог тела у већој мери него што је то неопходно. Нема разлога да се утврђивање уобичајеног значења термина не препусти резону панелиста и чланова Апелационог тела, који су признати стручњаци, и чија се улога аналогно може упоређивати са улогом судије у националним правним системима. Када би се судији, или било коме другом ко се налази пред задатком интерпретације права и термина, онемогућило ослањање на сопствени резон, онда би и његова улога постала сувишна, односно, свела би се са просуђивачке на извршилачку функцију. Овакав став поткрепљује и чињеница да су чланице, закључујући Споразум о оснивању СТО и његове анексе, изразиле јасан став да желе да се препусте схватањима панела и Апелационог тела приликом решавања спорова. Да су имале намеру да их у том смислу ограниче, потписнице би свакако инсистирале на детаљнијем формулисању интерпретативних правила, уместо што су чланом 3(2) *DSU* Споразума на општи начин упутиле на уобичајена правила интерпретације.

Иако се сматра „приоритетним правилом интерпретације“, многи академици критикују решење из чл. 31. Бечке конвенције, сматрајући га сувише „текстуално оријентисаним“, што се и наводи као један од разлога за наколоњеност Апелационог тела тексту норми обухваћених споразума приликом њихове интерпретације. Отуда и не чуди што су и панели и Апелационо тело често консултовали речнике како би дошли до уобичајеног значења одређених термина, и наводе из речника користили приликом образлагања својих мишљења. Мада члан 31 предвиђа да се текст споразума треба тумачити у контексту његовог предмета и сврхе, а уз то упућује и на накнадну праксу у примени споразума²¹, чини се да се тим деловима текста члана 31. не поклања довољна пажња у пракси решавања спорова.²²

случај (*case by-case basis*). Као важне критеријуме у утврђивању значења овог термина, Апелационо тело је одредило крајњу употребу производа на датом тржишту, укусе и навике потрошача и карактеристике, природу и квалитет производа. Са друге стране, изнето је мишљење да се тарифне ознаке производа код везаних царинских стопа не могу сматрати поузданим критеријумом у утврђивању сличности производа, иако могу бити од помоћи, јер неке тарифне ознаке обухватају преширок круг производа. Следствено томе, Апелационо тело је водку сматрало сличним производом у односу на јапански сошиу, зато што та два пића имају највише сличних карактеристика, и што је за оба производа јапанска царинска тарифа предвиђала исте царинске стопе.

21 Чл. 31. ст. 3 тач. б. Конвенције.

22 John H. Jackson, "International Law Status of WTO Dispute Settlement Reports: Obligation to Comply or Option to "Buy Out"?", *The American Journal of International Law*, Vol. 98:109,

Ово се донекле може и оправдати, имајући у виду обавезу панела и Апелационог тела да обезбеде сигурност и предвидивост мултилатералног трговинског система успостављеног у оквиру СТО. Неумерена флексибилност приликом тумачења уобичајених значења термина би свакако имала потенцијала да наруши сигурност и предвидивост унутар СТО. Из тог разлога треба и разумети рестриктивнији приступ експерата у панелима и Апелационом телу.

3. Правила међународног права која стране примењују у својим односима

Члан 31(3)(в) Бечке конвенције упућује на релевантна правила међународног права која уговорне стране примењују у својим односима, као на чињеницу која се, заједно са контекстом, има узети у обзир од стране интерпретатора приликом тумачења уговора. Овакво решење оставља могућност да се приликом тумачења одредбе неког од обухваћених споразума консултује одређени извор међународног права (конвенција, обичајно међународно право, општи принцип међународног права, и сл.) који се не налази на „списку“ обухваћених споразума (спољашњи извор). Међутим, централно питање у овом контексту је обухват примене, односно шта би требало да се подразумева под термином „стране“ када се говори о консултовању оваквих правила.

У спору *EC – Biotech Products* Панел је разматрао услове за примену члана 31(3)(в) Бечке конвенције и у том смислу је и ценио питање обима примене релевантних правила међународног права која стране примењују у међусобним односима. Панел је закључио да је неопходно установити примену одређеног правила међународног права у односима између свих чланица СТО, а не само између страна у спору.²³ На основу таквог закључка, поступајући Панел је одбио да Протокол о биолошкој безбедности и Конвенцију о биолошком диверзитету сматра релевантним изворима за интерпретацију, с обзиром да исти нису били ратификовани од свих чланица СТО. Образлажући своје мишљење, Панел је, између осталог, указао да је овакав закључак логичан, имајући у виду да члан 31(3)(в) Бечке конвенције ни у једном елементу не имплицира да се термин „стране“ односи на неке од страна уговорница мултилатералног споразума, нити на стране у спору, већ је једино исправно тумачити да се тај термин односи на све стране одређеног уговора.

2004, pp. 109-125, p.111.

23 Пара. 7.68. Извештаја.

Сличан став је изразило и Апелационо тело у претходном спору *EC-Hormones*²⁴, на пољу примене правних принципа као релевантних правила међународног права. Наиме, Апелационо тело је просуђивало статус принципа предострожности као општег принципа међународног права, и у том случају је закључило да наведени принцип још увек није достигао тај ниво, имајући у виду непостојање консензуса међу чланицама СТО и још увек актуелну академску расправу у вези са његовим домаћајем и статусом.²⁵ С тим у вези, принцип предострожности се не би могао сматрати релевантним правилом међународног права у смислу члана 31(3)(в) Бечке конвенције.

Приказана пракса одсликава несумњиво рестриктиван приступ члану 31(3)(в) Бечке конвенције. Наведени закључак Панела у спору *EC – Biotech Products* оставио је доста отворених питања у академској и стручној јавности. Једна од замерки оваквом приступу односи се на то да се њиме онемогућава примена члана 31(3)(в) у било којој ситуацији, односно да га рестриктивно тумачење чини неефективним. Због тога се предлаже другачији, шири приступ у тумачењу ове одредбе Бечке конвенције²⁶. Основа ширег приступа се занива на томе да би термин „стране“ требало да се односи само на стране у спору, а не на све чланице СТО, што би резултирало већом ефикасношћу овог инструмента. Тако *Young* као аргумент наводи да би у случају рестриктивног тумачења које је применио Панел у спору *EC – Biotech Products* примена члана 31(3)(в) Бечке конвенције могла да се очекује само у случају да су све чланице СТО паралелно и уговорне стране неке друге конвенције, што је нереално, посебно ако се има у виду да се међу чланицама СТО могу наћи и ентитети који нису државе, већ територије које воде независну царинску и трговинску политику, па стога као такве не могу бити стране међународног уговора. Настављајући аргументацију, *Young* извлачи аналогију са *inter se* модификацијама уговора које предвиђа члан 41. Бечке конвенције.²⁷ У вези са тим, *Bartels* наводи да позивање на *inter se* модификације не би требало да буде искључено на основу рестриктивног читања члана 31(3)(в).²⁸ На крају, наводи се да описани приступ Панела штети системској интеграцији

24 Appellate Body Report, *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, DSR 1998:I, 135.

25 Стр. 44. Извештаја.

26 M. A. Young, *op.cit.*, p. 915.

27 *Ibidem*, стр. 916.

28 Lorand Bartels, “Article XX of GATT and the Problem of Extraterritorial Jurisdiction - The Case of Trade Measures for the Protection of Human Rights”, *Journal of World Trade*, Vol. 36, No. 2, 2002, pp. 353-403, p. 360-361.

међународног права и да резултира изолацији мултилатералних споразума у виду „острва“, што може бити у супротности са намером твораца уговора.²⁹

4. Допунска средства интерпретације

Потребно је и указати на значај члана 32. Бечке конвенције, за који је, као што је већ поменуто, Апелационо тело констатовало да, поред члана 31, представља такође обичајно правило интерпертације које се има сматрати релевентним у светлу члана 3(2) *DSU* споразума. Текст члана 32. Бечке конвенције гласи: „Може се прибећи допунским средствима интерпретације, укључујући припремна документа и околности закључивања уговора, у циљу потврђивања значења на које упућује примена члана 31, или одређивања значења у случају када интерпретација на основу члана 31:

(а) упућује на двосмислено или нејасно значење; или

(б) доводи до апсурдног или неразумног резултата.“

Мада се за решењима која предвиђа члан 32. Бечке конвенције може прибећи рестриктивно (само у случају потврђивања значења на који упућује члан 31. или његове неподобности за примену), не треба губити из вида улогу коју припремни документи (*e. preparatory work*) могу имати приликом разјашњавања уговорних одредби. Тако *Jackson* указује на објективну тешкоћу у установљавању “предмета и сврхе” уговора на које упућује члан 31. Бечке конвенције. Као могуће путоказе ка том циљу, *Jackson* предлаже идентификовање намере преговарача, анализу текста преамбуле и остале релевантне изјаве.³⁰

Јасно је да се намера преговарача може до великог степена тачности установити на основу анализе припремних докумената и изјава. Врло репрезентативан пример такве активности може се сагледати у Извештају Апелационог тела у спору *Japan — Alcoholic Beverages II*. Наиме, разјашњавајући домет и циљ члана 3. Општег споразума о царинама и трговини (*GATT*) којим се регулише питање националног третмана, Апелационо тело се позвало на документ Припремног комитета Конференције Уједињених нација о трговини и запошљавању (која је претходила потписивању *GATT-a*, 1947. године) у којем су садржане изјаве делегата приликом преговора о клаузули националног третмана. Наведени документ је од стране Апелационог тела означен као део преговарачке

29 М. А. Young, *op.cit.* стр. 916.

30 J. H. Jackson, *op.cit.* p. 113.

историје поводом члана 3. *GATT-a* и послужио је као образложење прихватања ширег дејства начела националног третмана.³¹

Ипак, без обзира на погодност употребе припремних докумената као средстава за распознавање намере преговарача и разјашњавање одговарајућих одредби споразума, њихово коришћење захтева опрезност и рационалну уздржаност. Претерано ослањање на ова средства интерпретације, иако се може чинити комфорним, има великог потенцијала да наруши принцип сигурности и предвидивости. У том смислу *Jackson* наводи да, након завршетка преговора и закључења одређеног уговора, државама уговорницама треба бити омогућено да се примарно, ако не и ексклузивно, ослањају на текст уговора, а не на десетине хиљада страна припремних докумената насталих током преговарачке историје.³²

5. Утицај осталих принципа међународног јавног права на интерпретацију права СТО

Поред уобичајених правила интерпретације садржаних у члановима 31. и 32. Бечке конвенције, пракса решавања спорова у СТО сведочи и позивање на остале одредбе ове Конвенције, које не уређују непосредно интерпретацију, већ одражавају остале принципе међународног јавног права који могу бити од значаја приликом тумачења одредби СТО. Питање је, међутим, до ког степена се може прибегавати наведеним принципима током решавања спора. У спору *Korea — Procurement*³³ Панел је разматрао право на тужбу услед мера и акција које нису у директној супротности са неком нормом обухваћених споразума (*e. non-violation claims*)³⁴ у контексту примене принципа међународног обичајног права.

Панел је заузео став да се право на *non-violation* тужбу не сме посматрати изоловано од општих принципа међународног обичајног права. Интерпретирајући наведено право, Панел га је повезао са поштовањем

31 Видети стр. 15. Извештаја и фусноту 39.

32 *Jackson* детаљно наводи разлоге због чега се припремним документима не сме придодати већи значај од секундарне улоге приликом интерпретације. Видети: J. H. Jackson, *op. cit.* стр. 113-114.

33 Panel Report, *Korea – Measures Affecting Government Procurement*, WT/DS163/R, adopted 19 June 2000, DSR 2000:VIII, 3541.

34 Основна поставка *non-violation* тужбе се огледа у заштити интереса очекивања чланице СТО, у смислу онемогућавања некој чланици да предузима акције које нису у директној супротности са одређеном одредбом обухваћених споразума (нису *contra legem*), али које суштински могу умањити очекивања која произилазе из контекста СТО споразума.

принципа *pacta sunt servanda* и принципа добре вере из међународног обичајног права, оба садржана у члану 26. Бечке конвенције.³⁵ Ови принципи се могу препознати и у контексту члана 23(1)(б) *GATT*-а и члана 26. *DSU* споразума, као и из извештаја поводом спорова који су настајали поводом тумачења ових одредби.³⁶

Према поступајућем Панелу, однос између СТО споразума и међународног обичајног права је шири него што се може закључити на основу читања члана 3(2) *DSU* споразума, односно нема основа за *a contrario* закључак да правила међународног права која не уређују интерпретацију нису релеванта.³⁷ Као један од разлога за такав резон наводи се и то да се међународно обичајно право на општи начин примењује на економске односе јавно-правног карактера између чланица СТО. Међутим, Панел је јасно одредио да се таква правила не могу применити у случају њихове несагласности (е. *inconsistency*) са неком нормом обухваћених споразума, односно, могу се применити само до степена до ког постоји међусобна усаглашеност.³⁸

Наклоност панела и Апелационог тела да приликом интерпретације обухваћених споразума примењују опште принципе међународног права се може рефлектовати и путем анализе већег броја извештаја Апелационог тела у којима је изнет став да је принцип забране ретроактивности, који је кодификован у члану 28. Бечке конвенције, општи принцип међународног права и да је стога релевантан за интерпретацију обухваћених споразума. Тако је Апелационо тело у спору *Brazil – Desiccated Coconut* било мишљења да се садржина члана 28. Бечке конвенције може сматрати „прихваћеним принципом међународног обичајног права“.³⁹ Такав став је, на пример, послужио као основ да овај принцип буде касније примењен од стране

35 “Сваки уговор на снази је обавезујућ за стране и мора се извршавати у доброј вери” (члан 26. Бечке конвенције).

36 Пара. 7.93. Извештаја.

37 *Ratio* за овако утврђен речник члана 3.2. *DSU* споразума односи се на специфичан проблем који се јавио током *GATT* ере, а који се, између осталог, огледао у ослањању на преговарачку историју приликом интерпретације, на начин који се могао сматрати несагласним са међународним обичајним правилима интерпретације уговора. Видети фусноту 753 Извештаја.

38 Пара. 7.96. Извештаја.

39 Appellate Body Report, *Brazil – Measures Affecting Desiccated Coconut* (“*Brazil – Desiccated Coconut*”), WT/DS22/AB/R, adopted 20 March 1997, DSR 1997:I, 167, p. 15; Видети још: Appellate Body Report, *Canada – Patent Term*, paras. 71-72; Appellate Body Report, *EC – Hormones*, para. 128; Appellate Body Report, *European Communities – Trade Description of Sardines* (“*EC – Sardines*”), WT/DS231/AB/R, adopted 23 October 2002, DSR 2002:VIII, 3359, para. 200.

Панела у спору *EC and certain member States — Large Civil Aircraft*⁴⁰ приликом тумачења Споразума о субвенцијама и компензаторним мерама (*SCM Agreement*). Панел је у том спору, између осталог, решавао и о питању да ли се поједине одредбе *SCM* споразума могу применити ретроактивно, односно да ли се могу односити на подстицајне мере предузете пре ступања на снагу Споразума о оснивању СТО, и на дејство тих мера.⁴¹

РЕЗИМЕ

Споразум о оснивању СТО са припадајућим анексима је, по својој природи и сврси, *par excellence* међународни споразум и припада корпусу међународног јавног права. Због тога су панели и Апелационо тело дужни да се приликом тумачења СТО споразума користе уобичајеним правилима интерпретације међународног јавног права садржаним у Бечкој конвенцији о уговорном праву из 1969. године, конкретније у њеним члановима 31 и 32. На ову Конвенцију не упућује директно DSU споразум, али су од самог почетка од стране Апелационог тела њене интерпретативне одредбе потпуно оправдано протумачене као уобичајена правила интерпретације међународног јавног права.

Током примене правила Бечке конвенције, панели и Апелационо тело су се сусретали са бројним изазовима, јер су генерална интерпретативна правила садржана у Бечкој конвенцији морали да примењују приликом разјашњавања специфичних норми СТО. Такав је био случај са утврђивањем уобичајеног значења термина, допунским средствима интерпретације и др. Посебну предусретљивост демонстрирали су панели и Апелационо тело приликом испитивања „уобичајеног значења“ термина у одредбама уговора, уважавајући баланс између очувања сигурности и предвидивости унитар система СТО и флексибилности приликом ослањања на сопствени резон.

40 Panel Report, WT/DS316/R, 30 June 2010.

41 Видети Извештај од параграфа 7.44.

*Uroš Zdravković, LL.B.
Junior Teaching Associate,
Faculty of Law, University of Niš*

***The Role of the Rules of Interpretation of the Vienna
Convention on the Law of the Treaties (1969) in Resolving
Disputes before the World Trade Organization***

Summary

The Agreement on establishing the World Trade Organization (WTO), alongside with its accompanying annexes, is a par excellence international agreement which, given its nature and scope, falls into the International Public Law corpus. For this reason, when interpreting the WTO founding treaty, the WTO panels and Appellate Body are obliged to use the common rules of interpretation of International Public Law contained in the Vienna Convention on the Law of the Treaties (1969), and explicitly stipulated in Articles 31 and 32 of this Convention. The Dispute Settlement Understanding (DSU) Agreement does not directly referred to the Vienna Convention but the WTO Appellate Body has always justifiably regarded the treaty interpretation rules contained therein as the customary rules of interpretation in International Public Law.

In the course of applying the Vienna Convention rules, the WTO panels and the Appellate Body have encountered numerous challenges, particularly given the fact that they had to apply general interpretation rules contained in the Vienna Convention in clarifying the specific WTO norms (for example, in establishing the common meaning of the term “supplementary means of interpretation”, and others). The WTO panel and Appellate Body have demonstrated particular flexibility in examining the “common meaning” of terms used in the treaty provisions, by fully observing the balance between preserving the legal certainty and predictability within the WTO system (on the one hand) and flexibility when relying on their own reasoning (on the other hand).

Key words: *World Trade Organization, dispute resolution, interpretation*

Вишња Милекић,
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу
Вељко Турањанин,
Правни факултет Универзитета у Крагујевцу

UDK: 343.126;343.575

ОДРЕЂИВАЊЕ ПРИТВОРА ЗА КРИВИЧНА ДЕЛА ЗЛОУПОТРЕБЕ ОПОЈНИХ ДРОГА КРОЗ ПРАКСУ СУДОВА У СРБИЈИ И БОСНИ И ХЕРЦЕГОВИНИ

Апстракт: *Злоупотреба опојних дрога представља изразито тешку социјалну појаву, која поприма све шире размере, те ескалира нарочито међу младим лицима, која су често несвесна штетних ефеката које конзумирање ове материје носи са собом, доводећи до (само)деструктивности како конкретног наркомана тако и друштва у целини. Реакција на наркокриминалитет се разликује од државе до државе, како на превентивном тако и на репресивном плану, а у кривичним законодавствима све државе имају прописана кривична дела злоупотребе опојних дрога. Ипак, до правноснажне пресуде за њих пут је дуг и трновит, а лишење слободе осумњичених за њихово извршење повлачи одређен број питања. С тога аутори у раду расправљају питање притвора за ова кривична дела пратећи праксу судова у Србији и Босни и Херцеговини, па тако за сваки притворски основ који постоји у наведена два законодавства аутори приказују образложења решења о одређивању, продужењу или укидању притвора.*

Кључне речи: *злоупотреба опојних дрога, решење, притвор, основ.*

1. Уводна разматрања

Иако су опојне дроге познате човечанству још од млађег палеолитског доба,¹ а свест о њеним разарајућим ефектима по организам човека нешто касније, злоупотреба ових супстанци незадрживо се шири како међу друштвеном популацијом на коју сви обраћамо пажњу, тако и међу припадницима мањинских група, који су услед маргинализованог

¹ Јеротић, В., *Личност наркомана*, Београд, 2008, 9.

друштвеног положаја неретко изван токова плански организованих превентивних активности.² Заобилазећи ставове које су судови заузели у пресудама за кривична дела злоупотребе опојних дрога, у овом раду смо се базирали на притвор за та кривична дела, који сасвим сигурно представља, поред мере за обезбеђење присуства окривљеног кривичном поступку, и одређену меру превентивног карактера, којом се окривљено лице спречава да до доношења правноснажне пресуде понови или изврши ново кривично дело из ове области, а које превасходно погађа младе.

Као што смо навели, притвор представља једну од мера за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку, која се састоји у превентивном ограничењу слободе кретања окривљеног при чему му се намећу прописани услови живљења за одређено време. С обзиром на то да је у питању најтежа мера за обезбеђење присуства окривљеног, јер се њом најдубље задире у Уставом загарантована права и слободе човека, подигнута је на ранг Устава.³ Примењује се онда када се присуство окривљеног у поступку не може осигурати другим, блажим мерама обезбеђења.⁴ Како се ради о најтежој мери, притвор се може одредити само ако су испуњени законски услови, а обавеза је свих органа који учествују у поступку да поступају са нарочитом хитношћу, у циљу што краћег задржавања окривљеног.⁵

Основи за одређивање притвора су одређени на сличан начин у законодавствима Србије и Босне и Херцеговине. У члану 142. Законика о кривичном поступку Републике Србије⁶ таксативно су набројани основи за његово одређивање, па се исти може одредити против лица за које постоји основана сумња да је учинило кривично дело ако: 1. се крије или се не може утврдити његова истовестност, или ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства; 2. постоје околности које указују да ће уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе или трагове кривичног дела или ако особите околности указују да ће ометати поступак утицањем на сведоке, вештаке, саучеснике или прикриваче; 3. особите околности указују да ће поновити кривично дело, или довршити покушано кривично дело, или да ће учинити кривично дело којим прети; 4. у својству оптуженог који је једном уредно позван, очигледно избегава

2 Ковачевић, М., Турањанин, В., *Кривичноправна реакција на злоупотребу опојних дрога*, Социјална мисао, 2/2013, 51.

3 Бејатовић, С., *Кривично процесно право*, Београд, 2008, 216.

4 Ђурђић, В., *Кривично процесно право - ток кривичног поступка*, Ниш, 1998, 28.

5 Бејатовић, С., *Нав. дело*, 216.

6 *Законик о кривичном поступку*, Службени лист СРЈ број 70/2001 и 68/2002 и Службени гласник Републике Србије број 58/2004, 85/2005, 115/2005, 49/2007, 20/2009, 72/2009 и 76/2010 (у даљем тексту: ЗКП).

да дође на главни претрес; 5. је за кривично дело које му се ставља на терет прописана казна затвора преко десет година, односно преко пет година за кривично дело са елементом насиља и ако је то оправдано због посебно тешких околности кривичног дела; 6. је пресудом првостепеног суда лицу изречена казна затвора од пет година или тежа казна и ако је то оправдано због посебно тешких околности кривичног дела. Према Закону о кривичном поступку Босне и Херцеговине⁷ притвор се може одредити када постоји основана сумња да је одређена особа учинила кривично дело: 1. ако се крије или постоје друге околности које указују на опасност од бекства; 2. ако постоји основана бојазан да ће уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе или трагове важне за кривични поступак или ако нарочите околности указују да ће ометати кривични поступак утицањем на сведоке, саучеснике или прикриваче; 3. ако нарочите околности оправдавају бојазан да ће поновити кривично дело или да ће довршити покушано кривично дело или да ће учинити кривично дело којим прети, а за та кривична дела може се изрећи казна затвора пет година или тежа казна; 4. ако се ради о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора десет година или тежа казна, а услед начина извршења или последица кривичног дела одређивање притвора неопходно је за сигурност грађана или имовине, с тим да се у случају када се ради о кривичном делу тероризма сматра да постоји претпоставка, која се може побијати, да је угрожена сигурност грађана и имовине.⁸ Будући да за све притворске основе нисмо успели да пронађемо решења која до сада нису објављена, то смо се у раду базирали само на основе за које имамо решења. Такође, нисмо раздвајали законодавства Србије и Босне и Херцеговине у посебна поглавља, већ су за сваки притворски основ објашњавана заједно.

2. Опасност од бекства као разлог за одређивање притвора

Пракса судова у Србији и Босни и Херцеговини је показала да се у великом броју случајева када су у питању кривична дела повезана са опојним дрогама учиниоцу одређује притвор по неком од основа одређених Закоником.

Страх од избегавања кривичног поступка, то јест, бојазан од бекства представља притворски основ који је дубоко зацементиран у темеље основа за одређивање притвора како у Србији тако и у Босни и Херцеговини. Први основ за његово одређивање је, као што је наведено, ситуација када се

⁷ Закон о кривичном поступку Босне и Херцеговине, Службени гласник Босне и Херцеговине број 3/03, 32/03, 36/03, 26/04, 63/04, 13/05 и 48/05 (у даљем тексту: ЗКП БиХ).

⁸ Симовић, М., *Кривично процесно право*, Бихаћ, 2005, 397-399.

окривљени крије или се не може утврдити његова истоветност, односно, ако постоје друге околности које указују на опасност од бекства. Иако не постоје прецизни критеријуми када ће се радити о овом притворском основу, Европски суд сматра да постоји више мерила за одређивање када се ради о истом, као што је карактер оптуженог, његов морал, место становања, радни статус, финансијске прилике, породичне везе, контакте у иностранству, те непостојање везе са земљом у којој се кривично гони.⁹ Тако је Окружни суд у Крагујевцу одредио притвор према окривљеном коме је стављено на терет извршење кривичног дела неовлашћено држање опојних дрога, јер је утврђено да се исти крије. Наиме, увидом у Извештај МУП-а ПУ Крагујевац, Суд је утврдио да провером на терену, на пријављеној адреси, окривљени није пронађен, те да је у питању фиктивна адреса на којој окривљени не живи од 1999. године, већ се одселио на другу адресу где је такође тражен и није пронађен. Затим је утврђено да се окривљени одселио и са друге адресе, али до ближих података се није дошло, јер нико из комшилука није знао да пружи такву информацију, а власник куће и чланови његове породице се налазе у Француској. Утврђено је да се ради о лицу које је склоно употреби опојних дрога, скитничењу и честој промени места боравка, па из тих разлога припадници МУП-а нису могли да поступи по Наредби за довођење, те је истом лицу одређен притвор по овом основу.¹⁰

Затим, у другом случају веће Вишег суда у Крагујевцу је продужило притвор према окривљеном коме је стављено на терет извршење кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, јер је утврдило да у конкретном случају постоји реална опасност од бекства окривљеног. Наиме, увидом у списе предмета, веће је утврдило да је окривљени уредно позван на главни претрес заказан за 12.04.2012. године, да се на позив Суда није одазвао, да је затим издата Наредба за довођење, која није реализована из разлога што окривљени није пронађен на адреси из списка предмета, те да окривљени није био доступан правосудним органима Републике Србије све до 31.12.2012. године, када је лишен слободе по претходно расписаној потерници. Суд је даље утврдио да је окривљени напустио територију Републике Србије, односно да се до октобра месеца налазио у Републици Црној Гори, иако је приликом саслушања у истрази од стране истражног судије упозорен да је дужан да се одазива позиву суда и да га обавести о свакој промени адресе или боравишта, те намери да исто учини. На основу свега наведеног веће је утврдило да окривљени није био

9 Приручник: *Закон и пракса у примјени мјера ограничења слободе: Оправданост мјере притвора у Босни и Херцеговини*, Сарајево, 2008, 20.

10 Решење Окружног суда у Крагујевцу Кв. 131/09 од 29. априла 2009. године, необјављено.

доступан правосудним органима Републике Србије, те да постоји опасност од бекства окривљеног и да је стога неопходно његово даље задржавање у притвору, посебно имајући у виду да је то нужно ради вођења кривичног поступка и да се иста сврха не може остварити другом мером.¹¹

У трећем случају постоји ситуација да је оптужени за кривично дело неовлашћене производње и стављања у промет опојних дрога држављанин Републике Хрватске (који има бројне осуде на казне затвора због истоврсног и других разних тешких кривичних дела почињених на територији Хрватске),¹² који у Босни и Херцеговини само привремено борави, нема стално пребивалиште, ни боравиште, а не постоје ни друге околности који би га везивале за територију ове државе, дакле, нема имовину, запослење, породицу и слично што би га везало да борави у њој, па су све то околности које указују на постојање реалне опасности да ће оптужени, уколико буде пуштен на слободу побећи и крити се од органа гоњења и на тај начин бити недоступан и ометати даље вођење кривичног поступка. Суд је у конкретном случају заузео становиште да се ова опасност може отклонити само његовим даљим задржавањем у притвору, а не и неком од мера забране, првенствено због тога што оптужени нема место пребивалишта или сталног боравишта на територији Босне и Херцеговине,¹³ што иначе нарочито долази до изражаја уколико је оптужени становник неке друге, знатно удаљеније државе, попут Турске.¹⁴ Исти разлози стоје и за продужење притвора, јер је то ситуација која се не мења.¹⁵

3. Бојазан од ометања кривичног поступка

Када је у питању други законски основ за одређивање притвора, а то је постојање околности које указују да ће окривљени уништити, сакрити, изменити или фалсификовати доказе или трагове кривичног дела, или постојање особитих околности које указују да ће ометати поступак утицањем на сведоке, вештаке, саучеснике или прикриваче, треба

11 Решење Вишег суда у Крагујевцу Кв. 85/13 од 27. фебруара 2013. године, *необјављено*

12 Иначе, бојазан од бекства осумњиченог у земље бивше Југославије се често наводи као разлог за одређивање притвора по било ком притворском основу. Видети у: *Закон и пракса у примјени мјера ограничења слободе: Оправданост мјере притвора у Босни и Херцеговини*, 19.

13 Решење Окружног суда у Бањој Луци број 11 0 К 005435 11 Кв5 од 19.01.2011. године, *необјављено*

14 Погледати Решење Окружног суда у Бањој Луци, број 11 0 К 005435 10 Кв3 од 17.12.2010. године, *необјављено*

15 Решење Окружног суда у Бањој Луци, број 11 0 К 005435 11 К од 08.04.2011. године, *необјављено*

напоменути да ова опасност мора бити конкретна. Наиме, суд своју оцену о постојању наведених разлога за одређивање притвора мора засновати на конкретним околностима, а не на претпоставкама.¹⁶ Тако је у једном случају веће Вишег суда у Крагујевцу, одлучујући поводом неслагања истражног судије са предлогом јавног тужиоца за одређивање притвора према окривљеном, коме је на терет стављено извршење кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, нашло да не постоји конкретна опасност да би окривљени, уколико би се нашао на слободи, могао ометати даљи ток поступка утицањем на сведоке. Суд је имао у виду околности на које је сведоке требало саслушати, будући да се радило о сведоцима који су присуствовали претресању просторија окривљеног, као и чињеницу да је окривљени пред истражним судијом признао извршење кривичног дела које му је стављено на терет.¹⁷

У другом случају је веће Вишег суда у Крагујевцу, одлучујући о жалбама бранилаца изјављеним против решења истражног судије о одређивању притвора, одбило жалбе као неосноване и потврдило решење. Окривљенима је на терет стављено извршење кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, а по мишљењу истражног судије, а затим и већа, било је нужно одредити притвор према окривљенима ради несметаног вођења кривичног поступка, односно да би се обавиле неопходне истражне радње – испитивање сведока наведених у побијаном решењу, с обзиром на то да је утврђено да постоји конкретна опасност да ће окривљени ометати поступак.¹⁸ Међутим, у пракси судови чак и у случају да прихвате предлог тужилаштва за одређивањем притвора то неће увек учинити за временски период који захтева тужилаштво. Тако, у случају да треба саслушати одређен број сведока, а чији ће се идентитет утврдити на темељу анализе транскрипта телефонских разговора, то се пуштањем на слободу оправдава реална бојазан да би осумњичени могли утицати на сведоке, јер они сведоке познају будући да се ради о корисницима опојних дрога који су фактички дрогу набављали од осумњичених. Осумњичени би између себе могли вршити договоре и конструкције исказа. Међутим, суд није прихватио предлог тужилаштва за продужењем притвора за још два месеца, већ га је продужио за месец дана, позивајући се на ЗКП БиХ и ЕКЉП, које одређују да притвор, као најтежа мера за обезбеђење присуства окривљеног, мора бити сведен на најкраће могуће време. Суд је сматрао да је месец дана сасвим довољан рок да тужилаштво изврши преглед свих телефонских разговора и у том контексту изврши идентификацију

16 Бејатовић, С., *Нав. дело*, стр. 219

17 Решење Вишег суда у Крагујевцу Кв. 169/13 од 12. априла 2013. године, *необјављено*

18 Решење Вишег суда у Крагујевцу Кв. 154/13 од 03. априла 2013. године, *необјављено*

и саслушање сведока. Време од два месеца је предуго и није у складу са проведеним активностима тужилаштва и поодмаклој истрази.¹⁹

Затим, имамо предмет у коме је суд продужио притвор према окривљенима којима је на терет стављено извршење кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога, с обзиром на чињеницу да истрага није завршена и да нису саслушани предложени сведоци јер нису пронађени на адресама које су достављене Суду. У конкретном случају Суд је нашао да постоји могућност утицаја на наведене сведоке и могућност ометања истраге уколико би се окривљени нашли на слободи.²⁰ Међутим, у пракси тужиоци уз паушалне наводе покушавају да продуже притвор окривљеним на максималан временски период, правдајући то различитим разлозима, па се, рецимо, заузима став да се не може правдати обимом послова на притворским предметима чињеница да је током истраге од месец дана саслушан само један сведок, те да је нужно саслушати још пет сведока и да је због тог основан предлог да се оптуженима по том основу продужи притвор за још два месеца, поготово у ситуацији када су већ саслушани пред полицијом и да њихови искази нису од битне важности за даље егзистирање притвора против осумњичених.²¹

4. Потреба за спречавањем вршења кривичних дела

Што се тиче трећег основа за одређивање притвора, а то је постојање особености околности које указују да ће окривљени поновити кривично дело или да ће довршити покушано кривично дело, или да ће учинити кривично дело којим прети, одлука суда такође треба бити заснована на одређеним чињеницама, тј. суд мора утврђивати околности које оправдавају потребну опасност у сваком конкретном случају.²² У једном случају окривљеном је стављено на терет извршење кривичних дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога и омогућавање уживања опојних дрога. Увидом у списе предмета Суд је утврдио да се окривљеном ставља на терет да је два до три пута продао опојну дрогу хероин у количини од 0,5 грама по цени од хиљаду динара за наведену грамажу, ради прибављања имовинске користи, као и да је двадесет до тридесет пута дао наведену

19 Решење Округног суда у Бањој Луци, број 11 0 К 005435 10 Кв3 од 17.12.2010. године, *необјављено*

20 Решење Округног суда у Крагујевцу Кв. 146/09 од 28. априла 2009. године, *необјављено*

21 Решење Округног суда у Бањој Луци, број: 11 0 К 006919 11 Кв 2, од 25.5.2011. године, *необјављено*

22 Бејатовић, С., *Нав. дело*, стр. 220

опојну дрогу на уживање одређеном лицу без новчане накнаде, те да је иста пронађена код окривљеног приликом претресања и то 14,88 грама, коју је неовлашћено ради продаје држао у свом доњем вешу, разграмирану у једну кесицу нето масе 3,10 грама, једну пластичну кесицу нето масе 10,86 грама и једну пластичну кесицу нето масе 0,92 грама. С обзиром на то да се ради о лицу без сталног запослења и сталних извора прихода, да га издржавају родитељи, као и да је дугогодишњи уживалац опојних дрога, Суд је нашао да су све то особите околности које указују да ће окривљени поновити кривична дела уколико се нађе на слободи, па је истом продужио притвор.²³ У другом случају окривљеном је стављено на терет извршење кривичних дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога и неовлашћено држање опојних дрога. Увидом у извод из Казнене евиденције Суд је утврдио да је окривљени већ једном осуђен због истоврсног кривичног дела. Увидом у списе предмета утврђено је да је приликом претресања код окривљеног пронађен један пакетић опојне дроге марихуане у количини од 2,7 грама и један пакетић исте дроге у количини од 1,8 грама, као и деветнаест сличица са опојном дрогом ЛСД, за коју се основано сумња да је била намењена даљој продаји, као и да је приликом претресања угоститељског објекта који окривљени држи била пронађена опојна дрога марихуана у најлонској кесици. По налазу Суда све то представља особите околности које указују да окривљени може поновити дело уколико се нађе на слободи, те је истом продужио притвор.²⁴

Затим, чињеница да је оптужени раније више пута осуђиван за различита кривична дела, међу којима се налазе и кривична дела крађе, тешке крађе, лаке телесне повреде и силовања, а раније казне затвора и друге кривичне санкције које су му за та кривична дела изречене и које је издржао очигледно нису на њега оствариле позитиван утицај, већ је унаточ тим санкцијама устрајавао у криминалном понашању и настављао са вршењем кривичних дела, када се доведе у везу са околностима под којима је извршено предметно кривично дело (нарочито да је ради производње опојне дроге марихуане набавио већу количину семенки, адаптирао подрумске просторије породичне куће своје супруге и опремио их одговарајућом опремом за узгој биљака од којих се добија опојна дрога, одлучан да остварује зараду бавећи се производњом и продајом опојне дроге), као и са његовим личним и породичним приликама (да нема запослење нити било какве друге изворе сталних прихода, а отац је троје деце, од којих је једно као инвалид са посебним потребама) у својој

23 Решење Окружног суда у Крагујевцу Кв. 216/09 од 01. јула 2009. године, *необјављено*

24 Решење Окружног суда у Крагујевцу Кв. 119/09 од 09. априла 2009. године, *необјављено*

међусобној вези попримају нарочит значај и несумњиво оправдавају бојазан да ће оптужени, уколико буде пуштен на слободу, учинити ово или неко друго кривично дело, пре свега да би дошао до материјалне користи, што уз околности да се за ово кривично дело може изрећи казна затвора већа од пет година, представља притворски основ.²⁵ Дакле, из наведеног произилази да као разлог за одређивање притвора по овом основу често узима чињеница да је окривљени раније осуђиван и да нема редовних примања, што упућује на закључак да самим тим не постоје законски услови да му се уместо притвора изрекне нека блажа мера за обезбеђење његовог присуства у кривичном поступку.²⁶

Образложење за овај притворски разлог се такође своди и на наводе да су оптужени раније осуђивани за истоврсна и слична кривична дела, те да су сви они и уживаоци опојних дрога, дакле, због овисности подложни и утицајима као и склоностима за вршење кривичних дела, пре свега оних против имовине, а у циљу прибављања средстава за набавку опојних дрога.²⁷ Односно, како је у другом решењу у истом предмету подробније објашњено, на неопходност одређивања притвора по овом основу упућује како понашање окривљених пре извршења предметног кривичног дела (раније су више пута осуђивани за истоврсна или слична кривична дела), тако и друге неспорне чињенице и околности које се односе на њихова занимања, имовинске и друге личне прилике наведене детаљно у њиховим генералијама у оптужници. Када се ове околности доведу у међусобну везу и у везу са природом и бројношћу конкретних радњи које су ови оптужени предузели и за чије извршење се основано сумњиче оптужницом, а које несумњиво манифестују њихову упорност у извршењу предметног кривичног дела, па и устрајност и одлучност да вршењем кривичних дела прибављају средства која су им потребна (за егзистенцију или задовољавање властитих навика узимања опојних дрога), све то несумњиво оправдава бојазан да ће наставити са истим криминалним активностима уколико у овој фази поступка буду пуштени на слободу. Већина оптужених који су негирали извршење кривичног дела, тврдили су да су за властите потребе набављали дрогу. Дакле и по властитим изјавама су конзументи дроге, а као такви су подложни утицајима других

25 Решење Окружног суда у Бањој Луци, број 11 0 К 004348 10 Кв 4 од 17.12.2010. године, *необјављено*. Слично у: Решење Окружног суда у Бањој Луци број 11 0 К 004348 10 Кв 3 од 13.10.2010. године, *необјављено*

26 Тако и у: Решење Врховног суда Републике Српске број 11 0 К 004348 11 Кж 2 од 28.3.2011. године, *необјављено*

27 Решење Врховног суда Републике Српске број 11 0 К 005435 11 Кж 5 од 16.02.2011. године, *необјављено*

лица и склони да вршењем кривичних дела прибављају опојне дроге или средстава за њену набавку.²⁸

Или, слично, у случају да је оптужени раније осуђиван за истоврсно кривично дело, али блажи облик, да је против њега већ потврђена оптужница Окружног тужилаштва од стране Основног суда у Бањој Луци због кривичног дела неовлашћене производње и промета опојних дрога, као и да окружни тужилац води против оптуженог истрагу због истог кривичног дела, из тих разлога у побијаном решењу је правилно закључено да постоје нарочите околности које оправдавају бојазан да ће оптужени поновити кривично дело ако би био на слободи, што је разлог за продужење притвора.²⁹ За одређивање притвора по овом основу, судећи према заузетим ставовима у судској пракси, сасвим је довољно да је окривљени већ осуђиван за неко од кривичних дела злоупотребе опојних дрога, при чему није од значаја да ли је радња за коју је осуђен квалификована као неко кривично дело у Републици Српској. У конкретном случају, један од окривљених је осуђиван за радње које су у Федерацији Босне и Херцеговине прописане као кривично дело, али не и у Републици Српској, у којој се водио поступак за ново кривично дело. Односно, према ставу суда, постоје нарочите околности које оправдавају бојазан да ће окривљени поновити кривично дело, посебно уколико се узме у обзир чињеница да је одузета велика количина опојне дроге хероин, што све указује на исказану упорност оптужених при извршењу дела, а што је све послужило као основ за закључак о постојању опасности од понављања кривичног дела.³⁰ То јест, неосновани су наводи жалбе оптуженог, како је наведено у образложењу другог решења у истом предмету, да не постоје бојазан да би он могао поновити кривично дело, јер само ранија осуда за радње које у Републици Српској не представљају кривично дело не оправдавају супротан закључак побијаног решења. Ово из разлога што и даље постоје околности које имају карактер нарочитих, а које оправдавају бојазан да ће оптужени поновити кривично дело. Овакав закључак произилази из чињенице да је овај оптужени осуђиван због кривичног дела прописаног у Кривичном закону Федерације Босне и Херцеговине и да је кривично дело у Републици Српској извршено у краћем временском периоду, при чему је одузета велика количина опојне дроге хероин, што све указује на исказану упор-

28 Решење Окружног суда у Бањој Луци број 11 0 К 005435 11 Кв5 од 19.01.2011. године, *необјављено*

29 Решење Врховног суда Републике Српске број 11 0 К 006284 11 Кж од 01.03.2011. године, *необјављено*

30 Решење Врховног суда Републике Српске број 13 0 К 000767 10 Кж 4 од 24.1.2011. године, *необјављено*

ност оптуженог при извршењу дела. Све наведено указује да је продужење притвора против оптуженог неопходно.³¹

Такође, уколико је очигледно да на оптуженог раније изречене осуде нису оствариле позитиван и превентиван утицај јер је он и даље наставио са вршењем кривичних дела злоупотребе опојних дрога без обзира на раније осуде, па када се наведено има у виду и када се све то доведе у везу са личним и имовинским приликама оптуженог, који није запослен и нема редовне приходе по основу рада или било какве имовине, све то упућује на закључак да је оптужени склон вршењу кривичних дела. Због тога је опасност од нове криминалне активности оваквог оптуженог евидентна и може се отклонити само задржавањем оптуженог у притвору у даљем току поступка, а не неком блажом мером.³² Или, конкретније, неопходно је задржавање окривљеног у притвору по овом притворском основу, јер на то упућује како околност да је он и раније више пута осуђиван (за разна кривична дела, међу којим и за кривична дела тешке крађе, крађе, лаке телесне повреде, силовања и др.) и да раније изречене и издржане казне затвора и друге кривичне санкције, очигледно на њега нису позитивно деловале. Он је у целом протеклом периоду заправо устрајавао упорно у предузимању разних криминалних активности.³³ Ипак, имамо случај да је Судукинуо притвор према окривљеном коме је стављено на терет извршење кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога. Приликом одлучивања Суд је ценио све околности које су узете у обзир приликом одређивања притвора, и то његову ранију осуђиваност за исто кривично дело, чињеницу да је дугогодишњи конзумент опојне дроге марихуане, као и то да му се ставља на терет кривично дело где је у питању већа количина опојне дроге марихуане. Међутим, Суд је нашао да наведене околности, имајући у виду налаз и мишљење вештака за област биологије – ДНК анализе, да на три пакета у којима се налазила зелена биљна материја за коју се основано сумња да представља опојну дрогу марихуану, нису пронађени биолошки трагови окривљеног, без постојања других околности не упућују недвосмислено на закључак да би окривљени уколико би се нашао на слободи могао поновити кривично дело.³⁴

31 Решење Врховног суда Републике Српске број 13 0 К 000767 10 Кв5 од 23.11.2010. године, *необјављено*

32 Решење Окружног суда у Бањој Луци број 11 0 К 004348 10 К од 28.02.2011. године, *необјављено*

33 Решење Окружног суда у Бањој Луци број 11 0 К 004348 10 Кв 3 од 13.10.2010. године, *необјављено*

34 Решење Вишег суда у Крагујевцу Кв. 257/13 од 31. маја 2013. године, *необјављено*

5. Тежина и нарочите околности кривичног дела као притворски основ

О овом притворском основу постоје неједнака гледишта како у упоредно-правној теорији тако и у законодавствима, будући да је различито прописан од државе до државе, а поједине земље са скепсом гледају на њега. Европски суд га, такође, дозвољава само у ограниченој мери.³⁵ У Србији, овај законски основ за одређивање притвора представља ситуација када је за кривично дело које се окривљеном ставља на терет прописана казна затвора преко десет година, односно преко пет година за кривично дело са елементом насиља и ако је то оправдано због посебно тешких околности кривичног дела, док је у Босни и Херцеговини овај притворски основ предвиђен у случају да се ради о кривичном делу за које се може изрећи казна затвора десет година или тежа казна, а услед начина извршења или последица кривичног дела одређивање притвора неопходно је за сигурност грађана или имовине, с тим да се у случају када се ради о кривичном делу тероризма сматра да постоји претпоставка, која се може побијати, да је угрожена сигурност грађана и имовине. Тако је у једном случају Суд продужио притвор према окривљеном коме је на терет стављено извршење кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога за које је прописана казна затвора преко десет година, чиме је испуњен објективни услов за продужење притвора на основу. По налазу Суда у конкретном случају је продужење притвора било оправдано и због посебно тешких околности кривичног дела, које се огледају у количини и врсти опојне дроге која је пронађена. Наиме, реч је о хероину у количини од 2508,5 грама. По мишљењу Суда овако велика количина опојне дроге припада великим токсикоманијама, која би да је доспела на тржиште имала тешке последице по живот и здравље великог броја људи, те сасвим сигурно представља посебно тешку околност кривичног дела предвиђену наведеном законском одредбом.³⁶ У другом случају Суд је такође продужио притвор према окривљенима којима је на терет стављено извршење кривичног дела неовлашћена производња и стављање у промет опојних дрога. Суд је пошао од чињеница да је за то дело предвиђена казна затвора преко десет година, затим да је од првоокривљеног одузета већа количина опојне дроге и то 7,341 грама опојне дроге спид, 217 таблета опојне дроге екстази и 41,99 грама опојне дроге марихуана, као и од чињенице да се другоокривљени сумњичи да

35 *Закон и пракса у примјени мјера ограничења слободе: Оправданост мјере притвора у Босни и Херцеговини*, 24.

36 Решење Апелационог суда у Нишу ЗКж.2.бр. 148/12 од 09. фебруара 2012. године, необјављено

је трећеокривљеном у три наврата продао опојну дрогу спид у количини од по сто грама за износ од по сто еура, као и марихуану бруто масе 41,99 грама. Све то по оцени Суда представља велику количину опојне дроге и постојање особито тешких околности извршења кривичног дела, а самим тим и испуњење другог неопходног кумулативног услова за продужење притвора по наведеном основу.³⁷

Затим, у случају када се окривљени неовлашћено бавио куповином и продајом опојне дроге марихуана, ценећи улогу и бројност предузетих радњи окривљеног, као и тешке последице овог кривичног дела које се огледају у угрожавању живота и здравља углавном млађе популације као најчешћих конзументата опојних дрога, те узимајући у обзир чињеницу да је оптужени у означеном временском периоду систематски и прорачунато продавао исту млађим лицима, утичући на тај начин на стварање зависности код њих, то кад се наведеним околностима дода чињеница да је вршење овог кривичног дела мотивисано прије свега стицањем финансијске добити, све указује да се у конкретном случају ради о посебно тешком кривичном делу с обзиром на начин извршења и последице истог.³⁸ Или, имамо образложење решења у коме је лепо објашњено у чему се огледа опсност вршења ових кривичних дела, поред тога што се за ово кривично дело може изрећи казна затвора од 10 година или тежа казна. Наиме, ради се о друштвено веома опасном кривичном делу, а које се у задње време на овим просторима појављује у евидентно већем броју. Његове жртве нису само овисници, којима се на овакав начин дотура дрога, већ и омладина и неискусни млади људи, који могу пасти и падају у овакве пороке. Стога, тежина кривичног дела, те околности под којима је извршено на већој територији, са већим бројем лица, указује на чињеницу да би пуштањем на слободу било ког осумњиченог могло резултирати стварном претњом нарушавања јавног реда. При том, треба напоменути да је у конкретном случају основана сумња базирана на одузетим биљним материјама које асоцирају на опојну дрогу марихуану и хероин, одузетим ПВЦ врећицама са садржајем зелене биљне материје, дигиталној ваги за прецизно мерење, мобилним телефонима од осумњичених, тонским записима и транскриптима забележених разговора о међусобној комуникацији између осумњичених у периоду за које се сумњиче да су починили кривично дело.³⁹ Према томе, не може се прихватити став бранилаца да претња

37 Решење Вишег суда у Крагујевцу Кв. 262/12 од 23. августа 2012. године, *необјављено*

38 Решење Окружног суда у Бањој Луци број 11 0 К 006284 11 К од 21.02.2011. године, *необјављено*

39 Решење Врховног суда Републике Српске број 11 0 К 005435 11 Кж 3 од 18.01.2011. године, *необјављено*

нарушавања јавног реда мора бити и потпуно извесна. Довољно је да стоји таква претња, као потенцијална могућност, а таква претња заиста и сама по себи егзистира да би могло доћи до нарушавања јавног реда у виду протеста грађана који знају тежину и последице оваквог кривичног дела.⁴⁰ Ово кривично дело је веома друштвено опасно дело. Његове жртве нису само овисници о дрогама којима се иста дотура и продаје већ и млађи неискусни људи који долазе и падају у искушење овог порока. Тежина овог кривичног дела, његова друштвена опасност, те подручје на којима су осумњичени деловали, дају карактер њиховим активностима као ванредне околности. Стога би пуштање на слободу осумњичених могло резултирати стварном претњом нарушавања јавног реда. Таква претња као потенцијална могућност сама по себи егзистира да би могло доћи до нарушавања јавног реда у виду протеста грађана који знају тежину и последице овог кривичног дела.⁴¹

Такође, постоје ванредне околности које, имајући у виду тежину дела и могуће последице указују да би пуштање оптужених на слободу могло резултирати стварном претњом нарушавања јавног реда, јер су околности дела такве да указују на високо друштвено опасно понашање оптужених, с обзиром на чињеницу да је, према резултатима истраге, првооптужени набављао велике количине опојне дроге хероин коју је потом држао и чувао код другооптуженог, а потом за даљу продају ангажовао друге саоптужене који су даље вршили дистрибуцију хероина, а истовремено преговарали око набавке смесе за квантитативно увећање количине хероина, што указује на постојање организоване криминалне групе у којој је дефинисана улога сваког од осумњичених у погледу извршења кривичног дела. Ове активности су трајале неколико месеци и то на ширем подручју, а с обзиром на врсту и квалитет опојне дроге (хероин високог степена чистоће) и количину која је пронађена (више од 6 кг) произилази да је извршењем кривичног дела недозвољене производње и промета опојних дрога створена реална опасност од угрожавања живота и здравља већег броја људи, а нарочито млађе популације, као најчешћих конзументата опојних дрога. Све те околности указују да би пуштање оптужених на слободу могло изазвати негодовање и револт грађана и јавности и резултирати стварном претњом нарушавања јавног реда због чега је неопходно задржавање оптужених у притвору, те да протек времена, на који су указивали браниоци, није могао утицати на умањење интензитета претње нарушавања јавног реда, јер се за постојање овог притворског разлога не тражи нарушавања јавног

40 Решење Окружног суда у Бањој Луци, број 11 0 К 005435 10 Кв3 од 17.12.2010. године, *необјављено*

41 Решење Окружног суда у Бањој Луци број 11 0 К 005435 10 Кв4 од 04.01.2011. године, *необјављено*

реда, већ стварна претња нарушавању јавног реда, а све околности под којима је дело учињено указују на висок степен друштвене опасности дела и извршиоца и представљају ванредне околности које би у случају боравка оптужених на слободи за резултат имале стварну претњу нарушавању јавног реда. Кад је у питању основана сумња да се ради о организованој групи, увезаној договореном поделом посла није неопходно индивидуализирати и конкретизовати ванредне околности и стварну претњу нарушавања јавног реда сваког учиниоца понаособ, јер се заједно посматрају као део организоване групе, на што упућује и сама правна квалификација.⁴² Овакве наводе решења у потпуности је прихватио и Врховни суд Републике Српске.⁴³

Ипак, судови у Републици Српској не прихватају безрезервно, када су у питању кривична дела злоупотребе опојних дрога, да ће увек доћи до стварне претње нарушавања јавног реда. Тако, пошто тужилаштво није успело на несумњив начин доказати да у овој фази поступка постоје ванредне околности и да се ради о нарочито тешком кривичном делу с обзиром на начин извршења или последице, да би пуштање на слободу било ког од оптужених који се тренутно налазе у притвору резултирало стварном претњом нарушавања јавног реда и стога је суд оценио неоснованим и одбио предлог тужилаштва да се притвор оптуженим продужи. Браниоци оптужених су с тим у вези основано указали да тужилаштво није након подизања оптужнице истакло нити једну нову чињеницу или околност које би упутиле на закључак да би пуштањем на слободу оптужених у овој фази поступка (кад је прошло више месеци од њиховог лишења слободе које је пратило медијско извештавање јавности, а у међувремену су против њих обезбеђени докази и подигнута оптужница), резултирало стварном претњом нарушавања јавног реда и да су такве тврдње остале само у домену ничим конкретним поткрепљених претпоставки, што наравно није довољно да се по овом основу оптужени и даље задрже у притвору, па ни да се ради о делу које је посебно тешко с обзиром на начин извршења (да га није пратила употреба оружја или било шта друго што би га чинило тешким по начину извршења) или пак по последицама које су у одређеном броју случајева и изостајале и по наводима оптужнице пошто је брзом интервенцијом радника полиције од оптужених одузета опојна дрога пре него је прометована до корисника.⁴⁴

42 Решење Округног суда у Добоју број 13 0 К 000767 10 Кв5 од 10.01.2011. године, *необјављено*; Решење Округног суда у Добоју број 13 0 К 000767 11 Кв 6 од 14.03.2011. године, *необјављено*

43 Решење Врховног суда Републике Српске број 13 0 К 000767 11 Кж 5 од 05.04.2011. године, *необјављено*

44 Решење Округног суда у Бањој Луци број 11 0 К 005435 11 Кв6 од 7.2.2011. године, *необјављено*

Коначно, имамо предмет у коме претресно веће налази да још увек постоје нарочите околности које оправдавају бојазан да ће оптужени поновити кривично дело, а за које кривично дело се може изрећи казна затвора од 10 година и тежа казна, док се та опасност не може отклонити ни једном мером блажом од притвора. На такав закључак упућују околности да су сви оптужени до сада више пута осуђивани за разна кривична дела, а тежина учињених дела упућује на закључак да се ради о лицима склоним вршењу кривичних дела. Када се све то доведе у везу са околностима конкретног случаја, а посебно улогама које су имали у извршењу кривичног дела које им се оптужницом ставља на терет, бројност радњи извршења за које су оптужени, јасно је да и даље постоје околности нарочитог значаја које оправдавају бојазан да ће ови оптужени, који нису запослени и немају редовних извора прихода наставити са криминалном активношћу, односно да ће поновити кривично дело.⁴⁵ Дакле, у последњем примеру, притвор је одређен како због тежине кривичног дела, тако и због опасности да ће окривљени поновити извршење кривичног дела за које се терете оптужницом.

6. Закључак

Наркокриминалитет, без сумње, представља једну од водећих форми криминалитета у савременом свету, како у националним оквирима тако и у прекогранично. Државе се на различите начине, превентивно и репресивно боре против њега, са мањим или већим успехом. Кривична законодавства свих држава света прописују одређена кривична дела злоупотребе опојних дрога, с тим што се за извршење неког од ових дела изразито често изриче мера притвора, као мера за обезбеђење присуства окривљеног у кривичном поступку, али која, када је поставимо у контекст опасности од злоупотребе опојних дрога, сасвим сигурно има и одређени превентивни карактер. У овом раду бавили смо се анализом решења о одређивању притвора уа наведена кривична дела у две суседне државе, Србији и Босни и Херцеговини. Упркос чињеници да одређивање притвора у овим државама није регулисано на истоветан начин, примећује се учесталост изрицања ове, иако најтеже, мере, те да су судови свесни свеколике опасности коју носи ова појава, што се огледа у добро образложеним решењима о притвору.

45 Решење Окружног суда у Бањој Луци, број 11 0 К 005435 11 К од 08.04.2011. године, необјављено

*Visnja Milekic, An Associate
Faculty of Law, University of Kragujevac
Veljko Turanjanin, Assistant
Faculty of Law, University of Kragujevac*

***DETERMINING OF CUSTODY FOR A CRIMES OF DRUG ABUSE IN THE IN THE
PRACTICE OF THE COURTS IN SERBIA AND BOSNIA AND HERZEGOVINA***

Summary

Drug abuse is a very serious social phenomenon which receives broader proportions and escalates especially among young persons who are often unaware of harmful effects of this substance consuming, leading to the (self)destruction of the concrete drug abuser and the entire society. The reaction to drug-criminality varies from country to country on preventive and repressive level, and in every country there is prescribed crimes of the drug abuse in its criminal legislation. Nevertheless, the path to the final judgment for these crimes is long and spiny, and the detention of suspects who committed these crimes is followed by some questions. For that reason authors in this paper discuss the question of the detention for these crimes following the courts practice in Serbia and Bosnia and Herzegovina, and so for each detention ground that exists in two mentioned legislations the authors present explanations of the decisions on determining, extension and suspension of the detention.

Key words: *drug abuse, decision, detention, ground*